

GE_GERICHTE ATA/338/2010 vom 18. Mai 2010

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

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_338_2010

FR: GE_GERICHTE ATA/338/2010 du 18 mai 2010

IT: GE_GERICHTE ATA/338/2010 del 18 maggio 2010

Erwägungen

E. 23

Les parties ont été entendues en audience de comparution personnelle le 17 mars 2010.

M. Chillemi a précisé qu'il avait présenté la soumission demandée accompagnée d'une variante, car à son avis, l'isolation thermique qui était indiquée n'était pas adéquate. Dans un bâtiment, il s'agissait en effet d'une isolation phonique. Il avait donc rempli l'offre demandée pour une isolation thermique avec une variante pour l'isolation phonique. Il lui semblait qu'aucun des concurrents n'avait vu le problème.

La FVGLS a confirmé que la soumission contenait une erreur au sujet de l'isolation. C'était à la réception de l'offre de Chillemi qu'elle l'avait constatée et elle avait envoyé un courrier le 21 juillet 2009 à tous les soumissionnaires afin qu'ils complètent leur offre. Il était exact que Chillemi était la seule entreprise à avoir déposé d'entrée de cause la soumission demandée ainsi que l'offre corrigée qu'elle avait intitulée « variante ».

La FVGLS s'était rendue compte que la soumission comportait une autre erreur concernant les quantités de l'article 615.201 (dix fois trop importantes). Elle avait demandé à tous les soumissionnaires de compléter leur offre originale sur ces deux questions.

Le représentant de Lirom a déclaré, qu'à son avis, il n'y avait pas d'erreur dans la soumission. Son entreprise l'avait remplie telle quelle car les soumissionnaires n'avaient pas le droit de modifier les soumissions. Il avait donné suite au courrier du 21 juillet 2009 en remettant ses prix à l'adjudicataire.

La FVGLS a confirmé qu'il n'y avait pas eu d'ouverture publique des offres et qu'aucun des soumissionnaires n'avait eu connaissance des offres des concurrents. Aucun d'entre eux n'avait demandé des renseignements suite à l'ouverture des offres.

Chillemi avait obtenu la note 5 pour l'élément d'appréciation « pertinentes éventuelles propositions alternatives » du critère « référence et expérience » pour tenir compte du fait qu'elle avait attiré l'attention du maître de l'ouvrage sur l'erreur contenue dans la soumission au sujet de l'isolation. La note 3 avait été attribuée à Lirom pour le même sous-critère dès lors que l'offre de cette dernière correspondait au critère minima de la soumission. Cette note de 3 n'était que l'application du guide romand sur les marchés publics.

- 9/17 - A/3594/2009

M. Chillemi a estimé que Lirom aurait dû obtenir la note de 0 pour ce sous-critère.

S'agissant du critère organisationnel, M. Chillemi a déclaré qu'à sa connaissance, aucune entreprise de chape n'avait de contremaître, car ce poste ne se justifiait pas dans ce métier. En revanche, son entreprise disposait d'un chef d'équipe. C'était d'ailleurs de cette manière

qu'il avait décrit le responsable de chantier dans la soumission. Il n'avait donc pas donné de curriculum vitae pour le contremaître, étant donné qu'il n'avait pas un tel poste dans son entreprise. Il relevait par ailleurs que dans la soumission figurait la mention « joindre éventuellement les CV » (0.4.7).

La fondation a répondu que le chiffre 0.4.7 de la soumission devait se lire en relation avec le chiffre 10.6 des critères d'adjudication, lequel détaillait notamment sous chiffre 2 les critères d'organisation. A cet endroit, il était expressément précisé qu'il fallait joindre le CV du contremaître.

Concernant les références, M. Chillemi a confirmé avoir rempli trois références, car c'était ce qui lui était demandé. La FVGLS a relevé que l'une des références ne lui semblait pas en adéquation avec la taille du chantier, raison pour laquelle la note 3 avait été attribuée. Il est apparu à cette occasion que le formulaire annexé à la soumission rempli par Chillemi contenait une erreur. Pour la référence no 3, la somme de CHF 40'000.- était indiquée, alors qu'en réalité, il s'agissait de CHF 550'000.-. Cela étant, M. Chillemi a relevé que lors de son audition, il avait remis une liste complète de références.

M. Chillemi a encore précisé que deux ans auparavant, il avait été confronté à un problème analogue avec Tekhne : la soumission comportait également une erreur au niveau de l'isolation. Il en avait fait la remarque lors de l'ouverture des offres, mais on l'avait envoyé « promener ». Quelques jours plus tard, Tekhne avait adressé à tous les soumissionnaires une lettre allant dans le sens de Chillemi pour qu'ils complètent leur offre.

