

GE_GERICHTE ATA/570/2017 vom 19. Mai 2017

GE Cour de justice, 2017-05-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_570_2017

FR: GE_GERICHTE ATA/570/2017 du 19 mai 2017

IT: GE_GERICHTE ATA/570/2017 del 19 maggio 2017

Erwägungen

E. 1

Le 15 novembre 2016, le conseil d'administration des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) a décidé de valider un concept de rénovation et d'agrandissement du service des urgences des adultes, le budget y afférent ainsi que le planning des travaux, soit un début des travaux le premier trimestre 2018 et une fin de ceux-ci à la fin 2020.

E. 2

Par avis publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) et sur la plateforme www.simap.ch le 6 décembre 2016, les HUG ont lancé un appel d'offres en procédure ouverte et soumis aux traités internationaux concernant un mandat d'assistance à la maîtrise d'ouvrage (ci-après : AMO) pour le projet de réorganisation des urgences des adultes.

Ce marché de services n'était pas divisé en lots. Aucun prix estimatif n'était mentionné. Le délai pour poser des questions à l'adjudicateur était fixé au 19 décembre 2016 à 09h00, celui de dépôt des offres au 16 janvier 2017 à 16h00. Le dossier d'appel d'offres était disponible du 6 au 15 décembre 2016.

E. 3

Ledit dossier listait les critères d'adjudication et leur pondération comme suit : Pertinence et adéquation de l'approche – 30 % (ci-après : critère 1 ; sous-critères : pertinence de la lecture critique 20 % , approche méthodologique proposée 50 %, compréhension du cadrage de la mission 30 %) ; Capacité à communiquer et dialoguer pour atteindre les objectifs fixés – 25 % (ci-après : critère 2 ; sous-critères : qualité de communication visuelle et qualité graphique du dossier 60 %, capacité d'écoute et de communication orale au cours de l'audition 40 %) ; Références et expérience du candidat – 15 % (ci-après : critère 3 ; sous-critères : mandats et/ou études en milieu hospitalier 33 %, référence et exemples indiqués comme pertinents 34 %, ancienneté dans la fonction de l'expert AMO proposé 33 %) ; Caractère économique de l'offre – 30 % (ci-après : critère 4 ; sous-critères : offre ferme et tarifs horaires, aucun de ces deux sous-critères n'étant pondérés).

Juste en-dessous de cette liste figurait le paragraphe suivant : « un critère d'adjudication est divisé en éléments d'appréciation, ci-dessus donnés. Si le nombre et l'ordre des critères sont définitifs et annoncés préalablement, l'adjudicateur se réserve le droit de fixer autant d'éléments d'appréciation qu'il est nécessaire pour départager les candidats, ceci en respectant l'égalité de traitement et le principe de la transparence ».

Il était également précisé, s'agissant des compétences requises, que l'appel d'offres s'adressait à un cabinet de consultants en organisation – gestion de projet qui doit disposer d'expériences de projets complexes en milieu hospitalier et de gestion du changement, une

connaissance du secteur public constituant un atout.

- 3/10 - A/652/2017

E. 4

Tekhne SA (ci-après : Tekhne) est une société anonyme sise à Lausanne, inscrite au registre du commerce du canton de Vaud depuis le 29 septembre 1998. Elle a pour buts statutaires la fourniture de toute prestation de développement et la conception de projet d'investissement dans le secteur de la construction ; l'exécution de toute prestation de management de projet, de maîtrise d'ouvrage déléguée, d'études de faisabilité, d'expertise et de conseil ; et la fourniture notamment de prestations globales en ce qui concerne l'architecture, l'ingénierie, la planification générale, le financement et le management de la construction.

IM Projet (Suisse) Sàrl (ci-après : IM Projet) est une société à responsabilité limitée sise à Carouge, inscrite au registre du commerce du canton de Genève depuis le 26 octobre 2000. Elle a pour but statutaire l'exécution de mandats de gestion de projet.

E. 5

Tekhne a demandé aux HUG le dossier d'appel d'offres le 20 décembre 2016, et l'a reçu par courriel le lendemain.

E. 6

Le 17 janvier 2017, les HUG ont procédé à l'ouverture des offres. Cinq entreprises avaient soumissionné, dont Tekhne (pour un montant de CHF 449'996.-) et IM Projet (pour un montant de CHF 526'716.-).

