

GE_GERICHTE ATA/1685/2019 vom 19. November 2019

GE Cour de justice, 2019-11-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1685_2019

FR: GE_GERICHTE ATA/1685/2019 du 19 novembre 2019

IT: GE_GERICHTE ATA/1685/2019 del 19 novembre 2019

Regeste

Résumé: L'autorité adjudicatrice, dont la décision d'adjudication avait été annulée pour violation du droit d'être entendu parce qu'elle n'avait pas répondu aux questions valablement posées par un soumissionnaire, ne pouvait pas modifier la présentation d'un critère en répondant à ces questions, quand bien même les soumissionnaires avaient eu la possibilité d'adapter leurs offres en conséquences. En l'espèce, ce procédé violait les principes d'égalité de traitement et de transparence. La recourante, qui aurait obtenu une note plus élevée que les autres soumissionnaires, si le critère n'avait pas été modifié et s'il avait été correctement appliqué, se voit adjuger le marché.

Erwägungen

E. 14

mars 2009 ; ATA/10/2009 du 13 janvier 2009).

c. Selon la jurisprudence, le principe de la transparence est le principe cardinal et incontournable des marchés publics. Il limite le large pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur (RDAF 2001 I 403). Il permet d'assurer la mise en œuvre du principe de concurrence, lequel permet la comparaison des prestations et de choisir ainsi l'offre garantissant un rapport optimal entre le prix et la prestation (ATF 130 I 241 consid. 5.1 ; ATF 125 II 86 consid. 7c in RDAF 2002 I 543 ; ATA/952/2014 du 2 décembre 2014 consid. 5b), ainsi que le contrôle

- 11/19 - A/2413/2019 de l'impartialité de la procédure d'adjudication, autre principe qui doit être respecté (Étienne POLTIER, op. cit., p. 163, n. 264). Le principe de transparence exige que le pouvoir adjudicateur se conforme dans la suite de la procédure aux conditions qu'il a préalablement annoncées, il se rapproche dans cet aspect du principe de la bonne foi, qui prohibe les comportements contradictoires de l'autorité (art. 9 Cst.), et du principe de la non-discrimination, car s'il s'écarte des « règles du jeu » qu'il a fixées, il adopte un comportement qui se rapproche d'une manipulation, typiquement discriminatoire, du résultat du marché (Étienne POLTIER, op. cit., p. 161, n. 259).

d. Comme la chambre administrative l'a rappelé à plusieurs reprises, le droit des marchés publics est formaliste. L'autorité adjudicatrice doit procéder à l'examen de la recevabilité des offres et à leur évaluation dans le respect de ce formalisme (ATA/794/2018 du 7 août 2018 consid. 3b et les références citées), qui permet de protéger notamment le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires. Ces principes imposent ainsi de n'apprécier les offres que sur la base du dossier remis, un soumissionnaire n'étant pas habilité à modifier la présentation de son offre, à y apporter des compléments ou à transmettre de nouveaux documents après l'échéance du délai (ATA/914/2018 du 11 septembre 2018 consid. 6a ; ATA/150/2018 du

20 février 2018 consid. 3b et les références citées), ce qui découle de l'art. 11 let. c AIMP qui proscrit les négociations entre l'entité adjudicatrice et les soumissionnaires (ATA/616/2018 du 18 juin 2018 consid. 3d). 5) a. 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). 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, 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).

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

- 12/19 - A/2413/2019 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. Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix et l'évaluation des critères d'aptitude et d'adjudication, celui-là étant libre de spécifier ses besoins en tenant compte de la solution qu'il désire (ATF 137 II 313 consid. 3.4 in JdT 2012 I p. 28 s.). Une fois les critères d'aptitude et d'adjudication arrêtés dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur doit en règle générale s'y tenir. En vertu des principes de la transparence et de l'égalité de traitement, il ne saurait les modifier ultérieurement. S'il ignore des critères dûment fixés, en modifie la portée ou la pondération ou encore s'il en ajoute de nouveaux, le pouvoir adjudicateur agit de manière contraire au droit des marchés publics (ATAF 2019 IV/1 consid. 3.3 ; décision incidente du Tribunal administratif fédéral [ci-après : TAF] B-4637/2016 du

octobre 2016 consid. 6.4; arrêts du TAF B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 2.5.2; B-891/2009 du 5 novembre 2009 consid. 3.4).

