

GE_GERICHTE ATA/322/2018 vom 10. April 2018

GE Cour de justice, 2018-04-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_322_2018

FR: GE_GERICHTE ATA/322/2018 du 10 avril 2018

IT: GE_GERICHTE ATA/322/2018 del 10 aprile 2018

Erwägungen

E. 12

septembre 1985 - LPA - E 5 10). 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/1443/2017 du 31 octobre 2017 ; ATA/360/2014 du 20 mai 2014).

Le contrat ayant été conclu avec l'adjudicataire (art. 46 RMP), se pose la question de l'intérêt digne de protection du recourant 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, limité aux dépenses qu'il a subies en relation avec les procédures de soumission et de recours (art. 3 al. 3 L - AIMP). 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.

c. En l'espèce, en tant que soumissionnaire évincé, et bien que le contrat ait déjà été conclu, le recourant 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

- 9/16 - A/2125/2017 à même d'ouvrir ses droits à une indemnisation (ATF 125 II 86 consid. 5b), il dispose de la qualité pour recourir.

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

Le contrat d'adjudication ayant été signé, le consortium, qui n'a plus d'intérêt au litige (art. 71 al. 1 LPA), sera mis hors de cause. 4)

Le recourant se plaint de la note obtenue pour l'évaluation du critère 3, soit l'« organisation du soumissionnaire mise en place pour l'exécution du marché ». Il fait valoir que la note aurait été fixée de manière arbitraire et sur la base d'une constatation incomplète des faits.

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).

b. Selon 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).

c. En matière d'évaluation des offres, 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1).

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 ; ATA/851/2014 et ATA/20/2014 précités).

- 10/16 - A/2125/2017

L'opportunité de ce choix ne peut être revue par l'autorité de recours (art. 16 al. 2 AIMP). En outre, aucune norme n'impose à l'autorité de faire connaître à l'avance la méthode de notation (ATF 2P.172/2002 précité consid. 2.3 ; ATA/20/2014 précité et les références citées). 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. De plus, l'offre économiquement la plus avantageuse ne signifie pas qu'elle doit être la moins chère. Ce n'est qu'en présence de biens standardisés que l'adjudicateur peut alors se fonder exclusivement sur le critère du prix le plus bas (ATA/20/2014 précité et les références citées).

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 ; ATA/368/2015 du 21 avril 2015).

d. 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 des 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).

e. Le principe d'intangibilité des offres, qui interdit la modification de celles-ci après l'échéance du délai fixé pour leur dépôt, découle de l'art. 11 let. c AIMP qui proscrit les négociations entre l'entité adjudicatrice et les soumissionnaires (Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 222 n. 354). Il est également lié à la nécessité d'assurer l'égalité de traitement entre

- 11/16 - A/2125/2017 soumissionnaires (arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 du 30 avril 2010, consid. 6.1). Toutefois, l'autorité adjudicatrice est en droit de rectifier d'office les erreurs évidentes de calcul et d'écriture (art. 39 al. 2 RMP). En outre, elle peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre (art. 40 RMP). Néanmoins, elle ne saurait toutefois par ce biais porter atteinte aux principes d'intangibilité des offres et d'égalité de traitement entre soumissionnaires qui limitent le droit de procéder à des corrections ou requêtes de précisions après le dépôt des offres (arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 précité).

f. Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) 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. 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). La chambre administrative suit le raisonnement du Tribunal fédéral en la matière (ATA/1189/2017 du 22 août 2017 et les références citées). 6)

a. En l'espèce, le recourant considère que l'autorité intimée aurait violé le droit en ne l'interpellant pas sur les aspects considérés comme manquants, à l'instar de ce qu'elle avait fait par courrier électronique le 21 février 2017 pour les données techniques.

Le recourant ne conteste pas la définition des sept sous-critères du critère 3, ni leur pondération. Il ne nie pas non plus ne pas avoir fourni de réponse à trois des sept sous-critères, et, en particulier, il ne réfute pas l'absence de production d'un planning, principal sous-critère avec une pondération de 50 %. Il ne dément pas non plus que les informations sur les trois personnes-clé aient été peu détaillées, et que le « cahier des données santé et sécurité » constituant l'annexe

E. 17

ait été rempli de manière incomplète.

