

CHA/BEJ

Tribunal administratif du canton de Berne
Cour des affaires de langue française

Jugement du 24 octobre 2014

Droit administratif

B. Rolli, président
R. Burkhard, M. Daum, T. Häberli et C. Meyrat Neuhaus, juges
A. de Chambrier, greffier

A. _____
représentée par Me B. _____

recourante

contre

1. C. _____

2. D. _____

3. E. _____

tous trois représentés par Me F. _____

intimés

et

Commune municipale de Corgémont

Grand-Rue 15, case postale 145, 2606 Corgémont

et

Commune municipale de Cortébert

Rue du Collège 3, 2607 Cortébert

et

Préfecture du Jura bernois

Rue de la Préfecture 2, 2608 Courtelary

relatif à une décision sur recours du préfet du Jura bernois du 24 septembre 2012
(adjudications des 8 et 9 mai 2012 relatives à la mensuration officielle 2013-2017)



En fait:

A.

En février 2012, la commune de Corgémont et la commune de Cortébert (ci-après: les communes), agissant par l'Office cantonal de l'information géographique du canton de Berne (OIG), ont publié un appel d'offres public pour le mandat de mise à jour permanente de la mensuration officielle pour la période contractuelle 2013-2017. Le 28 mars 2012, E._____, D._____, et C._____ ont déposé un dossier de candidature au nom de la société G._____ (alors en constitution) auprès de ces deux communes. La société A._____ en a fait de même le 30 mars 2012. Par décision du 8 mai 2012, la commune de Corgémont a adjugé le mandat à A._____. La commune de Cortébert a quant à elle adjugé le mandat à la même entreprise, par décision du 9 mai 2012.

B.

Par mémoires non datés et parvenus le 22 mai 2012 à la préfecture du Jura bernois, E._____, D._____, C._____ et G._____ (toujours en constitution) ont recouru contre les deux décisions communales précitées et requis des mesures provisionnelles et superprovisionnelles. Dans deux décisions incidentes du 23 mai 2012, la préfecture du Jura bernois a notamment accordé l'effet suspensif aux recours, à titre superprovisoire, et appelé en cause la société A._____. Par ordonnance du 18 juin 2012, la préfecture a joint les deux procédures. Dans sa décision du 24 septembre 2012, elle a annulé d'office les deux décisions contestées par-devant elle et renvoyé les causes aux communes concernées.

C.

Le 25 octobre 2012, A. _____, représentée par un avocat, a interjeté recours contre la décision précitée auprès du Tribunal administratif du canton de Berne (TA). A cette occasion, elle a conclu à l'annulation de la décision préfectorale et à l'attribution du marché en sa faveur, le tout sous suite de frais et dépens. Par courrier commun du 5 décembre 2012, les communes ont renvoyé à leurs prises de position respectives du 6 juin 2012 adressées au préfet (aux contenus identiques), dans lesquelles elles concluaient à la confirmation de leurs décisions d'adjudication. Dans un préavis du 12 décembre 2012, le préfet du Jura bernois a conclu au rejet du recours. Par mémoire de réponse du 24 janvier 2013, les intimés, dorénavant représentés par un avocat, ont conclu au rejet du recours, sous suite de frais et dépens. Les participants ont encore eu la possibilité de se prononcer dans un second échange d'écritures. Ainsi, la recourante a produit un mémoire de réplique le 3 mai 2013 et les intimés un mémoire de duplique le 10 juillet 2013. Les autres participants se sont contentés de confirmer leurs premières observations.

En droit:

1.

1.1 La décision sur recours attaquée se fonde sur le droit public. Conformément à l'art. 74 al. 1 de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA, RSB 155.21) et en l'absence d'une exception prévue aux art. 75 ss LPJA, le TA connaît, en dernière instance cantonale, des recours contre les décisions et décisions sur recours fondées sur le droit public et contre des arrêtés communaux au sens de l'art. 60 al. 1 let. b ch. 3 LPJA (art. 74 al. 2 let. d LPJA). Le TA est ainsi compétent pour traiter du présent litige (voir également VGE 100.2013.54 du 24 octobre 2014 c. 1.1). La recourante a pris part à la procédure devant l'autorité précédente, est particulièrement atteinte par la

décision sur recours attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification; elle a, partant, qualité pour former recours de droit administratif (art. 79 al. 1 LPJA). Au surplus, interjeté dans les formes et les délais prescrits, le recours est recevable.

1.2 Le pouvoir d'examen du TA résulte de l'art. 80 let. a et b LPJA; il couvre le contrôle des faits et du droit, y compris les violations du droit commises dans l'exercice du pouvoir d'appréciation, mais pas le contrôle de l'opportunité.

2.

2.1 L'art. 75a al. 2 de la constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) prévoit que la Confédération légifère sur la mensuration officielle (cf. également art. 34 al. 1 de la loi fédérale du 5 octobre 2007 sur la géoinformation [LGéo, RS 510.62]). L'immatriculation et la description de chaque immeuble dans le registre foncier s'effectuent sur la base de la mensuration officielle, notamment d'un plan du registre foncier (art. 950 al. 1 du code civil suisse du 10 décembre 1907 [CC, RS 210]). La mensuration officielle au sens de cette dernière disposition désigne les mensurations approuvées par le canton et reconnues par la Confédération qui sont exécutées en vue de l'établissement et de la tenue du registre foncier (art. 1 al. 1 de l'ordonnance fédérale du 18 novembre 1992 sur la mensuration officielle [OMO, RS 211.432.2]). Selon l'art. 29 al. 2 LGéo, cette tâche comprend notamment la densification des cadres géodésiques de référence (a), l'abornement et la mensuration des limites des cantons, des districts et des communes (b), l'abornement et la mensuration des limites des immeubles (c), la saisie, la mise à jour et la gestion des informations topographiques concernant les immeubles (d) et la mise à disposition du plan du registre foncier (e). Les cantons sont compétents pour l'exécution de la mensuration officielle (art. 34 al. 2 let. a LGéo).

2.2 La mise à jour des informations topographiques concernant les immeubles (art. 29 al. 2 let. d LGéo) consiste à adapter les éléments de la mensuration officielle lorsque les conditions juridiques ou réelles ont changé (art. 18 al. 3 OMO). La législation différencie la mise à jour

permanente (art. 23 OMO et art. 30 de la loi cantonale du 15 janvier 1996 sur la mensuration officielle [LMO, RSB 215.341]) de la mise à jour périodique (art. 24 OMO et art. 31 LMO; à propos de cette distinction, cf. également art. 2 let. a de l'ordonnance fédérale du 21 mai 2008 sur la géoinformation [OGéo, RS 510.620] et le rapport de la Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie [TTE] sur la révision totale de la législation en matière de mensuration [ci-après: rapport LMO] figurant dans le Journal du Grand Conseil 1995, annexe 48 p. 7). Dans les cas de mise à jour permanente, les données de la mensuration sont soit fondées sur un système d'annonce (par exemple pour les immeubles), soit sur des demandes particulières (par exemple pour les modifications des actes de mutation en cas de mise à jour des limites d'un fonds). Toutes les autres modifications (par exemple celles relatives aux lisières de forêts), qui ne peuvent pas être comprises dans un système d'annonce, sont soumises à la mise à jour périodique. Toute mise à jour périodique doit couvrir un large territoire formant un tout (art. 24 al. 2 OMO). Comme cela ressort de la feuille officielle du Jura bernois du 29 février 2012, les attributions de mandats en cause pour la mise à jour officielle 2013-2017 sur les territoires communaux de Cortébert et Corgémont concernent des travaux de mise à jour permanente, ce qui n'est pas contesté.

