

GE_GERICHTE ATA/652/2020 vom 7. Juli 2020

GE Cour de justice, 2020-07-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_652_2020

FR: GE_GERICHTE ATA/652/2020 du 7 juillet 2020

IT: GE_GERICHTE ATA/652/2020 del 7 luglio 2020

Erwägungen

E. 26

septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

La recourante est classée au troisième rang. Pour avoir la qualité pour recourir, elle doit avoir des chances raisonnables d'obtenir l'attribution du marché si son recours est admis, ce qui suppose que son offre se classe au premier rang en cas d'admission du recours (ATF 141 II 14 consid. 4.1 et 4.9 = JdT 2015 I 81 ; Daniel GUIGNARD, La qualité pour recourir, in *Marchés publics* 2020, p. 452). La question de savoir si tel est le cas en l'espèce souffrira de rester indécis compte tenu de ce qui suit. 2)

La recourante invoque une violation de l'art. 52 al. 2 RMP relatif à la publication des décisions dans le cadre des marchés soumis aux traités internationaux. Elle fait grief à l'autorité intimée de l'absence de plusieurs mentions, nécessaires, dans la publication de la décision d'adjudication, soit les notes de l'ensemble des soumissionnaires, le montant de l'offre la plus élevée et la plus basse et la date d'adjudication.

a. Si la décision d'adjudication a été notifiée par courrier, l'autorité adjudicatrice fait paraître sur la plateforme électronique sur les marchés publics gérée par l'association simap.ch (www.simap.ch), 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 (let. a), le type de procédure (let. b), l'objet et l'importance du marché (let. c), le nom et l'adresse de l'adjudicataire (let. d), 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 (let. e), la date de l'adjudication (let. f).

b. En l'espèce, contrairement à ce que soutient la recourante, à teneur de l'art. 52 al. 2 let. e RMP, l'avis d'adjudication n'a pas à énoncer les notes de l'ensemble des soumissionnaires. Le montant de l'offre la plus élevée et la plus basse ne doivent être publiés que si le montant de l'adjudication ne l'est pas. Or, l'avis du 15 mai 2020 mentionne le montant de l'adjudication. Enfin, la publication mentionnait la date d'adjudication.

Le grief est infondé. 3)

La recourante invoque une violation du principe de la transparence, dès lors que le pouvoir adjudicateur n'aurait pas arrêté les méthodes d'évaluation avant le retour des offres. De surcroît, selon les CA, ce dernier s'était réservé le droit de ne pas prendre en compte toutes les notes, sans aucune explication, et de faire

- 6/14 - A/1434/2020 dépendre une note de la comparaison avec les autres soumissionnaires. La notation ne pouvant pas être retracée, la décision violait l'art. 43 al. 1 RMP et était arbitraire.

a. L'évaluation des offres dans les procédures visées aux art. 12 à 14 RMP est faite selon les critères prédéfinis conformément à l'art. 24 et énumérés dans l'avis d'appel d'offres et/ou les documents d'appel d'offres (art. 43 al. 1 RMP).

Dans un récent arrêt (2D_31/2018 du 1er février 2019 consid. 5.2), le Tribunal fédéral a rappelé que le principe de la transparence commande que l'appel d'offres mentionne les critères d'aptitude et d'adjudication. Ces critères ne peuvent en principe être modifiés par la suite. Les critères d'adjudication doivent être indiqués selon leur pondération en pourcent ou au moins dans leur ordre d'importance. L'indication des sous-critères n'est en revanche pas requise d'un point de vue constitutionnel, pour autant qu'ils ne fassent que concrétiser les critères principaux (ATF 143 II 553 consid. 7.7), en étant inhérents à ceux-ci. Ainsi, le principe de transparence n'exige 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, 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. Savoir si l'on se trouve en présence d'un sous-critère dont la publication est nécessaire dépend d'une appréciation de l'ensemble des circonstances du cas, soit notamment des documents d'appel d'offres, du cahier des charges et des conditions du marché (ATF 130 I 241 consid. 5.1 ; ATA/995/2019 du 11 juin 2019 consid. 9).

b. La recourante ne conteste pas que « l'autorité adjudicatrice a respecté l'art. 24 RMP en choisissant des critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché, en les annonçant clairement avec leurs pondérations ».

