

# **GE\_GERICHTE ATA/581/2013 vom 3. September 2013**

GE Cour de justice, 2013-09-03, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_581\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_581_2013)

FR: GE\_GERICHTE ATA/581/2013 du 3 septembre 2013

IT: GE\_GERICHTE ATA/581/2013 del 3 settembre 2013

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le marché offert est soumis notamment à l'AIMP, au RMP, à la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0), ainsi qu'à la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

### **E. 2**

En vertu des art. 62 al. 2 let. b LPA, 15 al. 1 et 2 AIMP, 15 L-AIMP et 56 RMP, le recours est adressé à la chambre administrative dans les dix jours dès la notification de la décision.

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue.

### **E. 3**

a. 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 LPA). Tel est le cas de celle à laquelle la décision attaquée apporte des inconvénients qui pourraient être évités grâce au succès du recours, qu'il s'agisse d'intérêts juridiques ou de simples intérêts de fait (ATA/517/2009 du 13 octobre 2009).

En l'espèce, l'autorité adjudicatrice n'a pas informé la chambre de céans de la conclusion du contrat avec l'adjudicataire (art. 14 al. 2 AIMP). De ce fait, la recourante dispose d'une pleine qualité pour agir. Dans l'hypothèse où cette absence de communication résultait d'une omission, la situation ne serait pas différente. En tant que soumissionnaire évincée et, bien que le contrat ait été déjà conclu, la recourante conserve en effet un intérêt actuel à recourir contre la décision d'adjudication au sens de l'art. 60 let. b LPA, son recours étant à même d'ouvrir ses droits à une indemnisation (ATF 125 II 86 consid. 5 b p. 96).

Dès lors que toutes les conditions ci-dessus énumérées sont remplies, le recours est recevable.

### **E. 4**

La recourante soulève tout d'abord une violation du principe de la transparence dans la passation du marché public litigieux. Elle prétend que la décision d'adjudication a été prise en application d'un sous-critère qui ne figurait pas dans le dossier d'appel d'offres.

- 10/17 - A/1546/2012

### **E. 5**

a. Un des objectifs poursuivis par la réglementation sur les marchés publics est d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP).

b. 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). La concurrence permet la comparaison des prestations et de choisir ainsi l'offre garantissant un rapport optimal entre le prix et la prestation (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 101 in RDAF 2002 I 543).

Ce principe 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 ; à tout le moins doit-il spécifier clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. En outre, lorsqu'en sus de ces critères, le pouvoir adjudicateur établit des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective. En tous les cas, le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 101 et les références citées). Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories 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 sous-critères utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul) 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 p. 248 ; 125 II 86 consid. 7c p. 101 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2D\_22/2008 du 23 mai 2008 consid. 2.1 et les références citées).

Le point de savoir si, dans un cas d'espèce, les critères utilisés sont inhérents au critère publié ou relèvent d'une grille d'évaluation, en sorte que le principe de la transparence n'en exige pas la communication par avance, résulte de l'ensemble des circonstances qui entourent le marché public en cause, parmi lesquelles il faut mentionner la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché (ATF 130 I 241 ; SJ 2002 I p. 549).

En l'occurrence, le sous-critère précité visé par le grief soit « expériences et des travaux similaires déjà réalisés au sein des HUG » représentait un sixième (coefficient de 5) du critère principal n° 3 « Organisation du candidat pour satisfaire les exigences du client » auquel il était rattaché et auquel était attribué

- 11/17 - A/1546/2012 un poids de 30 %. Il avait un coefficient de 5, ce qui ne permet pas de retenir qu'il jouait un rôle équivalent à un critère principal, nécessitant qu'il soit annoncé dans les documents d'appel d'offres (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.172/2002 du 10 mars 2003 ; ATA/94/2005 du 1er mars 2005). Le pouvoir adjudicateur n'entendait pas privilégier le sous-critère litigieux qui tendait simplement à concrétiser le critère publié.

Il était d'ailleurs précisé dans le dossier d'appel d'offres, sous le point 4.7 « Critère d'adjudication », qu'un critère d'adjudication pouvait être divisé en éléments d'appréciation. A noter que la recourante ne se plaint que du sous-critère « 3.3 Expérience et travaux similaires déjà réalisés au sein des HUG », passant sous silence les trois autres qui ne figuraient pas non plus dans l'appel d'offres et qui étaient d'un poids supérieur.

En outre, il ressortait de l'annexe Q8 que chaque candidat devait fournir trois références en rapport avec le type de marché à exécuter, qui démontraient l'aptitude, les compétences et l'expérience nécessaires pour le marché à exécuter, achevées depuis moins de dix ans ou en cours d'exécution mais proches d'être achevées et qui reflétaient le même type d'organisation que celui exigé pour le marché à exécuter. Il était donc clairement identifiable, dans le cadre de l'exécution du présent marché, que le fait d'avoir déjà effectué des travaux sur des installations électriques au sein des HUG constituait un atout pouvant donner un avantage.

Il n'en résulte ainsi pas une violation du principe de transparence.