Le dossier d'appel d'offres (point 4.5) rappelait quant à lui que « l'adjudicateur se réserv[ait] le droit de poser des questions à un soumissionnaire dont le dossier posséd[ait] des informations douteuses ou imprécises. Le cas échéant, le soumissionnaire ne pourra[it] pas apporter d'éléments nouveaux ou modifier son offre au risque de se voir exclu de la procédure ».

Ainsi que le relève l'autorité intimée, interpellé le recourant sur les informations qu'il avait omises d'inclure dans son dossier, soit en l'occurrence celles qui touchaient à l'organisation de son entreprise, reviendrait à le laisser fournir de nouvelles informations et ainsi l'autoriser à compléter son offre. Tel

- 12/16 - A/2125/2017 n'est pas le cas de la sollicitation par courriel du 21 février 2017, laquelle visait à requérir de sa part un complément sur des informations figurant déjà au dossier, mais qui méritaient des précisions.

Le recourant n'ayant aucun droit à compléter son offre, et l'autorité disposant de surcroît d'une très grande liberté d'appréciation dans les questions qu'elle souhaite poser pour compléter un dossier, que la chambre de céans ne revoit qu'avec retenue, le grief sera écarté.

b. Par ailleurs, le recourant soutient que la note de 2,6 qu'il a obtenue à l'évaluation du critère 3 aurait été attribuée de manière arbitraire, ce que les commentaires relatifs aux autres soumissionnaires et, en particulier, au consortium, tels que formulés dans le document qu'il indique avoir reçu anonymement, confirmeraient.

Comme indiqué, le critère 3 était subdivisé en sept sous-critères. Le barème de notes appliqué par l'autorité intimée figurait au dossier d'appel d'offres et correspondait à celui du guide romand pour les marchés publics. Selon ce barème, la note 0 est attribuée au candidat qui n'a pas fourni l'information ou le document non éliminatoire demandé par rapport à un critère fixé. La note 1 correspond au cas du candidat qui a fourni un document ou une information dont le contenu ne répond pas aux attentes. La note 2 vise un contenu de l'information ou du document fournis qui ne répond que partiellement aux attentes, tandis que la note 3 est attribuée lorsque le contenu du document ou information répond aux attentes minimales, mais ne présente aucun avantage particulier par rapport aux autres candidats. La note 4 est donnée lorsque le contenu répond aux attentes, mais présente un minimum d'avantages particuliers par rapports aux autres candidats, et, enfin, la note maximale de 5 est octroyée au candidat qui a fourni une information ou un document dont le contenu présente beaucoup d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats.

Or, il ressort du dossier que le recourant n'a pas fourni de réponse s'agissant de trois des sept sous-critères, soit celui du planning, évalué à 50 %, et les deux en lien avec « l'organisation qualité du soumissionnaire » respectivement qualité et environnement, chacun pondéré à 10 %. Pour ces deux derniers sous-critères, le recourant a simplement coché les cases « non » pour indiquer qu'il ne disposait pas de certifications qualité et environnementale officielles et qu'il n'avait jamais élaboré ou appliqué un plan d'assurance qualité et un système de management environnemental. Il a laissé sans réponses les questions où il lui appartenait de développer sur quel système qualité il allait s'appuyer, ou encore quels étaient les principaux axes prévus pour le projet s'agissant du domaine environnemental. La note de 0 qu'il a reçue pour ces trois sous-critères n'apparaît donc pas arbitraire.

Par ailleurs, le recourant a donné une réponse incomplète pour deux autres sous-critères. Il n'a ainsi pas donné de renseignements sur le parcours des trois

- 13/16 - A/2125/2017 personnes-clé qu'il a citées et dont il faisait au demeurant partie, sans fournir de référence sur les entreprises et fonctions antérieures, malgré la mention explicite selon laquelle l'adjudicateur exigeait la remise des CV des personnes-clé. La note

1 qui lui a été attribuée n'apparaît ainsi pas non plus arbitraire.

