

GE_GERICHTE ATA/492/2018 vom 22. Mai 2018

GE Cour de justice, 2018-05-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_492_2018

FR: GE_GERICHTE ATA/492/2018 du 22 mai 2018

IT: GE_GERICHTE ATA/492/2018 del 22 maggio 2018

Regeste

Résumé: La décision d'adjudication de la ville étant, en tous points, conforme au droit, les recours sont rejetés. L'évaluation du prix des offres échappe à tout grief d'arbitraire, le pouvoir adjudicateur a correctement appliqué la méthode T2, plaçant l'adjudicataire en première position au vu du prix proposé. Ce dernier n'a en particulier pas violé les principes de l'égalité de traitement et de transparence en considérant que l'offre de l'adjudicataire n'était pas anormalement basse. L'évaluation des offres, sous l'angle du critère de la qualité technique des échantillons, n'est constitutive d'aucun excès ou abus de son pouvoir d'appréciation, pas plus qu'elle n'est arbitraire.

Erwägungen

E. 26

septembre 2010 - LOJ - E 2 05). 2)

Le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, à l'exception du grief d'inopportunité (art. 16 al. 1 et 2 AIMP ; art. 57 al. 1 et 2 RMP). 3) a. À titre préalable, il convient d'examiner la recevabilité des recours, sous l'angle de la qualité pour recourir des recourants, le pouvoir adjudicateur contestant notamment celle du consortium RADELET.

b. La qualité pour recourir appartient à toute personne touchée directement par une décision et ayant un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 60 let. b de la loi sur la procédure administrative du 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/322/2018 du 10 avril 2018 consid. 2a ; ATA/360/2014 du 20 mai 2014 consid. 3a).

Le contrat ayant été conclu avec l'adjudicataire (art. 46 RMP), se pose la question de l'intérêt digne de protection des recourants au maintien du recours.

c. En matière de marchés publics, l'intérêt actuel du soumissionnaire évincé est évident tant que le contrat n'est pas encore conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, car le recours lui permet d'obtenir la correction de la violation commise et la reprise du processus de passation. Mais il y a lieu d'admettre qu'un soumissionnaire évincé a aussi un intérêt actuel au recours lorsque le contrat est déjà conclu avec l'adjudicataire, voire exécuté, car il doit pouvoir obtenir une constatation d'illicéité de la décision pour pouvoir agir en dommages-intérêts (ATF 137 II 313 consid. 1.2.2 ; ATA/1056/2015 du 6 octobre 2015 consid. 3c et les références citées). 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 et intérêts soient réclamés ou non (arrêt du Tribunal fédéral

- 21/39 - A/4180/2016 2P.307/2005 du 24 mai 2006 consid. 2 ; ATA/528/2016 du 21 juin 2016 consid. 3b).

d. Pour le Tribunal fédéral, le soumissionnaire évincé dispose d'un intérêt juridique lorsqu'il avait, avant la conclusion du contrat, des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours (ATF 141 II 14 consid. 4.6 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2.1 et 2P.261/2002 du 8 août 2003). Cet intérêt existe notamment lorsque le soumissionnaire évincé avait été classé au deuxième rang derrière l'adjudicataire et qu'il aurait, en cas d'admission de son recours (arrêts du Tribunal fédéral 2P.71/2005 du 27 janvier 2006 consid. 5 ; 2P.218/2001 du

E. 31

janvier 2002 consid. 3.4 = SJ 2002 I 421), disposé d'une réelle chance d'obtenir le marché (ATF 141 II 14 consid. 4.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_203/2014 précité consid. 2.2 ; 2D_39/2014 du 26 juillet 2014 consid. 1.1). Le Tribunal fédéral a nié l'intérêt juridique à recourir d'un soumissionnaire placé au cinquième rang sur six offres évaluées et qui n'avait jamais conclu à l'adjudication du marché public en sa faveur (arrêt du Tribunal fédéral 2C_203/2014 précité consid. 2.2 à 2.4).

e. En espèce, la recevabilité du recours du consortium PESKO BONOLI/BACHER TILLMANN, interjeté dans le délai légal et arrivé au second rang, est acquise. En effet, en tant que soumissionnaire évincé, et bien que le contrat ait déjà été conclu, il 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 son droit à une indemnisation (ATF 125 II 86 consid. 5b), il dispose de la qualité pour recourir.

S'agissant de la qualité pour recourir du consortium RADELET, placé au troisième rang sur trois offres valables et alors que le contrat d'adjudication a déjà été conclu, cette question peut souffrir de rester indécise, compte tenu de ce qui suit. 4) a. Se pose également la question de la recevabilité du recours formé par le consortium RADELET le 13 décembre 2016 contre la décision de la ville du 15 novembre 2016.

b. Le fardeau de la preuve de la notification incombe à l'autorité qui entend en tirer une conséquence juridique (ATF 129 I 8 consid. 2.2 et les arrêts cités ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_294/2014 du 8 juillet 2014 consid. 2.1). L'autorité supporte donc les conséquences de l'absence de preuve, en ce sens que si la notification d'un acte envoyé sous pli simple ou sa date sont contestées et s'il existe effectivement un doute à ce sujet, il y a lieu de se fonder sur les déclarations du destinataire de l'envoi (ATF 124 V 400 consid. 2a ; arrêts du Tribunal fédéral 5A_225/2012 du 26 septembre 2012 consid. 2.1.2 ; 8C_227/2011 du 22 mars 2012 consid. 4.2 ; 2C_637/2007 du 4 avril 2008 consid. 2.4.1 in RDAF 2008 II

- 22/39 - A/4180/2016 p. 197). L'autorité qui entend se prémunir contre le risque d'échec de la preuve de la notification doit communiquer ses actes judiciaires sous pli recommandé avec accusé de réception (ATF 129 I 8 consid. 2.2 ; ATA/60/2015 du 13 janvier 2015 consid. 5).

