

GE_GERICHTE ATA/972/2014 vom 9. Dezember 2014

GE Cour de justice, 2014-12-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_972_2014

FR: GE_GERICHTE ATA/972/2014 du 9 décembre 2014

IT: GE_GERICHTE ATA/972/2014 del 9 dicembre 2014

Regeste

Résumé: Le principe de la transparence est un principe cardinal et incontournable des marchés publics. Il limite le large pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur. Il exige de ce dernier 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 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. La communication préalable de la pondération des sous-critères ne s'impose pas néanmoins lorsqu'ils ne sortent pas de la définition du critère principal et qu'aucun d'entre eux n'équivaut à celui-ci en termes de pondération. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur peut se fier aux renseignements recueillis par téléphone au sujet des références fournies par les soumissionnaires et prendre en considération les éventuelles expériences négatives avec un participant à la procédure d'adjudication, lorsque le cahier d'appel d'offres le prévoit.

Erwägungen

E. 12

septembre 1985 (LPA - E 5 10), ainsi qu'au règlement de passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01). 2)

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.

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours 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/580/2013 du 3 septembre 2013 ; ATA/517/2009 du 13 octobre 2009).

En l'espèce, le contrat ayant été conclu avec l'adjudicataire (art. 46 RMP), soit Art Décor, 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 soumission et de recours (art. 3 al. 3 L-AIMP). Par ailleurs, 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 et intérêts soient réclamés ou non (arrêt du Tribunal fédéral 2P.307/2005 du 24 mai 2006 consid. 2).

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. 5 b p. 96 ; ATA/503/2014 du 1er juillet 2014 ; ATA/360/2014 du 24 mai 2014 ; ATA/291/2014 du 29 avril 2014 ; ATA/580/2013 précité). Elle dispose donc de la qualité pour recourir.

- 12/18 - A/3364/2013

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

La recourante a requis des actes d'instruction supplémentaires portant sur la production des notes téléphoniques du mandataire et des grilles d'évaluation non caviardées, l'audition de M. TRINCA remplacée par la suite par celle de Mme LASCANO et la production de tous les documents permettant de déterminer le type et l'ampleur des travaux effectués sur les chantiers cités dans les références d'Art Décor.

a. Tel que garanti par les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) 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), qui n'a pas de portée différente dans ce contexte, 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, 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/118/2014 du 25 février 2014 ; ATA/249/2013 du 10 décembre 2013 ; ATA/404/2012 du 26 juin 2012). 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).

b. Par ailleurs, en tant que garantie générale de procédure, le droit d'être entendu permet au justiciable de consulter le dossier avant le prononcé d'une décision. En effet, la possibilité de faire valoir ses arguments dans une procédure suppose la connaissance préalable des éléments dont l'autorité dispose (ATF 126 I 7 consid. 2b p. 10 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_66/2013 du 7 mai 2013 consid. 3.2.2). Le droit de consulter le dossier ne s'étend en revanche pas aux préavis établis par une autorité d'instruction à l'intention de l'autorité

décisionnelle (ATF 131 II 13 consid. 4.2 p. 21 ; 117 Ia 90 consid. 5b p. 96 ; arrêt du Tribunal

- 13/18 - A/3364/2013 fédéral 2C_66/2013 précité consid. 3.2.2). Ce genre de document n'a en effet pas de conséquence juridique directe sur la situation de l'intéressé et est considéré comme un acte interne à l'administration, destiné à faciliter la tâche de l'organe de décision, qui doit se former une opinion sur l'affaire à traiter (ATF 125 II 473 consid. 4a p. 474 ; 116 Ib 260 consid. 1d p. 264 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_66/2013 précité consid. 3.2.2).

Une partie de la doctrine admet que si une pièce qualifiée d'acte interne est propre à déterminer l'évaluation d'un fait pertinent pour la décision à prendre, elle doit être accessible (Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2011, p. 327). Cependant, une violation du droit d'être entendu est réparée lorsque le recourant a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'une pleine cognition (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 p. 197 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_66/2013 précité consid. 3.2.3). La procédure administrative genevoise prévoit que le recours à la Cour de justice a un effet dévolutif complet et que celle-ci dispose d'un libre pouvoir d'examen en fait et en droit (arrêts du Tribunal fédéral 2C_66/2013 précité consid. 3.2.3 et 2D_47/2012 du 12 décembre 2012 consid. 3.2).

