

GE_GERICHTE ATA/1445/2017 vom 31. Oktober 2017

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

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1445_2017

FR: GE_GERICHTE ATA/1445/2017 du 31 octobre 2017

IT: GE_GERICHTE ATA/1445/2017 del 31 ottobre 2017

Regeste

Résumé: Recours contre une décision annulant la première décision d'adjudication, viciée car appliquant des pondérations différentes de celles figurant dans le dossier d'appel d'offres, et adjugeant le marché à l'appelée en cause. Contrairement à ce qu'affirme la recourante, l'autorité intimée n'a pas modifié les notes brutes entre la décision annulée et la décision attaquée, mais simplement appliqué les pondérations des critères, sous-critères et sous-sous-critères annoncées dans le dossier d'appel d'offres. L'autorité intimée n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 12

juin 1997 autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'AIMP - L-AIMP - L 6 05.0 ; art. 55 let. e et 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)

L'appelée en cause conclut à la comparution personnelle des parties.

a. Le droit de faire administrer des preuves découlant du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) n'empêche pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa 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 (arrêts du Tribunal fédéral 2C_235/2015 du 29 juillet 2015 consid. 5 ; 2C_1073/2014 du 28 juillet 2015 consid. 3.1 ; ATA/1267/2017 du 12 septembre 2017 consid. 2). Le droit d'être entendu ne comprend pas le droit d'être entendu oralement (arrêt du Tribunal fédéral 1C_551/2015 du 22 mars 2016 consid. 2.2 ; ATA/1267/2017 précité consid. 2).

b. En l'espèce, les parties ont pu exprimer leur position dans leurs écritures et la chambre administrative dispose d'un dossier complet lui permettant de trancher les griefs soulevés en toute connaissance de cause.

Il ne sera dès lors pas donné suite à la requête de l'appelée en cause. 3)

Il convient préalablement d'examiner l'objet du litige.

a. L'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant (art. 65 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). L'acte de recours contient également l'exposé des motifs ainsi que l'indication des moyens de preuve. Les pièces dont dispose le recourant doivent être jointes. À défaut, la

- 8/15 - A/2753/2017 juridiction saisie impartit un bref délai au recourant pour satisfaire à ces exigences, sous peine d'irrecevabilité (art. 65 al. 2 LPA). La juridiction administrative applique le droit d'office et ne peut aller au-delà des conclusions des parties, sans pour autant être liée par les motifs invoqués (art. 69 al. 1 LPA).

b. L'objet du litige est principalement défini par l'objet du recours (ou objet de la contestation), les conclusions du recourant et, accessoirement, par les griefs ou motifs qu'il invoque. L'objet du litige correspond objectivement à l'objet de la décision attaquée, qui délimite son cadre matériel admissible (ATF 136 V 362 consid. 3.4 et 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_581/2010 du 28 mars 2011 consid. 1.5 ; ATA/467/2017 du 25 avril 2017 consid. 3b). La contestation ne peut excéder l'objet de la décision attaquée, c'est-à-dire les prétentions ou les rapports juridiques sur lesquels l'autorité inférieure s'est prononcée ou aurait dû se prononcer. L'objet d'une procédure administrative ne peut donc pas s'étendre ou qualitativement se modifier au fil des instances, mais peut tout au plus se réduire dans la mesure où certains éléments de la décision attaquée ne sont plus contestés. Ainsi, si un recourant est libre de contester tout ou partie de la décision attaquée, il ne peut pas prendre, dans son mémoire de recours, des conclusions qui sortent du cadre des questions traitées dans la procédure antérieure (ATA/421/2017 du 11 avril 2017 consid. 5 et les références citées).

c. En l'espèce, la recourante a formulé des conclusions en annulation de la décision de la commune du 16 juin 2017 adjugeant le marché à l'appelée en cause. Elle ne remet ainsi pas en cause la décision attaquée en tant qu'elle annule la décision du 6 juin 2017, mais uniquement en tant qu'elle adjuge le marché à l'adjudicataire.

