

GE_GERICHTE ATA/648/2010 vom 21. September 2010

GE Cour de justice, 2010-09-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_648_2010

FR: GE_GERICHTE ATA/648/2010 du 21 septembre 2010

IT: GE_GERICHTE ATA/648/2010 del 21 settembre 2010

Erwägungen

E. 1

Le recours a été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, soit dans les dix jours dès la réception le 16 septembre 2009 de la décision datée du 14 septembre 2009 (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 17 al. 3 et 63 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art 15 al. 2 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L

E. 6

En effet, à teneur du ch. 3.1 de l'appel d'offres, relatif aux conditions générales de participation, ne seront retenues que les offres répondant aux exigences du dossier dudit appel d'offres.

Comme la commission fédérale de recours en matière de marchés publics a eu l'occasion de le rappeler (CRM - 01 - 008 publiée in JAAC 66.54), la conformité des offres - respectivement des variantes - aux conditions de l'appel d'offres constitue un critère préalable d'adjudication. Lorsqu'elle est incomplète ou ne correspond pas aux conditions de l'appel d'offres, elle doit en principe être exclue (ATA/797/2004 du 19 octobre 2004).

Or, l'offre principale de la recourante ne répondait que partiellement aux exigences posées par le pouvoir adjudicateur : non seulement, elle ne comportait pas des écrans tactiles, ni de socles pour les distributeurs, ce qui n'est pas contesté, mais la maintenance n'était pas prévue 24h00 sur 24h00 à raison de 365 jours par an et cela de manière délibérée, alors que la recourante indique elle-même qu'elle aurait aisément pu assurer ce service du fait de la proximité de son entreprise avec les dépôts des TPG.

Quant à la variante, en particulier celle dite ECO, elle n'était pas davantage conforme à l'appel d'offres puisqu'elle consistait en une adaptation des appareils existants alors que la recourante savait, qu'avant même de lancer cet appel d'offres, les TPG avaient écarté toute solution n'emportant pas le remplacement des distributeurs.

Il en résulte que l'offre principale et ladite variante auraient pu être écartées pour ce motif sans même être évaluées.

E. 7

L'offre principale de IEM S.A. ayant néanmoins été évaluée, il convient d'examiner les griefs de la recourante :

a. La sous-pondération du prix qui l'aurait désavantagée : le critère du prix aurait dû - compte tenu de la spécificité du marché en cause - représenter 20 % au moins, voire 40 %, de la pondération alors qu'il n'était que de 12% en l'espèce.

A supposer que les recommandations figurant dans le Guide romand pour les marchés publics puissent être considérées comme étant impératives, alors que leur valeur normative s'apparente davantage à celle des circulaires ou des ordonnances administratives, force est d'admettre d'une part, que les TPG ont appliqué la notation du prix selon la méthode dite "au cube", préconisée par la CROMP pour ce type de marché, et d'autre part, comme le relève le pouvoir adjudicateur, que la recourante pouvait se rendre compte à la lecture du ch. 3.9 de l'appel d'offres que le critère "offre commerciale", comportant notamment et nécessairement le sous-critère du prix, ne représentait que 30 %. IEM aurait donc dû recourir contre l'appel d'offres déjà (ATF 125 I 205).

- 19/22 - A/3507/2009

Toutefois, le Tribunal fédéral a considéré qu'une juridiction cantonale pouvait, sans arbitraire, estimer que des documents étaient encore attaquables avec la décision d'adjudication lorsqu'ils avaient été remis aux soumissionnaires après le délai fixé dans l'avis officiel pour recourir contre l'appel d'offres public (ATF 129 I 313), ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il a également jugé (ATF 130 I 241, consid. 4.3) que l'on ne "saurait exiger des soumissionnaires qu'ils procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents de l'appel d'offres, vu leurs connaissances généralement limitées en la matière et le délai relativement court qui leur est imparti pour déposer leurs offres. Il convient, au contraire, de ne pas se montrer trop strict à cet égard et de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes. Cette solution offre par ailleurs l'avantage de garantir une certaine effectivité à la protection juridique dont doivent bénéficier les soumissionnaires, l'expérience enseignant que, par crainte de compromettre leurs chances d'obtenir un marché, très rares sont ceux qui, en pratique, contestent l'appel d'offres ou les documents de l'appel d'offres avant l'adjudication (V. CARON, J. FOURNIER, La protection juridique dans la passation des marchés publics, Fribourg 2002, p. 74 et 75)".

Dans la présente cause, le tribunal de céans considérera qu'il n'était pas aisé pour la recourante de se rendre compte, pendant le délai de recours de l'appel d'offre, que le prix de base représentait 12 points sur 30 pour la totalité des sous-critères de l'offre commerciale. Donc, le recours ne devait sur ce point pas être nécessairement dirigé aussitôt contre l'appel d'offre.

La recourante a obtenu 20.40 pour le critère "offre commerciale" et le maximum de 12 points possibles (alors que les deux autres soumissionnaires n'avaient reçu que 15.53 et 11.06).

