

GE_GERICHTE ATA/1089/2018 vom 16. Oktober 2018

GE Cour de justice, 2018-10-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1089_2018

FR: GE_GERICHTE ATA/1089/2018 du 16 octobre 2018

IT: GE_GERICHTE ATA/1089/2018 del 16 ottobre 2018

Regeste

Résumé: Le droit de la recourante à obtenir des explications sur les raisons du rejet de son offre a été satisfait par la transmission du tableau d'analyse du marché pendant le délai de recours. Le délai de publication de la décision d'adjudication a été respecté par la commune. La commune s'est trompée sur les pondérations des différents critères, lesquels ne correspondent pas à ceux prévus dans l'appel d'offres. Toutefois, avec les pondérations telles que prévues par l'appel d'offres le classement n'aurait pas été modifié. Cependant, la commune a oublié de comptabiliser dans le prix des offres l'éventuel escompte et le prorata prévu. De plus, l'appelée en cause n'a pas indiqué le prix d'une rubrique. Enfin, la note relative aux délais d'exécution devait être arrêtée au centième. Ces manquements ont pour conséquence que la recourante se classe première et non seconde. Recours admis et adjudication du marché litigieux à la recourante.

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; 3 al. 1 de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 - L-AIMP - L 6 05.0 ; art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 15 al. 1, 1bis let. e et 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 55 let. e et 56 al. 1 RMP).

E. 2

a. Le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte ou

- 11/24 - A/784/2018 incomplète des faits pertinents, à l'exception du grief d'inopportunité (art. 16 al. 1 et 2 AIMP ; art. 57 al. 1 et 2 RMP).

b. En matière de marchés publics, le droit matériel laisse en principe une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur, en particulier dans la phase de l'appréciation et de la comparaison des offres, l'autorité judiciaire ne pouvant intervenir qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur. L'autorité judiciaire n'a toutefois pas à faire preuve de la même retenue lors du contrôle des règles de procédure en matière de marchés publics (141 II 353 consid. 3 et les références citées ; ATA/914/2018 du 11 septembre 2018 consid. 3b).

E. 3

L'AIMP vise l'ouverture des marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales (art. 1 al. 1 1ère phrase 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 – principe qui oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires tout au long du déroulement formel de la procédure (art. 16 RMP) – 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, auxquels s'ajoute également la renonciation à des rounds de négociation sur les prix, les remises de prix et les modifications des prestations comprises dans l'offre (art. 11 let. c AIMP et 18 RMP), doivent être respectés notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 let. a et b AIMP).

E. 4

La recourante considère que la décision attaquée n'est pas motivée. Elle soutient également que l'art. 52 RMP a été violé.

a. Selon l'art. 45 al. 1 RMP, l'autorité adjudicatrice rend une décision d'adjudication sommairement motivée, notifiée soit par publication sur la plateforme électronique sur les marchés publics gérée par l'association simap.ch (www.simap.ch), soit par courrier à chacun des soumissionnaires, avec mention des voies de recours.

b. Le droit d'être entendu comprend également le droit d'obtenir une décision motivée. L'autorité n'est toutefois pas tenue de prendre position sur tous les moyens des parties ; elle peut se limiter aux questions décisives, mais doit se prononcer sur celles-ci (ATF 138 I 232 consid. 5.1 ; 137 II 266 consid. 3.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_597/2013 du 28 octobre 2013 consid. 5.2 ; 2C_713/2013 du 22 août 2013 consid. 2 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 521 n. 1573). Il suffit, du point de vue de la motivation de la décision, que les parties puissent se rendre compte de sa portée à leur égard et, le cas

- 12/24 - A/784/2018 échéant, recourir contre elle en connaissance de cause (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; 138 I 232 consid. 5.1 ; 136 I 184 consid. 2.2.1).

