

GE_GERICHTE ATA/51/2025 vom 14. Januar 2025

GE Cour de justice, 2025-01-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_51_2025

FR: GE_GERICHTE ATA/51/2025 du 14 janvier 2025

IT: GE_GERICHTE ATA/51/2025 del 14 gennaio 2025

Regeste

Résumé: Rejet du recours d'une soumissionnaire évincée, classée en deuxième position, contre la décision d'adjudication. Pas de violation du droit d'être entendu, la recourante n'ayant pas sollicité un entretien, faculté prévue par le cahier des charges de l'appel d'offre, après cette décision pour obtenir des éclaircissements. Rejet du grief tiré de l'absence d'inscription, au registre du commerce, du collaborateur ayant signé l'offre de l'adjudicataire. Pas d'arbitraire par l'autorité adjudicatrice dans l'évaluation et la notation des offres pour les critères d'adjudication litigieux.

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 3 al. 1 et 4 de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 - L-AIMP - L 6 05.0 et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007

- 8/17 - A/1700/2024 - RMP - L 6 05.01 ; art. 17 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). La qualité pour agir de la recourante, classée in casu en deuxième position, n'est, à juste titre, pas contestée (art. 60 al. 1 let. a et b LPA cum art. 3 al. 4 L-AIMP ; ATA/1200/2024 du 15 octobre 2024 consid. 1.2). En effet, dans le cadre d'un recours contre une décision d'adjudication, le soumissionnaire évincé dispose d'un intérêt juridique lorsqu'il avait, avant la conclusion du contrat, des chances réelles de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours (ATF 141 II 14 consid. 4.1 et 4.6). 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 agir en dommages-intérêts (ATF 137 II 313 consid. 1.2.2).

E. 2

L'autorité intimée a produit, outre des explications détaillées dans son écriture du

E. 4

La recourante invoque le fait que l'offre de l'adjudicataire a été signée par C_____, qui ne serait pas un signataire autorisé faute de figurer dans l'extrait du registre du commerce de cette société.

E. 4.1

L'art. 721 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220) prévoit que le conseil d'administration peut nommer des fondés de

procuration et d'autres mandataires commerciaux. Selon l'art. 462 al. 1 CO, le mandataire commercial est la personne qui, sans avoir la qualité de fondé de procuration, est chargée de représenter le chef d'une maison de commerce, d'une fabrique ou de quelque autre établissement exploité en la forme commerciale, soit pour toutes les affaires de l'entreprise, soit pour certaines opérations déterminées ; ses pouvoirs s'étendent à tous les actes que comportent habituellement cette entreprise ou ces opérations. Cette notion doit être comprise dans un sens large. Sont donc exclus uniquement les actes de nature extraordinaire - 11/17 - A/1700/2024 ou inhabituelle, tels la conduite de procès, la reprise de dettes et, comme dans le cas des fondés de procuration, l'aliénation d'immeubles. Les pouvoirs du mandataire commercial peuvent soit (i) s'étendre à « toutes les affaires de l'entreprise », soit (ii) concerner seulement « certaines opérations déterminées » (Peter HENRY/Francesca BIRCHLER in Pierre TERCIER/Rita TRIGO TRINDADE/Damiano CANAPA [éd.], Commentaire romand - Code des obligations II, 3e éd., 2024, n. 6 ad art. 721 CO). L'art. 462 al. 2 CO précise que le mandataire commercial ne peut souscrire des engagements de change, emprunter ni plaider, si ce n'est en vertu de pouvoirs exprès. En outre, le mandataire commercial ne peut être inscrit au registre du commerce (ibid., n. 8 ad art. 721 CO).

E. 4.2

C_____ pouvait, en l'espèce, en sa qualité de mandataire commercial, signer l'offre de l'adjudicataire, sans être inscrit au registre du commerce. À cela s'ajoute que B_____ a, par courrier du 1er juillet 2024, confirmé que ce collaborateur bénéficiait d'une procuration pour les dossiers qu'il traitait et les offres qu'il établissait, précisant que la rédaction et la signature d'offres faisaient partie de ses attributions. Cette position est corroborée par le fait qu'C_____ était l'un des trois représentants de B_____ lors de la séance de clarification. Il ne fait dès lors aucun doute qu'il était habilité à signer l'offre de cette société, sans qu'il ne soit nécessaire d'exiger la production de ladite procuration dans le cadre de la présente procédure. Au surplus, les arrêts ATA/356/2024 et ATA/947/2016 cités par la recourante ne retiennent pas qu'une offre signée par un employé qui n'y serait pas habilité constituerait, en toute circonstance, un vice qui ne serait pas réparable, l'ATA/356/2024 mentionnant, au contraire, qu'un tel procédé pourrait se heurter à l'interdiction de formalisme excessif. Par conséquent, le grief tiré de la non-inscription de cet employé au registre du commerce de B_____, en tant que personne habilitée à signer au nom de cette dernière, doit être rejeté. L'offre de cette société n'avait donc pas à être écartée pour ce motif par l'autorité adjudicatrice qui a ainsi, à raison, procédé à son évaluation.