Tekhne a expliqué que dans le domaine des marchés publics, l'offre jugée économiquement la plus avantageuse était celle qui était le plus en adéquation avec le marché proposé. Il s'agissait d'une appréciation globale qui ne tenait pas seulement compte du prix, mais de l'ensemble des prestations offertes par les soumissionnaires et appréciées selon le tableau multicritères. Il y avait sans aucun doute un certain courage de la part du mandataire du maître de l'ouvrage et de ce dernier d'attribuer un marché public à une entreprise dont les prix étaient plus élevés que ceux des autres soumissionnaires, mais qui sur la base du tableau multicritères apparaissait la plus performante pour le marché en question.

E. 24

Sur quoi, et comme mentionné à la fin de l'audience susmentionnée, la cause a été gardée à juger.

- 10/17 - A/3594/2009 EN DROIT 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 ; art. 55 let. c et 56 al. 1 RMP).

La décision querellée expédiée sous pli recommandé le 14 septembre 2009 a été réceptionnée par la recourante le 24 septembre 2009. Le délai de dix jours venait à échéance le dimanche 4 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. 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. 2 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.

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.

- 11/17 - A/3594/2009 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). 4.

Le premier grief de la recourante a pour objet la prise en compte des offres établies suite à la demande de clarification du 21 juillet 2009, courrier dans lequel cette dernière avait également rectifié les erreurs contenues dans la soumission au sujet des postes concernant l'isolation.

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). L'art. 40 RMP stipule que l'autorité adjudicatrice peut demander au soumissionnaire des explications relatives à leur aptitude et à leur offre (al. 1). Les explications sont en principe fournies par écrit (al. 2).

Au regard de ce qui précède, la démarche du 21 juillet 2009 de la FVGLS est conforme au droit.

La recourante voit dans ce mode de procéder une violation du principe de transparence régissant la passation des marchés publics (art. 1 al. 2 let. c AIMP) selon lequel le pouvoir adjudicateur ne peut plus modifier les critères d'adjudication et leur ordre d'importance, après leur communication aux soumissionnaires. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur n'a pas modifié les critères d'adjudication ni leur ordre d'importance, mais a demandé des précisions, voire des correctifs à apporter aux offres. Tous les soumissionnaires étant mis sur pied d'égalité, il s'ensuit de la démarche de la FVGLS qu'elle ne s'apparente en aucune manière à une violation du principe de transparence. L'on ne saurait donc retenir, comme l'affirme la recourante, que les offres déposées par les soumissionnaires suite à la demande de précisions de la FVGLS constituent de nouvelles offres qui seraient tardives puisque déposées au-delà du délai fixé dans les documents d'appel d'offres. 5.

La recourante critique la notation des critères d'adjudication.

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

- 12/17 - A/3594/2009 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/176/2007 du 17 avril 2007, consid. 8 ; 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 matière de prix en particulier, la notation s'effectue en fonction de règles qui définissent la manière de transformer des informations formulées en francs (le prix) en note (cf. D. ESSEIVA, note ad S10-S13 in DC 2/2002, p. 76). La pratique démontre qu'il existe une multitude de méthodes de notation qui permettent d'arriver à des résultats très différents, d'où un risque de manipulations de la part de l'adjudicateur (cf. D. ESSEIVA, L'évolution du droit des marchés publics de construction, 2002, p. 9 s.). Sachant que toutes les méthodes de notation présentent un aspect critiquable, l'autorité de recours n'interviendra cependant que dans la mesure où la méthode retenue est arbitraire.

Selon l'art. 43 RMP, l'évaluation est faite selon les critères prédéfinis conformément à l'art. 24 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).

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/94/2005 du 1er mars 2005, consid. 2, et la jurisprudence citée).

Le Tribunal administratif relèvera encore que 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 et que le résultat de l'évaluation des offres a fait l'objet d'un tableau comparatif.

- 13/17 - A/3594/2009

Il s'ensuit que la procédure prévue par l'art. 43 al. 1 et 2 RMP a été parfaitement respectée par la FVGLS. 6.

La recourante soutient que son offre devait être considérée comme la plus avantageuse, dès lors qu'elle était plus vaste que celle de l'adjudicataire.

Aux termes de l'art. 43 al. 3 RMP, 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.

Selon l'al. 4, l'adjudication de biens largement standardisés peut intervenir selon le critère du prix le plus bas.

Ainsi, en dehors de l'hypothèse du marché portant sur des biens largement standardisés, non applicable en l'espèce, le prix est un critère d'adjudication parmi d'autres. Il en découle premièrement que ce n'est pas nécessairement l'offre la meilleure marché qui obtiendra l'adjudication. Deuxièmement, chacun des critères doit faire l'objet d'une appréciation, en principe sous forme de notation, l'adjudication étant prononcée en faveur de l'offre qui aura obtenu le plus grand nombre de points (cf. D. ESSEIVA, note ad S10-S13 in DC 2/2002, p. 76).

Il résulte de la jurisprudence développée en relation avec l'art. 43 RMP - dont la teneur est largement identique à celle de l'art. 39a RMP - que 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'adjudicataire peut alors se fonder exclusivement sur le critère du prix (ATA/278/2002 du 26 novembre 2002).

