

## **GE\_GERICHTE ATA/337/2010 vom 18. Mai 2010**

GE Cour de justice, 2010-05-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_337\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_337_2010)

FR: GE\_GERICHTE ATA/337/2010 du 18 mai 2010

IT: GE\_GERICHTE ATA/337/2010 del 18 maggio 2010

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le marché offert est soumis notamment à l'AIMP, au RMP ainsi qu'à la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'AIMP du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0).

La décision querellée expédiée sous pli recommandé le 14 septembre 2009 a été réceptionnée par la recourante le 23 septembre 2009. Le délai de dix jours venait à échéance le samedi 3 octobre 2009 et reporté au lundi 5 octobre 2009 en application de l'art. 17 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

Dès lors, le recours qui respecte le délai légal de dix jours des art. 15 al. 2 AIMP et 56 al. 1 RMP est recevable.

#### **E. 2**

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/155/2010 du 9 mars 2010 et les réf. citées).

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, limité aux dépenses qu'il a subies en relation avec les procédures de soumissions et de recours (art. 3 al. 3 L-AIMP).

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.

- 10/15 - A/3592/2009 c.

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. 3**

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 ainsi qu'à transposer les obligations découlant de l'accord GATT/OMC ainsi que de l'accord entre la communauté européenne et la Confédération suisse (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 données publiques (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, notamment 11 let. a et b AIMP).

### **E. 4**

La recourante qualifie les critères d'adjudication du marché en cause d'obsoletes.

Dans la mesure où la recourante entend discuter les critères d'adjudication, force est de constater que ces griefs sont tardifs. En effet, en application des art. 15 al. 1bis let. a AIMP et 55 let. a RMP, l'appel d'offres constitue une décision sujette à recours, de sorte que, conformément à la jurisprudence, les griefs sur ce point ne peuvent plus être invoqués dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision d'adjudication (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.47/2004 du 6 avril 2004 ; ATA/486/2009 du 29 septembre 2009 et les réf. citées).

En l'espèce, l'autorité adjudicatrice a fixé des critères d'adjudication et indiqué la pondération de chacun d'entre eux. Les critères choisis et le poids qui leur est donné sont pertinents et ne prêtent pas le flanc à la critique. L'élaboration, par le comité d'audition, d'une liste d'éléments permettant d'apprécier chacun des critères d'une manière uniforme, pouvant être qualifiée de grille d'évaluation des critères, est conforme à la pratique. A cet égard, l'analyse de cette grille d'évaluation montre qu'aucun des éléments y figurant n'est exorbitant aux critères annoncés et qu'aucun d'entre eux a une importance prépondérante, lui conférant un rôle équivalant à celui d'un critère (ATA/808/2005 du 29 novembre 2005, et les réf. citées).

### **E. 5**

L'art. 24 RMP a pour objet le choix des critères :

- 11/15 - A/3592/2009

« 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 ».

### **E. 6**

Aux termes de l'art. 39 RMP, l'autorité adjudicatrice examine la conformité des offres au cahier des charges et contrôle leur chiffrage (al. 1), cas échéant, corrige les erreurs évidentes, telles que les erreurs de calcul et d'écriture (al. 2).

### **E. 7**

S'agissant de la notation, la grille d'évaluation du 29 juin 2009, ainsi que les procès-verbaux d'audition des soumissionnaires du 1er septembre 2009 permettent de vérifier que chacun des postes des critères d'adjudication a été examiné par l'autorité adjudicatrice. Chaque entreprise soumissionnaire s'est vu doter d'une note correspondant à

l'estimation du comité d'audition. Au demeurant, le but de cette séance était clairement annoncé dans la convocation du 3 août 2009. En particulier, les soumissionnaires devaient présenter des échantillons. L'organisation d'une telle séance est au demeurant parfaitement compatible avec l'art. 40 RMP qui dispose que l'autorité adjudicatrice peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre (al. 1). Les explications sont en principe fournies par écrit ; si elles sont recueillies au cours d'une audition, un procès-verbal sera établi et signé par les personnes présentes (al. 2).

Au demeurant, l'autorité adjudicatrice est libre de choisir la méthode qu'elle entend utiliser pour noter les offres qui lui sont soumises. La loi ne lui impose aucune méthode de notation particulière. Le choix de la méthode de notation relève ainsi du pouvoir d'appréciation de l'autorité adjudicatrice, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (Arrêt du Tribunal fédéral 2P/172/2002 du 10 mars 2003 consid. 3.2 ; ATA A/201/2001 du 24 avril 2001 consid. 9 ; D. ESSEIVA, note ad S12 in DC 2/2003, p. 62). L'opportunité du choix de la méthode de notation ne peut être revue par l'autorité de recours (cf. art. 16 al. 2 AIMP). De surcroît, aucune norme n'impose à l'autorité adjudicatrice de faire connaître à l'avance la méthode de notation qu'elle utilisera (Arrêt du Tribunal fédéral 2P/172/2002 du 10 mars 2003 consid. 2.3 ; Arrêt du Tribunal administratif vaudois du 26 janvier 2000 in DC 2/2001, p. 67 et note de D. ESSEIVA ; O. RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, RDAF I 2001, p. 406).

