

GE_GERICHTE ATA/624/2022 vom 14. Juni 2022

GE Cour de justice, 2022-06-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_624_2022

FR: GE_GERICHTE ATA/624/2022 du 14 juin 2022

IT: GE_GERICHTE ATA/624/2022 del 14 giugno 2022

Erwägungen

E. 05

; art. 15 al. 1 AIMP; art. 3 al. 1 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

E. 05.0

; art. 55 let. e et 56 al. 1 RMP). 2)

Le recourant a sollicité diverses auditions de personnes ayant participé au processus d'appel d'offres au sein de la ville, de I_____ et de la société adjudicataire, la production par le pouvoir adjudicateur de la totalité de l'appréciation relative à l'attribution des notes pour chacun des deux candidats, pour tous les critères autres que le prix, apparaissant dans le tableau comparatif des offres, de l'intégralité de la soumission de l'adjudicataire, ainsi que des échanges intervenus entre I_____ et la société adjudicataire.

Il entend par ces actes d'instruction démontrer une préimplication de la société adjudicataire et une notation de son offre et de celle de l'adjudicataire non conformes, avec pour conséquence qu'il aurait dû se voir adjuger le marché litigieux.

- 15/31 - A/185/2022

a. Le droit de faire administrer des preuves sur des faits pertinents, tel que la jurisprudence l'a déduit du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), n'empêche pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient pas l'amener à modifier son opinion (ATF 145 I 167 consid. 4.1 ; 140 I 285 consid. 6.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_376/2020 du 4 décembre 2020 consid. 3.3).

b. En l'espèce, l'autorité adjudicatrice a produit en lien avec l'appel d'offres le dossier de soumission, les conditions particulières d'ouvrage, les descriptifs architecte, ingénieur civil et ingénieurs spécialisés, les plans, les questions et réponses publiées, le procès-verbal d'ouverture des offres du 22 novembre 2021, le rapport de pré-évaluation du 30 novembre 2021 et le courrier de l'architecte du

E. 6

décembre suivant, le rapport d'évaluation du 16 décembre 2021 établi suite à la séance d'évaluation des offres réunissant le comité d'évaluation, le tableau multicritères des offres valant proposition d'adjudication ainsi que l'offre de la société adjudicataire dont les éléments considérés comme relevant du secret d'affaires ont été caviardés. Le recourant n'a pas précisé, à la suite de la production de cet ensemble de pièces par la ville en février 2022,

quelles pièces seraient encore nécessaires et pertinentes pour trancher le litige qui ne figureraient pas déjà à la procédure. Il a de son côté pu produire toutes pièces utiles, à savoir trois bordereaux de pièces. Ainsi la chambre de céans dispose des éléments nécessaires pour trancher le litige en lien avec l'évaluation de chacune des offres.

Il en est de même s'agissant des offres de preuve concernant le grief d'une préimplication. La production des pièces et les auditions requises ne s'avèrent pas nécessaires pour l'issue du litige, compte tenu de ce qui suit.

Il ne sera en conséquence pas donné suite aux requêtes d'actes d'instruction du recourant. 3)

Dans un premier grief, le recourant se plaint d'une motivation insuffisante de la décision adjudication.

a. Le droit d'être entendu tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit d'obtenir une décision motivée. Il suffit 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).

b. 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

- 16/31 - A/185/2022 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 doivent être sommairement motivées (ATA/1192/2021 du 9 novembre 2021 consid. 2 ; ATA/1089/2018 du 16 octobre 2018 consid. 4b).

Pour les procédures ouvertes et sélectives, si la décision est notifiée par courrier, elle doit également être publiée selon les exigences figurant à l'art. 52 al. 2 RMP (art. 45 al. 2 RMP).

À teneur de cette disposition légale, si la décision d'adjudication a été notifiée par courrier, l'autorité adjudicatrice fait paraître sur la plateforme Simap, septante-deux jours au plus tard après la notification de l'adjudication, un avis d'adjudication indiquant le nom et l'adresse de l'autorité adjudicatrice, le type de procédure, l'objet et l'importance du marché, le nom et l'adresse de l'adjudicataire, le montant de l'adjudication ou le montant de l'offre la plus élevée et la plus basse dont il a été tenu compte dans la procédure d'adjudication, la date de l'adjudication (al. 2).

c. Selon la doctrine, les règles applicables en matière d'adjudication de marché prévoient que l'autorité peut, dans un premier temps, procéder à une notification individuelle, voire par publication, accompagnée d'une motivation sommaire ; sur requête du soumissionnaire évincé, l'autorité doit lui fournir des renseignements supplémentaires relatifs notamment aux raisons principales du rejet de son offre ainsi qu'aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue. L'ensemble des explications de l'autorité (fournies le cas échéant en deux étapes) doit être pris en considération pour s'assurer qu'elles sont conformes aux exigences découlant du droit d'être entendu. La pratique admet assez généreusement la réparation d'une motivation insuffisante dans la procédure de recours subséquente. Toutefois, la notification d'une adjudication, accompagnée d'une motivation sommaire, suffit à faire courir le délai de recours ; ainsi, le soumissionnaire évincé peut se trouver dans une situation inconfortable de devoir former recours, alors que son information est encore largement incomplète (Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 250 n. 392 et les références citées).