E. 5

La recourante considère arbitraire la notation des critères concernant les références et l'organisation, eu égard à ses 20 ans d'activité et à ses solides références parmi des entreprises « de premier plan » actives en matière de construction, surtout en comparaison avec D_____ active depuis le 24 juillet 2023 seulement et n'étant pas reconnue par la BASPE, l'autorité de surveillance des agents de sécurité à Genève. Elle critique également la note attribuée à B_____ pour le critère de l'organisation, estimant plus adéquate son offre qui proposait deux responsables sur site spécialement dédiés à cette tâche.

E. 5.1

L'AIMP a pour objectif 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) et assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP).

- 12/17 - A/1700/2024

E. 5.2

Le droit des marchés publics est formaliste. L'autorité adjudicatrice doit procéder à l'examen de la recevabilité des offres et à leur évaluation dans le respect de ce formalisme, qui permet de protéger notamment le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires garanti par l'art. 16 al. 2 RMP. Le respect de ce formalisme est nécessaire pour concrétiser l'obligation d'assurer l'égalité de traitement entre soumissionnaires dans la phase d'examen de la recevabilité des offres et de leur évaluation (ATA/496/2024 du 16 avril 2024 consid. 3.2).

E. 5.2.1

Le principe d'intangibilité des offres, qui interdit la modification de celles-ci après l'échéance du délai fixé pour leur dépôt, découle de l'art. 11 let. c AIMP qui proscrit les négociations entre l'entité adjudicatrice et les soumissionnaires. 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 al. 1 RMP). Néanmoins, elle ne saurait 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 ; ATA/871/2023 du 22 août 2023 consid. 3.4 et les références citées).

E. 5.2.2

Le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires impliquent de ne procéder à ce type de questionnement que de manière restrictive, et seulement lorsque l'offre est, au demeurant, conforme aux conditions de l'appel d'offres. À cet égard, même les auteurs qui préconisent une certaine souplesse dans le traitement des informalités admettent que l'autorité adjudicatrice dispose d'un certain pouvoir d'appréciation quant au degré de sévérité dont elle désire faire preuve dans le traitement des offres, pour autant qu'elle applique la même rigueur ou la même flexibilité à l'égard des différents soumissionnaires (ATA/149/2018 du 20 février 2018 et les références citées). L'appréciation de la chambre administrative ne peut se substituer à celle de l'autorité adjudicatrice, seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation devant 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 ; ATA/496/2024 du 16 avril 2024 consid. 5.3).

E. 5.3

L'art. 57 RMP a une teneur similaire à l'art. 61 al. 1 LPA, selon lequel le recours peut être formé pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). Les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée,

sauf exception prévue par la loi (al. 2).

E. 5.4

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,

- 13/17 - A/1700/2024 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 des offres 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).

E. 5.5

Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix et l'évaluation des critères d'aptitude et d'adjudication, celui-là étant libre de spécifier ses besoins en tenant compte de la solution qu'il désire (ATF 137 II 313 consid. 3.4 in JdT 2012 I p. 28 ss). Une fois les critères d'aptitude et d'adjudication arrêtés dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur doit en règle générale s'y tenir. En vertu des principes de la transparence et de l'égalité de traitement, il ne saurait les modifier ultérieurement. S'il ignore des critères dûment fixés, en modifie la portée ou la pondération ou encore s'il en ajoute de nouveaux, le pouvoir adjudicateur agit de manière contraire au droit des marchés publics (ATAF 2019 IV/1 consid. 3.3 ; décision incidente du Tribunal administratif fédéral [ci-après : TAF] B-4637/2016 du 19 octobre 2016 consid. 6.4 ; arrêts du TAF B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 2.5.2 ; B-891/2009 du 5 novembre 2009 consid. 3.4).

