

# **GE\_GERICHTE ATA/1298/2023 vom 5. Dezember 2023**

GE Cour de justice, 2023-12-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_1298\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1298_2023)

FR: GE\_GERICHTE ATA/1298/2023 du 5 décembre 2023

IT: GE\_GERICHTE ATA/1298/2023 del 5 dicembre 2023

## **Regeste**

Résumé: Recours contre une décision d'exclusion d'un marché public en raison d'une offre jugée anormalement basse. Conformément à la procédure prévue, l'autorité a correctement interpellé la société recourante pour lui permettre de s'expliquer et de justifier son prix. L'autorité, pas convaincue par les explications reçues, a agi conformément au droit et dans le cadre de son large pouvoir d'appréciation en excluant l'offre litigieuse. Le recours contre la décision d'exclusion étant rejeté, le recours que la société a par ailleurs déposé contre la décision d'adjudication est jugé irrecevable, la recourante ayant perdu tout intérêt digne de protection.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le litige porte sur la conformité au droit de la décision d'exclusion et de la décision d'adjudication.

#### **E. 1.1**

En ce qu'il conclut à l'annulation de la décision d'exclusion, le recours a été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 15 al. 1bis let. d 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

- 11/23 - A/2777/2023 intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 - L-AIMP - L 6 05.0 ; art. 55 let. c et 56 al. 1 RMP). La qualité pour recourir de la recourante ne fait aucun doute. La recevabilité du recours contre la décision d'adjudication sera analysée en fonction de l'issue du recours contre la décision d'exclusion.

#### **E. 2**

La recourante a sollicité diverses mesures d'instruction. L'autorité intimée a versé à la procédure un chargé transmis à la recourante et qui contient les tableaux comparatifs des offres (moyenne des offres et courbes des offres), le PV d'audition de la recourante commenté par elle, le PV de la séance de comité du 3 juillet 2023 et des extraits des explications fournies par d'autres soumissionnaires (compréhension de la problématique de I\_\_\_\_\_ SA et compréhension de la problématique de J\_\_\_\_\_ SA). La recourante a par ailleurs reçu la copie du courrier de l'intimée du 12 octobre 2023 dans lequel elle explique avoir versé à la procédure la totalité des dossiers relatifs à l'appel d'offres. Il n'apparaît pas que la recourante se serait manifestée pour consulter tout ou partie d'autres pièces, en particulier les autres dossiers. Ses diverses demandes ont donc été satisfaites.

#### **E. 3**

let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés dans toutes les phases de la procédure (art. 16 al. 2 RMP). 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, qui permet de protéger notamment le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires garanti par l'art. 16 al. 2 RMP. Le respect de ce formalisme est nécessaire pour concrétiser l'obligation d'assurer l'égalité de traitement entre soumissionnaires dans la phase d'examen de la recevabilité des offres et de leur évaluation (ATA/102/2010 du 16 février 2010, confirmé par l'arrêt du Tribunal

- 12/23 - A/2777/2023 fédéral 2C\_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.4 ; ATA/1193/2021 du 9 novembre 2021 consid. 7a et les arrêts cités). 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 d'exclure une offre présentant une informalité de peu de gravité.

### **E. 3.1**

Le recours peut être formé : pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus de pouvoir d'appréciation (let. a) ; pour constatation inexacte ou incomplète de faits pertinents (let. b). Le grief d'inopportunité ne peut pas être invoqué (al. 2) (art. 57 al. 1 RMP).

### **E. 3.2**

L'AIMP 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.