En matière de marchés publics, cette obligation se manifeste par le devoir qu'a l'autorité d'indiquer au soumissionnaire évincé les raisons du rejet de son offre (Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, Le droit des marchés publics, 2002, p. 256). Ce principe est concrétisé par les art. 13 let. h AIMP et 45 al. 1 RMP (ATA/492/2018 du 22 mai 2018 consid. 6b).

c. Selon la doctrine, les règles spéciales applicables en matière d'adjudication de marché prévoient que l'autorité peut, dans un premier temps, procéder à une notification individuelle, voire par publication, accompagnée d'une motivation sommaire ; sur requête du soumissionnaire évincé, l'autorité doit lui fournir des renseignements supplémentaires relatifs notamment aux raisons principales du rejet de son offre ainsi qu'aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue. L'ensemble de ces explications de l'autorité (fournies le cas échéant en deux étapes) doit être pris en considération pour s'assurer qu'elles sont conformes, ou non, aux exigences découlant du droit d'être entendu ; de surcroît, la pratique admet assez généreusement la réparation d'une motivation insuffisante dans la procédure de recours subséquente (Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 250, n. 392).

d. À teneur de l'art. 52 RMP, si les décisions de l'autorité adjudicatrice sont notifiées par publication, la parution a lieu sur la plateforme électronique sur les marchés publics gérée par l'association simap.ch (www.simap.ch) (al. 1). Si la décision d'adjudication a été notifiée par courrier, l'autorité adjudicatrice fait paraître sur la plateforme électronique sur les marchés publics gérée par l'association simap.ch (www.simap.ch), septante-deux jours au plus tard après la notification de l'adjudication, un avis d'adjudication indiquant le nom et l'adresse de l'autorité adjudicatrice, le type de procédure, l'objet et l'importance du marché, le nom et l'adresse de l'adjudicataire, le montant de l'adjudication ou le montant de l'offre la plus élevée et la plus basse dont il a été tenu compte dans la procédure d'adjudication, la date de l'adjudication (al. 2).

e. En l'espèce, la décision d'adjudication du 22 février 2018, notifiée à la recourante, se limite à indiquer que Mazzoli a déposé l'offre la plus avantageuse sur la base des critères d'adjudication cités dans les documents d'appel d'offres. L'analyse technique des offres a été réalisée et validée par la direction des travaux et l'ingénieur spécialisé en charge du projet.

Toutefois, par courriel du 28 février 2018, la commune a transmis à la recourante le tableau d'analyse multicritères du marché 39.

S'il l'on peut regretter que la commune n'ait pas joint ledit tableau à sa décision d'adjudication du 22 février 2018, force est de constater que la recourante

- 13/24 - A/784/2018 a, malgré tout et dans le délai de recours, pu comprendre les raisons de son classement en fonction de l'attribution des points par critères. Ainsi, la recourante disposait des éléments nécessaires pour contester son classement, ce qu'elle a fait dans son acte de recours du 6 mars 2018 et dans les écritures subséquentes.

Compte tenu de la jurisprudence et de la doctrine précitée, le droit à obtenir des explications sur les raisons du rejet de l'offre de la recourante a été satisfait. Aucune violation du droit d'être entendu sous la forme d'un manque de motivation de la décision attaquée ne saurait donc être retenue.

S'agissant de la question de la publication de la décision, il ressort du site internet www.simap.ch que l'avis d'adjudication a été publié par la commune sur ce site le 29 mars 2018, soit dans le délai de septante-deux jours. L'art. 52 al. 2 RMP n'a dès lors pas été violé.

Les griefs sont mal fondés.

E. 5

La recourante soutient que la commune a violé l'art. 43 al. 1 RMP, en ce sens que la pondération des critères n'est pas la même que celle figurant dans l'appel d'offres, que l'offre de Mazzoli aurait dû être exclue et qu'il est douteux que l'évaluation a été effectuée le 27 octobre 2017.

E. 6

a. Les offres sont évaluées en fonction des critères d'aptitude et des critères d'adjudication (art. 12 al. 2 RMP). L'autorité adjudicatrice choisit des critères 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 (art. 24 RMP).

