



Président : Pierre Broglin  
Juges : Sylviane Liniger Odiet et Philippe Guélat  
Greffière : Gladys Winkler Docourt

**ARRET DU 14 DECEMBRE 2012**

en la cause liée entre

X.,

**recourant,**

et

**la Commune des Breuleux**, Rue des Esserts 2, 2345 Les Breuleux,  
- représentée par **Me Vincent Willemin**, avocat à 2800 Delémont,

**intimée,**

***relative à la décision de l'intimée du 26 juin 2012 (avant-projet d'agrandissement du complexe scolaire de l'école primaire)***

***Appelée en cause : Y.,***

Vu la décision du Conseil communal des Breuleux du 26 juin 2012, qui confie au Bureau Y. le mandat d'architecte pour le projet d'agrandissement du complexe scolaire de l'école primaire, pour un montant de CHF 266'413.-, sous réserve de l'approbation du crédit par l'assemblée communale ; dans sa décision notifiée au bureau X., il indique que ce dernier a été exclu de la procédure au motif que l'évaluation du temps prévu n'était pas réaliste (il comptait 20 % d'heures en moins que ses concurrents) ;

Vu le recours formé contre cette décision auprès de la Cour de céans par X. (ci-après le recourant) le 3 juillet 2012, concluant à son annulation et à ce qu'une nouvelle décision soit prise par un autre jury ; à titre préalable, il requiert l'octroi de l'effet suspensif à son recours ; il expose que les motifs retenus par le jury pour l'exclure de la procédure ne sont basés que sur des suppositions ; cette manière de faire est arbitraire car les heures de travail dépendent de la qualité des employés, de leur rapidité à intégrer les problèmes et à les résoudre ; l'équipe de X. est particulièrement bien structurée et dotée pour cela ; cela étant, le jury au-

rait pu ou dû interpellier le recourant pour obtenir des explications au lieu de simplement refuser de prendre l'offre en considération ; celui-ci a par ailleurs réalisé au préalable des projets tout à fait similaires à l'entière satisfaction de toutes les parties ; des renseignements peuvent le cas échéant être pris auprès de précédents mandants ; l'adjudication du marché à un bureau qui présente une offre supérieure de plus de CHF 80'000.- ne respecte pas les critères des marchés publics ; la volonté d'éliminer le recourant est ici manifeste ;

Vu l'ordonnance du 9 juillet 2012, par laquelle le président appelle au cause Y. (ci-après l'appelée en cause) ;

Vu la réponse de la Commune des Breuleux (ci-après l'intimée) du 30 août 2012, concluant au rejet du recours et de la requête d'effet suspensif, sous suite de frais et dépens ; en substance, elle expose que cinq bureaux d'architectes ont déposé une offre ; à l'issue de la première évaluation relative aux critères d'aptitude et d'adjudication, à l'exception du montant des honoraires, le recourant a obtenu le deuxième rang ; l'offre présentée par le recourant s'est par la suite révélée la plus basse, puisque celui-ci proposait, dans le cadre du calcul des honoraires, d'appliquer un facteur de groupe « i » de 0.8, ce qui avait pour effet de diminuer le nombre d'heures prévues pour accomplir le mandat de 20 %, au motif principalement qu'elle disposait d'une bonne connaissance des programmes scolaires ; or le collège d'experts a préconisé d'exclure le recourant de la procédure, considérant que les arguments présentés pour justifier une réduction des heures de 20 % n'étaient pas plausibles et que l'offre en question ne permettait pas d'accomplir le mandat dans les règles de l'art ; l'intimée se réfère pour l'essentiel à une prise de position de A., architecte EPFL-SIA et membre du collège d'experts ; l'intimée n'avait par ailleurs aucunement l'obligation légale de requérir des informations de la part du recourant, d'autant moins qu'elle avait acquis la certitude, sur la base des renseignements en sa possession, que le recourant n'était pas en mesure de fournir la prestation demandée sur la base de l'offre présentée ; l'intimée demande que des dépens lui soient alloués, attendu qu'elle a dû faire appel à un mandataire professionnel ainsi qu'à un expert, au vu des questions éminemment techniques qui se posaient ;