En l'espèce, les travaux de chape ne sont pas des biens standardisés. La qualité du travail et la spécificité de l'organisation et de l'expérience sont des éléments essentiels à la bonne réalisation des travaux. Dans ces circonstances, l'autorité adjudicatrice ne pouvait, sauf à violer les dispositions sur le droit des marchés publics, se fonder exclusivement sur le critère du prix. 7.

S'agissant du montant des offres, il faut constater qu'elles sont très proches l'une de l'autre, celle de Chillemi s'élevant à CHF 333'574,82 TTC et celle de Lirom à CHF 356'517,03 TTC. Celle de la recourante étant moins chère, il est logique qu'elle ait obtenu la note la plus haute pour ce critère (5), soit 250 points alors que l'appelée en cause n'a obtenu que la note de 4,38, soit 218,86. 8.

En ce qui concerne le critère organisationnel, la recourante estime qu'elle aurait dû obtenir une note au moins égale à celle de l'appelée en cause, soit 4, en lieu et place de 1,80.

- 14/17 - A/3594/2009

L'examen du procès-verbal d'évaluation conduit aux constatations suivantes.

Le premier élément d'appréciation est celui de l'organisation générale de l'entreprise. Le comité d'audition a relevé que Chillemi ne possédait aucun système d'organisation particulier et qu'il n'avait pas fourni de document relatif à l'organigramme fonctionnel. Elle s'est vu attribuer la note de 0,5 pour cet élément d'appréciation. Quant à Lirom, elle ne possédait pas davantage un système d'organisation particulier mais elle avait fourni un organigramme fonctionnel, qui établissait sans équivoque la répartition des responsabilités en rapport avec le type de marché. Elle s'était donc vu attribuer la note de 3 pour cet élément d'appréciation.

Pour le second élément d'appréciation, « organisation du chantier », le comité d'audition a retenu un effectif de l'entreprise de quinze personnes et un effectif du chantier de trois-quatre personnes pour Chillemi, alors que pour Lirom, l'effectif de l'entreprise était de vingt-six personnes et l'effectif du chantier de trois à cinq personnes. Cette dernière a obtenu la note de 4 alors que Lirom obtenait la note de 5. Or, la différence de la notation tient à une personne de plus pour l'effectif du chantier. A cet égard, on pourrait admettre que Chillemi se voie attribuer la note de 5 en lieu et place de celle de 4.

Quant au troisième élément d'appréciation de ce critère, consacré en particulier au CV du contremaître, le groupe d'audition a retenu que le dossier présenté par Chillemi était incomplet et qu'il était notamment impossible de juger de la compétence des personnes affectées au chantier, alors que les documents présentés par Lirom permettaient de le faire. Chillemi s'est donc vu attribuer la note de 1 alors que Lirom a reçu la note de 4.

Au vu de ce qui précède, si l'on devait admettre que le deuxième élément d'appréciation peut-être réhaussé pour Chillemi, l'on arrive aux résultats suivants :

Pour Chillemi : $0,5 + 5 + 1$, soit $6,5 : 3 = 2,01$;

Pour Lirom : $3 + 4 + 5$, soit $12 : 3 = 4. 9$.

S'agissant du critère « référence et expérience », Chillemi s'est vu attribuer la note de 5 pour l'élément d'appréciation « pertinence d'éventuelles propositions alternatives (...) ». Ce faisant, l'autorité adjudicatrice a effectivement retenu que la recourante avait décelé d'entrée de cause l'erreur contenue dans la soumission de base au sujet de l'isolation. En conséquence, elle a attribué la note maximale à Chillemi alors que Lirom n'obtenait que la note de 3 pour cet élément d'appréciation.

- 15/17 - A/3594/2009

En revanche, l'erreur de plume commise par Chillemi dans les documents annexés à la soumission, lui a valu une note de 3, alors que Lirom, dont les références étaient complètes, a obtenu la note de 5.

Au final, les deux entreprises ont obtenu la même note pour ce critère, à savoir 2,66. 10.

Il résulte de ce qui précède que - dût-on retenir que Chillemi s'est vu noter trop sévèrement le second élément d'appréciation du critère « organisation » et qu'en lieu et place de 1,8, c'est la note de 2,1 qui pourrait lui être attribuée, - les résultats seraient les suivants :

Total des notes Chillemi : $5 + 2,01 + 2,66 = 9,67$;

Total des notes Lirom : $4,38 + 4 + 2,68 = 11,04$.

Ainsi, même dans l'hypothèse la plus favorable à la recourante, c'est à juste titre que la FVGLS a estimé que l'offre de Lirom devait être considérée globalement comme la plus

avantageuse et que le marché lui a été attribué. 11.

En conséquence, aucune violation de l'art. 43 RMP ne peut-être retenue dans l'attribution du marché discuté. Le Tribunal administratif ne saurait se substituer à l'appréciation du pouvoir adjudicateur, dans une mesure plus importante que ce qu'il a fait ci-dessus. Le recours doit ainsi être rejeté. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe. Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à la FVGLS et une indemnité du même montant à Lirom, à la charge de la recourante (art. 87 LPA).

* * * * *

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