

GE_GERICHTE A/1114/2015 vom 30. April 2015

GE Cour de justice, 2015-04-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1114_2015

FR: GE_GERICHTE A/1114/2015 du 30 avril 2015

IT: GE_GERICHTE A/1114/2015 del 30 aprile 2015

Erwägungen

E. 7

Berisha a joint à sa soumission relative au lot n° 5 son planning d'exécution des travaux. À teneur de celui-ci, les travaux à effectuer en rapport avec la pose de la charpente en acier. Elle n'a pas rempli l'annexe Q8 dans laquelle le soumissionnaire devait mentionner ses références, mais elle a transmis une liste de chantiers exécutés en 2014/2015 qui se référait à l'annexe Q8.

E. 8

Sottas a également joint à sa soumission relative au lot n° 5 son planning d'exécution des travaux. À teneur de celui-ci, elle s'engageait à effectuer les travaux en rapport avec la pose de la charpente en acier du 29 juin au 1^{er} août 2015.

E. 9

Par décision du 25 mars 2015, reçue le 27 mars 2015, les SIG ont informé Berisha de l'adjudication du lot n° 5 à Sottas pour un prix de CHF 339'931.35, hors TVA, qui remplissait les conditions demandées et avait été jugée l'offre la plus avantageuse. Selon la grille d'évaluation communiquée avec la décision, les critères 2 « organisation » et 3 « qualités techniques » avaient été évalués en fonction de plusieurs éléments, soit trois éléments pour le critère 2 : « capacité de l'entreprise » (2.1) « organisation » (2.2) et « planning et méthodologie » (2.3) ; trois éléments pour le critère 3 : « références » (3.1), compétence et expériences des personnes » (3.2), « solidité économique » (3.3). Selon la grille d'évaluation les offres de Berisha et Sottas ont fait l'objet des évaluations suivantes :

Note Pond. en %	Convers. en points	Note Pond. en %	Convers. en points	Note Pond. en %	Convers. en points	Total des points
critère 1.1	2.3	2.1 et 2.2	3.1	3.2	3.3	Sottas 4.27 50 42.72 3.50 20 2.33

E. 10

Par acte déposé au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), Berisha a interjeté un recours contre la décision d'adjudication du 25 mars 2015, concluant principalement à son annulation et à ce que le marché relatif au lot n° 5 lui soit adjugé. Préalablement, elle sollicitait la restitution de l'effet suspensif à son recours. Il ressortait de la grille d'évaluation annexée à la décision attaquée que le pouvoir adjudicateur avait utilisé des sous-critères d'évaluation non annoncés dans le document K2 pour la notation de son offre au regard des critères n° s 2 et 3. Aucune indication quant à la nature de ces sous-critères ne figurait dans les documents de l'appel d'offres, la grille d'évaluation ou la décision d'adjudication. Elle avait rencontré le 1^{er} avril 2015 les représentants du pouvoir adjudicateur, qui avaient refusé de communiquer des informations au sujet des sous-critères utilisés. Oralement, il avait été indiqué que le sous-critère 2.3 était relatif au planning et qu'une note de 1.70/5 lui avait été attribuée car les délais de pose de la

structure métallique en huit jours paraissaient irréalistes. De même, pour le sous-critère 3.1 mentionné dans la grille – qu'elle avait compris comme se rapportant aux références fournies – seule une note de 1.75/5 lui avait été attribuée car elle n'avait pas utilisé l'annexe Q8, mais sa propre liste de référence. La décision d'adjudication devait être annulée pour violation de l'obligation de transparence, dans la mesure où des sous-critères avaient été utilisés. En outre, contrairement aux assurances données par le pouvoir adjudicateur dans le dossier K2 selon lesquelles aucune importance ne serait donnée au temps consacré par le soumissionnaire à l'exécution du marché, le critère du facteur temps avait été utilisé de manière dissimulée dans le sous-critère 2.3 de la grille d'évaluation ce qui avait été confirmé à ses représentants lors de la réunion du 1^{er} avril 2015. En effet, il lui avait été reproché d'avoir inséré un temps d'exécution trop court dans son planning des exécutions, qui semblait irréalisable pour l'intimée. Ainsi, non seulement le facteur temps avait été utilisé comme critère d'évaluation, mais une pondération de 20% de la notation totale lui avait été accordée. Si elle avait su que son planning d'exécution serait pris en compte, elle aurait adapté celui-ci au planning intentionnel de l'intimée et se serait contentée d'indiquer le temps de réalisation planifié par celle-ci, à savoir 3,5 semaines. En mentionnant une durée de travail de huit jours, dont elle considérait qu'elle était réaliste compte tenu de ses capacités, elle avait voulu être transparente et cela se retournait contre elle, ce qui était incorrect. Si le critère N o 2.3 n'avait pas été retenu, elle aurait obtenu 50 points pour le critère N o 1, 15, 48 points pour le critère N o 2 et 10.13 pour le critère N o 3 et elle aurait remporté le marché. Finalement, la façon dont elle avait été notée pour ce planning était arbitraire, dans la mesure où – toujours en rapport avec le planning annoncé pour la pose de la charpente – elle avait été mal notée pour avoir annoncé une durée de travail de huit jours pour la pose de la charpente, ce qui démontrait son efficacité particulière. C'était le pouvoir adjudicateur qui s'était trompé dans le temps de pose qu'il avait mentionné dans son planning intentionnel. Dans la pratique, il était compté 10, 15 tonnes de tôle à poser par jour sauf complication particulière. Dans la mesure où 80 tonnes de matériel devaient être posées, sa propre rapidité dans la durée de pose aurait dû être considérée comme un gage d'efficacité. Elle avait reçu une note de 1.7/5 qui signifiait « insuffisance », selon les critères de notation. Elle avait également fait l'objet d'une notation arbitraire en se voyant attribuer une note de 1.75 s'agissant de ses références, au simple motif qu'elle avait utilisé ses propres listes de références au détriment de l'annexe Q8 mise à sa disposition. Cette note était également arbitraire et elle aurait dû obtenir la note maximale au vu des références données. Le recours qu'elle avait interjeté comportant de grandes chances de succès, l'effet suspensif devait lui être accordé, son intérêt privé à l'octroi du marché prévalant sur l'intérêt public à la construction.

