



# RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA

TRIBUNAL CANTONAL

COUR ADMINISTRATIVE

---

*ADM 85 / 2011*

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

## ARRET DU 3 FEVRIER 2012

dans la cause liée entre

**X. SA,**

- représentée par **Me Olivier Vallat**, avocat à 2900 Porrentruy,

**recourante,**

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 1<sup>er</sup> septembre 2011 (A16 – Section 2 – Lot 2.200b – Tunnel de Montaignre – Porrentruy-Ouest – infrastructures et canalisations : travaux de génie civil et béton armé).*

**Appelée en cause : Association A. SA / B. SA / C. SA**

p.a. C. SA

- représentée par **Me Mathias Eusebio**, avocat à Delémont.

---

## CONSIDÉRANT

### En fait :

- A. Par décision du 1<sup>er</sup> septembre 2011, le Gouvernement a attribué à l'association A. SA / B. SA / C. SA les travaux de génie civil et béton armé de la section 2, lot 2.200b, Tunnel de Montaignre – Porrentruy Ouest pour un montant de Fr 5'844'367.40, celle-ci ayant obtenu le premier rang parmi les six soumissionnaires (et une variante), avec 310 points. L'offre retenue par le Gouvernement correspond à une variante d'exécution présentée par l'association précitée, qui prévoit la

réalisation de la couche de fondation par le biais de l'enrobage à froid au moyen du Valorcol, un produit développé par C. SA qui permet de recycler des enrobés bitumineux de démolition provenant notamment de la déconstruction de pistes de chantier, plutôt que par de l'ACF 32, une technique d'enrobage à chaud qui utilise des matériaux pierreux qui n'ont pas encore servi dans la construction.

- B. X. SA (ci-après la recourante), entreprise de génie civil soumissionnaire qui a obtenu le deuxième rang, avec 306 points, a recouru contre cette décision auprès de la Cour administrative le 12 septembre 2011, concluant à titre principal à ce que le marché lui soit attribué et à titre subsidiaire au renvoi de la cause au Gouvernement avec des instructions impératives, notamment de procéder à l'adjudication en écartant toute offre ou variante impliquant l'emploi d'enrobés bitumineux de démolition pour la réalisation des couches de fondation bitumineuses, sous suite des frais et dépens.

La recourante a complété son argumentation dans un mémoire complémentaire du 10 octobre 2011.

Pour l'essentiel, elle considère que la variante retenue constitue une variante de projet et non une variante d'exécution, de sorte qu'elle devait être écartée. Il est par ailleurs contraire au principe de transparence et d'égalité de traitement de ne pas avoir précisé dans les documents d'appel d'offres que le maître d'ouvrage mettait le cas échéant gratuitement à disposition des entreprises soumissionnaires des enrobés bitumineux de démolition (ci-après aussi RAP). Il est ainsi manifeste que l'adjudicataire n'a pu élaborer son offre qu'après avoir obtenu des renseignements auprès du maître d'ouvrage, lesquels portaient de toute évidence notamment sur les conditions de mise à disposition de ces RAP. La procédure d'adjudication viole de ce fait le principe de l'interdiction des discussions et négociations entre adjudicateur et soumissionnaires.

En parallèle, la recourante a demandé la restitution de l'effet suspensif.

- C. L'adjudicataire a été appelée en cause par ordonnance du 14 septembre 2011.
- D. Le Gouvernement a conclu au rejet du recours dans son mémoire de réponse du 25 octobre 2011.
- E. L'appelée en cause a elle aussi conclu au rejet du recours le 27 octobre 2011.
- F. Après plusieurs prises de position spontanées des parties, le président de la Cour administrative a restitué l'effet suspensif au recours par décision du 14 décembre 2011.
- G. A la demande du juge instructeur, le Gouvernement et l'appelée en cause ont produit divers documents. Les parties ont à nouveau spontanément pris position à plusieurs reprises.

- H. Une audience des débats s'est tenue le 25 janvier 2012. A cette occasion, outre les parties, ont été entendus MM. K. et H., collaborateurs au Service des ponts et chaussées, ainsi que M. I., ingénieur au sein de L., bureau d'ingénieurs mandaté par le Gouvernement pour assurer le suivi technique du dossier.
- I. On reviendra ci-dessous dans la mesure utile sur l'argumentation présentée par les parties à l'appui de leurs conclusions.

**En droit :**

- 1.
  - 1.1 Les travaux litigieux s'inscrivent dans le cadre de la réalisation de l'A16. L'ordonnance sur les routes nationales (ORN ; RS 725.111) ne pose que quelques règles de procédure pour la passation des marchés publics des routes nationales, notamment un appel d'offres public obligatoire pour les marchés de construction d'une valeur égale ou supérieure à 2 millions de francs (art. 38 al. 1 litt. a ORN). Au surplus, le droit cantonal est applicable (art. 39 ORN). Or la loi jurassienne sur les marchés publics (LMP; RSJU 174.1) prévoit que les décisions de l'adjudicateur sont sujettes à recours dans les 10 jours auprès de la Cour administrative du Tribunal cantonal (art. 25 al. 1 LMP).

