



ADM 29/2014

Président : Pierre Broglin
Juges : Sylviane Liniger Odiet, Daniel Logos, Philippe Guélat et Gérald Schaller
Greffière : Gladys Winkler Docourt

ARRET DU 1^{er} OCTOBRE 2014

en la cause liée entre

- **Parietti & Gindrat SA**, Rue Xavier-Stockmar 15, 2900 Porrentruy,
- **Marti Travaux Spéciaux Neuchâtel SA**, A Bugeon, 2087 Cornaux NE,
- **Marti Tunnelbau AG**, Seedorffeldstrasse 21, 3302 Moosseedorf,
- représentées par **Me Alain Steullet**, avocat à Delémont,

recourantes,

et

le Gouvernement de la République et Canton du Jura, Hôtel du Gouvernement, Rue de l'Hôpital 2, 2800 Delémont,

intimé,

relative à la décision d'adjudication de l'intimé du 25 février 2014.

Appelés en cause : les membres du Consortium Tunnel RC6, p.a. Infra Tunnel, Rue de la Gare 15 C, 2074 Marin-Epagnier,
- représentés par **Me Richard Calame**, avocat à 2001 Neuchâtel.

-
- A. Par décision du 25 février 2014, notifiée le 12 mars 2014, le Gouvernement a attribué au Consortium Tunnel RC6 Infra Tunnel SA / F. Hänzi SA / Bieri-Grisoni SA le lot 8.601 de l'A16, section 8, 2^{ème} partie pour un montant TTC de CHF 12'692'542.20. L'Association AMRC6 Parietti & Gindrat SA / MTS Neuchâtel SA / Marti Tunnel SA (recte : Marti Tunnelbau AG) a obtenu le 2^{ème} rang pour sa variante 1.
- B. Les membres de l'Association AMRC6 « Parietti & Gindrat SA / MTS Neuchâtel SA / Marti Tunnel SA » ont recouru contre cette décision auprès de la Cour administrati-

ve le 21 mars 2014, concluant à son annulation et ce que le marché leur soit attribué pour un montant de CHF 13'168'593.85, sous suite des frais et dépens. En substance, les recourantes soutiennent notamment que le Consortium Tunnel RC6 ne respecte pas l'article 2.3 des Directives administratives, selon lequel le nombre des membres d'un consortium est limité à trois. En effet, au vu de l'offre déposée par le Consortium Tunnel RC6, on doit admettre que celui-ci est composé de quatre membres, soit Infra Tunnel SA / F. Hänzi SA / Bieri-Grisoni SA ainsi que Georges Chételat SA.

En parallèle à leur recours, elles ont déposé une requête de restitution de l'effet suspensif, à laquelle il a été fait droit par décision du 15 juillet 2014.

Par courrier du 24 mars 2014, le mandataire des recourantes a souligné qu'une erreur s'était glissée dans la désignation des recourantes, qui sont en fait les suivantes: Parietti & Gindrat SA / Marti Travaux Spéciaux Neuchâtel SA / Marti Tunnelbau AG.

- C. Par la suite, plusieurs échanges d'écritures ont eu lieu concernant les pièces du dossier auxquelles les parties souhaitaient accéder. Une audience d'instruction à ce propos s'est tenue le 24 avril 2014. Le Gouvernement a également produit tous les courriels internes relatifs au marché en question.
- D. Les recourantes ont déposé une motivation complémentaire le 19 mai 2014, développant leur argument relatif au statut de l'entreprise Georges Chételat SA au sein du consortium. A leur sens, celle-ci est à la fois membre du consortium et sous-traitant.
- E. Le Gouvernement a conclu au rejet du recours le 17 juin 2014, sous suite des frais et dépens. Pour l'essentiel, il conteste que Georges Chételat SA soit membre du consortium. Au contraire, il ressort clairement des pièces au dossier que cette entreprise fonctionnera uniquement en qualité de sous-traitant.
- F. Les appelés en cause se sont déterminés le 19 juin 2014, concluant au rejet du recours, sous suite des frais et dépens. Ils soulignent qu'il n'y a aucun doute que l'entreprise Georges Chételat SA n'est pas un membre du consortium soumissionnaire, mais un sous-traitant qualifié en l'occurrence de "désigné". Cela ressort tant des aspects graphiques que des éléments de nature matérielle au dossier.
- G. Les recourantes ont spontanément pris position le 4 juillet 2014, reprenant et ajoutant différents éléments du dossier confirmant à leur sens que l'entreprise Georges Chételat SA est, à tout le moins matériellement, un membre du consortium.
- H. Le Gouvernement s'est exprimé le 11 juillet 2014 et les appelés en cause le 14 juillet 2014.

