



Président : Pierre Broglin  
Greffière : Gladys Winkler Docourt

**DECISION DU 18 SEPTEMBRE 2012**

statuant sur la requête à fin de restitution de l'effet suspensif déposée par

**X. SA,**

- représentée par **Me Yves Maître**, avocat à 2800 Delémont,

**recourante,**

dans la cause qui l'oppose au

**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 4 juillet 2012 (route cantonale H18 : traversée du Noirmont – étape 2.2).***

***Appelée en cause :***

**Y. SA,**

- représentée par **Me Alexandre Zen-Ruffinen**, avocat à 2001 Neuchâtel.

Vu la décision du Gouvernement du 4 juillet 2012 par laquelle l'entreprise Y. SA se voit accorder le marché de construction relatif à la route cantonale H18, traversée du Noirmont (étape 2.2), pour un montant de Fr 6'268'279.90.-, l'offre de l'adjudicataire ayant obtenu 187 points ;

Vu le recours formé auprès de la Cour administrative le 16 juillet 2012 par X. SA SA (ci-après la recourante), entreprise de génie civil soumissionnaire qui a obtenu le deuxième rang, avec 179 points ; la recourante conclut à l'annulation de la décision entreprise et à l'octroi de l'effet suspensif au recours, sous suite des frais et dépens ; pour l'essentiel, elle prétend que l'entreprise adjudicataire ne respecte pas la convention collective du secteur de la construction, en particulier s'agissant de l'indemnisation de son personnel en frais de déplacement et de repas ; si l'adjudicataire avait correctement reporté dans son offre les coûts

en question, la différence entre les deux offres serait nettement moins élevée ; cela étant, il n'y a aucune urgence à réaliser les travaux, planifiés sur une durée de trois ans, si bien que l'intérêt privé de la recourante à réaliser les travaux l'emporte ici sur l'intérêt public ; le mandataire de la recourante demande par ailleurs l'octroi d'un délai de dix jours pour compléter le recours, n'ayant été consulté que le dernier jour du délai de recours ;

Vu l'ordonnance du 17 juillet 2012, par laquelle le président appelle au cause l'entreprise Y. SA (ci-après l'appelée en cause), impartit un délai à la recourante pour compléter son recours et précise que la procédure d'adjudication est suspendue par mesures superprovisonnelles jusqu'à droit connu sur la question de l'effet suspensif ;

Vu le complément au recours du 6 août 2012, dans lequel la recourante conclut à l'annulation de la décision litigieuse, à l'exclusion de l'appelée en cause de la procédure d'adjudication et à ce que les travaux lui soient attribués ; à titre subsidiaire, la recourante conclut au renvoi du dossier à l'autorité intimée pour nouvelle décision, le tout sous suite des frais et dépens ; réitérant sa demande d'effet suspensif et confirmant ses précédents moyens, la recourante ajoute que l'appelée en cause a déposé une nouvelle offre après la clôture de la procédure du dépôt des offres, modifiant les positions relatives à l'évacuation des matériaux bitumineux ; un tel procédé viole le principe de l'égalité de traitement, ce qui doit conduire à l'annulation de la décision attaquée et à l'adjudication des travaux à la recourante ;

Vu la réponse du Gouvernement du 14 août 2012 concluant au rejet du recours et de la demande de restitution de l'effet suspensif et à la confirmation de la décision attaquée, sous suite des frais et dépens ; le Gouvernement souligne qu'il a pris toutes les mesures pour s'assurer que l'appelée en cause respectait les conditions légales et conventionnelles dans la branche, en lui demandant de lui remettre les attestations prévues dans les directives administratives ; s'agissant des frais de repas et de déplacement, il est tout à fait possible que l'appelée en cause les ait intégrés dans d'autres positions que celles indiquées par la recourante ; l'appelée en cause n'a par ailleurs pas modifié son offre mais a simplement donné des précisions le 30 mai 2012 quant à la mise en décharge des matériaux ; s'agissant de l'effet suspensif, le recours est manifestement dénué de chances de succès ; quoi qu'il en soit, l'intérêt public à une réalisation rapide des travaux doit l'emporter ici, puisque les habitants du Noirmont attendent depuis de nombreuses années la réfection de la chaussée, dans un état de dégradation extrême ; en outre, un report des travaux pourrait entraîner une augmentation de la facture finale ; au demeurant, les deniers de l'Etat seraient utilisés de manière rationnelle avec la réalisation des travaux par l'appelée en cause ;

