

GE_GERICHTE ATA/1053/2020 vom 27. Oktober 2020

GE Cour de justice, 2020-10-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1053_2020

FR: GE_GERICHTE ATA/1053/2020 du 27 octobre 2020

IT: GE_GERICHTE ATA/1053/2020 del 27 ottobre 2020

Erwägungen

E. 6

août 2020 que les chances de celui-ci n'étaient pas a priori manifestes. Entre-temps, la chambre administrative a rejeté le recours dans la procédure, privant le recours sur les mesures provisionnelles de son objet (ATA/979/2020 du 2 octobre 2020).

La présente procédure est ainsi en état d'être jugée au fond, de sorte que la requête de suspension sera écartée. 5)

Est litigieuse la question de savoir si la CCA pouvait procéder aux adjudications le 20 juillet 2020. 6)

Aux termes des art. 16 AIMP et 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents. Les juridictions administratives n'ont toutefois pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée (art. 16 al. 2 AIMP ; 61 al. 2 LPA). 7) a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP). Il poursuit plusieurs objectifs, soit assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. a AIMP), garantir l'égalité de traitement entre ceux-ci et assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 3 let. b AIMP), assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) et permettre l'utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP).

b. 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/1413/2019 du 24 septembre 2019 consid. 3b et les références citées).

c. Selon l'art. 13 AIMP, les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir les publications obligatoires, ainsi que la publication des valeurs-seuils (let. a) ; le recours à des spécifications techniques non discriminatoires (let. b) ; la fixation d'un délai suffisant pour la remise des offres (let. c) ; une procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires selon des critères objectifs et vérifiables (let. d) ; la reconnaissance mutuelle de la qualification des soumissionnaires, inscrits sur les listes permanentes tenues par les cantons parties au présent accord (let. e) ; des critères d'attribution propres à adjuger le marché à - 9/15 - A/2311/2020 l'offre économiquement la plus avantageuse (let. f) ; l'adjudication par voie de décision (let. g) ; la notification et la motivation sommaire des décisions d'adjudication (let. h) ; la possibilité d'interrompre et de répéter la procédure de passation en cas de justes motifs uniquement (let. i) et l'archivage (let. j).

d. Aux termes de l'art. 24 RMP, l'autorité adjudicatrice choisit des critères d'adjudication objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché ; elle doit les énoncer clairement et par ordre d'importance au moment de l'appel d'offres.

e. L'art. 42 RMP permet d'écarter d'office les offres tardives, incomplètes ou non conformes aux exigences du cahier des charges (al. 1 let. a), dont l'auteur ne répond plus aux conditions pour être admis à soumissionner (al. 1 let. b), a fourni des faux renseignements (al. 1 let. c), a conclu un accord portant atteinte à une concurrence efficace (al. 1 let. d), n'a pas justifié le prix d'une offre anormalement basse (al. 1 let. e) ou a fait l'objet de certaines sanctions en relation avec le travail au noir, le travail détaché ou la protection des travailleurs (al. 1 let. f).

f. 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 ; outre le prix, les critères suivants peuvent notamment être pris en considération : la qualité, les délais, l'adéquation aux besoins, le service après-vente, l'esthétique, l'organisation, le respect de l'environnement (al. 3) ; l'adjudication de biens largement standardisés peut intervenir selon le critère du prix le plus bas (al. 4). Bien que les références puissent constituer un critère d'aptitude ou de qualification, elles peuvent également être utilisées comme critère d'adjudication (ATF 139 II 489 consid. 2.2.4), de sorte à pouvoir faire l'objet d'une notation (ATA/1413/2019 précité consid. 5a).

g. L'autorité adjudicatrice rend une décision d'adjudication sommairement motivée, notifiée soit par publication sur le site simap, soit par courrier à chacun des soumissionnaires, avec mention des voies de recours (art. 45 al. 1 RMP).

h. Selon l'art. 14 AIMP, le contrat ne peut être conclu avec l'adjudicataire qu'après l'écoulement du délai de recours et, en cas de recours, que si l'autorité juridictionnelle cantonale n'a pas accordé au recours l'effet suspensif (al. 1) ; si une procédure de recours est en cours sans que l'effet suspensif ait été prononcé, l'adjudicateur informe immédiatement l'autorité juridictionnelle de la conclusion du contrat (al. 2).

- 10/15 - A/2311/2020 8)

En l'espèce, la recourante s'était plainte dans la procédure 1 de la publication en temps inopportun du marché sur le site simap, du refus injustifié de la CCA de lui restituer le délai dans un cas de force majeure, et de la mauvaise foi de cette dernière. Ces griefs ont été rejetés par l'arrêt rendu par la chambre administrative le 1er septembre 2020.