Les CA énoncent, à l'art. 5.2.1, les trois critères, les quatre sous-critères ainsi que, en cascade, les dix sous-critères de ces derniers. La pondération de chacun est détaillée. Il est précisé que le nombre et l'ordre d'importance des critères sont définitifs et annoncés préalablement. Les annexes du CC détaillent en plusieurs points ce qui est attendu du soumissionnaire et les pièces à joindre.

Si le tableau produit par AIG, détaillant quelle note peut être obtenue en fonction de la qualité des réponses, n'est pas daté, aucun élément du dossier ne permet de remettre en cause l'allégation selon laquelle la grille d'évaluation aurait été définitivement arrêtée le 11 décembre 2019 par le comité d'analyse de la

- 7/14 - A/1434/2020 conformité des appels d'offres de AIG. Il n'est par ailleurs pas contesté que ce tableau a été appliqué à tous les candidats.

Si, certes, AIG a précisé qu'il « se réservait le droit de fixer autant d'éléments d'appréciation qu'il est nécessaire pour départager les soumissionnaires, ceci en respectant l'égalité de traitement et le principe de transparence » (art. 5.2.1 CA), le détail de la pondération, en quinze sous critères, avec les précisions détaillées dans les annexes au moment de l'appel d'offres, répond largement aux exigences de transparence telles que définies par la jurisprudence précitée, y compris à ce qui peut être attendu avant le retour des offres.

Concernant la critique de la recourante quant aux notes, les CA n'indiquent pas que AIG s'était réservé le droit « de ne pas prendre en compte toutes les notes » mais, selon l'art. 5.2 CA, que « Genève Aéroport se réserve de ne pas utiliser toutes les notes ». Or, référence est faite, conformément à la phrase qui précède, aux évaluations entre 0 et 5. Il est exact que, selon la grille d'évaluation, certains critères ne pouvaient être évalués que par les notes 0, 1, 3 et 5. Aucune disposition légale ou réglementaire n'oblige toutefois un pouvoir adjudicateur à utiliser, lors de l'évaluation d'un marché public, toutes les notes, de 0 à 5, à disposition.

De même, la mention selon laquelle les notes peuvent également être dépendantes de la comparaison avec les autres soumissionnaires (art. 5.4 CA) n'est contraire ni aux dispositions légales ou réglementaires, et est conforme au principe de transparence tel que défini par la jurisprudence.

Le grief n'est pas fondé. 4)

La recourante invoque une violation de l'art. 41 RMP à deux titres. La différence entre les offres de la recourante et de l'adjudicataire imposait à l'autorité intimée une vérification de l'offre de cette dernière, anormalement basse. Par ailleurs, le tarif horaire proposé par l'adjudicataire ne permettait pas de respecter la condition de reprise du personnel, imposée par le pouvoir adjudicateur.

a. Aux termes de l'art. 41 RMP, en présence d'une offre paraissant anormalement basse, l'autorité adjudicatrice doit demander au soumissionnaire de justifier ses prix, selon la forme prévue à l'art. 40 al. 2 RMP.

La jurisprudence a précisé qu'était une offre anormalement basse, celle dont le prix s'écartait de plus de 30 % de la moyenne des offres rentrées ou du prix « juste » déterminé d'avance par le pouvoir adjudicateur (ATA/1389/2019 du 17 septembre 2019 consid. 7a et les références citées). C'est seulement si le

- 8/14 - A/1434/2020 soumissionnaire n'a pas justifié les prix d'une telle offre que celle-ci doit être écartée d'office (art. 42 al. 1 let. e RMP).

b. En l'espèce, la différence entre l'offre la plus élevée et la plus basse est inférieure à 30 %, s'élevant à 29,54%.

Elle l'est a fortiori entre l'offre la plus basse et la moyenne des offres rentrées, l'écart étant en l'espèce de 12,69 % (l'offre moyenne s'élevant à CHF 7'714'817.25). L'offre de l'adjudicataire ne peut en conséquence être qualifiée d'offre anormalement basse à ce titre.

c. La recourante invoque la clause 14 CC et l'art. 12 du projet de contrat de location de services, selon lesquels l'adjudicataire devait être prêt à reprendre « l'intégralité des rapports contractuels avec les employés du prestataire sortant qui se retrouvent sans emploi à raison de l'adjudication du marché et qui souhaitent intégrer son entreprise. Les rapports contractuels seront repris avec tous les droits et obligations y relatifs ».