c. En l'occurrence, le consortium RADELET expose avoir reçu la décision litigieuse le 3 décembre 2016. Il ressort toutefois des pièces produites par les différentes parties que l'enveloppe contenant la décision litigieuse adressée au consortium RADELET a été postée

par courrier A le 22 novembre 2016, tout comme les décisions adressées aux consortiums PESKO BONOLI/BACHER TILLMANNS et SINOPIE. Ces deux derniers consortiums exposent avoir reçu la décision litigieuse le 23 novembre 2016. Le pouvoir adjudicateur a également indiqué avoir expédié les décisions le 22 novembre 2016. Il est pour le moins surprenant que le consortium RADELET ait reçu la décision querellée, postée le 22 novembre 2016, plus de dix jours après les autres consortiums. Nonobstant, dès lors que l'autorité supporte les conséquences de l'absence de preuve en cas de doute sur la date de la notification d'une décision envoyée sous pli simple, et que la ville ne conteste pas la date avancée par le consortium RADELET, il sera retenu que la décision litigieuse a effectivement été reçue le 3 décembre 2016. Partant, son recours mis à la poste le 13 décembre 2016 est recevable sous cet angle. 5) a. À titre préalable, le consortium PESKO BONOLI/BACHER TILLMANNS sollicite la désignation d'un expert pour contrôler la conformité, respectivement la non conformité de l'échantillon de l'adjudicataire avec le cahier des charges, ainsi que la non comparabilité des prix de l'offre de l'adjudicataire avec la leur.

b. Tel que garanti par les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), le droit d'être entendu comprend, notamment, le droit pour l'intéressé de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 142 III 48 consid. 4.1.1 ; 139 II 489 consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_476/2015 du 3 août 2016 consid. 2.1 ; ATA/752/2016 du 6 septembre 2016 ; ATA/643/2016 du 26 juillet 2016).

Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion (arrêts du Tribunal fédéral 2C_109/2015 et 2C_110/2015 du 1er septembre 2015 consid. 4.1) ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229

- 23/39 - A/4180/2016 consid. 5.2 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_244/2014 du 17 mars 2015 consid. 3.2 ; ATA/5/2015 du 6 janvier 2015 ; ATA/118/2014 du 25 février 2014).

c. En l'espèce, chacune des parties a apporté des observations circonstanciées sur chacun des points litigieux et a versé à la procédure de nombreuses pièces pour appuyer sa position. De plus, une audience de comparution personnelle des parties et un transport sur place ont eu lieu. La chambre administrative dispose ainsi d'un dossier complet lui permettant de trancher les griefs soulevés en toute connaissance de cause.

Il ne sera par conséquent pas donné suite à la requête du consortium PESKO BONOLI/BACHER TILLMANNS de désigner un expert, étant précisé que la comparabilité des prix de l'offre est une question de droit et non de fait, à laquelle l'expert ne pourrait de toute manière pas répondre. 6) a. Les consortiums recourants font valoir plusieurs griefs en lien avec une violation de leur droit d'être entendu. Ils reprochent tous deux à l'autorité un défaut de motivation de la décision litigieuse. Le consortium RADELET relève notamment un défaut de motivation sur la manière dont a été examinée la crédibilité du prix proposé par

le consortium SINOPIE et les raisons qui ont conduit la ville à adjuger le marché à ce dernier, alors qu'il avait écarté son offre dans un premier temps. Le consortium PESKO BONOLI/BACHER TILLMANNNS fait également grief à la ville d'avoir refusé l'accès à différentes pièces, soit notamment la synthèse des observations de l'expert.

b. Le droit d'être entendu comprend également le droit d'obtenir une décision motivée. L'autorité n'est toutefois pas tenue de prendre position sur tous les moyens des parties ; elle peut se limiter aux questions décisives, mais doit se prononcer sur celles-ci (ATF 138 I 232 consid. 5.1 ; 137 II 266 consid. 3.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_597/2013 du 28 octobre 2013 consid. 5.2 ; 2C_713/2013 du 22 août 2013 consid. 2 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 521 n. 1573). Il suffit, du point de vue de la motivation de la décision, que les parties puissent se rendre compte de sa portée à leur égard et, le cas échéant, recourir contre elle en connaissance de cause (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; 138 I 232 consid. 5.1 ; 136 I 184 consid. 2.2.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_832/2016 du 12 juin 2017 consid. 4.1 ; ATA/1059/2017 du 4 juillet 2017).

En matière de marchés publics, cette obligation se manifeste par le devoir qu'a l'autorité d'indiquer au soumissionnaire évincé les raisons du rejet de son offre (Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, Le droit des marchés publics, 2002, p. 256). Ce principe est concrétisé par les art. 13 let. h AIMP et 45 al. 1 RMP, qui prévoient que les décisions d'adjudication

- 24/39 - A/4180/2016 doivent être sommairement motivées (ATA/899/2016 du 25 octobre 2016 consid. 5b).

c. En l'occurrence, la décision d'adjudication notifiée aux consortiums recourants était accompagnée du tableau comparatif des offres qui permettait de comprendre que ceux-ci étaient arrivés au second rang, respectivement au troisième rang, en fonction d'une attribution de points par critères. Compte tenu de la jurisprudence précitée, leur droit à obtenir des explications sur les raisons du rejet de leurs offres a été satisfait. La ville n'avait en particulier pas à fournir, comme le prétend le consortium RADELET, une motivation supplémentaire du fait que le consortium SINOPIE avait dans un premier temps été écarté du marché. Aucune violation du droit d'être entendu sous forme de manque de motivation de la décision attaquée ne saurait donc être retenue.