Dans la présente procédure, la recourante ne critique pas les critères d'adjudication en soi ou leur application concrète aux offres des attributaires. Elle se plaint que la CCA a adjugé tous les lots sans attendre l'issue du recours au Tribunal fédéral contre le refus d'octroyer l'effet suspensif dans la procédure 1, et ce dans le seul but de l'exclure de manière définitive du marché. En adjugeant les lots sans être certaine que la recourante était définitivement exclue de la procédure de soumission, la CCA n'avait pu examiner l'ensemble des offres, et n'avait pu adjuger au soumissionnaire ayant fait l'offre la plus avantageuse. 9)

La recourante soutient que l'adjudication précipitée avait pour seul but de l'exclure définitivement du marché, ce qui constituerait une violation des principes de la confiance, de l'égalité de traitement, de la transparence, de la non-discrimination, ainsi qu'un abus de droit.

a. Le principe de la bonne foi entre administration et administré, exprimé aux art. 9 et 5 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) exige que l'une et l'autre se comportent réciproquement de manière loyale (Jacques DUBEY, *Droits fondamentaux*, vol. 2, 2018, p. 642 n. 3454). En particulier, l'administration doit s'abstenir de toute attitude propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 138 I 49 consid. 8.3 ; 129 I 161 consid. 4 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_227/2015 du 31 mai 2016 consid. 7 ; 1C_18/2015 du 22 mai 2015 consid. 3 ; ATA/843/2019 du 30 avril 2019 ; ATA/728/2018 du 10 juillet 2018 ; Thierry TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2ème éd., 2018, p. 203 n. 568 ; Jacques DUBEY/Jean-Baptiste ZUFFEREY, *Droit administratif général*, 2014, p. 254 n. 716 et 717 et p. 256 n. 726). Par ailleurs, la jurisprudence a tiré du principe de la bonne foi et de l'interdiction du formalisme excessif le devoir qui s'impose à l'administration, dans certaines circonstances, d'informer d'office le justiciable qui commet ou s'apprête à commettre un vice de procédure, à condition que celui-ci soit aisément reconnaissable et qu'il puisse être réparé à temps, le cas échéant dans un bref délai (ATF 125 I 166 consid. 3a ; 124 II 265 consid. 4a et les arrêts cités ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_382/2015 du 21 mai 2015 consid. 5.1 ; 2C_55/2014 du 6 juin 2014 consid. 5.3.1 ; ATA/149/2018 du 20 février 2018).

Il y a abus de droit lorsqu'une institution juridique est utilisée pour réaliser des intérêts contraires à son but et que cette institution juridique ne veut pas protéger (ATF 121 I 367 ss ; 110 Ib 332 ss).

- 11/15 - A/2311/2020

b. Une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement garanti par l'art. 8 Cst., ou encore l'interdiction de la non-discrimination, lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances. Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. La question de savoir si une distinction juridique repose sur un motif raisonnable peut recevoir une réponse différente selon les époques et suivant les conceptions, idéologies et situations du moment (ATF 145 I 73 consid. 5.1 ; 142 I 195 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_468/2019 du 8 juin 2020 consid. 3.1). Le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique est spécifiquement garanti à l'art. 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 ; arrêts du Tribunal fédéral 2D_15/2011 consid. 3.3 et 2C_116/2011 du 29 août 2011 consid. 7.1). En particulier, le respect de l'égalité de traitement entre soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. b et 11 let. a AIMP ; art. 16 RMP) oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires pendant tout le déroulement formel de la procédure (ATA/646/2013 du 1er octobre 2013 ; ATA/884/2004 du 26 octobre 2004 ; 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).

c. Le principe de la transparence, ancré aux 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 ; à tout le moins doit-il spécifier clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. En outre, lorsqu'en sus de ces critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective. En tous les cas, 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 de sous-critères ou de catégories 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 sous-critères utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul) ne doivent pas nécessairement être portées par avance à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation. Le point de savoir si, dans un cas d'espèce, les

- 12/15 - A/2311/2020 critères utilisés sont inhérents au critère publié ou relèvent d'une grille d'évaluation, en sorte que le principe de la transparence n'en exige pas la communication par avance, résulte de l'ensemble des circonstances qui entourent le marché public en cause, parmi lesquelles il faut mentionner la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché (ATF 130 I 241 consid. 5.1 et les références citées).