E. 7

À l'exception d'une entreprise s'étant entretemps retirée de la procédure, les soumissionnaires ont été entendus par les HUG les 7 et 9 février 2017. Aucun procès-verbal de ces entrevues n'a été tenu.

E. 8

Par décisions du 16 février 2017, les HUG ont adjugé le marché à IM Projet, et signifié à Tekhne qu'elle s'était classée au 3ème rang et qu'elle n'obtenait pas le marché.

Selon le tableau d'évaluation des offres joint en annexe au courrier précité, IM Projet et Tekhne avaient reçu respectivement les notes de 111.02 et 103.99 au critère 1, 141.00 et 74.75 au critère 2, 94.50 et 73.50 au critère 3, et 38.00 et 39.00 au critère 4. IM Projet recevait la note totale de 384.52 et finissait au 1er rang des offres évaluées, tandis que Tekhne, notée 291.24, arrivait au 3ème rang.

E. 9

Un échange de questions et de réponses a eu lieu entre Tekhne et les HUG entre le 16 et le 23 février 2017.

E. 10

Par acte du 23 février 2017, Tekhne a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision d'adjudication précitée, concluant, à titre « préprovisionnel » et provisionnel, à l'octroi de l'effet suspensif au recours, et, à titre principal, à l'annulation de la décision attaquée et à l'octroi du marché ainsi qu'à l'allocation d'une indemnité de procédure.

- 4/10 - A/652/2017

Le recours était manifestement pourvu de chances de succès, le pouvoir adjudicateur s'étant rendu coupable d'une violation du principe de transparence sous forme d'une modification des sous-critères relatifs au critère 4 par rapport à ce qui ressortait du dossier d'appel d'offres, ce dernier laissant les soumissionnaires penser de bonne foi que les deux sous-critères seraient pondérées de manière égale. De plus, outre un défaut manifeste de motivation de la décision, la note qui lui avait été attribuée pour le critère 3 relatif aux références et à l'expérience apparaissait manifestement arbitraire et propre à modifier le classement final des offres en sa faveur.

Aucun intérêt privé ou public prépondérant n'empêchait l'octroi de l'effet suspensif, un décalage du début de la mission jusqu'à droit connu apparaissant tout à fait envisageable et ne prêtant guère à conséquence.

Sur le fond, en sus du problème lié à la pondération du critère relatif au caractère économique de l'offre, l'égalité de traitement avait été violée du fait qu'il n'était plus possible de télécharger le dossier d'appel d'offres le 20 décembre 2016 ; ce n'était que le lendemain à 15h40 que Tekhne avait pu recevoir ledit dossier. Son droit d'être entendue avait aussi été violé du fait de la difficulté d'obtenir des réponses sur le processus d'adjudication suite à la décision.

E. 11

Le 27 février 2017, le juge délégué a fait interdiction aux HUG de conclure le contrat avec l'entreprise adjudicataire jusqu'à ce qu'il soit statué sur la question de l'effet suspensif.

E. 12

Le 17 mars 2017, les HUG ont conclu au rejet de la demande d'effet suspensif.

Les sous-critères relatifs au critère 4 étaient restés l'offre ferme et les tarifs horaires. Le second était pondéré à 5 % (recte : 16,66 %, pour rester en termes relatifs), le premier à 25 % (recte : 83.34 %) et se décomposait encore en trois sous- sous-critères, à savoir montant de l'offre (17 %, recte : 56.66 %), caractère ferme de l'offre (5 %, recte : 16,66 %) et inclusion des frais complémentaires (3 %, recte : 10 %).

D'une manière générale, l'offre de Tekhne, à l'inverse de celle d'IM Projet, avait privilégié le volet architectural de l'offre au détriment du volet organisationnel. La présentation de Tekhne lors de l'audition s'était en outre avérée particulièrement confuse. Tekhne avait obtenu la note de 2 relativement à l'expérience du chef de projet, car la personne désignée comme telle n'avait pas d'expérience dans un projet spécifiquement hospitalier.

L'effet suspensif constituait l'exception en matière de marchés publics, et ne devait être accordé que de manière restrictive.

S'agissant de l'accès au dossier d'appel d'offres, le cahier des charges mentionnait que l'adjudicateur recommandait aux candidats de faire leurs demandes

- 5/10 - A/652/2017 de dossier au plus tard le 15 décembre 2016 à 13h00. Or Tekhne n'avait fait sa demande que le 20 décembre 2016 ; elle avait reçu le dossier le lendemain.

