

# **GE\_GERICHTE ATA/1005/2016 vom 29. November 2016**

GE Cour de justice, 2016-11-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_1005\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1005_2016)

FR: GE\_GERICHTE ATA/1005/2016 du 29 novembre 2016

IT: GE\_GERICHTE ATA/1005/2016 del 29 novembre 2016

## **Regeste**

Résumé: Examen de l'attribution des notes dans une procédure d'adjudication sous l'angle de l'interdiction de l'arbitraire. Les différences objectives constatées entre les offres ont été évaluées sévèrement mais sans arbitraire.

## **Erwägungen**

### **E. 12**

septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2)

L'AIMP règle l'ouverture et le traitement des marchés publics des collectivités publiques, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP). Il poursuit plusieurs objectifs, soit assurer une concurrence efficace entre les

- 8/14 - A/1524/2016 soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. a AIMP, repris à l'art. 17 RMP), assurer l'impartialité de l'adjudication et garantir l'égalité de traitement entre ceux-ci (art. 1 al. 3 let. b AIMP repris à l'art. 16 al. 1 et 2 RMP), assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) et permettre l'utilisation parcimonieuse des données publiques (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, notamment let. a et b AIMP).

Le principe de la transparence garanti par les art. 1 al. 3 let. c AIMP et 24 RMP exige du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions ; en spécifiant clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. Ceux-ci doivent être objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché Le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères. Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable d'éléments d'appréciation ou de catégories, tels des sous-critères, qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié. De la même manière, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et éléments d'appréciation utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul, etc.) ne doivent pas nécessairement être portées par avance à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (ATF 130 I 241 consid. 5.1 ; ATA/695/2015 du 30 juin 2015 ; ATA/368/2015 du 21 avril 2015 ; ATA/972/2014 du 9 décembre 2014). 3)

Le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires tout au long du déroulement formel de la

procédure (art. 16 RMP ; ATA/51/2015 du

### **E. 13**

janvier 2015 et jurisprudence citée; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 109 ; Benoît BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics in RDAF 2004, p. 241). 4)

En vertu de l'art. 43 RMP, l'évaluation est faite selon les critères prédéfinis conformément à l'art. 24 RMP et énumérés dans l'avis d'appel d'offres et/ou les documents d'appel d'offres (al. 1) ; le résultat de l'évaluation des offres fait l'objet d'un tableau comparatif (al. 2) ; le marché est adjugé au soumissionnaire ayant déposé l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix. L'autorité adjudicatrice rend une décision d'adjudication sommairement motivée (at. 45 RMP).

- 9/14 - A/1524/2016 5)

Pour assurer le respect des principes du droit des marchés publics énoncés à l'art. 1 al. 3 AIMP, les négociations entre pouvoir adjudicateur et soumissionnaires sont interdites durant toute la phase de passation des marchés (art. 18 RMP, sauf dans la procédure de gré à gré). Plus généralement, après le dépôt des offres, celles-ci, suivant le principe de l'intangibilité des offres, ne peuvent plus être modifiées (Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2015, p. 222, n. 354). Toutefois, dans la phase d'épuration des offres, lorsque celles-ci sont peu claires ou contiennent des erreurs évidentes, elles peuvent tout de même être rectifiées (art. 39 al. 2 RMP). 6)

La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur lors de l'évaluation des offres, même si ce pouvoir doit s'exercer dans le cadre précité. Dès lors, l'appréciation que l'autorité de recours pourrait porter sur celles-ci ne saurait se substituer à celle de ce dernier et seul l'abus ou l'excès dudit pouvoir d'appréciation peut être sanctionné (ATF 125 II 86 consid. 6 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_877/2008 du 5 mai 2009 consid. 5.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D\_87/2008 du 10 novembre 2008 mai 2009 consid. 2 ; ATA/283/2016 du 5 avril 2016 ; ATA/851/2014 du 4 novembre 2014 ; Étienne POLTIER, op. cit., p. 213 n. 338).

Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux de droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 consid. 5.1 p. 73 ; 123 V 150 consid. 2 p. 152 et les références citées).