### **E. 3.3**

Le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires impliquent de ne procéder à ce type de questionnement que de manière restrictive, et seulement lorsque l'offre est, au demeurant, conforme aux conditions de l'appel d'offres. À cet égard, même les auteurs qui préconisent une certaine souplesse dans le traitement des informalités admettent que l'autorité adjudicatrice dispose d'un certain pouvoir d'appréciation quant au degré de sévérité dont elle désire faire preuve dans le traitement des offres, pour autant qu'elle applique la même rigueur ou la même flexibilité à l'égard des différents soumissionnaires (ATA/149/2018 du 20 février 2018 et les références citées). L'appréciation de la chambre administrative ne peut se substituer à celle de l'autorité adjudicatrice, seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation devant être sanctionné (ATF 130 I 241 consid. 6.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2P.111/2003 du 21 janvier 2004 consid. 3.3 ; 2P.172/2002 du 10 mars 2003 consid. 3.2).

### **E. 3.4**

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. Lorsqu'un soumissionnaire omet un poste, c'est le plus haut prix fixé par les concurrents qui est appliqué. (art. 39 al. 2 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 PV sera établi et signé par les personnes présente. (al. 2).

### **E. 3.5**

En présence d'une offre qui serait anormalement basse, l'autorité adjudicatrice a l'obligation, selon l'art. 41 RMP, de demander au soumissionnaire de justifier son prix et cela dans la forme prévue à l'art. 40 al. 2 RMP. C'est seulement si le soumissionnaire n'a pas justifié les prix d'une telle offre, conformément à l'art. 41 RMP, que son offre est écartée d'office (art. 42 al. 1 let. e RMP). Les offres écartées ne sont pas évaluées. L'autorité adjudicatrice rend une décision d'exclusion motivée, notifiée par courrier à l'intéressé, avec mention des voies de recours (art. 42 al. 3 RMP). Une offre particulièrement favorable, le cas échéant même si elle est inférieure au prix de revient, n'est pas impérativement à exclure si les renseignements fournis par le soumissionnaire permettent de conclure qu'il est capable d'exécuter à satisfaction les travaux mis en soumission et qu'il remplit les critères d'aptitude et les conditions légales réglementant l'accès à la procédure

- 13/23 - A/2777/2023 (ATF 141 II 353 consid. 8.3.2 ; 130 I 241 consid. 7.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_876/2014 du 4 septembre 2015 consid. 8.3.2 ; ATA/871/2023 du 22 août 2023 consid. 3.5 et les références citées). Si le prix proposé apparaît trop bas, en particulier parce qu'il s'écarte de plus de 30% de la moyenne des offres rentrées ou du prix « juste » déterminé à l'avance par le pouvoir adjudicateur, le soumissionnaire doit être formellement interpellé pour s'expliquer et justifier le prix avantageux qu'il offre ; dans l'hypothèse où les renseignements obtenus de sa part ne sont pas convaincants et laissent apparaître un risque d'insolvabilité, son offre pourra être écartée. L'élément essentiel pour fonder la décision est la capacité du soumissionnaire à exécuter l'offre dans le respect de l'appel d'offres et des exigences légales, et non pas la couverture de ses frais (ATA/871/2023 précité et l'arrêt cité). Selon le Tribunal fédéral, 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. C'est la raison pour laquelle les discussions doivent faire l'objet d'un PV précis. À tout le moins, l'opération de clarification ne doit pas entraîner de modifications matérielles des offres à l'instar d'une modification des prix, de l'octroi de remises ou rabais nouveaux, ou de modifications du contenu de la prestation offerte ou des modalités de son exécution. En particulier, le pouvoir adjudicateur ne peut pas demander au soumissionnaire de modifier son offre si celle-ci ne respecte pas une exigence du cahier des charges. Il s'agit en dernier ressort d'empêcher des comportements interdits, qui, pour le moins, éveillent le soupçon que certains soumissionnaires bénéficient d'avantages indus (arrêt du Tribunal fédéral 2D\_33/2019 du 25 mars 2020 consid. 3.1 et les références citées).