Elle était actuellement en charge du marché querellé. Elle avait été sollicitée par le pouvoir adjudicateur pour préciser le nombre de collaborateurs potentiellement concernés, le nombre d'heures prestées en 2019 et la masse salariale. Le coût horaire minimal, charges sociales comprises tant pour les parts employés qu'employeurs, revenait à CHF 35.74 et CHF 36.21 pour les collaborateurs entre 35 et 44 ans. L'adjudicataire ne pouvait en conséquence exécuter « le marché dans de bonnes conditions ou sans mettre en péril la

pérennité de son entreprise » comme l'exigeait l'art. 5.4 CA en proposant un tarif horaire, brut, de CHF 37.422. Il devait être exclu du marché en application de l'article précité.

AIG relève que la moyenne du coût horaire qu'il supporte actuellement s'élève à CHF 49.80, ce qui, compte tenu des chiffres avancés par la recourante, laisserait actuellement à cette dernière une « marge plus que confortable de 58,74 % ». La marge de l'adjudicataire, qui serait de 20,48 %, resterait viable.

L'art. 14 CC précise que « le prestataire actuel nous a informé que, dans le cas où il ne serait pas adjudicataire, il ne pourrait pas garder entièrement son personnel dédié à l'exécution de son marché. (...) Parmi ceux-ci, toutes les collaboratrices et les collaborateurs du prestataire actuel qui le souhaiteront seront à reprendre par l'adjudicataire, avec, au minimum, les mêmes conditions contractuelles ».

L'adjudicataire peut dès lors être suivi lorsqu'il soutient que la clause n'impliquait pas forcément la reprise de l'entier du personnel et en conséquence des charges actuelles, au vu des déclarations de la recourante elle-même. Cette dernière ne peut en conséquence tirer argument d'un calcul comprenant l'entier de

- 9/14 - A/1434/2020 ses charges de personnel en lien avec le marché actuel contrairement à ce qu'elle avait déclaré préalablement.

Par ailleurs, outre les allégations de la recourante, aucune pièce du dossier ne démontre que l'adjudicataire n'aurait pas l'assise financière nécessaire pour assurer le marché litigieux.

Enfin, dans un nouvel argument, invoqué dans sa réplique, la recourante fait mention de frais supplémentaires liés à l'affiliation à la convention collective du transport de personnes en précisant que l'adjudicatrice n'aurait pas produit la preuve de son affiliation à la convention collective de travail (ci-après : CCT) pertinente pour le marché concerné mais à celle du domaine du nettoyage. Cette affirmation est contredite par les pièces du dossier, l'office cantonal de l'inspection du travail ayant attesté de la signature, par l'adjudicataire, de l'accord à respecter les conditions minimales de travail et les prestations sociales en usage dans le canton de Genève pour le transport de choses pour compte de tiers. Pour le surplus, en réponse aux diverses questions posées par les soumissionnaires, dans le délai prévu à cet effet par l'appel d'offres, notamment à celle de savoir si la CCT pour le transport de choses pour compte de tiers était applicable, le pouvoir adjudicateur a répondu qu'il appartenait aux soumissionnaires de vérifier quelles CCT étaient applicables et de les respecter. L'adjudicateur relevait que la CCT pour le transport de choses pour compte de tiers était manifestement plus favorable que celle sur la location de service, ce que la recourante ne conteste au demeurant pas.

Le grief n'est pas fondé. 5)

La recourante invoque la violation de plusieurs sous-critères.

a. Selon la recourante, en accordant la note de 1 au sous-critère C.1.1 relatif à la planification des ressources, le pouvoir adjudicateur commettait une appréciation arbitraire. Il aurait omis de tenir compte d'une pièce produite décrivant le processus de recrutement. Elle méritait la note de 5.

Selon le pouvoir adjudicateur, la recourante n'aurait pas évoqué l'un des trois points exigés du sous-critère concerné, mentionné dans l'annexe C, à savoir le processus de recrutement.

En l'espèce, l'évaluation a été effectuée par deux comités, l'un intitulé « VPL » et l'autre « métier ». Il ressort des remarques du comité métier que « le processus de recrutement n'est pas explicite », ce qui confirme que le pouvoir adjudicataire était en possession de la pièce en question. Si l'évaluation métier s'est élevée à la note 3, le comité VPL a sanctionné la réponse de la note de 1.