La Cour de céans est dès lors compétente pour statuer sur le recours.

- 1.2 Le recours a été déposé dans les formes et délai légaux et la qualité pour recourir de la recourante est manifestement donnée.
- 1.3 Il suit de ce qui précède qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le recours.
- 2. Lors des premières plaidoiries, exposées durant l'audience du 25 janvier 2012, le Gouvernement a modifié ses conclusions, concluant implicitement à l'admission du recours en proposant de reprendre la procédure ab ovo. En plaidoiries finales, il a toutefois confirmé son mémoire de réponse.

Conformément à l'article 133 Cpa et au principe de l'effet dévolutif du recours, dès le dépôt du recours, le pouvoir de traiter l'affaire qui en est l'objet passe à l'autorité du recours. L'article 134 Cpa prévoit toutefois que l'autorité de première instance peut, jusqu'à l'envoi de sa réponse au mémoire de recours, procéder à un nouvel examen de la décision attaquée.

Dans le cas particulier, il apparaît que la modification des conclusions est intervenue après le dépôt du mémoire de réponse, si bien que la Cour n'est en aucun cas tenue par ces nouvelles conclusions. En outre et en dernier lieu, l'intimé a conclu à la confirmation des conclusions de son mémoire de réponse, dans lequel il concluait au rejet du recours. On ne saurait dès lors considérer que l'intimé a acquiescé au recours et la Cour de céans reste libre d'admettre ou rejeter le recours. Au demeu-

rant, la recourante a conclu à titre principal à ce que les travaux litigieux lui soient adjugés, ce qui ne correspond pas à la proposition de l'intimé de reprendre la procédure ab ovo, tandis que l'appelée en cause a, elle, conclu au rejet du recours.

3. La recourante prétend que l'offre de l'adjudicataire constitue une variante de projet qui aurait dû être écartée.

3.1 Selon l'article 42 de l'ordonnance concernant l'adjudication des marchés publics (OAMP ; RSJU 174.11), les soumissionnaires sont libres de présenter une ou plusieurs variantes parallèlement à leur offre, à moins que cette faculté n'ait été exclue ou restreinte dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres (al. 1). L'alinéa 2 de cette disposition précise que dans l'hypothèse où sa présentation est autorisée, une variante n'est prise en considération que si : a) elle respecte les exigences impératives fixées dans les documents d'appel d'offres ; b) ses caractéristiques sont fonctionnellement équivalentes aux spécifications techniques que doit obligatoirement respecter l'offre ; c) son auteur dépose parallèlement, dans des documents séparés, une offre recevable.

La notion de variante n'est pas définie en matière de marchés publics. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à parler de "variante" pour désigner l'offre d'un soumissionnaire portant sur des prestations qui diffèrent de celles décrites par le soumettant dans l'avis et les documents d'appel d'offres. Le contenu de cette offre n'est alors pas conforme à l'objet mis en soumission, mais adapté au but poursuivi par l'adjudicateur, c'est-à-dire à son objectif. On distingue les variantes de conception ("Projektvariante"), qui consistent à proposer la réalisation d'un projet partiellement ou totalement différent de celui mis en soumission (p. ex. diamètre d'un tunnel) des variantes d'exécution ("Ausführungsvariante"), qui portent sur la réalisation du projet décrit dans le cahier des charges, mais selon une autre méthode que celle attendue (p. ex. la méthode de construction ou l'ordre des travaux ; ZH VB.2010.00171 consid. 4.1.1). Cette pratique présente l'avantage de promouvoir le progrès technologique et d'en faire bénéficier le pouvoir adjudicateur, en lui permettant de prendre connaissance et d'évaluer des innovations, de nouveaux produits ou de nouveaux procédés de fabrication. Elle permet en outre aux soumissionnaires de préserver leur marge de bénéfice tout en proposant un prix compétitif. Les variantes constituent cependant une entorse au principe de la conformité des offres à l'avis et aux documents d'appel d'offres, lequel est garant d'une comparaison des offres respectueuse des principes d'égalité, de transparence et de concurrence. Aussi, la liberté en matière de variantes doit-elle être relativisée à deux égards, afin que les offres puissent être dûment comparées sur la base des critères indiqués dans l'avis et les documents d'appel d'offres. La législation prévoit que l'offre portant sur des prestations différentes doit être exclue de la procédure, au cas où le soumissionnaire qui propose cette variante ne présente pas également une offre (de base) correspondant aux prestations demandées. L'exigence d'une offre de base a pour but de permettre à l'adjudicateur d'analyser de manière objective la capacité concurrentielle du soumissionnaire pour le marché mis en soumission ; il s'agit également de s'assurer que le soumissionnaire a examiné de manière approfondie l'ensemble des ques-

tions en relation avec le marché mis en soumission (JAAC 65.78 consid. 3a). La jurisprudence estime que l'offre relative à une variante ne peut être prise en considération pour l'adjudication qu'à la double condition qu'elle respecte les éventuelles conditions minimales impératives fixées dans le cahier des charges et qu'elle présente des caractéristiques techniques équivalentes à celles exigées de l'offre de base (JACQUES DUBEY, *Le concours en droit des marchés publics – La passation des marchés de conception, en particulier d'architecture et d'ingénierie*, 2005, n. 397 ss et les références ; cf. également AGVE 2006 p. 195 consid. 2.1).

