

GE_GERICHTE ATA/899/2016 vom 25. Oktober 2016

GE Cour de justice, 2016-10-25, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_899_2016

FR: GE_GERICHTE ATA/899/2016 du 25 octobre 2016

IT: GE_GERICHTE ATA/899/2016 del 25 ottobre 2016

Regeste

Résumé: L'expert désigné par la ville a constaté les faits de manière exacte en examinant l'échantillon réalisé par le consortium recourant. Pas de violation du principe de transparence, car il ressortait clairement du cahier des charges que le facteur de crédibilité du prix serait pris en compte dans le cadre du critère relatif à la qualité économique de l'offre. L'éventuelle violation du droit d'être entendu sur ce point a été réparée par la procédure. Pas de violation du principe de l'égalité de traitement, l'option de remplacement des escaliers et du parvis était envisagée dès la première version du cahier des charges et selon la soumission. Il n'y a pas d'indices que l'expert a été partial et a manqué à ses devoirs d'indépendance. Le prix de jointoiement du consortium recourant est très bas par rapport à celui offert dans d'anciens marchés publics, ce qui permet de douter de sa crédibilité. Les calculs du temps consacré à la réalisation des échantillons sont corrects. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente par un soumissionnaire évincé, le recours est recevable (art. 15 al. 1, al. 1bis let. e et al. 2 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; 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 05.0 ; art. 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01 ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 60 al. 1 let. a et b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

E. 2

Le consortium recourant requiert l'audition de sept personnes par la chambre administrative.

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).

b. 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 de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, d'avoir accès au dossier, 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 138 I 154 consid. 2.3.2 p. 157 ; 137 I 195 consid. 2.3.1 p. 197 ; 136 I 265 consid. 3.2 p. 272 ; 135 II 286 consid. 5.1 p. 293 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_136/2014 du 22 juillet 2014 consid. 3.1 et 6B_123/2013 du 10 juin 2013 consid. 1.1). 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 p. 148 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_799/2011 du 20 juin 2012 consid. 6.1 ; 4A_108/2012 du 11 juin 2012 consid. 3.2 ; 2D_2/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3 ; ATA/972/2014 du 9 décembre 2014 consid. 4a et les références citées). Le refus d'instruire ne viole le droit d'être entendu des parties que si l'appréciation anticipée de la pertinence du moyen de preuve offert, à laquelle le juge a ainsi procédé, est entachée d'arbitraire (ATF 136 I 229 précité consid. 5.3 p. 236 ; 131 I 153 consid. 3 p. 157 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_136/2014 précité consid. 3.1 ; ATA/283/2016 du

E. 5

Le consortium recourant soutient que la ville a violé le principe de la transparence. Le facteur de crédibilité utilisé ne répondrait pas aux exigences légales et jurisprudentielles. De plus, la ville aurait violé son devoir de motivation dans le cadre de l'application de ce facteur.

a. Le principe de la transparence garanti par les art. 1 al. 3 let. c AIMP et 24 RMP 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 ; en spécifiant clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. Ceux-ci doivent être objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché Le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères. Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable d'éléments d'appréciation ou de catégories, tels des sous-critères, 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 éléments d'appréciation 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 (ATF 130 I 241 consid. 5.1 ; ATA/564/2016 du 1er juillet 2016 consid. 4 et les arrêts cités ; ATA/695/2015 du 30 juin 2015 consid. 3c).

b. Tel que garanti par les art. 29 al. 2 Cst. et 6 par. 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit d'obtenir une décision motivée. L'autorité n'est toutefois pas tenue de prendre position sur tous les moyens des parties ; elle peut se limiter aux questions décisives, mais doit se prononcer sur celles-ci (ATF 138 I 232 consid. 5.1 p. 237 ; 137 II 266 consid. 3.2 p. 270 ; 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 ; 134 I 83 consid. 4.1 p. 88 et les arrêts cités ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_597/2013 du 28 octobre 2013 consid. 5.2 ; 2C_713/2013 du 22 août 2013 consid. 2 ; 2D_2/2012 du 19 avril 2012 consid. 3.1 ; 2C_455/2011 du 5 avril 2012 consid. 4.3 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 521 n. 1573). Il suffit, du point de vue de la motivation de la décision, 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 136 I 184 consid. 2.2.1 p. 188 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_594/2014 du 15 janvier 2015 consid. 5.1 ; 1C_665/2013 du

24 mars

- 24/32 - A/1726/2016 2014 consid. 2.1 ; 1C_246/2013 du 4 juin 2013 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/679/2015 du 23 juin 2015 consid. 7 et les arrêts cités).