Par ailleurs, il apparaît que la ville a certes refusé de manière incompréhensible l'accès à certaines pièces au consortium PESKO BONOLI/BACHER TILLMANNNS, alors même que lesdites pièces avaient été remises au consortium RADELET. Toutefois, dès lors qu'il a pu y accéder dans le cadre de la présente procédure, cette violation du droit d'être entendu doit être considérée comme réparée, la chambre administrative revoyant librement les faits et le droit (art. 61 et 66 ss LPA ; ATF 137 I 95 consid. 2.3.2). Par ailleurs, ledit consortium a eu l'occasion de s'exprimer et de faire valoir l'entier de ses griefs par rapport auxdites pièces dans ses écritures subséquentes. Aucune violation du droit d'être entendu ne saurait donc être retenue pour ce motif également. 7) a. Le consortium RADELET estime que le pouvoir adjudicateur a dérogé au *numerus clausus* des procédures de passation, et donc violé le principe de la légalité, en mélangeant deux types de procédure, soit les procédures ouverte et sélective.

b. Le droit est la base et la limite de l'activité de l'État (art. 5 al. 1 Cst.). Cette disposition consacre le principe de légalité qui gouverne toute activité étatique. En fait partie intégrante la garantie des droits fondamentaux, soit des droits ou des libertés garanties aux particuliers,

avec tout ce que cela comporte comme obligations et comme engagements au plan à la fois institutionnel et normatif (Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 2, 3ème éd., 2013, n. 1005 et 1011 p. 468 et 470).

Ainsi, une collectivité ou une entité publique qui conduit une procédure de soumission publique est soumise au respect de telles conditions (ATA/173/2015 du 17 février 2015 consid. 4 ; Pierre MOOR, Droit administratif, vol. 3, 2ème éd., 1992, n. 4.1.1.2 p.158).

- 25/39 - A/4180/2016

c. L'art. 12 al. 1 AIMP ainsi que les art. 12 à 15 RMP définissent les quatre types de procédure de passation d'un marché public, soit les procédures ouverte, sélective, sur invitation et de gré à gré.

d. En vertu des art. 15 al. 1bis let. a AIMP et 55 let. a RMP, l'appel d'offres est réputé être une décision sujette à recours.

Conformément à la jurisprudence, les griefs à l'encontre de l'appel d'offres ne peuvent plus être invoqués dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision d'adjudication (ATF 130 I 241 consid. 4.2 ; 125 I 203 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.47/2004 du 6 avril 2004 ; ATA/1073/2016 du 20 décembre 2016 consid. 5c ; ATA/821/2016 du 4 octobre 2016 consid. 4 ; ATA/360/2014 précité). Le Tribunal fédéral a en outre déjà jugé qu'il était admissible d'exiger des candidats qu'ils contestent immédiatement les documents d'appels d'offres prétendument incomplets ou entachés d'autres vices de forme lors de la procédure d'appel d'offres déjà et non dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision d'adjudication (ATF 130 I 241 consid. 4.2 ; 129 I 313 consid. 6.2 ; 125 I 203).

e. En l'espèce, la question de savoir si le pouvoir adjudicateur a effectivement mélangé deux types de procédure ■ la procédure ouverte et la procédure sélective ■ dans le cadre de son appel d'offres et s'il était légitimé à le faire peut souffrir de rester ouverte, compte tenu de ce qui suit.

Le consortium RADELET n'a pas contesté le contenu de l'appel d'offres dans les dix jours par un recours auprès de la chambre administrative, ou contesté d'une quelconque autre manière le contenu de celui-ci. Ce dernier précisait pourtant que la procédure était ouverte, que l'adjudicateur avait décidé de limiter le nombre des offres examinées après examen des critères d'aptitudes à trois candidats au maximum et qu'afin d'évaluer les candidats retenus, il procéderait à l'évaluation des offres sur la base d'échantillons effectués en adéquation avec le cahier des charges. Ainsi, contrairement à ce qu'invoque le consortium RADELET, la procédure prévue par le pouvoir adjudicateur, tout comme sa mise en œuvre, ressortaient expressément du dossier d'appel d'offres.

Dès lors, en n'ayant pas recouru contre l'appel d'offres, le consortium RADELET est forclos, dans le cadre de la présente procédure, à remettre en cause la procédure de passation du marché public choisie par l'autorité adjudicatrice. Pour le surplus, ce dernier ne saurait invoquer que son grief ne serait pas tardif compte tenu de sa méconnaissance du droit des marchés publics, dès lors que le chiffre 5.13 du cahier des charges précisait expressément que l'appel d'offres était une décision sujette à recours. 8) a. Les consortiums PESKO BONOLI/BACHER TILLMANN et RADELET considèrent que le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires a été violé du fait de la pré-implication de Sinopie Sàrl. Ils estiment que cette dernière,

- 26/39 - A/4180/2016 membre du consortium ayant remporté le marché, s'est vu remettre, lors de sa participation à la procédure de gré à gré visant à désigner un conseiller en restauration pour la rénovation du Grand Théâtre, des pièces l'ayant avantagé dans le cadre du marché objet de la présente procédure. La ville considère notamment que ce grief est tardif, dès lors que la participation de Sinopie Sàrl à la procédure de gré à gré était connue depuis le début de l'année 2016, dans le cadre des procédures A/513/2016 et A/1312/2016.

b. La législation en matière de marchés publics est fondée sur les principes énoncés à l'art. 1 AIMP. L'AIMP a pour but l'ouverture des marchés publics (art. 1 al. 1 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 deniers publics (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, notamment let. a et b AIMP).