### **E. 3.6**

Le Tribunal administratif fédéral a retenu, se référant à l'art. 38 al. 3 de la loi fédérale sur les marchés publics du 21 juin 2019 (LMP - RS 172.056.1), qu'en tout état de cause, la notion d'offre anormalement basse était une notion juridique indéterminée dont la concrétisation était sujette à un large pouvoir d'appréciation de la part de l'autorité adjudicatrice (arrêt du TAF B-2686/2022 du 16 janvier 2023 consid. 3.2 et la référence citée).

### **E. 4**

En l'espèce, la recourante, qui insiste sur le fait qu'elle n'a pour sa part jamais qualifié son offre d'anormalement basse, ne conteste pas que celle-ci s'écarte de plus de 30% – soit de plus de 38% – de la moyenne des offres rentrées, comme le démontre l'intimée de manière convaincante. L'offre de la recourante étant anormalement basse, l'intimée devait l'interpeller pour qu'elle s'explique et justifie son prix avantageux. Tel a bien été le cas, la recourante ayant pu répondre aux questions de l'intimée et donner toutes les explications qu'elle a jugé utiles, entre autres lors d'une séance de clarification qui

- 14/23 - A/2777/2023 a fait l'objet d'un PV qu'elle a pu corriger. Reste donc à vérifier si, en dépit des explications fournies, l'intimée était fondée à exclure l'offre de la recourante. Le 5 juillet 2023, l'intimée a interpellé la recourante. Elle l'a informée qu'après l'ouverture de l'enveloppe 2, son offre était apparue comme anormalement basse. Elle l'a en conséquence invitée : « Q1. à confirmer son prix ; « Q2. à confirmer que l'ensemble des prestations d'ingénieur pour toutes les phases SIA 31 à 53 selon le règlement SIA 103 étaient intégralement réalisées au sein de la société et sans sous-traitance ; « Q3. à décrire sa méthode de calcul des honoraires et les paramètres pris en considération dans le cas d'un calcul des honoraires selon le coût de l'ouvrage ou selon SIA 103 ; « Q4. à clarifier les prestations dans la phase 41 (appels d'offres) dans la mesure où apparaissait une contradiction dans l'organigramme prévu pour le mandat, la rédaction des appels d'offres d'entreprises selon AIMP étant externalisée ; « Q5. à vérifier et confirmer le temps prévu en phase 41 (appels d'offres) décrit dans l'organigramme prévu pour le mandat (2 mois annoncés alors qu'elle mentionnait une période de 4 mois) ; « Q6. confirmer qu'elle sera[it] en mesure d'accomplir des prestations en phase exécution notamment pour les aménagements extérieurs ; « Q7. à clarifier la disponibilité de l'équipe de projet dès lors que, selon l'organigramme, l'ingénieur de projet était disponible à 40 % et que le chef de projet était disponible au même taux ; « Q8. expliquer comment le chef de projet pouvait répondre aux sollicitations de l'architecte et du maître d'ouvrage de manière proactive ; « Q9. expliquer comment l'ingénieur de projet pouvait effectuer les prestations attendues avec une implication de 20% en phase avant-projet puis 25% en phase projet ». La recourante a répondu par retour de courriel du même jour : pour la Q4, les appels d'offres selon l'AIMP seraient réalisés en interne par le chef de projet, accompagné d'un second coopérateur également spécialisé dans la rédaction d'appels d'offres. L'organigramme figurant dans son offre n'était sur ce point pas clair ; pour la Q5, il s'agissait d'une erreur et il fallait compter quatre mois ; pour la Q6, elle confirmait être en mesure d'accomplir des prestations en phase exécution ; pour la Q7, l'implication correspondait au taux moyen du coopérateur