- 3.2 En l'espèce, les Directives administratives, à leur point 2.5, précisent expressément que des variantes d'exécution sont admises. Une variante n'est cependant prise en considération que si a) son auteur dépose parallèlement, dans des documents séparés, une offre recevable ; b) elle répond aux exigences essentielles des documents d'appel d'offres ; c) ses caractéristiques sont fonctionnellement équivalentes aux spécifications techniques que doit obligatoirement respecter l'offre.

La variante retenue porte essentiellement sur la couche de fondation, qui sera fabriquée à partir d'enrobés bitumineux de démolition, selon un procédé à froid mettant en œuvre le Valorcol, et accessoirement sur l'utilisation de cette même matière pour les élargissements. Au vu de la jurisprudence et de la doctrine précitées, on doit admettre qu'il s'agit là d'une variante d'exécution, et non pas de projet ou de conception. Au final, le revêtement bitumineux de la couche de fondation aura les mêmes caractéristiques fonctionnelles que s'il avait été fabriqué avec de l'ACF 32 par enrobage à chaud, ainsi que le relève l'intimé, lequel a fait appel, pour l'évaluation des offres, à un bureau d'ingénieurs spécialisés. L'utilisation d'enrobés bitumineux de démolition constitue de toute évidence un nouveau procédé de fabrication, une nouvelle technologie dont l'intimé pourra profiter. Il est manifeste que l'emploi de ce nouveau procédé mettant en œuvre de l'enrobage à froid implique de s'écarter sur certains points des postes mentionnés dans l'appel d'offres, qui partait du principe que la prestation requise serait réalisée selon l'enrobage à chaud. On ne voit toutefois pas en quoi la variante ne répondrait pas aux exigences essentielles des documents d'appel d'offres, d'autant plus que le résultat final sera le même que s'il est fait usage d'ACF 32. A cet égard, G. a précisé lors de l'audience du 25 janvier 2012 que les exigences essentielles pour lui consistaient à construire une autoroute résistante et conforme aux normes techniques. Tel est manifestement le cas même lorsque la couche de fondation est réalisée avec du Valorcol, ainsi que cela ressort des différents essais auxquels l'intimé a procédé (cf. également rapport – proposition d'adjudication du 28 juin 2011 de L.). H. et I. ont par ailleurs confirmé lors de l'audience qu'en termes de qualité, le Valorcol et l'ACF 32 sont équivalents. Les caractéristiques du Valorcol sont dès lors fonctionnellement équivalentes aux spécifications techniques que doit obligatoirement respecter l'offre, à savoir l'ACF 32, qui constitue la solution traditionnelle, « de base », pour réaliser les couches de fondation et les élargissements.

Pour le reste, il n'est pas contesté que l'appelée en cause a déposé une autre offre recevable basée sur l'enrobage à chaud, ce qui permet d'évaluer sa capacité concurrentielle. Cette offre a obtenu le 3<sup>ème</sup> rang, juste derrière la recourante.

Il convient finalement de souligner que la différence entre la variante et l'offre de base est significative d'un point de vue économique, mais également au regard du développement durable, ainsi que cela ressort du rapport – proposition d'adjudication du 28 juin 2011 et de la note adressée le 16 août 2011 par le Service des ponts et chaussées au chef du Département. Les RAP, s'ils n'étaient pas réutilisés pour de l'enrobage à froid ou à d'autres fins, devraient être déposés dans des décharges contrôlées. Or ces matériaux peuvent aisément trouver une seconde vie une fois les pistes de chantier déconstruites. Le maître d'ouvrage réalise des économies ; l'utilisation des ressources s'en trouve limitée et les transports également.

Les exigences posées par la loi et la jurisprudence étant remplies, on doit admettre que la variante de l'appelée en cause pouvait être retenue, d'autant que l'autorité adjudicatrice dispose d'un large pouvoir d'appréciation que l'autorité de recours doit respecter.

Ce premier grief de la recourante doit dès lors être rejeté.

4. La recourante prétend que la variante aurait dû être exclue parce qu'elle ne contenait pas l'analyse de prix pour le CAN 223 R.419.101 et 102, documents qui n'ont été fournis que le 11 janvier 2012 sur requête du président de la Cour de céans.
- 4.1 Aux termes de l'article 51 al. 1 let. c OAMP, l'adjudicateur peut exclure un soumissionnaire qui, notamment, ne respecte pas les exigences essentielles de forme fixées dans les documents d'appel d'offres. L'alinéa 2 de cette disposition stipule qu'une offre ne remplit pas les exigences essentielles de forme notamment si elle n'est pas remise dans le délai, si elle est incomplète ou si elle n'est pas ou pas valablement signée. L'adjudicateur peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre (art. 47 al. 1 OAMP).