2.3 Sauf exceptions non pertinentes en l'espèce, ce sont les communes qui, dans le canton de Berne, veillent à la mise à jour permanente des éléments de la mensuration officielle et à la mise à jour de l'abornement (art. 30 al. 2 LMO). Pour autant qu'elles ne disposent pas de leur propre service de mensuration (ce qui est le cas pour les communes en cause), elles concluent un contrat de mise à jour de droit public avec un géomètre conservateur pour une durée de cinq ans (art. 32 al. 1 et 2 LMO). Selon l'art. 45 al. 2 OMO, l'adjudication des travaux doit en principe intervenir après une publication officielle (voir ci-dessous c. 3). En plus de les mandater, la commune a également la fonction d'attribuer les travaux de mise à jour permanente de la mensuration officielle. Peu importe à ce sujet que la commune ait publié elle-même la mise en adjudication ou, comme c'est le cas en l'espèce, que cette publication a été effectuée par un tiers qui l'a suppléée (en l'occurrence, l'OIG). Ainsi, s'agissant du mandat de mise à jour permanente de la mensuration officielle pour la période 2013-2017

en cause, les offres devaient être adressées aux administrations communales respectives (et pas à l'OIG) et celles-ci étaient également compétentes pour fournir d'éventuelles informations supplémentaires (cf. publication; informations de la TTE du 30 octobre 2011 sur la mensuration officielle: reconduction des contrats de mise à jour, N° ISCB 2/215.341/1.6 [ci-après: information mensuration officielle]).

3.

3.1 Le TA applique le droit d'office (art. 20a al. 1 LPJA). Il convient donc en premier lieu de déterminer si c'est à juste titre que l'instance précédente a considéré que les dispositions en matière de soumissions (en particulier celles de la loi cantonale du 11 juin 2002 sur les marchés publics [LCMP, RSB 731.2] ainsi que celles de l'ordonnance cantonale du 16 octobre 2002 sur les marchés publics [OCMP, RSB 731.21]) ne s'appliquaient pas à la présente procédure d'adjudication du mandat de mise à jour permanente pour la période 2013-2017. Dans une précédente cause, le TA avait admis implicitement une application des dispositions en matière de soumissions pour les litiges relatifs à l'adjudication de travaux de mise à jour permanente (cf. VGE 23381 du 8 janvier 2009 c. 1.1 et 2). Depuis lors, la question du droit applicable pour ces procédures n'a plus fait l'objet de développements jurisprudentiels (cf. quant à la situation juridique peu claire: information mensuration officielle p. 3).

3.2 L'examen des dispositions de *droit fédéral* révèle ce qui suit.

3.2.1 Les art. 43 ss OMO règlent plus en détail l'exécution de la mensuration officielle. Aux termes de l'art. 45 al. 1 OMO, "l'adjudication de travaux, tels que l'abornement, le premier relevé, le renouvellement, la mise à jour périodique et la numérisation préalable, doit respecter les prescriptions applicables au canton concerné en matière de marchés publics". L'art. 45 al. 2 OMO dispose quant à lui que "les travaux de la mensuration officielle mis en adjudication pour une exécution exclusive dans une zone géographique donnée doivent faire l'objet d'une publication officielle". L'art. 45 al. 1 OMO soumet dès lors explicitement les travaux de la mise à jour périodique au droit des marchés publics, mais pas ceux de la

mise à jour permanente. Ceux-ci, pour autant qu'ils soient adjugés pour une exécution exclusive dans une zone géographique donnée (comme c'est le cas en l'espèce), sont visés à l'art. 45 al. 2 OMO (quant au monopole de droit: c. 3.4 infra). Selon sa lettre, l'art. 45 OMO ne prévoit donc pas l'obligation de procéder à une adjudication des travaux de mise à jour permanente par soumission. Cette interprétation grammaticale est par ailleurs renforcée par l'examen de la genèse de cette disposition.

3.2.2 L'art. 45 OMO a été modifié dans le cadre de la révision partielle du 21 mai 2008 de l'OMO. Dans sa version d'origine du 18 novembre 1992 (RO 1992 2446), l'ancien art. 45 al. 1 OMO disposait que l'adjudication des travaux d'abornement, de premier relevé, de renouvellement et de numérisation préalable à un entrepreneur privé s'effectuait en règle générale par soumission. Selon l'ancien art. 45 al. 2 OMO, les cantons réglaient la procédure de soumission. Les travaux de mise à jour n'étaient ainsi pas visés par l'ancien art. 45 OMO. Dans sa version actuellement en vigueur, l'art. 45 OMO prévoit que l'adjudication de la mise à jour périodique doit respecter les prescriptions applicables au canton concerné en matière de marchés publics (al. 1). S'agissant par contre de la mise à jour permanente, le projet de révision n'a initialement pas prévu de règle spécifique. C'est dans le cadre de la procédure législative qu'il est apparu que pour ce type de mise à jour, il était également souhaitable de prévoir une réglementation minimale dans l'OMO. Ce souhait a été concrétisé par l'art. 45 al. 2 OMO (qui prévoit une publication, cf. c. 3.2.1 ci-dessus). Depuis lors, une certaine concurrence est aussi assurée pour l'adjudication des travaux de mise à jour permanente. Il était toutefois d'importance cruciale que les cantons ne soient pas restreints dans leurs droits (cf. rapport explicatif LGéo p. 47 s. et 50).

3.2.3 Les méthodes d'interprétation systématique et téléologique ne débouchent sur aucune autre conclusion. Au vu de ce qui précède, on peut constater que le droit fédéral prévoit certes une obligation de publication, indépendamment d'une éventuelle valeur seuil. Toutefois, il n'oblige pas les cantons à soumettre les cas de mise à jour permanente à une procédure de soumissions, mais les laisse libres de régler cette question par le droit cantonal (cf. également DANIEL KETTIGER, *Die amtliche Vermessung im*

Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes, in: recht 2010 p. 30 ss, p. 36; cf. également le rapport explicatif du 30 novembre 2006 relatif aux ordonnances d'exécution de la LGéo [disponible sur le site Internet www.cadastre.ch], ci-après rapport explicatif LGéo).