d. Dans la phase finale de l'évaluation des offres, le pouvoir adjudicateur attribue des notes aux offres qui n'ont pas été exclues, au regard de chacun des critères d'adjudication. L'entité adjudicatrice opère ensuite la synthèse de ces évaluations en les intégrant dans un tableau comparatif, regroupant l'ensemble des offres et les notes retenues auxquelles sont appliqués les facteurs de pondération pour les différents critères (Étienne POLTIER, op.cit., p. 213 n. 338).

e. En l'espèce, la décision d'adjudication indique qui est l'adjudicataire du marché, le montant du marché adjugé et mentionne que le marché a été attribué au soumissionnaire ayant déposé l'offre remplissant pleinement les conditions selon le RMP, conformément à la grille d'évaluation annexée faisant partie intégrante de

- 17/31 - A/185/2022 cette décision. De plus, le recourant a été reçu par l'adjudicatrice entre le moment de l'adjudication et le dépôt du recours, soit le 11 janvier 2022. Le représentant du recourant a d'ailleurs résumé l'essentiel de cet entretien dans un courriel du lendemain adressé au directeur de la direction du patrimoine bâti.

Le recourant a donc disposé de toutes les informations nécessaires à la compréhension de la décision d'adjudication. Il a pleinement pu faire valoir ses arguments devant la chambre de céans, tant dans le cadre de son recours que de ses écritures subséquentes, sur effet suspensif et sur le fond, y compris après le dépôt des pièces par l'adjudicatrice.

Son grief d'une violation du droit d'être entendu sera rejeté. 4)

Selon l'art. 61 al. 1 LPA, 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). 5)

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), 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). 6)

Le recourant conteste la notation, à commencer par la méthode utilisée par le pouvoir adjudicateur, à savoir une comparaison subjective des deux offres entre elles.

a. 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).

b. 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

- 18/31 - A/185/2022 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). Le 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).

c. En l'espèce l'appel d'offres mentionnait expressément les critères d'adjudication, à savoir le prix (30 %), la fiabilité et la pertinence du planning (10 %), l'organisation (10 %), la qualité technique (25 %) et les références (25 %). Le pouvoir adjudicateur indique avoir procédé à l'appréciation des critères selon le barème KBOB, tel qu'annoncé dans les documents d'appel d'offres. Il explique que l'évaluation a effectivement consisté à comparer les offres entre elles et non à les évaluer pour elles-mêmes dans l'absolu. Elles ont été évaluées par rapport à l'objet du marché et aux exigences du cahier des charges. À cet égard, le recourant ne remet pas en cause le fait qu'il est question de construction d'éléments modulaires tridimensionnels entièrement préfabriqués devant ensuite être assemblés sur les sites dans un temps limité. Dès lors, le pouvoir adjudicateur a considéré que les critères de la qualité technique et des références étaient particulièrement pertinents pour juger de la capacité du soumissionnaire à fournir les ouvrages attendus avec la qualité souhaitée.

Ni la méthode appliquée, ni les critères considérés comme particulièrement pertinents pour le cas d'espèce, ne violent l'art. 43 RMP qui prévoit la notion d'offre la plus avantageuse et suppose qu'il y ait une comparaison entre les offres, étant encore rappelé la grande liberté d'appréciation laissée au pouvoir d'adjudication, y compris s'agissant de la méthode de notation. 7)

Le recourant critique chacune des notes, de 3, qui lui ont été attribuées et les raisons pour lesquelles elles ne seraient, selon lui, pas le reflet de la qualité de son offre, à l'exception de celle du prix, de 5, soit le maximum selon le barème KBOB. Il s'étonne de n'avoir reçu aucune notation au quart de point, contrairement à l'adjudicataire. De plus, si toutes les notes des deux soumissionnaires avaient été augmentées entre la pré-évaluation de l'architecte et

- 19/31 - A/185/2022 la notation par le comité d'évaluation, celles de l'adjudicataire l'auraient été, pour une raison inexplicée, de manière plus importante que les siennes.

Sur ce dernier point, il ressort des explications du pouvoir adjudicateur que le comité d'évaluation a considéré qu'une différence très nette était apparue, lors de sa réunion le 16 décembre 2021, entre les deux offres sur les critères de la qualité technique et des références. Il était parvenu, après les pondérations fixées pour chaque critère de l'appel d'offres, au classement final de 360 points pour le recourant et de 385 points pour l'adjudicataire. Si le comité d'évaluation avait bien pris connaissance des propositions de notes formulées par le mandataire au terme de sa pré-évaluation, il avait procédé à sa propre

évaluation de manière collective et décidé alors de ne pas noter séparément les sous-critères comme proposé, mais d'attribuer une note globale à chaque critère en prenant en compte les sous critères ressortant tant de la description générale des critères que des éléments précisés et demandée pour chacun d'eux dans le cahier de soumission.

Aucun élément ne permet de remettre en cause l'explication ainsi donnée quant à la différence des notes attribuées par le mandataire puis par le comité d'évaluation aux deux offres en cause, respectivement leur augmentation à toutes deux entre ces phases, mais aussi que celles de l'adjudicataire l'aient été de manière plus importante.