c. En l'espèce, il ressort de la procédure que la ville a expliqué de façon détaillée et a priori pertinente le système d'évaluation des offres mis en place. Elle a aussi produit les documents qui s'y rapportent. La grille d'évaluation de la recourante a été produite, celle d'Art Décor également. La ville a en outre répondu de manière circonstanciée aux griefs soulevés par la recourante, laquelle a eu l'occasion de répliquer et d'exposer à nouveau son point de vue. La chambre de céans a procédé à deux audiences de comparution personnelle et entendu les personnes qui avaient été citées comme références par la recourante. Leurs propos concordants mettent en exergue les difficultés de DSD lors de la phase des finitions de ses chantiers. S'agissant de la crèche « Les Gazouillis », qui était une des expériences prises en considération par la ville dans ses relations antérieures avec DSD, aux côtés de celle de la crèche de Chateaubriand, elle a auditionné Mme BECK qui a recueilli les propos de sa collègue, Mme LASCANO, responsable de ce chantier à la direction du patrimoine bâti de la ville. Dans ces circonstances, la production des notes téléphoniques exigées par la recourante ne s'impose pas. Les tableaux de notation des autres soumissionnaires ne sont pas non plus pertinents pour l'issue du litige. L'audition de M. TRINCA ou de Mme LASCANO ne saurait non plus apporter des éléments supplémentaires permettant de modifier l'intime conviction de la chambre de céans fondée sur l'ensemble des éléments figurant dans le dossier et les deux audiences de comparution personnelle et d'audition de témoins susrappelées.

Au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de procéder à l'administration des preuves requises par la recourante.

- 14/18 - A/3364/2013 5)

Le litige porte sur l'éviction d'un soumissionnaire d'un marché public soumis à une procédure ouverte. 6)

Le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, à l'exception du grief d'inopportunité (art. 16 al. 1 et 2 AIMP ; art. 61 al. 1 et 2 LPA). 7)

La recourante reproche à la ville d'avoir apprécié le critère « références et qualité » sur la base d'allégations fallacieuses. Elle critique ainsi implicitement l'autorité adjudicatrice d'avoir établi les faits de manière inexacte et d'avoir abusé de son pouvoir d'appréciation. 8)

En procédure ouverte, les offres sont évaluées en fonction des critères d'aptitude et des critères d'adjudication (art. 12 RMP) qui doivent être objectifs, vérifiables et pertinents (art. 24 RMP) et qui doivent figurer dans les documents d'appel d'offres (art. 27 let. f RMP ; ATA/20/2014 du 14 janvier 2014). Pour les critères d'aptitude, l'autorité adjudicatrice peut exiger des soumissionnaires des justificatifs attestant leurs capacités sur les plans financiers, économiques, techniques et organisationnels (art. 33 RMP). 9)

En application de l'art. 43 al. 1 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. Le résultat de l'évaluation des offres fait l'objet d'un tableau comparatif (art. 43 al. 2 RMP). 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 (art. 43 al. 3 RMP). 10) La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98). L'examen de la chambre administrative ne saurait donc se substituer à celui de ce dernier. Seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation doit être sanctionné, ce que le Tribunal fédéral a confirmé à maintes reprises (ATF 130 I 241 consid. 6.1 p. 250 ; arrêts du Tribunal fédéral 2P.111/2003 du 21 janvier 2004 consid. 3.3 et 2P.172/2002 du 10 mars 2003 consid. 3.2). En outre, pour que le recours soit fondé, il faut que le résultat, considéré dans son ensemble, constitue un usage abusif ou excessif de ce pouvoir (JAAC 63.15 consid. 3a). 11) a. Un des objectifs poursuivis 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).

b. Le principe de la transparence est un principe cardinal et incontournable des marchés publics. Il limite le large pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur. Il exige de ce dernier qu'il énumère par avance et dans l'ordre

- 15/18 - A/3364/2013 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. 102). Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié (ATA/360/2014 précité), 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, telle une échelle de notes ou 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). De plus, le pouvoir adjudicateur peut se prévaloir de mauvaises expériences avec le soumissionnaire et en tenir compte (arrêt du Tribunal fédéral

2D_48/2012 du 22 février 2013 consid. 4.3).