Le litige porte dès lors exclusivement sur la conformité au droit de l'adjudication du marché à l'appelée en cause. 4)

La recourante invoque une violation des principes de l'égalité de traitement et de la transparence.

a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics (art. 1 al. 1 AIMP). Il vise à harmoniser les règles de passation des marchés et à transposer les obligations découlant de l'accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 (accord GATT/OMC - RS 0.632.231.422) ainsi que de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics du 21 juin 1999 (RS 0.172.052.68 ; art. 1 al. 2 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

- 9/15 - A/2753/2017 (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).

b. Les offres sont évaluées en fonction des critères d'aptitude et des critères d'adjudication (art. 12 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).

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 (art. 43 al. 1

RMP). Le résultat de l'évaluation des offres fait l'objet d'un tableau comparatif (art. 43 al. 2 RMP). 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 (art. 43 al. 3 RMP).

c. 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 SC, 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/1192/2017 du 22 août 2017 consid. 4c et les références citées).

d. La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6). L'appréciation de la chambre administrative ne peut donc se substituer à celle de ce dernier, seul l'abus ou l'excès de 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 ; ATA/1129/2017 du 2 août 2017 consid. 2c). 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, JAAC 1999 p. 136 consid. 3a).

- 10/15 - A/2753/2017

Ainsi, même dans les marchés publics soumis à l'AIMP, le pouvoir adjudicateur n'est pas lié par telle ou telle méthode, mais il lui est loisible de choisir celle qui est la plus appropriée au marché. La loi ne lui impose aucune méthode de notation particulière. Le choix de ladite méthode relève ainsi du pouvoir d'appréciation de l'autorité adjudicatrice, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (arrêts du Tribunal fédéral 2C_549/2011 du 27 mars 2011 consid. 2.3 et 2.4 ; 2P.172/2002 précité consid. 3.2 ; ATA/785/2016 du 20 septembre 2016 consid. 5 et les références citées ; Denis ESSEIVA, note ad S12 in DC 2/2003, p. 62). L'opportunité de ce choix ne peut pas être revue par l'autorité de recours (art. 16 al. 2 AIMP). De surcroît, aucune norme n'impose à l'autorité de faire connaître à l'avance la méthode de notation (arrêt du Tribunal fédéral 2P.172/2002 précité consid. 2.3 ; ATA/785/2016 précité consid. 5 et les références citées ; Olivier RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, RDAF 2001 I p. 406).

Il est donc parfaitement admissible d'attribuer une plus ou moins grande importance à tel ou tel critère, le prix par exemple, suivant le type de marché à adjuger (RDAF 1999 I p. 305 ; ATA/542/2016 du 28 juin 2016 consid. 4d). 5) a. Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien,

se fonde sur les considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables ou viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 consid. 5.1 ; 123 V 150 consid. 2 et les références citées).

b. 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. À cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, si elle a été adoptée sans motif objectif ou en violation d'un droit certain. 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 ; 137 I 1 consid. 2.4 ; 136 I 316 consid. 2.2.2). La chambre administrative suit le raisonnement du Tribunal fédéral en la matière (ATA/1189/2017 du 22 août 2017 consid. 4c et les références citées).

c. Une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement garanti par l'art. 8 Cst. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'il

- 11/15 - A/2753/2017 omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 138 V 176 consid. 8.2 ; 131 I 1 consid. 4.2 ; 129 I 346 consid. 6).

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/1192/2017 précité consid. 4b et les références citées ; 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 I p. 241). 6)

En l'espèce, la recourante affirme que, dans la décision litigieuse, l'autorité intimée n'aurait pas seulement corrigé la pondération des critères par rapport à la décision du 6 juin 2016, annulée, mais aurait également modifié la note du SC organigramme et CV du personnel-clé sans motif pour ce faire.