Quant aux deux autres griefs en lien avec les notes attribuées, ils reviennent à analyser les notes pour chacun des critères autres que le prix à l'aune des critiques émises spécifiquement par le recourant. 8)

S'agissant du critère N° 2 « fiabilité et pertinence du planning », le recourant considère que c'est à tort que le pouvoir adjudicateur lui reproche l'absence de prise en compte de la sécurité des usagers et les spécificités des sites.

Selon le pouvoir adjudicateur, il n'était pas possible, sur la base des documents fournis par le recourant, de comprendre comment il entendait assurer la sécurité des usagers. Le descriptif général n'en faisait pas mention. Les plans d'installation de chantier par site, s'ils définissaient des zones de chantier, ne faisaient état d'aucune mesure quant aux utilisateurs des écoles ; seule la circulation piétonne des ouvriers y était définie et non celle des usagers. Le planning différenciant les différents sites ne traitait pas davantage de cette problématique. Ainsi, la critique formulée par le mandataire dans son rapport de pré-évaluation, reprise dans le rapport d'évaluation était fondée.

Le recourant soutient, sur ce point, avoir donné des réponses pertinentes aux questions de planning lors de la séance de clarification du 2 décembre 2021. Il avait tenu compte des spécificités de chacun des sites en définissant l'emprise de travail, soit la zone interdite aux usagers.

- 20/31 - A/185/2022

Ainsi, le pouvoir adjudicateur doit être suivi lorsqu'il soutient qu'à part cette zone interdite, le recourant n'a pas défini de mesures spécifiques relatives à la sécurité des usagers. Il en va ainsi, à teneur du rapport de pré-évaluation, de l'absence de prise en compte des horaires/vacances scolaires et des spécificités des sites, alors que s'agissant de l'offre de l'adjudicataire, ces dernières ont été prises en compte et des travaux étaient envisagés le jour de l'Ascension et durant les vacances scolaires, soit en l'absence en particulier des enfants.

Selon le pouvoir adjudicateur, le recourant n'avait pas fourni avec son offre les détails et explications donnés devant la chambre administrative en lien avec l'installation de la grue sur le site G_____ 31. Son offre contenait uniquement un plan d'installation de chantier sur lequel ne figuraient pas les arbres où la grue était censée prendre place. Sur la base de ce plan, deux hypothèses étaient venues à l'esprit du comité d'évaluation, à savoir soit que le recourant n'avait pas tenu compte de la présence de l'arbre, de sorte que le plan projeté n'était pas réalisable, soit qu'il envisageait l'abattage de l'arbre, ce qui n'était nullement prévu par les conditions d'appel d'offres. Outre que cette explication n'avait pas été donnée en temps utile pour évaluer son offre, la solution désormais proposée semblait particulièrement compliquée. Aussi, si l'intention du recourant de positionner le poste de pilotage sous l'arbre et la tourelle de la grue au-dessus avait été clairement annoncée, cette

proposition n'aurait de toute manière pas été jugée comme particulièrement pertinente ni opportune. La notation n'aurait donc pas été influencée.

Le recourant ne remet pas en cause le fait d'avoir donné, sur cette problématique, des explications après l'évaluation de son offre. Il ne critique ensuite pas la remarque du pouvoir adjudicateur selon laquelle la solution offerte ne serait de toute façon ni pertinente ni opportune et ne modifierait pas la note obtenue.

S'agissant du positionnement de la grue pour le site G_____ 31, le pouvoir adjudicateur considère que l'assertion du recourant selon laquelle cet engin serait positionné sur le plan à environ 80 cm sur le bâtiment SIG, en soi une marge suffisante, était contradictoire dans ses termes, puisque si la grue était positionnée sur ledit bâtiment, même pour seulement 80 cm, il ne resterait plus de marge, au contraire. Si la faisabilité du projet n'était pas remise en cause en raison du positionnement de ces grues, que ce soit sur des arbres ou sur un bâtiment, le recourant confondait la faisabilité et l'évaluation de l'offre par l'attribution d'une note. Dans ce cadre, le positionnement des grues sur ces deux sites ne pouvait donner qu'une impression défavorable et le sentiment qu'il n'avait pas complètement appréhendé tous les aspects du projet avant de formuler son offre. Le recourant n'amène aucun élément pertinent pour remettre en cause cette « impression défavorable » qui a conduit le comité d'évaluation à attribuer la note critiquée.

- 21/31 - A/185/2022

Selon le pouvoir adjudicateur, cette remarque valait également en lien avec le temps supposé être dédié à la construction métallique sur l'ensemble des sites ainsi que pour la réfection de la toiture du site des F_____. Si la séance de clarification avait permis de s'assurer que le recourant avait bien pris en compte ces étapes, garantissant la faisabilité du projet, sous l'angle de l'évaluation des offres, en vertu du principe de leur intangibilité, c'était bien le contenu de l'offre qui avait été jugé. Or, il n'en ressortait pas à quel moment la réalisation de ces éléments était planifiée. L'autorité adjudicatrice avait en conséquence retenu que le recourant ne s'était pas suffisamment approprié le projet.

