

GE_GERICHTE ATA/851/2014 vom 4. November 2014

GE Cour de justice, 2014-11-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_851_2014

FR: GE_GERICHTE ATA/851/2014 du 4 novembre 2014

IT: GE_GERICHTE ATA/851/2014 del 4 novembre 2014

Regeste

Résumé: Pas de violation du principe de la transparence dans la mesure où il ressortait clairement du dossier d'appel d'offres que le soumissionnaire devait soumettre les fiches techniques litigieuses. Le pouvoir adjudicataire a procédé à une correcte évaluation des offres, sous réserve d'un sous-critère. Toutefois cela ne modifie en rien le classement final de la recourante dans le marché public litigieux. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 12

juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0), ainsi qu'à la LPA. 2) a. L'art. 15 al. 1 et al. 1bis let. e AIMP dispose que la décision d'adjudication du marché public peut faire l'objet d'un recours auprès de l'autorité juridictionnelle cantonale.

En vertu des art. 62 al. 1 let. b LPA, 15 al. 1 et 2 AIMP, 3 al. 1 L-AIMP et 56 al. 1 RMP, le recours est adressé à la chambre administrative dans les dix jours dès la notification de la décision.

b. En l'espèce, la décision entreprise est une décision d'adjudication. Elle retient l'offre de Sedelec pour le marché public litigieux et constitue dès lors un acte attaquant au sens de l'art. 15 al. 1bis let. e AIMP précité.

Cette décision a été notifiée à la recourante le 17 avril 2013, de sorte que le délai expirait le 27 avril 2013. Ce jour-là étant un samedi, le délai est repoussé au lundi 29 avril 2013, en application de l'art. 17 al. 3 LPA.

Interjeté en temps utile par-devant la juridiction compétente, le recours du 29 avril 2013 est recevable de ces points de vue. 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/360/2014 du 20 mai 2014 consid. 3a ; ATA/20/2014 du 14 janvier 2014 ; ATA/580/2013 du 3 septembre 2013 ; ATA/517/2009 du 13 octobre 2009).

En l'espèce et comme l'a retenu avant elle le Tribunal fédéral (2C_553/2013 précité), la chambre administrative considère que la commande n° 336'194 datée du 22 avril 2013 porte sur tous les éléments essentiels, de sorte que le contrat doit être considéré comme conclu au sens de l'art. 2 al. 1 de la loi fédérale complétant

- 17/29 - A/1338/2013 le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220). En effet, la commande du 22 avril 2013 peut constituer l'acceptation par l'OBA de l'offre faite par Sedelec en procédure de soumission ou

également valoir offre de contracter de l'OBA, que Sedelec a acceptée selon sa détermination du 15 mai 2013. Le contrat a ainsi été conclu avant le 15 mai 2013.

Le contrat ayant été conclu avec l'adjudicataire (art. 46 RMP), soit Sedelec, il convient de se demander si la recourante conserve un intérêt digne de protection au maintien du recours.

b. Selon l'art. 18 al. 2 AIMP, lorsque le contrat est déjà conclu, l'autorité qui admet le recours ne peut que constater le caractère illicite de la décision. Si cette illicéité est prononcée, le recourant peut demander la réparation de son dommage, limité aux dépenses qu'il a subies en relation avec les procédures de soumissions et de recours (art. 3 al. 3 L-AIMP). Par ailleurs, selon l'arrêt du Tribunal fédéral 2P.307/2005 du 24 mai 2006, le recourant qui conteste une décision d'adjudication et qui déclare vouloir maintenir son recours après la conclusion du contrat conclut, au moins implicitement, à la constatation de l'illicéité de l'adjudication, que des dommages intérêts soient réclamés ou non.