En particulier, le respect de l'égalité de traitement entre soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. b et 11 let. a AIMP ; art. 16 RMP) oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires pendant tout le déroulement formel de la procédure (ATA/20/2014 du 14 janvier 2014 consid. 7 et les références citées ; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Christophe MAILLARD/Nicolas MICHEL, op. cit., p. 109 ; Benoît BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics in RDAF 2004 p. 241). Ce principe impose que les conditions d'accès au marché soient similaires pour tous (Guide romand pour les marchés publics du 2 juin 2005, version du 12 septembre 2008, annexe D, ch. 2).

c. En l'absence de dispositions dans l'AIMP, la question de la pré-implication relève du droit cantonal de procédure des marchés publics (arrêt du Tribunal fédéral 2C_354/2013 du 11 septembre 2013 consid. 1.2.2). Elle est cependant susceptible de poser des problèmes au regard du droit à l'égalité de traitement garanti à tous les soumissionnaires d'un marché public (arrêt du Tribunal fédéral 2P.164/2004 du 25 janvier 2005).

Selon l'art. 31 al. 1 RMP, ne peuvent présenter d'offre les membres de l'autorité adjudicatrice qui participent à la préparation et à l'élaboration des documents d'appel d'offres ou aux procédures de passation des marchés publics (let. a) et les mandataires qui assistent l'autorité adjudicatrice dans l'organisation de la procédure d'appel d'offres ou l'établissement des documents d'appel d'offres (let. b). L'autorité adjudicatrice indique, dans les documents d'appel d'offres, si le prestataire ayant effectué une prestation préalable en lien avec le marché à adjuger peut présenter une offre et pour quels motifs (art. 31 al. 2 RMP).

- 27/39 - A/4180/2016

d. Il y a pré-implication lorsqu'un soumissionnaire a collaboré à l'élaboration de l'appel d'offres (arrêt du Tribunal fédéral 2P.164/2004 précité consid. 3.1 ; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corine MAILLARD/Nicolas MICHEL, op. cit., p. 102 ; Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 173 n. 280 ; Res NYFFENEGGER/Hans Ulrich KÖBEL, Vorbefassung in Submissionverfahren, in BVR 2004 p. 56 ; Peter GALLI/André MOSER/Elisabeth LANG/Marc STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3ème éd., 2013 p. 475). Il doit s'agir d'une collaboration, aux côtés du pouvoir adjudicateur, à la planification ou à la préparation du marché public (Christoph JÄGER, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2009. p. 99), par exemple

en préparant les documents d'appel d'offres (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-5439/2015 du 25 septembre 2017 consid. 3.1.5).

e. La jurisprudence sur le devoir de récusation des juges, qui naît de l'apparence de partialité objective, n'est pas applicable au soumissionnaire pré-impliqué. Il n'y a pas lieu d'exclure celui-ci tant et aussi longtemps que la preuve de l'existence d'un avantage concurrentiel résultant de sa participation à la préparation du marché n'est pas rapportée. Le grief portant sur la pré-implication d'un soumissionnaire doit être soulevé dès la connaissance du motif invoqué. Il faut par ailleurs distinguer cette situation du dialogue technique entre le pouvoir adjudicateur et un futur soumissionnaire : un tel dialogue est en effet licite dans la mesure où il ne porte pas atteinte à l'égalité de traitement des soumissionnaires et ne supprime pas la concurrence (RDAF 2017 I p. 501, 508).

f. Le Tribunal cantonal vaudois a déjà eu l'occasion de trancher qu'il n'y avait pas de pré-implication lorsqu'un bureau ayant effectué une étude préalable de faisabilité pour le pouvoir adjudicateur ne disposait, d'une part, pas d'informations privilégiées et, d'autre part, qu'il n'avait pas participé à l'élaboration du dossier d'appel d'offres (RDAF 2017 I p. 501, 508).

g. En l'espèce, il apparaît que les consortiums recourants ont eu connaissance de la participation de Sinopie Sàrl dans la procédure de gré à gré en 2016 déjà, dans le cadre de la procédure A/513/2016 notamment. Il est ainsi douteux qu'ils aient agi à temps pour faire valoir ce grief. Cette question peut toutefois souffrir de rester indécise compte tenu de ce qui suit.

Il est exact que Sinopie Sàrl, représentée par M. BESSE, a soumissionné dans la procédure de gré à gré visant à désigner un conseiller en restauration pour la rénovation du Grand Théâtre. Dans ce cadre, celle-ci a pu avoir accès aux trois rapports de l'Atelier Saint-Dismas des 16 décembre 2010, 23 septembre et 7 octobre 2013. Nonobstant, au vu de la jurisprudence et de la doctrine précitées, la chambre administrative considère qu'il n'existe aucune preuve de pré-implication du consortium adjudicataire dans le cadre du marché public objet de la présente procédure. En effet, d'une part, l'offre de Sinopie Sàrl n'a pas été retenue dans le cadre de la désignation du conseil en restauration. Dès lors, ni le

- 28/39 - A/4180/2016 consortium adjudicataire ni Sinopie Sàrl individuellement n'ont participé ou collaboré d'une quelconque manière à l'élaboration de l'appel d'offres, et plus précisément au cahier des charges, ayant conduit à la décision d'adjudication attaquée. D'autre part, s'agissant des rapports de l'Atelier Saint-Dismas ■ à la rédaction desquels M. BESSE conteste avoir participé, étant relevé que deux d'entre eux ont été rédigés en 2013, soit après son départ de cette entreprise ■ il ressort des déclarations de la ville et de M. BESSE qu'ils ont été transmis à Sinopie Sàrl de manière caviardée, les pages 11 et 12 du premier rapport contenant des éléments d'estimation des coûts n'ayant pas été remis. À la lecture desdits rapports, la chambre administrative constate qu'ils contiennent des photographies des différents objets devant être rénovés et des précisions quant à leur état. S'ils contiennent également des propositions de rénovations, celles-ci sont toutefois assez sommaires et se limitent généralement à indiquer « conservation, restauration ». Ainsi, ces rapports ■ dont le consortium SINOPIE conteste avoir fait usage ■ ne contenaient pas d'éléments susceptibles de favoriser l'élaboration de l'offre de l'adjudicataire. Comme le relève par ailleurs le pouvoir adjudicateur, les documents d'appel d'offres ■ plus précisément le cahier des charges et la liste des prix du document B1 ■ contenaient tous les

éléments nécessaires à établir une offre, soit notamment les interventions souhaitées ; le résultat des analyses préliminaires effectuées par l'Atelier Saint-Dismas a quant à lui été intégré lorsque cela a été jugé pertinent. Enfin, tous les soumissionnaires ont pu se rendre sur place avant de déposer leur offre, de sorte que l'éventuelle visite des locaux par Sinopie Sàrl dans le cadre de la procédure de gré à gré ne l'a pas non plus avantagée par rapport aux autres soumissionnaires.