Le recourant concède que c'est la séance de clarification qui a permis d'écarter ces deux dernières critiques. Il ne remet donc pas en cause le fait que son offre n'ait pas contenu les éléments nécessaires à cet égard. 9)

S'agissant du critère N° 3, « organisation », le recourant reproche au pouvoir adjudicateur d'avoir favorisé l'adjudicataire en prenant en compte davantage que les deux CV requis dans l'appel d'offres et ainsi violé les principes de l'intangibilité de l'offre, de la transparence, de l'égalité de traitement et de la non- discrimination.

Selon le pouvoir adjudicateur, le cahier de soumission demandait, concernant la qualification et la disponibilité du personnel clé, un des deux aspects jugés dans le cadre de ce critère, la fourniture d'un CV pour le chef de projet entreprise générale et d'un CV pour le responsable direction des travaux entreprise générale. Or, le recourant n'avait fourni que celui du responsable de la direction des travaux. Il n'avait donc pas fourni tous les documents demandés, ce qui avait joué en sa défaveur. Le contenu des documents fournis avait également été pris en compte. Or, une des deux personnes clé de l'offre de l'adjudicataire faisait état d'une référence équivalant parfaitement avec les travaux demandés. Les notes attribuées au recourant et à l'adjudicataire étaient assez proches, puisque de respectivement 3.5 et 3, ce qui était plutôt clément pour ce dernier vu l'absence

d'un des deux CV demandés.

Le recourant n'a formulé aucune remarque venant contredire ces éléments et l'appréciation du pouvoir adjudicateur. On discerne ainsi mal en quoi ce dernier aurait à tort favorisé l'adjudicataire. Il apparaît plutôt qu'il a été sanctionné pour ne pas avoir fourni le nombre de CV requis pour deux personnes clé du projet. 10) Concernant le critère N° 4, « qualité technique », le recourant considère que tous les points négatifs soulevés par l'architecte dans son rapport de pré-évaluation auraient été « balayés » lors de la séance de clarification.

Le pouvoir adjudicateur relève que ce critère était essentiel pour s'assurer que les soumissionnaires avaient bien compris les exigences du cahier des charges et proposaient des solutions adéquates pour atteindre les objectifs fixés. Or, le

- 22/31 - A/185/2022 recourant avait rendu un descriptif minimal, voire lacunaire, dont plusieurs éléments ne correspondaient pas à l'appel d'offres. La trame proposée de 3'450 mm ne correspondait pas à la partition demandée. Il y avait une incohérence entre le schéma proposé et le nombre de modules nécessaires. Les ouvertures de façade dans les schémas ne correspondaient pas à l'appel d'offres, ni les systèmes de poutraison /poteau. Le descriptif d'assemblage ne répondait pas aux spécificités des sites et des projets de l'appel d'offres. Le schéma du mur extérieur présentait des finitions intérieures et extérieures qui ne correspondaient pas à l'appel d'offres. Aucune description détaillée ne permettait d'attester de la qualité des finitions. Ces divers éléments démontraient que la problématique posée n'avait pas été complètement appréhendée par le recourant qui avait établi son offre rapidement, sans entrer dans les détails attendus. En revanche, le comité d'évaluation avait pris en compte le choix d'un béton à moindres émissions de CO2 et de bois en circuit court, relevant que la question écologique ne constituait toutefois qu'une petite partie du critère. Au final, la note de 3 semblait plutôt généreuse.

En comparaison, l'adjudicataire avait fourni pour ce critère des documents comportant de nombreuses explications et plans de détail répondant très largement aux attentes. Sous l'angle de la clarté générale de l'offre, des explications étayées des différents concepts des bâtiments étaient données ; le descriptif propre à l'entreprise était très bien réalisé avec la résolution de tous les détails-type selon les exigences du cahier d'architecte. Le dossier contenait le détail de toutes les couches entre les modules ; l'assemblage entre les modules était détaillé, de même que les finitions intérieures ainsi que les détails d'assemblage pris en compte pour garantir le démontage. En lien avec la garantie des délais, la situation actuelle, en particulier de pénurie de certains matériaux, était expliquée et prise en compte ; les ressources en personnel étaient pré-réservées. Quant à la qualité, différents dessins de détail étaient fournis. Le bois était traité selon les exigences de l'appel d'offres et conforme au label demandé. Les éléments ainsi apportés étaient donc largement supérieurs à ceux figurant dans l'offre du recourant, d'où l'attribution d'une note de 4.75.

Le recourant ne remet pas en cause le fondement des points négatifs soulevés par l'architecte avant de rendre son rapport de pré-évaluation et reconnaît que c'est à l'occasion de la séance de clarification du 2 décembre 2021 qu'il a pu apporter une réponse détaillée sur chacun des points. C'est dire que ces réponses ne ressortaient pas de son offre, ce qui précisément a motivé les auditions du 2 décembre 2021, précédées de l'envoi de questions. Or, si le procès-verbal de clarification de l'offre fait partie intégrante de l'offre et lie le soumissionnaire, l'audition de clarification ne permet pas de modifier son offre. Qui plus est, selon le pouvoir adjudicateur qui n'a pas été contredit sur ce point, la séance en question

lui a permis de comprendre que les documents fournis dans l'offre du recourant sur la qualité technique n'avaient pour beaucoup pas été réalisés pour l'appel d'offre en cause, mais provenaient d'autres projets. Après l'audition du 2 décembre