En consultant la pièce 23 du chargé des TPG, constituée par un tableau comportant rubrique par rubrique tous les points attribués à chacune des soumissionnaires, il apparaît que 19 sous-critères sont énoncés sous la mention "offre commerciale".

Les sous-critères de l'offre commerciale, pour lesquels IEM S.A. a été pénalisée, concernent le défaut de planning de livraison, l'absence d'engagement sur le contrat de maintenance - notamment informatique - malgré les exigences de l'adjudicataire, l'absence de structure de l'offre et celle de support technique, ainsi que l'absence de la langue française. Ces sous-critères, s'ils ne sont pas inclus dans le prix de base, ont toutefois une incidence sur le coût à long terme de l'entretien et de la durabilité des appareils.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une pondération de 20 % pour le critère du prix n'apparaît pas d'emblée insoutenable, la situation devant être appréciée dans son ensemble pour juger du caractère acceptable du résultat (ATF

- 20/22 - A/3507/2009 129 I 313). En l'espèce, le coût a ainsi été pondéré à 20.5 % en tenant compte des sous-critères influençant directement ce dernier, ce qui est admissible.

Conformément aux art. 24 et 26 let. f RMP, les TPG avaient énoncé dans l'appel d'offres les critères d'adjudication, de même que leur pondération ; la recourante avait ainsi tout loisir de poser des questions à ce sujet de sorte que ce faisant, le pouvoir adjudicateur a respecté le principe de transparence (art. 1 al. 3 litt c AIMP ; O. RODONDI, La gestion de la procédure de soumission, p. 180, ch. 48 in Marchés publics 2008, J-B. ZUFFEREY et H. STÖCKLI).

Enfin, la recourante entend substituer sa méthode de calcul à celle de l'adjudicateur : en pondérant le prix à 20 %, elle soutient qu'elle aurait obtenu le marché : dans sa démonstration, elle a toutefois porté à 20 % le sous-critère du prix mais réduit de manière linéaire l'ensemble des sous-critères de même que ceux relatifs aux deux autres postes pour lesquels elle était la moins performante, à savoir "adéquation de l'offre au cahier des charges" et "méthode de travail/expérience/organisation", modifiant ainsi toute l'évaluation en sa faveur, en réécrivant le cahier des charges.

b. Les TPG auraient violé le principe de la bonne foi en n'indiquant pas à la recourante le 27 avril, voire le 6 août 2009, qu'il lui était possible, pour la catégorie de distributeurs autonomes de proposer des appareils avec batteries rechargeables. Ils auraient également dû attirer son attention sur le fait que la régression qu'elle encourrait lui serait très certainement fatale. En réalité, IEM S.A. a reçu les mêmes informations que les autres soumissionnaires et elle a pu poser comme eux toutes questions utiles. Le principe d'égalité de traitement se serait opposé à ce qu'elle obtienne du pouvoir adjudicateur des indications supplémentaires ou différentes de sorte que ce grief sera écarté.

c. La recourante serait plus soucieuse que les TPG du principe de l'utilisation parcimonieuse des deniers publics énoncé à l'art. 1 al. 3 let. d AIMP : le pouvoir adjudicateur se doit certes de respecter ce principe. Cependant, il a procédé en l'espèce à des choix techniques, impliquant notamment le remplacement - et non l'adaptation - des DATT, ce qui induit un coût plus élevé que les prix proposés par la recourante. Or, ce principe est invoqué à mauvais escient par la recourante : il ne s'agit pas tant de la violation de ce principe que d'un choix du pouvoir adjudicataire, défini dans l'appel d'offres, auquel la recourante voudrait substituer les siens, comme elle l'a fait et dans l'offre principale et dans la variante ECO.

Elle n'a toutefois nullement démontré que les TPG n'auraient pas respecté le principe de l'utilisation parcimonieuse des deniers publics, un des principes majeurs applicables dans ce domaine.

d. Quant à l'obligation de conclure un contrat de sous-traitance avec Teamwork, elle était la même pour tous les soumissionnaires. A cet égard, la

- 21/22 - A/3507/2009 recourante a violé le principe de la bonne foi en affirmant faussement qu'elle avait conclu un contrat avec cette société alors que cela s'est avéré inexact pour les raisons qu'elle a données ultérieurement, comme exposé ci-dessus.

E. 8

Au vu de ce qui précède, la décision d'adjudication est conforme au droit et ne revêt aucun caractère illicite. Le recours sera donc rejeté dans la mesure où il est recevable, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si les conclusions relatives à la réparation du dommage allégué respectent l'art. 3 al. 2 L-AIMP.

E. 9

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'500.- sera mis à la charge de la recourante. Celle-ci devra verser une indemnité de procédure du même montant aux TPG. En revanche, il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure à l'appelée en cause, bien que cette dernière y ait conclu dans sa réponse du 27 novembre 2009, car elle n'a pas constitué d'avocat ni allégué avoir exposé des frais pour sa défense (art. 87 LPA). * * * * *

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