E. 10.13

72.08

E. 11

Le 8 avril 2015, le juge délégué a ordonné l'appel en cause de SOTTAS SA.

E. 12

Le 20 avril 2015, les SIG ont conclu au rejet de la requête d'octroi d'effet suspensif. L'ensemble des griefs formulés par la recourante était infondé. Selon l'expérience du pouvoir adjudicateur et de ses mandataires, et l'expérience du métier, les huit jours annoncés pour la pose de la charpente n'étaient pas réalistes vu la complexité du

chantier. Le planning des travaux n'avait pas été utilisé comme critère d'appréciation, mais avait été utilisé dans l'évaluation du critère relatif à l'organisation du soumissionnaire. L'utilisation, comme le soumissionnaire y avait eu recours, d'une liste de chantiers transmise à titre de référence était imprécise dans la mesure où elle ne permettait pas de donner des informations sur tous les points mentionnés dans l'annexe Q8. Il n'y avait aucun descriptif des travaux et il n'était pas possible de déduire le type de marché gagné par le recourant. Ils n'avaient violé ni le principe de transparence, ni le droit d'être entendu de la recourante. L'offre de cette dernière n'avait pas été évaluée de manière arbitraire. Concernant le premier de ces griefs, elle avait effectivement recouru, non pas à des sous-critères, mais à des éléments d'appréciation pour évaluer les critères d'adjudication n° 2 et 3. Pour le critère n° 2, il s'agissait de 3 éléments d'appréciation, soit : 1. Capacité de l'entreprise (conditions générales), qui correspondait aux éléments d'appréciation n° 2 et 4 de l'annexe Q du guide romand. 2. Organisation du soumissionnaire pour le chantier, les installations et les mesures de sécurité, qui correspondait à l'élément d'appréciation n° 11 de l'annexe R du guide romand. 2.1 Planning et méthodologie du soumissionnaire, qui correspondait à l'élément d'appréciation n° 7 de l'annexe R du guide romand. Pour le critère qualités techniques de l'offre, il s'agissait des éléments d'appréciation suivants : 3.1 Référence en rapport avec le marché à être jugé, qui correspondait à l'élément d'appréciation n° 8a de l'annexe Q du guide romand. 3.2 Compétences et expérience des personnes-clés, qui correspondait à l'élément d'appréciation n° 9 de l'annexe R du guide romand. 3.3 Solidité économique, qui correspondait à la réunion requise de toutes les attestations requises pour pouvoir participer au marché. Ils avaient servi à noter les critères publiés mais n'étaient pas des critères d'adjudication en eux-mêmes. Ces critères d'appréciation avaient été utilisés d'une manière pondérée fixée avant l'évaluation des offres. Au demeurant, même si aucun élément d'appréciation n'avait été pondéré, la recourante resterait non adjudicataire du marché. C'était par volonté de transparence que le pouvoir adjudicataire avait fourni le tableau d'évaluation complet incluant le détail de l'utilisation des éléments d'appréciation. Il aurait pu s'épargner cette peine, car l'absence d'une telle communication n'aurait pas violé la loi. Concernant la violation du droit d'être entendu, la recourante s'est exprimée de manière aussi détaillée sur l'issue de la procédure d'adjudication montrait que rien ne lui avait été soustrait. Finalement, le pouvoir adjudicataire n'avait pas apprécié l'offre de la recourante de manière arbitraire. Elle était en droit, selon l'expérience du métier et en comparaison avec les autres soumissionnaires qui étaient également du métier, de retenir qu'il n'était pas possible de réaliser les travaux demandés en huit jours et sanctionner cela d'une mauvaise note. La surélévation de la crèche ne reposait pas seulement sur l'installation et le montage de la charpente métallique, mais sur différents types de travaux plus complexes que cela. En outre, concernant l'appréciation relative aux références techniques, la recourante avait fourni des références insuffisantes car lacunaires en raison du défaut de descriptif. Dès lors la note obtenue, soit 1.75 sur 5 était correcte. Concernant la restitution de l'effet suspensif, la commune de Vernier avait besoin urgemment d'agrandir sa crèche. Tout retard dans les travaux, dont certains d'entre eux devaient impérativement être effectués durant l'été, soit pendant le non-fonctionnement de la crèche. Tout retard rendrait problématique une mise à disposition rapide des locaux pour faire face à la demande de places de crèche. L'intérêt public à ce que le contrat soit conclu primait l'intérêt privé de la recourante. Elle a joint à sa réponse les pièces détaillant la façon dont chaque critère avait été évalué, par recours, pour chaque soumissionnaire, aux éléments d'appréciation précités.