- 23/31 - A/185/2022 2021, l'offre du recourant s'est avérée, aux yeux du comité d'évaluation, être qualitativement bien en deçà de celle de son concurrent. Le recourant explique cette différence de qualité en raison des seulement six semaines séparant la date de publication de l'appel d'offres du délai de dépôt et par le fait que l'adjudicataire aurait eu plus de temps pour préparer la sienne, dans la mesure où il y aurait eu préimplication. Ce faisant, il ne remet pas en cause la moindre qualité de son offre, sans qu'il soit nécessaire d'entrer encore plus avant dans les détails, en particulier le chapitre « délimitation des prestations », justifiant une note inférieure à celle attribuée à l'adjudicataire. 11) Le recourant, encore en lien avec le critère N° 4, « qualité technique », soutient que l'adjudicataire aurait dû se voir sanctionné pour ne pas avoir, contrairement aux exigences de l'appel d'offres, proposé de prototype 1:1.

Sans être contredit, le pouvoir adjudicateur indique que cet aspect a bien été pris en compte comme un élément négatif et noté comme tel dans le tableau, en défaveur de l'adjudicataire. Cela étant, après avoir obtenu les explications de l'adjudicataire sur ce point, il s'était rangé à son avis à savoir que, du fait des délais de commande de matériaux actuels et du temps nécessaire à la réalisation d'un prototype, la livraison finale à la date demandée serait compromise. Il avait donc accepté cette modification qualifiée de mineure par rapport à l'ensemble du marché. Les solutions alternatives proposées, à savoir une modélisation 3D, des détails en coupe et un extrait du « BIM », des échantillons de matériaux et d'assemblage, garantissaient la possibilité pour le maître d'ouvrage de valider les différents aspects du projet en connaissance de cause.

En définitive, il ressort de ce qui précède que rien ne permet de retenir que le pouvoir adjudicateur aurait abusé ou excédé son pouvoir d'appréciation en évaluant les quatre critères litigieux, ce qui vaut pour les deux offres présentées. 12) Le recourant soutient que l'adjudicataire aurait dû être exclue du marché, dans la mesure où elle aurait eu connaissance du marché en cause avant la publication de l'appel d'offres et bénéficié de davantage de temps pour préparer la sienne que d'autres potentiels soumissionnaires qui n'avaient eu que six semaines pour ce faire.

a. La liberté économique, telle que consacrée par l'art. 27 Cst., a pour but de protéger toute activité économique privée tendant à la production d'un gain, soit toute activité exercée par une personne dans un but lucratif. Elle garantit l'existence d'un ordre économique fondé sur le marché et sur un minimum de concurrence (Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER/Maya HERTIG RANDALL/ Alexandre FLÜCKIGER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 2021, n. 960 et 1035 et les arrêts cités).

- 24/31 - A/185/2022

L'art. 27 Cst. consacre, selon la jurisprudence, le principe d'égalité de traitement dans un domaine spécifique, celui des rapports entre des personnes en concurrence directe. Selon le Tribunal fédéral, cette disposition offre une protection qui va au-delà de celle qu'assure l'art. 8 Cst. (Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER/Maya HERTIG RANDALL/Alexandre FLÜCKIGER, op.cit., n. 1114 et les arrêts cités ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2ème éd., 2018, n. 589).

b. En droit fédéral des marchés publics, l'art. 14 LMP entrée en vigueur le 1er janvier 2021 prévoit que les soumissionnaires qui ont participé à la préparation d'une procédure d'adjudication ne sont pas autorisés à présenter une offre lorsque l'avantage concurrentiel ainsi acquis ne peut être compensé par des moyens appropriés et que l'exclusion ne compromet pas la concurrence efficace entre soumissionnaires (al. 1). Les moyens appropriés pour compenser un avantage concurrentiel sont en particulier la transmission de toutes les indications essentielles concernant les travaux préalables (al. 2 let. a), la communication des noms des participants à la préparation du marché (al. 2 let. b), la prolongation des délais minimaux (al. 2 let. c). Une étude de marché requise par l'adjudicateur préalablement à l'appel d'offres n'entraîne pas la préimplication des soumissionnaires mandatés. L'adjudicateur publie les résultats de l'étude de marché dans les documents d'appel d'offres (al. 3).

Dans son message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la LMP, le Conseil fédéral indique que le but d'un appel d'offres public est d'acquérir des prestations, non d'analyser le marché. L'adjudicateur est tenu de se faire une idée des solutions proposées sur le marché avant de lancer un appel d'offres. Il peut donc être amené à procéder à une étude de marché ou à confier cette tâche à un tiers indépendant. Du moment que ses résultats sont communiqués lors de la remise des documents d'appel d'offres, une telle étude de marché n'entraîne pas la préimplication des prestataires contactés avant l'appel d'offres. Si la communication de ces résultats permet de compenser l'avantage en matière d'information acquis par le tiers chargé d'effectuer l'étude et que ce dernier est nommé dans les documents d'appel d'offres, ce tiers n'est pas préimpliqué non plus. Cela vaut en particulier dans les cas où une exclusion aurait pour conséquence une absence objective de concurrence résiduelle (FF 2017 1695, p. 1763).

