

GE_GERICHTE ATA/383/2012 vom 13. Juni 2012

GE Cour de justice, 2012-06-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_383_2012

FR: GE_GERICHTE ATA/383/2012 du 13 juin 2012

IT: GE_GERICHTE ATA/383/2012 del 13 giugno 2012

Erwägungen

E. 1

a. Les Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) ont lancé, par publication dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève du 31 octobre 2011 un appel d'offres en procédure ouverte, soumis à l'accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0632.231.422) ainsi qu'aux accords internationaux, à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), sur le marché des travaux de construction, portant sur un projet référencé 3300, ayant pour titre : 012, installations électriques à courant fort et faible, désigné selon le vocabulaire commun des marchés publics « CPV : 45215000 - Travaux de construction de bâtiments liés à la santé et aux services sociaux de crématoriums et de toilettes publiques ».

Il s'agissait de procéder à l'installation du système électrique du bâtiment des laboratoires (ci-après : BATLab), sis 30, rue Lombard, pour lequel les HUG avaient obtenu un permis de construire le 31 août 2011 et dont la construction a débuté.

Les offres devaient être déposées d'ici au 16 décembre 2011, les travaux devant être exécutés entre le 9 janvier 2012 et le 28 mars 2014.

Les critères d'adjudication étaient décrits dans les documents du dossier d'appel d'offres disponible via le site www.simap.ch.

E. 2

Selon les conditions administratives figurant dans le dossier d'appel d'offres :

a. L'évaluation des offres se basait exclusivement sur celles-ci ainsi que sur les indications fournies par les soumissionnaires et sur les informations demandées par les HUG. L'évaluation ne reposait que sur des critères annoncés aux soumissionnaires préalablement. L'adjudication était faite au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse.

b. Les critères d'adjudication et leur pondération figurant dans le dossier d'appel d'offres étaient les suivants :

- prix : 40 % ;

- qualité de l'offre (R15) 30 % ;

- organisation du candidat pour satisfaire les exigences du client (30 %).

c. Un critère d'adjudication pouvait être divisé en éléments d'appréciation. Si le nombre et l'ordre d'importance des critères étaient définitifs et annoncés préalablement, les HUG se réservaient le droit de fixer autant d'éléments d'appréciation qu'il était nécessaire pour

départager les soumissionnaires, ceci en respectant l'égalité de traitement et le principe de la transparence. Les éléments

- 3/8 - A/1550/2012 d'appréciation devaient être en relation directe avec un des critères principaux. Le barème des notes était de 0 à 5, avec précision jusqu'au centième, notamment pour le prix. Les HUG n'avaient pas d'obligation de noter les sous-critères ou les éléments d'appréciation. Le cas échéant, ils donneraient des appréciations qui permettraient de noter le critère générique.

d. La notation du prix se ferait suivant la méthode T3, soit par application de la formule suivante :

note offre X = ([coût de l'offre la moins disante/coût de l'offre X]³ x 5).

e. Les HUG procéderaient eux-mêmes à l'évaluation des offres. Ils avaient mis en place à cette fin un comité d'évaluation dont ils donnaient le nom des membres.

f. La décision d'adjudication serait notifiée par écrit, sommairement motivée, aux soumissionnaires qui avaient participé à la procédure et dont l'offre était recevable. Chacun d'eux recevrait un tableau d'analyse multicritères qui indiquerait les résultats de tous les soumissionnaires, sans mention de l'identité des autres participants, hormis celle de l'adjudicataire.

E. 2.1

Présentation, structure, intelligibilité : Présentation (coeff. 1) 3 5 Structure (titres, chapitres, respect texte de la soumission) (coeff. 1) 5 5

- 4/8 - A/1550/2012 Respect ordre positions (coeff. 1) 5 5 Toutes positions renseignées (texte et renseignements compl.) (coeff. 5) 4 4,5

E. 2.2

Respect du métré : Toutes positions renseignées (montants et détails techniques) (coeff. 2) 5 5 Totaux partiels intermédiaires (coeff. 1) 5 5 Récapitulation totaux partiels (en début ou en fin) (coeff. 1) 5 5

E. 2.3

Respect des marques préconisées (100 %) ou équivalent (50 %) (coeff. 14) 5 5 Plus-value technique (solution avantageuse, innovante) 0 0 Note critère 2 4,10 4,25 Points obtenus 123 127,50 Critère 3 : Organisation du candidat pour satisfaire les exigences du client (30 %)

E. 3

Dans le délai imparti, Cablex S.A. (ci-après : Cablex) a fait parvenir une soumission aux HUG. Le prix de son offre s'élevait à CHF 3'490'139,75.- toutes taxes comprises (ci-après : TTC).