Il ressort cependant de la grille multicritères récapitulant les deux évaluations, intitulée « comparatif », que la note finale de 1, à l'instar de onze

- 10/14 - A/1434/2020 autres notes finales, était un « élément de discussion pendant la mise en commun des notes ». La note finale a donc été discutée et la note finale de 1 validée, étant précisé que les notes finales sont parfois, comme en l'espèce, au désavantage du soumissionnaire, et parfois à son avantage, telle l'évaluation finale à 3 du critère C.1.2 évalué à 1 par le comité VPL et à 3 par le comité métier.

En matière de marchés publics, le droit matériel laisse en principe une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur, en particulier dans la phase de l'appréciation et de la comparaison des offres (arrêt du Tribunal fédéral 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1, in SJ 2015 I 52). Si elle substitue son pouvoir d'appréciation à celui de l'adjudicateur, l'autorité judiciaire juge en opportunité, ce qui est interdit, tant par l'art. 16 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05 ; ATF 141 II 14 consid. 2.3 ; 140 I 285 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_52/2011 du 10 février 2012 consid. 3.2) que par l'art. 61 al. 2 LPA. L'autorité judiciaire ne peut intervenir qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur (ATF 141 II 353 consid. 3 et les références citées).

En l'espèce, le processus tel que décrit par la recourante tient en huit points, sobres, les deux premiers consistant, par exemple en « création du vivier de candidats », « recrutement des agents de transport ».

Selon la grille d'évaluation, la note 1 était attribuée si la méthodologie ne prenait pas en compte les trois points minima demandés et/ou pas ou peu pertinents par rapport au CC. La note 3 était attribuée si la méthodologie prenait en compte les trois points minima demandés et était détaillée, pertinente et en adéquation avec le CC. La note 5 était attribuée si la méthodologie décrivait tous les points demandés et était détaillée, pertinente et en adéquation avec le CC et proposait des avantages pour la mission.

La recourante se limite à substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur lorsqu'elle estime que sa note devrait être supérieure. Au vu du type de réponse fournie, de ce qui était attendu par le pouvoir adjudicateur, du fait que la note a été appréciée différemment par les deux comités mais que la note finale a fait l'objet d'une discussion, celle-ci n'est constitutive d'aucun excès ou abus de son pouvoir d'appréciation, pas plus qu'elle n'est arbitraire.

Le grief sera écarté.

b. Selon la recourante, en accordant la note de 3 au sous-critère C.1.2 relatif à au plan d'engagement mensuel, le pouvoir adjudicateur serait arbitraire. La recourante ne pouvait retracer la notation, en violation du principe de la transparence. La note 5 devait lui être attribuée pour ce seul motif.

- 11/14 - A/1434/2020

Conformément aux considérants qui précèdent, le pouvoir adjudicateur a respecté le principe de transparence. La recourante se limite à revendiquer une meilleure appréciation. Ce faisant, elle substitue sa propre appréciation à celle de l'autorité intimée, ce qui n'est pas admissible. Le grief sera écarté.

c. Le même raisonnement s'applique aux critiques émises par la recourante à l'encontre des sous-critères C.2.1, C.2.2. et C.2.3 pour lesquels elle ne pouvait retracer la notation et revendiquait la note de 5 en substituant sa propre appréciation à celle de l'autorité intimée.

d. Selon la recourante, en accordant la note de 3 au sous-critère D.1.1 et D.1.2 relatif à deux références, le pouvoir adjudicateur avait procédé à une appréciation arbitraire. La recourante ne pouvait retracer la notation, en violation du principe de la transparence. La note 5 devait lui être attribuée pour chacune des deux références, en particulier pour la première puisqu'il s'agissait de AIG, lequel n'avait jamais émis de critiques à son encontre.

Selon le tableau comparatif, le comité VPL a sanctionné la référence de AIG par la note 1 et le comité métier par la note 5.

La grille d'évaluation indiquait que la note 1 était attribuée lorsque la référence fournie répondait partiellement aux éléments demandés, celle de 3 lorsque la référence fournie répondait à tous les éléments demandés et celle de 5 lorsque la référence fournie répondait à tous les éléments demandés et correspondait parfaitement au marché mis en soumission (service/tourisme/accueil).