Selon 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 et le respect de l'environnement (al. 3).

b. Le principe de la transparence, garanti par les art. 1 al. 3 let. c AIMP et 24 RMP, 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,

- 14/24 - A/784/2018 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/492/2018 précité consid. 10d et les arrêts cités).

c. Dans le canton de Vaud, la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal a retenu, dans l'arrêt MPU.2015.0040 du 10 novembre 2015 consid. 6 b)aa), qu'à l'instar de ce qui prévaut en matière de fixation des critères d'adjudication, de leur ordre d'importance ou encore de leur pondération (arrêt MPU.2015.0012 du 30 juin 2015 consid. 3a), l'échelle de notation doit être arrêtée avant le dépôt des offres et ne saurait être modifiée postérieurement, au risque de consacrer une violation du principe de transparence (pour un exemple en ce sens, arrêt MPU.2015.0012 précité consid. 4 et 5).

d. Selon la doctrine, le principe de la transparence se rapproche du principe de la bonne foi, qui prohibe les comportements contradictoires de l'autorité, mais aussi du principe de non-discrimination ; en effet, lorsque le pouvoir adjudicateur s'écarte des « règles du jeu » qu'il s'est fixées, il adopte un comportement qui se rapproche d'une manipulation, typiquement discriminatoire, du résultat du marché (Étienne POLTIER, op.cit., p. 161, n. 259)

Par ailleurs, la pondération des critères et l'échelle de notation visent à préparer l'évaluation proprement dite des offreurs. Le droit positif prévoit fréquemment, à titre de concrétisation du principe de transparence, que la pondération doit être annoncée au même titre que les critères eux-mêmes ; en outre et surtout, il y a lieu de prévenir des manipulations et la jurisprudence exige dès lors que la pondération ainsi que l'échelle de notation soient arrêtées avant le retour des offres (Étienne POLTIER, op.cit., p. 209, n. 333).

e. En l'occurrence, selon l'appel d'offres remis aux candidats, les critères d'adjudication étaient le prix (critère 1, 40 %), la qualité référentielle (critère 2, 15 %), l'organisation du chantier et qualification du personnel cadre (critère 3, 15 %), les délais d'exécution garantis en jours ouvrables selon le planning (critère 4, 15 %) et la capacité à respecter les exigences de qualité (critère 5, 15 %).

Or, il ressort du tableau d'analyse multicritères du marché 39 utilisé pour l'adjudication du marché litigieux que les pondérations de trois critères sur cinq ont été modifiées. En effet, le prix (critère 1) avait désormais une pondération fixée à 50 % au lieu de 40 %, le critère 4 relatif aux délais d'exécution garantis en jours ouvrables selon le planning était pondéré à 10 % au lieu de 15 % et la pondération de la capacité à respecter les exigences de qualité (critère 5) était arrêtée à 10 % au lieu de 15 %.

- 15/24 - A/784/2018

Force est ainsi de constater que la commune s'est écartée de la pondération qu'elle avait préalablement établie, violant ainsi les principes de transparence et de non-discrimination.

Cela ne signifie pas encore que cette violation entraîne l'annulation de la décision d'adjudication du 22 février 2018 pour ce motif.

En effet et comme l'a retenu la jurisprudence vaudoise précitée applicable mutatis mutandis, une violation du principe de transparence n'entraîne l'annulation de l'adjudication que pour autant que les vices constatés aient effectivement influé sur le résultat (MPU.2015.0040 précité consid. 6b)cc) ; MPU.2015.0034 du 11 août 2015 consid. 3c ; MPU.2015.0012 précité consid. 4 ; MPU.2015.0001 du 18 juin 2015 consid. 6a et les références citées).