E. 13

Le 20 avril 2015, l'appelée en cause a également conclu au rejet du recours. Sur le fond, le recours n'avait que peu de chance de succès. Le principe de la transparence n'exigeait pas la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendaient uniquement à concrétiser le critère publié. Dans le dossier d'appel d'offres, il avait été mentionné la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de fixer autant d'éléments d'appréciation qu'il était nécessaire pour départager les soumissionnaires. Concernant le temps consacré pour l'exécution du marché, il existait une contradiction entre les prix de soumission proposés par la recourante et le planning irréaliste qu'elle avait allégué pour la pose de la structure métallique. Au stade des mesures provisionnelles, la question soulevée relative à l'utilisation du critère du temps consacré pour l'exécution du marché, vu les contradictions qui ressortaient entre sa façon de calculer son prix et le planning, ne pouvait être pris en compte, cette question devant être si nécessaire examinée dans le cadre du fond du litige. La notation du planning n'avait de toute façon pas été arbitraire, comme cela pourrait être examiné sur le fond du litige.

E. 14

Après qu'à la requête du juge, l'intimée eut complété le dossier de pièces qu'elle devait transmettre, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif. Considérant, en droit, que : 1) La présidence de la chambre administrative est compétente pour statuer en matière de mesures provisionnelles (art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010). 2) Le recours interjeté contre un appel d'offres d'une collectivité publique interjeté dans les dix jours par-devant l'autorité compétente est *prima facie* recevable (art. 15 al. 1bis et 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 55 let. a et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01 ; art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 3) Sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif (art. 66 al. 1 LPA). En matière de marchés publics, soumis ou non aux traités internationaux, le recours n'a pas d'effet suspensif (art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP). Toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, restituer cet effet pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP). « L'examen de la requête suppose une appréciation *prima facie* du bien-fondé du recours ; le but est alors de refuser l'effet suspensif au recours manifestement dépourvu de chance de succès, dont le résultat ne fait aucun doute ; inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire mais suppose de constater et de pondérer le risque de préjudice » (Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Bernard ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, *Marchés publics 2010*, 2010, pp. 311-34 n. 15, p. 317). La restitution de l'effet suspensif constitue une exception en matière de marchés publics et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/146/2015 du 3 février 2015 ; ATA/1037/2014 du 19 décembre 2014 ; ATA/60/2013 du 30 janvier 2013 consid. 5 ; ATA/85/2012 du 7 février 2012 consid. 2 ; ATA/752/2011 du 8 décembre 2011 ; ATA/614/2011 du 28 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/214/2011 du 1^{er} avril 2011 et la jurisprudence citée). 4) En matière d'évaluation des offres, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation (ATA/864/2004 du 26 octobre 2004 ; Peter GALLI/André MOSER/Élisabeth LANG/Marc STEINER,

Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^{ème} éd., 2013, p. 241 n. 564 et la jurisprudence citée).

5) Le droit des marchés publics se doit de respecter le principe de la non-discrimination et de l'égalité de traitement entre soumissionnaires, ancré à l'art. 11 let. a AIMP. Il en découle, pour l'autorité adjudicatrice, l'obligation de respecter le principe de la transparence de la procédure. En matière de critères d'évaluation, cela implique, en vertu de l'art. 24 RMP, que celui-ci, pour l'évaluation des offres, non seulement doit choisir des critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché, mais doit les annoncer clairement et par ordre d'importance au moment de l'appel d'offres. En outre, il se doit de s'en tenir à ceux-ci après le dépôt des offres lorsqu'il procède à l'évaluation de celles-ci.