Selon la jurisprudence et la doctrine, on peut qualifier d'offre incomplète celle qui ne réalise pas les conditions de l'appel d'offres ou lorsque l'absence d'éléments essentiels empêche l'adjudicateur d'évaluer l'offre à la lumière des critères posés. Dans la plupart des procédures de mise en soumission, l'entité adjudicatrice exige des candidats la production d'un certain nombre de pièces en vue du contrôle des conditions de participation et pour évaluer les critères d'aptitude et d'adjudication. Or il est fréquent que les soumissionnaires omettent de joindre à leur offre des documents, même importants, ou en produisent certains qui ne sont pas ou plus pertinents. Les offres incomplètes, selon le Tribunal fédéral, doivent être exclues, sous réserve du principe de proportionnalité et de l'interdiction du formalisme excessif. Le principe d'intangibilité impose l'appréciation des offres sur la seule base du dossier remis. Or les manquements, qui font qu'une offre est qualifiée d'incomplète, varient dans leur importance. L'exclusion ne peut donc raisonnablement être la seule sanction. Elle

ne se justifie en réalité que si l'informalité constatée relève d'une certaine gravité. L'entité adjudicatrice doit, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, prendre en compte le principe de la proportionnalité et les exigences découlant de la prohibition du formalisme excessif. Son examen porte ainsi sur la nature de l'informalité. Si le vice est en soi à considérer comme grave ou si sa gravité découle du non-respect de conditions essentielles fixées dans l'avis d'appel d'offres ou dans la documentation y relative, l'exclusion se justifie. Si le manquement est de moindre importance, l'adjudicateur ne devrait pas exclure automatiquement l'offre, mais bien plutôt accorder à son auteur un délai supplémentaire pour la compléter (OLIVIER RODONDI, La gestion de la procédure de soumission, in Zufferey/Stöckli [édit.], Marchés publics 2008, Zurich 2008, n. 59ss, p. 163 ; arrêt de la Cour administrative ADM 122/2010 du 22 mars 2011 consid. 5.1 ; RJJ 2000 p. 274).

- 4.2 Il faut ici préciser que les documents d'appel d'offres exigeaient l'analyse de prix notamment pour le CAN 223.411.201 : fourniture, répandage et compactage d'enrobé type AC F 32. Or l'appelée en cause a déposé une variante qui ne recourt pas aux matériaux se rapportant aux CAN 223.411.201. En outre, si l'on devait arriver à la conclusion qu'il était nécessaire que l'appelée en cause fournisse ce document et que, dès lors, cet oubli devait être considéré comme un vice, il ne saurait être qualifié de grave et entraîner l'exclusion ipso facto de l'offre en question, ce qui serait disproportionné. Cette analyse n'était en effet pas indispensable pour déterminer si l'appelée en cause remplissait les critères d'aptitude requis, respectivement pour évaluer divers critères décisifs pour l'adjudication. H. a précisé à ce sujet que des analyses de prix étaient demandées afin que le maître d'ouvrage dispose d'une base de comparaison dans l'hypothèse où il devrait demander des prix complémentaires par la suite. L'intimé n'a du reste pas jugé nécessaire de la demander et ce document n'a été produit que sur requête du président de la Cour de céans.

Il en découle que l'adjudicateur n'avait pas à exclure la variante de l'appelée en cause pour des motifs de forme.

5. La recourante se plaint de la violation des principes d'égalité de traitement et de transparence.

#### 5.1

- 5.1.1 La LMP vise entre autres à assurer l'égalité de traitement et l'impartialité des procédures d'adjudication entre tous les soumissionnaires (art. 1 al. 1 let. d).

L'inégalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.) apparaît comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 137 I 167 consid. 3.5). Le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique est spécifiquement garanti à l'article 27 Cst. En vertu de ce principe, les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les personnes exerçant la même activité économique (concurrents directs) sont prohibées (ATF 130 I 26 consid. 6.3.3.1 ; TF 2D\_15/2011 du 31 octobre 2011 consid. 3.3).