Cependant, les notes brutes obtenues par la recourante et l'appelée en cause pour le SC organigramme et CV figurant dans la deuxième grille d'évaluation, jointe à la décision attaquée, sont certes différentes de celles indiquées dans la première grille d'évaluation, jointe à la décision annulée, puisque les notes de la recourante s'élèvent, pour ce SC, à 3,6 dans la première grille, puis 3,13 dans la seconde et celles de l'appelée en cause à 3,85, puis 4,03. Toutefois, l'autorité intimée a démontré que cette différence ne résultait pas d'un changement d'évaluation – les tableaux produits à l'appui de sa réponse indiquant que les notes brutes des SSC n'ont pas changé (organigramme : 3 points pour Soraco et 2,75 points pour Colas, conducteur des travaux : 4,25 points pour Soraco et 4 points pour Colas, contremaître : 4 points pour Soraco et pour Colas, responsable AQ : 1 point pour Soraco et

5 points pour Colas, responsable hygiène : 1,5 points pour Soraco et 5 points pour Colas) –, mais de la rectification de la pondération des SSC – permettant d'établir la note brute du SC concerné –, changement de pondération que confirme le dossier.

En effet, selon le dossier d'appel d'offres, le SC organigramme et CV devait être pondéré à 15 % de la note globale, tandis que le SSC organigramme devait être pondéré à 3 % de la note globale, le SSC conducteur des travaux à 4 %, le SSC contremaître à 4 %, le SSC responsable AQ à 2 % et le SSC responsable hygiène et qualité à 2 %. Dit autrement – et il s'agit là de la méthode appliquée par l'autorité intimée dans ses tableaux et dont découle la différence de note brute du SC organigramme et CV, impliquant déjà une pondération préalable –, le SSC organigramme devait être pondéré à 20 % de la note du SC organigramme et CV, devant ensuite elle-même être pondérée à 15 % ($20 \% \times 15 \% = 3 \%$ de la note globale), le SSC conducteur des travaux à 27 % de la note du SC organigramme et

- 12/15 - A/2753/2017 CV, devant ensuite elle-même être pondérée à 15 % ($27 \% \times 15 \% = 4 \%$ de la note globale), le SSC contremaître à 27 % de la note du SC organigramme et CV, devant ensuite elle-même être pondérée à 15 % ($27 \% \times 15 \% = 4 \%$ de la note globale), le SSC responsable AQ à 13 % de la note du SC organigramme et CV, devant ensuite elle-même être pondérée à 15 % ($13 \% \times 15 \% = 2 \%$ de la note globale) et le SSC responsable hygiène et qualité à 13 % de la note du SC organigramme et CV, devant ensuite elle-même être pondérée à 15 % ($13 \% \times 15 \% = 2 \%$ de la note globale).

Or, dans la première décision, le SSC organigramme avait été pondéré à 20 % de la note du SC organigramme et CV, ensuite elle-même pondérée à 20 % – et donc à 4 % de la note globale ($20 \% \times 20 \% = 4 \%$) –, le SSC conducteur des travaux à 30 % de la note du SC organigramme et CV, ensuite elle-même pondérée à 20 % – et donc à 6 % de la note globale ($30 \% \times 20 \% = 6 \%$) –, le SSC contremaître à 40 % de la note du SC organigramme et CV, ensuite elle-même pondérée à 20 % – et donc à 8 % de la note globale ($40 \% \times 20 \% = 8 \%$) –, le SSC responsable AQ à 5 % de la note du SC organigramme et CV, ensuite elle-même pondérée à 20 % – et donc à 1 % de la note globale ($5 \% \times 20 \% = 1 \%$) – et le SSC responsable hygiène et qualité à 5 % de la note du SC organigramme et CV, ensuite elle-même pondérée à 20 % – et donc à 1 % de la note globale ($5 \% \times 20 \% = 1 \%$).