Or, dans le cas particulier, l'irrégularité commise par la commune n'a pas d'incidence sur le classement des soumissionnaires. En effet, avec les pondérations telles que prévues dans l'appel d'offres (40 % pour le critère 1, 15 % pour le critère 2, 15 % pour le critère 3, 15 % pour le critère 4, 15 % pour le critère 5), la recourante se classe malgré tout deuxième avec 402,44 points derrière Mazzoli (407 points), étant précisé que la formule pour obtenir la note concernant le critère du prix est la suivante :

Note offre de x = (Coût offre min / Coût offre de x) x 5,

ce qui explique le total des notes au centième. Cela était d'ailleurs précisé dans le dossier d'appel d'offres. En effet, il y était indiqué que la note pouvait être précisée jusqu'au centième, notamment pour le prix (compte tenu de la méthode de notation du prix) ou compte tenu du facteur de pondération (p. 16 du cahier des charges administratif).

Dans ces conditions, il ne se justifie pas d'annuler la décision entreprise en raison de la mauvaise pondération des différents critères.

E. 7

a. Lors de l'examen des offres, l'autorité adjudicatrice examine la conformité des offres au cahier des charges et contrôle leur chiffrage (art. 39 al. 1 RMP). Les erreurs évidentes, telles que les erreurs de calcul et d'écriture, sont corrigées (art. 39 al. 2 1ère phrase RMP). Selon l'art. 40 RMP, elle peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre (al. 1). Les explications sont en principe fournies par écrit ; si elles sont recueillies au cours d'une audition, un procès-verbal est établi et signé par les personnes présentes (al. 2).

b. L'art. 42 RMP a trait à l'exclusion de la procédure. Ainsi, l'offre est écartée d'office notamment lorsque le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non conforme aux exigences ou au cahier des charges (al. 1 let. a).

- 16/24 - A/784/2018

c. Comme la chambre administrative l'a rappelé à plusieurs reprises, le droit des marchés publics est formaliste. L'autorité adjudicatrice doit procéder à l'examen de la recevabilité des offres et à leur évaluation dans le respect de ce formalisme (ATA/794/2018 du 7 août 2018 consid. 3b et les références citées), qui permet de protéger notamment le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires. Ces principes imposent ainsi de n'apprécier les offres que sur la base du dossier remis, un soumissionnaire n'étant pas habilité à modifier la présentation de son offre, à y apporter des compléments ou à transmettre de nouveaux documents après l'échéance du délai (ATA/914/2018 précité consid. 6a ; ATA/150/2018 du 20 février 2018 consid. 3b et les références citées).

d. L'interdiction du formalisme excessif, tirée de la garantie à un traitement équitable des administrés énoncée à l'art. 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), interdit toutefois d'exclure une offre présentant une informalité de peu de gravité. C'est dans ce sens que des erreurs évidentes de calcul et d'écriture peuvent être rectifiées (art. 39 al. 2 1ère phrase RMP) et que des explications peuvent être demandées aux soumissionnaires relatives à leur aptitude et à leur offre (art. 40 et 41 RMP).

La distinction entre ce qui relève de la correction des erreurs et de la clarification des offres (admissible) et ce qui ressortit à la modification des offres contraire au principe de l'intangibilité peut se révéler délicate (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2). Il est néanmoins généralement admis qu'une erreur de calcul (Rechnungsfehler, par opposition notamment aux Kalkulationsfehler) évidente ne doit être retenue que de manière restrictive, se limitant notamment aux erreurs de résultat opératoire (Étienne POLTIER, op.cit., p. 314 ; Peter GALLI et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3ème éd., 2013, n. 729-731 ; Martin BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, n. 2149-2152).

e. En l'espèce, la recourante relève que Mazzoli n'aurait pas rempli l'une des rubriques de l'appel d'offres (la rubrique 112.201 sur les engins de levage), ce qui aurait dû justifier son exclusion de la procédure d'adjudication.

Selon la soumission de Mazzoli du 8 octobre 2017, il est exact que celle-ci n'a pas indiqué de prix chiffré concernant ce poste. Toutefois et à côté des lignes dévolues au prix, elle a indiqué le mot « NEANT ». Par cette mention, elle a malgré tout complété la rubrique 112.201, signalant par là que le prix proposé par elle pour ce poste était nul.

