

GE_GERICHTE ATA/1413/2019 vom 17. September 2019

GE Cour de justice, 2019-09-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1413_2019

FR: GE_GERICHTE ATA/1413/2019 du 17 septembre 2019

IT: GE_GERICHTE ATA/1413/2019 del 17 settembre 2019

Regeste

Résumé: Recours d'un soumissionnaire évincé contre la décision d'adjudication d'un marché public pour la gestion d'un centre de mâchefers. La décision faisait suite à un premier renvoi de la cause par la chambre administrative de la Cour de justice (ATA/148/2018) pour violation des règles de procédure dans la passation du marché. En l'espèce, l'autorité adjudicatrice a erré en ignorant dans l'évaluation des offres les références personnelles d'une personne-clé de l'entreprise. La prise en compte des références d'un collaborateur de l'entreprise comme étant les références de l'entreprise elle-même est possible dans le cas d'espèce, compte tenu de la spécificité et de la rareté du marché. Partant, les intimés ont abusé de leur pouvoir d'appréciation en notant les références de la recourante. Recours admis et renvoi à l'entreprise adjudicatrice pour nouvelle évaluation des offres sur le critère des références uniquement.

Erwägungen

E. 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. 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01 ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05). 2)

Dans un premier grief, la recourante se plaint d'une violation des règles sur la récusation des autorités, la décision querellée ayant été signée par M. GAUDREAU, qui avait déjà participé à la première adjudication.

a. Aux termes de l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) – applicable lorsque l'impartialité des membres d'une autorité non judiciaire est invoquée (arrêts du Tribunal fédéral 2C_36/2010 du 14 juin 2010 consid. 3.1 et 2C_643/2010 du 1er février 2011 consid. 5.1) –, toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. Selon la jurisprudence, ce droit permet notamment d'exiger la récusation des membres d'une autorité administrative dont la situation ou le comportement sont de nature à faire naître un doute sur leur indépendance ou leur impartialité. Il tend à éviter que des circonstances extérieures à l'affaire ne puissent influencer une décision en faveur ou au détriment de la personne concernée. La récusation peut s'imposer même si une prévention effective du membre de l'autorité visée n'est pas établie, car une disposition interne de sa part ne peut pas être prouvée. Il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle. Cependant, seules des circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération, les impressions purement individuelles d'une des personnes impliquées n'étant pas décisives (ATF 127 I

196 consid. 2b p. 198 ; 125 I 119 consid. 3b p. 123 ;

- 9/14 - A/3003/2018 arrêts du Tribunal fédéral 1C_442/2011 du 6 mars 2012 consid. 2.1 et 2P.164/2006 du 8 janvier 2007 consid. 3.1 ; ATA/229/2015 du 3 mars 2015 consid. 6a ; ATA/385/2014 du 27 mai 2014 consid. 2 ; ATA/153/2013 du

E. 5

mars 2013 consid. 3).

b. La garantie d'indépendance et d'impartialité s'applique lors de la passation de marchés publics (art. 11 let. d AIMP ; art. 19 RMP ; art. 15 al. 1 LPA). Un membre d'une autorité administrative doit se retirer et est récusable par les parties s'il a un intérêt personnel dans l'affaire, est parent ou allié d'une partie en ligne directe ou jusqu'au troisième degré inclusivement en ligne collatérale ou s'ils sont unis par mariage, fiançailles, par partenariat enregistré, ou mènent de fait une vie de couple, représente une partie ou ont agi pour une partie dans la même affaire et s'il existe des circonstances de nature à faire suspecter leur partialité (art. 15 al. 1 LPA).

c. Selon un principe général, exprimé en droit administratif genevois à l'art. 15 al. 3 LPA, la partie qui a connaissance d'un motif de récusation doit l'invoquer aussitôt, sous peine d'être déchue du droit de s'en prévaloir ultérieurement (ATF 139 III 120 consid. 3.2.1 ; 138 I 1 consid. 2.2). En effet, il est contraire aux règles de la bonne foi de garder en réserve le moyen tiré de la composition irrégulière de l'autorité pour ne l'invoquer qu'en cas d'issue défavorable de la procédure (ATF 136 III 605 consid. 3.2.2). Le moment de la connaissance du motif de récusation peut se décomposer en deux temps : il faut, d'une part, connaître l'identité de la personne récusable et savoir qu'elle sera appelée à participer à la procédure et, d'autre part, connaître l'origine du possible biais (ATA/229/2015 précité consid. 9 ; ATA/58/2014 du 4 février 2014 consid. 6b ; ATA/535/2012 du 21 août 2012 consid. 4c).

d. En l'espèce, la décision querellée a été signée par M. GAUDREAU, qui avait participé à l'élaboration de la première décision d'adjudication, mais sans que celui-ci ne collabore cependant à la nouvelle évaluation des offres, celle-ci étant réalisée par un mandataire externe à teneur des pièces produites. Ladite décision a été notifiée le 24 août 2018 à la recourante. Dès lors, il appartenait à celle-ci, assistée d'un avocat, de faire valoir ce moyen dès sa connaissance, soit au moment de la réception de la décision querellée au mois d'août 2018. Tel n'a pas été le cas, la recourante ayant tardivement attendu le stade de sa réplique, le 8 octobre 2018 pour faire valoir une violation des règles applicables à la récusation.