Au vu de ce qui précède, ce grief, s'il n'est pas tardif, est dans tous les cas infondé. 9) a. Les consortiums recourants relèvent que la présence de M. DE DOMINICI lors de la phase d'échantillonnage aurait dû conduire à l'exclusion de l'adjudicataire, tout comme l'absence du responsable de Belloni et Cie SA, le protocole de réalisation des échantillons n'ayant pas été respecté.

b. À teneur du protocole de réalisation des échantillons, et conformément à ce que prévoyait le Document B1, ces derniers devaient être réalisés sous la responsabilité du pilote qui devait impérativement être présent. En cas d'adjudication, les personnes qui avaient réalisé les échantillons devaient être présentes durant toute la durée du chantier. Si l'expert estimait que pour la réalisation de chacun des deux échantillons devaient être présents un restaurateur et un peintre décorateur, la composition de l'équipe était toutefois laissée à la libre appréciation du pilote.

c. En droit des marchés publics, la distinction entre un fournisseur et un sous-traitant s'opère sur la base de la proximité avec le marché en question. Le sous-traitant participe directement à l'exécution de la tâche à réaliser en faveur de

- 29/39 - A/4180/2016 l'adjudicataire, quand bien même il reste juridiquement lié au seul adjudicataire. La notion de fournisseur s'applique au contraire à tout acteur économique qui fournit à l'adjudicataire des prestations en amont ou en arrière-plan de la prestation caractéristique du marché ; il n'a pas de lien direct avec cette dernière. Il peut, par exemple, livrer des matières premières, des biens intermédiaires du matériel ou des services, que l'adjudicataire utilisera pour exécuter la prestation promise à l'adjudicataire (Guerric RIEDI, Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs in Jean-Baptiste ZUFFEREY/ Martin BEYLER/Stefen SCHERLER [éd.], Aktuelles Vergaberecht 2016/Marchés publics 2016, p. 352-353).

d. En l'occurrence, selon le protocole établi pour le consortium SINOPIE, M. BESSE était présent pour la réalisation de deux échantillons, ainsi qu'un peintre de Belloni et Cie SA. Pour la réalisation du premier échantillon, était également présent, le premier jour, M. DE DOMINICI, représentant de l'entreprise Nuance Minérale. À teneur des notes et remarques sur les échantillons, rédigées par M. GUYOT, M. DE DOMINICI, non annoncé dans l'offre, avait préparé les couleurs pour le peintre de Belloni et Cie SA dans le cadre de l'échantillonnage. Il avait en particulier expliqué la recherche de teinte et la manière de travailler les couleurs. Il avait toutefois indiqué qu'il ne participerait pas aux travaux en cas d'attribution. Les personnes responsables chez Belloni et Cie SA, mentionnées dans l'offre, n'étaient pas présentes durant la réalisation des échantillons. La synthèse des observations de M. GUYOT du 2 septembre 2016 faisait état des mêmes éléments. Lors du transport sur place du 30 octobre 2017, M. GUYOT a confirmé que M. DE DOMINICI était présent le premier jour de la réalisation des échantillons ; il avait donné des conseils au début sur la façon de faire les mélanges, sans toutefois participer concrètement à la réalisation de l'échantillon.

Ainsi, il ressort de ces pièces que les échantillons ont effectivement été réalisés sous la responsabilité du pilote, soit en l'occurrence M. BESSE, représentant Sinopie Sàrl. Le fait que les représentants de Belloni et Cie SA n'aient pas été présents est sans incidence dès lors que seule la présence du pilote ■ en l'occurrence Sinopie Sàrl ■ était obligatoire. Un peintre de ladite entreprise était par ailleurs présent tout au long de la phase d'échantillonnage et a participé à la réalisation de ceux-ci. Il ressort par ailleurs des pièces précitées ainsi que des explications de M. GUYOT lors du transport sur place du 30 octobre 2017, que si M. DE DOMINICI avait donné des conseils au peintre notamment sur la manière de mélanger les couleurs, il n'avait pas participé concrètement à la réalisation de l'échantillon. Il apparaît ainsi que celui-ci est intervenu en qualité de fournisseur des matériaux, ce qui n'était pas exclu par le protocole de réalisation des échantillons. Son intervention ne saurait en particulier être assimilée à celle d'un sous-traitant ■ proscrit par l'appel d'offres ■ dès lors qu'il n'a pas lui-même réalisé

- 30/39 - A/4180/2016 les échantillons et qu'il n'était pas appelé à intervenir en cas d'adjudication du marché.

Le cadre du protocole de réalisation des échantillons a donc été respecté par l'adjudicataire sur ce point. 10) a. Les recourant font valoir toute une série de griefs concernant l'évaluation des offres, tant s'agissant du critère du prix et de la qualité des échantillons, relevant notamment qu'elle l'aurait été de manière arbitraire.

b. 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).

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 ; ATA/851/2014 du 4 novembre 2014 consid. 9b ; ATA/20/2014 précité 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).

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

- 31/39 - A/4180/2016 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 ; 2P.172/2002 précité consid. 3.2 ; ATA/851/2014 précité consid. 9b ; ATA/20/2014 précité consid. 11).