## **E. 6**

La recourante allègue ensuite que le sous-critère litigieux contrevient également aux principes de non-discrimination et d'égalité de traitement. Elle soutient qu'il pénalise de façon disproportionnée des concurrents qui n'ont pas eu l'occasion de travailler pour le compte des HUG.

## **E. 7**

a. Selon l'art. 1 al. 3 let. b AIMP, un des objectifs de l'accord est de garantir l'égalité de traitement envers tous les soumissionnaires et d'assurer l'impartialité de l'adjudication.

Lors de la passation de marchés, les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement de chaque soumissionnaire doivent être respectés (art. 11 let. a AIMP).

Toute discrimination des candidats ou des soumissionnaires est interdite, en particulier par la fixation de délais ou de spécifications techniques non conformes à l'art. 28 RMP, par l'imposition abusive de produits à utiliser ou le choix de critères étrangers à la soumission (art. 16 al. 1 RMP).

b. Une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement garanti par l'art. 8 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999

- 12/17 - A/1546/2012 (Cst. - RS 101) lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. La question de savoir si une distinction juridique repose sur un motif raisonnable peut recevoir une réponse différente selon les époques et suivant les conceptions, idéologies et situations du moment (ATF 138 V 176 consid. 8.2 p. 183 ; 131 I 1 consid. 4.2 p. 6/7 ; 129 I 346 consid. 6 p. 357 ss ; V. MARTENET, Géométrie de l'égalité, 2003, p. 260 ss).

Le principe de l'égalité de traitement doit être garanti à tous les candidats et soumissionnaires et dans toutes les phases de la procédure (art. 16 al. 2 RMP ; ATA/165/2011 du 15 mars 2011).

En particulier, le respect de l'égalité de traitement entre soumissionnaires oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires pendant tout le déroulement formel de la procédure (ATA/884/2004 du 26 octobre 2004 ; J.-B. ZUFFEREY / C. MAILLARD / N. MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 109 ; B. BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics in RDAF 2004, p. 241). La chambre

administrative a rappelé le caractère formaliste du droit des marchés publics qu'impose le respect de ce principe (ATA/150/2009 du 14 mars 2009 ; ATA/10/2009 du 13 janvier 2009). L'égalité de traitement impose que les conditions d'accès au marché soient similaires pour tous (CROMP, version du 2 juin 2005, actualisée et complétée les 9 juin 2006, 18 décembre 2006 et 12 septembre 2008, annexe D, ch. 2).

La non-discrimination est un acquis fondamental, invoqué tel quel s'il y a trace d'inégalité ou de discrimination dans une procédure de marché public, avec pour résultat l'annulation ou le constat d'illicéité de la décision incriminée (RDAF 2004 I 237). C'est un principe essentiel de l'ouverture des marchés. Il vise à garantir que certains soumissionnaires, ou catégories de soumissionnaires, ne soient pas écartés ou exclus des procédures de manière arbitraire ou en raison de caractéristiques qui ne doivent plus avoir cours dans la passation des marchés publics, tels que l'origine, le lieu de siège et la provenance (CROMP, version du 2 juin 2005 précitée).

Dans le cas présent, le BATlab se situe en face du centre médical universitaire, proche des unités d'hospitalisation et des activités ambulatoires des HUG qui impliquent lors de travaux, la prise en compte de certaines restrictions liées à la protection des patients. Dans ce cadre, le candidat doit avoir les moyens de s'adapter aux contraintes techniques spécifiques du lieu d'exécution de la prestation. De leur côté, les intimés doivent pouvoir tenir compte, lors de l'évaluation des soumissionnaires, des difficultés et des obligations que leur

- 13/17 - A/1546/2012 imposent leurs installations afin de s'assurer que ces derniers peuvent réellement satisfaire aux exigences requises. Dès lors, ils sont en droit de recourir à un sous-critère qui leur permet de prendre en compte l'expérience et la connaissance que les entreprises soumissionnaires ont déjà des lieux, de la structure et de l'environnement dans lesquels les travaux vont se dérouler sans que l'adoption d'un tel sous-critère contrevienne par principe à l'art. 11 let. a AIMP du moment où le poids qui lui est accordé dans l'évaluation reste faible.

En l'espèce, le sous-critère litigieux constitue l'un des quatre sous-critères permettant de procéder à la notation du critère n° 3, dont l'objectif est d'apprécier la qualité de la prestation que le soumissionnaire pourra fournir. Il est le pendant du sous-critère 3.3, qui concerne l'expérience acquise par les soumissionnaires dans le cadre de chantiers de tiers. Au regard des trois autres sous-critères 3.1 à 3.3, il est celui dont le poids est le moindre puisqu'avec un coefficient de 5, il ne représente qu'un sixième des points pouvant être accordés pour ce critère n° 3. Ces éléments permettent d'écartier qu'il puisse générer une inégalité de traitement entre soumissionnaires. Par ailleurs, la recourante ne démontre pas avoir été traitée différemment de ses concurrents dans l'évaluation en question.

Le sous-critère précité n'étant ainsi pas propre à empêcher l'accès au marché en cause et n'étant pas discriminatoire, il n'y a pas lieu de l'écartier comme la recourante le réclame.