Une exclusion de la procédure pour ce motif aurait été constitutive de formalisme excessif, si bien que la recourante ne peut s'en prévaloir.

L'impact de l'engin sur place sur la série de prix sera discuté dans les considérations qui suivent.

- 17/24 - A/784/2018

E. 8

S'agissant de la problématique de la date d'évaluation, selon les pièces du dossier, deux séances ont été organisées pour analyser le projet (le 14 novembre 2017) et pour clarifier certains points des offres (le 23 novembre 2017).

Or, il ressort du tableau d'analyse multicritères du marché 39 que l'évaluation des offres a été effectuée le 27 octobre 2017, avec validation le 31 octobre 2017, soit des dates antérieures aux deux séances précitées.

Dans ses écritures, la commune n'explique pas les raisons de la tenue de deux séances de travail, alors que l'évaluation des offres et sa validation avaient d'ores et déjà été effectuées.

Cette façon de procéder laisse à penser que les séances précitées ont été organisées pour la forme. Il est également possible que les points éclaircis lors desdites séances n'aient pas eu d'effets sur l'évaluation des offres effectuée préalablement.

Cette problématique peut souffrir de rester indéfinie au vu de ce qui suit.

E. 9

La recourante considère que la notation des critères effectuée par la commune est arbitraire.

a. Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. 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 ; 138 I 49 consid. 7.1). La chambre administrative suit le raisonnement du Tribunal fédéral en la matière (ATA/492/2018 précité consid. 10f ; ATA/1189/2017 du 22 août 2017 consid. 5c et les références citées).

b. L'appel d'offres (point 1.2) et la série de prix prévoient que le soumissionnaire doit indiquer un montant brut avec la possibilité d'un rabais et d'un escompte que le soumissionnaire doit indiquer en %. Un prorata fixé à 1,5 % est à déduire pour obtenir le montant net de l'offre auquel une TVA de 8 % est ajoutée.

Dans son offre, la recourante a indiqué comme prix un montant brut de CHF 732'896.80. Elle a prévu un rabais de 3 % et un escompte de 2 %, ce qui ramenait son offre à CHF 696'691.75, desquels il fallait déduire le prorata fixé à 1,5 %, soit un montant net de CHF 686'241.40. Avec la TVA à 8 %, le montant total de l'offre de la recourante s'élevait à CHF 741'140.75.

- 18/24 - A/784/2018

L'offre de Mazzoli a proposé un montant brut de CHF 748'100.30. Un rabais de 5 % était prévu mais pas d'escompte, ce qui ramenait l'offre à CHF 710'695.25. Avec le prorata fixé à 1,5 %, l'offre se montait à CHF 700'034.80 net. Avec la TVA à 8 %, le montant total de l'offre de Mazzoli se montait à CHF 756'037.60.

Dans l'annexe R1 qui a servi pour la reprise des chiffres dans le tableau tableau d'analyse multicritères du marché 39, la recourante a indiqué le montant de CHF 732'896.80. Avec le rabais de 3 %, l'offre s'élevait à CHF 710'909.90 et avec la TVA à 8 % à CHF 767'782.60. Toutefois, il n'y a pas de cases prévues pour l'éventuel escompte et pour le prorata fixé à 1,5 %.

Dans son annexe R1, Mazzoli a indiqué le montant de CHF 748'100.25. La case prévue pour le rabais était remplie par un 5. Toutefois et sous cette case, une autre case avait été ajoutée, celle prévue pour le prorata fixé à 1,5 %. Avec le rabais de 5 % et le prorata à 1,5 %, l'offre s'élevait à CHF 700'034.80 et avec la TVA à 8 % à CHF 756'037.60. Toutefois, ce n'est pas ce montant qui a été repris dans le tableau d'analyse multicritères du marché 39, puisqu'il y est indiqué un montant de CHF 767'550.90.