Vu la détermination de l'appelée en cause du 24 août 2012, concluant au rejet du recours et au refus de l'effet suspensif ; l'appelée en cause relève que les conditions permettant le dépôt d'un complément au recours n'étaient pas données ici et qu'il conviendra de ce fait d'examiner cette pièce de procédure avec rigueur ; cela étant, les allégations relatives à une prétendue violation de la convention nationale du secteur de la construction sont hasardeuses et démunies de toute preuve sérieuse, reposant uniquement sur un article de presse ; les reproches relatifs à une violation de l'égalité de traitement sont tout aussi mal fondés, puisqu'un examen croisé de la soumission et du courrier du 30 mai 2012 permet de se ren-

dre compte rapidement qu'il s'agit d'une clarification portant sur un élément organisationnel et non d'une modification de l'offre ; l'intérêt public à une réalisation rapide des travaux est par ailleurs ici prépondérant, compte tenu de l'état de dégradation de la route et du respect des délais fixés et du budget voté ;

Attendu que la compétence du président de la Cour de céans pour connaître de la requête à fin de restitution de l'effet suspensif découle des articles 25 al. 1 LMP et 64 al. 2 OAMP ; le recours ayant été déposé dans les formes et délai légaux et la qualité pour recourir de la recourante étant manifestement donnée, il y a lieu d'entrer en matière sur la demande à fin de restitution de l'effet suspensif ;

Attendu qu'aux termes de l'article 25 al. 3 LMP, le recours n'a pas d'effet suspensif ; la Cour administrative peut accorder, d'office ou sur demande, l'effet suspensif au recours, lorsque ce dernier paraît suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (cf. également art. 17 al. 2 AIMP et 64 al. 2 OAMP) ;

Attendu que pour déterminer si l'effet suspensif doit être accordé en matière de marchés publics, il convient dans un premier temps d'apprécier l'apparence de recevabilité et de bien-fondé du recours ; si le recours apparaît manifestement irrecevable ou mal fondé, la demande d'effet suspensif est d'emblée vouée à l'échec ; une pondération des intérêts en présence ne s'avère dans ce cas-là pas nécessaire ; en revanche, si la recevabilité du recours apparaît prima facie vraisemblable ou douteuse et que le recours ne paraît pas dénué de chances de succès ou qu'il existe des doutes à ce propos, une pesée des intérêts en présence doit être effectuée ; les chances de succès sont alors examinées plus précisément et prises en compte dans le cadre de la pesée des intérêts ; celle-ci s'effectue en fonction des intérêts du recourant, de l'intérêt public invoqué par le pouvoir adjudicateur, dont font notamment partie l'intérêt à ce que l'offre retenue soit effectivement la plus économiquement avantageuse et celui à une correcte application du droit, d'autres intérêts publics éventuels, dont l'urgence à la passation du marché, respectivement à l'exécution du contrat, ainsi que des intérêts privés de tiers intéressés, notamment des autres participants au processus de passation du marché ; à cet égard, plus les travaux ont un caractère urgent, plus les chances de succès doivent être élevées pour que l'effet suspensif soit accordé ; l'urgence peut résulter de plusieurs éléments, notamment du fait qu'un report des travaux engendrerait des surcoûts ; la nature et la gravité des griefs invoqués jouent également un rôle ; ainsi, quand bien même la réalisation du marché serait extrêmement urgente, un tel intérêt ne saurait l'emporter face à des allégués crédibles de corruption lors de son attribution ; au contraire, si sont en cause des questions juridiques sur lesquelles on peut, de bonne foi, avoir des appréciations différentes, par exemple la pondération des critères d'adjudication, on peut, selon les circonstances, refuser l'effet suspensif à un recours pourtant doté de bonnes chances de succès, compte tenu de l'urgence (RJJ 2011 p. 64 consid. 2.1 et les références) ;

Attendu qu'en règle générale, la juridiction se prononce sur la base des pièces qui lui sont soumises, sans procéder à des mesures d'instruction supplémentaires (RJJ 2010 p. 203 consid. 2.2 et les références) ; s'agissant dans le cas d'espèce du complément au recours déposé le 6 août 2012 ainsi que le permet l'article 129 Cpa, il y a lieu de préciser que la doctrine la plus récente et la pratique constante de la Cour de céans admettent un tel procédé

lorsqu'un avocat a été contacté tardivement par son client (BROGLIN, Manuel de procédure administrative, Courrendlin 2009, n. 292) ; il sied en outre de préciser que conformément à l'article 75 al. 2 Cpa, l'autorité prend en considération des moyens tardifs s'ils paraissent décisifs ; dans ces circonstances, il convient de prendre en compte le complément du 6 août 2012 ;

