

# **GE\_GERICHTE ATA/1113/2024 vom 24. September 2024**

GE Cour de justice, 2024-09-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_1113\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1113_2024)

FR: GE\_GERICHTE ATA/1113/2024 du 24 septembre 2024

IT: GE\_GERICHTE ATA/1113/2024 del 24 settembre 2024

## **Regeste**

Résumé: En s'écartant de la formule de notation du prix prévue par le dossier d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur a outrepassé son pouvoir d'appréciation et violé le principe de la transparence. Recours admis.

## **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 ; art. 15 al. 1 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 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. 55 let. e et 56 al. 1 RMP).

### **E. 2**

Le litige porte sur la conformité au droit de la décision adjudication concernant les lots relatifs à l'exploitation et transports ESREC à Châtillon, à Chânavats et à La Praille vers leur exutoire.

### **E. 3**

Les SIG sollicitent la jonction de la procédure avec la cause A/2153/2024 qui concerne C\_\_\_\_\_ laquelle a soumis une offre pour le lot du site de La Praille et a également recouru contre la décision d'adjudication.

#### **E. 3.1**

Selon l'art. 70 LPA, l'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation identique ou à une cause juridique commune (al. 1). La jonction n'est toutefois pas ordonnée si la première procédure est en état d'être jugée alors que la ou les autres viennent d'être introduites (al. 2).

#### **E. 3.2**

Selon la jurisprudence de la chambre de céans, il n'y a pas lieu de procéder à une jonction de causes lorsque des procédures portant sur des décisions rendues par la même autorité et prises en vertu des dispositions de la même loi visent un complexe de faits différent ou ne concernent pas les mêmes parties (ATA/557/2021 du 25 mai 2021 consid. 3a ; ATA/92/2016 du 2 février 2016 consid. 3b et les arrêts cités).

#### **E. 3.3**

En l'espèce, la présente cause et celle enregistrée sous le numéro A/2153/2024 sont certes en état d'être jugées. Toutefois, même s'il s'agit du même marché public, elles visent un complexe de faits différent sur certains points et soulèvent certaines questions juridiques

distinctes, la présente cause abordant notamment la

- 7/15 - A/2176/2024 notation du prix et la formule utilisée, contrairement à la cause A/2153/2024 qui concerne spécifiquement la qualité technique et l'organisation de C\_\_\_\_\_. Pour ces raisons, il n'y a pas lieu de procéder à la jonction des procédures.

#### **E. 4**

La recourante soutient que l'autorité adjudicatrice aurait violé les principes de la transparence, de non-discrimination et l'interdiction de l'arbitraire en faisant usage d'une formule de notation du prix qui ne figurait pas dans le dossier d'appel d'offres pour avantager B\_\_\_\_\_.

#### **E. 4.1**

L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales. (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 dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, notamment let. a, b et d AIMP).

#### **E. 4.2**

Le RMP régit la passation des marchés publics en application de l'AIMP (art. 1).

#### **E. 4.3**

Au sens du RMP, un marché public a pour objet un contrat entre une autorité adjudicatrice désignée et une entreprise privée ou une personne indépendante, qui vise l'acquisition d'un ouvrage, d'une prestation ou d'un bien mobilier, moyennant le paiement d'un prix (art. 2 let. a).

#### **E. 4.4**

Les principes énoncés à l'art. 1 AIMP sont concrétisés aux art. 16 ss RMP. Ainsi, toute discrimination des candidats ou des soumissionnaires est interdite, en particulier par la fixation de délais ou de spécifications techniques non conformes à l'art. 28 RMP, par l'imposition abusive de produits à utiliser ou le choix de critères étrangers à la soumission (art. 16 al. 1 RMP). Le principe de l'égalité de traitement doit être garanti à tous les candidats et soumissionnaires et dans toutes les phases de la procédure (art. 16 al. 2 RMP). La libre concurrence doit être garantie pour l'obtention des fournitures et des prestations de construction et de services (art. 17 al. 1 RMP).