En particulier, une décision est arbitraire lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 138 I 232 consid. 6.2 p. 239 ; 136 I 316 consid. 2.2.2 p. 318 s ; ATA/283/2016 précité ; ATA/131/2013 du 5 mars 2013 consid. 6e). 7)

Dans un premier argument, la recourante qualifie d'arbitraire la note de 3.0 reçue pour le critère no 2 « organisation pour le chantier, planification et effectifs ». Selon elle,

Egg-Telsa, qui avait reçu la note de 4.0 pour ce critère, n'avait pas la dotation en personnel nécessaire pour lui permettre de remplir la condition énoncée à l'art. 10 al 1 OIBT pour la durée du chantier, alors qu'elle-même remplissait strictement cette exigence. Egg-Telsa n'avait fait état que de quatre personnes de métier pour un total de 374 employés.

- 10/14 - A/1524/2016

Egg-Telsa indique dans son offre être une société de plus de 300 collaborateurs, encadrés par 25 responsables de projets au bénéfice de maîtrises fédérales, ingénieurs EPF-ETS, télématiciens et économistes. Dans son offre elle indique avoir un total de 374 employés dont 46 techniciens ; 315 personnes effectuant du travail manuel et 13 du travail administratif. Elle prévoyait un effectif de quatre à huit personnes pour l'exécution des travaux. Son organigramme pour les travaux indiquait que le nombre de personnes était modulable et adaptable en fonction de l'exigence du planning ou de la direction des travaux. Un responsable de projet (40%) était épaulé par une direction de support (1%) et un responsable de qualité (2%) ainsi que par un responsable de sécurité (15%), une assistante administrative (15%), un responsable logistique (1%). Un chef de chantier à 100% était prévu ainsi qu'un chef de chantier remplaçant et trois chefs d'équipe à 100% pour les trois bâtiments dont la construction était prévue, ainsi que des équipes de remplacement. Un CV du responsable de projet était joint à l'offre.

Elecom indique dans son offre, être une entreprise de quinze personnes dont dix techniciens. Elle prévoit quatre personnes pour l'exécution des travaux. L'organigramme produit indique un directeur technique et commercial, un contremaître sur le chantier ainsi que des monteurs, apprentis, un monteur spécialisé et des spécialistes techniques. Aucun CV n'était joint à l'offre.

Le rapport d'adjudication retient pour le critère « raison sociale, effectif et référence » que la recourante ne dispose pas d'un effectif optimal pour réaliser le chantier. Selon l'expérience de la fondation sur un chantier similaire, lors de certains travaux, l'installation et le raccordement de l'appareillage et les mises en services nécessitaient un effectif de six à huit personnes. Pour Egg-Telsa en revanche, le rapport retient que l'entreprise était capable de réaliser les travaux.

Il apparaît donc que la notation des deux offres sur ce critère est motivée par une différence objective concernant la mise à disposition de personnel et la taille de l'entreprise, au regard des besoins du chantier.

S'agissant encore de l'argumentation de la recourante liée au CV, le dossier d'appel d'offres prévoyait au point 5.1 que la personne responsable de l'exécution des travaux soit nommée et qu'un CV soit joint comprenant le détail des expériences professionnelles et de la formation.

S'agissant finalement des exigences de l'art. 10 al. 1 OIBT, qui prévoit que les entreprises doivent affecter à la surveillance technique au moins une personne du métier à plein temps pour vingt personnes occupées à des travaux d'installations, Egg-Telsa a produit une « attestation de personne du métier » de l'inspection fédérale des installations à courant fort concernant son responsable de l'exécution des travaux. La condition de l'art. 10 al. 1 OIBT est ainsi remplie en l'occurrence pour l'appelée en cause.

- 11/14 - A/1524/2016

Les arguments de la recourante sur ces points tombent donc à faux et le grief d'arbitraire dans la notation du critère no 2 devra être écarté. 8)

La recourante conteste également la notation du critère no 3 « références ». Elle avait obtenu la note 3.0 alors que tous les autres candidats avaient reçu la note 4.0, voire 4.5 pour Egg-Telsa et qu'elle avait fourni trois excellentes références. En outre, elle était fort bien connue du maître d'ouvrage car elle avait été mandatée à plusieurs reprises par des fondations immobilières de droit public ; actuellement elle entretenait douze immeubles pour ces fondations.