3.3 L'examen des dispositions de *droit cantonal* révèle en outre ce qui suit.

3.3.1 Aux termes de l'art. 6 al. 1 LMO, le Conseil-exécutif règle par voie d'ordonnance l'adjudication des travaux d'abornement, de premier relevé, de renouvellement et de mise à jour périodique. Aucune ne traite spécifiquement de la mise à jour permanente. Le rapport relatif à cette disposition renvoie à l'adjudication prévue par le droit fédéral (cf. c. 3.2.2 supra) et constate que le Conseil-exécutif, du temps de l'application de l'ancienne ordonnance cantonale du 23 décembre 1980 sur les soumissions (Bulletin des lois, décrets et ordonnances du canton de Berne [ci-après: BL] 1980/349), avait étendu la portée de cette dernière à la mensuration officielle (sans la mise à jour) avec effet au 1^{er} janvier 1994 (rapport LMO, p. 6). L'ancienne ordonnance sur les soumissions, dans sa version en vigueur au 17 novembre 1993 (BL 1993/714), disposait à son art. 1 al. 1 qu'elle s'appliquait à la mise au concours et à l'adjudication de travaux et de fournitures par l'Etat, ainsi qu'aux travaux relatifs à la mensuration officielle, exception faite de la mise à jour permanente. Cet art. 1 al. 1 a été modifié le 29 avril 1998; dans cette nouvelle version, les travaux de mise à jour permanente étaient toujours expressément exclus du champ d'application de cette ordonnance (let. e [ROB 98-24]).

3.3.2 A ce jour, ni la LCMP, ni l'OCMP (actuelles) ne prévoient de disposition excluant expressément l'adjudication des travaux de mise à jour permanente du champ d'application du droit des soumissions, comme cela était le cas par le passé. Cela ne permet toutefois pas encore de conclure qu'avec l'adoption de la LCMP et l'OCMP, les travaux de mise à jour permanente doivent suivre cette procédure, contrairement à ce qui était prévu à l'art. 1 al. 1 de l'ancienne ordonnance sur les soumissions (cf. c. 3.3.1 supra). L'art. 6 al. 1 LMO ne prévoit justement pas que l'adjudication des travaux de mise à jour permanente doive être réglée plus précisément dans une ordonnance. Les travaux préparatoires relatifs à la

LCMP et l'OCMP ne permettent pas non plus de considérer qu'avec la révision totale du droit des soumissions, l'adjudication des travaux de mise à jour permanente serait nouvellement soumise à cette procédure (cf. rapport du Conseil-exécutif concernant la loi cantonale sur la géoinformation [LCGéo], dossier soumis à la consultation, disponible sous <www.bve.be.ch>, "office juridique/procédure législative/Loi cantonale sur la géoinformation [LCGéo]/dossier soumis à consultation" [ci-après: rapport LCGéo], p. 24 s. [ad art. 53]). Faute de base légale et compte tenu des anciennes dispositions topiques, il convient de considérer que le droit bernois ne prévoit pas que l'adjudication des travaux de mise à jour permanente doive être soumise aux dispositions du droit des marchés publics.

3.4 Cette conclusion, résultant d'une interprétation systématique et historique, est également convaincante quant à son résultat. En principe, les collectivités publiques sont soumises au droit des marchés publics lorsqu'elles acquièrent des biens ou des services dans le cadre de leurs tâches et fournissent pour ceux-ci une contre-prestation (cf. art. 6 al. 1 de l'accord intercantonal des 25 novembre 1994 et 15 mars 2001 sur les marchés publics [AIMP; RSB 731.2 annexe I]; JAB 2013 p. 521 c. 2.3; ATF 125 I 209 c. 6b, 126 I 250 c. 2d/bb, 128 I 136 c. 4.1, 135 II 49 c. 4.3.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2013, n. 107 et 181; DANIEL KUNZ, *Konzessionen, durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe*, in: Zufferey/Stöckli [éd.], *Aktuelles Vergaberecht 2012, Marchés publics 2012* [*Marchés publics 2012*], n. 18; CHRISTOPH JÄGER, *Öffentliches Beschaffungsrecht*, in: Müller/Feller, *Bernisches Verwaltungsrecht*, 2^e éd., 2013, n. 29). En l'occurrence, en matière de mise à jour permanente, les collectivités publiques n'agissent toutefois pas sur le plan de la demande de marchandises ou de services ("Nachfrage") comme elles le feraient pour des travaux de mise à jour périodique, mais sur celui de l'offre de prestations (en tant que "Anbieter"): pour leurs territoires respectifs, les communes confèrent le droit exclusif d'effectuer des travaux de mise à jour permanente pour une durée de cinq ans, c'est-à-dire d'exercer une activité provenant d'un monopole de droit (cf. également TTE, information mensuration officielle, p. 2; rapport LCGéo p. 22 s.). Kettiger/Oesch ne tiennent pas compte de cet aspect lorsqu'ils

avancent, qu'en dessus des valeurs-seuils de l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (Gouvernement Procurement Agreement de l'OMC [WTO-GPA]; RS 0.632.231.422), les travaux de mise à jour permanente doivent également être attribués dans une procédure de soumission (voir KETTIGER/OESCH, *WTO-konforme Ausschreibung von Arbeiten der amtlichen Vermessung*, in: cadastre n° 11/avril 2013, p. 29 ss). Selon ce qui précède, l'attribution du mandat ne signifie pas que le géomètre chargé des travaux de mise à jour permanente effectue un travail en faveur de la communauté adjudicatrice. L'instance précédente a ainsi à juste titre admis que les dispositions du droit des marchés publics n'étaient pas applicables à l'attribution des travaux de mise à jour permanente. Dans la mesure où le TA a, sans autres explications, admis le contraire dans son jugement du 8 janvier 2009 (VGE 23381 précité c. 1.1 et 2), cette jurisprudence ne peut être maintenue. La présente cause se distingue par contre de celle jugée par le TA le 5 mars 2008 (JTA 1219), dans laquelle divers travaux extraordinaires de mensuration devaient être adjugés selon la procédure de soumission.

4.

