

# **GE\_GERICHTE ATA/155/2010 vom 9. März 2010**

GE Cour de justice, 2010-03-09, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_155\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_155_2010)

FR: GE\_GERICHTE ATA/155/2010 du 9 mars 2010

IT: GE\_GERICHTE ATA/155/2010 del 9 marzo 2010

## **Regeste**

Résumé: Recours d'un soumissionnaire évincé contre la décision d'adjudication attribuant le marché à un concurrent. Contrat conclu pendant la procédure de recours. Qualité pour recourir du soumissionnaire évincé, sous l'angle de l'intérêt actuel. Recevabilité des conclusions du recourant en annulation de la décision, lorsque celui-ci ne modifie pas celles-là après la conclusion du contrat pour demander le constat de l'illicéité de la décision attaquée. Différence entre les critères d'aptitude et d'adjudication et effets de la distinction.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le marché offert est soumis notamment à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1997 (AIMP - L 6 05 ; entré en vigueur pour Genève le 9 décembre 1997), au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) et à la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L- AIMP-L 6 05.0).

### **E. 2**

Selon les art. 15 al. 1 et 2 AIMP, 3 al. 1 L-AIMP et 56 RMP, le recours est adressé au Tribunal administratif dans les 10 jours dès la notification de la décision.

Interjeté dans les délais devant l'autorité compétente, le recours est recevable de ce point de vue.

### **E. 3**

a. La qualité pour recourir appartient à toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 60 let. b LPA). 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/517/2009 du 13 octobre 2009).

En l'espèce, le contrat ayant été conclu avec l'adjudicataire (art. 46 RMP), il convient de se demander si la recourante conserve un intérêt digne de protection au maintien du recours.

b. Selon l'art. 18 al. 2 AIMP 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,

- 10/15 - A/2820/2009 limité aux dépenses qu'il a subies en relation avec les procédures de soumissions et de recours (art. 3 al. 3 LAIMP).

En tant que soumissionnaire évincée, et bien que le contrat ait été déjà conclu, la recourante conserve un intérêt actuel à recourir contre la décision d'adjudication au sens de l'art. 60 let.

b LPA, son recours étant à même d'ouvrir ses droits à une indemnisation (ATF 125 II 86, consid. 5 b p. 96).

Elle dispose donc de la qualité pour recourir.

#### **E. 4**

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 implicitement, à la constatation de l'illicéité de l'adjudication, que des dommages intérêts soient réclamés ou non.

Le recours est ainsi recevable à tous points de vue.

#### **E. 5**

La recourante demande au Tribunal de consulter le rapport d'évaluation et les offres des autres soumissionnaires expurgés des secrets d'affaires. Elle sollicite également qu'une expertise soit ordonnée afin d'explicitier la norme ISO 17025 et démontrer qu'elle est la seule soumissionnaire à disposer d'une certification pour toutes les méthodes d'analyses requises par l'appel d'offre.

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 132 II 485 consid. 3.2 p. 494 ; 127 I 54 consid. 2b p. 56 ; 127 III 576 consid. 2c p. 578 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C.573/2007 du 23 janvier 2008 consid. 2.3). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 131 I 153 consid. 3 p. 158 ; 130 I 425 consid. 2.1 p. 428 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C.402/2008 du 27 juin 2008 consid. 3.2 ; 2P.205/2006 du 19 décembre 2006 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/432/2008 du 27 août 2008 consid. 2b). Le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les griefs et moyens de preuve du recourant ; il suffit que le juge discute ceux qui sont pertinents pour l'issue du litige (ATF 133 II 235 consid. 5.2 p. 248 ; 129 I 232 consid. 3.2 p. 236 ; 126 I 97 consid. 2b p. 103).

- 11/15 - A/2820/2009

En l'espèce, la recourante a déjà eu accès au rapport d'évaluation expurgé des secrets d'affaires. L'ensemble des pièces du dossier (appel d'offres, conditions de l'ouvrage, rapport d'évaluation, etc.) et les mesures d'instruction ordonnées ont par ailleurs permis d'établir les faits d'une manière suffisante pour permettre au tribunal de céans de statuer, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'expertise demandée ou d'attirer à la procédure les offres des autres soumissionnaires.

Il ne sera donc pas donné suite aux mesures probatoires requises par la recourante dans ses conclusions.

#### **E. 6**

SGS soutient que l'exigence d'accréditation selon la norme ISO 17025 figurant dans l'appel d'offres constituait un critère d'aptitude et non d'adjudication et concernait chacune des analyses à effectuer et non une accréditation liée à l'organisation et à la structure du laboratoire. Elle estime qu'une saine application de la réglementation et des principes figurant dans l'AIMP aurait dû conduire la Ville à exclure l'adjudicataire de la procédure, faute pour celle-ci d'avoir rempli cette condition.