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 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/528/2016 du 21 juin 2016 consid. 4a).

c. En l'occurrence, il ressort clairement du cahier des charges que la « crédibilité du prix (heures, tarifs..) » constituait un facteur qui serait pris en compte dans le cadre du critère relatif à la qualité économique globale de l'offre pondérée à 40 % (point 5.2). Par ailleurs, le Document B1, rubrique « Critères d'adjudication », précise qu'un facteur de crédibilité pourrait être utilisé pour pondérer la note du critère du prix. On ne saurait dès lors suivre le consortium recourant lorsqu'il soutient que le principe de la transparence serait violé.

De plus et comme le relève à juste titre la ville, si le consortium recourant avait d'éventuels griefs à faire valoir contre ce facteur, il aurait dû le faire dans le cadre d'un recours contre l'appel d'offres lui-même, sous peine de forclusion.

En outre, il ressort de la jurisprudence récente qu'un tel facteur a été plusieurs fois utilisé dans le cadre d'autres marchés publics, sans que la chambre de céans ait eu à y redire (ATA/1178/2015 du 3 novembre 2015 ; ATA/793/2015 du 5 août 2015).

Enfin, le consortium recourant aurait pu demander à la ville comment était calculé ce facteur dans le délai imparti aux soumissionnaires pour poser leurs questions (point 4.3 du cahier des charges), ce qu'il n'a pas fait.

Au vu de ce qui précède, ce grief, s'il n'est pas irrecevable, est dans tous les cas infondé.

d. S'agissant du devoir de motivation de la ville dans l'application de ce facteur, il est vrai que le tableau joint à la décision attaquée se limite à donner la note relative au critère de la qualité économique globale de l'offre.

Toutefois, il ressort des explications de la ville que celle-ci a évalué la crédibilité des heures découlant des offres, ainsi que les tarifs appliqués. Pour chaque soumissionnaire, elle a comparé le temps passé pour la réalisation de l'échantillon avec le temps découlant de la soumission du soumissionnaire concerné. Le consortium recourant a réalisé l'échantillon en 12h35, alors que le temps découlant de la soumission pour ces prestations était de 8h55. Le temps de réalisation réelle représentait donc 40 % de temps supplémentaire par rapport au temps découlant de la soumission. La ville a également examiné les prix offerts

- 25/32 - A/1726/2016 pour en conclure qu'il convenait d'appliquer un facteur de crédibilité de 0.75 à l'offre du consortium recourant et un facteur de 1 au consortium adjudicataire, lequel montrait une cohérence tant par rapport au temps passé pour la réalisation de l'échantillon avec le temps découlant de la soumission que par rapport aux prix offerts.

Le protocole des essais, remis à chaque soumissionnaire, précisait par ailleurs que chaque intervention, en plus d'une vérification de qualité de rendu, serait chronométrée et protocolée, afin de permettre d'évaluer les critères déposés en soumission. Ce procédé n'est pas contraire au point 5.8 du cahier des charges, lequel prévoit que l'adjudicateur ne noterait

pas les offres sous l'angle du temps consacré pour exécuter le marché, sous-entendu dans son ensemble, et non la réalisation de l'échantillon.

S'il aurait été souhaitable que les explications ci-dessus figurent dans la décision attaquée ou dans le tableau joint, force est de constater que l'éventuelle violation du droit d'être entendu du consortium recourant a été réparée par la présente procédure et que la différence de notation se fonde sur des éléments pertinents.

Le grief sera écarté.