L'opportunité de ce choix ne peut être revue par l'autorité de recours (art. 16 al. 2 AIMP). De surcroît, aucune norme n'impose à l'autorité de faire connaître à l'avance la méthode de notation (arrêt du Tribunal fédéral 2P.172/2002 précité consid. 2.3 ; ATA/851/2014 précité consid. 9b ; ATA/20/2014 précité consid. 11 ; Olivier RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, RDAF 2001 I p. 406).

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 (RDAF 1999 I p. 305 ; ATA/851/2014 précité consid. 9b ; ATA/20/2014 précité consid. 11).

d. 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 consid. 4c ; ATA/368/2015 du 21 avril 2015 consid. 4c ; ATA/972/2014 du 9 décembre 2014).

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

- 32/39 - A/4180/2016 proscrit les négociations entre l'entité adjudicatrice et les soumissionnaires (Étienne POLTIER, op. cit., p. 222 n. 354). Il est également lié à la nécessité d'assurer l'égalité de traitement entre 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). 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 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. 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).

11) Le consortium PESKO BONOLI/BACHER TILLMANNNS considère que l'autorité adjudicatrice aurait violé le principe de l'égalité de traitement et d'interdiction de l'arbitraire dans l'évaluation de la qualité économique des offres en ne rétablissant pas la comparabilité de celles-ci. Dans la mesure où ses prestations étaient supérieures à celles de l'adjudicataire, il convenait d'appliquer une règle de trois pour obtenir le rapport de qualité entre les deux offres. Une fois cela fait, il fallait appliquer la méthode T2 au prix obtenu.

Ce raisonnement, qui revient à remettre en question la méthode de notation du prix figurant dans l'appel d'offres, est irrecevable à ce stade de la procédure.

En effet, de jurisprudence constante, il n'est plus possible, dans le cadre d'un recours contre une décision d'adjudication, de remettre en question les éléments de l'appel d'offres et les options prises dans ce cadre par le pouvoir adjudicateur. Le soumissionnaire qui entend contester la définition, la pondération ou le manque de précisions des critères d'adjudication doit le faire, pour des raisons de bonne foi, dans le cadre de l'appel d'offres et non au moment de la décision d'adjudication, sans quoi il est forclos (arrêt du Tribunal fédéral 2P.47/2004 précité consid. 3 ; ATF 130 I 241 consid 4.2 ; 129 I 313 consid. 6.2 ; ATA/1443/2017 du 31 octobre 2017 consid. 4e ; ATA/455/2017 du 25 avril 2017 et les références citées). Ainsi, si le consortium souhaitait contester la méthode de

- 33/39 - A/4180/2016 notation du prix retenu par le pouvoir adjudicateur, elle aurait dû recourir contre l'appel d'offres, de sorte que ce grief est tardif.

Nonobstant, ce grief ne convainc de toute manière pas sur le fond. En effet, suivre la méthode préconisée par le consortium PESKO BONOLI/BACHER TILLMANNNS reviendrait à changer la méthode d'évaluation annoncée, ce qui serait contraire au principe d'intangibilité des offres, qui interdit la modification de celle-ci après l'échéance du délai fixé pour leur dépôt, et au principe de transparence, qui interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères. De plus, comme le relève à juste titre le pouvoir adjudicateur, cette méthode consisterait en réalité à juger deux fois la qualité, à savoir dans le cadre de la qualité des échantillons et dans le cadre de l'évaluation du prix.

L'évaluation du prix offert échappe ainsi à tout grief d'arbitraire. Le pouvoir adjudicateur a correctement appliqué la méthode T2, plaçant l'adjudicataire en première position au vu du prix proposé.

Au vu de ce qui précède, ce grief, s'il n'est pas irrecevable, est dans tous les cas infondé.

12) Le consortium RADELET estime que la procédure d'évaluation était viciée. Toutes les offres se situaient en dessous du prix estimé par le pouvoir adjudicateur et auraient donc dû obtenir la note maximale, alors qu'il lui avait été attribué une note bien inférieure.

Ce grief ne résiste pas non plus à l'examen dès lors qu'il revient également à solliciter la modification de la méthode de notation figurant dans l'appel d'offres, ce qui n'est pas admissible pour les raisons susmentionnées.

Nonobstant, quand bien même la loi n'impose aucune méthode de notation particulière et que le choix de celle-ci relève du pouvoir d'appréciation de l'autorité adjudicatrice (arrêts du Tribunal fédéral 2C_549/2011 précité consid. 2.3 et 2.4 ; 2P.172/2002 précité consid. 3.2), une règle de notation qui affaiblirait considérablement le critère du prix, tant en soi que par rapport au poids que lui reconnaissent les documents d'appel d'offres, n'est pas admissible et relève de l'arbitraire (ATF 130 I 241 consid. 6.3 ; Bertrand REICH, *Le prix* in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Martin BEYLER/Stefen SCHERLER [éd.], op. cit. p. 441). En l'occurrence, s'il devait être estimé que toutes les offres en dessous du prix du marché annoncé obtiendraient la note maximale, il n'existerait plus aucun élément de comparaison entre les soumissionnaires et le critère du prix perdrait toute pertinence, ce qui n'est pas acceptable.

Ce grief est dès lors également infondé.

- 34/39 - A/4180/2016 13) Le consortium RADELET critique en particulier le fait qu'il ait reçu la note de 1,57 pour une offre à CHF 1'900'000.-, alors que dans le cadre de la procédure d'adjudication d'un marché public similaire (travaux de pierre de taille sur façade du Grand Théâtre), d'une valeur estimée à un montant similaire et comportant les mêmes critères d'aptitude et d'adjudication, un soumissionnaire ayant remis une offre semblable à la sienne avait reçu la note de 3,48.