S'agissant de la décision d'adjudication, la législation applicable et la jurisprudence prévoyaient qu'elle n'avait besoin que d'être sommairement motivée. De plus, des précisions avaient été apportées en réponse aux questions posées par Tekhne, ceci avant le dépôt par

celle-ci de son recours.

S'agissant de la pondération des sous-critères liés au caractère économique de l'offre, elle n'était pas précisée dans le dossier d'appel d'offres, mais il était évident que c'était la partie « offre ferme » qui recelait la réelle évaluation à ce propos, et que le sous-critère « tarifs horaires » ne pouvait qu'être faiblement pondéré. Même en pondérant ces deux sous-critères à 50 % chacun, Tekhne n'aurait pas emporté le marché.

S'agissant de la notation des références et de l'expérience des soumissionnaires, pour le premier sous-critère, Tekhne avait reçu la note maximale de 4 (IM Projet avait reçu par erreur une note de 5, sans que cela modifiât toutefois le résultat de l'évaluation globale des offres). Pour le second sous-critère, Tekhne avait reçu la note de 4 et IM Projet celle de 5, car cette dernière avait pu mettre en avant dans son offre des missions en rocade, comme cela serait le cas dans le chantier du service des urgences. Enfin, pour le sous-critère 3, Tekhne avait obtenu la note de 2 car sa cheffe de projet n'avait pas d'expérience dans des projets hospitaliers.

Les griefs sur le fond devaient ainsi tous être rejetés, ce qui impliquait que le recours était manifestement dénué de chances de succès.

De plus, pour que les travaux puissent démarrer selon le planning prévu, il était impératif que la phase de conception puisse débuter en avril 2017.

E. 13

Le 17 mars 2017, le juge délégué a appelé en cause IM Projet.

E. 14

Le 23 mars 2017, IM Projet a conclu au rejet de la demande d'effet suspensif.

Compte tenu des explications fournies par les HUG dans leur écriture du

E. 17

mars 2017, le recours était dénué de chances de succès, et un intérêt public prépondérant s'opposait de plus à l'octroi de l'effet suspensif. 15.

Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif. Considérant, en droit, que : 1.

Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est prima facie recevable de ces points de vue, en application des art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), 3 al. 1 de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les

- 6/10 - A/652/2017 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 (RMP - L 6 05.01). 2.

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

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 chances 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 (ATA/446/2017 du 24 avril 2017 consid. 2 ; ATA/62/2017 du 23 janvier 2017 consid. 2 ; ATA/793/2015 du 5 août 2015 consid. 2 ; ATA/701/2013 du 22 octobre 2013 consid. 2 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zurich 2010, pp. 311-341, p. 317 n. 15).

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/446/2017 précité consid. 2 ; ATA/62/2017 précité consid. 2 ; ATA/793/2015 précité consid. 2 ; ATA/60/2013 du 30 janvier 2013 consid. 5). 3. a.

L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (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 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 let. a et b AIMP).

b. Le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires tout au long du déroulement formel de la procédure (art. 16 RMP ; ATA/1005/2016 du 29 novembre 2016 consid. 3 ; ATA/51/2015 du 13 janvier 2015 et jurisprudence citée; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 109 ; Benoît BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics in RDAF 2004, p. 241).

- 7/10 - A/652/2017 4.

Aux termes de l'art. 24 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.

a. 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 ; ATA/368/2015 du 21 avril 2015 ; ATA/972/2014 du 9 décembre 2014).

b. Ainsi, en vertu de 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. La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6), l'appréciation de la chambre administrative ne pouvant donc se substituer à celle de ce dernier, seul l'abus ou l'excès de pouvoir d'appréciation devant être sanctionné (ATF 130 I 241 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1). 5.