#### **E. 4.5**

L'autorité adjudicatrice définit, de manière formelle et transparente, les limites du marché qu'elle entend adjuger en utilisant des critères ou indices tels que le périmètre, la durée, la portée transversale de l'adjudication ou les motifs organisationnels qui justifient son choix (art. 7A al. 1 RMP).

#### **E. 4.6**

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).

#### **E. 4.7**

Les principes de transparence et de non-discrimination constituent des valeurs centrales des marchés publics. L'existence du marché et des conditions qui s'y

- 8/15 - A/2176/2024 appliquent doivent être connues des concurrents et le pouvoir adjudicateur ne peut pas favoriser des concurrents (Étienne POLTIER, droit des marchés publics, 2e éd., 2023, p. 234). Parmi les principes généraux des marchés publics figurent notamment ceux de non-discrimination et d'égalité de traitement de chaque soumissionnaire, de concurrence efficace, de respect des conditions de récusation des personnes concernées et de traitement confidentiel des informations (art. 11 AIMP).

#### **E. 4.8**

La transparence des procédures de passation des marchés n'est pas un objectif, mais un moyen contribuant à atteindre le but central du droit des marchés publics qui est le fonctionnement d'une concurrence efficace, garanti par l'ouverture des marchés et en vue d'une utilisation rationnelle des deniers publics (ATF 141 II 353 consid. 8.2.3 et les références citées). Selon la jurisprudence, le principe de la transparence est le principe cardinal des marchés publics. Il limite le large pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur (RDAF 2001 I 403). Il permet d'assurer la mise en œuvre du principe de concurrence, lequel permet la comparaison des prestations et de choisir ainsi l'offre garantissant un rapport optimal entre le prix et la prestation ainsi que le contrôle de l'impartialité de la procédure d'adjudication, autre principe qui doit être respecté. Le principe de transparence exige que le pouvoir adjudicateur se conforme aux conditions qu'il a préalablement annoncées. Ce principe se rapproche dans cet aspect du principe de la bonne foi, qui prohibe les comportements contradictoires de l'autorité (art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101), et du principe de la non-discrimination. En effet, si le pouvoir adjudicateur s'écarte des « règles du jeu » qu'il a fixées, il adopte un comportement qui se rapproche d'une manipulation, typiquement discriminatoire, du résultat du marché (ATF 141 II 353 consid. 8.2.3 et la référence citée ; ATA/167/2024 du

#### **E. 4.9**

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 des offres est faite selon les critères prédéfinis conformément à l'art. 24 RMP et énumérés dans l'avis d'appel d'offres et/ou les

- 9/15 - A/2176/2024 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).

#### **E. 4.10**

Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix et l'évaluation des critères d'aptitude et d'adjudication, celui-là étant libre de spécifier ses besoins en tenant compte de la solution qu'il désire (ATF 137 II 313 consid. 3.4 in JdT 2012 I p. 28 ss). Une fois les critères d'aptitude et d'adjudication arrêtés dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur doit en règle générale s'y tenir. En vertu des principes de la transparence et de l'égalité de traitement, il ne saurait les modifier ultérieurement. S'il ignore des critères dûment fixés, en modifie la portée ou la pondération ou encore s'il en ajoute de nouveaux, le pouvoir adjudicateur agit de manière contraire au droit des marchés publics (ATAF 2019 IV/1 consid. 3.3 ; décision incidente du Tribunal administratif fédéral [ci-après : TAF] B-4637/2016 du 19 octobre 2016 consid. 6.4 ; arrêts du TAF B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 2.5.2 ; B-891/2009 du 5 novembre 2009 consid. 3.4).