Par dépenses « subies » « en relation » avec ces procédures, le législateur a visé les dépenses exposées par le soumissionnaire lésé ; il a nécessairement exclu les dépenses inutiles ou superflues que celui-ci a engagées du fait d'une mauvaise gestion ou de circonstances exorbitantes auxdites procédures. Du point de vue du droit de la responsabilité, il n'est en effet pas possible d'imputer à l'auteur du dommage - fût-ce une collectivité publique - une lésion qui ne se serait pas produite en présence d'une gestion normale et régulière de la société. Cette condition découle du principe de causalité adéquate, qui exige qu'il existe un rapport raisonnable entre le dommage subi et l'illicéité de la décision (ATF 131 III 12 consid. 4 p. 13 et les références citées ; ATA/570/2014 du 29 juillet 2014 consid. 1a ; ATA/123/2011 du 1er mars 2011).

En tant que soumissionnaire évincée, et bien que le contrat ait été déjà conclu, la recourante conserve 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. 5b p. 96). Elle dispose donc de la qualité pour recourir.

Dès lors que toutes les conditions énumérées ci-dessus sont remplies, le recours est recevable. 4)

Préalablement, la recourante sollicite la production, par l'OBA, de l'intégralité du dossier d'adjudication, puis la permission de compléter son recours à la lumière des éléments contenus dans ledit dossier.

- 18/29 - A/1338/2013

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (arrêt du Tribunal fédéral 2D_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3), de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 135 I 279 consid. 2.3 p. 282 ; 132 II 485 consid. 3.2 p. 494 ; 127 I 54 consid. 2b p. 56 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_552/2011 du 15 mars 2012 consid. 3.1). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations

ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 p. 158 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_799/2011 du 20 juin 2012 consid. 6.1 ; 2D_2/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3 ; 2D_51/2011 du 8 novembre 2011 ; 2C_58/2010 du 19 mai 2010 consid. 4.3 ; 4A_15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.2 ; ATA/432/2008 du 27 août 2008 consid. 2b et les arrêts cités).

En l'espèce, la chambre administrative est en possession de l'intégralité du dossier d'adjudication - que l'intéressée pouvait donc consulter - lequel contient notamment les offres complètes de la recourante et de Sedelec. Cela lui permettra de déterminer si l'évaluation des critères s'est faite de la même manière entre ces deux soumissionnaires. Il n'est ainsi pas utile d'ordonner la production des offres des deux autres soumissionnaires classés respectivement troisième et quatrième, dans la mesure où ces derniers ne sont pas parties à la présente procédure, n'ayant pas recouru contre la décision d'adjudication du 16 avril 2013.

La requête de la recourante sera ainsi rejetée.

S'agissant de la demande de la recourante de pouvoir compléter son recours suite à la production par l'OBA de l'entier du dossier d'adjudication, force est de constater qu'elle a pu se déterminer sur ces pièces en date du 5 juillet 2013, de sorte que son droit d'être entendu a été valablement exercé.

La requête de la recourante sera déclarée sans objet. 5)

La recourante sollicite également à titre préalable, l'audition de deux témoins, soit M. BOURJON de Tecnoservice, et M. FANELLI, directeur technique auprès de la recourante.

a. La procédure administrative est en principe écrite, toutefois si le règlement et la nature de l'affaire le requièrent, l'autorité peut procéder oralement (art. 18 LPA).

- 19/29 - A/1338/2013

b. Conformément à la jurisprudence précitée relative au droit d'être entendu, le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 ; ATA/432/2008 du 27 août 2008 consid. 2b et les arrêts cités).

c. En l'espèce, l'audition de M. BOURJON n'apparaît pas nécessaire, dans la mesure où le rapport d'adjudication du 7 avril 2013 qu'il a cosigné comporte tous les éléments utiles afin de contrôler les critiques de la recourante relatives à l'évaluation de son offre. Quant à l'audition de M. FANELLI, les pièces figurant au dossier permettent de se faire une idée précise du temps dévolu à l'élaboration de la soumission ainsi que du temps consacré au suivi de la procédure de recours sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à l'acte d'instruction sollicité. De plus, l'audition de ce dernier ne serait utile et nécessaire que si la décision d'adjudication était illicite et que le montant d'une indemnité doive être fixé, ce qui n'est pas le cas, pour les motifs exposés ci-après.

