

GE_GERICHTE ATA/1645/2019 vom 8. November 2019

GE Cour de justice, 2019-11-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1645_2019

FR: GE_GERICHTE ATA/1645/2019 du 8 novembre 2019

IT: GE_GERICHTE ATA/1645/2019 del 8 novembre 2019

Erwägungen

E. 1

Evaluation du dossier Critères Pondération N° 1 : Les conditions tarifaires 30 N° 2 : La capacité à répondre au cahier des charges sur les prestations à fournir 20 N° 3 : L'organisation et les processus de l'entreprise soumissionnaire 20 N° 4 : Volet social du développement durable 10

Ces critères étaient détaillés au paragraphe « Présentation offre du soumissionnaire ».

E. 2

Taille et organisation de l'entreprise

E. 4

Références 2 Profil du répondant 2 Contact 10 Ressources humaines du domaine Critères organisationnels 20

E. 6

Gestion des absences et remplacement 3 Processus administratif 2 Gestion de la qualité 3 Suivi du contrat et reporting 3 Service client 3 Suivi des collaborateurs et des compétences Critères social du développement

E. 10

6 Formation 4 Conditions contractuelles 9)

N'ayant pas obtenu tous les documents sollicités, One Placement a relancé les HUG par courriel du 22 juillet 2019. 10) Par courriel du lendemain, les HUG ont remis à l'intéressée le procès-verbal d'ouverture des offres ainsi qu'un tableau récapitulatif de tous les points attribués à la société. Notation présentation Étape 2 Présentation des offres 20 5 Présentation société

8 Compréhension des besoins

7 Approche partenariat

- 6/14 - A/2776/2019

Ils relevaient que les raisons principales ayant conduit à la non-attribution du marché tenaient en deux points. Premièrement, le critère prix pour lequel la société était classée au dernier rang, ce qui représentait un déficit d'environ quinze points ; deuxièmement, la défense orale des offres sur les critères « compréhension des besoins et partenariat », avait en effet unanimement été considérée par le comité d'évaluation comme largement en-deçà des présentations des soumissionnaires retenus. Un déficit d'une vingtaine de points était relevé. 11) Par acte du 25 juillet 2019, One Placement a interjeté recours auprès de la

chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision d'adjudication du 10 juillet 2019.

Elle a conclu à la réformation de la décision litigieuse adjugeant les lots nos 1 et 2 en ce sens qu'ils devaient lui être attribués. Subsidiairement, la décision devait être annulée en ce qu'elle portait sur les trois lots et la cause renvoyée aux HUG pour nouvel appel d'offre et plus subsidiairement encore pour nouvelle décision dans le sens des considérants. À titre pré-provisionnel et provisionnel, l'effet suspensif devait être restitué au recours. En tous les cas, les HUG devaient être condamnés en tous les frais de la procédure et en un défraiement équitable pour les frais d'avocats.

Le droit d'être entendu de la société n'avait pas été respecté. Elle n'avait pas obtenu les documents sollicités, ce qui violait notamment son droit à une décision motivée et compréhensible. Le principe de la transparence avait été violé. Le pouvoir adjudicateur n'avait pas communiqué par avance aux soumissionnaires les sous-critères en indiquant leur pondération respective. Par ailleurs, les HUG n'avaient communiqué aucune méthode de calcul pour la notation du critère du prix. Les HUG avaient également violé le principe de traçabilité. La recourante ne disposait d'aucune grille d'évaluation, ni même d'un tableau des notes sur chaque sous-critère pour chaque offre de chaque soumissionnaire. Aucune explication ne lui avait été donnée sur les présentations orales, ni même aucun procès-verbal. Elle ignorait comment le critère du prix avait été évalué. Par ailleurs, le comité d'évaluation avait été composé de façon irrégulière. Sept personnes, toutes nommément désignées devaient le composer. Or, lors de la présentation, tous ces membres n'étaient pas présents, notamment deux d'entre eux. Les critères d'adjudication avaient été appréciés de façon arbitraire par le pouvoir adjudicateur. La recourante détaillait ses critiques pour chacun des critères sur plusieurs pages. Au regard des correctifs qui s'imposaient, il s'avérait que le total des points de la recourante devait assurément être supérieur à quatre cent vingt et un points pour le lot n° 1 et quatre cent vingt-six points sur le lot n° 2. Il convenait par ailleurs de retrancher une dizaine de points sur l'offre de deux concurrents.