#### **E. 4.11**

En matière d'évaluation des offres, la jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D\_35/2017 du 5 avril 2018 consid. 5.1 ; ATA/1685/2019 du 19 novembre 2019 consid. 8b et les références citées), y compris s'agissant de la méthode de notation (ATA/676/2020 du 21 juillet 2020 consid. 4b et les références citées). La juge doit veiller à ne pas s'immiscer de façon indue dans la liberté de décision de l'autorité chargée de l'adjudication (arrêt du Tribunal fédéral 2D\_35/2017 précité consid. 5.1). L'appréciation de la chambre administrative ne saurait donc se substituer à celle de ladite autorité. Seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation doit être sanctionné (ATF 130 I 241 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D\_35/2017 précité consid. 5.1 ; ATA/1685/2019 du 19 novembre 2019 consid. 8b et les références citées). En outre, pour que le recours soit fondé, il faut encore que le résultat, considéré dans son ensemble, constitue un usage abusif ou excessif du pouvoir d'appréciation (décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 29 juin 1998, publiée in JAAC 1999, p. 136, consid. 3a ; ATA/1389/2019 du 17 septembre 2019 consid. 5).

#### **E. 4.12**

Selon le message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics du 15 février 2017, l'importance du prix dépend toujours du système d'évaluation appliqué. La courbe de notation du prix des offres devrait être choisie (du point de vue de sa pente) de telle sorte qu'elle couvre la fourchette de prix qui est attendue sur la base de l'étude du marché. Il faut éviter que la fonction choisie

- 10/15 - A/2176/2024 pour noter le prix ne diminue le poids de ce critère et soit donc inadaptée (FF 2017 p. 1802).

#### **E. 4.13**

La doctrine relève que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation considérable quant au choix de la formule de notation du prix. Le principal rattachement légal de la notation du prix est l'art. 41 de la loi fédérale sur les marchés publics du 21 juin 2019 (LMP - RS 172.056.1 ; art. 19 AIMP) qui se limite à prévoir que « le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse ». Ainsi, la loi octroie à l'adjudicateur la liberté d'appliquer une formule éprouvée, de modifier une formule existante, ou encore d'élaborer sa propre formule (Domenico DI CICCO, Le prix en droit

des marchés publics, 2022, n. 793). La question de la modification de la formule de notation après l'ouverture des offres se rapporte à celle de la modification de l'appel d'offres, dont l'admissibilité dépend de la réunion de plusieurs conditions restrictives. Sans entrer dans le régime juridique général de la modification de l'appel d'offres, la doctrine et la jurisprudence considèrent que la modification de la formule de notation du prix après l'ouverture des offres est en principe interdite. En effet, une telle modification constitue un indice de violation des principes de transparence, de non-discrimination, voire de l'interdiction de l'arbitraire. Toutefois, cette modification peut être exceptionnellement admise, lorsqu'elle se justifie par des motifs objectifs (non discriminatoires). Tel est notamment le cas lorsque la méthode de notation initiale conduit à un résultat arbitraire. Ce cas de figure est envisageable par exemple lorsque la méthode de notation prévoit que l'offre la moins chère reçoit la meilleure note et l'offre la plus chère reçoit la moins bonne, puisque seules deux offres sont déposées. La pratique parle à cet égard de distorsion (*Verzerrung*) ou de dénaturation (*Verfälschung*) des critères d'adjudication annoncés dans l'appel d'offres. Dans cette hypothèse, il est même impératif que l'adjudicateur adapte sa méthode de notation. Lorsque la formule de notation est publiée dans l'appel d'offres et que l'adjudicateur applique une formule de notation qui semble divergente, il peut être litigieux de déterminer si l'application en cause doit se qualifier de modification de l'appel d'offres ou non. Par exemple, si l'adjudicateur annonce dans l'appel d'offres que les « demi-points sont admis », puis qu'il n'attribue que des points entiers dans l'évaluation, il faut se demander si la méthode effectivement appliquée constitue une modification de l'appel d'offres ou résulte d'une interprétation admissible de la méthode d'évaluation annoncée. Dans cet exemple, la seconde proposition devrait l'emporter du fait que l'utilisation de demi-points n'est pas formulée de manière impérative. Une telle manière de procéder serait cependant inopportune, dans la mesure où l'adjudicateur restreindrait son pouvoir d'appréciation qu'il s'était lui-même aménagé dans l'appel d'offres. De même, toujours en cas de divergence entre la formule de notation publiée dans l'appel d'offres et celle effectivement appliquée, il ne faut pas considérer que la

- 11/15 - A/2176/2024 formule a été modifiée a posteriori par l'adjudicateur, lorsque cette divergence résulte de la correction d'une erreur manifeste contenue dans la formule de l'appel d'offres (Domenico DI CICCIO, op. cit., n. 1030 et ss).