E. 6

Le consortium recourant considère que la ville a violé le principe d'égalité de traitement.

a. L'inégalité de traitement, au sens de l'art. 8 al. 1 Cst., consiste à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 137 I 167 consid. 3.5 ; 129 I 346 consid. 6 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_63/2011 du 16 février 2012 consid. 3.3). Le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique est spécifiquement garanti à l'art. 27 Cst. En vertu de ce principe, les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les personnes exerçant la même activité économique (concurrents directs) sont prohibées (ATF 130 I 26 consid. 6.3.3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2D_15/2011 consid. 3.3 et 2C_116/2011 du 29 août 2011 consid. 7.1 ; ATA/283/2016 du 5 avril 2016 consid. 6b).

En particulier, le respect de l'égalité de traitement entre soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. b et 11 let. a AIMP ; art. 16 RMP) oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires pendant tout le déroulement formel de la procédure (ATA/20/2014 du 14 janvier 2014 consid. 7 et les références citées ; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Christophe MAILLARD/Nicolas MICHEL, op. cit., p. 109 ; Benoît BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics in RDAF 2004, p. 241). Ce principe impose que les conditions d'accès au marché soient similaires pour tous (Guide romand pour les marchés publics, - 26/32 - A/1726/2016 version du 2 juin 2005, actualisée et complétée les 9 juin 2006, 18 décembre 2006 et 12 septembre 2008, annexe D, ch. 2).

La non-discrimination est un principe essentiel de l'ouverture des marchés. Il vise à garantir que certains soumissionnaires, ou catégories de soumissionnaires, ne soient pas écartés ou exclus des procédures de manière arbitraire ou en raison de caractéristiques qui ne doivent plus avoir cours dans la passation des marchés publics, tels que l'origine, le lieu de siège et la provenance (Guide romand pour les marchés publics précité, annexe D, ch. 2).

b. Le consortium recourant estime que le consortium adjudicataire aurait eu accès à la version intégrale de la soumission, soit la troisième version, avant que celle-ci ne soit publiée sur le site internet www.simap.ch. Le fait que le consortium adjudicataire avait contacté la carrière avant la mise en ligne de la troisième version de la soumission constituerait la preuve qu'il avait eu connaissance avant les autres d'informations privilégiées portant sur le remplacement des escaliers et du parvis.

En l'occurrence, il ressort du dossier et notamment du cahier des charges (point 2.2.5) et de la soumission, dès sa première version, que les conditions particulières des travaux mentionnaient l'option de remplacement des escaliers et du parvis. Ainsi, et comme le relève l'appelé en cause, tous les soumissionnaires savaient que le parvis et les escaliers pouvaient être remplacés.

Le consortium adjudicataire a pris en considération cette éventualité et a estimé utile de contacter une carrière pour un devis. Le consortium recourant aurait pu en faire de même.

Le grief est mal fondé.

E. 7

Le consortium recourant estime que M. FAWER a été partial et a manqué à ses devoirs d'indépendance.

a. Aux termes de l'art. 29 al. 1 Cst. - applicable lorsque l'impartialité des membres d'une autorité non judiciaire est invoquée (arrêts du Tribunal fédéral 2C_36/2010 du 14 juin 2010 consid. 3.1 et 2C_643/2010 du 1er février 2011 consid. 5.1) -, toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. Selon la jurisprudence, ce droit permet notamment d'exiger la récusation des membres d'une autorité administrative dont la situation ou le comportement sont de nature à faire naître un doute sur leur indépendance ou leur impartialité. Il tend à éviter que des circonstances extérieures à l'affaire ne puissent influencer une décision en faveur ou au détriment de la personne concernée. La récusation peut s'imposer même si une prévention effective du membre de l'autorité visée n'est pas établie, car une disposition interne de sa part

- 27/32 - A/1726/2016 ne peut pas être prouvée. Il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle. Cependant, seules des circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération, les impressions purement individuelles d'une des personnes impliquées n'étant pas décisives (ATF 127 I 196 consid. 2b p. 198 ; 125 I 119 consid. 3b p. 123 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_442/2011 du 6 mars 2012 consid. 2.1 et 2P.164/2006 du

E. 8

Le consortium recourant considère enfin que M. FAWER a mal évalué le temps consacré à la réalisation de l'échantillon par rapport au consortium adjudicataire.