c. Aux termes de l'art. 31 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 (al. 1 let. a) ainsi que 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 (al. 1 let. b). L'autorité adjudicatrice indique, dans les documents

- 25/31 - A/185/2022 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 (al. 2).

d. Il y a préimplication lorsqu'un soumissionnaire a participé à la procédure d'appel d'offres, par exemple en établissant les bases du projet, en élaborant les documents d'appel d'offres ou encore en fournissant au pouvoir adjudicateur des informations sur des données spécifiques techniques concernant les biens à acquérir (arrêt du Tribunal fédéral 2P.164/2004 du 25 janvier 2005 consid. 3.1 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral [ci-après : TAF] B-4602/2019 du 4 mars 2020 consid. 3.1.2 ; B-6708/2017 du 9 mai 2019 consid. 3.1.2 ; B-5439/2015 du 25 septembre 2017 consid. 3.1.5 ; Christoph JÄGER, Direkte und indirekte Vorbefassung im Vergabeverfahren, DC 1/2011 p. 4 ss, not. p. 5). Une telle préimplication est susceptible de porter atteinte au principe de l'égalité de traitement entre concurrents ; le soumissionnaire se trouvant dans une telle situation peut en effet être tenté d'influencer le pouvoir adjudicateur en ce sens que le nouveau marché soit configuré en fonction de son produit ou de sa prestation ; il peut aussi mettre à profit les connaissances acquises durant la préparation de la procédure de passation ou encore tenter

d'influencer le pouvoir adjudicateur en se servant des contacts établis avec les personnes (arrêt du Tribunal fédéral 2P.164/2004 précité consid. 3.1 ; Peter GALLI/André MOSER/Elisabeth LANG/Marc STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3ème éd., Zurich 2013, n. 1043 s.). Le soumissionnaire préimpliqué est en outre privilégié par rapport aux autres candidats, dans la mesure où il bénéficie de meilleures connaissances du projet et par le fait qu'il dispose de plus de temps pour établir son offre (Denis ESSEIVA in DC 2/2007 S9).

Un dialogue technique entre le pouvoir adjudicateur et un futur soumissionnaire est 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. 508).

Selon la jurisprudence, la préimplification d'un soumissionnaire conduit en principe à son exclusion. Toutefois, le seul fait qu'un soumissionnaire, en exécutant un mandat dans le cadre d'un projet déjà défini, s'est procuré des avantages qu'il peut mettre à profit lors de la mise au concours d'autres étapes du même projet, ne conduit pas nécessairement à son exclusion. Le principe de l'utilisation économique des deniers publics, qui doit être pris en compte à l'instar du principe de non-discrimination, peut même imposer d'exploiter de telles synergies, pour autant que les règles du droit des marchés soient respectées (arrêt du Tribunal fédéral 2P.164/2004 précité consid. 5.7.1). Un soumissionnaire préimpliqué peut ainsi prendre part à la procédure notamment lorsque l'avantage en termes de connaissances par rapport aux concurrents est peu important ou que sa contribution à la préparation de l'appel d'offres apparaît comme mineure ; il en

- 26/31 - A/185/2022 va de même lorsque seul un petit nombre de soumissionnaires peuvent offrir la prestation mise en soumission ou encore quand les concurrents sont informés en toute transparence de la contribution du soumissionnaire concerné et de son avantage en termes de connaissances (arrêt du Tribunal fédéral 2P.164/2004 précité consid. 3.3 ; ATAF 3013/2012 du 31 août 2012 consid. 3.6). Il n'y a pas lieu d'exclure un soumissionnaire si l'avantage concurrentiel peut être compensé par le pouvoir adjudicateur. Celui-ci, qui dispose d'un pouvoir d'appréciation, examinera dans le respect du principe de la proportionnalité les moyens à ordonner (décision incidente du TAF B-6653/2016 du 29 novembre 2016 consid. 7.2 in fine ; Peter GALLI/André MOSER/Elisabeth LANG/Marc STEINER, *op. cit.*, n. 1045 ; Etienne POLTIER, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, n. 280). La jurisprudence sur le devoir de récusation des juges, qui naît de l'apparence de partialité objective, n'est pas applicable au soumissionnaire préimpliqué ; 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 configuration du marché n'est pas apportée ; le fardeau de cette preuve incombe aux autres soumissionnaires (arrêt du Tribunal fédéral 2P.164/2004 précité consid. 5.7.3).

Les avis divergent sur la répartition du fardeau de la preuve dans le cas de prétendus avantages concurrentiels résultant d'une implication préalable. Selon la règle générale, la personne qui veut tirer des droits d'un fait allégué doit en prouver l'existence (art. 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 - CC - RS 210) ; en cas de contestation d'une attribution de marché, le soumissionnaire qui prétend avoir de meilleures chances de se voir attribuer le marché en excluant le soumissionnaire prétendument préimpliqué doit prouver la préimplification de même que sa nature et son intensité. Que la préimplification entraîne un avantage concurrentiel est une présomption légale ; en revanche, qu'aucun avantage de ce type n'a été obtenu dans le cas d'espèce ou que l'avantage a été suffisamment compensé

incombe, selon les circonstances, soit au pouvoir adjudicateur, soit au soumissionnaire préimpliqué (ATAF 2020 IV/6 consid. 3.1.3 et les références citées).