Vu la détermination de l'appelée en cause du 10 septembre 2012 ; rappelant qu'elle dispose d'une solide expérience en matière de réalisation de bâtiments scolaires et que ses trente-huit collaborateurs sont tous hautement qualifiés, elle indique qu'elle a renoncé à augmenter le facteur i, qu'elle a fixé à 1, mais qu'une augmentation aurait été justifiée, compte tenu de la complexité de la tâche ; il n'est absolument pas compréhensible que le recourant propose un facteur  $i = 0.8$  et un rabais supplémentaire de 20 %, ce qui ne permet en aucun cas d'effectuer avec sérieux le travail demandé dans l'appel d'offres ;

Vu la prise de position du recourant du 28 septembre 2012 ; il souligne que ses structures sont différentes de celles de l'appelée en cause ; or le maître de l'ouvrage n'a pas à assumer les coûts d'une structure trop lourde ; le recourant ne comprend pas pourquoi il doit justifier l'application de critères qu'il est parfaitement capable de tenir et qu'il a déjà tenus à l'occasion d'autres réalisations ; le collège d'experts a tenu un raisonnement théorique et il aurait au moins dû demander des explications complémentaires, sans oublier que la conclusion d'un contrat forfaitaire était possible ; la réponse de l'intimée démontre qu'il s'est agi de trouver le moyen d'éliminer le concurrent le meilleur marché, dont les prestations qualitatives

le plaçaient pourtant au deuxième rang ; la décision du collège n'est pas motivée ; elle est à tout le moins inconsistante ;

Vu la décision du 12 octobre 2012 accordant l'effet suspensif au recours et joignant au fond les frais et dépens de cette partie de la procédure ;

Vu l'ordonnance du 12 octobre 2012 accordant aux parties un délai de trois semaines pour faire valoir leurs remarques finales éventuelles et les informant qu'à l'issue de ce délai, sauf décision contraire, la Cour rendrait son jugement par écrit ;

Vu la prise de position de l'intimée du 5 novembre 2012 qui confirme son mémoire de réponse du 30 août 2012 ;

Attendu que la compétence de la Cour de céans découle des articles 25 al. 1 de la loi concernant les marchés publics (LMP ; RSJU 174.1) et 60 al. 1 de l'ordonnance concernant l'adjudication des marchés publics (OAMP ; RSJU 174.11) ;

Attendu pour le surplus que le recours a été déposé dans les formes et délai légaux ; le recourant dispose par ailleurs manifestement de la qualité pour recourir ; il convient dès lors d'entrer en matière ;

Attendu qu'en matière de marchés publics, le pouvoir adjudicateur a une large liberté d'appréciation dans le choix des critères d'aptitude et d'adjudication, des documents requis, ainsi que dans la pondération des différents critères d'adjudication ; dans la mesure où elle nécessite un savoir technique, une comparaison des offres soumises comporte inévitablement une composante subjective de la part du pouvoir adjudicateur, de sorte que l'autorité de recours doit apprécier les prestations offertes sur la base des critères d'adjudication avec une retenue particulière (TF 2D\_15/2011 du 31 octobre 2011, résumé dans BR/DC 2012 p. 113 (S122) ; TAF B-7337/2010 du 1<sup>er</sup> février 2011 consid. 9 non publié aux ATAF 2011/58, résumé dans BR/DC 2011 p. 265 (S132), Adrian HUNGERBÜHLER, Das Bundesgericht als Rechtsmittelinstanz in Vergabesachen, in *Marchés publics 2008*, p. 343ss, p. 364 ; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, vol. I : Landesrecht, 2e éd., Zurich, Bâle, Genève 2007, n. 919) ;