4.1 Dans le cadre de l'application du droit d'office, se pose également la question de savoir si l'instance précédente a considéré à juste titre que les adjudications des travaux à la recourante par les communes représentaient des décisions au sens de l'art. 49 al. 1 LPJA. D'une manière générale, en dehors du droit des marchés publics, le simple choix d'un partenaire contractuel par une collectivité publique ne constitue en principe pas une décision, faute d'acte de puissance publique (JAB 2013 p. 521 c. 3.1 ; voir également ATF 119 Ia 424 c. 3a, 103 Ib 154 c. 2). En l'espèce, le litige concerne le choix du géomètre à qui une concession (ou un monopole de droit) est ensuite conférée selon l'art. 32 LMO par contrat de droit public. Dans ce contexte, les offres effectuées par la recourante et les intimés constituent en réalité des requêtes tendant à l'octroi d'une concession. Par son choix, la commune décide qu'elle va poursuivre la procédure de concession avec le géomètre désigné et finalement passer avec lui le contrat de mise à jour, alors que la concession est refusée au

candidat évincé. Pour ce dernier, la décision représente donc une décision négative de concession qui revêt toutes les caractéristiques d'une décision, puisqu'elle constitue un acte unilatéral, de puissance publique, réglant un rapport juridique de manière contraignante (refus de concession). Cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du préfet (art. 63 al. 1 let. a en relation avec l'art. 60 al. 1 let. a LPJA; voir à ce sujet, BERNHARD WALDMANN, *Die Konzession: Eine Einführung*, in Häner/Waldmann [éd.], *Die Konzession*, 2011, p. 18 s.; voir également JAB 2013 p. 443 c. 2).

4.2 Par ailleurs, contrairement à l'avis exprimé par le préfet et les parties, la présente contestation ne tombe pas dans le champ d'application de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI, RS 943.02). La LMI, selon son art. 1 al. 1, garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse. Par activité lucrative au sens de cette loi, on entend toute activité non régaliennne ayant pour but un gain (art. 1 al. 3 LMI). Durant les discussions parlementaires relatives à cette disposition, les activités de contrôle, de surveillance ainsi que les interventions découlant du droit administratif, telles que les activités de police et les activités dans le domaine du droit des contributions, ont été admises comme constituant des activités régaliennes (cf. BO 2005 E 762). Une telle activité régaliennne est ici en cause. Aux termes de l'art. 42 al. 1 LMO, en plus du service cantonal du cadastre et des services communaux de mensuration, seuls les géomètres conservateurs sont habilités à remettre des extraits et des restitutions de la mensuration officielle. Ceux-ci, dans le cadre de la mise à jour permanente, attestent de l'exactitude des plans pour le registre foncier (art. 1 al. 1 let. d ainsi qu'annexe 1 ch. 1.2 position du tarif 45.5 de l'ordonnance cantonale du 5 mars 1997 sur la mensuration officielle [OCMO, RSB 215.341.1]). Les extraits attestés par les géomètres conservateurs sont des titres publics au sens de l'art. 9 CC (cf. art. 37 al. 1 et 2 OMO). Il est donc ici question d'une activité régaliennne (cf. également ATF 131 II 639 c. 6.1 et MATTHIAS OESCH, *Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeit*, in: ZBJV 148/2012 p. 377 ss, 384 ss, dans ce cas s'agissant des compétences de légalisation des notaires). De plus, en fixant par décision les coûts de la mise à jour permanente, les géomètres

conservateurs pratiquent, dans ce cas également, une activité régaliennne (art. 38 al. 1 LMO; cf. KETTIGER/OESCH, *Hoheitliches Handeln in der amtlichen Vermessung*, in: cadastre n° 10/décembre 2012 p. 11). Compte tenu de ces compétences étendues, l'activité de géomètre conservateur exercée dans le cadre de la mise à jour permanente doit être considérée comme une activité régaliennne, n'entrant par conséquent pas dans le champ d'application de la LMI (cf. Conférence des services cantonaux du cadastre [CSCC] et Ingénieurs-Géomètres Suisses [IGS], *Empfehlungen für die Ausschreibung von Nachführungsmandaten in der amtlichen Vermessung* p. 6, <www.kkva.ch>; ROLAND BREHM, *Berner Kommentar*, 4^e éd., 2013, art. 61 CO n. 21; cf. également ATF 56 II 303 c. 2).

4.3 En tout état de cause, même si l'on devait appliquer la LMI, le résultat ne serait pas différent en l'espèce. Dès lors qu'il n'est pas question d'un cas de marchés publics (cf. art. 5 LMI), il conviendrait éventuellement d'appliquer l'art. 2 al. 7 LMI. Cette disposition se limite à prévoir l'obligation d'organiser un appel d'offres pour la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées et l'interdiction de discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. Cette obligation d'un appel d'offres fixée par le législateur a été suivie par les communes en cause pour les travaux de mise à jour permanente. Par ailleurs, on peut également relever qu'elles ont rendu des décisions sujettes à recours, conformément à l'art. 9 al. 1 LMI. Quant à l'interdiction de discrimination, il convient ici d'en traiter indépendamment de la question de l'application de la LMI (cf. c. 4.1 supra). A ce propos, on peut encore mentionner que dans son ATF 135 II 49 c. 4.1, le Tribunal fédéral (TF) a relevé que le champ d'application et la portée de l'art. 2 al. 7 LMI ne sont pas clairs et soulèvent de nombreuses questions. Selon lui, il semble en particulier que la procédure d'appel d'offres à laquelle l'art. 2 al. 7 LMI fait référence n'ait pas pour conséquence de subordonner l'octroi des concessions de monopole cantonal ou communal à l'ensemble de la réglementation applicable en matière de marchés publics et que seules certaines garanties procédurales minimales, comme celles énoncées à l'art. 9 al. 1 et 2 LMI concernant les voies de droit, soient visées par cette disposition (cf. JAB 2013 p. 521 c. 3.2.1).

5.

5.1 Au vu de ce qui précède, les dispositions du droit des soumissions et de la LMI ne trouvent donc pas application. Les communes doivent toutefois faire usage de leur pouvoir d'appréciation dans les limites de la constitution, c'est-à-dire en tenant compte en particulier des principes de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst. et art. 10 al. 1 de la constitution bernoise [ConstC., RSB 101.1]), de l'interdiction de l'arbitraire et de la protection de la bonne foi (art. 9 Cst. et 11 ConstC; cf. JAB 2012 p. 121 c. 4.2.2, 2013 p. 521 c. 3.2.2; ATF 131 II 627 c. 6.1). Par ailleurs, il faut constater que l'appel d'offres proposé aux communes par l'OIG reprend la structure du droit des marchés publics, de sorte que les règles y relatives peuvent être prises en considération, à tout le moins à titre d'aide à l'interprétation (cf. information mensuration officielle p. 3 et annexe). La procédure de sélection doit être appréciée sous l'angle du principe de la bonne foi, sur la base des directives arrêtées et communiquées par les communes elles-mêmes.

5.2 L'appel d'offres paru le 29 février 2012 dans la Feuille officielle du Jura bernois mentionne ce qui suit:

"Critères d'aptitude:

- *Qualifications professionnelles* (justificatifs: brevet fédéral d'ingénieur géomètre et inscription au registre des géomètres);
- *Infrastructure technique et effectifs* (justificatifs: ressources suffisantes et compatibilité avec l'interface de la mensuration officielle [IMO]);
- *Fonction dirigeante dans l'entreprise* (justificatif: extrait du registre du commerce);
- *Capacités financières* (justificatif: déclaration spontanée annuelle accompagnée de toutes les pièces requises)".