- I. Dans leurs remarques finales du 14 août 2014, les appelés en cause ont confirmé leurs conclusions, renvoyant pour l'essentiel à leurs précédentes prises de position.
- J. Dans ses remarques finales du 19 août 2014, le Gouvernement a confirmé ses conclusions, reprenant en substance ses arguments précédents et prenant brièvement position sur quelques-uns des éléments retenus dans la décision restituant l'effet suspensif au recours.
- K. Les recourantes ne se sont pas prononcées dans le délai imparti mais ont fait parvenir une deuxième réplique spontanée le 8 septembre 2014.
- L. Les appelés en cause et le Gouvernement en ont fait de même les 15 et 17 septembre 2014.
- M. Il sera revenu ci-après dans la mesure utile sur les différents arguments des parties.

En droit :

1. La compétence de la Cour de céans découle de l'article 25 al. 1 de la loi concernant les marchés publics (LMP ; RSJU 174.1) et de l'article 60 de l'ordonnance concernant l'adjudication des marchés publics (OAMP ; RSJU 174.11).
2. Les recourantes considèrent que l'entreprise G. Chételat SA est un membre du consortium adjudicataire, portant à quatre le nombre de membres de celui-ci, ce qui viole l'article 2.3 des directives administratives qui n'en autorise que trois. Elles se basent sur différents éléments dont il découle à leur sens que cette société a, à tout le moins matériellement, le statut de membre du consortium.
3. Le procès-verbal d'ouverture des offres du 3 décembre 2013 mentionne « Consortium tunnel RC 6 par Infra tunnel, 2074 Marin NE (Infra Tunnel SA, F. Hänzi SA, Bieri-Grisoni SA, G. Chételat) ». Le Gouvernement admet que ce procès-verbal est erroné et que la raison sociale G. Chételat ne devait pas y figurer. Lors de l'audience d'instruction du 24 avril 2014, le chef du Service des infrastructures a souligné qu'une fois cette erreur découverte, elle avait été discutée et qu'il avait finalement été renoncé à prendre d'éventuelles mesures rectificatives. L'erreur provient certainement du fait que quatre logos, y compris celui de l'entreprise Chételat, se trouvent sur l'en-tête de certains documents de l'offre papier remise par les appelés en cause (cf. infra). Le procès-verbal contient du reste une autre erreur similaire, puisque seules deux des trois recourantes sont mentionnées, Marti Tunnelbau AG n'y figure pas, alors que les trois logos sont clairement visibles sur la page de garde de l'offre. Les recourantes ne se sont toutefois pas plaintes de ce que l'une d'elles n'était pas mentionnée, respectivement n'en ont pas déduit que l'une d'elles était exclue du consortium ayant déposé l'offre. S'il est peut-être regrettable que les collaborateurs du Service des infrastructures n'aient pas fait preuve de davantage d'attention en établissant le procès-verbal, il faut rappeler qu'il s'agit d'un document établi sous réserve d'une vérification ultérieure approfondie, comme le mentionnent

les directives administratives à leur chiffre 4.4. On ne saurait dès lors attacher trop d'importance à l'erreur du procès-verbal, quand bien même son auteur est « un collaborateur qualifié et expérimenté » du Service des infrastructures pour reprendre l'expression des recourantes. Il n'est à tout le moins pas possible de déduire de ce seul fait que l'entreprise Georges Chételat SA est membre du consortium.

4. Sur la page de garde du dossier d'offre remis par les appelés en cause sont visibles les trois logos des entreprises Infra Tunnel SA, F. Hänzi SA, Bieri-Grisoni SA, ainsi que celui de l'entreprise Georges Chételat SA, séparé des trois premiers par une barre :



Au vu du texte, la première case concerne clairement les membres du consortium, tandis que la seconde indique un sous-traitant. Il n'y a aucune confusion possible.

L'en-tête de certaines pages de l'offre est ainsi libellé :



Ce graphisme peut de prime abord prêter à confusion quant au statut exact de l'entreprise Georges Chételat SA. Cela explique certainement l'erreur du procès-verbal d'ouverture des offres (cf. ci-dessus). En examinant toutefois l'offre dans son ensemble, en particulier la page de garde ainsi que la première page du devis descriptif signée par les trois membres du consortium, à savoir Bieri Grisoni SA, F. Hänzi SA et Infra Tunnel, il est manifeste que Georges Chételat SA n'est pas un membre du consortium mais un sous-traitant.