La chambre de céans dispose ainsi d'un dossier complet qui lui permet de trancher le litige et de se prononcer sur les griefs soulevés en toute connaissance de cause, de sorte qu'il ne sera pas donné suite aux requêtes de la recourante. 6)

Selon l'art. 16 al. 1 et 2 AIMP, le recours contre une décision d'adjudication peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, et pour constatation inexacte ou incomplète de faits pertinents. Le grief d'inopportunité ne peut pas être invoqué. 7)

La législation en matière de marchés publics est fondée sur les principes énoncés à l'art. 1 AIMP. Il s'agit notamment d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, de garantir l'égalité de traitement à l'ensemble de ceux-ci, l'impartialité de l'adjudication ainsi que la transparence des marchés publics et, finalement, de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics. 8)

Dans un premier grief, la recourante reproche à l'OBA d'avoir violé le principe de transparence dans la passation du marché public litigieux. Elle prétend que les soumissionnaires n'avaient pas connaissance de l'importance du sous- critère relatif aux fiches techniques des produits et que l'énumération des marques utilisées était une exigence excessive au regard des informations en main des soumissionnaires et des descriptions faites dans sa soumission.

a. Comme rappelé supra, un des objectifs poursuivi 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).

- 20/29 - A/1338/2013

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 ; ATA/360/2014 du 20 mai 2014 consid. 5).

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 précité ; SJ 2002 I p. 549).

c. En l'occurrence, le sous-critère relatif aux fiches techniques des produits représente 35 % du second critère publié « Organisation du candidat et qualité technique de l'offre » auquel il est rattaché, et auquel est attribué un coefficient de 25 %. Son poids final dans le marché public représente 8,75 % des points ($[5 \times 35 \%] \times 25 = 8,75$). Le pouvoir adjudicateur n'entendait ainsi pas privilégier le sous-critère litigieux qui tendait simplement à concrétiser le second critère publié.

- 21/29 - A/1338/2013

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. Ces derniers devaient être en relation directe avec un des critères principaux, ce qui est bien le cas en l'espèce, puisque les fiches techniques des produits permettent d'apprécier la qualité technique de l'offre.

De plus, il ressort de la première page du dossier d'appel d'offres que parmi les autres éléments d'appréciation figure la « Qualité du matériel, le candidat fournira tous les documents permettant de qualifier les produits proposés avec indication des performances, données techniques ». En outre, au bas de la p. 33 de l'annexe 6.3 sous le point « 8.13 REMARQUES IMPORTANTES », en gras, était indiqué : « La fiche technique des articles principaux prévue dans la soumission est à fournir dans ce dossier dont notamment la liste ci-dessus ». Il était dès lors clairement identifiable, dans le cadre de l'exécution du présent marché public, que les fiches techniques des produits utilisés devaient être fournies par les soumissionnaires à l'appui de leurs offres.

Par ailleurs et comme le relève pertinemment l'OBA, M. BOURJON a prié la recourante, par courriel du 25 mars 2013, de lui remettre les fiches techniques afin que l'offre de la recourante puisse être correctement évaluée. En réponse, la recourante s'est limitée à indiquer que le choix des marques et modèles de matériaux utilisés en cas d'adjudication serait de qualité égale voire supérieure à la liste indicative.

Or, cette façon de procéder ne permet pas à l'autorité adjudicatrice de procéder à une évaluation correcte entre les différentes soumissions et de choisir l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix.

Le fait pour la recourante d'avoir énuméré le type de matériaux utilisés dans sa soumission ne modifie en rien cette analyse, puisqu'il y manque justement la marque des produits à utiliser. En outre, l'argument de la recourante selon lequel aucune marque n'était imposée ne change rien à la donne, dans la mesure où les soumissionnaires devaient fournir le nom des modèles proposés ainsi que les fiches techniques, conformément aux indications précisées dans le dossier d'appel d'offres.

Enfin, le fait que la recourante ne souhaitait pas communiquer les marques et les modèles des produits car elle devait effectuer elle-même des appels d'offres auprès de ses fournisseurs doit être écarté. En effet, en procédant de la sorte, la recourante met l'autorité

adjudicatrice en position de violer potentiellement le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. b AIMP) en privilégiant un soumissionnaire dont l'offre est incomplète au regard des documents à remettre obligatoirement.