Attendu qu'il découle de la décision attaquée que le recourant a été éliminée parce que son offre a été considérée comme anormalement basse et ne permettrait pas une exécution correcte du marché, l'évaluation du temps prévu n'étant pas réaliste ;

Attendu que le recourant se plaint d'une violation de son droit d'être entendu, relevant que l'intimée n'a pas requis de sa part des informations complémentaires sur le faible nombre d'heures proposé en comparaison avec ses concurrents avant de l'éliminer ;

Attendu qu'aux termes de l'article 52 OAMP, dans l'hypothèse où l'adjudicateur reçoit une offre anormalement plus basse que les autres, il doit s'assurer que le soumissionnaire concerné respecte toutes les conditions de l'appel d'offres et qu'il est en mesure de fournir la

prestation demandée (al. 1) ; l'adjudicateur peut requérir toutes les précisions qu'il juge opportunes ; l'article 13 du cahier des charges reprend ces principes ;

Attendu que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, nonobstant la forme potestative (ATF 130 I 241 consid. 7.3 et la référence à l'ancienne législation valaisanne), la possibilité devrait à tout le moins être offerte au soumissionnaire visé qui a présenté une offre particulièrement basse, avant toute décision d'adjudication, de s'expliquer et de justifier le prix avantageux qu'il offre, surtout lorsqu'il obtient de bonnes notes sur les critères techniques ; c'est seulement si les renseignements obtenus de sa part ne sont pas convaincants que son offre peut ensuite, dans un second temps, être écartée ou pénalisée ; le pouvoir adjudicateur ne peut envisager une exclusion de l'offre anormalement basse que s'il laisse la possibilité au soumissionnaire de fournir des explications sur son prix avantageux (MOSER/GALLI/LANG/CLERC, op. cit., n. 575 et 734 ; Denis ESSEIVA, note ad ATF 130 I 241 in BR/DC 2006 p. 188 [S115]) ; dans le cas contraire, on priverait la collectivité du bénéfice d'offres par hypothèse innovantes et peu coûteuses (RDAF 2002 I p. 162 consid. 3b) ;

Attendu que l'article 6 du cahier des charges, relatif au calcul des honoraires, mentionne qu'une détermination du facteur « i » différente de 1 doit être justifiée ; le recourant a ainsi fourni quelques explications dans son offre, soulignant que « [ses] collaborateurs [...] disposent de l'expérience, des compétences et des connaissances pour traiter un mandat de cette ampleur et notamment touchant le domaine de l'enseignement et scolaire » ; il ajoute que la liste de ses références, en particulier B. à C. qu'il vient de terminer ainsi que D. à C., et celle des critères remis pour la procédure d'appel d'offres confirment cette justification ;

Attendu qu'au vu des références, récentes, fournies par le recourant, qui comprennent également des projets au sein de bâtiments déjà existants et en ce sens apparaissant semblables au marché litigieux (cf. notamment le projet B. comportant non seulement des classes mais également des locaux permettant l'accueil des élèves en dehors des heures de classe, comme c'est le cas en l'espèce), l'intimée devait prendre des renseignements complémentaires avant de pouvoir l'éliminer, notamment pour savoir si le recourant avait fourni toutes les prestations requises dans le cadre de projets semblables en respectant son offre relative aux honoraires, voire s'il avait également fait application du coefficient 0.8 dans ces cas-là et, dans l'affirmative, s'il avait été en mesure de respecter les heures initialement prévues en fournissant toutes les prestations du mandat ; à cet égard, le recourant relève dans son recours que son offre a été calculée selon ses valeurs habituelles ; de même, il souligne que son équipe est particulièrement bien structurée et dotée (expérience, analyse, rapidité de réaction et de résolution des problèmes) ;