En l'espèce, dans ses écritures responsives, l'autorité intimée admet que la note de 5 aurait dû être attribuée à la recourante pour la première référence.

La référence 2 concerne la gestion de personnel lié au dégivrage d'avions. En mettant la note de 3, l'autorité intimée n'a pas violé son pouvoir d'appréciation, le marché ne correspondant pas parfaitement à celui mis en soumission. Les critiques émises par la recourante reviennent à contester l'évaluation de cette référence par l'autorité intimée. Elle ne peut en conséquence être suivie.

e. Selon la recourante, en accordant la note de 0 au sous-critère D.2.1 relatif à qualification de la personne clé, le pouvoir adjudicateur avait commis une appréciation arbitraire puisque la recourante avait fourni le nom d'une personne avec toutes les indications sollicitées. La recourante ne pouvait retracer la notation, en violation du principe de la transparence. La note 5 devait lui être attribuée.

Dans sa réponse, AIG a indiqué que la grille qu'il avait annexée à la décision querellée comportait deux erreurs relatives au sous-critère D.2. La

- 12/14 - A/1434/2020 recourante avait obtenu 3 et 5 au critère D.2.1 et non 0 comme résumé dans l'annexe à la décision. S'agissant du critère D.2.2, elle avait obtenu 5 et non 3 comme indiqué par erreur. La note pondérée, récapitulative, soit 0,45 était toutefois exacte.

Il ressort effectivement du tableau comparatif que le sous-critère D.2.1 a été évalué sous deux aspects distincts, pour une pondération totale de 5% comme annoncé dans l'appel d'offres. Selon le tableau comparatif, la recourante a obtenu pour le sous-critère D.2.1 les évaluations respectives de 3 et 5, soit 4 en moyenne, lequel pondéré à 5% fait 0,2 point. La recourante a été évaluée à 5 pour le critère D.2.2, soit pondéré à 5%, 0,25 point. Le total pour le sous-critère D2 de 0,45 était effectivement exact.

La recourante relève que les notes de l'adjudicatrice sont nécessairement aussi erronées puisque leurs évaluations étaient identiques et que la note pondérée de 0.45, comme dans son cas, ne résultait pas des notes annoncées. Ce grief est fondé mais sans conséquence sur l'adjudication dès lors que même à mettre la note de 0 à l'adjudicataire pour l'entier du critère D, son total des critères B et C resterait supérieur à celui obtenu par la recourante en y incluant le critère D tel que corrigé ci-dessous (1.5 (critère B) + 1.85 (critère C), soit 3.35 pour l'adjudicataire et 3.26 pour la recourante (0.91 (critère B) + 1.10 (critère C) et 1.25 (critère D).

Ainsi, s'il est certes regrettable qu'autant d'erreurs aient pu se produire, les modifications qui précèdent sont toutefois sans incidence sur l'issue de l'adjudication, le tableau, corrigé, se présentant comme suit pour le critère D : Critères et sous- critères Désignation Pondération ISS ADECCO Critère D : Expérience du soumissionnaire (annexe D)

E. 30

% 1.05 1.05 1.25 D1 Qualification du soumissionnaire D.1.1 Référence 1 D.1.2 Référence 2
20 %

10% 10% 0.6

3 3 0.6 0.8

3 5 3 D2 Personne clé : personne de référence D.2.1 Qualification de la personne –clé D.2.2
Expérience de la 10 %

5%

0.35

0

0.45

0 4

- 13/14 - A/1434/2020 personne-clé 5% 3 3 5 Note totale pondérée avec les critères A, B et
C Rang

4.4

1 3.06 3.26

3

Mal fondé, le recours sera par conséquent rejeté.

Le prononcé du présent arrêt rend sans objet la requête en octroi de l'effet suspensif. 6)

Au vu de l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera prélevé. Il sera exceptionnellement mis à la charge de AIG à l'instar d'une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à l'adjudicataire, partie à la procédure qui y a conclu et a pris un conseil.

En effet, bien qu'obtenant gain de cause, AIG a commis des erreurs dans le tableau multicritères joint à la décision adressée à la recourante lesquelles étaient de nature à faire suspecter d'autres erreurs et à créer la confusion. En conséquence et à titre exceptionnel, une indemnité de procédure de CHF 500.- sera allouée à Adecco, à charge d'AIG.

* * * * *

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