La recourante et le préfet (ce dernier sans toutefois en tirer de conclusions ayant une influence sur le sort de la cause) reprochent aux intimés d'avoir déposé une candidature au nom d'une société non encore constituée au moment de l'offre, respectivement de l'adjudication, et de n'avoir ainsi pas pu produire d'extrait du registre du commerce et de documents prouvant la stabilité financière et l'infrastructure de ladite société.

5.3 Les dispositions légales relatives à l'octroi d'une concession de géomètre conservateur prévoient que le géomètre doit être un ingénieur

inscrit au registre des ingénieurs géomètres (art. 41 al. 1 LGéo). Cette obligation a été reprise dans les critères d'aptitude publiés par les communes. Ces dernières y ont ajouté la mention de "fonction dirigeante dans l'entreprise" que le législateur ne prévoit pas lui-même. Rien, dans l'appel d'offres, n'indique qu'elles exigeaient une personne morale valablement constituée et ne se seraient pas satisfaites par exemple d'une entreprise individuelle gérée par un ingénieur remplissant les conditions légales. Preuve en est d'ailleurs que les communes n'ont justement pas exclu les intimés de la procédure après le dépôt de leur offre. Selon le principe de la bonne foi, si la forme juridique ou les documents requis avaient été des éléments déterminants et constitutifs d'un motif d'exclusion, les communes auraient dû le mentionner expressément dans l'appel d'offres ou, à tout le moins, donner aux intimés la possibilité de corriger le vice. Faute pour elles d'avoir procédé de la sorte, il ne leur était pas possible d'exclure purement et simplement les intimés de la procédure sans violer le principe de la bonne foi. C'est donc de manière justifiée, contrairement à l'avis de la recourante et du préfet, que les communes ont examiné les offres des intimés et les ont admis à participer à la procédure d'adjudication. A ce propos, les intimés ayant manifestement constitué leur société dans l'intervalle, un renvoi pour corriger cet éventuel vice ne serait d'emblée plus utile et ne saurait être prononcé à ce stade.

5.4 Au demeurant, même en application (par analogie) des règles de la LMI, comme le font valoir la recourante et le préfet, ou du droit des soumissions, la sanction n'aurait pas non plus d'emblée été l'exclusion des intimés. Dans le cadre d'une procédure soumise à la LMI, le pouvoir adjudicateur peut, s'il l'estime opportun, fixer des critères d'aptitude si la loi ne prévoit pas de conditions de concession (DANIEL KUNZ, *Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen*, thèse Berne 2003 [Verfahren und Rechtsschutz], p. 217 s.). Il est par ailleurs également possible de prévoir des critères d'aptitude, alors même que des conditions légales existent, afin de cibler plus précisément les compétences du soumissionnaire en fonction du cas d'espèce (D. KUNZ, *Die Konzessionserteilung*, in: Häner/Waldmann [éd.], *Die Konzession [Konzession]*, 2011, p. 43; D. KUNZ, *Marchés Publics*, 2012, n. 36). Quoi qu'il en soit, le pouvoir adjudicateur doit, dans tous les cas, respecter les

principes constitutionnels, et notamment celui de la bonne foi, en mentionnant clairement dans l'appel d'offres ce qu'il attend des soumissionnaires et les éventuelles conséquences en cas de non respect de ces exigences ou, à tout le moins, donner aux intéressés la possibilité de corriger un éventuel vice. Il n'en irait pas différemment dans l'éventualité, non réalisée, de l'application du droit des marchés publics. L'art. 24 al. 1 let. b OCMP dispose certes que l'adjudicateur exclut de la procédure un soumissionnaire qui a présenté une offre qui ne correspond pas à l'appel d'offres ou aux documents y relatifs, ou ne remplit pas les exigences essentielles de forme. Cependant, les offres qui sont les plus avantageuses et qui ne présentent qu'un vice de moindre importance, purement formel, qui n'a pas d'influence sur le résultat de la procédure d'adjudication, ne doivent pas d'emblée être exclues (JAB 2008 p. 352 c. 4.3.2, 2011 p. 228 c. 4.3.1 non publ.; cf. également TF 2C_782/2012 du 10 janvier 2013 c. 2.3, 2P.176/2005 du 13 décembre 2005 c. 2.4). En effet, en application du principe de l'interdiction du formalisme excessif et de la bonne foi, l'autorité doit informer le soumissionnaire des manquements de son offre et lui donner la possibilité d'y remédier (JAB 2008 p. 352 c. 4.3.2; Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, JAAC 70/2006 n° 33 c. 3b/cc; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 439). Pour que l'autorité puisse prononcer une exclusion, l'appel d'offres et les documents y relatifs doivent en tous les cas mentionner précisément les critères d'aptitude en vue de la concession concernée (cf. pour exemple art. 16 al. 2 OCMP). A ce sujet, le Tribunal cantonal du canton du Jura, dans un jugement du 6 février 2013 en matière de marchés publics (ADM 98/2012), a relevé *"qu'il serait disproportionné d'exclure d'emblée l'entreprise soumissionnaire de la procédure pour le seul motif qu'elle n'aurait pas été inscrite au registre du commerce au moment du dépôt de son offre, d'autant qu'elle était inscrite au moment de la décision et qu'il s'agit là d'un critère ayant trait non pas à l'offre mais au soumissionnaire"*. Certes, dans la présente cause, la société n'était pas encore constituée au moment de l'adjudication. Toutefois, faute d'indication claire dans l'appel d'offres, si les communes avaient véritablement eu l'intention de n'accepter que des personnes morales valablement constituées, elles auraient dû donner à la société soumissionnaire en constitution la possibilité de compléter son dossier (cf. exemples de jugements en matière de marchés

publics allant dans ce sens dans GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 438 ss). Cela aurait été d'autant plus nécessaire que, dès le début de la procédure, les intimés ont clairement fait savoir aux communes que leur société était en constitution et ont produit un projet d'inscription de cette société au registre du commerce (cf. dossier [dos.] RAD no 5-2012, dossier de la commune p. 2 ss et 31; dos. RAD no 6-2012, dossier de la commune [dossier de candidature] p. 2 ss et 29).

6.