- 15/23 - A/2777/2023 pendant la durée de la phase du projet. La disponibilité correspondait au taux mobilisable en cas de besoin de marge de manœuvre. Les taux de planification correspondaient à la répartition des heures planifiées pour le mandat sur les heures totales disponibles à temps plein. Ils avaient souvent rencontré des ambiguïtés sur ces pourcentages et avaient choisi d'utiliser les définitions données par le guide romand pour les marchés publics. Enfin, pour la Q9, ils apporteraient des précisions dans un retour plus détaillé. Les taux étaient en lien avec les heures prévues et les heures totales disponibles à plein temps. « La répartition du temps de travail sur de longues durées avait tendance à diluer les taux, de cette manière, sembl[ai]ent relativement bas ». Dans le document intitulé « explication du prix », la recourante a confirmé son prix (Q1). Pour la question des prestations à réaliser (Q2), elle a indiqué que son offre comprenait les prestations d'ingénierie civile pour le

terrassment, le bâtiment, les réseaux enterrés, les couverts extérieurs et les aménagements extérieurs. Son offre ne comprenait ni la recherche de matériaux de réemploi ni les prestations de l'ingénieur géotechnicien sur les éventuels travaux spéciaux. La méthode de calcul des honoraires (Q3) se fondait sur le temps employé effectif, ce qui permettait d'évaluer précisément les heures nécessaires en fonction des particularités du projet. Elle n'utilisait pas la méthode selon le coût de l'ouvrage qui n'était plus recommandée. La répartition des heures prévues était donnée dans un tableau annexé, par phases SIA et par personnes prévues en lien avec le planning. Le chef de projet en interne rédigerait les documents pour les appels d'offres d'entreprises (Q4). Une relecture, comme double contrôle, serait réalisée par un second coopérateur spécialisé dans ce type de rédaction. L'organigramme qu'elle avait transmis n'était pas clair en ce sens qu'il laissait penser à tort à des externalisations. Le temps prévu en phase 41 (Q5) avait été mal saisi. Il fallait compter environ quatre mois pour l'ensemble des missions liées aux appels d'offres. Ses prestations incluaient celle d'ingénierie civile pour les aménagements extérieurs (Q6) selon le planning présenté. Cette prestation n'avait pas été incluse dans le planning transmis par simplification car les dates liées à ces prestations n'étaient pas mentionnées précisément dans le dossier d'appel d'offres. S'agissant de la disponibilité de l'équipe de projet (Q7), le terme planification, repris dans l'appel d'offres, correspondait à la planification des coopérateurs sur le projet. Les taux calculés provenaient de la division des heures à disposition pour le mandat sur le nombre d'heures à taux plein pendant la durée de la phase. Cette division fournissait des taux relativement bas qui ne reflétaient ni la disponibilité ni l'engagement et la motivation des coopérateurs. Le terme disponibilité correspondait au temps total mobilisable sur l'ensemble d'une phase en cas de pic de travail. En plus de ces deux différents termes utilisés pour la

- 16/23 - A/2777/2023 réponse à l'appel d'offres, il fallait tenir compte des taux d'engagements au sein de la société. Ces taux pouvaient être mobilisés en cas de surcharge ponctuelle sur un point particulier du projet : chef de projet = 75% ; ingénieur de projet = 100% ; responsable dessin et BIM = 100%. Pour ce qui avait trait à l'implication et à la proactivité de l'ingénieur et du chef de projet (Q8 et Q9), elle comprenait les inquiétudes suscitées par les taux de planification jugés faibles. Toutefois, comme cela venait d'être expliqué, les taux relativement bas traduisaient « de l'étalement des prestations sur de longues périodes ». Les heures transmises lui permettaient de réaliser le mandat dans de bonnes conditions et de répondre aux demandes des architectes et du maître d'ouvrage dans des délais rapides. Sa proactivité était garantie par la motivation de tous les coopérateurs pour la fourniture de prestations de qualité. Pour ce qui relevait de la structuration interne des coûts, ses coopérateurs étaient salariés mais pas employés. Elle appliquait néanmoins la convention collective de travail (CCT) des cantons de Vaud et Genève comme base minimale. Elle avait fixé des seuils de salaire annuel net qui permettaient d'adapter le besoin de prospection et le montant des offres. Elle avait minimisé le risque d'une évaluation trop faible des heures. Compte tenu de la nature du mandat – une construction neuve et simple – il lui semblait fortement improbable de dépasser les heures prévues de plus de 50%. Elle énonçait enfin les conditions particulières du mandat qui lui permettaient d'offrir un prix et des heures prévues raisonnablement bas : la géométrie globale du projet était simple ; la descente de charge aux étages était simple, déjà identifiée et tramée ; les caissons en bois étaient simples à dimensionner et il n'y avait pas besoin de réaliser des plans d'armatures comme c'était le cas pour le béton armé ; les poutres métalliques et la volonté de faire du réemploi tendaient à uniformiser les profilés et les détails ; la structure