L'appel d'offres est une décision sujette à recours (art. 15 al. 1bis let. a AIMP ; art. 55 let. a RMP) dans un délai de dix jours (art. 15 al. 2 AIMP ; art. 56 al. 1 RMP). Le soumissionnaire qui entend contester la définition, la pondération ou le manque de précision des critères d'adjudication doit le faire, pour des raisons de bonne foi,

- 8/10 - A/652/2017 dans le cadre de l'appel d'offres (arrêt du Tribunal fédéral 2P.47/2004 du 6 avril 2004 consid. 3 ; ATA/455/2017 du 25 avril 2017 consid. 3c ; ATA/1073/2016 du

E. 20

décembre 2016) et non plus au moment de la décision d'adjudication, sans quoi il est forclos (ATF 130 I 241 consid. 4.2 ; 129 I 313 consid. 6.2 ; 125 I 203 consid. 3a = SJ 1999 I 359 ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.47/2004 précité consid. 3 ; ATA/455/2017 précité ; ATA/360/2014 du 20 mai 2014 ; ATA/535/2012 du 21 août 2012). 6.

En l'état, et à première vue, les griefs formés par la recourante n'apparaissent pas suffisamment fondés pour autoriser la chambre administrative à restituer l'effet suspensif lié au recours.

a. Concernant la pondération des sous-critères liés au caractère économique de l'offre, il pouvait certes apparaître étrange qu'ils fussent les seuls à ne pas faire l'objet d'une pondération indiquée dans l'appel d'offres ; la recourante n'a toutefois pas formé recours contre l'appel d'offres, et il ne résulte pas du dossier qu'elle aurait posé de question à ce sujet, alors qu'elle était libre de le faire pour autant qu'elle respectât le délai prévu à ces fins par l'appel d'offres, fixé au 19 décembre 2016. À cet égard, elle ne peut s'en prendre qu'à elle-même si elle a matériellement laissé passer ce délai en ne demandant le dossier d'appel d'offres que le 20 décembre 2016, le délai pour poser des questions à l'adjudicateur étant spécifié non dans le dossier mais bien dans l'appel d'offres lui-même. De plus, le pouvoir adjudicateur a précisé, de manière a priori crédible, que même une pondération telle que défendue par la recourante ne lui aurait pas permis de remporter le marché.

b. Concernant le grief lié au droit d'être entendu, la motivation de la décision d'adjudication est certes relativement sommaire, mais semble a priori correspondre aux exigences peu élevées posées par les art. 13 let. h AIMP et 45 al. 1 RMP et par la jurisprudence (ATA/695/2015 du 30 juin 2015 consid. 2b ; ATA/633/2008 du 16 décembre 2008 consid. 3). Quant à la prétendue difficulté d'obtenir des réponses en vue de former recours, il

n'apparaît pas, quoi qu'il en soit, que la recourante en ait subi de préjudice, son acte de recours ayant pu être déposé dans les temps et être motivé de manière complète.

c. S'agissant du grief lié à l'égalité de traitement, il est également *prima facie* infondé, dans la mesure où l'appel d'offres spécifiait clairement que le dossier d'appel d'offres était disponible du 6 au 15 décembre 2016. Le dossier d'appel d'offres – dont la recourante ne pouvait évidemment avoir connaissance du contenu avant de l'avoir obtenu – précisait que passé cette date, le dossier serait communiqué par courriel de manière non instantanée. Cette information n'était certes pas contenue dans l'appel d'offres, mais cette possibilité étant favorable à la recourante, on ne saurait y déceler un quelconque argument à même d'étayer son grief.

- 9/10 - A/652/2017

d. Enfin, s'agissant de la notation du critère des références et de l'expérience, les différences de note ont été expliquées en détail et, *prima facie*, de manière crédible par le pouvoir adjudicateur. 7.

Les chances de succès du recours apparaissant ainsi, à première vue, insuffisantes pour permettre à la chambre de céans d'octroyer l'effet suspensif au recours, la demande y relative sera rejetée, quand bien même la primauté des intérêts liés à la santé publique et à l'ouverture en temps voulu du futur dispositif d'accueil des urgences, en soi incontestable, est ici mise à mal par l'absence de prise en compte du temps nécessaire à une éventuelle procédure de recours. 8.

Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

Vu le recours interjeté le 23 février 2017 par Tekhne SA contre la décision des Hôpitaux universitaires de Genève du 10 février 2017 ;

vu l'art. 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ;

vu l'art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010 ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE refuse de restituer l'effet suspensif au recours ; 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 Daniel Guignard, avocat de la recourante, à Me Pierre Martin-Achard, avocat des Hôpitaux universitaires de Genève, ainsi qu'à Me Dominique Burger, avocat d'IM Projet Sàrl.

- 10/10 - A/652/2017 Le président :

Ph. Thélin

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.