e. Le grief ayant trait à la préimplication d'un soumissionnaire doit, par analogie avec les règles sur les demandes de récusation, être soulevé immédiatement, c'est-à-dire en principe lorsque l'intéressé prend connaissance de faits à partir desquels une préimplication peut être déduite (ATAF B-1958/2013 du 23 juillet 2013 consid. 2.3). Celui qui laisse se dérouler la procédure d'attribution du marché et attend pour agir de voir si l'adjudication lui est favorable contrevient aux règles de la bonne foi ; il est alors forclos pour se plaindre de la préimplication (Tribunal cantonal FR 602 2011-32 du 28 juillet 2011, résumé in DC 1/2013 n. 16). Le simple fait d'avoir pris connaissance de l'avis de concours et du dossier d'appel d'offres ne peut cependant être considéré comme suffisant à cet égard, même lorsqu'ils indiquent qu'un concurrent a participé à la préparation de l'appel d'offres (Christoph JÄGER, Die

- 27/31 - A/185/2022 Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2009, p. 282 ; contra TA SG B 2018/53 du 1er mars 2018, résumé in DC 1/2019 n. 19). La péremption du droit d'invoquer ce grief n'entre en considération que si l'adjudicateur a respecté son devoir d'information et de transparence, en exposant clairement les faits qui permettraient aux soumissionnaires de se rendre compte aisément du genre et de l'importance de la participation d'un de leurs concurrents à la procédure (Tribunal cantonal FR 602 2011-32 précité).

f. Dans un arrêt ATA/265/2022 du 15 mars 2022, la chambre administrative a eu à connaître d'un cas où l'adjudicataire avait réalisé une étude pour le pouvoir adjudicateur deux ans avant le lancement du marché public. Elle avait dessiné des plans d'ouvrages appartenant à ce dernier, lesquels avaient été annexés au dossier d'appel d'offres afin d'illustrer les normes applicables en matière de sécurité. Alors que le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire soutenaient qu'en dépit de cette étude, l'adjudicataire n'avait participé ni à l'élaboration ni à la préparation du cahier des charges de l'appel d'offres et n'avait retiré aucun avantage concurrentiel de la réalisation de ladite étude, le soumissionnaire évincé estimait au contraire que l'adjudicataire avait été préimpliquée dans le processus d'appel d'offres et avantagée de par sa connaissance préalable des particularités des bâtiments.

La chambre administrative a retenu que l'adjudicataire n'avait été ni associée ni impliquée à proprement parler dans la préparation ou l'élaboration même du dossier d'appel d'offres ; une partie de son travail effectué deux ans auparavant avait seulement été reprise dans les documents de l'appel d'offres. Cette situation s'apparentait à celle évoquée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 2C_66/2011 précité, en ce sens que la soumissionnaire évincée avait également bénéficié des documents établis à l'époque par l'adjudicataire. Elle avait ainsi pu se baser, dans une certaine mesure, sur ces plans, lesquels contenaient les particularités conceptuelles et techniques des bâtiments, lorsqu'elle avait élaboré sa propre offre. Rien ne démontrait que l'étude préalablement effectuée par l'adjudicataire lui aurait conféré un avantage particulier, et encore moins décisif, dans la participation au marché litigieux. En effet, les documents dont il était question se limitaient à des photographies des toits concernés avec les longueurs de ligne de vie, de barrière et le nombre de points d'ancrage nécessaires. Au surplus, selon les explications de l'adjudicataire, son étude avait eu pour but l'établissement d'un budget. Or, l'adjudicataire avait formulé l'offre la plus avantageuse et obtenu la note maximum s'agissant du critère du prix.

Le fait que la soumissionnaire évincée ait adressé à l'autorité intimée une liste de questions portant sur des détails concernant ces bâtiments, contrairement à l'adjudicataire, n'était pas non plus de nature à démontrer que cette dernière avait une connaissance préalable des réponses apportées à ces questions.

Ainsi, faute pour la recourante d'avoir démontré la nature et l'intensité de la préimplication de l'adjudicataire dans le marché en cause, et dans la mesure où il

- 28/31 - A/185/2022 ne ressortait pas du dossier que celle-ci aurait bénéficié d'informations privilégiées dans le domaine de la sécurisation des toitures ou d'un avantage concurrentiel précis à ce propos, la chambre administrative avait retenu qu'il n'y avait pas eu préimplication de l'adjudicataire devant conduire, pour ce motif, à son exclusion du marché public en cause.

Néanmoins et conformément à l'art. 31 al. 2 RMP, l'adjudicateur devait préciser que les plans figurant au dossier de l'appel d'offres étaient issus d'une étude réalisée deux ans auparavant par l'adjudicataire. Il devait également préciser les motifs permettant à l'adjudicataire de présenter une offre, puisque la prestation effectuée préalablement était en lien avec le marché à adjuger. La conséquence de la violation de cette obligation, ayant pour conséquence une violation des principes de transparence et d'égalité de traitement entre soumissionnaires, rendait illicite l'adjudication, de sorte que la soumissionnaire avait droit à la réparation du dommage subi, limité aux dépenses subies en relation avec les procédures de soumission et de recours correspondant.

g. Le Tribunal cantonal vaudois a déjà eu l'occasion de trancher qu'il n'y avait pas de préimplication 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. 508).