- 7/14 - A/2776/2019 12) Le 26 juillet 2019, la chambre administrative a fait interdiction aux HUG de conclure le contrat d'exécution de l'offre jusqu'à droit jugé sur la requête en octroi de l'effet suspensif.

Par courrier du même jour, la chambre administrative a demandé à la recourante de produire un exemplaire des pièces 8, 10 et 17, dans lesquelles seuls les éléments ressortant strictement au secret des affaires seraient caviardés, requête à laquelle la recourante a dûment donné suite. 13) a. Les HUG ont conclu au rejet de la requête de restitution de l'effet suspensif. Ils ont produit des écritures caviardées à l'attention des parties. Un chargé de pièces était produit. Il se composait de quatre classeurs fédéraux, entièrement soustraits à consultation. Seul le bordereau de pièces pouvait être transmis aux parties.

Ils avaient fourni les explications nécessaires à la recourante lors de la séance du 17 juillet 2019. Ils lui avaient remis des tableaux indiquant les notes qu'elle avait obtenues, ses classements et son positionnement par rapport aux meilleures notes attribuées lui permettant ainsi de comprendre les raisons pour lesquelles ses offres n'avaient pas été retenues. Ils lui avaient par ailleurs remis un tableau indiquant l'échelle de notation. Par courriel circonstancié du 23 juillet 2019, ils lui avaient fourni une série d'explications complémentaires.

L'évaluation et la notation des autres soumissionnaires lui permettraient d'accéder à des informations qui relevaient du secret des affaires, en particulier s'agissant des prix proposés. Si la recourante avait accès à la totalité des évaluations et des notations, elle obtiendrait une analyse complète du marché, ce qui lui donnerait un avantage concurrentiel significatif par rapport à ses concurrents. Tel ne pouvait pas être l'objectif poursuivi par le droit des marchés publics.

Si l'effet suspensif était accordé, la recourante verrait probablement son contrat être prolongé à l'instar des autres agences de placement qui fournissaient en l'état des services aux HUG. Les agences retenues subiraient un préjudice du fait qu'elles se préparaient à être opérationnelles à partir du 1er septembre 2019, cette préparation impliquant des volumes supérieurs de services, de l'organisation, du recrutement et les frais y relatifs.

b. Par courrier du 13 août 2019, le juge délégué a sollicité des HUG le dépôt d'un chargé de pièces, caviardées en tant que de besoin des secrets d'affaires et de fabrication.

c. Les HUG n'ont pas donné suite à cette requête.

- 8/14 - A/2776/2019 14) Accès Personnel, InterXpert SA, LIP SA ont conclu au rejet de la requête en octroi de l'effet suspensif. D'une part, la plupart des griefs auraient dû être soulevés au moment de l'appel d'offre et étaient en conséquence tardifs. D'autre part, la recourante substituait sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, ce qui n'était pas acceptable. Ils devaient être autorisés à conclure. Ils œuvraient en préparation de ce marché depuis des mois.

Ok Job SA et Interiman SA s'en sont rapportés à justice sur la requête d'octroi de l'effet suspensif.

Médicalis SA et Manpower AG ne se sont pas déterminées. 15) Par réplique du 16 septembre 2019, sur effet suspensif, la recourante a persisté dans ses conclusions, notamment en accès aux pièces. 16) Par décision du 24 septembre 2019, la chambre de céans a tranché l'incident relatif à l'accès aux pièces.

La plupart des pièces pour lesquelles les HUG demandaient qu'une restriction d'accès soit ordonnée ne relevaient pas du secret d'affaires. Tel était le cas des quatorze pièces du bordereau, lesquelles étaient soit publiques soit déjà connues des parties. S'agissant des tableaux d'évaluation, ils étaient nécessaires à la recourante pour qu'elle puisse comprendre comment les évaluations avaient été effectuées et faire valoir ses droits. Les HUG n'avaient pas souhaité les caviarder partiellement lorsque l'occasion leur en avait été donnée. Ils n'avaient pas non plus indiqué qu'une mention particulière devrait être soustraite. Dans ces conditions, l'entier desdits tableaux était mis à disposition de la recourante à compter du mardi 8 octobre 2019.