E. 5.6

En matière d'évaluation des offres, la jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_35/2017 du 5 avril 2018 consid. 5.1 ; ATA/1685/2019 du 19 novembre 2019 consid. 8b et les références citées), y compris s'agissant de la méthode de notation (ATA/676/2020 du 21 juillet 2020 consid. 4b et les références citées). La juge doit veiller à ne pas s'immiscer de façon indue dans la liberté de décision de l'autorité chargée de l'adjudication (arrêt du Tribunal fédéral 2D_35/2017 précité consid. 5.1). L'appréciation de la chambre administrative ne saurait donc se substituer à celle de ladite autorité. Seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation doit être sanctionné (ATF 130 I 241 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_35/2017 précité consid. 5.1 ; ATA/1685/2019 du 19 novembre 2019 consid. 8b et les références citées). 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 (décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 29 juin 1998, publiée in JAAC 1999, p. 136, consid. 3a ; ATA/1389/2019 du 17 septembre 2019 consid. 5).

E. 5.7

Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites de son pouvoir d'appréciation, se fonde sur des considérations qui manquent

- 14/17 - A/1700/2024 de pertinence et qui sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables ou viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire, l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi ou le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 consid. 5.1 ; 123 V 150 consid. 2 et les références citées ; ATA/148/2021 du 9 février 2021 consid. 7 et l'arrêt cité).

E. 5.8

Selon la jurisprudence, le principe de la transparence est le principe cardinal et incontournable des marchés publics. Il limite le large pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur (RDAF 2001 I 403). Il permet d'assurer la mise en œuvre du principe de concurrence, lequel permet la comparaison des prestations et de choisir ainsi l'offre garantissant un rapport optimal entre le prix et la prestation ainsi que le contrôle de l'impartialité de la procédure d'adjudication, autre principe qui doit être respecté. Le principe de transparence exige que le pouvoir adjudicateur se conforme aux conditions qu'il a préalablement annoncées. Ce principe se rapproche dans cet aspect du principe de la bonne foi, qui prohibe les comportements contradictoires de l'autorité (art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101), et du principe de la non-discrimination. En effet, si le pouvoir adjudicateur s'écarte des « règles du jeu » qu'il a fixées, il adopte un comportement qui se rapproche d'une manipulation, typiquement discriminatoire, du résultat du marché (ATF 141 II 353 consid. 8.2.3 et la référence citée ; ATA/1685/2019 du 19 novembre 2019 consid. 4c et les références citées). Une violation du principe de transparence n'entraîne l'annulation de l'adjudication que pour autant que les vices constatés aient effectivement influé sur le résultat (ATA/1089/2018 du 16 octobre 2018 consid. 6c).

E. 5.9

En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante ne remplit pas l'exigence posée à l'art. 1 du cahier des charges, puisqu'elle a indiqué à la séance de clarification du 25 avril 2024, soit après le délai fixé pour le dépôt des offres, être « en test (en attente) » de l'affiliation à la VSSU qui est l'association des entreprises suisses de sécurité. Cela étant, son offre n'a pas d'emblée été écartée mais a été évaluée par l'autorité intimée, à l'aune des critères d'adjudication précisés dans les documents topiques susmentionnés et du dossier qu'elle a fourni dans ledit délai. Eu égard au principe cardinal de la transparence et à celui de l'égalité de traitement en matière de marchés publics, la chambre administrative doit en premier lieu constater que, contrairement à l'adjudicataire, la recourante ne remplit pas la condition d'aptitude posée à l'art. 1 du cahier des charges. En outre, lors de cette séance du 25 avril 2024 et conformément au procès-verbal y relatif, la recourante a été informée que, s'agissant de l'organisation (art. 4.2 de l'annexe B1), l'organigramme, qu'elle a remis avec son offre sous annexe 1, ne comportait pas certaines informations demandées. Pour répondre aux questions de l'autorité intimée, la recourante a alors remis deux documents non joints à son offre, à savoir la liste des personnes destinées au chantier et la présentation de l'entreprise,

- 15/17 - A/1700/2024 mais la Ville lui a indiqué, à raison compte tenu du principe de l'intangibilité des offres, qu'ils ne pourraient pas être pris en compte dans l'évaluation de son offre. Ainsi, c'est sans arbitraire que la Ville a considéré, comme cela ressort de son