Par conséquent, ce grief doit être écarté. 3) a. 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

- 10/14 - A/3003/2018 publics (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, notamment let. a et b AIMP).

b. Le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires tout au long du déroulement formel de la procédure (art. 16 RMP ; ATA/1005/2016 du 29 novembre 2016 consid. 3 ; ATA/51/2015 du 13 janvier 2015 et la jurisprudence citée ; Jean-Baptiste

ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/ Nicolas MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 109 ; Benoît BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics in RDAF 2004, p. 241). 4) a. Aux termes de l'art. 24 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.

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

c. Ainsi, en vertu de l'art. 43 RMP, l'évaluation est faite selon les critères prédéfinis conformément à l'art. 24 RMP et énumérés dans l'avis d'appel d'offres et/ou les documents d'appel d'offres (al. 1) ; le résultat de l'évaluation des offres fait l'objet d'un tableau comparatif (al. 2) ; le marché est adjugé au soumissionnaire ayant déposé l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix ; outre le prix, les critères suivants peuvent notamment être pris en considération : la qualité, les délais, l'adéquation aux besoins, le service après-vente, l'esthétique, l'organisation,

- 11/14 - A/3003/2018 le respect de l'environnement (al. 3) ; l'adjudication de biens largement standardisés peut intervenir selon le critère du prix le plus bas (al. 4). 5) a. Bien que les références puissent constituer un critère d'aptitude, ou de qualification (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7208/2014 du 13 mars 2016 consid. 3.1), elles sont utilisées dans le cas d'espèce comme critère d'adjudication, ce qui est admissible (ATF 139 II 489 consid. 2.2.4 = JdT 2014 I 84, 88), et explique qu'elles aient fait l'objet d'une notation.

b. La question de l'attribution des références d'une personne-clef du personnel d'une entreprise soumissionnaire à cette dernière n'a pas encore été expressément traitée par le Tribunal fédéral. En particulier, l'ATF 139 II 489 précité ne traite pas cette question, mais plutôt celle de la prise en compte de références non données spontanément par le soumissionnaire et de la possibilité pour ce dernier de se déterminer sur les renseignements obtenus. La chambre de céans n'a pour l'instant pas davantage traité ce problème.

c. Il existe cependant des jurisprudences cantonales, qui vont plutôt dans le sens d'une prise en compte des références personnelles des personnes-clefs et non seulement des références

d'entreprise (arrêt du Tribunal administratif tessinois du

E. 6

décembre 2012 cité in DC 2013 205 ss, n. 276 ; arrêt de la cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois du 2 novembre 2015, cité in RDAF 2017 I 517 s. ; plus réservé, du moins dans la mesure où les références concernées ne mentionnaient pas tous les aspects utiles : arrêt du Tribunal administratif des Grisons, U 17 15 du 4 mai 2017, cité in DC 1/2018 52 n. 53).

d. En l'espèce, les références citées par la recourante concernent dans deux cas l'exploitation de centres de traitement des mâchefers gérés par M. SPERANDIO, directeur des opérations au sein de la recourante. À teneur des jurisprudences cantonales précitées et dans la mesure où il n'est pas contesté par les intimés que M. SPERANDIO est toujours une personne-clé chez la recourante, et qu'il soit impliqué le cas échéant dans le marché litigieux - à teneur des documents produits, M. SPERANDIO exercerait pour ce marché une fonction à 20% - ses références auraient dû être prises en compte par les intimés comme références de la recourante. Elles démontrent que l'expérience du directeur d'exploitation et par conséquent de Sogetri est suffisante pour exécuter le marché litigieux et les références correspondent ainsi à celles attendues dans l'appel d'offres. La note attribuée par les intimés aux références fournies par la recourante ne semble ainsi objectivement pas adaptée. En effet, selon le guide romand, la note 1 ne doit en principe être accordée qu'à un soumissionnaire présentant un document qui ne répond pas aux attentes. Les références fournies par la recourante sont en rapport direct avec le type de marché concerné, soit la gestion de centres de traitement des mâchefers et la société peut se prévaloir de l'expérience de son directeur d'exploitation, qui travaille pour elle. Dès lors, dans le cas d'espèce et compte tenu des particularités du marché en cause, qui concerne une prestation rare et

- 12/14 - A/3003/2018 spécifique, l'évaluation des références faite par les intimés sans prendre en compte les références du chef d'exploitation de la recourante dépasse la marge d'appréciation à disposition de l'autorité adjudicatrice dans l'évaluation des offres.

Le recours sera par conséquent admis et la décision querellée annulée. Compte tenu de ce qui précède, de la marge d'appréciation dont bénéficient les intimés en matière de marchés publics et de l'absence de contrôle possible par la chambre de ceans de l'opportunité de la décision attaquée, le marché litigieux ne peut pas être directement attribué à la recourante. La cause sera ainsi renvoyée aux intimés pour nouvelle décision d'adjudication, étant précisé que dans ce cadre les deux offres (celle de la recourante et celle de l'appelée en cause) devront être à nouveau évaluées, conformément aux principes applicables aux marchés publics. Cette nouvelle évaluation ne concernera néanmoins que le critère des références, les notes données aux autres critères n'ayant pas fait l'objet d'une contestation. 6)

Vu ce qui précède, aucun émolument ne sera mis à la charge des SIG, qui en sont dispensés de par la loi (art. 87 al. 1, 2ème phr. LPA), ni de Hecor, qui n'a pris aucune conclusion sur le fond. Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera en revanche allouée à la recourante, à la charge des SIG (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

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