Attendu que, s'agissant du rabais de 20 % offert par le recourant, A. n'en fait pas mention à l'appui de son argumentation aux termes de laquelle il conclut à l'élimination de l'offre ; au demeurant, l'appelée en cause a, de son côté, offert un rabais de 10 % ; en tout état de cause l'élimination de l'offre du recourant sur la base de cet élément supplémentaire, aurait nécessité aussi, au préalable, d'avoir demandé au recourant des explications à ce sujet ;

Attendu que la violation du droit d'être entendu ne peut pas être guérie en procédure de recours, compte tenu de la nature formelle de ce droit et du pouvoir de cognition restreint de la

Cour de céans, ainsi que cela a été rappelé ci-dessus (cf. également Denis ESSEIVA, op. cit., et les références) ;

Attendu qu'il suit de ce qui précède que le recours doit être admis et la décision attaquée annulée ;

Attendu que conformément à l'article 144 al. 1 Cpa, dans la mesure où elle admet le recours, l'autorité annule la décision attaquée et statue elle-même sur l'affaire ; elle la renvoie au besoin à l'autorité de première instance, avec des instructions impératives ;

Attendu que selon la doctrine et la jurisprudence, l'autorité de recours qui annule une décision ne statue en règle générale pas elle-même à nouveau au fond, mais elle renvoie l'affaire à l'adjudicateur, du fait que le pouvoir de cognition de l'autorité de recours est plus restreint que celui de l'adjudicateur, ainsi que cela a été rappelé ci-dessus ; toutefois, lorsque l'appréciation de l'ensemble des éléments de fait a déjà été effectuée correctement par l'adjudicateur et que l'annulation, pour violation du droit, permet à l'autorité de recours de statuer directement, sans devoir effectuer aucune appréciation, le principe d'économie de procédure conduit l'autorité de recours à réformer elle-même la décision attaquée ; dans certains cas, même si seul le recourant entre en considération pour une adjudication, le tribunal peut renoncer à donner des directives impératives pour l'adjudication ; il s'agit par exemple du cas où l'adjudicateur n'est pas obligé d'adjudger, parce qu'une interruption de la procédure pour justes motifs pourrait également entrer en considération ou du cas où des clauses contractuelles doivent être complétées (cf. ADM 122/2010 du 22 mars 2011 consid. 6 et les références, résumé dans RJJ 2011 p. 63) ;

Attendu qu'en l'espèce, il est manifeste que le marché ne peut pas être directement attribué au recourant, puisque le dossier n'est pas suffisamment instruit ; il appartiendra pour le surplus à l'autorité intimée de décider de la suite à donner à la procédure ; elle devra à tout le moins demander des explications complémentaires au recourant et décider, sur cette base, de la crédibilité de son offre ;

Attendu qu'il convient dès lors de renvoyer la cause à l'intimée pour qu'elle décide de la suite à donner à la procédure d'adjudication du marché en cause ;

Attendu que les frais de la procédure sont à la charge de l'intimée, dès lors qu'une erreur de procédure a été commise durant la procédure d'adjudication (art. 219ss Cpa) ;

Attendu qu'il n'y a pas lieu d'allouer de dépens ; l'intimée succombe en effet, tandis que ni le recourant ni l'appelée en cause n'ont eu de frais de représentation particuliers ;

**PAR CES MOTIFS**

**LA COUR ADMINISTRATIVE**

**admet**

le recours ; partant,

**annule**

la décision d'adjudication du 26 juin 2012 ;

**met**

les frais de la procédure, par CHF 2'500.-, à prélever sur l'avance du recourant, à charge de l'intimée, qui les lui remboursera ;

**n'alloue pas**

de dépens ;

**informe**

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

**ordonne**

la notification du présent arrêt :

- au recourant, X. ;
- à l'intimée, par son mandataire, Me Vincent Willemin, avocat à Delémont ;
- à l'appelée en cause, Y.;
- à la Commission fédérale en matière de concurrence, Monbijoustrasse 43, 3003 Berne.

Porrentruy, le 14 décembre 2012

**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.*