Enfin, quant au cahier santé et sécurité de l'annexe 17, le recourant n'a aucunement rempli les tableaux relatifs respectivement à l'effectif prévu, à la surface minimale des locaux mis à disposition du personnel sur le chantier pendant la durée des travaux, ni à l'organisation des secours mis en œuvre. S'il a énuméré trois personnes-clé en la matière, il a à nouveau omis d'en préciser le parcours et d'en fournir le CV. La note de 2 obtenue s'agissant de ce sous-critère ne semble donc pas non plus attribuée de manière arbitraire.

La moyenne de 2,6 obtenue par l'addition des notes précitées n'apparaît en conséquence pas entachée d'arbitraire.

Par ailleurs, les considérations du recourant sur le contenu du rapport qu'il indique avoir trouvé dans sa boîte aux lettres ne permettent pas de remettre en question ce qui précède, étant rappelé que la procédure a démontré qu'il ne s'agissait que d'un rapport intermédiaire, contredit par le rapport final versé à la procédure et que le recourant a pu consulter. S'agissant en particulier de la remarque faite par un architecte selon laquelle l'offre du consortium ne devrait pas être prise en compte car le produit isolant proposé ne correspondait pas au cahier des charges, laquelle remarque figurait dans ledit rapport intermédiaire, il apparaît qu'un expert acousticien a dûment infirmé cette évaluation.

Aussi, en ne précisant pas pourquoi l'autorité intimée aurait dû lui octroyer une note supérieure à la note de 2,6 obtenue au critère 3, et en faisant simplement valoir que le dossier du consortium n'était pas meilleur que le sien, le recourant ne fait que substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, ce qui n'est pas admis (ATF 130 I 241 consid. 6.1 ; ATF 125 II 86 consid. 6).

La simple lecture du tableau et du rapport d'évaluation met en évidence que l'appelé en cause a été plus précis que le recourant dans les données fournies au pouvoir adjudicateur, en particulier en lien avec les sous-critères du critère 3.

En tout état, la question de savoir si le recourant méritait une note plus élevée au critère 3 n'est pas déterminante, dans la mesure où, comme le relève l'autorité intimée, même à accorder la note maximale aux quatre sous-critères auxquels le recourant a répondu, son offre obtiendrait 6 points au lieu de 2,6, ce qui ne modifierait pas le classement final. Pour que son offre passe au premier rang, il aurait fallu qu'une note supérieure à 1,6 lui soit accordée pour les quatre sous-critères auxquels il n'a pas, ou pratiquement pas répondu, ce qui supposerait que son offre soit complétée par les informations manquantes, ce que la réglementation précitée interdit.

- 14/16 - A/2125/2017

Enfin, il ne sera pas donné suite à l'observation du recourant sur la présence d'un employé licencié dans les membres suppléants du groupe d'évaluation, le recourant n'en ayant pas demandé la récusation en temps voulu alors qu'il lui appartenait de le faire immédiatement, son nom figurant déjà dans le dossier d'appel d'offres (ATA/229/2015 du 3 mars 2015). Au demeurant, ce fait ne permet pas de conclure que le consortium aurait été indûment avantagé au détriment du recourant. 7)

Le caractère illicite de la décision d'adjudication en cause n'ayant pas été démontré, c'est, en définitive, sans excès ou abus de leur pouvoir d'appréciation ni arbitraire que les TPG ont adjugé le marché public litigieux à l'appelé en cause. Le recours, infondé, sera rejeté. La question des dommages-intérêts ne se pose donc pas et ne sera pas examinée. 8)

Le document produit par le recourant, qualifié de « faux » par l'autorité intimée, objet d'une procédure pénale, n'étant pas déterminant pour la solution du litige, aucune transmission au Ministère public ne sera effectuée. 9)

Vu l'issue du recours, un émolument de CHF 1'300.- sera mis à la charge du recourant (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à l'autorité intimée, qui bénéficie d'un service juridique à même de traiter la procédure (ATA/1129/2017 du 2 août 2017 et l'arrêt cité).

* * * * *

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