6.1 Le préfet a annulé les décisions des communes, estimant qu'aussi bien l'appel d'offres (commun) que les adjudications auxquels celles-ci ont procédé ne respectaient en particulier pas les principes constitutionnels de la bonne foi, de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire. Il a notamment reproché auxdites communes d'avoir choisi des critères d'adjudication trop vagues et d'avoir décidé de la pondération des critères et sous-critères après l'ouverture des offres. Il a également mentionné que les communes avaient à tort favorisé l'expérience acquise dans le Jura bernois. La recourante a quant à elle contesté l'avis du préfet. Elle a estimé au contraire que l'appel d'offres ne violait aucun principe constitutionnel, la publication ne devant, selon elle, pas mentionner précisément la pondération des critères d'adjudication et pouvant se limiter à des généralités. Pour le surplus, elle a encore relevé que les intimés auraient dû faire recours contre l'appel d'offres et pas uniquement après les décisions d'adjudication. Elle a réfuté l'existence d'une discrimination dans l'avantage donné à l'expérience acquise dans le Jura bernois. Les intimés, à l'instar du préfet, ont également estimé que les critères tels que publiés violaient les principes constitutionnels de la bonne foi et de l'égalité de traitement, dès lors qu'ils étaient trop peu précis et que leur pondération n'était pas prévisible. Par ailleurs, ils ont aussi constaté que la pratique d'adjudication des communes favorisait le géomètre conservateur en place et qu'il n'était pas admissible d'avantager l'expérience dans le Jura bernois. Ils ont contesté avoir eu l'occasion de faire recours directement contre l'appel d'offres. Les communes concernées ont finalement relevé qu'il était justifié de prévoir des sous-critères aux critères publiés et qu'il n'était pas

question de violation de droits fondamentaux en favorisant l'expérience dans le Jura bernois.

6.2 L'appel d'offres du 29 février 2012 mentionne par ailleurs également:

"Critères d'adjudication (par ordre d'importance):

- *Prestations proposées* (offre écrite et présentation devant le conseil communal);
- *Expérience dans le domaine de la mise à jour d'œuvres cadastrales* (références, si possible dans le canton de Berne);
- *Prix* (valeur du point selon l'art. 16 OCMO)".

Sur cette base, les communes ont rendu chacune une décision les 8 et 9 mai 2012 ayant exactement la même teneur. Elles ont toutes deux joint à leur décision un tableau d'évaluation présentant un contenu strictement identique. Ces tableaux reprennent les critères principaux d'adjudication de l'appel d'offres, les précisent et les pondèrent. Ainsi, pour le critère "prestations proposées", les communes prévoient une pondération de 45% et les sous-critères suivants: "dossier présenté (oral et écrit) convaincant", "remplaçant (ingénieur géomètre breveté) dans l'entreprise", "équipe rodée assurant une continuité", "solution proposée pour la commune est sans risque?", "maîtrise des techniques bernoises" et "maîtrise des déroulements bernois". Pour le critère "expérience", les communes ont prévu une pondération de 30% et un unique sous-critère ayant la teneur suivante: "expérience dans le domaine de la mise à jour d'œuvres cadastrales". Finalement, pour le critère "prix", les communes ont prévu une pondération de 25% et une règle de calcul (4 x prix offert le plus bas / prix offert par le soumissionnaire) pour déterminer la note.

6.3 Il faut relever qu'aucune disposition légale n'imposait aux communes de publier la pondération des critères et des sous-critères (à l'intérieur des différents critères principaux). Cela dit, les communes ayant clairement indiqué les critères d'adjudication dans l'ordre d'importance, il serait contraire au principe de la bonne foi et à l'interdiction de l'arbitraire que, par le jeu de sous-critères définis a posteriori, l'ordre d'importance des critères principaux (tel que publié) soit remis en cause. Par ailleurs, les sous-critères doivent logiquement pouvoir s'inscrire dans les critères principaux qu'ils sont appelés à définir plus clairement (prévisibilité). Enfin

et surtout, afin d'éviter tout risque d'orientation, ces sous-critères devraient être définis avant l'ouverture des offres.

6.4 En l'espèce, s'agissant du critère "*prestation proposée*" pondéré à 45% par les communes, on peut constater, à la lecture de l'appel d'offres, qu'il est le critère le plus important, mais également le plus vague. Aucun des six sous-critères y relatif n'a été publié (seul le sous-critère de la présentation orale et écrite convaincante du dossier est mentionné dans l'appel d'offres, toutefois dans une teneur différente; cf. c. 5.3). Comme le mentionnent les intimés et le préfet, ce manque de clarté ressort déjà des divergences d'interprétation existant entre la recourante et les communes, puisque la première est d'avis que ce critère englobe en particulier les heures d'ouverture du bureau, la disponibilité pour les particuliers et les offres de portail Internet, alors que les secondes ont retenu des sous-critères ne comprenant aucune de ces prestations. De plus, à l'exception du sous-critère du remplaçant sur lequel il sera revenu ci-après, aucun des sous-critères prévus par les communes ne figure dans une disposition légale et, comme on l'a vu, seule une allusion au sous-critère de la présentation (orale et écrite) du dossier est faite dans l'appel d'offres. Cela exclut absolument toute prévisibilité pour les quatre autres sous-critères. Les soumissionnaires pouvaient et devaient donc s'attendre à ce que les communes les jugent sur leurs présentations orales et écrites et sur les prestations légales d'un géomètre, c'est-à-dire celles qui figurent notamment aux art. 1 ss OCMO. En outre, en ne définissant les sous-critères en cause que lors de la procédure d'adjudication, voire même après l'ouverture des offres, les communes ne peuvent échapper au soupçon d'avoir voulu orienter leur décision. Ce faisant, elles avaient en effet la possibilité de prévoir des sous-critères en vue de légitimer leur choix. En tout état de cause, comme le relève le préfet, le courrier de l'OIG du 17 avril 2012 (dos. RAD no 5-2012, dossier de la commune, p. 112 et RAD no 6-2012, dossier de la commune, p. 22), intervenu après le dépôt des offres et surtout après leurs ouvertures, tend à démontrer que les communes n'avaient pas réellement compris la marche à suivre dans la fixation des critères et que ceux-ci ont, à tout le moins, été adoptés une fois les offres déposées et ouvertes. Par ce fait, les communes ont trompé la bonne foi et la confiance qui étaient placées dans leurs déclarations

intervenues à travers l'appel d'offres. Par ailleurs, et en admettant que la contestation de l'appel d'offres en lui-même soit concevable en dehors d'une procédure de marchés publics, il n'était pas possible aux intimés de contester celui-ci, faute pour eux de connaître ces sous-critères et les éventuels vices qui les affectaient. En outre, on peut également relever, comme l'ont fait le préfet et les intimés, que les sous-critères "maîtrise des techniques bernoises" et "maîtrise des déroulements bernois" relèvent en réalité de "l'expérience" et non pas des "prestations proposées". Les arguments de la recourante à ce propos ne convainquent guère. Les règles de base en matière de mise à jour permanente sont en effet les mêmes pour toute la Suisse. La connaissance d'éventuelles particularités cantonales dans les techniques et les déroulements suppose d'avoir déjà été confronté à ces particularités dans le cadre de son activité et relève par conséquent de l'expérience. On ne voit pas en quoi ces deux sous-critères pourraient être de nature à influencer les "prestations proposées". En retenant de tels sous-critères, les communes ont en réalité donné plus de poids au deuxième critère principal de "l'expérience" qui, de ce fait, a acquis une importance supérieure à celui des "prestations proposées" (augmentation du taux de pondération de l'un et diminution dans une même proportion du taux de pondération de l'autre). En conséquence, l'ordre des deux premiers critères principaux, tel qu'il était publié, a en réalité été inversé.

