

GE_GERICHTE ATA/1443/2017 vom 31. Oktober 2017

GE Cour de justice, 2017-10-31, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1443_2017

FR: GE_GERICHTE ATA/1443/2017 du 31 octobre 2017

IT: GE_GERICHTE ATA/1443/2017 del 31 ottobre 2017

Erwägungen

E. 25

novembre 1994 (AIMP - L 6 05), lorsque le contrat est déjà conclu, l'autorité qui admet le recours ne peut que constater le caractère illicite de la décision. Si cette illicéité est prononcée, le recourant peut demander la réparation de son dommage, limité aux dépenses qu'il a subies en relation avec les procédures de soumissions et de recours (art. 3 al. 3 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). Par ailleurs, selon l'arrêt du Tribunal fédéral 2P.307/2005 du 24 mai 2006, le recourant qui conteste une décision d'adjudication et qui déclare vouloir maintenir son recours après la conclusion du contrat conclut, au moins

- 13/19 - A/3856/2016 implicitement, à la constatation de l'illicéité de l'adjudication, que des dommages intérêts soient réclamés ou non.

Par dépenses « subies », « en relation » avec ces procédures, le législateur a visé les dépenses exposées par le soumissionnaire lésé ; il a nécessairement exclu les dépenses inutiles ou superflues que celui-ci a engagées du fait d'une mauvaise gestion ou de circonstances exorbitantes auxdites procédures. Du point de vue du droit de la responsabilité, il n'est en effet pas possible d'imputer à l'auteur du dommage - fût-ce une collectivité publique - une lésion qui ne se serait pas produite en présence d'une gestion normale et régulière de la société. Cette condition découle du principe de causalité adéquate, qui exige qu'il existe un rapport raisonnable entre le dommage subi et l'illicéité de la décision (ATF 131 III 12 consid. 4 et les références citées ; ATA/570/2014 du 29 juillet 2014 consid. 1a ; ATA/123/2011 du 1er mars 2011).

En tant que soumissionnaire évincé, et bien que le contrat ait déjà été conclu, la recourante conserve un intérêt actuel à recourir contre la décision d'adjudication au sens de l'art. 60 let. b LPA. En effet, son recours étant à même d'ouvrir ses droits à une indemnisation (ATF 125 II 86 consid. 5b), elle dispose de la qualité pour recourir.

Dès lors que toutes les conditions énumérées ci-dessus sont remplies, le recours est recevable. 3)

La recourante requiert la comparution personnelle des parties et l'audition de témoins.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend en particulier le droit pour le justiciable de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision (ATF 142 II 218 consid. 2.3 ; 142 III 48 consid. 4.1.1 ; 141 V 557 consid. 3.1 ; 135 I 279 consid. 2.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_396/2016 et 2C_397/2016 du 14 novembre 2016 consid. 4.1 ; 2C_998/2015 du 20 septembre 2016 consid. 3.1 ; 1C_52/2016 du 7 septembre 2016 consid. 3.1) et de participer à l'administration des preuves (arrêt du

Tribunal fédéral 1C_279/2016 du 27 février 2017 consid. 6.1). Toutefois, le droit d'être entendu ne peut être exercé que sur les éléments qui sont déterminants pour décider de l'issue du litige (ATF 135 I 279 consid. 2.3 ; 132 V 368 consid. 3.1). L'autorité de décision peut donc se livrer à une appréciation anticipée de la pertinence du fait à prouver et de l'utilité du moyen de preuve offert et, sur cette base, refuser de l'administrer. Ce refus ne viole le droit d'être entendu que si l'appréciation à laquelle elle a ainsi procédé est entachée d'arbitraire (art. 9 Cst. ; ATF 138 III 374 consid. 4.3.2 ; 136 I 229 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3). La garantie constitutionnelle précitée n'empêche pas non plus l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa

- 14/19 - A/3856/2016 conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1). En outre, le droit d'être entendu ne comprend en principe pas le droit d'obtenir l'audition de témoins (ATF 140 I 68 consid. 9.6.1).

b. En l'espèce, la recourante a pu faire valoir ses arguments dans son mémoire de recours et dans sa réplique. Les offres, de même que l'analyse de ces dernières, ont été remises à la chambre administrative, qui dispose ainsi d'un dossier complet lui permettant de se prononcer en toute connaissance de cause sur les griefs soulevés sans que les auditions sollicitées soient nécessaires à forger son appréciation.