5. Les recourantes soulignent que les appelés en cause qualifient G. Chételat SA de sous-traitant désigné, ce qui démontrerait son statut particulier.

Il n'est pas contesté que cette notion de sous-traitant « désigné » ne ressort pas des textes légaux ni des directives mais a été utilisée spontanément par les appelés en cause. Dans leur détermination du 19 juin 2014 (dossier, p. 129), ils s'expliquent sur cette notion et soulignent qu'elle concerne uniquement les relations internes entre le sous-traitant et les membres du consortium. Selon eux, le sous-traitant désigné n'est pas autorisé à s'engager avec d'autres soumissionnaires et il est certain d'obtenir les travaux concernés si les membres du consortium obtiennent le mar-

ché ; pour autant, le sous-traitant désigné n'est pas solidairement responsable de l'exécution du marché.

Il est vrai que d'un point de vue contractuel, le pouvoir adjudicateur signera le contrat avec les trois membres du consortium formellement désignés comme tels au regard de l'offre déposée. Il n'aura aucune relation contractuelle avec le sous-traitant, lequel répondra de son travail à l'égard des membres du consortium directement. On ne voit pas en quoi le fait qu'il s'agisse d'un sous-traitant désigné empêcherait le cas échéant son remplacement, comme le précisent les appelés en cause en soulignant que c'est à eux qu'il incombe d'assurer l'exécution des prestations sous-traitées (dossier, p. 130). Pour le surplus, rien n'interdit à un soumissionnaire de mettre en valeur l'un de ses sous-traitants. Les recourantes ont du reste elles-mêmes procédé de manière similaire, mentionnant à plusieurs reprises leur sous-traitant Marti AG Bern sous l'onglet D1 Qualité et adéquation des solutions techniques proposées pour l'exécution du marché, alors que la part de cette sous-traitance n'est que de 3 %. Pour le surplus, si le pouvoir adjudicateur a parfois utilisé ce vocable de « sous-traitant désigné » (au demeurant seulement après avoir rendu la décision attaquée), il n'a fait que reprendre les termes contenus dans l'offre des appelés en cause, à savoir Georges Chételat SA, sous-traitant désigné G. Chételat SA (onglet C2, critère d'aptitude no 2). Il n'a pas attribué de statut particulier à l'entreprise G. Chételat SA en raison de l'utilisation de cette expression. S'agissant du fait qu'il s'agit d'une entreprise jurassienne et des conclusions qu'en aurait tiré le pouvoir adjudicateur, cette problématique sera traitée ci-dessous (cf. consid. 7).

6. L'annexe 5b, qui concerne le critère d'adjudication n° 2, porte notamment sur l'organisation du soumissionnaire spécifique au marché, la qualification des personnes-clés désignées pour l'exécution du marché et le plan d'assurance environnement. A ce sujet, le rapport final d'évaluation des offres du 12 février 2014 mentionne que le consortium fera appel à un sous-traitant local pour les décharges et places de valorisation des matériaux notamment (cf. PJ 4 annexe 5.b). Or il était précisé dans les documents d'appel d'offres (cf. p. 24 ch. 443.1 des conditions particulières) que le pouvoir adjudicateur souhaitait recevoir de la part des soumissionnaires une description du concept de gestion durable des matériaux et des déchets, y compris les chemins d'évacuation et les lieux de décharges envisagés. L'adjudicataire est le seul à avoir remis des documents à ce propos (cf. ch. 1.6 de la table des matières du document relatif au critère d'adjudication no 1 figurant dans l'offre des appelés en cause). Il n'était ainsi pas possible de mentionner de telles informations pour les recourantes, dès lors qu'elles n'en avaient pas fourni. En outre, ainsi que le relève l'intimé dans sa détermination du 17 septembre 2014, s'agissant des décharges à utiliser, il peut être utile que l'adjudicataire dispose d'une « décharge de secours », dès lors que la disponibilité des décharges peut fortement varier. La mention à l'annexe 5b de la proposition d'adjudication ainsi libellée : « un ST local pour les décharges et places de valorisation des matériaux notamment », n'est ainsi pas dénuée de toute pertinence. Par ailleurs, le critère en question concerne également le plan d'assurance environnement, et pas seulement l'organisation du soumissionnaire. On ne saurait ainsi déduire de la mention de l'entreprise Georges Chételat SA

sous la rubrique en question qu'aux yeux du pouvoir adjudicataire, elle est membre du consortium.

7. Les recourantes prétendent qu'il ressort de l'ensemble de l'offre des appelés en cause que l'entreprise Georges Chételat SA a un statut équivalent à celui d'un membre du consortium.