porteuse en béton armé au sous-sol était simple ; la qualité du sol de fondation était bonne et permettait d'utiliser un radier comme fondation ; la modélisation BIM apportait une aide conséquente sur les projets de géométrie simple ; l'équipe de projet avait déjà travaillé sur plusieurs projets similaires et était expérimentée. Lors de la séance de clarification, qui a fait l'objet d'un PV intégrant les commentaires et demandes de corrections formulés par la recourante, cette dernière a une nouvelle fois confirmé le prix offert et le fait que l'offre était forfaitaire (Q1). Elle a pour l'essentiel confirmé ce qu'elle avait précédemment expliqué concernant les prestations réalisées (Q2). Elle a également repris ses explications quant à la méthode de calcul de ses honoraires (Q3). Elle a répété que le projet en l'état était simple et qu'il ne posait pas de questions particulières. Le fait qu'il y eût peu de béton simplifiait le travail de l'ingénieur civil. Le comité a toutefois souligné que le nombre d'heures prévu, 2'105, était faible pour accomplir les prestations attendues et se situait environ 30% en dessous de la moyenne des heures offertes. Le comité a rappelé l'importance attribuée aux

- 17/23 - A/2777/2023 prestations à effectuer dans le cadre du projet et insisté encore sur son inquiétude face au nombre d'heures offertes. Il a émis des doutes sur la qualité du sol, les sondages datant de la construction du grand ensemble. D'autres soumissionnaires avaient été plus précautionneux sur la nature des sols. La recourante a répondu que les sondages publics disponibles à proximité étaient plutôt favorables. Le comité a relevé que la descente de charges entre les niveaux hors-sol et le sous-sol pouvait générer une complexité structurelle. De même, le contreventement du bâtiment n'était pas réglé à ce stade. La recourante a répondu que tous les porteurs étaient alignés, sauf une déviation identifiée et de petite dimension qui pouvait être reprise par une structure métallique, celle proposée pouvant être facilement contreventée en façade. Cela devait être étudié. La recourante a confirmé ses précédentes explications en lien avec les prestations offertes dans la phase 41 (Q4), le temps prévu en phase 41 (Q5) et les aménagements extérieurs (Q6). La recourante a assuré la disponibilité de l'équipe en cas de besoin ponctuel et proposé de fournir les noms des personnes remplaçantes dans l'organigramme. En lien avec la phase 31 (avant-projet), la recourante a confirmé qu'il n'y aurait pas de dessin. Il n'était prévu que le contrôle de plans de l'architecte et l'accompagnement par des schémas. Ces prestations étaient suffisantes. Le chiffrage pour l'avant-projet pouvait se faire sur la base des plans de l'architecte et des schémas produits. Un retard dans l'adjudication était à prévoir et le comité s'inquiétait que le peu d'heures offertes et la faible disponibilité ne permettent pas d'effectuer l'ensemble des prestations attendues dans un temps éventuellement réduit de la phase d'avant-projet. La recourante a répondu que les heures étaient réparties sur la durée et que le taux paraissait donc faible. Cependant, deux options étaient envisageables pour répondre à ce problème : décaler le rendu de l'avant-projet d'un mois ou augmenter le nombre de personnes pour rattraper le retard. Cette solution était à valider avec le maître d'ouvrage. Au final, l'intimée a motivé sa décision en indiquant à la recourante, les 25 et 28 août 2023, que : - le montant de l'offre d'honoraires était anormalement bas au regard de l'ensemble des prestations à effectuer. Le tarif horaire offert de HT CHF 110.- était correct et se situait dans la moyenne des offres. Cependant, l'offre financière rapportée à un nombre d'heures pour réaliser l'ensemble des prestations SIA 103/2020 fournissait un équivalent en heures très faible, soit environ 2'100 heures de travail. La recourante avait indiqué qu'elle pouvait, en interne, diminuer son coût horaire – en raison de sa structure et de son fonctionnement – pour augmenter les heures sans devoir changer son offre. Cet argument n'était pas recevable pour le comité car il constituait une adaptation de l'offre. Sur