Si, lorsqu'en sus de ces critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires en indiquant leurs pondérations respectives. Cette règle ne s'applique pas, à teneur de la jurisprudence, lorsque les sous-critères en question tendent uniquement à concrétiser les critères publiés, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour décrire le critère principal auquel il se rapporte ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié. (ATF 130 II 140 ; ATF 125 II 86 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1196/2013 du 21 février 2013 consid. 2.4). Il ressort effectivement de la grille d'évaluation que les critères 2 et 3, soit respectivement l'organisation et les qualités techniques du soumissionnaire, ont été chacun évalués sous trois angles rappelés dans la grille d'évaluation. Pour la recourante, il s'agit de sous-critères non annoncés et donc proscrits, tandis que pour l'intimée, il s'agit non pas de sous-critères, mais d'éléments d'appréciation auxquels elle était autorisée à recourir et dont elle a fait état dans la grille d'évaluation par souci de transparence complète. La question de la nature de ces différents éléments peut rester ouverte au stade d'une analyse prima facie de la situation juridique. En effet, même s'ils étaient qualifiés de sous-critères, il y a lieu de retenir, a priori, qu'ils respectent le cadre jurisprudentiel précité. Les éléments utilisés pour l'appréciation du critère No 2 se rattachent en effet directement à l'évaluation de l'organisation de la recourante, soit à l'évaluation de sa capacité, eu égard à sa structure propre et à l'organisation qu'elle entend mettre en œuvre pour mener le chantier auquel elle soumissionne. Il en va de même des éléments utilisés pour évaluer la qualité de l'offre, laquelle l'a été, pour tous les soumissionnaires, en examinant celle-ci sous l'angle de son expérience, au travers des chantiers dont elle a fait état, mais également de la compétence des personnes-clés citées dans l'annexe 9, ainsi que de la solidité économique des soumissionnaires, basée sur les attestations fournies. Au stade de la présente décision, il doit être retenu, au vu des pièces transmises, et des explications fournies, que le principe de transparence n'a pas été violé par l'intimée. La recourante soutient que son offre a fait l'objet d'une évaluation arbitraire. A nouveau, dans le cadre d'un examen prima facie du déroulement de l'évaluation des offres, on ne peut a priori pas retenir que la recourante ait fait l'objet d'une évaluation arbitraire. Certes, elle a obtenu un moins grand nombre de points que l'adjudicataire, mais à teneur des explications fournies par l'autorité intimée, ces différences pouvaient se justifier. Tant la recourante que l'appelée en cause ont présenté un planning. Celui de l'adjudicataire a plus convaincu l'autorité adjudicatrice que celui de la recourante jugé non crédible. Cela s'est traduit par une note inférieure à celle accordée à sa concurrente. Cette question sera traitée dans le cadre du fond du recours, mais a priori, l'évaluation constitue pas un abus de pouvoir d'appréciation. Il en va de même de l'évaluation relative à l'expérience de la recourante. À première vue, ce n'est pas le fait

qu'elle n'ait pas utilisé directement le formulaire Q8 qui serait la raison d'une appréciation moins grande de la qualité de son offre sous l'angle des références, mais l'imprécision des renseignements référenciels fournis. À nouveau, cette question devra faire l'objet d'un examen plus approfondi dans le cadre de l'instruction au fond du recours. Au vu de ce qui précède, un examen préalable du recours sur la base du dossier fourni par les parties, ne permet pas de retenir que celui-ci paraisse suffisamment fondé pour que le juge du recours doive ordonner la restitution de l'effet suspensif. Au demeurant, l'intérêt public de l'autorité adjudicataire, voire de la collectivité publique qui doit également bénéficier de l'agrandissement de la crèche construite sur le toit de la première, constitue un intérêt prévalant sur l'intérêt de la recourante à l'adjudication du marché. Cette issue s'impose d'autant plus que les travaux doivent pouvoir être effectués rapidement, selon le planning intentionnel prévu, pour que le gros œuvre, qui est générateur de nuisances importantes, puisse être effectué pendant la période estivale. 6) La requête de restitution de l'effet suspensif sera rejetée, le sort des frais étant réservé jusqu'à droit jugé au fond.!

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE rejette la requête d'effet suspensif au recours interjeté le 7 avril 2015 par Berisha SA constructions métalliques contre la décision d'adjudication du 25 mars 2015 ; réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ; dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ; communique la présente décision, en copie, à Me Thierry Amy, avocat de la recourante, aux Services industriels de Genève, ainsi qu'à Me Jérôme Magnin, avocat de Sottas SA. Le vice-président : J. M. Verniory Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties. Genève, le la greffière :

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