La note du 12 février 2014 adressée au ministre Receveur à l'attention du Gouvernement souligne que l'entreprise Georges Chételat SA de Courroux participera aux travaux comme sous-traitant à raison de 10 % de l'ensemble des travaux. Dès lors que les trois membres du consortium auxquels il était proposé d'adjuger les travaux ont leur siège hors du canton du Jura et au vu du montant du marché litigieux, il ne semble pas hors de propos de mentionner qu'un sous-traitant a un ancrage local ce qui permet de comprendre que l'économie de la région profitera également dans une certaine mesure des montants en question. De telles mentions constituent par ailleurs une pratique du pouvoir adjudicataire, ainsi que cela ressort des deux pièces justificatives produites en annexe à ses remarques finales. On ne voit pas en quoi cette remarque pourrait conduire à l'annulation de la décision attaquée dans la mesure où les offres ont été évaluées de manière objective (cf. consid. 8 ci-dessous). Pour le surplus, on peut rappeler que les travaux seront répartis à hauteur de 50 % pour Infra Tunnel SA et 25 % chacun pour Bieri Grisoni SA et F. Hänzi SA (cf. offre des appelés en cause, onglet 8, rubrique B.1 caractéristiques détaillées du soumissionnaire).

Dans leur offre, les appelés en cause ont produit de nombreux documents en lien avec l'entreprise Georges Chételat SA. Selon le point 2.6 des directives administratives, dans la mesure où la part des prestations revenant à un sous-traitant est égale ou supérieure à 10 % de l'ensemble du marché, les attestations et documents devant être remis par le soumissionnaire devront également être fournis par chaque sous-traitant concerné. Différents documents en lien avec cette entreprise ont en outre été insérés dans l'offre sous la rubrique C2, « organisation interne du soumissionnaire ». Les appelés en cause admettent qu'il aurait éventuellement été plus judicieux de placer les documents en question sous un autre onglet. Les documents en question sont toutefois précédés d'une page de garde sur laquelle est indiqué « sous-traitant désigné G. Chételat SA ». Cette société est en outre expressément désignée comme sous-traitant (annexe C2, p. 1). Il faut par ailleurs souligner d'une part que Georges Chételat SA figure expressément dans la liste des sous-traitants de l'annexe B2 et que d'autre part la plupart des onglets relatifs aux membres du consortium (par exemple les annexes B1 « caractéristiques détaillées du soumissionnaire » et D2 « organisation du soumissionnaire spécifique au marché ») ne contiennent aucun document relatif à Georges Chételat SA. Tel est aussi le cas de la rubrique C1 relative aux références du soumissionnaire ainsi que de la rubrique C3 concernant les capacités du soumissionnaire, où il est du reste précisé que les trois membres du consortium se connaissent depuis plusieurs années et ont déjà collaboré ensemble sur plusieurs projets importants.

Selon les recourantes, les différentes allusions à l'entreprise Georges Chételat SA visent à donner au maître d'ouvrage l'impression que le consortium dispose d'un ancrage local et qu'il se compose de quatre entreprises au lieu de trois. Il faut toutefois rappeler que l'une des sociétés composant l'association recourante a son siège à Porrentruy, si bien que l'argument de l'ancrage local n'est pas plus pertinent pour les appelés en cause que pour les recourantes. Il a en outre été précisé ci-dessus que le pouvoir adjudicateur se préoccupe d'une manière générale de l'économie cantonale et qu'au vu du montant en jeu, il apparaît légitime de mentionner que les travaux adjugés profiteront d'une certaine manière également à des entreprises jurassiennes. Quant à l'argument selon lequel le fait que quatre sociétés composeraient de fait le consortium adjudicataire serait une force, les recourantes se contre-disent puisqu'elles relèvent, à juste titre, que la fixation d'une limite au nombre de membres d'un consortium a pour objectif de faciliter la gestion du chantier. Donner au pouvoir adjudicateur l'impression que le consortium des appelés en cause était composé de quatre entreprises aurait ainsi été contreproductif et aurait desservi sa cause.