Au vu de ce qui précède, dans la première décision, non seulement la pondération du SC organigramme et CV n'était pas conforme à ce qui était annoncé dans le dossier d'appel d'offres (20 % au lieu de 15 % de la note globale), mais c'était également le cas pour les pondérations des SSC (4 %, 6 %, 8 %, 1 et 1 % au lieu de 3 %, 4 %, 4 %, 2 % et 2 % de la note globale ou 20 %, 30 %, 40 %, 5 % et 5 % au lieu de 20 %, 27 %, 27 %, 13 % et 13 % du SC organigramme et CV), ce qui a été rectifié dans la seconde décision. Or, dans la méthode appliquée par l'autorité intimée, impliquant deux pondérations successives, même sans changement de la notation brute des SSC – ce qui est le cas en l'espèce, conformément à l'analyse effectuée précédemment –, le changement de pondération des SSC impliquait le changement de la note brute du SC organigramme et CV, résultant de ladite pondération.

Au surplus, la chambre administrative constatera que les notes brutes du SC organigramme et CV – obtenues après pondération des SSC –, de 3,13 pour Soraco et 4,03 pour Colas, sont correctes, malgré trois erreurs figurant dans les tableaux produits par l'autorité intimée à l'appui de sa réponse. En effet, ces tableaux indiquent par erreur une note pondérée de 0,6 pour Colas pour le SSC organigramme, au lieu de 0,55, une note pondérée de 0 pour Soraco

pour le SSC responsable AQ, au lieu de 0,13, et une note de 1 pour Colas pour le même SSC, au lieu de 0,67. Toutefois, ces erreurs n'ont pas été répercutées sur l'addition des notes pondérées des SSC, puisque l'on arrive bien à un total de 3,13 pour Soraco

- 13/15 - A/2753/2017 (0,6 + 1,13 + 1,07 + 0,13 [et non 0 comme figurant dans les tableaux] + 0,20 = 3,13) et 4,03 pour Colas (0,55 [et non 0,6 comme figurant dans les tableaux] + 1,07 + 1,07 + 0,67 [et non 1 comme figurant dans les tableaux] + 0,67 = 4,03).

En définitive, il apparaît que, contrairement à ce qu'affirme la recourante, le tableau annexé à la décision litigieuse résulte uniquement d'une bonne application des pondérations des SSC, SC et critères annoncés par l'autorité intimée dans le dossier d'appel d'offres, sans qu'il y ait eu de changement des notes brutes des SSC composant le SC organigramme et CV.

Par conséquent, il n'apparaît pas que l'autorité intimée ait abusé de son pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des offres et dans l'adjudication du marché à l'appelée en cause. Les griefs de la recourante seront dès lors écartés.

Dans ces circonstances, l'adjudication du marché à l'appelée en cause est conforme au droit et il n'est pas nécessaire d'examiner si, comme le soutient l'appelée en cause, la recourante n'a pas répondu aux exigences et conditions de participations de l'appel d'offres s'agissant des sous-traitants. 7)

Le recours, entièrement mal fondé, sera rejeté. 8)

Le présent arrêt au fond rend sans objet la requête de restitution de l'effet suspensif et met fin à l'interdiction faite le 27 juin 2017 par la chambre de céans à l'autorité intimée de conclure le contrat d'exécution de l'offre avec l'adjudicataire. 9)

Vu l'issue du litige, et compte tenu de l'absence de décision sur effet suspensif, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à celle-ci, pas plus qu'à l'autorité intimée, qui n'est pas représentée et est au demeurant apte à assurer la défense de ses intérêts sans recourir aux services d'un avocat, en tant que collectivité publique de plus de dix mille habitants, taille suffisante pour disposer de son propre service juridique (ATA/872/2014 du 11 novembre 2014 consid. 12 et les références citées). L'appelée en cause se verra en revanche allouer une telle indemnité, à hauteur de CHF 1'500.-, à la charge de la recourante (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

- 14/15 - A/2753/2017

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