Partant, la chambre de céans ne donnera pas suite aux réquisitions de preuve de la recourante. 4) a. L'AIMP règle l'ouverture et le traitement des marchés publics notamment des organes assumant des tâches cantonales, tel l'AIG (art. 1 al. 1 AIMP ; art. 7 al. 1 let. a RMP ; art. 1 al. 1 de la loi sur l'aéroport international de Genève du 10 juin 1993 - LAIG - H 3 25). Il poursuit plusieurs objectifs, soit assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. a AIMP, repris à l'art. 17 RMP), assurer l'impartialité de l'adjudication et garantir l'égalité de traitement entre ceux-ci (art. 1 al. 3 let. b AIMP repris à l'art. 16 al. 1 et 2 RMP), qui précise que cette dernière doit être garantie à tous les stades de la procédure), assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) et permettre l'utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, notamment let. a et b AIMP).

b. En matière d'évaluation des offres, la jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 précité consid. 6 ; ATA/851/2014 du 4 novembre 2014 consid. 9b ; ATA/20/2014 précité consid. 11). L'appréciation de la chambre administrative ne saurait donc se substituer à celle de ce dernier. Seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation doit 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 ; RDAF 1999 I p. 301 ; ATA/851/2014 précité consid. 9b ; ATA/20/2014 précité consid. 11). 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 (JAAC 1999 p. 143 ; ATA/851/2014 précité consid. 9b ; ATA/20/2014 précité consid. 11).

c. 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

E. 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).

d. 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 consid. 4c ; ATA/368/2015 du 21 avril 2015 consid. 4c ; ATA/972/2014 du 9 décembre 2014).

e. De jurisprudence constante, il n'est plus possible, dans le cadre d'un recours contre une décision d'adjudication, de remettre en question les éléments de l'appel d'offres et les options prises dans ce cadre par le pouvoir adjudicateur. Le soumissionnaire qui entend contester la définition, la pondération ou le manque de précisions des critères d'adjudication doit le faire, pour des raisons de bonne foi, dans le cadre de l'appel d'offres (ATA/1073/2016 du 20 décembre 2016 et les références citées) et non au moment de la décision d'adjudication, sans quoi il est forclos (ATA/455/2017 du 24 avril 2017 ainsi que les références citées).

f. Aux termes de l'art. 24 RMP, conformément au principe de la transparence (art. 1 al. 3 let. c AIMP) dont le contenu a été rappelé ci-dessus, 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. 5)

La recourante se plaint de l'utilisation de sous-critères en rapport avec les critères annoncés.

a. Concernant la formation des personnes chargées de la direction du projet, le pouvoir adjudicateur a, dans l'appel d'offres déjà, indiqué ses desiderata. L'octroi d'une note supérieure aux personnes bénéficiant d'une double formation par rapport à celle bénéficiant d'un master uniquement, ainsi que d'une note supérieure à ces dernières par rapport à celles ayant obtenu un bachelor, ne constitue pas l'introduction d'un sous-critère, ce d'autant que l'échelle de notation en question a été appliquée de manière uniforme dans l'évaluation de l'ensemble des offres.

b. S'agissant du critère « références », les indications données dans l'annexe à la rubrique « A4 référence » correspondent à la méthode effectivement utilisée pour les évaluer. L'intimé avait aussi indiqué, tant pour les références concernant l'entreprise que pour celles des personnes-clé, que la productivité, calculée sur le montant du marché exécuté divisé par le délai de réalisation en jours calendaires, serait évaluée, ce qui a été fait. De même, le cahier d'appel d'offres précisait que les références données ne devaient pas se superposer pendant plus de six mois.

c. Au vu des éléments qui précèdent, il ne peut être reproché à l'autorité intimée d'avoir introduit dans son évaluation des sous-critères exorbitants à ce qui était indiqué dans l'appel d'offres. En conséquence, ce grief sera écarté. 6)

La recourante considère que l'évaluation du critère « planning » est arbitraire dès lors qu'elle a été mal notée pour avoir groupé des éléments d'une manière différente que celle indiquée par le pouvoir adjudicateur.