## **E. 8**

a. La recourante considère avoir été évaluée de manière arbitraire en rapport avec les trois sous-critères suivants « toutes positions renseignées », « capacité et disponibilité du personnel » et « capacité du bureau d'étude ».

b. D'après l'art. 9 Cst., toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'Etat sans arbitraire.

c. 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 (ATF 138 I 49 consid. 7.1 p. 51 et les arrêts cités). A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, si elle a été adoptée sans motif objectif ou en violation d'un droit certain (ATF 136 III 552 consid. 4.2 p. 560 ; 132 III 209 consid. 2.1 p. 211 ; Arrêt du Tribunal fédéral 9C\_227/2012 du 11 avril 2012). 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 137 I 1 consid. 2.4 p. 5 ; ATF 136 I 316 consid. 2.2.2 p. 318 ; ATF 134 II 124 consid. 4.1 p. 133 et les arrêts cités).

- 14/17 - A/1546/2012

Appelée à examiner le caractère arbitraire d'une décision, la chambre de ceans suit le raisonnement du Tribunal fédéral en la matière (ATA/342/2012 du 5 juin 2012 consid. 5 et les arrêts cités).

## **E. 9**

La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98). L'appréciation de la chambre administrative ne saurait donc se substituer à celle de ce dernier. Seul l'abus ou l'excès de pouvoir d'appréciation doit être sanctionné, ce que le Tribunal fédéral a affirmé à maintes reprises (ATF 130 I 241 consid. 6.1 p. 251 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2P.111/2003 du 21 janvier 2004 consid. 3.3 ; 2P.172/2002 précité consid. 3.2 ; RDAF 1999 I p. 301). 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).

Ainsi, même dans les marchés publics plus importants 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 mieux appropriée au marché. La loi ne lui impose aucune 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/117/2013 du 26 février 2013 ; ATA/260/2001 du 24 avril 2001 consid. 9 et la jurisprudence citée ; D. ESSEIVA, note ad S12 in DC 2/2003, p. 62). 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 (ATF 2P.172/2002 précité consid. 2.3 ; ATA/834/2004 du 26 octobre 2004 consid. 6 ; Arrêt du Tribunal administratif vaudois du 26 janvier 2000 in DC 2/2001, p. 67 et note de D. ESSEIVA précitée ; O. RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, RDAF I 2001, 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 économique 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 précitée p. 305).

Concernant le sous-critère « toutes positions renseignées », la recourante n'a pas complété l'annexe R7 « méthode de travail pour atteindre les objectifs fixés en matière d'exécution du marché » alors que cela lui avait été demandé en rapport avec le sous-critère précité, raison pour laquelle elle avait obtenu une note inférieure à l'adjudicataire, qui l'avait compensée par une autre annexe. Concernant le sous-critère « capacité et disponibilité du personnel », le fait d'avoir répondu qu'elle mettait à disposition deux personnes, sans préciser les

- 15/17 - A/1546/2012 pourcentages de travail ni indiquer s'il s'agissait de son propre personnel, pouvait être considéré comme très partiellement suffisant, par comparaison aux indications plus précises données par l'adjudicataire sur ce point.

De même, concernant la capacité du bureau d'étude de la recourante, les renseignements précis doivent être donnés, même si celle-ci part du principe qu'ils sont notoires. En l'espèce, il ressort de l'offre qu'elle n'a effectivement pas mentionné le nombre de personnes travaillant dans l'entreprise, notamment dans le secteur d'activité climatisation-ventilation-chauffage, contrairement aux informations données par l'adjudicatrice.

Aucun grief tiré d'une évaluation arbitraire de l'offre présentée par la recourante ne pouvait donc être retenu.

#### **E. 10**

Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.

Compte tenu de l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe. Aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 LPA).

Les HUG sollicitent l'octroi d'une indemnité de procédure au sens de l'art. 87 al. 2 LPA. Ils considèrent que le domaine des marchés publics est un domaine spécialisé pour lequel, contrairement aux contentieux relatifs à leurs collaborateurs, ils ne disposent pas d'un service juridique spécialisé dans ce domaine, ce qui les oblige à recourir à un avocat spécialisé externe. Il est exact que la chambre administrative s'est souvent référée à l'ATA/79/2011 du 8 février 2011 qui concerne un contentieux de la fonction publique pour refuser d'allouer des indemnités aux HUG dans des procédures de recours en matière de marchés publics. Cela n'empêche pas que le principe jurisprudentiel appliqué dans l'arrêt précité soit applicable au domaine des marchés publics pour toutes les collectivités publiques qui, à l'instar des HUG, possèdent un service juridique et sont susceptibles d'être couramment confrontées à des problèmes dans ce domaine dans le cadre des chantiers qu'elles conduisent et des fournitures qu'elles doivent se procurer. Le service juridique des HUG devrait être à même de traiter lui-même ces procédures. Aucune indemnité de procédure ne leur sera donc allouée s'ils recourent à un mandataire extérieur.

- 16/17 - A/1546/2012

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