#### **E. 4.14**

Dans une affaire zurichoise, le Tribunal administratif du canton de Zurich a considéré que le pouvoir adjudicateur avait outrepassé son pouvoir d'appréciation et avait violé le principe de transparence en faisant usage d'une formule de prix différente de celle indiquée dans l'appel d'offres (VB.2018.004444 du 25 octobre 2018). Dans cette affaire concernant l'acquisition et l'exploitation d'un logiciel pour la procédure d'admission au Gymnase, le soumissionnaire arrivé en deuxième position avait fait recours contre la décision d'adjudication. Il s'était plaint en particulier de l'évaluation du prix. Lors de l'évaluation, le pouvoir adjudicateur avait appliqué une méthode qui s'écartait de la formule d'évaluation des prix annoncée dans les documents d'appel d'offres, ce qui avait procuré un avantage nettement inférieur au recourant par rapport à l'adjudicataire, en termes de points accordés au critère du prix, raison pour laquelle celui-ci s'était retrouvé devant celui-là. Il était vrai que le pouvoir adjudicateur disposait d'une marge d'appréciation considérable pour déterminer les critères d'adjudication et pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base de ces critères. Toutefois, le fait que les intimés se soient écartés de

la méthode d'évaluation prévue dans le cahier des charges sans que cela découle d'une démarche compréhensible constituait un excès de pouvoir d'appréciation. La procédure était donc contraire à l'exigence de transparence et l'évaluation correspondante était donc contraire au droit. En conséquence, le Tribunal administratif avait renvoyé la cause au pouvoir adjudicateur afin qu'il adjuge le marché au recourant (Jacques DUBEY/Lucien HÜRLIMANN, La jurisprudence en marchés publics entre 2018 et 2020, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Martin BEYELER/Stefan SCHERLER [éd.], Marchés publics 2020, 2020, n. 164).

#### **E. 4.15**

Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites de son pouvoir d'appréciation, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et qui sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables ou viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire, l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi ou le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 consid. 5.1 ; 123 V 150 consid. 2 et les références citées ; ATA/148/2021 du 9 février 2021 consid. 7 et l'arrêt cité).

#### **E. 4.16**

En l'espèce, selon le point 4.7 de l'appel d'offres établi par le pouvoir adjudicateur, la notation du prix devait être faite selon la méthode linéaire suivante :  $\text{Note offre} = 5.0 - (\text{POffre} - \text{PMin}) / (\text{PMoyen} - \text{PMin})$  Or, il ressort du dossier que c'est une autre méthode qui a été utilisée, à savoir :  $\text{Note offre} = 5.0 - (\text{POffre} - \text{PMin}) / (\text{Montant estimé par l'adjudicateur})$