d. Selon l'art. 14 al. 1 AIMP, le contrat ne peut être conclu avec l'adjudicataire qu'après l'écoulement du délai de recours de l'art. 15 al. 2 AIMP. Cette période pendant laquelle le statu quo doit être maintenu ("standstill") a été instaurée pour permettre à un soumissionnaire évincé de faire valoir ses droits. En effet, si son objectif est d'obtenir le marché, la démarche judiciaire qu'il pourrait entreprendre perdrait tout son sens si le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire avaient la possibilité de conclure sans attendre le contrat (Olivier RODONDI, La gestion de la procédure de soumission, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STOECKLI, Droit des marchés publics 2008, n. 93, p. 195). La période de protection commence dès la notification de la décision et dure tant qu'un recours à son encontre est possible. Formellement, le délai de recours est de 10 jours, mais avant de conclure le contrat, il incombe à l'autorité adjudicatrice de se renseigner auprès des offices postaux pour savoir quand sa décision a été notifiée aux soumissionnaires ou auprès du greffe du Tribunal administratif pour savoir si un recours a été déposé. De fait, la période d'interdiction de contracter dure nécessairement quelques jours de plus (Olivier RODONDI, op. cit. n. 94 p. 195 ; ATA/626/2009 du 1er décembre 2009 consid. 14). 10) En l'espèce, l'ordonnance du Tribunal fédéral disposant que jusqu'à décision sur la requête d'effet suspensif, aucune mesure d'exécution de la décision attaquée ne pourrait être prise, n'a été notifiée à la CCA que le 23 juillet 2020, soit après que cette dernière eut procédé aux adjudications le 20 juillet 2020.

Il ne peut ainsi être reproché à cette dernière d'avoir contrevenu à une interdiction ordonnée par le Tribunal fédéral, ce que la recourante se garde d'ailleurs de faire. 11) a. Il faut encore examiner si, comme le soutient la recourante, la CCA avait ce nonobstant procédé

prématurément aux adjudications, compte tenu qu'elle lui avait annoncé son recours au Tribunal fédéral.

La CCA objecte qu'elle devait aller de l'avant dans l'attribution du marché, conformément au calendrier qu'elle avait annoncé dès le début de l'année 2020, ce que les décisions sur mesures provisionnelles l'autorisaient à faire, mais qu'elle avait toutefois averti la recourante qu'elle ne conclurait pas de contrat avant une décision sur la question de la restitution de l'effet suspensif.

- 13/15 - A/2311/2020

b. Le refus d'octroyer l'effet suspensif au recours formé contre l'exclusion ou l'adjudication a en principe pour effet de permettre la continuation par l'autorité de la procédure d'adjudication du marché, étant rappelé que l'art. 14 AIMP ne s'applique pas au recours au Tribunal fédéral.

La conclusion du contrat ne prive pas le concurrent évincé d'un intérêt actuel (ATF 135 I 153 consid. 1.2) mais le conduit à modifier ses conclusions et à réclamer la constatation de l'illicéité de l'adjudication ainsi que des dommages intérêts (ATF 134 II 192 consid. 1.4).

La conclusion sans attendre, par l'autorité, du contrat après que celle-ci a été informée par le concurrent évincé d'un recours contre le refus d'octroyer l'effet suspensif, pourrait être constitutive d'un comportement abusif (arrêt du Tribunal fédéral 1D_12/2009 du 18 juin 2009 consid. 5.3).

Un tel comportement abusif pourrait en tout cas être invoqué dans le cadre d'une action au fond en dommages-intérêts du concurrent évincé (arrêt du Tribunal fédéral 2C_811/2011 du 5 janvier 2012 consid. 1.6). Les conséquences concrètes devant être attachées à une telle conclusion abusive n'ont toutefois pas encore été tranchées (arrêt du Tribunal fédéral 2C_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 1.5.3 in fine).

c. En l'espèce il y a lieu d'observer que le 20 juillet 2020 la CCA n'avait pas conclu de contrats mais procédé à des adjudications. La différence est notable, dès lors que c'est la conclusion du contrat qui prive l'autorité de recours de la faculté d'annuler la décision puis de statuer à nouveau ou de renvoyer à l'autorité pour nouvelle décision (art. 18 al. 1 AIMP), et qui ne lui permet que de constater le caractère illicite de celle-ci (art. 18 al. 2 AIMP).

Or la jurisprudence précitée sur le comportement abusif, ainsi que ses éventuelles conséquences, s'applique bien à la conclusion des contrats et non aux adjudications.

La CCA n'a donc pas commis d'abus en procédant sans délai aux adjudications le 20 juillet 2020.

Il s'ensuit que l'on ne saurait faire grief à la CCA d'avoir contrevenu au principe de la bonne foi, ni commis un abus de droit en procédant aux adjudications, pas plus qu'on ne peut lui reprocher d'avoir discriminé la recourante – dont l'éviction avait par ailleurs été prononcée dans une première procédure – ni d'avoir failli au principe de transparence – un grief que la recourante ne développe d'ailleurs pas.

Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.

- 14/15 - A/2311/2020 12) Vu l'issue du litige, et compte tenu que la recourante, qui succombe, a formé neuf recours semblables jugés par autant d'arrêts semblables, un émolument de CHF 500.- sera mis à sa charge (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de

procédure de CHF 500.- sera allouée à Auto Secours Groupe Bisetto SA, seule intimée à être pourvue d'un mandataire et à avoir pris des conclusions en allocation d'indemnité. Elle sera mise à la charge de la recourante (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

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