Selon le protocole des essais joint à la convocation pour la réalisation de l'échantillon, le nombre d'ouvriers à mobiliser pour la 1ère phase de la réalisation à effectuer le premier jour était de trois et d'un seul pour la seconde phase à effectuer huit jours plus tard.

Le consortium recourant a bien respecté le nombre d'ouvriers pour la 1ère phase, contrairement au consortium adjudicataire qui a réalisé l'échantillon avec deux ouvriers. S'agissant de la seconde phase de réalisation, le consortium recourant n'a pas respecté le protocole des essais, puisque deux ouvriers avaient travaillé ce jour-là ; il en est de même pour le consortium adjudicataire qui s'est présenté aussi avec deux ouvriers.

La ville a expliqué sur ce point que le nombre d'ouvriers ne constituait pas une condition de réalisation.

Il ressort toutefois des protocoles de réalisation des soumissionnaires que la ville a comptabilisé le temps consacré pour la réalisation de chaque phase et l'a multiplié par le nombre d'ouvriers présents, ce qui, compte tenu du nombre différent d'ouvriers présents entre les soumissionnaires, pourrait poser des problèmes au regard du principe de l'égalité de traitement, étant précisé que les calculs effectués par la ville relatifs au temps total pour la réalisation des échantillons sont corrects.

Toutefois, un tel procédé n'a en définitive pas eu d'effet sur l'adjudication du marché. En effet, même si le nombre d'ouvriers du consortium adjudicataire ne

- 30/32 - A/1726/2016 correspondait pas au nombre demandé par le protocole des essais, la façon de calculer de la ville apparaît conforme à la réalité, dans la mesure où la vitesse d'exécution a été déterminée proportionnellement au nombre d'ouvriers présents, sans tenir compte de la façon dont ceux-ci s'étaient concrètement organisés pour réaliser l'échantillon. De plus et s'agissant du consortium recourant pour la première phase de réalisation, le fait qu'il se soit présenté avec trois ouvriers représentait un avantage quant à la vitesse d'exécution.

Quant au fait que le « pilote » du consortium devait être présent lors de la réalisation de l'échantillon, le protocole des essais ne précise pas qu'il devait être présent durant toute la durée de la réalisation de l'échantillon, de sorte que le « pilote » du consortium adjudicataire était en droit d'être présent au début et à la fin de la réalisation, comme cela ressort du protocole de réalisation du consortium adjudicataire.

Le grief sera écarté.

E. 9

S'agissant de la comparaison des prix du jointoiement, l'analyse effectuée par la ville est convaincante, en ce sens qu'il s'agissait au total de 16 km de rejointoiement à effectuer, d'où l'importance que le prix offert pour cette prestation essentielle soit crédible et permette surtout la réalisation d'un travail de qualité, et ne donne pas lieu à des revendications ultérieures.

Or, force est de constater que le prix offert par le consortium recourant (de CHF 20.-/ml à CHF 22.-/ml) est très bas par rapport à ceux qu'il avait proposés par le passé pour d'autres chantiers (CHF 28.50/ml, CHF 30.-/ml et CHF 31.-/ml), ce qui permettait à la ville d'émettre des doutes quant à la crédibilité du prix, contrairement au prix offert par le consortium adjudicataire (CHF 32.-/ml) qui s'inscrivait dans le même ordre de prix que celui offert pour des chantiers antérieurs.

Le grief sera écarté.

E. 10

La décision d'adjudication de la ville étant, en tous points, conforme au droit, le recours sera rejeté.

Le prononcé du présent arrêt au fond rend sans objet la requête de restitution de l'effet suspensif et met fin aux interdictions de conclure le contrat d'exécution de l'offre, ainsi que de toucher aux échantillons de restauration réalisés in situ par les soumissionnaires, contenues dans la lettre de la chambre de céans du 27 mai 2016.

E. 11

Vu l'issue du litige et compte tenu de l'absence de décision sur effet suspensif, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge du consortium recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de CHF 1'500.- sera allouée au consortium appelé en cause qui y a conclu, à la charge du consortium

- 31/32 - A/1726/2016 recourant. La ville disposant de son propre service juridique, aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA ; ATA/368/2015 du 21 avril

2015 consid. 9).

* * * * *

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