En l'occurrence, bien que le marché auquel se réfère le consortium RADELET, objet de l'ATA/899/2016, ait également porté sur des travaux du Grand Théâtre, dont les critères d'adjudication étaient les mêmes, il s'agit d'un objet et de soumissions différents, de sorte qu'aucune comparaison ne peut être valablement effectuée. Il convient en particulier de relever que dans le cas d'espèce, son offre était la plus chère, tandis que dans l'affaire à laquelle il se réfère, l'offre prise comme élément de comparaison ne l'était pas.

Ce grief sera ainsi également écarté. 14) a. Les consortiums recourants estiment tous deux que l'offre de l'adjudicataire était anormalement basse et aurait dû conduire à l'application d'un facteur de pondération du prix, soit celui de la crédibilité du prix. Le consortium RADELET estime en particulier que le prix de l'adjudicataire n'était pas crédible au vu du temps passé à la réalisation des échantillons et qu'en s'abstenant de tenir compte de la crédibilité du prix, le pouvoir adjudicateur aurait violé les principes d'égalité de traitement et de transparence.

b. Une offre peut être considérée comme étant anormalement basse si le prix proposé apparaît trop bas, soit en particulier s'il s'écarte de plus de 30 % de la moyenne des offres rentrées ou du prix juste déterminé à l'avance par le pouvoir adjudicateur (Bertrand REICH, op. cit., p. 440).

En présence d'une offre qui serait anormalement basse, l'autorité adjudicatrice a l'obligation, selon l'art. 41 RMP de demander des renseignements complémentaires au soumissionnaire concerné (arrêt du Tribunal fédéral 2D_44/2009 du 30 novembre 2009 consid. 4 ;

ATA/821/2016 précité consid. 6a). C'est seulement si le soumissionnaire n'a pas justifié les prix d'une telle offre, conformément à l'art. 41 RMP, que son offre doit être écartée d'office et qu'elle ne participe pas à la phase d'évaluation des offres (art. 42 al. 1 let. e RMP). Une offre particulièrement favorable, le cas échéant même si elle est inférieure au prix de revient, n'est pas impérativement à exclure si les renseignements fournis par le soumissionnaire permettent de conclure qu'il est capable d'exécuter à satisfaction les travaux mis en soumission (ATF 141 II 353 consid. 8.3.2 ; ATF 130 I 241 consid. 7.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2D_44/2009 précité consid. 3.2.1 ; 2P_70/2006 et 2P_71/2006 précité consid. 4.3 ; Étienne POLTIER, op. cit., p. 195 n. 313 ; Peter GALLI/André MOSER/Elisabeth LANG/Marc STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht, 2013, p. 517).

- 35/39 - A/4180/2016

c. En l'espèce, la moyenne des cinq offres ■ initialement six mais deux d'entre elles ont finalement été traitées comme relevant du même dossier ■ reçues par le pouvoir adjudicateur s'élève à CHF 1'360'561.-, de sorte que l'offre de l'adjudicataire (CHF 1'111'788.55) n'est inférieure que de 18 % environ. S'il est vrai que ladite offre est très inférieure au prix déterminé à l'avance par le pouvoir adjudicateur (près de 60 %), il apparaît que toutes les offres le sont, l'offre du consortium RADELET, laquelle est la plus élevée, étant encore pratiquement CHF 1'000'000.- moins chère que le prix estimé. Le pouvoir adjudicateur a toutefois expliqué dans ses écritures que l'estimation qu'elle avait mentionnée dans son appel d'offres avait été effectuée avant la nomination du conseiller en restauration et était une estimation sommaire. Les consortiums recourants n'exposent par ailleurs pas en quoi les différents postes de la soumission de l'adjudicataire comporteraient des éléments de sous-enchère inacceptables sous l'angle du droit des marchés publics. Ainsi, au regard de la jurisprudence précitée, rien n'obligeait le pouvoir adjudicateur à considérer l'offre de l'adjudicataire comme anormalement basse.

Il est vrai que le cahier des charges mentionnait que l'un des critères d'adjudication était « la qualité économique globale de l'offre (prix et crédibilité du prix) » et que le Document B1 de l'appel d'offres précisait qu'un facteur de crédibilité pouvait être utilisé pour pondérer la note du critère du prix. En l'occurrence, le pouvoir adjudicateur a estimé, selon le pouvoir d'appréciation qui était le sien, que le prix de l'adjudicataire était parfaitement crédible, de sorte qu'aucun facteur de réduction lié à la crédibilité n'a été appliqué.

Le consortium RADELET considère que l'offre de l'adjudicateur ne serait pas crédible, dès lors qu'il avait passé le double du temps à la réalisation des échantillons. Or, cet élément n'est pas déterminant pour juger de la crédibilité du prix dans le présent cas. En effet, d'une part, le point 5.8 du cahier des charges prévoyait explicitement que les offres ne seraient pas notées en fonction du temps passé pour exécuter le marché. D'autre part, comme le relève le pouvoir adjudicateur, le travail de restauration n'est pas un travail uniformisé qui permet d'appliquer les mêmes méthodes et matériaux à toutes les surfaces. La réalisation des échantillons nécessitait ainsi des tests et des recherches concernant la méthode et les produits adéquats pour parvenir au résultat escompté. Certaines disparités sur le temps de réalisation s'expliquaient par le choix de restauration opéré. Avec raison, le pouvoir adjudicataire a donc jugé que le temps de réalisation n'était pas représentatif du temps nécessaire pour la réalisation des travaux sur une grande surface. Ce faisant, il n'a en particulier pas violé les principes de l'égalité de traitement et de transparence.

Dès lors, ce grief sera écarté. 15) Le consortium PESKO BONOLI/BACHER TILLMANNNS considère que l'autorité adjudicatrice a évalué arbitrairement l'échantillonnage réalisé par

- 36/39 - A/4180/2016 l'adjudicataire, en lui appliquant une note supérieure à la moyenne alors qu'il ne respectait pas les règles de l'art et les exigences du cahier des charges. Le consortium RADELET estime que l'échantillonnage réalisé par le consortium adjudicataire a été évalué de manière arbitraire, ce d'autant plus qu'il avait été écarté dans un premier temps et que seuls leurs propres échantillons avaient fait l'objet d'une appréciation qualitative.