Attendu qu'il n'apparaît pas que l'appelée en cause ait modifié l'offre après son dépôt ; le courrier du 24 mai 2012 envoyé par celle-ci répond aux questions du bureau d'ingénieurs en charge de la procédure d'appel d'offres et donne des précisions concernant certains postes de la soumission, notamment la confirmation de prix et le sort des déchets ; les réponses sur ce dernier point n'étant pas encore tout à fait claires, l'adjudicataire a apporté de nouveaux éléments concernant l'évacuation des déchets dans son courrier du 30 mai 2012 ; cela étant, il lui appartiendra le cas échéant de prendre en charge les frais relatifs à l'évacuation des déchets dans une décharge bioactive plutôt que pour matériaux inertes, sans qu'elle puisse exiger un prix supplémentaire de la part du pouvoir adjudicateur, étant liée par son offre (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich, Bâle, Genève 2007, n. 444s) ; en tout état de cause, on ne saurait manifestement considérer que par ses courriers des 24 et 30 mai 2012, l'adjudicataire a modifié l'offre qu'elle avait déposée ;

Attendu par ailleurs que les attestations produites par l'appelée en cause le 8 juin 2012 à la demande de l'intimé l'ont été en application du point 3 des directives administratives (p. 11), qui prévoit que les soumissionnaires ayant des chances objectives de se voir attribuer le marché remettront au Service des ponts et chaussées dans les 10 jours à compter de la demande de ce dernier un certain nombre de documents relatifs notamment au respect des conditions de travail, au paiement des cotisations sociales et à la situation financière (extrait du registre des poursuites, attestation fiscale, etc.) ; on ne saurait dès lors parler d'offre incomplète (cf. également ADM 122 / 2010 du 22 mars 2011 consid. 5.2 / RJJ 2011 p. 63) ;

Attendu que s'agissant du prétendu non-respect de la Convention nationale du secteur de la construction, le non-respect des conditions de travail ne doit pas automatiquement conduire à l'exclusion de la procédure ; le principe de proportionnalité est ici déterminant (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., n. 318) ;

Attendu que le niveau de protection des conventions collectives applicables aux diverses branches est à peu près comparable dans toute la Suisse, de sorte que l'adjudication doit en principe intervenir en tenant compte des conventions en vigueur au lieu de provenance ; l'application des conventions collectives en vigueur au lieu de destination, respectivement des normes qu'elles prévoient, peut être exigée lorsqu'il existe un danger de véritable dumping social ; tel est le cas notamment lorsqu'il n'existe aucune convention collective liant l'employeur pour le marché considéré (WYLER, Marchés publics, 2008, n. 74 et 77ss) ;

Attendu en outre que lorsqu'un soumissionnaire, par le passé, n'a pas respecté les dispositions relatives à la protection des travailleurs, on peut exiger de lui qu'il prenne les mesures appropriées et fournisse les preuves relatives au respect des normes en question (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., n. 319) ;

Attendu qu'en l'espèce, l'appelée en cause s'est engagée à respecter les conditions de salaire et de travail de la Convention nationale du secteur principal de la construction 2012-2015, ainsi que cela ressort de son auto-déclaration du 6 juillet 2012, notamment le paiement des indemnités pour le temps de déplacement pour la partie qui dépasse trente minutes par jour ainsi que le remboursement des frais de déplacement à hauteur de Fr 14.- minimum pour un repas principal et Fr 3.50 pour une pause casse-croûte ; selon les attestations fournies par la Commission paritaire neuchâteloise du secteur principal de la construction, datées des 23 mai 2012 et 23 août 2012, l'application des normes conventionnelles ne pose actuellement pas de problèmes particuliers au sein de l'entreprise adjudicataire ; il sied à cet égard de relever que l'une des signataires des attestations en question est la secrétaire d'Unia citée dans l'article de presse sur lequel se fonde la recourante, article dans lequel la secrétaire en question dénonçait le non-respect par l'appelée en cause de l'exigence prévue par Convention nationale de verser l'intégralité des indemnités pour les frais de déplacement ; l'auteur de l'article reste toutefois relativement vague et ne prétend pas expressis verbis que l'appelée en cause ne respecte pas la CN ; il faut du reste rappeler que l'intimé, respectivement la Commission paritaire jurassienne du secteur principal de la construction pourra procéder à des contrôles et dénoncer le cas échéant d'éventuelles contraventions de la part de l'appelée en cause (cf. art. 67 OAMP) ;