la base des documents reçus et du tarif horaire offert de CHF 110.-, le collège d'évaluation avait jugé le nombre d'heures offert anormalement bas pour réaliser

- 18/23 - A/2777/2023 l'intégralité des prestations décrites par la norme SIA 103/2020. Par ailleurs, baisser le tarif horaire pour compenser des heures était un risque financier pour le mandataire et par conséquent économique pour le projet ; - dans l'offre, seuls deux ingénieurs réaliseraient les prestations de la phase 31 (avant-projet). Aucune heure de dessin n'était prévue lors de cette phase contrairement à ce qu'exigeaient les prestations usuelles décrites dans la SIA 103. Les heures allouées au dessinateur n'intervenaient que dans les phases suivantes du projet ; - très peu d'heures étaient prévues pour la phase 52 (exécution de l'ouvrage). La recourante avait expliqué que les heures seraient optimisées lors du contrôle des éléments : seuls les éléments d'importance majeure (parasismique, dalles, inserts...) seraient contrôlés par le soumissionnaire tandis que les autres éléments de plus faible importance le seraient par le contremaître et non par le bureau d'ingénieur, contrairement à ce que prévoyaient les prestations usuelles décrites dans la SIA 103. Dès lors, le collège d'évaluation avait jugé que les réponses apportées n'étaient pas suffisantes pour garantir au pouvoir adjudicateur la qualité des prestations attendue dans le cadre du marché. L'autorité s'est inquiétée du montant de l'offre des honoraires et a questionné la recourante sur ce point dès le 5 juillet 2023. Le même jour, la recourante a répondu en reconnaissant un certain nombre d'erreurs ou d'imprécisions dans son offre, en particulier s'agissant de l'organigramme dans la phase 41 (appels d'offres) (Q4) ou du temps prévu pour cette même phase (Q5). Dans son « explication des prix », la recourante a cherché à clarifier la question de la disponibilité de l'équipe de projet comme elle y avait été invitée par l'intimée (Q7). Elle a expliqué qu'il fallait faire une différence entre la planification et la disponibilité : la première correspondait à la planification des coopérateurs sur le projet. Les taux calculés provenaient de la division de la répartition des heures à disposition pour le mandat sur le nombre d'heures à temps plein pendant la durée de la phase. La recourante a reconnu que cette division fournissait des taux relativement bas, raison pour laquelle elle a précisé que cela ne reflétait ni la disponibilité ni l'engagement et la motivation des coopérateurs ; la seconde correspondait au temps total mobilisable sur l'ensemble d'une phase en cas de pic de travail. Mais surtout, la recourante a ajouté qu'en plus de la planification et de la disponibilité utilisées pour la réponse à l'appel d'offres, il fallait tenir compte des taux d'engagements au sein de la société, ces taux pouvant être mobilisés en cas de surcharge ponctuelle sur un point particulier. Elle a indiqué comprendre les inquiétudes suscitées par les taux de planification jugés faibles pour ce qui avait trait à l'implication et à la proactivité de l'ingénieur et du chef de projet (Q8 et Q9). Elle a renvoyé à ses précédentes explications, précisant que les taux relativement bas traduisaient « de l'étalement des prestations sur de longues