E. 3.1

Capacité et disponibilité du personnel (coeff. 7,5) 4,5 4

E. 3.2

Capacité du bureau d'étude (coeff. 7,5) 4,5 4

E. 3.3

Expérience et travaux similaires déjà réalisés sur d'autres sites (coeff. 7,5) 5 5

E. 3.4

Expérience et travaux similaires déjà réalisés au sein des HUG (coeff. 7,5) 4,5 0 Note
critère 3 4,63 3,25 Points obtenus 138,75 97,50 Total des points obtenus 437,02 425

E. 4

Dans le même délai, Sedelec S.A. (ci-après : Sedelec) a déposé une offre pour un montant total de CHF 3'665'000.- TTC.

E. 5

Le 8 mai 2012, les HUG ont écrit à Cablex. Le marché pour lequel elle avait déposé une offre avait été adjugé à Sedelec, dont l'offre avait été considérée comme économiquement la plus avantageuse, pour le montant de CHF 3'406'408.- hors taxes (HT). Cablex avait été classée au deuxième rang sur les sept offres évaluées.

E. 6

Il ressort du rapport de notation des offres du 30 avril 2012 (soit du rapport de notation du prix, d'analyse multicritères et de détail des notes), les éléments suivants : Critères & éléments d'appréciation Note de Sedelec Note de Cablex Critère 1 : Prix (par la méthode T3) 40 % 4,38 5 Points obtenus 175,27 200 Critère 2 : Qualité de l'offre (30 %)

E. 7

Par acte déposé le 21 mai 2012, Cablex a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision d'adjudication du 8 mai 2012 reçue le 11 mai 2012. Préalablement, elle sollicitait la restitution de l'effet suspensif et, sur le fond, elle concluait à l'annulation de ladite décision.

Les HUG avaient violé le principe de transparence en recourant lors de l'évaluation des soumissions à l'utilisation d'un sous-critère, qui n'avait pas été mentionné dans le dossier d'appel d'offres. Il s'agissait du sous-critère « 3.3 expériences et travaux similaires déjà réalisés au sein des HUG ». Le recours à ce sous-critère contrevenait également au principe de non-discrimination et d'égalité de traitement. Il était en effet étranger à l'adjudication dès lors qu'il n'était pas propre à permettre l'adjudication du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse. Il fallait, pour que l'utilisation d'un critère soit admissible, que les aspects examinés au

- 5/8 - A/1550/2012 titre de ce critère soient de mettre en évidence un avantage significatif ou encore clairement identifiable dans le cadre de l'exécution du marché. Tel n'était pas le cas de ce critère. Il avait encore un aspect discriminatoire car il favorisait l'entreprise ayant déjà travaillé pour le pouvoir adjudicateur. Assorti d'un coefficient de 7,5, il accordait en outre un avantage injustifié à un soumissionnaire pour le motif qu'il avait œuvré pour le même adjudicateur. Il doublait un sous-critère existant déjà portant sur les références du soumissionnaire.

La recourante s'était vu attribuer la note 0 pour ce sous-critère, qui procédait d'un abus de pouvoir d'appréciation de pouvoir adjudicataire. Selon le barème des notes du dossier d'appel d'offres, la note 0 sanctionnait un candidat qui n'avait pas fourni l'information ou le document non-éliminatoire demandé par rapport à un critère fixé. Or, la recourante avait mentionné au titre des références un marché exécuté pour le compte des HUG entre mars 2010 et mars 2011. Elle bénéficiait d'une expérience pour le compte de l'adjudicateur, ce qui permettait d'emblée d'exclure la note de 0, ledit marché portant sur des installations

électriques à courant faible qui faisaient partie du marché objet du litige.

Concernant la restitution de l'effet suspensif, cette mesure devrait être ordonnée par la chambre de céans, faute de quoi les droits de la recourante seraient irrémédiablement préterités. Cette mesure s'imposait au vu des violations de la loi qui pouvaient d'ores et déjà être constatées.