Partant, il n'en résulte pas une violation du principe de transparence.

- 22/29 - A/1338/2013

Les griefs de la recourante seront écartés. 9)

Dans un second grief, la recourante reproche à l'OBA d'avoir fait preuve d'arbitraire dans le cadre de l'évaluation de son offre, notamment eu égard aux notes qu'elle a obtenues.

a. En application de l'art. 43 RMP, l'évaluation est faite selon les critères prédéfinis, conformément à l'art. 24 RMP et énumérés dans l'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). Par ailleurs, 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 (al. 3).

b. Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur les considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux de droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 consid. 5.1 p. 73 ; 123 V 150 consid. 2 p. 152 et les références citées). D'après l'art. 9 Cst., toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'État sans arbitraire.

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-là 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).

Appelée à examiner le caractère arbitraire d'une décision, la chambre de céans suit le raisonnement du Tribunal fédéral en la matière (ATA/117/2013 précité consid. 9 ; ATA/342/2012 du 5 juin 2012 consid. 5 et les arrêts cités)

c. La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 précité consid. 6 p. 98). L'appréciation de la chambre administrative ne saurait donc se substituer à celle de ce dernier. Seul l'abus ou

- 23/29 - A/1338/2013 l'excès de pouvoir d'appréciation doit être sanctionné, ce que le Tribunal fédéral a affirmé à maintes reprises (ATF 130 I 241 précité 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 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 ; Denis 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 Denis ESSEIVA précitée ; Olivier 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, comme exposé ci-dessus (RDAF 1999 I précitée p. 305). 10) La recourante soutient qu'il est particulièrement choquant, sous l'angle du principe de l'utilisation parcimonieuse de l'argent public, que son offre présentant un prix inférieur de CHF 175'126.16 à l'offre de Sedelec soit éliminée, principalement en raison du fait qu'elle avait préféré s'abstenir de mentionner le nom des marques des articles qu'elle utiliserait.

En l'espèce et comme déjà analysé, il ressort du dossier d'appel d'offres que les fiches techniques du matériel à utiliser devaient être remises à l'autorité adjudicatrice pour évaluation, ce que la recourante n'a pas fait, contrairement à Sedelec qui les a produites.

S'il est exact que la recourante a présenté à l'OBA l'offre la plus avantageuse sous l'angle du prix - c'est d'ailleurs pour cette raison que le pouvoir adjudicataire lui a octroyé une note de 5, soit la note maximale -, force est toutefois de constater, qu'outre le prix, il existe d'autres critères pour l'adjudication du marché en cause (l'organisation du candidat et la qualité technique de l'offre, les

- 24/29 - A/1338/2013 références et les expériences, et enfin la formation professionnelle). Il sied d'ailleurs de relever que l'OBA a conféré au critère du prix un fort coefficient.

Or, il ressort de l'annexe V3 du rapport d'adjudication daté du 7 avril 2013 que la recourante, après comptabilisation de tous les points relatifs aux quatre critères d'adjudication, s'est classée finalement deuxième obtenant 392,50 points ; Sedelec se classant première avec un total de 395,36 points. L'offre de Sedelec présente ainsi le meilleur rapport qualité/prix.

On ne voit dès lors pas en quoi l'OBA aurait fait preuve d'arbitraire en ne retenant pas l'offre de la recourante classée deuxième pour le marché public en cause.

Le grief sera écarté. 11) La recourante allègue également que la notation faite par l'OBA du critère intitulé « Organisation du candidat et qualité technique de l'offre » est arbitraire.

a. L'adjudicateur aurait excédé son pouvoir d'appréciation en la sanctionnant aussi lourdement (note de 1) pour ne pas avoir indiqué les marques de chaque article utilisé.

En l'espèce, on ne saurait suivre la recourante dans son raisonnement, dans la mesure où, comme cela a d'ores et déjà été démontré, les fiches techniques comportant le nom des marques devaient être obligatoirement remises par les soumissionnaires.