Bien que la commune n'explique pas cela, on comprend que la commune n'a, en réalité, pas tenu compte du prorata de 1,5 % indiqué dans l'annexe R1 de l'offre de Mazzoli, ce qui explique qu'elle a reporté non pas le montant figurant dans l'annexe R1, mais un montant de CHF 767'550.90.

Cela dit, force est de constater que la commune n'a pas respecté les conditions figurant dans l'appel d'offres, à savoir que le montant de l'offre était constitué du montant proposé moins l'éventuel rabais, moins l'éventuel escompte, moins le prorata fixé à 1,5 %, plus la TVA à 8 %.

Avec les correctes pondérations et la série de prix telles que prévues par l'appel d'offres, les résultats sont les suivants :

- 19/24 - A/784/2018

Comme le démontre le tableau ci-dessus, la recourante se classe deuxième avec 402,50 points derrière Mazzoli qui obtient 403,06 points.

Toutefois, la rubrique 112.201 sur les engins de levage est problématique s'agissant de l'offre de Mazzoli.

En effet, dans ses écritures, la commune précise que Mazzoli, en indiquant le mot « NEANT », a choisi d'utiliser un engin se trouvant sur place (écriture du 23 mars 2018 p. 6). Cet engin n'appartient pas à la commune, mais à Mazzoli, qui réalise une économie d'échelle, car l'appelée en cause est déjà présente sur le chantier. La commune relève encore que la recourante aurait elle aussi pu utiliser un tel engin ou des outils sur place si elle en avait eu (écriture du 9 avril 2018 p. 6).

L'écriture de la commune du 23 mars 2018 a été communiquée par la chambre de céans à Mazzoli le 26 mars 2018. Mazzoli a, dans un premier temps, indiqué dans son écriture du 17 avril 2018 qu'elle avait mentionné le mot « NEANT » car elle n'avait aucune intention d'utiliser une grue automobile avec fourche orientable sur le chantier, sans plus de détails. Puis, le 20 avril 2018, elle a précisé qu'en lieu et place d'une grue automobile avec fourche orientable, elle utiliserait un pont roulant équipé d'un treuil électrique. Enfin, le 27 juin 2018, elle a admis qu'elle disposait bien d'un engin sur place.

Au vu des positions divergentes entre la commune et Mazzoli, un doute subsiste quant à l'utilisation ou non par cette dernière de l'engin de chantier présent sur place.

En admettant que Mazzoli avait prévu d'utiliser l'engin de chantier déjà sur place, qui lui appartient, – ce que soutient la commune –, l'appelée en cause se trouve avantagée par rapport à la recourante. Le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires serait violé (art. 1 al. 3 let. b et 11 let. a AIMP et 16 RMP).

Cela dit et même en retenant que Mazzoli n'entendait pas utiliser son engin sur place, l'utilisation d'un pont roulant équipé d'un treuil électrique a un certain coût. Or, l'appelée en cause s'abstient de l'indiquer. Elle ne précise pas non plus si le coût de ce pont est intégré dans d'autres rubriques de la série de prix de l'appel d'offres. Enfin, Mazzoli n'est pas crédible lorsqu'elle allègue qu'il s'agit uniquement d'un choix portant sur des éléments purement techniques de réalisation du chantier qui n'emporte aucune influence sur le cahier des charges afférent à l'appel d'offres.

Dans ces circonstances, la chambre retiendra que les principes d'égalité de traitement et de concurrence efficace entre la recourante et Mazzoli ont été violés (art. 1 al. 3 let. b, 11 let. a

AIMP et 16 RMP, ainsi que art. 1 al. 3 let. a et 11 let. b AIMP et 17 al. 1 RMP).