- 5.1.2 Le principe de transparence exige du pouvoir adjudicateur qu'il fasse connaître à l'avance les diverses étapes de la procédure et leur contenu et qu'il indique également à l'avance toutes les informations minimales et utiles pour permettre aux candidats de déposer une offre valable et correspondant pleinement aux exigences posées (ATF 125 II 86 consid. 7c). Il est essentiel que l'autorité adjudicatrice décrive soigneusement l'objet du marché et les conditions qui lui sont applicables, ce qui implique qu'elle ait procédé à une définition précise de ses besoins. Concrètement, cela suppose que le cahier des charges contienne, en principe à tout le moins, un descriptif des prestations demandées, qui doit être clair et complet (arrêt de la Cour de droit public du Tribunal cantonal neuchâtelois CDP.2010.230 du 24 février 2011 consid. 4a). Du respect du principe de transparence découle le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires (MOSER/GALLI/LANG/CLERC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Tome I, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, n. 613).
- 5.2 La recourante relève que les documents d'appel d'offres ne mentionnent pas la possibilité, pour les soumissionnaires, d'employer un stock d'enrobés bitumineux de démolition dans le cadre du chantier mis en soumission, ni la quantité disponible, ni les conditions de cette mise à disposition (gratuité de la fourniture, voire du concassage et du transport). En outre, aucun renseignement n'a été fourni à ce sujet par les représentants de l'intimé aux soumissionnaires, du moins à la recourante. Au contraire, lorsque la question de la mise à disposition de matériaux a été abordée par l'intimé ou ses représentants, ceux-ci l'ont expressément limitée à la fourniture de matériaux pierreux. Par ailleurs, dès lors que l'intimé avait procédé avec l'appelée en cause à des essais concluants, sur d'autres chantiers de l'A16, d'utilisation d'enrobés bitumineux de démolition, il devait s'attendre à ce que cette dernière propose cette méthode dans le cadre d'un marché public. Le principe de transparence lui imposait dès lors d'évoquer la possibilité d'employer ses propres enrobés bitumineux de démolition dans les documents de l'appel d'offres.
- 5.3 Au préalable, il convient de rappeler qu'une variante a pour objectif de permettre au pouvoir adjudicataire de bénéficier de progrès techniques et de nouveaux procédés dont il ne connaît pas nécessairement l'existence (cf. consid. 3.1), de sorte qu'il ne lui est pas possible de mentionner tous les éléments potentiellement pertinents s'agissant d'éventuelles variantes envisageables. Ainsi, si dans le cas particulier, la variante attribuée différait de l'offre de base pour la couche de fondation, il était tout à fait envisageable que d'autres entreprises proposent des variantes d'exécution portant sur d'autres points de l'appel d'offres. Dans ces circonstances, l'intimé n'avait pas à mentionner dans les documents d'appel d'offres l'existence de ces RAP, d'autant moins que cette mention aurait constitué une précision discriminatoire à l'encontre des autres entreprises susceptibles de soumissionner, ce qui est interdit par le droit des marchés publics (art. 11 let. a de l'accord intercantonal sur les marchés publics ; AIMP ; RSJU 174.01 et 29 al. 2 OAMP ; cf. également RJJ 2010 p. 131 consid. 3.1). En effet, dans la mesure où le tracé de l'autoroute se trouve en zone S de protection des eaux (cf. p. 4 des conditions particulières du 25.02.2011), les RAP ne peuvent en principe être utilisés que sous une forme liée (cf. OFEV, Di-



rective pour la valorisation des déchets de chantier minéraux, 2ème éd., Berne 2006, ch. 5-11, et Office cantonal de l'Environnement, Directive ENV IN08 de janvier 2008, ch. 2.1). Or les collaborateurs du Service des ponts et chaussées entendus lors de l'audience ainsi que I. ont déclaré qu'ils connaissaient l'existence d'autres procédés d'enrobage à froid, sans toutefois disposer d'informations sur leur qualité. Ils ont précisé que dans le périmètre jurassien, seul C. maîtrisait cette technique, information qui n'a pas été contestée par la recourante, laquelle a au contraire admis qu'elle-même n'avait jamais utilisé ce procédé et que le cas échéant, il lui faudrait du temps et procéder à des essais. Il ne lui suffisait dès lors pas de louer une centrale mobile d'enrobage à froid auprès de D. AG ou E. SA comme elle le prétend dans sa prise de position du 7 novembre 2011. Un certain savoir-faire est requis pour fabriquer de l'enrobage à froid, technique à laquelle elle ne s'est pour l'heure jamais confrontée. Par conséquent, la mention de ces RAP dans les documents d'appel d'offres aurait constitué une précision favorisant C., respectivement discriminant les autres soumissionnaires potentiels. Il n'appartient du reste pas au pouvoir adjudicataire de suggérer les variantes envisageables dans le cadre d'un marché public. C'est au contraire aux entreprises soumissionnaires de faire preuve d'innovation et de proposer, le cas échéant, une variante susceptible d'intéresser le maître d'ouvrage, ainsi que cela a été rappelé ci-dessus.

Il convient par ailleurs de préciser que si l'intimé et C. ont procédé aux premiers essais avec le Valorcol en 2008, par la suite, c'est toujours après l'adjudication que C. a proposé à l'intimé de remplacer l'ACF 32 par du Valorcol (cf. dossier produit par le Gouvernement le 17.01.2012 : notamment lot 2.230b : prix complémentaires no 1 – note explicative du 20.06.2011 ; lot 2.270 : prix complémentaires no 2 – note explicative du 13.03.2009 ; lot 2.260 : prix complémentaires no 3 – note explicative du 23.09.2008 ; lot 2.057 : avenant no 1, devis descriptif des prestations, p. 13). I., collaborateur chez L., qui a élaboré le dossier d'appel d'offres et participé à la visite des lieux le 25 février 2011, a par ailleurs précisé qu'une solution avec des RAP n'avait pas été envisagée initialement. L'intimé ne devait donc pas s'attendre d'emblée au dépôt d'une telle variante.