La fondation a exposé en réponse à ces arguments qu'elle avait pris en compte la nature des bâtiments concernés par les références ainsi que l'ampleur des prestations. La première référence pour un chantier de 18 appartements plus trois arcades, valeur des travaux CHF 450'000.- avait reçu la note 3.0. La deuxième, pour un chantier de 192 chambres d'hôtel pour une valeur de travaux de CHF 240'000.- avait reçu la note 2.0 et la troisième, soit la construction d'un immeuble locatif de 106 appartements, valeur des travaux CHF 1'500'000.- avait reçu la note 4, soit une moyenne de 3.0. Aucun des maîtres d'ouvrage n'était un pouvoir adjudicateur, et deux d'entre eux étaient des propriétaires privés. Compte tenu de la complexité de fonctionnement d'un propriétaire public, dont les décisions étaient prises de manière démocratique, parfois au travers de différents comités, le fait qu'une entreprise ait, ou non, déjà travaillé dans de telles conditions n'était pas dénué de pertinence. Quant aux références subséquentement produites, elles ne pouvaient modifier l'appréciation faite de l'offre au moment de l'adjudication. Egg-Telsa avait produit deux références portant sur des constructions de logements sociaux pour des montants similaires au marché proposé notés 4.5 et une référence pour un montant moins élevé, noté 4.0.

L'appréciation faite des références produites par les concurrents l'avait été sur la base de la nature et de l'ampleur des prestations. La nature des travaux impliquant également, pour l'adjudicatrice, celle de travailler pour une fondation de droit public dont le fonctionnement pouvait différer de celui d'un maître d'ouvrage privé.

La recourante estime que ces critères n'ayant pas été explicitement annoncés, ils ne pouvaient être déterminants dans l'appréciation.

Il apparaît toutefois que le fait d'apprécier plus favorablement une référence qui est en adéquation avec le travail qui doit être effectué, sur tous les points, n'est pas un critère supplémentaire mais découle en toute logique de la notion de référence.

En conséquence, il n'est pas possible de suivre la recourante dans son raisonnement, les différences objectives constatées entre son offre et celle de

- 12/14 - A/1524/2016 l'appelée en cause, ayant été évaluées certes sévèrement mais sans arbitraire par l'intimée.

Dès lors, le grief sera écarté. 9)

Finalement, la recourante reproche à la fondation d'avoir consulté l'appelée en cause pour lui permettre de remédier à une erreur constatée sur un point de l'offre (erreur sur un prix unitaire) qui avait été corrigée, alors qu'elle n'avait pas bénéficié du même traitement s'agissant de la production du CV de son responsable des travaux.

En matière d'examen des offres, les erreurs évidentes, telles que les erreurs de calcul et d'écriture, sont corrigées (art. 39 al. 2 RMP). En l'espèce, la correction apportée à l'offre de

l'appelée en cause, qui s'inscrit dans ce cadre autorisé, ne viole donc pas le principe d'égalité de traitement. Il en va de même du fait que l'autorité adjudicatrice n'a pas donné l'occasion à la recourante de produire le CV du responsable des travaux, celui-ci devant être produit aux termes du dossier d'appel d'offres. En outre, cette absence de CV n'a pas eu d'incidence sur le résultat de l'évaluation de l'offre dans la mesure où, comme vu ci-dessus, le choix a été fait en fonction du personnel mis à disposition pour le chantier.

Le grief sera dès lors écarté. 10) Vu ce qui précède, le recours sera rejeté.

Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée à l'appelée en cause, à la charge de la recourante (art. 87 al. 2 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à l'intimée conformément à la jurisprudence en la matière (ATA/785/2016 du 20 septembre 2016 ; ATA/256/2016 du 22 mars 2016).

\* \* \* \* \*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.