13) En l'espèce, il est établi que le mandataire du pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire ont eu des contacts à un moment où le projet n'était encore pas arrêté. Il s'agissait, selon le pouvoir adjudicateur, pour le mandataire de vérifier si ses idées conceptuelles relevaient de la technique ordinaire en matière de pavillons modulaires tridimensionnels ou si au contraire elles pourraient poser des difficultés particulières d'exécution. Ainsi, la question de la taille des fenêtres avait été posée, de même que l'utilisation de dalles mixtes bois/béton. Aucun contrat n'avait été conclu dans ce cadre, ni de rémunération versée, ni facture ou note d'honoraires établies. Aucune information sur le projet en cours d'élaboration n'avait été fournie, pour la raison déjà qu'aucun choix conceptuel n'était encore arrêté. Les échanges intervenus constituaient un dialogue technique au sens de la jurisprudence et n'avaient en aucun cas favorisé l'adjudicataire qui n'avait reçu aucune information concrète sur la conception du projet, ni de documents précisant l'objet du marché. Seule une connaissance précise de l'objet du marché et en particulier des plans et du cahier des charges, composé des différents descriptifs de l'architecte et des mandataires spécialisés ainsi que des rapports techniques propres à chaque spécialité permettaient à une entreprise de commencer à préparer une offre. Cela n'avait aucunement été le cas en l'espèce.

Selon l'adjudicataire, elle ne s'était pas vu confier l'élaboration de l'appel d'offres, ni du moindre document le composant. Elle n'avait reçu aucun document de l'appel d'offres ni de projets de documents d'appel d'offres avant la publication.

- 29/31 - A/185/2022 Elle n'avait bénéficié, antérieurement à la mise en soumission du marché, d'aucune information qui aurait permis d'élaborer son offre. Elle n'avait pas davantage reçu d'informations qui lui auraient permis, par exemple, de devancer la publication de l'appel d'offres en connaissant à l'avance les besoins du pouvoir adjudicateur et les caractéristiques du marché que ce dernier projetait d'organiser. Elle contestait l'assertion du recourant, nullement démontrée, selon laquelle elle aurait participé à l'élaboration de l'appel d'offres aux côtés du mandataire. Dès la publication, elle avait su, tout comme le recourant, que l'ouverture des offres était prévue pour le 22 novembre 2021 tandis que les travaux devaient débuter en janvier 2022. Elle-même aurait pu être prête à certaines opérations ou travaux préliminaires en décembre 2021 déjà, ce qui ne voulait pas encore dire qu'elle ait participé à l'élaboration de l'appel d'offres. Cela témoignait simplement d'une très bonne compréhension des contraintes temporelles auxquelles l'exécution des travaux serait soumise. La disponibilité de ses équipes n'était pas surprenante, puisque la réalisation de constructions légères préfabriquées représentait le cœur de son modèle d'affaires. C'était cette expérience également qui lui avait permis de « dessiner l'intégralité des bâtiments et leurs détails », pour reprendre les termes de la réplique du 10 février 2022, dans le délai de six semaines. Dans ces conditions, si le pouvoir adjudicataire l'avait exclu de la procédure d'appel d'offres, il l'aurait fait injustement et arbitrairement, ce qui aurait constitué une atteinte injustifiée à sa liberté du commerce et au principe de libre concurrence.

Le recourant ne remet nullement en cause le fait que l'adjudicataire dispose d'une grande expérience dans la fabrication de pavillons modulaires préfabriqués, en particulier scolaires, ce qui au demeurant est démontré également par les références fournies dans son offre. Si naturellement, à l'occasion des questions sur les deux problématiques susmentionnées que le mandataire du pouvoir adjudicateur a été amené à lui poser préalablement à la préparation du dossier d'appel d'offres, l'adjudicataire a bien dû comprendre qu'il s'agissait d'une construction future d'à tout le moins un pavillon scolaire, nul élément ne démontre qu'elle a reçu alors d'autres précisions lui ayant accordé un avantage certain sur ses potentiels concurrents. Certes, le délai de soumission s'est avéré être bref. Cet élément peut avoir joué en faveur de l'adjudicataire, dans la mesure où, seule, elle est en mesure de proposer des pavillons modulaires en question, alors que le recourant était composé en consortium de trois sociétés pour les besoins du marché, ce qui a dû engendrer la difficulté supplémentaire de coordination entre les entreprises concernées.

Il découle des éléments sus-décrits qu'aucune préimplication n'est démontrée en l'espèce et que la qualité de l'offre présentée par l'adjudicataire n'est pas en lien avec les quelques questions qui lui ont été posées en amont de l'appel d'offres, mais bien de la spécialisation et du savoir-faire, tels que ressortant de la qualité de l'offre soumise.

- 30/31 - A/185/2022

Ce constat rend les conclusions du recourant en indemnisation sans objet. Le recours est infondé et doit être rejeté. 14.

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'500.-, tenant compte de la décision sur effet suspensif, sera mis à la charge du recourant (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée à D_____, qui y a conclu, à la charge du recourant (art. 87 al. 2 LPA). 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.