S'agissant des offres, seules deux sociétés intimées avaient fourni copie de leur offre caviardée. Un délai était imparti aux autres sociétés adjudicataires pour produire copie de leur offre caviardée des secrets d'affaires ou de fabrication. À défaut, la chambre de céans considérerait que l'entier de l'offre pourrait être consulté, sous réserve des prix proposés. 17) Les pièces sollicitées ont été produites par les parties. 18) Après consultation des pièces, la recourante a persisté dans ses conclusions. Le critère du prix avait été apprécié de façon illicite et arbitraire, à l'instar des offres de la recourante et des adjudicataires. L'offre d'InterXpert était incomplète et celle d'OK Job SA illicite. Interiman et ses sociétés Médicalis SA et Interiman Group Services SA devaient être exclues. LIP et Médicalis SA

étaient inaptes à

- 9/14 - A/2776/2019 exécuter le marché. La question de savoir si LIP avait obtenus des avantages indus se posait. 19) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que : 1)

Interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est de prime abord recevable sur ces points (art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05) et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01). La question de la recevabilité restera pour le surplus indécidée à ce stade de la procédure. 2)

Aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, en vertu des art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, restituer cet effet pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.

L'examen de la requête suppose une appréciation *prima facie* du bien-fondé du recours ; le but est alors de refuser l'effet suspensif au recours manifestement dépourvu de chances de succès, dont le résultat ne fait aucun doute ; inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire mais suppose de constater et de pondérer le risque de préjudice (ATA/1581/2017 du 7 décembre 2017 consid. 2, et les arrêts cités ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, pp. 311-341, p. 317 n. 15).

La vice-présidente de la chambre administrative a compétence pour statuer seule sur les requêtes de mesures provisionnelles (art. 21 et 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 26 septembre 2017).

La restitution de l'effet suspensif constitue cependant une exception en matière de marchés publics, et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/1581/2017 précité consid. 2, et les arrêts cités). 3) a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP). Il vise notamment à harmoniser les règles de

- 10/14 - A/2776/2019 passation des marchés (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 (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. La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6), l'appréciation de la chambre administrative ne pouvant 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). 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, publiée in JAAC 1999 p. 136 consid. 3a). 4)

La recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue au motif que la décision ne serait pas suffisamment motivée et compréhensible.

a. En matière de marchés publics, les art. 13 let. h AIMP et 45 al. 1 RMP prévoient que les décisions d'adjudication sont sommairement motivées (ATA/492/2018 du 22 mai 2018 consid. 6b). De surcroît, la pratique admet assez généreusement la réparation d'une motivation insuffisante dans la procédure de recours subséquente (ATA/1329/2018 du 11 décembre 2018 consid. 4c et la référence citée).

b. En l'espèce, la décision querellée du 10 juillet 2019 mentionne la disponibilité des signataires et représentants du groupe d'évaluation pour commenter les résultats. Les HUG ont ainsi fourni des explications à la recourante lors de la séance du 17 juillet 2019. Ils ont par ailleurs remis des tableaux indiquant les notes qu'elle avait obtenues, ses classements et son positionnement par rapport aux meilleures notes attribuées. Par courriel du 23 juillet 2019, ils ont donné quelques indications complémentaires. La recourante conteste la qualité des informations reçues à ces occasions. Il n'en demeure pas moins que, de prime abord, elle a obtenu un certain nombre d'informations valant motivation de la décision querellée. Par ailleurs, elle a pu bénéficier, dans le cadre de la procédure de recours, de l'accès à de nombreuses pièces supplémentaires.

Le grief de violation du droit d'être entendu n'apparaît en conséquence, de prime abord, pas fondé.

- 11/14 - A/2776/2019 5)

La recourante se plaint d'une violation du principe de la transparence au motif que le pouvoir adjudicateur n'avait pas communiqué par avance aux soumissionnaires les sous-critères en indiquant leur pondération respective.

a. 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.

b. En l'espèce, la recourante ne peut, dans le cadre d'une analyse sommaire du dossier, pas être suivie. Le dossier d'appel d'offres détaillait pour chaque critère les points sur lesquels l'évaluation porterait (pages 12 à 14 de l'appel d'offres). Chacun de ceux-ci a fait l'objet d'un sous-critère. De surcroît, le RMP n'exige pas l'annonce préalable de la pondération des sous-critères. Enfin, une jurisprudence récente du Tribunal fédéral précise (arrêt 2D_31/2018 du 1er février 2019 consid. 5.2, cause citée dans le Droit de la construction 1/2019, p. 33 n. 43) que l'indication des sous-critères n'est pas requise d'un point de vue constitutionnel, pour autant qu'ils ne fassent que concrétiser les critères principaux (ATF 143 II 553 consid. 7.7), en étant inhérents à ceux-ci (ATA/995/2019 du 11 juin 2019 consid. 9). Tel semble être, à première vue, le cas en l'espèce. 6)

La recourante se plaint de l'absence de communication de la méthode de calcul pour la notation du critère du prix.