Aux termes de son art. 1er al. 3, l'AIMP a notamment pour but d'assurer une concurrence efficace entre soumissionnaires (let. a), de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires, d'assurer l'impartialité de l'adjudication (let. b), d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés (let. c) et de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics (let. d). L'AIMP n'énonce pas de motifs d'exclusion. Il pose certains principes généraux de procédure (art. 11 AIMP) et des règles spéciales pour certains types de procédures (art. 12 ss AIMP). Il rappelle notamment que, conformément aux objectifs de la loi, la passation des marchés doit se faire dans le respect des principes de non-discrimination, d'égalité de traitement de chaque soumissionnaire et de concurrence efficace (art. 11 let. a et b AIMP) et prévoit, en outre, que les règles d'exécution cantonales doivent garantir, d'une part, une procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires selon des critères objectifs et vérifiables (art. 13 let. d AIMP) et, d'autre part, des critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 13 let. f AIMP).

L'art. 4 L-AIMP donne au Conseil d'Etat la compétence d'édicter par voie d'ordonnance les prescriptions utiles en vue de l'exécution de l'Accord intercantonal. C'est sur la base de cette délégation de compétence que le Conseil d'Etat a arrêté l'art. 42 RMP qui mentionne, comme motifs d'exclusion de la procédure d'adjudication, notamment, les trois situations suivantes : le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non-conforme aux exigences ou au cahier des charges (let. a) ; il ne répond pas (...) aux conditions pour être admis à soumissionner (let. b) ; il n'a pas justifié les prix d'une offre anormalement basse, conformément à l'art. 41 (let e).

- 12/15 - A/2820/2009

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.322/2006 du 14 août 2007 et références citées), les critères d'adjudication (ou d'attribution) se rapportent directement à la prestation elle-même et indiquent au soumissionnaire comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée et choisie. Ils doivent être distingués des critères d'aptitude (ou de qualification) qui visent à évaluer les capacités financières, économiques, techniques et organisationnelles des candidats (cf. art. 33 RMP) ; bien qu'ils concernent la personne même du soumissionnaire, les critères d'aptitude doivent toutefois, en principe, également se trouver directement et concrètement en rapport avec la prestation à accomplir, en ce sens qu'ils doivent porter sur des qualifications nécessaires pour fournir cette prestation (ATF 129 I 313 consid. 8.1 p. 323/324 et les références citées). Leur non respect peut être éliminatoire dans certains cas.

Dans la pratique, la distinction entre critères d'aptitude et d'adjudication est parfois difficile à opérer, surtout lorsque, comme en l'espèce, l'adjudication se déroule en procédure ouverte. Dans le cas particulier toutefois, le cahier des charges remis aux participants établit clairement la distinction entre, d'une part, les « aptitudes/compétences requises - type de soumissionnaire » (chapitre 2 du dossier d'appel d'offre) et, d'autre part, les « critères

d'adjudication » (point 5.7 du chapitre 5 de ce dernier document). Au titre des critères d'aptitudes, l'appel d'offres exige que le soumissionnaire satisfasse les exigences du système qualité du laboratoire analytique selon la norme ISO 17025. Dans les conditions de l'ouvrage (annexées à l'appel d'offre, au point 3.9 intitulé « caractéristiques du laboratoire »), il est précisé que « le laboratoire » devra être impérativement accrédité auprès d'un organe de certification basé sur la référence ISO 17025. Au vu du nombre des analyses requises par l'ouvrage, ces indications ne pouvaient que viser les règles de la norme ISO 17025 énoncées au chapitre 4 de celle-ci (« exigences relatives au management » du laboratoire) et non les règles figurant à son chapitre 5 (« exigences techniques »). En effet, ainsi que l'a démontré cette procédure, la preuve de la certification ISO 17025 pour toutes les méthodes d'analyse concernées par l'appel d'offre est d'une extrême complexité. SGS ne peut valablement soutenir, alors que les parties n'ont pu encore se mettre d'accord à ce jour sur les certifications dont elles disposent l'une et l'autre malgré toutes les mesures d'instruction ordonnées, qu'une telle exigence était requise au stade des critères d'aptitude. A tout le moins, SGS aurait dû s'interroger sur la vraisemblance d'une telle condition et saisir l'autorité adjudicatrice pour lui demander de se prononcer sur la question, comme le lui commandait le point 2.6 des conditions générales de l'ouvrage, qui prescrit que si le texte de la soumission peut s'interpréter de plusieurs manières, le soumissionnaire a l'obligation d'en aviser le mandant.