6.5 Indépendamment de l'influence des sous-critères sur la pondération des critères principaux et donc sur l'ordre d'importance de ceux-ci, il convient en outre d'examiner si certains de ces sous-critères sont discriminatoires comme l'a retenu le préfet.

6.5.1 S'agissant des sous-critères "*maîtrise des techniques bernoises*" et "*maîtrise des déroulements bernois*", les communes ont dans les deux cas mis 4 points en faveur de la recourante et 3 points en faveur des intimés. Il faut d'emblée constater que ces sous-critères ne sont manifestement pas clairs. Il n'est en effet pas possible de savoir avec précision ce qu'entendaient les communes concernées par "techniques" et surtout par "déroulement[s]". Si les art. 4 al. 1 let. b ch. 2 et 9 al. 1 let. b de l'ordonnance fédérale du 21 mai 2008 concernant les ingénieurs géomètres

(OGéom, RS 211.432.261) font mention de "techniques de mesures" et qu'il est possible de considérer que c'est à ces techniques-là que les communes faisaient référence, rien dans les prérequis à la fonction de géomètre ne renvoie à d'éventuels "déroulements". A ce propos, on peut également relever qu'aucune disposition de droit cantonal ne fait mention de ces termes et que les communes, dans leur prise de position devant le préfet, ne les ont pas davantage expliqués. En ce sens déjà, ces sous-critères apparaissent douteux, puisqu'ils ne permettent pas de savoir ce que les communes attendaient réellement des soumissionnaires. Par ailleurs, il faut aussi relever que ces sous-critères font référence à un aspect géographique. Comme cela ressort de la réponse des communes, celles-ci ont noté plus favorablement la recourante, en raison de son activité dans le canton de Berne. Or, la loi exige uniquement d'une personne effectuant des travaux de mensuration officielle qu'elle soit titulaire d'un brevet fédéral de géomètre (art. 41 al. 1 LGéo) et les dispositions cantonales topiques n'ajoutent rien à cette obligation (l'OCMO se contentant de déterminer les tâches et obligations du géomètre conservateur, mais pas les techniques qu'il doit appliquer). Ce n'est qu'en présence d'un critère clairement énoncé et raisonnablement pondéré, que les connaissances locales pourraient constituer un critère valable, non discriminatoire (sur l'admissibilité de la préférence locale en matière de mensuration, voir TF 2P.46/2005 et 2P.47/2005 du 16 septembre 2005 c. 5.1). Partant, faute d'indications claires sur d'éventuelles spécificités bernoises, il faut conclure que toute personne bénéficiant d'un brevet fédéral de géomètre est au moins à même de maîtriser les techniques de mesures. Exiger des soumissionnaires qu'ils maîtrisent les "techniques bernoises", sans exposer en quoi celles-ci s'avèreraient particulières, revient à favoriser d'emblée les géomètres bernois. Dès lors, le préfet n'a pas violé le droit en retenant qu'une notation différente des candidats sur la base de ce critère constitue une violation du principe de l'interdiction de discrimination ou, si l'on admet que c'est la société des intimés qui est l'objet de l'adjudication, à tout le moins une violation du principe de l'égalité de traitement (une personne morale ne pouvant être le sujet d'une violation du principe de l'interdiction de discrimination; cf. KIENER/KÄLIN, *Grundrechte*, 2007, p. 359; BERNHARD WALDMANN, *Die*

Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besondere Gleichheitssatz, 2003, p. 484 ss).

6.5.2 S'agissant du sous-critère "*équipe rodée assurant une continuité*", le préfet l'a scindé en deux ("*équipe rodée*" et "*assurant une continuité*"). Il a ainsi admis que pour "*l'équipe rodée*", il était correct d'attribuer une meilleure note à la recourante, dès lors qu'elle était, au contraire de la société des intimés, déjà constituée et bénéficiait d'un savoir-faire. Par contre, en ce qui concerne la "*continuité*", le préfet est d'avis que les communes ont introduit un sous-critère discriminatoire, favorisant par ce biais le géomètre en place. Il mentionne cependant que cette discrimination n'a pas eu d'incidence sur la notation des offres, puisqu'il s'aurait objectivement soutenable d'attribuer un point de moins aux intimés pour le sous-critère "*équipe rodée assurant une continuité*". La question de savoir s'il est opportun de scinder ce critère en deux peut rester indécise. Il faut toutefois admettre qu'en introduisant ce sous-critère, les communes ont en réalité cherché, sans le déclarer, à favoriser le géomètre conservateur qui était déjà en place au moment de la publication de l'appel d'offres et dont le personnel était connu. Comme le font valoir les intimés, l'argumentation de la recourante à ce sujet n'est pas convaincante, puisque les communes elles-mêmes avouent préférer une société en place plutôt qu'une société qui n'est pas encore créée. A l'instar du préfet, il faut admettre que les communes ont introduit un critère discriminatoire, récompensant le géomètre en fonction. Ce sous-critère est d'autant plus discriminatoire que l'avantage octroyé à l'équipe en place ne figurait pas dans l'appel d'offres et a été ajouté postérieurement par les communes, au cours de la procédure d'adjudication, après l'ouverture des offres.

6.5.3 Finalement, s'agissant du critère "*expérience dans le domaine de la mise à jour d'œuvres cadastrales*", les communes ont octroyé 2 points aux intimés et 4 points à la recourante. Elles ont motivé cette différence de deux points par le fait que la recourante bénéficiait d'une expérience dans le canton de Berne et en particulier dans le Jura bernois, alors que les intimés ne faisaient montre que d'une expérience au niveau suisse. Comme le relève le préfet, l'écart de 2 points est en réalité justifié par un aspect (expérience dans le Jura bernois) qui ne figurait pas dans l'appel

d'offres. Or, les communes n'ont en rien démontré en quoi une expérience dans le Jura bernois pouvait objectivement constituer un avantage, en comparaison d'autres expériences dans le (reste du) canton de Berne, comme le laissait entendre l'appel d'offres (où il est indiqué: "expérience dans le domaine de la mise à jour d'œuvres cadastrales [référence, si possible, dans le canton de Berne]). Ici également, il faut admettre que le préfet n'a pas violé le droit en admettant que les communes ont introduit un sous-critère arbitraire, afin d'augmenter l'écart entre les deux entreprises concernées et que seul un point d'écart pouvait tout au plus se justifier en raison de l'expérience "dans le canton de Berne". On pourrait même se demander si des références dans le canton de Berne sont de nature à justifier une meilleure notation. Cette question peut toutefois rester indécise au vu du sort de la cause, comme peut le rester également celle de savoir s'il était admissible de favoriser l'expérience (ou les connaissances locales) d'un soumissionnaire dans une partie du canton, puisque le simple fait d'avoir introduit ce sous-critère, postérieurement à l'ouverture des offres, est manifestement suffisant pour admettre une violation du principe de l'interdiction de l'arbitraire.