- 20/24 - A/784/2018

Dans la mesure où la recourante avait chiffré le montant de la rubrique litigieuse à CHF 2'500.-, il se justifie, pour les motifs précités, de retrancher cette somme de son offre et d'examiner si cela a un impact sur le classement final :

CHF 732'896.80 - CHF 2'500.- = CHF 730'396.80

Rabais de 3 % : CHF 730'396.80 x 3 % = CHF 21'911.90

Montant intermédiaire : CHF 730'396.80 - CHF 21'911.90 = CHF 708'484.90

Escompte de 2 % : CHF 708'484.90 x 2 % = CHF 14'169.70

Montant intermédiaire : CHF 708'484.90 - CHF 14'169.70 = CHF 694'315.20

Prorata 1,5 % : CHF 694'315.20 x 1,5 % = CHF 10'414.75

Montant net : CHF 694'315.20 - CHF 10'414.75 = CHF 683'900.45

TVA 8 % : CHF 683'900.45 x 8 % = CHF 54'712.05

Montant total net TTC : CHF 683'900.45 + CHF 54'712.05 = CHF 738'612.50

La recourante reçoit donc une note de 5 pour le premier critère :

$5 = (\text{CHF } 738'612.50 / \text{CHF } 738'612.50) \times 5$

Quant à Mazzoli, sa note est de :

$4,88 = (\text{CHF } 738'612.50 / \text{CHF } 756'037.60) \times 5$

La recourante obtient 200 points (5 x 40) et Mazzoli 195,20 points (4,88 x 40).

Au classement final, la recourante est première avec 402,50 points (200 + 45 + 45 + 60 + 52,50) et Mazzoli seconde avec 402,20 points (195,20 + 60 + 45 + 57 + 45).

Pour ce motif déjà, il convient d'annuler la décision de la commune d'adjuger le marché 39 en cause à Mazzoli.

c. La différence de notation quant au critère de la qualité référentielle n'est pas critiquable, en raison du détail de l'annexe Q8 de l'offre de Mazzoli (notamment compte tenu des photographies des précédents chantiers, des chantiers un peu plus récents et des précisions quant aux compétences en matière de protection de l'environnement).

d. Il en est de même s'agissant du critère relatif à l'organisation du chantier et de la qualification du personnel cadre. La recourante et Mazzoli ont obtenu la même note de 3. Par rapport à sa concurrente, la recourante bénéficie de la

- 21/24 - A/784/2018 certification ISO 9'001 + 14'001, ce qui est un atout. Toutefois, la recourante n'a indiqué qu'une seule personne clé, au contraire de Mazzoli qui en a indiqué deux. On ne saurait attendre de la commune qu'elle se base sur l'organigramme de la recourante pour déterminer d'autres personnes clés, notamment en raison du fait que l'organigramme de la recourante ne contient pas par exemple les données relatives aux qualifications de ces personnes qui sont précisément demandées dans l'annexe R9 (langue parlée, années d'expérience, etc.). Par conséquent, la notation de ce critère n'est pas critiquable.

e. Concernant le 4^{ème} critère (délais d'exécution garantis en jours ouvrables selon planning), la commune explique qu'elle a retenu pour Mazzoli dix-neuf semaines pour la réalisation du chantier, ce qui n'est pas contesté par l'appelée en cause. Quant à la recourante, c'est un nombre de dix-huit semaines qui a été arrêté. La commune a déduit 0,2 point sur la note de 4 correspondant à la semaine de différence entre les deux soumissionnaires ($4 / 18 = 0,22$). Ainsi, la recourante obtient une note de 4 et Mazzoli une note de 3,8. Si cette façon de procéder n'est pas arbitraire, la note obtenue par Mazzoli l'est.

En effet, il est clairement précisé dans le cahier des charges de l'appel d'offres (p. 16) que la note peut être précisée jusqu'au centième, mais pas seulement pour le prix, compte tenu de l'adverbe « notamment ». Par ailleurs et dans la mesure où la commune avait arrêté la note du prix au centième à la suite d'opérations mathématiques, la recourante pouvait s'attendre, conformément au principe de la bonne foi, qu'elle en ferait de même pour ce critère au vu du calcul effectué par la commune. Compte tenu de ces éléments, la note de Mazzoli doit être arrêtée au centième.

Ainsi, Mazzoli obtient une note de 3,78 et non pas de 3,8.