Par surabondance, la recourante fait preuve de mauvaise foi en soulevant cet argument. Lors de l'audience, son représentant a en effet expressément déclaré qu'il connaissait l'existence des stocks de RAP, qu'il en avait déjà utilisés, en particulier dans le cadre du chantier de l'aérodrome, lesquels avaient alors été mis gratuitement à disposition du maître d'ouvrage, la société coopérative Aérodrome du Jura (SCAJ). X. a également reconnu savoir que C. avait déjà obtenu des RAP directement et gratuitement, dans le cadre d'autres chantiers de l'A16. De même, contrairement à ce que prétend la recourante, on ne saurait tirer un quelconque argument de la mention se trouvant dans la proposition d'adjudication rédigée par L. le 28 juin 2011, qui souligne que le stock des enrobés appartenant au maître d'ouvrage était connu de tous les entrepreneurs. Au contraire, cette précision tend à faire de l'existence de ces RAP un fait notoire. En outre, ainsi que l'a relevé F., représentant de l'appelée en cause, il est notoire qu'à Mavalau se trouve un stock « redondant » de RAP et qu'il y en a également ailleurs le long de l'autoroute, que les stocks se-

ront massivement approvisionnés dans le cadre de la déconstruction des pistes de chantier de l'A16. Tant G. que H. ont confirmé que plusieurs pistes de chantier seraient déconstruites à la suite de l'ouverture des nouveaux tronçons, même si certaines seront réaffectées à d'autres buts. Rien n'interdisait par ailleurs à la recourante de poser, le cas échéant, des questions au maître d'ouvrage sur les conditions de mise à disposition de ces RAP, ainsi que le permet l'article 30 al. 1 OAMP. Il est à cet égard sans pertinence aucune que la recourante se soit vu refuser de tels matériaux en septembre 2011, dans le cadre d'un autre chantier. Des explications circonstanciées à ce sujet ont été données dans le mémoire de réponse de l'intimé puis lors de l'audience. Ainsi, la demande a été faite tardivement, ce que J., conducteur de travaux pour la recourante, a admis lors de l'audience, et portait sur des RAP préalablement concassés, ce qui nécessite du temps, étant précisé qu'une partie du stock existant était réservée pour le chantier 2.230b. En outre, la recourante avait déjà atteint le quota de matériaux pierreux auquel elle avait droit selon les conditions du marché qui lui avait été attribué.

Le volume de RAP à disposition au moment voulu a par ailleurs fait l'objet d'une analyse détaillée lors de l'évaluation des offres seulement, ainsi que l'ont confirmé G., K., H. et I. Au moment de la rédaction des documents de l'appel d'offres, le volume exact à disposition n'était donc pas connu. Les propos de G., qui a indiqué lors de l'audience qu'à son sens, les documents d'appel d'offres auraient dû contenir les conditions de mise à disposition des RAP, doivent dès lors être pris avec circonspection, respectivement ne sont pas déterminants, d'autant moins que l'intéressé a expliqué sa position par l'importance pour l'intimé de pouvoir réaliser les travaux au plus vite et d'éviter tout risque de recours.

Les documents d'appel d'offres ont ainsi été établis de manière tout à fait correcte et n'avaient pas à rappeler l'existence de ces RAP. Ce grief doit dès lors être rejeté.

6. La recourante prétend que le canton viole le principe d'égalité de traitement, dans la mesure où il offre gratuitement à l'appelée en cause à la fois le concassage et le transport des RAP.

Cet allégué est contredit par les éléments au dossier, en particulier par les auditions auxquelles il a été procédé. Les représentants de l'appelée en cause ont précisé que le poste préparation à Fr 15.- / tonne, qui ressort de l'analyse de prix du CAN 223.R.419.101, comprenait le transport et le concassage. MM. H. et I. l'ont confirmé en soulignant que pour eux, il était évident que la préparation des RAP à raison de Fr 15.- / tonne comprenait le transport et le concassage, les RAP fournis par le maître d'ouvrage étant bruts, ce qu'a par ailleurs rappelé à réitérées reprises G., en soulignant que dans l'hypothèse où l'appelée en cause se servirait de RAP déjà concassés, le concassage ne serait pas facturé. M. F. a quant à lui précisé qu'il était arrivé à C. d'utiliser des matériaux déjà concassés par le canton, après analyse, mais que la société avait alors opéré une moins-value, puisqu'elle n'avait plus à effectuer une prestation comprise dans ses prix. Cet élément est confirmé par le dos-

sier (cf. dossier produit par le Gouvernement le 17.01.2012, PV no 6 du 25.06.2008 concernant le lot 2.057).