N'ayant pas fourni les documents de travail pour l'évaluation du sous-critère relatif aux fiches techniques des produits, une note de 1 (insuffisant) apparaît généreuse et ne saurait être contestée, étant relevé que selon le barème de notation des HUG une note de 0 sanctionne le candidat qui n'a pas fourni l'information ou le document demandé, ce qui était en réalité le cas de la recourante.

Enfin, il sied de relever qu'un autre soumissionnaire a obtenu la même note que la recourante pour le même motif.

Le grief sera écarté.

b. L'OBA n'aurait pas tenu compte de toutes les informations fournies par la recourante, lesquelles allaient au-delà de ce qui était requis et démontraient qu'elle avait les ressources et la structure adéquate pour exécuter des travaux de grande ampleur.

En l'occurrence, le document servant à évaluer le sous-critère 2.2 intitulé « Nombre, planification et disponibilité des moyens et des ressources pour l'exécution du marché » est l'annexe R6 du dossier d'appel d'offres.

- 25/29 - A/1338/2013

Il ressort de cette annexe que le planning fourni par Sedelec contient une analyse par « CFC » et une affectation des effectifs pour chaque phase, de sorte qu'il est plus élaboré que celui fourni par la recourante. En conséquence, il n'est pas arbitraire de retenir que le document fourni par Sedelec méritait une meilleure appréciation (3,5) que celui fourni par la recourante (3).

Quant aux autres documents fournis par la recourante à l'appui de son dossier, ceux-ci ont bien été pris en compte par le pouvoir adjudicateur dans l'évaluation de son offre, la recourante ne faisant que substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, ce qu'elle ne peut pas faire (ATF 130 I 241 consid. 6.1 ; ATF 125 II 86 consid. 6).

De plus, force est de constater que Sedelec a également rendu le même type de documents que ceux de la recourante (planning d'exécution prévisionnel détaillé, planification des moyens, qualifications des personnes-clés, un organigramme exposant la répartition des tâches et des responsabilités du marché à l'interne, une liste de références, les conditions générales du contrat d'entreprise 2006 signé et un plan d'hygiène et de sécurité signé, etc), de sorte qu'on ne saurait retenir que l'OBA a mal évalué ce sous-critère.

Le grief sera écarté.

c. S'agissant du sous-critère relatif à la qualification des personnes importantes désignées pour l'exécution du marché, la recourante et Sedelec ont reçu la même note (3). Or, il ressort des documents servant à l'évaluation de ce sous-critère (annexes R6 et R9 du dossier d'appel d'offres) que la recourante, contrairement à Sedelec, a fourni des curriculum vitae des personnes-clés pour l'exécution du marché. Il se justifiait dès lors d'attribuer une meilleure note à la recourante par rapport à celle obtenue par Sedelec, de sorte qu'une note de 3,25

pour ce sous- critère devait lui être attribuée.

Le grief de la recourante sera admis sur ce point. La conséquence de cette violation est analysée au considérant 14.

d. La recourante et Sedelec ont reçu la même note quant au sous-critère 2.4 relatif au degré de compréhension du cahier des charges et des prestations à exécuter (3). Le document servant de base à cette note est l'annexe R14 du dossier d'appel d'offres.

Selon l'OBA, tant Sedelec que la recourante ont rendu une réponse appropriée, ce qu'il y a lieu de confirmer, dans la mesure où leurs réponses sur ce point sont équivalentes.

Ainsi c'est à bon droit que l'OBA a donné une note de 3, soit une note suffisante en application du propre barème de notation des HUG.

- 26/29 - A/1338/2013

e. Quant au dernier sous-critère 2.5 qui a trait à la répartition des tâches pour l'exécution du marché (annexe R8), la recourante objecte qu'il est choquant que la note de 3 lui ait été attribuée, au motif qu'elle n'aurait pas indiqué le nom du chef de chantier sur l'organigramme (annexe R8).

Il est exact que le nom du chef de chantier n'est pas mentionné sur l'organigramme fourni par la recourante, contrairement à celui fourni par Sedelec. Toutefois ce nom est indiqué sur l'annexe R9, de sorte que la remarque formulée par l'OBA s'agissant de ce sous-critère est inappropriée.