6.6 S'agissant du sous-critère du remplaçant interne, les communes ont mieux noté la recourante en raison du fait que celle-ci disposait, à l'interne, d'un remplaçant, au contraire des intimés qui proposaient d'externaliser cette fonction (4 points pour la recourante et seulement 2 points pour les intimés). En l'occurrence, l'art. 5 OCMO dispose qu'en cas d'absence de plus de deux semaines, il convient de confier la suppléance à un ingénieur géomètre ou à une ingénieure géomètre breveté(e). Le principe même de la suppléance est donc prévu par une disposition légale et doit être considéré comme important. Partant, que les communes préfèrent un remplaçant interne à un remplaçant externe n'est en soi pas incohérent et permet de favoriser une organisation jugée plus efficace. Tout au plus peut-on se demander si l'écart (2 points) n'est pas trop important. En tous les cas, il est à nouveau hautement contestable que les communes aient ajouté ce sous-critère du remplaçant interne, et fixé les points à donner à celui-ci, seulement après l'ouverture des offres, leur permettant ainsi d'influencer le résultat.

6.7 Enfin, le sous-critère "*solution proposée pour la commune est sans risque?*" n'est pour le moins pas clair. Il n'a en tout cas jamais été expliqué par les communes concernées, pas même dans la prise de position de celles-ci devant le préfet. Certes, les deux concurrents ont obtenu le même nombre de points. Il convient toutefois de constater qu'au vu du sous-critère du remplaçant interne développé sous c. 6.6, soit le fait que les communes désirent favoriser une organisation regroupée, mettre ensuite le même nombre de points aux deux soumissionnaires quant à un éventuel risque pris par la commune paraît quelque peu contradictoire.

7.

En résumé, le préfet n'a aucunement violé le droit en admettant que les communes n'avaient en particulier pas respecté l'ordre de priorité des critères, tels qu'elles les avaient elles-mêmes publiés dans l'appel d'offres, en introduisant des sous-critères inadaptés et vagues, qui plus est, après l'ouverture des offres. Ces sous-critères s'avèrent en outre en partie discriminatoires ou arbitraires et/ou imprévisibles. Comme l'a retenu le préfet, ces vices sont à ce point graves qu'il n'est pas possible de recalculer les résultats des deux soumissionnaires sur une base correcte, puisque notamment le tableau de pondération doit être entièrement revu. En ce sens, une juste solution de l'affaire est impossible ou considérablement compromise et c'est à juste titre que le préfet a annulé la procédure d'office au sens de l'art. 40 al. 1 LPJA en raison de violations de principes de procédure (cf. MERKLI/ AESCHLIMANN/HERZOG, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, 1997, art. 40 n. 2). A ce propos, il faut encore relever qu'une annulation d'office ne saurait être considérée comme portant atteinte à la sécurité du droit, tel que cherche à le faire croire la recourante. Au contraire, c'est justement pour éviter une telle atteinte qu'il se justifie d'ordonner l'annulation de la procédure. La sécurité du droit est fondée sur la protection du justiciable par rapport à une certaine situation de fait. Elle sert à assurer la prévisibilité et la stabilité du droit (cf. HÄFELIN/ MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2010, n. 628). Or, en procédant comme les communes l'ont fait, il ne peut justement pas être question de sécurité du droit. Par

conséquent, le recours doit être entièrement rejeté et la décision du préfet doit être confirmée. Il convient donc de renvoyer la cause aux communes, afin que celles-ci publient un appel d'offres conforme aux exigences légales et procèdent ensuite à une adjudication excluant toute inégalité de traitement injustifiée entre les concurrents en ne prenant en compte que les critères tels qu'ils ont été publiés dans l'appel d'offres.

8.

8.1 Les frais de la présente procédure fixés forfaitairement à Fr. 3'500.- sont mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 108 al. 1 LPJA). Les frais mis à la charge de la recourante sont entièrement compensés avec l'avance de frais versée par celle-ci.

8.2 Au vu de l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à la recourante qui succombe, ni aux communes participantes (art. 104 al. 4 et 108 al. 3 LPJA). S'agissant des dépens des intimés, représentés par un mandataire professionnel, la note d'honoraires du 7 octobre 2013 fait état d'un montant de Fr. 13'342.30 (Fr. 11'745.- d'honoraires calculés en fonction du seul temps consacré à la cause, Fr. 609.- de débours et Fr. 988.30 de TVA). En application de l'ordonnance cantonale du 17 mai 2006 sur le tarif applicable au remboursement des dépens (ORD, RSB 168.811) et en particulier de son art. 11 al. 1 qui prévoit un cadre de Fr. 400.- à Fr. 11'800.- pour les procédures de recours dans les affaires de droit administratif, il se justifie de fixer les honoraires à Fr. 7'500.-. Ce montant tient compte de l'importance et de la difficulté du cas et du double échange d'écritures qu'il a nécessité. Partant, la recourante s'acquittera d'un montant de Fr. 8'757.70 (Fr. 7'500.- d'honoraires, Fr. 609.- de débours et Fr. 648.70 de TVA) en faveur des intimés (art. 108 al. 3 LPJA).

9.

Dans la mesure où il est admis que la présente cause ne relève pas du droit des marchés publics (voir c. 3 ci-dessus), le présent jugement indique

la voie du recours en matière de droit public au TF, l'art. 83 let. f LTF ne trouvant pas application dans cette éventualité.

Par ces motifs:

1. Le recours est rejeté.
2. Les frais de la présente procédure, fixés forfaitairement à Fr. 3'500.-, sont mis à la charge de la recourante et compensés avec l'avance de frais fournie.
3. La recourante versera aux intimés la somme de Fr. 8'757.70 (débours et TVA compris), à titre de dépens pour la présente procédure; au surplus, il n'est pas alloué de dépens aux autres participants à la procédure.
4. Le présent jugement est notifié (R):
 - à la recourante, par son mandataire,
 - aux intimés, par leur mandataire,
 - à la commune de Corgémont,
 - à la commune de Cortébert,
 - à la préfecture du Jura bernois,
 - à la Commission de la concurrence, Monbijoustrasse 43, 3003 Berne.

Le président:

Le greffier:

Voie de recours

Dans les 30 jours dès sa notification écrite, le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, au sens des art. 39 ss, 82 ss et 90 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110).