Par ailleurs, si des RAP déjà concassés se trouvent actuellement à Mavalau, ils ne sont pas exclusivement réservés à l'A16, encore moins au chantier litigieux, mais sont utilisés au fur et mesure des besoins, par des communes ou même l'aérodrome, ainsi que l'a expliqué G.

Ce grief de la recourante doit de ce fait être rejeté.

7. La recourante prétend que l'intimé n'a pas respecté le principe de l'interdiction des négociations entre adjudicateur et soumissionnaires.

7.1 Selon l'article 50 OAMP, hormis en procédure de gré à gré, les négociations entre l'adjudicateur et les soumissionnaires sur les prix, les remises de prix et modifications de prestations sont interdites. La jurisprudence a précisé que des négociations peuvent être engagées si l'appel d'offres le prévoit ou si aucune offre ne paraît être la plus avantageuse économiquement. Les négociations doivent principalement servir à déterminer les points forts et les points faibles des soumissions. L'ouverture de négociations suppose que le pouvoir adjudicateur n'ait pas encore fait son choix, que plusieurs soumissionnaires soient encore en concurrence et que les négociations aient pour objet de réunir les éléments nécessaires à une formulation et une évaluation plus précise des offres subsistantes. Le pouvoir adjudicateur doit, lorsqu'il entend ouvrir des négociations, en informer les soumissionnaires concernés de manière claire et sans ambivalence. En vertu du principe de l'égalité de traitement, les négociations doivent être conduites avec tous les soumissionnaires dont les offres entrent en considération pour l'adjudication définitive, sur la base des critères d'adjudication. Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'incorporer dans les négociations toute offre dès l'instant où elle paraît appropriée (TAF B-7778/2008 du 20 mai 2009 consid. 4.2 et les références). Par ailleurs, des renseignements importants fournis par un soumissionnaire ou à un candidat doivent simultanément être communiqués aux autres (art. 30 al. 2 OAMP).

En outre, selon l'article 47 OAMP, l'adjudicateur peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre (al. 1). Les explications orales sont transcrites par l'adjudicateur (al.2).

7.2 En l'espèce, un entretien téléphonique a eu lieu le 22 juin 2011 entre F. et G., ainsi que cela ressort de la lettre de l'appelée en cause du 27 juin 2011 et des déclarations de ce dernier. Cette conversation portait toutefois uniquement sur la définition exacte du mot RAP, puisque la variante précisait « RAP fournis par le maître d'ouvrage ». Or G. a déclaré que personne au sein du Service des ponts et chaussées n'avait pu lui donner de définition exacte et précise de cette abréviation, qui signifie en anglais enrobé bitumineux recyclé. Au vu des considérants qui précèdent, il était toutefois primordial que le maître d'ouvrage dispose d'une définition claire et précise de cette abréviation, puisque selon l'offre, il lui incombait de fournir les RAP.

Les discussions n'ont toutefois pas porté sur les quantités à disposition, selon les propos de G., que la Cour n'a aucune raison de remettre en cause, attendu qu'il a été expressément rendu attentif à son obligation d'effectuer une déposition conforme à la vérité. Ses collaborateurs, qui n'étaient pas dans la salle au moment où leur chef de service s'est exprimé, ainsi que I., par ailleurs tous rendus attentifs à leur obligation de dire la vérité et aux conséquences qu'ils encouraient dans le cas contraire, ont eux aussi indiqué n'avoir pas eu connaissance de discussions avec l'appelée en cause à ce propos. C'est ici le lieu de préciser que les représentants de celle-ci, lors de l'audience, ont indiqué que leur variante reposait sur le postulat que le maître d'ouvrage dispose de suffisamment de RAP pour réaliser les travaux, ce qui permettait d'offrir un prix plus intéressant pour l'Etat ; en validant la variante, l'adjudicateur admettait disposer de RAP en suffisance. En d'autres termes, l'appelée en cause a « pris le pari » que l'Etat pouvait fournir les RAP nécessaires. Comme l'a exposé F., il a toutefois préalablement constaté l'existence de stocks de RAP à Mavalau et ailleurs le long de l'autoroute et sachant qu'avec la fin des travaux de l'A16, certaines pistes de chantier devaient être déconstruites, réalimentant ainsi le stock de RAP.

Il suit de ce qui précède que rien au dossier ne permet de retenir l'existence de négociations ou même de discussions interdites entre le pouvoir adjudicateur et l'appelée en cause, contrairement à ce que prétend la recourante. Il n'y a pas eu de violation de l'article 50 OAMP et ce grief doit être rejeté.