Le cahier des charges détaille sur plusieurs lignes les renseignements à fournir par les soumissionnaires (page 12). Il mentionne que le critère de notation des conditions tarifaires a une pondération de 30 % (p. 18), sans donner de détails sur la façon de l'évaluer.

La recourante n'allègue toutefois pas avoir posé de question à ce propos. Elle n'a pas non plus contesté immédiatement les documents d'appels d'offres prétendument incomplets ou entachés d'autres vices de forme, lors de la procédure d'appel d'offres déjà, comme l'exige la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 130 I 241 consid 4.2 ; 129 I 313 consid. 6.2 ; 125 I 203). Le grief apparaît en conséquence, à première vue, tardif. 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/995/2019 du 11 juin 2019 consid. 12a ; ATA/20/2014 précité et les références citées). 7)

La recourante allègue que les HUG auraient violé le principe de « traçabilité », précisant qu'elle ne disposait d'aucune grille d'évaluation, ni même d'un tableau des notes sur chaque sous-critère pour chaque offre de chaque soumissionnaire. Aucune explication ne lui avait été donnée sur les présentations

- 12/14 - A/2776/2019 orales, ni même aucun procès-verbal. Enfin, elle ignorait comment le critère du prix avait été évalué.

Ces critiques rejoignent, à première vue, celles relatives aux griefs susmentionnés et n'emportent en conséquence, pour les motifs qui précèdent, pas conviction. 8)

La recourante invoque que le comité d'évaluation aurait été composé de façon irrégulière. Sept personnes, nommément désignées dans le cahier des charges devaient le composer. Or, lors de la présentation, tous ces membres n'étaient pas présents, notamment deux d'entre eux.

Le cahier des charges mentionne sept personnes composant le comité d'évaluation (p. 15). Il n'était pas précisé qu'ils seraient systématiquement tous présents pour l'évaluation. De surcroît la recourante a été auditionnée. Il ressort du dossier que les auditions orales ont été faites par quatre, voire cinq personnes. La recourante ne soutient pas le contraire. Or, si elle estimait que l'appréciation des offres ne pouvait être correcte que si son audition était effectuée devant les sept personnes, comme elle semble le soutenir dans ses dernières écritures, il lui aurait appartenu de l'invoquer immédiatement. 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).

Il n'était pas non plus précisé que seules les sept personnes pourraient participer aux évaluations. Pour le surplus, la recourante ne conteste pas que tant pour l'évaluation écrite qu'orale, se trouvaient parmi les évaluateurs, les personnes mentionnées dans le cahier des charges.

Prima facie, en l'état du dossier, une éventuelle composition irrégulière de l'autorité n'apparaît pas rendue vraisemblable. 9)

La recourante invoque que les critères d'adjudication auraient été appréciés de façon arbitraire par le pouvoir adjudicateur. Au regard des correctifs qui s'imposaient, il s'avérait que le total des points de la recourante devait assurément être supérieur à quatre cent vingt et un points pour le lot n° 1 et quatre cent vingt-six points sur le lot n° 2.

Ce faisant, il apparaît que la recourante substituerait sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, ce qu'elle ne serait pas autorisée à faire (ATA/227/2019 du 5 mars 2019 consid. 5 et les références citées).

- 13/14 - A/2776/2019 10) En définitive, rien ne permet de considérer, à ce stade et sur la base d'un examen sommaire, que les griefs de la recourante soient suffisamment fondés pour permettre de restituer l'effet suspensif au recours. 11) Le rejet de la requête lève l'interdiction de conclure le contrat d'exécution de l'offre prononcée par la chambre de céans le 26 juillet 2019. 12) Il sera statué sur les frais de la présente décision avec l'arrêt au fond ;

* * * * *

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