- 12/15 - A/2176/2024 Les parties intimées ne contestent pas qu'il s'agit là d'une autre méthode. Elles expliquent néanmoins que la formule a été adaptée, puisque le nombre d'offres reçues était inférieur à 5 et que cette décision a été prise en application de l'annexe T2 figurant dans le guide. Il est vrai que l'annexe T2 dudit guide précise que pour la méthode linéaire, si le nombre d'offres est inférieur à 5, c'est la seconde formule qui est utilisée. Néanmoins, le dossier d'appel d'offres remis aux soumissionnaires ne fait pas état de cette subtilité. L'adjudicataire ne saurait par ailleurs être suivi lorsqu'il soutient que l'annexe T2 fait partie des informations remises à chaque soumissionnaire, dès l'appel d'offres, par le biais notamment du lien [www.simap.ch](http://www.simap.ch) indiqué en page 2 du dossier d'appel d'offres sous la rubrique « Informations accessibles sur un site internet ». En effet, il s'agit là uniquement d'une plateforme des achats de la Confédération et des organisations liées à la Confédération, des cantons et des communes de Suisse. Les intéressés peuvent y trouver les appels d'offres en cours et terminés conformes au droit des marchés publics. Concernant celui en cause (numéro de projet 257622), il ne ressort pas de ce site internet que le guide en question ou l'annexe T2 plus spécifiquement serait applicable. D'ailleurs, la seule référence audit guide dans la documentation relative à l'appel d'offres se situe au niveau du barème des notes au point 4.6 qui sera utilisée « CROMP – Guide romand pour les marchés publics ». Il peut ainsi être inféré du dossier d'appel d'offres remis à chaque soumissionnaire que la seule formule qui aurait dû être appliquée pour la notation du prix était celle figurant dans celui-ci. En outre, on ne se trouve pas dans un cas où la modification peut être exceptionnellement admise, car justifiée par des motifs objectifs (non discriminatoires). En effet, la notation initiale ne conduit pas à un résultat arbitraire, puisque même s'il s'agit de deux offres (lots Châtillon et Chanâts) ou trois déposées (lot La Praille), la formule initiale ne conduit pas à une distorsion ou à une dénaturation du critère annoncé dans l'appel

d'offres. Les notes qu'auraient dû obtenir les soumissionnaires, telles que détaillées ci-dessous, prouvent que l'adjudicataire n'aurait pas reçu une note de 0 pour son offre de prix, mais une note en adéquation avec le prix proposé par rapport aux autres soumissionnaires : Lot Châtillon :  $5 - (\text{CHF } 372'496.04 - \text{CHF } 317'076.-) / (\text{CHF } 344'786.- - 317'076.-) = 3$  Lot Chanâts :  $5 - (\text{CHF } 55'420.04 / \text{CHF } 27'710.-) = 2$  Lot La Praille :  $5 - (\text{CHF } 332'937.36 - \text{CHF } 323'559.-) / (\text{CHF } 328'248.- - 323'559.-) = 3$

- 13/15 - A/2176/2024 :  $5 - (\text{CHF } 499'054.22 - \text{CHF } 411'838.-) / (\text{CHF } 516'892.- - 411'838.-) = 4.17$

En s'écartant de la formule de notation du prix prévue par le dossier d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur a outrepassé son pouvoir d'appréciation et violé le principe de la transparence. Le grief sera admis. Le pouvoir adjudicateur reconnaît que si seule la formule du prix indiquée au point 4.7 de l'appel d'offres est applicable – ce qui est bien le cas comme examiné ci-dessus –, le marché doit être adjugé à la recourante pour l'ensemble des lots. Il est en effet exact que la recourante serait classée au premier rang pour les trois lots selon les tableaux finaux produits par la recourante, lesquels ne sont pas contestés par les parties intimées. Le recours sera par conséquent admis, la décision querellée annulée et le dossier sera renvoyé au pouvoir adjudicateur pour nouvelle adjudication au sens des considérants. 5. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de B\_\_\_\_\_, qui succombe. Aucun émolument ne sera mis à la charge des SIG, qui en sont dispensés de par la loi (art. 87 al. 1 2e phr. LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à la recourante, à la charge des SIG à hauteur de CHF 1'000.- et de B\_\_\_\_\_ à hauteur de CHF 500.- (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

## **E. 6**

février 2024 consid. 4.2.2). 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 (ATA/1089/2018 du 16 octobre 2018 consid. 6c). Dans une espèce dans laquelle l'adjudicataire n'avait pas indiqué dans les documents d'appel d'offres qu'une prestation avait préalablement été effectuée en lien avec le marché à adjuger, la chambre de céans a jugé que l'adjudication violait les principes de transparence et d'égalité de traitement. Le fait que le soumissionnaire qui avait réalisé cette prestation n'en retire aucun avantage concurrentiel n'y changeait rien (ATA/265/2022 du 15 mars 2022 consid. 4c).

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