Ce grief est sans fondement. La question posée, rappelée dans la partie en fait du présent arrêt, n'était pas équivoque et ne souffre d'aucune interprétation. La recourante devait, dans l'hypothèse où elle considérait que les regroupements proposés étaient inadéquats ou sans pertinence, le faire valoir dans un recours contre l'appel d'offres. En ne le faisant pas, puis en effectuant ses propres regroupements, la recourante s'exposait à ce que, sans arbitraire, le pouvoir adjudicateur considère ne pas avoir obtenu la réponse attendue et lui accorde une note plus basse. 7)

La recourante reproche à l'intimé d'avoir retenu que le directeur de projet qu'elle avait proposé n'était pas titulaire d'un master, mais d'un bachelor.

La personne en question est porteuse d'un diplôme d'architecte ETS. Ce titre peut, à certaines conditions, permettre d'obtenir une équivalence avec celui d'architecte HES, lequel équivaut depuis le 1er janvier 2009 à un titre de bachelor (voir à ce sujet <https://www.sbf.admin.ch/sbf/fr/home/hs/hautes-ecoles/hautes-ecoles-specialisees/diplomes-et-titres-hes/obtention-a-posteriori-du-titre-hes--opt-.html> et <http://www.fhschweiz.ch/content-n117-sF.html>, tous deux consultés le 4 octobre 2017). Partant, c'est à juste titre que l'intimé n'a pas retenu que cette personne n'était pas porteuse d'un master et le grief doit aussi être écarté.

- 17/19 - A/3856/2016 8)

La recourante reproche ensuite à l'intimé de ne pas avoir pris en compte la troisième référence qu'elle avait indiquée.

Ce grief n'est pas fondé. En effet, le cahier d'appel d'offres décrivait sans ambiguïté les informations qui devaient être mentionnées. L'intimé avait précisé qu'il désirait que les références produites, au nombre de deux, concernent des projets exécutés successivement par les personnes en question en précisant le délai de recouvrement maximum qui était toléré. La recourante, en indiquant trois références, dont les deux premières se chevauchent pendant plus de six mois, pouvait s'attendre à ce que ces éléments aient un effet négatif sur les notes qui lui seraient attribuées.

Ce n'est que si l'intimé avait tenu compte des trois références ou avait accepté un chevauchement plus long que celui qu'il avait indiqué que l'autorité intimée n'aurait pas respecté le droit des marchés publics. 9)

La recourante fait grief à l'intimé d'avoir neutralisé certains critères en particulier celui concernant l'identification de la marge totale (C.12) et les moyens mis en œuvre pour permettre le respect du planning (C.2). Toutefois, la lecture des documents produits par l'autorité intimée démontre que tel n'est pas le cas. Cette dernière avait établi un barème extrêmement précis, ressortant notamment du rapport de pré-évaluation des offres, qu'elle a strictement respecté.

Pour le critère C.12, les motifs pour lesquels les trois candidats ont obtenu la même note ne sont d'ailleurs pas identiques : deux d'entre eux n'ont pas repéré les lots qui étaient déterminants pour l'intimé alors que le troisième avait annoncé une marge de 15, supérieure à ce que l'autorité intimée estimait être crédible.

Concernant le critère C.2, les trois candidats avaient annoncé un rapport inférieur à 8, leur donnant la note 1 selon le barème rappelé dans la partie en fait.

On ne peut dans ces circonstances parler d'une neutralisation d'un critère mais, à nouveau, d'une application stricte des règles que l'intimé s'étaient fixées.

Partant, ce grief doit aussi être écarté. 10) En tous points mal fondé, le recours sera rejeté étant précisé que les conclusions en indemnisation sont de ce fait devenues sans objet. 11) Vu l'issue du recours, un émolument de CHF 2'500.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée à l'intimé, et une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée à l'appelée en cause, qui y ont conclu, à la charge de la recourante.

- 18/19 - A/3856/2016

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