En l'occurrence, les pièces produites par l'autorité intimée permettent de vérifier que les membres du comité d'audition ont effectué une appréciation individuelle des candidatures, en fonction des critères d'adjudication publiés.

## **E. 8**

La recourante s'élève contre le fait que l'appelée en cause s'est vu attribuer le marché malgré la note 0 qui lui était attribuée pour le critère organisationnel. Selon elle, une telle note est éliminatoire. Elle se réclame à cet égard de l'art. 42 al. 1 RMP lequel, sous le titre « exclusion de la procédure » stipule que l'offre est

- 12/15 - A/3592/2009 écartée d'office lorsque le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non-conforme aux exigences ou aux cahiers des charges (let. a) ; ne répond pas ou plus aux conditions pour être admis à soumissionner (let. b) ; a fourni de faux renseignements (let. c) ; n'a pas justifié les prix d'une offre anormalement basse conformément à l'art. 41 RMP (let. e) ; fait l'objet d'une sanction entrée en force prononcée en application de l'art. 13 de la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005 (let. f).

La première constatation qui s'impose est que l'article précité ne contient pas comme clause d'exclusion le résultat de l'un ou l'autre des critères d'adjudication.

Par ailleurs, il résulte du procès-verbal d'évaluation que le critère organisationnel était composé de trois éléments d'appréciation. La recourante a obtenu pour les deux premiers critères la note 0 et pour le troisième la note 1, soit un total de 1, alors que Di Chiara a obtenu pour les trois sous-critères la note 0, à l'instar d'ailleurs des deux autres soumissionnaires.

La FVGLS s'est expliquée sur ce critère : la note 0 ne veut pas dire que l'entreprise n'est pas organisée, mais simplement qu'elle n'a pas produit les documents nécessaires à l'appréciation du critère en cause. En tout état, la recourante ayant elle aussi obtenu pour

deux sous-critères la note 0, le raisonnement qu'elle soutient à propos de l'exclusion de Di Chiara devrait se retourner, si l'on devait le suivre, contre elle-même.

#### **E. 9**

Pour la recourante, l'offre de Di Chiara était anormalement basse au sens de l'art. 41 RMP. En application de cette disposition, l'autorité adjudicatrice devait demander aux soumissionnaires de justifier ses prix selon la formule prévue à l'art. 40 al. 2 RMP.

Le Tribunal fédéral a plusieurs fois rappelé la règle selon laquelle une offre particulièrement favorable - le cas échéant, même inférieure au prix de revient - n'était pas impérativement à exclure si les renseignements fournis par le soumissionnaire permettait de conclure qu'il était capable d'exécuter à satisfaction (Arrêt du Tribunal fédéral 2D\_44/2009 du 30 novembre 2009 et les réf. citées).

En l'occurrence, la recourante affirme que l'offre de Di Chiara était de 20 % moins élevée que celle des trois autres soumissionnaires. Or, à l'examen des pièces du dossier, il apparaît que la moyenne des offres est de CHF 843'597.-. L'offre de Di Chiara (CHF 740'972,35) est de 12,17 % moins élevée que la moyenne précédemment indiquée, de 7,38 % moins chère que l'estimation des travaux (CHF 800'000.-), de 7,15 % inférieure à celle de la recourante. Dans ces conditions, c'est à juste titre que l'autorité adjudicatrice a constaté que l'offre de Di Chiara n'était pas anormalement basse et que partant, elle ne l'a pas interpellée.

- 13/15 - A/3592/2009

Ce grief sera donc rejeté.

#### **E. 10**

Concernant le critère « référence et expérience » la recourante et l'appelée en cause ont obtenu la même note, à savoir 2,66 points. Ces deux entreprises ont également obtenu le même nombre de points pour chacun des éléments d'appréciation de ce critère. A cet égard, les critiques de la recourante procèdent d'une autoévaluation de sa propre entreprise alors qu'il apparaît que la FVGLS a pris en considération, à valeur égale, les réalisations des deux soumissionnaires en question et leur engagement dans la formation continue à la formation professionnelle. Cette appréciation, reposant sur les indications tenues par les soumissionnaires dans les documents, s'inscrit dans le large pouvoir qui est celui de l'autorité adjudicatrice et qui ne peut être sanctionné qu'en cas d'abus ou d'excès.

#### **E. 11**

Au vu de ce qui précède, il apparaît qu'aucune violation de l'art. 43 RMP ne peut être retenue dans l'attribution du marché discuté. Le tribunal de céans ne saurait se substituer à l'appréciation du pouvoir adjudicateur, lequel n'a pas mésusé de son pouvoir d'appréciation en attribuant le marché à la société appelée en cause. Il s'ensuit que le recours sera rejeté. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe, laquelle sera par ailleurs condamnée à verser à la FVGLS une indemnité de procédure de CHF 1'500.- et une indemnité du même montant à Di Chiara (art. 87 LPA).

\* \* \* \* \*