8. La recourante allègue que, dès lors que l'intimé envisageait de fournir gratuitement le matériau destiné à la confection du béton bitumineux prévu sous CAN 223, position 411.201 et 412.002, il s'agissait là d'une réduction quantitative de la prestation attendue et l'intimé devaient donner aux soumissionnaires la possibilité de compléter leur offre.
- 8.1 Lorsque l'autorité adjudicatrice aboutit à la conclusion que compte tenu de la variante proposée par un soumissionnaire, les exigences doivent être réduites, elle doit donner l'opportunité aux autres entreprises de compléter leur offre par rapport à la nouvelle description des prestations, conformément au principe de transparence et d'égalité de traitement (MOSER/GALLI/LANG/CLERC, op. cit., n. 479 ; ZH VB 2010.00171 consid. 4.1.2).
- 8.2 La position de l'intimé à propos de ce grief, telle qu'elle ressort de l'article 20 de son mémoire de réponse, est tout à fait convaincante. Il n'y a pas de diminution qualitative des prestations, puisqu'ainsi que cela a déjà été relevé ci-dessus, le Valorcol a des propriétés équivalentes à celles de l'ACF 32. Il n'y a pas non plus de réduction quantitative des prestations de l'appelée en cause par rapport aux documents d'appel d'offres, puisque l'appelée en cause fournira une couche de fondation conforme. L'intérêt de la variante repose sur l'utilisation de RAP mis à disposition gratuitement par l'intimé, en lieu et place de matériaux pierreux ordinaires dont seule la moitié sera fournie par le maître d'ouvrage. Cette « substitution » permet d'offrir des prix plus intéressants que l'offre de base. Il serait à cet égard absurde d'exiger de

l'adjudicataire qu'elle acquiert des matériaux pierreux inutiles, vu la technologie qu'elle propose. On ne saurait dès lors considérer que la variante se fonde sur une réduction des prestations qui aurait dû déboucher sur une information à l'ensemble des soumissionnaires.

En outre, donner aux autres soumissionnaires l'occasion de compléter leur offre en raison du fait que l'appelée en cause se proposait d'utiliser des RAP plutôt que des matériaux pierreux leur aurait permis de se « rattraper » a posteriori, une fois les offres ouvertes, en proposant à leur tour une variante avec de l'enrobage à froid, possibilité à laquelle ils n'ont de toute évidence pas spontanément pensé, puisqu'ils n'ont pas fourni de variante recourant à ce procédé. Une telle attitude aurait violé l'égalité de traitement à l'égard de l'appelée en cause, qui a d'emblée proposé une variante. Il faut par ailleurs rappeler que la législation sur les marchés publics vise à assurer une utilisation judicieuse des deniers publics (art. 1 al. 1 let. c LMP), ce que permet justement la variante adjugée, en évitant d'une part à l'Etat de devoir payer des matériaux pierreux, en réutilisant des matériaux qu'elle a déjà payés, et d'autre part de payer pour la mise en décharge contrôlée des matériaux bitumineux de démolition.

Ce grief de la recourante est lui aussi mal fondé.

9. Il suit de ce qui précède qu'aucun des griefs de la recourante n'est admis. Le recours doit ainsi être rejeté.
10. La recourante qui succombe doit prendre à sa charge les frais de la procédure (art. 219 al. 1 Cpa). Dans la mesure toutefois où elle a obtenu gain de cause sur sa requête à fin de restitution de l'effet suspensif, alors que l'intimé s'y opposait, il convient de laisser à l'Etat les frais de cette partie de la procédure, qui ont été joints au fond dans le cadre de la décision ADM 86/2011 du 14 décembre 2011.

La recourante a dès lors également droit et pour les mêmes motifs à une contribution à ses dépens, à verser par l'Etat (art. 227 al. 1 Cpa), pour le travail de son mandataire se rapportant à l'effet suspensif. Il n'y a pas lieu de mettre une partie de cette indemnité à la charge de l'appelée en cause, dès lors que l'effet suspensif a été octroyé essentiellement en mettant en balance l'intérêt de la recourante à une protection juridique efficace et l'intérêt de l'Etat à pouvoir commencer les travaux immédiatement (cf. art. 229 Cpa).

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimé, qui n'a pas recouru à un mandataire professionnel (art. 230 al. 1 Cpa). L'appelée en cause a droit à la prise en charge de ses dépens par la recourante qui succombe (art. 227 al. 1 Cpa). Il se justifie toutefois de réduire l'indemnité de dépens qu'elle réclame pour tenir compte du rejet de sa conclusion au sujet de l'effet suspensif.

**PAR CES MOTIFS  
LA COUR ADMINISTRATIVE**

**rejette**

le recours ;

**met**

les frais de la procédure au fond par Fr 8'000.- à charge de la recourante ;

**laisse**

les frais de la procédure de restitution de l'effet suspensif à l'Etat ;

**alloue**

- à la recourante une contribution à ses dépens de Fr 1'000.-, à verser par l'intimé ;
- à l'appelée en cause une indemnité de dépens de Fr 24'000.-, à verser par la recourante ;

**informe**

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

**ordonne**

la notification du présent arrêt :

- à la recourante, par son mandataire, Me Olivier Vallat, avocat à Porrentruy ;
- à l'intimé, le Gouvernement de la République et Canton du Jura, Hôtel du Gouvernement, 2800 Delémont ;
- à l'appelée en cause, par son mandataire, Me Mathias Eusebio, avocat à Delémont.

Porrentruy, le 3 février 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.*