8. On peut finalement relever que le groupe d'évaluation des offres a procédé à une évaluation objective et motivée des différentes offres qui avaient été déposées, pour arriver à la conclusion que l'offre économiquement la plus avantageuse est celle des appelés en cause. Les recourantes ne contestent du reste pas l'évaluation à laquelle il a été procédé.
9. Il découle de l'ensemble des éléments susmentionnés que, contrairement aux allégués des recourantes, les membres du consortium adjudicataire sont au nombre de trois, ce qui respecte les directives administratives et on ne saurait voir en l'espèce une violation des règles du marché ainsi que des principes de la transparence, de non-discrimination, de l'égalité de traitement et de la bonne foi.
10. Même si cette problématique n'est pas directement pertinente pour le litige, il sied de relever, à l'instar des appelés en cause, que l'organisation des recourantes peut également prêter à confusion. En effet, l'offre émane de l'association AMRC6, soit Parietti et Gindrat SA, Marti Travaux Spéciaux Neuchâtel SA et Marti Tunnel SA. Or on trouve sous l'onglet C2, « organisation interne du soumissionnaire », deux organigrammes, l'un intitulé « Groupe Marti Arc Jura / organigramme d'entreprise 2013 », qui précise « Nos 3 sociétés sont certifiées ISO (...) » et qui comporte les logos de Marti Travaux Spéciaux Neuchâtel SA, Pro Routes et Parietti Gindrat, tandis que l'autre concerne Marti Tunnelbau AG. On pourrait dès lors s'interroger sur le rôle de Pro Routes au sein de l'association en question.
11. Il suit de ce qui précède que le recours est mal fondé.
12. Les frais de la procédure de recours sont à la charge des recourantes qui succombent (art. 219 al. 1 Cpa). Celles-ci ont toutefois obtenu gain de cause sur leur requête à fin de restitution de l'effet suspensif, alors que l'intimé et les appelés en cause s'y opposaient. Il convient ainsi de mettre les frais de cette partie de la procédure,

qui ont été joints au fond dans le cadre de la décision de restitution de l'effet suspensif, à charge de l'intimé, dès lors que l'effet suspensif a été octroyé essentiellement en mettant en balance l'intérêt des recourantes à une protection juridique efficace et l'intérêt de l'intimé à pouvoir commencer les travaux immédiatement (art. 220 al. 1 Cpa).

Les recourantes ont également droit et pour les mêmes motifs à une contribution à leurs dépens, à verser par l'intimé (art. 227 al. 1 Cpa), pour le travail de leur mandataire se rapportant à l'effet suspensif. Pour les mêmes motifs que ceux relatifs à la répartition des frais, il n'y a pas lieu de mettre une partie de cette indemnité à la charge des appelés en cause (cf. art. 229 Cpa). Ceux-ci ont par ailleurs fait appel à un mandataire professionnel. Ils ont ainsi droit à une indemnité de dépens, à verser par les recourantes qui succombent sur le fond.

PAR CES MOTIFS

LA COUR ADMINISTRATIVE

rejette

le recours ;

laisse

à l'Etat les frais relatifs à l'effet suspensif ;

met

les frais de la procédure au fond, par CHF 7'000.-, à charge des recourantes, à prélever sur leur avance, le solde, par CHF 3'000.-, leur étant restitué ;

alloue

- aux recourantes une contribution à leurs dépens de CHF 3'000.- (y compris débours et TVA), à verser par l'Etat ;
- aux appelés en cause une contribution à leurs dépens de CHF 22'000.- (y compris débours et TVA), à verser par les recourantes ;

informe

les parties des voies et délai de recours selon avis ci-après ;

ordonne

la notification du présent arrêt :

- aux recourantes, par leur mandataire, Me Alain Steullet, avocat à Delémont ;
- à l'intimé, le Gouvernement de la République et Canton du Jura, Hôtel du Gouvernement, Rue de l'Hôpital 2, 2800 Delémont ;
- aux appelés en cause, par leur mandataire, Me Richard Calame, avocat à Neuchâtel ;
- à la Commission de la concurrence, Monbijoustrasse 43, 3003 Berne.

Porrentruy, le 1^{er} octobre 2014

AU NOM DE LA COUR ADMINISTRATIVE**Le président :****La greffière :**

Pierre Broglin

Gladys Winkler Docourt

Communication concernant les moyens de recours :

*Le présent arrêt peut faire l'objet, **dans les trente jours** suivant sa notification, d'un recours au Tribunal fédéral. Le recours en matière de droit public s'exerce aux conditions des articles 82 ss de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF - RS 173.110), le recours constitutionnel subsidiaire aux conditions des articles 113 ss LTF. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14; il doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit. Si le recours n'est recevable que s'il soulève une question juridique de principe, il faut exposer en quoi l'affaire remplit cette condition. Les pièces invoquées comme moyens de preuve doivent être jointes au mémoire, pour autant qu'elles soient en mains de la partie; il en va de même de la décision attaquée.*