Malgré cela, la note obtenue par la recourante n'est pas arbitraire, dans la mesure où les organigrammes fournis par la recourante et Sedelec sont équivalents en termes de qualité et que cela ne lui a, finalement, pas été reproché par rapport à la notation, puisqu'elle a obtenu la même note que Sedelec, soit 3.

Le grief sera écarté. 12) Dans un dernier grief, la recourante estime que sa notation (3) eu égard au troisième critère (références et expériences) est arbitraire.

Selon le dossier d'appel d'offres de l'OBA, le candidat ou soumissionnaire devait fournir trois références, si possible en rapport avec le type de marché à exécuter, en termes de complexité et d'importance, qui démontraient l'aptitude, les compétences et l'expérience nécessaire pour le marché à exécuter, achevées depuis moins de dix ans ou en cours d'exécution mais proche d'être achevées, qui reflétaient le même type d'organisation exigée pour le marché à exécuter.

En l'espèce, la recourante a fourni trois références en milieu hospitalier pour des montants respectifs de CHF 500'000.-, CHF 790'000.- et CHF 1'800'000.-. Sedelec, quant à elle, a fourni six références pour des montants allant de CHF 575'00.- à CHF 2'520'000.-. Toutefois et bien que Sedelec ait fourni plus de références et pour des montants plus élevés que la recourante, les deux soumissionnaires ont reçu la même note (3), soit une note suffisante en application du propre barème de notation des HUG.

La liste de références produite en sus ne peut être prise en considération, dans la mesure où, d'une part, elles concernent - pour une très large majorité - d'autres types de bâtiments (habitations, logements, villas, immeubles administratifs, commerciaux, hôtels, bâtiments officiels etc.) que des bâtiments en milieu hospitalier et, où d'autre part, il y manque les montants de ces marchés.

Par ailleurs, il sied de relever que Sedelec a également produit une liste comparable à celle produite par la recourante.

- 27/29 - A/1338/2013

En conséquence, c'est sans arbitraire que le pouvoir adjudicateur a donné une note de 3 - quoique généreuse par rapport à Sedelec - pour ce troisième critère.

Le grief sera écarté. 13) Enfin, la recourante ne conteste pas la notation du dernier critère de la formation professionnelle pour lequel elle a obtenu la note maximale (5), de sorte qu'il n'y a pas lieu de l'analyser. 14) Au vu de tout cela, il convient de vérifier si la note de 3,25 qui aurait dû être attribuée à la recourante s'agissant du sous-critère 2.3 (qualification des personnes-clés désignées pour l'exécution du marché) a une conséquence finale sur l'obtention du marché à Sedelec.

En obtenant une note de 3,25 au sous-critère précité, la recourante aurait obtenu 0,65 points au lieu de 0,6 points, ce qui aurait dû faire un total de 2,35 au lieu de 2,3.

Au final, la recourante aurait dû obtenir pour le second critère publié intitulé « Organisation du candidat et qualité technique de l'offre » 58,75 points ($2,35 \times 25 = 58,75$ points) au lieu de 57,5 points.

Ainsi, la recourante aurait obtenu finalement un total de 393,75 points ($250 + 58,75 + 60 + 25 = 393,75$), arrondi à 394 points.

Elle n'aurait toutefois pas dépassé les points obtenus par Sedelec qui avait totalisé un total arrondi de 395 points, étant rappelé que l'OBA a été généreux avec la recourante s'agissant de la notation relative aux sous-critères 2.1 (fiche technique des produits et qualité technique répondant au cahier des charges) et 3 (références et expériences).

Cela n'aurait donc pas modifié le résultat de cet appel d'offres. 15) Partant, le caractère illicite de la décision d'adjudication en cause n'ayant pas été démontré, le recours sera rejeté. Dès lors, la question des dommages-intérêts ne se pose pas et ne sera pas examinée. 16) Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté. 17) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.-, comprenant les frais liés à la demande de restitution de l'effet suspensif, sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée à Sedelec, qui y a conclu et qui est représenté par un avocat, à la charge de la recourante (art. 87 al. 2 LPA). * * * * *

- 28/29 - A/1338/2013

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