d. Les soumissionnaires peuvent en principe s'attendre à ce que le pouvoir adjudicateur interprète les critères d'aptitude et d'adjudication selon leur sens commun. S'il n'entend pas leur donner une telle interprétation, les critères concernés devront être en conséquence définis de manière aussi détaillée que possible dans les documents d'appel d'offres afin que les soumissionnaires puissent connaître les exigences que leur offre doit satisfaire (ATAF 2011/58 consid. 13.2.1). Les critères d'adjudication et d'aptitude doivent ainsi être interprétés au regard du principe de la confiance; la volonté subjective du pouvoir adjudicateur importe peu (ATAF 2019 IV/1 consid. 3.3 ; ATF 141 II 14 consid. 7.1; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1101/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.4.1). 6)

Bien que les références puissent constituer un critère d'aptitude, ou de qualification (arrêt du TAF 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

- 13/19 - A/2413/2019 (ATF 139 II 489 consid. 2.2.4 = JdT 2014 I 84, 88), et explique qu'elles aient fait l'objet d'une notation (ATA/1413/2019 du 24 septembre 2019 consid. 5.a). La non-réalisation d'un critère d'adjudication n'est pas éliminatoire, mais peut être compensée par la pondération avec d'autres critères d'adjudication (ATF 139 II 489 consid. 2.2.1 et 2.2.4). 7) a. En l'espèce, la recourante se plaint d'une violation du principe de transparence car l'autorité intimée aurait modifié le critère d'adjudication « références », après le dépôt des offres, par son courrier du 23 janvier 2019.

À des fins de clarté, les références portant sur des mandats dont la réalisation est terminée seront désignées par le terme « références terminées », tandis que les références portant sur des mandats dont la réalisation est en cours, le seront par le terme « références en cours ».

De plus, il sera précisé que, si la décision d'adjudication du 11 avril 2018 a été annulée, la chambre administrative n'a pas ordonné à l'autorité intimée d'entreprendre une nouvelle procédure, mais de reprendre celle entreprise en respectant le droit des marchés publics.

b. Dans l'appel d'offres, le critère « références » était décrit comme suit : « Références (3 minimum) de moins de cinq ans dont la réalisation est terminée de la taille et du domaine équivalent ».

Dans ses écritures durant la procédure A/1294/2018, l'autorité intimée a soutenu que les références en cours étaient exclues, le texte de l'appel d'offres étant clair à ce sujet. Sans autres indications que le barème des notes du Guide romand quant à l'évaluation de ce critère, il convient d'en déduire, selon le principe de la confiance, que, d'une part, seules pouvaient être présentées des références terminées et que, d'autre part, la notation du critère dépendrait à la fois du nombre de références proposées, une note suffisante supposant la présentation de trois références terminées, et de leurs particularités, c'est-à-dire si elles présentaient un avantage particulier par rapport à celles des autres soumissionnaires.

Ainsi, les offres ne pouvaient pas contenir de références en cours et, dans tous les cas, ces dernières ne devaient pas être prises en compte dans l'évaluation du critère.

c. Par son courrier du 23 janvier 2019, l'autorité intimée, répondant à la question 3, a précisé que « les mandats équivalents et en cours seront considérés comme des références partiellement suffisantes, mais ne seront pas exclues car ces références existent, mais répondent partiellement à ce qui est prévu par le critère d'adjudication relatif aux références

».

- 14/19 - A/2413/2019

Ainsi, non seulement les offres pouvaient désormais contenir des références en cours, mais celles-ci étaient aussi prises en compte dans l'évaluation du critère.

L'autorité intimée a donc modifié la présentation du critère « références » en tant qu'elle a modifié le contenu admissible des offres et les éléments pris en considération dans l'évaluation du critère.

d. Elle a ensuite imparti un délai équivalent à tous les soumissionnaires afin qu'ils adaptent leurs offres en conséquence. Ce procédé ne saurait toutefois justifier la modification du critère d'adjudication en l'espèce et il viole de surcroît le principe d'intangibilité des offres.