Attendu que dans ces circonstances, on doit admettre que le grief relatif au non-respect des conditions de travail est manifestement dénué de chances de succès ;

Attendu qu'en ce qui concerne la problématique des frais de déplacement et de repas, il n'y a pas lieu de comparer le poste « installation de chantier » de l'offre de l'appelée en cause et de celle de la recourante ; en effet, seul le prix global compte, attendu que les soumissionnaires peuvent avoir calculé les différentes positions de manière diverse (RJJ 2010 p. 131 consid. 4.1) ;

Attendu par ailleurs que même si le prix mentionné par l'appelée en cause pour ce poste ne prenait pas en compte les frais de repas et de déplacement et que de ce fait le bénéficiaire du marché en cause qui en résulterait serait moindre, il faut souligner qu'une offre qui ne permet pas de bénéfice n'est pas nécessairement déloyale et illicite ; le soumissionnaire peut en effet avoir plusieurs raisons d'agir ainsi, notamment parce qu'il est en surcapacité, qu'il veut simplement couvrir ses frais fixes ou encore conserver des emplois (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., n. 724) ; par ailleurs, l'appelée en cause est liée par son offre et ne pourrait pas soudainement prétendre qu'elle a oublié le poste frais de déplacement et repas, dans la mesure où une erreur de calcul ne peut pas être rectifiée a posteriori (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., n. 461) ; il en découle que le prix offert à l'intimé par l'adjudicataire ne pourra pas être augmenté, si bien que la concurrence ne s'en trouvera pas faussée pour ce motif ;

Attendu en outre qu'une erreur de calcul ne signifie pas nécessairement que l'entreprise manque de connaissances professionnelles et/ou qu'en raison d'un prix insuffisant elle ne serait pas en mesure d'offrir des prestations suffisantes, respectivement que sa capacité financière ne lui permettrait pas de faire face aux pertes qui en découleraient (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., n. 728) ;

Attendu que dans le cas particulier, vu la taille de l'entreprise, dont le capital-actions s'élève à Fr 4'000'000.-, on doit admettre que même si elle devait ne pas avoir pris en compte le poste en question, elle sera tout à fait en mesure d'assumer les éventuelles pertes qui en découleraient ;

Attendu dès lors que le grief relatif à l'éventuelle absence de prise en considération des frais de déplacement et repas paraît manifestement mal fondé ;

Attendu qu'au vu de ce qui précède, le recours apparaît manifestement mal fondé, de telle sorte que la demande à fin de restitution de l'effet suspensif au recours doit être rejetée, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une pesée des intérêts en présence ;

Attendu qu'au demeurant l'intérêt public au non-report de la réalisation des travaux est manifeste, ainsi que cela ressort des différentes interventions au Parlement jurassien ; en effet, la H18 est vétuste, les croisements entre poids lourds risqués (JDD 2008 p. 456) ; par ailleurs, près de 5'800 véhicules transitent chaque jour par cet axe routier et la sécurité est problématique ; le projet permettra de modérer le trafic et prévoit des aménagements pour les piétons et les cyclistes (JDD 2011 p. 553s) ; les travaux routiers seront en outre coordonnés avec les travaux ferroviaires, qui sont prévus au plan financier cantonal 2012-2016 (JDD 2011 p. 655) ;

Attendu qu'il y a lieu de joindre au fond les frais et dépens de cette partie de la procédure ;

**PAR CES MOTIFS  
LE PRESIDENT DE LA COUR ADMINISTRATIVE**

**rejette**

la demande de restitution de l'effet suspensif au recours ;

**joint**

au fond les frais et dépens de cette partie de la procédure ;

**informe**

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

**ordonne**

la notification de la présente décision :

- à la recourante, par son mandataire, Me Yves Maître, avocat à Delémont ;
- au Gouvernement de la République et Canton du Jura, Hôtel du Gouvernement, 2800 Delémont ;
- à l'appelée en cause, par son mandataire, Me Alexandre Zen-Ruffinen, avocat à Neuchâtel.

Porrentruy, le 18 septembre 2012

**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.*