c. Par ailleurs, le principe de la concurrence permet la comparaison entre les soumissionnaires et le choix de l'offre garantissant un rapport optimal entre le prix et la prestation (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 100). 12) a. En l'espèce, les critères d'adjudication et leur importance respective ont été énoncés dans l'appel d'offre du 11 juin 2013. Celui-ci expliquait en outre les modalités d'évaluation du critère « références » qui valait 45 % dans la pondération. Il indiquait que celles-ci seraient vérifiées par téléphone et que la note attribuée prendrait en compte les documents fournis et les informations téléphoniques reçues. Il ressort de ces spécifications du critère principal « références » que la ville pouvait prévoir des sous-critères « pertinence des références » et « qualité de l'entreprise » qui le concrétisent. La communication préalable de leur pondération ne s'imposait pas dans la mesure où ils ne sortaient pas de la définition du critère principal et qu'aucun d'entre eux n'équivalait à celui-ci, étant évalué respectivement à 9 % et 36 %. Par ailleurs, le cahier d'appel d'offre soulignait que les éventuelles expériences négatives de l'autorité adjudicatrice, maître d'ouvrage, avec un soumissionnaire, seraient prises en compte. En l'occurrence, la ville a retenu le chantier de la crèche « Les Gazouillis » et dans une moindre mesure celui de la crèche Chateaubriand.

De ce point de vue, la ville n'a pas violé le principe de la transparence.

- 16/18 - A/3364/2013

b. Le marché public adjudgé concerne un bâtiment d'une certaine importance historique édifié sur des fondations romaines. La qualité des finitions notamment concernant les enduits intérieurs, les corniches et les cheminées devaient être irréprochables et respecter cet immeuble. La ville a souligné à maintes reprises ces exigences dans le cahier d'appel d'offres et les auditions par-devant la chambre de céans. En raison de la complexité de la rénovation qui nécessite un savoir-faire particulier, elle a insisté sur d'éventuelles finitions spécifiques, s'agissant des peintures extérieures et intérieures, la plâtrerie sur les murs et les plafonds existants.

c. Or, il est constant, d'après les audiences de comparution personnelle tenues par la chambre administrative et les pièces de la procédure, que DSD a rencontré des difficultés dans la phase des finitions de ses chantiers donnés en références dans son offre et retenus par la ville comme significatifs dans le domaine des travaux de rénovation à effectuer sur le bâtiment concerné par le marché public, un chantier considéré par la ville comme complexe quant à ses finitions. Il est apparu également que les ouvriers de la recourante ne suivaient pas de façon satisfaisante les instructions des maîtres d'ouvrage et, selon un témoin, la question se posait en termes de « bons chefs de chantier » et de « techniciens ». DSD n'a pas contesté le fait que la ville ait jugé que trois de ses six références concernant la réalisation de bâtiments neufs ou la transformation de bureaux étaient non pertinentes. Les mauvaises expériences de la ville aux crèches « Les Gazouillis » et Chateaubriand ont en outre confirmé ces avis.

d. En revanche, la ville ne se prévaut d'aucune mauvaise expérience avec Art Décor et l'ensemble des références produites par ce soumissionnaire concernaient des réfections intérieures et extérieures de bâtiments, même si deux d'entre elles ont été jugées partiellement intéressantes. Les auditions des personnes citées en référence par cette entreprise ont permis à la chambre de céans de constater qu'en termes de qualité, de finitions et de délais, du bon suivi des travaux tenant compte avec précision des instructions

des partenaires et de la bonne réputation, les renseignements sur Art Décor étaient positifs.

e. Ainsi, la ville, en se fiant aux renseignements téléphoniques émanant des références figurant dans les offres des deux entreprises concurrentes, informations confirmées en audience par-devant la chambre de céans, n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en octroyant à DSD une note de 2,50 pour le sous-critère « pertinence des références » et de 3,00 pour celui « qualité de l'entreprise », alors qu'elle a accordé à Art Décor une note de 5,00 pour chacun d'eux.

Au demeurant, l'écart important de notation entre DSD et Art Décor pour le critère « formation des apprentis » est également à prendre en considération. Non contesté par la recourante, il explique aussi le résultat final. 13) Ce qui précède conduit au rejet du recours.

- 17/18 - A/3364/2013 14) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de DSD (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à la recourante, ni à la ville représentée par son service juridique, ni à Art Décor qui ne s'est pas déterminée et qui agit sans le concours d'un avocat (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

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