En effet, sous le couvert d'apporter une réponse à la question de la recourante, l'autorité intimée a modifié le critère d'adjudication en le rendant moins restrictif et en laissant aux soumissionnaires la possibilité de compléter leurs offres. Elle a ainsi avantageé doublement les soumissionnaires qui n'avaient pas présenté le nombre requis de références terminées : d'une part, en leur octroyant la possibilité d'ajouter de telles références à leurs offres et, d'autre part, en leur permettant d'obtenir une meilleure note pour ce critère par l'inclusion des références en cours dans la pondération, dans l'hypothèse où ils ne disposeraient pas du nombre suffisant de références terminées. Ainsi, l'adjudicataire, qui n'avait pas présenté le nombre requis de références terminées, s'est vu avantager, et par la modification du critère, et par la possibilité de compléter son offre.

De surcroît, alors que l'autorité intimée avait affirmé dans ses écritures du 3 mai 2018 que seules les références terminées seraient prises en compte et que la chambre de céans avait relevé dans son ATA/841/2018 que celle-là avait, à tort, pris en compte et évalué les références en cours présentées par l'adjudicataire, l'autorité adjudicatrice a persisté à vouloir évaluer ces références en modifiant le critère. Ce faisant, elle a radicalement changé de position, concernant la même procédure d'adjudication, entre la première et la seconde procédure judiciaire. Ce comportement viole le principe de transparence et de bonne foi qui prohibent les comportements contradictoires de l'autorité.

Le comportement de l'autorité intimée se rapproche ainsi d'une manipulation discriminatoire du marché, contraire aux principes de la transparence, de l'égalité de traitement et de non-discrimination, qui doivent être respectés tout au long de la procédure de passation de marché (art. 11 AIMP). 8) a. La recourante reproche également à l'autorité intimée un abus de son pouvoir d'appréciation dans l'appréciation du critère « référence ».

b. En matière d'évaluation des offres, la jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6 ; ATA/851/2014 du 4 novembre 2014 consid. 9b ; ATA/20/2014 du 14 janvier

- 15/19 - A/2413/2019 2014 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. 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).

d. 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). 9) a. L'autorité intimée a procédé à l'évaluation du critère « références », précisé par le courrier du 23 janvier 2019, en deux étapes.

b. Dans la première étape, elle a attribué une note à chacune des références proposées. L'autorité intimée explique dans sa réponse, et cela ressort également du rapport d'adjudication, que les quatre premières références de la recourante correspondaient au critère et ont obtenu la note de 3. Les autres références de la recourante ont obtenu la note de 2, car portant sur des mandats « en cours » ou sur des marchés non équivalents. Quant à l'adjudicataire, deux de ses références correspondaient au critère et ont obtenu la note de 3. La dernière portait sur un mandat « en cours » et a obtenu la note de 2.

- 16/19 - A/2413/2019

Si l'autorité intimée a ainsi mentionné la note obtenue par chacune des références proposées par les soumissionnaires, elle n'a apporté aucune explication, que ce soit dans le rapport d'adjudication ou dans ses écritures, quant aux raisons qui l'ont conduite à octroyer ces notes.

Elle a attribué la note de 3 (suffisant) à chacune des références terminées apportées par les deux soumissionnaires, lesquelles étaient, à teneur de ses écritures, toutes similaires. Or, leur contenu et leur présentation n'étaient pas identiques.

À titre d'exemple, trois des références proposées par la recourante portaient sur des mandats effectués sur l'un des sites concernés par l'appel d'offres et dont l'ampleur était équivalente ou supérieure à celle du marché litigieux. Tandis que les deux références terminées proposées par l'adjudicataire ne mentionnaient pas l'ampleur des services effectués, uniquement le prix du marché, et ne portaient pas sur les mêmes sites que ceux de l'appel d'offres.

L'autorité intimée n'explique pas de quelle manière ces différences ont été prises en compte et en quoi elles justifiaient l'octroi de la même note à chacune des références. Elle s'est bornée à examiner si les références correspondaient au périmètre du marché, sans préciser

en quoi, et si elles étaient terminées. L'autorité intimée ne pouvait donc pas, sans abuser de son pouvoir d'appréciation, qualifier ces références de similaires et leur attribuer la même note, sans avoir au préalable examiné si celles-ci présentaient ou non des avantages particuliers.

c. Dans la seconde étape, l'autorité intimée a fait la moyenne des notes obtenues par chacune des références. La recourante a obtenu la note de 3, car l'autorité intimée n'a pas pris en compte les références en cours proposées, et l'adjudicataire la note de 2,66. Toutefois, cette méthode d'évaluation viole les principes de transparence et d'égalité de traitement.