- 19/23 - A/2777/2023 périodes ». La recourante s'est ainsi explicitement référée à des solutions qu'elle a reconnu n'avoir pas retenues dans son appel d'offres, sans alors expliquer à l'intimée au détriment de quelles autres tâches ou activité elle pourrait mettre en œuvre des ressources supplémentaires sans mettre en péril son équilibre financier. Pas convaincu par les explications fournies par la recourante jusque-là, le comité a, lors de la séance de clarification, attiré son attention sur le fait que le nombre d'heures prévues, soit 2'105, lui semblait faible pour accomplir les prestations attendues. Sans être contredit, le comité a estimé que ce nombre d'heures se situait environ 30% en dessous de la moyenne des heures offertes. Il a une nouvelle fois fait part à la recourante de son inquiétude sur ce

point sans qu'il ressorte du PV qu'elle aurait alors réagi. Pour ce qui concerne la phase 31 (avant-projet), il en a été question au cours de la séance de clarification. Après avoir fait part de ses craintes relatives aux points précédemment abordés, le comité a en plus fait part de son inquiétude, aucune heure de dessin n'étant prévue pour cette phase. Loin de la rassurer, la recourante a confirmé ce choix sans parvenir à convaincre le comité, dès lors que pour celui-ci les heures de dessin seraient elles aussi reportées sur des phases ultérieures. Pour la phase 31 toujours, le PV fait état d'une phrase ainsi rédigée : « Un retard dans l'adjudication est à prévoir. Le comité s'inquiète que le peu d'heures offertes et que la faible disponibilité ne permettent pas d'effectuer l'ensemble des prestations attendues dans un temps éventuellement réduit de la phase d'avant-projet ». Selon la recourante, le retard dont il est question doit être compris comme un retard imputable à l'intimée et non à elle-même. Même à suivre la recourante, il n'en demeure pas moins que dans le contexte du peu d'heures qu'elle a annoncées, l'intimée était fondée à vouloir comprendre comment elle s'adapterait à un éventuel retard. Or, les réponses apportées par la recourante, à savoir un décalage du rendu de l'avant-projet ou l'augmentation du nombre de personnes pour le rattraper, n'étaient à l'évidence pas de nature à rassurer l'intimée. Pour ce qui concerne la phase 52 (exécution de l'ouvrage), la recourante souligne à juste titre qu'elle a offert CHF 44'000.-, soit la deuxième offre la plus élevée, un autre bureau ayant proposé CHF 52'000.-. Il est dès lors difficile de lui reprocher d'avoir mal évalué les heures qu'il convenait de mettre à disposition pour cette phase. Il convient par contre de suivre l'intimée lorsqu'elle met en évidence que le prix offert pour cette phase étant de 34% plus élevé que la moyenne, cela permettait à la recourante de compenser l'écart moyen de son offre qui était, rappelons-le, de l'ordre de 38% plus basse. Il découle de ce qui précède que l'intimée a agi dans le cadre de son large pouvoir d'appréciation et conformément au droit en excluant l'offre de la recourante.

- 20/23 - A/2777/2023

## **E. 5**

La recourante soulève ensuite le grief de la violation de l'art. 42 al. 1 let. a RMP. Selon cette disposition, l'offre est écartée d'office lorsque le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non conforme aux exigences ou au cahier des charges. Il ne ressort toutefois pas de la décision contestée que l'offre aurait été écartée en raison de l'un de ces motifs. L'autorité s'est d'ailleurs toujours référée au caractère anormalement bas de l'offre et à l'art. 42 al. 1 let. e RMP pour fonder sa décision. Ce grief sera en conséquence écarté.