Pour ce 4^{ème} critère, l'appelée en cause obtient 56,70 points ($3,78 \times 15$). Couplé à la correction du premier critère, la recourante obtient toujours 402,50 points ($200 + 45 + 45 + 60 + 52,50$) tandis que Mazzoli voit son nombre de points diminuer et aboutir à 401,90 points ($195,20 + 60 + 45 + 56,70 + 45$).

f. Enfin, selon le procès-verbal d'évaluation du critère 5 (la capacité à respecter les exigences de qualité), la recourante a obtenu un « suffisant » concernant l'annexe Q3. Un « bon et avantageux » pour les annexes Q5 et Q6. Elle bénéficiait d'un plan d'hygiène et sécurité de type ISO 9'001 + 14'001, qu'elle n'avait toutefois pas joint. Quant à Mazzoli, elle n'a obtenu que des « suffisant », dans la mesure où elle bénéficiait d'un plan d'hygiène et sécurité de type EVO, soit un système de contrôle interne en entreprise. La recourante a obtenu une note de 3,5 et Mazzoli une note de 3.

Dans la mesure où le plan d'hygiène et sécurité de type ISO 9'001 + 14'001 constitue une certification officielle, il est incontestable que la notation de la

- 22/24 - A/784/2018 recourante doit être supérieure à celle de Mazzoli, ce qui a bien été le cas, puisque la première a obtenu une note de 3,5 contre 3 pour la seconde.

La commune explique que la recourante n'a pas joint son plan d'hygiène et sécurité, ce qui a été considéré comme un point négatif et ce qui justifiait un « suffisant » pour l'annexe Q3 (cf. procès-verbal d'évaluation). Or, le point 6.5 du cahier des charges de l'appel d'offres (p. 18), qui figure dans le point 6 relatif aux « autres conditions en cas d'adjudication », précise que le plan d'hygiène et sécurité de l'entreprise, adapté aux conditions locales, est à remettre avant le début des travaux. Il est dès lors injustifié de reprocher à la recourante l'absence d'un document alors que celui-ci n'était pas encore exigé.

Certes, dans l'annexe Q3, il est précisé, concernant le plan d'hygiène et sécurité, « (preuve à remettre en annexe) ». Toutefois, il appartenait à la commune de vérifier et d'éventuellement adapter les annexes aux conditions de son cahier des charges administratif, document principal pour le lancement de l'appel d'offres.

La conséquence de cette analyse sur la note de la recourante pour le 5^{ème} critère peut souffrir de rester indéterminée, dans la mesure où, comme vu supra, les critères 1 et 4 ont été évalués de manière arbitraire avec comme conséquence un résultat nouveau qui voit la

recourante se classer en tête du classement avec 402,50 points contre 401,90 points pour Mazzoli.

E. 10

Le recours sera admis et la décision d'adjuger le marché litigieux à Mazzoli sera annulée.

Dans la mesure où l'offre de la recourante aurait dû être classée première, la chambre administrative, faisant usage du pouvoir de réforme conféré par l'art. 69 al. 3 LPA, lui adjugera le marché. En effet, toute autre décision, notamment un renvoi à l'intimé se heurterait au principe d'économie de procédure ainsi qu'à celui de célérité, lesquels doivent être pris en compte en matière de marchés publics (ATA/947/2016 du 8 novembre 2016 consid. 6 ; ATA/51/2015 du

E. 13

janvier 2015 consid. 18 ; MPU.2016.0042 du 5 juillet 2017 consid. 6 ; MPU.2015.0012 précité consid. 6). 11.

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'300.- sera mis à la charge de Mazzoli qui succombe, tandis qu'aucun émolument ne sera mis à la charge de la commune, au motif qu'il s'agit d'une collectivité publique défendant ses propres décisions (art. 87 al. 1 LPA). En outre, une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à la recourante, à concurrence de CHF 1'000.- à la charge de la commune et de CHF 500.- à celle de Mazzoli (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

- 23/24 - A/784/2018

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