E. 8

Le 1er juin 2010, les HUG ont conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif. Le recours n'avait aucune chance de succès. Ils avaient respecté le principe de transparence. Celui-ci n'exigeait en effet pas la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendaient uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui était communément observé pour définir le critère principal ou que l'adjudicateur leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalant à celui d'un critère publié. Le sous-critère querellé ne se trouvait pas dans cette situation. Il était pertinent, pondéré de manière identique aux autres sous-critères relatifs à l'organisation du candidat pour satisfaire les exigences du client. Il ne discriminait pas la recourante dès lors qu'il permettait d'évaluer les connaissances du soumissionnaire quant aux installations et aux spécificités techniques des HUG ainsi qu'à leurs capacités quant à la tenue du chantier au regard des contraintes. L'appréciation de l'offre de la recourante n'avait pas été arbitraire concernant l'application de ce sous-critère. Calex ne bénéficiait pas de l'expérience requise. En effet, la seule expérience dont elle pouvait se prévaloir pour les prestations effectuées en faveur des HUG concernait l'installation d'un réseau GSM, marché qui n'avait rien de similaire avec le présent.

Il y avait un intérêt public prépondérant à permettre que la construction du BATLab ne soit pas entravée par un blocage lié à la présente procédure. L'intérêt public à la poursuite des travaux était prépondérant à l'intérêt privé de la recourante.

- 6/8 - A/1550/2012 Considérant, en droit, que : 1.

Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est recevable de ces points de vue (art. 15 al. 2 AIMP). 2.

Aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, restituer cet effet pour autant qu'il paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP). 3.

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/752/2011 du 8 décembre 2011 ; ATA/614/2011 du 28 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/214/2011 du 1er avril 2011, et la jurisprudence citée). 4.

« 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 chance 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 » (B. BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in J.-B. ZUFFEREY / H. STÖCKLI, *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, pp. 311-341, n. 15 p. 317). 5.

La recourante conteste, au nom des principes de la transparence et de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, l'usage par le pouvoir adjudicateur d'un sous-critère ne figurant pas dans ceux publiés dans les documents d'appel d'offres, qui attribuait des points en fonction des chantiers que le soumissionnaire avait déjà menés pour le compte des HUG.

Un tel sous-critère représente un quart du critère principal n° 3 auquel il est rattaché et auquel est attribué un coefficient de 30 %. Son poids représente 7,5 % du référentiel, ce qui ne permet pas, *prima facie*, de retenir qu'il jouait un rôle équivalant à un critère principal, nécessitant qu'il soit annoncé dans les documents d'appel d'offres (Arrêt du Tribunal fédéral 2P_172/2002 du 10 mars 2003 ; ATA /94/2005 du 1er mars 2005).

Quant à l'incompatibilité de celui-ci avec l'interdiction de la discrimination entre soumissionnaires, elle ne s'impose pas d'emblée, dès lors qu'à première vue, un certain droit peut être reconnu au maître de l'ouvrage de prendre en considération l'expérience et la connaissance que les entreprises soumissionnaires ont des lieux ou de la structure dans laquelle va se dérouler le chantier, du moins si cela ne conduit pas à favoriser par trop l'une ou l'autre de celles-ci par une trop grande importance accordée au sous-critère en question.

- 7/8 - A/1550/2012

Tel ne paraît pas être le cas en l'espèce. Ce dernier fait partie de quatre sous-critères permettant de procéder à la notation du critère n° 3 dont l'objectif est d'apprécier la qualité de la prestation que le soumissionnaire pourra fournir. Il se distingue du sous-critère 3.3 qui concerne l'expérience acquise par les soumissionnaires dans le cadre de chantiers de tiers. Ces éléments et le poids relatif attribué à ce sous-critère, de coefficient identique à celui des sous-critères 3.1, 3.2 et 3.4, ne conduisent pas à retenir *prima facie* que son usage génère une inégalité de traitement entre soumissionnaires. 6.

La recourante conteste également la note 0 qui lui a été attribuée au regard du sous-critère en question. Ce faisant, elle substitue son appréciation à celle des évaluateurs et ne démontre pas, à ce stade de la procédure, l'arbitraire de cette notation, une installation GSM ayant pour objet la transmission d'ondes et non de courant faible, et cette question devant, au-delà de ce constat, faire l'objet d'une instruction. 7.

A priori, le recours n'a donc que des chances ténues de succès. En outre, l'intérêt public à ce que le chantier du BATLab puisse aller de l'avant dans le respect des délais impartis l'emporte sur l'intérêt privé de la recourante à faire valoir ses droits. Vu les art. 58 RMP, 66 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) et 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010, la requête en restitution de l'effet suspensif sera rejetée.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE rejette la requête en restitution de l'effet suspensif; réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ; dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ; communique la présente décision, en copie, à Me Amédée

Kasser, avocat de la recourante Cablex S.A., ainsi qu'à Me Pierre Martin-Achard, avocat des Hôpitaux universitaire de Genève.

- 8/8 - A/1550/2012

La présidente :

E. Hurni

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

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