À titre préalable, il convient de relever que le pouvoir adjudicateur a effectivement estimé que les échantillons réalisés par les consortiums PESKO BONOLI/BACHER TILLMANNNS et RADELET étaient meilleurs, dès lors qu'ils ont obtenu la note de 4,5, respectivement 4,0, tandis que l'adjudicataire a obtenu la note de 3,8. Il ressort toutefois de la synthèse des observations de l'expert que les trois candidats ont démontré, selon lui, avoir les compétences et les connaissances requises pour effectuer le marché. Par ailleurs, les échantillons ont tous été présentés à des représentants de la CMNS et/ou de l'office du patrimoine et des sites qui ont jugé qu'ils étaient tous acceptables au regard des exigences de la CMNS dans les préavis donnés dans le cadre de la délivrance des autorisations de construire.

Il ressort des notes et synthèses de M. GUYOT ainsi que des écritures du pouvoir adjudicateur que la note attribuée à l'adjudicataire tenait compte de l'apparence fermée de l'échantillon n° 1 due à l'application d'un vernis huileux et à des retouches trop poussées des dorures et des bronzines. Le dégageant a par contre été jugé bien maîtrisé, de même que les autres retouches (hors dorure et bronzine). S'agissant de l'échantillon n° 2, il a été considéré comme étant un peu trop rose. Le choix de conserver l'ancienne dorure de l'échantillon a en revanche été jugé judicieux. Ainsi, il apparaît que la note obtenue par l'adjudicataire tient compte des points négatifs et positifs du travail réalisé et rien ne permet de retenir que ses échantillons auraient été jugés arbitrairement.

S'agissant en particulier de l'utilisation d'un vernis huileux irréversible, bien qu'elle ait été jugée négativement, le pouvoir adjudicateur a considéré qu'elle était admissible, ce qu'a également admis la CMNS qui a jugé tous les échantillons acceptables. Le fait qu'un conservateur-restaurateur, mandaté par l'un des consortiums recourants, ait jugé cette pratique « déplorable » dans le domaine de la conservation et la restauration, n'est en particulier pas de nature à remettre en cause ce qui précède. De plus, le fait que les retouches des dorures et des bronzines aient été jugées trop poussées ne permet pas de considérer, comme le relève le consortium PESKO BONOLI/BACHER TILLMANNNS, que l'adjudicataire aurait fait une reconstitution contraire au cahier des charges, devant être considéré comme éliminatoire. La position du pouvoir adjudicateur selon laquelle ces retouches trop poussées justifiaient une réduction de la note mais en aucun cas l'éviction n'est pas critiquable.

- 37/39 - A/4180/2016

Par ailleurs, contrairement à ce qu'invoque le consortium RADELET, ses échantillons ne sont pas les seuls à avoir fait l'objet d'une appréciation quantitative de la part de l'expert. M. GUYOT a par exemple indiqué dans ses « notes et remarques sur les échantillons », s'agissant de ceux du consortium PESKO BONOLI/BACHER TILLMANNNS, qu'il y avait «

un très bon résultat de finition à l'huile et [un] traitement très adapté du faux marbre ».

Enfin, le fait que l'adjudicataire ait, dans un premier temps, été écarté du marché n'est pas déterminant. En effet, d'une part, cette décision a été révoquée par le pouvoir adjudicateur et le consortium SINOPIE a pu réintégrer la procédure. D'autre part, contrairement à ce que semble soutenir le consortium RADELET, son éviction n'était pas liée à un manque de qualité technique. Le pouvoir adjudicateur ayant dès l'origine décidé de ne retenir que trois candidats pour la phase d'échantillonnage, elle avait fait le choix d'écarter celui-ci au seul motif que le nombre d'employés mis à disposition pour les travaux de restauration était moins important que celui mis à disposition pour les travaux de peinture. Dès lors, il ne saurait être reproché au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir tenu compte de ce fait dans la fixation des notes de l'adjudicataire.

Ainsi, il apparaît que les consortiums recourants se limitent à substituer leur propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur lorsqu'ils estiment que la note de l'adjudicataire était trop élevée. Or, à la lecture des explications données par le pouvoir adjudicateur, sa notation ne prête pas le flanc à la critique, celui-ci ayant justifié, pour chaque grief soulevé par les recourants, son appréciation, étant rappelé que la chambre de céans ne revoit pas l'opportunité des décisions attaquées.

Au vu de ce qui précède, l'évaluation des offres faite par l'autorité adjudicatrice, sous l'angle du critère de la qualité technique des échantillons, n'est constitutive d'aucun excès ou abus de son pouvoir d'appréciation, pas plus qu'elle n'est arbitraire.

Le grief sera écarté. 16) La décision d'adjudication de la ville étant, en tous points, conforme au droit, les recours seront tous rejetés. 17) Le contrat d'adjudication ayant été signé, le consortium SINOPIE, qui n'a plus d'intérêt au litige (art. 71 al. 1 LPA), sera mis hors de cause. 18) Vu l'issue du litige et compte tenu de la décision sur effet suspensif, un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge du consortium PESKO BONOLI/BACHER TILLMANNNS, et un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge du consortium RADELET, qui succombent (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de CHF 3'000.- sera allouée au consortium appelé en cause qui y a

- 38/39 - A/4180/2016 conclu, dont CHF 1'500.- à la charge du consortium PESKO BONOLI/BACHER TILLMANNNS et CHF 1'500.- à la charge du consortium RADELET. La ville disposant de son propre service juridique, aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA ; ATA/899/2016 précité consid. 11).

* * * * *

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