écriture du 4 juin 2024 et sur la base des offres remises dans le délai imparti, que l'organigramme général de l'entreprise, fourni par la recourante avec son offre en lien avec le critère 4.2 précité, ne fournissait pas de renseignements sur plusieurs des points qui y étaient mentionnés, notamment, l'indication de la personne clé pour l'objet du marché (y compris CV et diplôme), le nombre de collaborateurs prévus pour le mandat avec pour chacun d'eux leur formation et dates d'engagement, les moyens consacrés pour exécuter le marché et l'organisation opérationnelle mise en place pour répondre aux prestations du cahier des charges. Le fait d'avoir plusieurs années d'expérience dans le domaine ne permettait pas à la recourante de s'épargner de répondre aux questions expressément posées dans le cahier des charges et documents y relatifs alors qu'elle s'était portée candidate à un marché public, compte tenu de l'importance des principes juridiques susmentionnés régissant ce domaine, notamment l'égalité de traitement et l'intangibilité des offres, préservés par le formalisme imprégnant le droit des marchés publics. Partant, en attribuant la note de 3 à la recourante pour le critère de l'organisation en dépit des informations manquantes et celle de 4 à l'adjudicataire, qui a fourni tous les éléments utiles de manière précise et complète comme cela ressort de son offre, la Ville n'a commis aucun excès ou abus de son pouvoir d'appréciation. La recourante se prévaut également dans son recours d'avoir de « solides références » parmi des entreprises « de premier plan » actives dans la construction. Or, contrairement aux exigences posées à l'art. 4.4 de l'annexe B1, elle ne détaille pas les trois références indiquées dans son offre, dont l'une est au surplus d'un montant relativement bas (CHF 76'000.- environ) au vu du montant du marché public en jeu. En effet, selon ledit art. 4.4 relatif au critère des références, celles-ci doivent répondre aux caractéristiques suivantes : être en rapport avec le marché à exécuter en termes de complexité et d'importance ; démontrer la capacité, les compétences et l'expérience nécessaires pour le marché à exécuter. Le soumissionnaire bénéficiait de trois pages A4 pour présenter ses trois références. Contrairement à l'adjudicataire qui a détaillé sur deux pages A4 les prestations fournies pour les trois références indiquées, la recourante s'est contentée de remplir les données administratives mais n'a donné aucune information sur la nature précise des activités citées en références hormis le même bref descriptif général suivant « gestion des accès chantiers via work contrôle/livraison/rondes/O-F ». Ainsi, en attribuant la note de 3 à la recourante malgré le caractère lacunaire et incomplet des informations communiquées, et celle de 4 à l'adjudicataire, la Ville n'a pas non plus versé dans l'arbitraire s'agissant de l'évaluation du critère relatif aux références. Il en va de même s'agissant du critère concernant la compréhension de la problématique, pour lequel la recourante a obtenu la note de 3, compte tenu du caractère sommaire et très peu développé de son offre, par rapport à celle de

- 16/17 - A/1700/2024 l'adjudicataire, plus détaillée, et ce alors qu'une page A4 était mise à disposition par l'annexe B1 pour développer ce point. Enfin, la critique de la recourante concernant le choix du responsable de chantier, qui estime son offre meilleure sur ce point que celle de l'adjudicataire, soulève une question d'appréciation entrant dans le champ de compétence de la seule autorité intimée, et non de la chambre de céans dont le pouvoir d'examen est limité aux faits pertinents et au droit. En effet, ce faisant, la recourante tente de substituer son appréciation à celle de la Ville, étant au surplus précisé qu'elle n'a pas indiqué, dans son offre, toutes les informations sollicitées par les documents de l'appel d'offre. Dans ces circonstances et vu le classement de D_____ en 4ème position avec 381.78 points, loin derrière B_____ qui en a obtenu 425.78 et la recourante qui en a recueilli 400.00, on ne voit pas en quoi une appréciation différente de l'évaluation de l'offre

de D_____ aurait un impact déterminant sur celle de la recourante par rapport à l'issue du litige. De plus, comme l'indique la Ville, la certification ISO n'était pas exigée par les documents de l'appel d'offre. L'argumentation de la recourante sur l'offre de D_____ n'est donc pas pertinente pour l'issue du présent litige. Mal fondé, le recours doit être rejeté.

E. 6

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'300.-, tenant compte de la décision sur effet suspensif, sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée, B_____ n'ayant pas recouru aux services d'un avocat et la ville disposant de son propre service juridique (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

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