En premier lieu, la recourante ne pouvait légitimement pas déduire de la modification du critère que la présentation de références en cours, alors qu'elle proposait par ailleurs le nombre requis de références terminées, péjorerait sa note. En effet, bien que l'autorité intimée ait précisé considérer les références en cours comme partiellement suffisantes, elle a également affirmé que ces références « existaient », raison pour laquelle elles n'étaient pas exclues. Elle admet par conséquent qu'elles démontreraient une expérience complémentaire, dont l'ajout, en toute logique, ne pouvait qu'améliorer la note de la recourante.

Si l'autorité intimée avait voulu donner un autre sens à la modification du critère, cela aurait dû figurer clairement dans son énoncé. Elle a ainsi violé le principe de transparence en évaluant le critère d'une façon qui n'était pas prévisible pour les soumissionnaires.

- 17/19 - A/2413/2019

En second lieu, la méthode utilisée ne tient pas compte du caractère quantitatif du critère, ce qui conduit à un résultat choquant. En effet, la recourante aurait dû obtenir une moyenne de 2,5, ayant obtenu la note de 3 pour quatre références et la note de 2 pour les quatre autres ($3+3+3+3+2+2+2+2 = 20/8 = 2,5$), et l'adjudicataire une moyenne de 2,66, ayant obtenu la note de 3 pour deux références et la note de 2 pour la troisième ($3+3+2 = 10/3 = 2,66$).

Cette méthode d'évaluation viole ainsi le principe d'égalité de traitement car le soumissionnaire présentant le plus de références correspondant à la fois au critère initial et au critère modifié obtiendrait une note, d'une part, insuffisante (en-dessous de 3) et, d'autre part, moins élevée que le soumissionnaire qui n'a présenté que le nombre minimum requis de références.

L'autorité intimée, consciente de cela, a décidé ne pas tenir compte des références en cours de la recourante. Ce faisant, elle a violé encore une fois le principe de transparence, en tant qu'elle s'est écartée du critère qu'elle avait modifié, et le principe d'égalité de traitement, en tant qu'elle a évalué différemment ce critère pour les deux soumissionnaires.

Par conséquent, l'autorité intimée, qui a violé les principes régissant la passation des marchés public dans l'évaluation du critère « références », a ainsi abusé de son pouvoir d'appréciation. 10) a. Au vu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres griefs de la recourante.

b. Le recours sera admis et la décision d'adjudication du 12 juin 2019 sera annulée.

En l'absence d'une méthode de pondération dûment annoncée aux soumissionnaires et conforme aux exigences légales, qui permettrait d'apprécier les caractéristiques tant quantitatives que qualitatives du critère « références », il doit être retenu qu'avant que

celui-ci ne soit indûment modifié, l'adjudicataire aurait dû obtenir une note au maximum partiellement suffisante, soit tout au plus la note de 2 pour un total de 20 pts, car il n'avait pas présenté le nombre requis de références terminées, et la recourante une note au minimum suffisante, soit égale ou supérieure à 3 pour un total de 30 pts, ayant présenté plus de trois références terminées. Ainsi, l'adjudicataire aurait obtenu au maximum 445.27 pts (344.47 + 80.80 + 20) et la recourante au minimum 446.6 pts (350 + 66.60 + 30), la plaçant dans tous les cas en première position.

La chambre administrative, faisant usage du pouvoir de réforme conféré par l'art. 69 al. 3 de la loi sur la procédure administrative 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), adjudgera ainsi le marché à la recourante. En effet, toute autre décision, notamment un renvoi à l'intimée, se heurterait au principe d'économie de

- 18/19 - A/2413/2019 procédure ainsi qu'à celui de célérité, lesquels doivent être pris en compte en matière de marchés publics (ATA/1089/2018 du 16 octobre 2018 consid. 10 et références citées ; ATA/947/2016 du 8 novembre 2016 consid. 6 ; ATA/51/2015 du 13 janvier 2015 consid. 18). 11) Le présent arrêt rend sans objet les demandes de restitution de l'effet suspensif. 12) Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à la recourante qui y a conclu, 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.