Cette interprétation de l'appel d'offres est encore confortée par le fait que dans les rubriques qui traitent des analyses à effectuer (« présentation du projet »

- 13/15 - A/2820/2009 [point 1.2 des conditions particulières de l'ouvrage] et « méthodes d'analyse » [point 3.6.1 dudit document]), il n'est pas fait référence directement à l'accréditation litigieuse. Il est précisé que l'intégralité des analyses devrait être effectuée selon les prescriptions de l'OFEV ou selon une autre méthode validée par lui, ce qui démontre clairement que l'accréditation à la norme ISO 17025 pour les analyses à effectuer constituait un plus, qui serait évalué au stade des critères d'adjudication. Enfin, il est indiqué dans l'annexe R6 de l'offre (« ressources et moyens engagés pour le marché »), qui se rattache au deuxième critère d'adjudication de l'offre selon le point 5.7 de l'appel d'offres, appelé « organisation générale et pour l'exécution du marché », que dans l'exposé de ses moyens, le soumissionnaire doit indiquer, « pour chaque paramètre à analyser, et pour chaque matrice, les méthodes d'analyse, les incertitudes selon la méthode d'analyse utilisée [et] les seuils quantitatifs selon la méthode utilisée ». Il devra soumettre, en plus, une copie du certificat d'accréditation selon la norme ISO 17025. Ceci démontre clairement que l'accréditation relative à chaque méthode utilisée, entrant dans l'analyse des critères d'adjudication et non d'aptitude, ne constituant ainsi qu'un avantage et non une condition d'accès au marché.

Ce grief doit donc être rejeté.

## **E. 7**

C'est par ailleurs à bon droit que l'autorité intimée a procédé à l'audition de Wessling. Cette mesure était commandée par l'art. 41 RMP en raison de l'offre particulièrement basse fournie par cette entreprise. L'offre de SGS ne revêtait pas cette caractéristique.

## **E. 8**

La recourante soutient encore que son offre devait être considérée comme la plus avantageuse malgré ces circonstances, car en disposant de la certification ISO 17025 pour

toutes les analyses à effectuer, elle aurait dû avoir l'avantage au stade de l'examen des critères d'adjudication. En outre, les imprévus et retards potentiels liés à la distance de son laboratoire, sur lesquels elle n'avait pu se prononcer, retenus par l'adjudicateur, l'avaient été à tort et n'étaient pas à craindre. L'autorité avait ainsi mésusé de son pouvoir d'appréciation et minimisé les qualités de son offre.

Cette argumentation n'est pas soutenable. En effet, même à supposer que SGS ait obtenu la note maximum de 5 dans l'appréciation du critère d'adjudication concerné (critère 2 selon le point 5.7 de l'appel d'offres et son annexe R6), sa note finale n'aurait pas atteint celle obtenue par Wessling, en raison de la très importante différence des prix offerts par les deux soumissionnaires et la forte pondération du critère du prix dans l'appréciation de la qualité de l'offre (40 %). L'attribution de cette note aurait, en l'espèce, donné les résultats suivants. - Lot 1 :  $(1,41 \text{ [note du prix obtenue, critère 1]} \times 40 \text{ [\%]}) + (5 \text{ [note supposée, critère 2]} \times 30 \text{ [\%]}) + (3 \text{ [note obtenue, critère 3]} \times 30 \text{ [\%]}) = 296,4 : 100 = 2,96$  contre 3,80 attribué à Wessling ;

- 14/15 - A/2820/2009 - Lot 2 :  $(2,03 \text{ [note du prix obtenue, critère 1]} \times 40 \text{ [\%]}) + (5 \text{ [note supposée, critère 2]} \times 30 \text{ [\%]}) + (3 \text{ [note obtenue, critère 3]} \times 30 \text{ [\%]}) = 321,2 : 100 = 3,2$  contre 3,78 attribué à Wessling ; - Lots 1 et 2 :  $(1,58 \text{ [note du prix obtenue, critère 1]} \times 40 \text{ [\%]}) + (5 \text{ [note supposée, critère 2]} \times 30 \text{ [\%]}) + (3 \text{ [note obtenue, critère 3]} \times 30 \text{ [\%]}) = 283,2 : 100 = 2,82$  contre 3,80 attribué à Wessling.

Ce grief ne peut ainsi qu'être écarté.

## **E. 9**

Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté. Un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe. Une indemnité de CHF 2'000.- sera allouée à Wessling, à la charge de la recourante.

\* \* \* \* \*

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