## **E. 6**

La recourante soulève enfin le grief de violation des principes de l'égalité de traitement et de transparence. Elle reproche à l'intimée d'avoir rendu les décisions en cause avant que la procédure n'ait été menée à son terme, dès lors que le classement final avait été signé le 19 juillet 2023 et que le PV de la séance de clarification intégrant ses demandes de modifications ne lui avait été retourné que le 26 juillet 2023. Elle estime en outre que, la formule de notation des offres choisie par l'intimée permettant des écarts de prix importants, cela suggérait que le prix n'était pas une préoccupation lors de la mise en concurrence. Cela confortait l'idée que le ce dernier n'avait pas eu l'intention de pénaliser les offres les plus basses.

### **E. 6.1**

La mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement a été détaillé plus haut (consid. 3.2 et 3.3).

## **E. 6.2**

Selon la jurisprudence, le principe de la transparence est le principe cardinal et incontournable 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 Cst.), 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/1685/2019 du 19 novembre 2019 consid. 4c et les références citées). 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).

- 21/23 - A/2777/2023

## **E. 6.3**

En l'espèce, le classement final de l'appel d'offres a été établi et signé le 19 juillet 2023. Ce document ne constitue pas la décision d'adjudication qui a été rendue le 21 août 2023 comme cela ressort de la publication sur le site simap.ch. La décision a donc été rendue après que le PV de l'audition de clarification intégrant les modifications sollicitées par la recourante lui avait été retourné le 26 juillet 2023. La procédure était donc arrivée à son terme lorsque les décisions litigieuses ont été rendues. Pour le reste, outre que la qualité de la recourante pour recourir contre la décision d'adjudication sera examinée au considérant suivant, l'intimée se devait, indépendamment de la question de la notation et de l'évaluation des offres les plus basses, d'interpeller la recourante dès lors que son offre était anormalement basse et de l'écarter si ses explications ne parvenaient pas à la convaincre. Comme cela vient d'être examiné, elle a, dans ce cadre, agi conformément au droit. Ce grief sera également écarté.

## **E. 7**

La recourante conclut ensuite à la réformation, subsidiairement à l'annulation, de la décision d'adjudication.

### **E. 7.1**

La qualité pour recourir en matière de marchés publics se définit en fonction des critères de l'art. 60 al. 1 let. a et b de la loi sur la procédure administrative du

### **E. 7.2**

En l'espèce, l'offre de la recourante ayant été valablement écartée, elle n'a pas été évaluée. La question de savoir s'il y a malgré tout lieu de considérer que la recourante a été partie à la procédure qui a abouti à la décision d'adjudication pourra demeurer indéterminée. Elle n'est

en effet pas touchée directement par la décision d'adjudication, celle-ci ne lui causant aucun inconvénient. Même si son recours devait sur ce point être admis, cela ne changerait rien au fait que son offre ayant préalablement été écartée, le marché ne pourrait pas lui être octroyé. Elle a ainsi perdu tout intérêt personnel digne de protection à ce que celle-ci soit modifiée ou annulée, de sorte qu'elle n'a pas la qualité pour recourir contre cette décision. Cette conclusion est ainsi irrecevable. Mal fondé, le recours sera rejeté.

### **E. 7.3**

Le présent arrêt rend sans objet la conclusion de restitution de l'effet suspensif.

- 22/23 - A/2777/2023

### **E. 7.4**

Vu l'issue du recours, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA) et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA), étant relevé que l'adjudicataire ne s'est pas manifestée durant la procédure.

\* \* \* \* \*

### **E. 12**

septembre 1985 (LPA - E 5 10), applicable sur renvoi de l'art. 3 al. 4 L-AIMP. Elle appartient aux parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée, chacune de celles-ci devant néanmoins être touchée directement par la décision et avoir un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Tel est le cas de celle à laquelle la décision attaquée apporte des inconvénients qui pourraient être évités grâce au succès du recours, qu'il s'agisse d'intérêts juridiques ou de simples intérêts de fait (ATA/1019/2018 du 2 octobre 2018 consid. 3a et les références citées).

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