

GE_GERICHTE A/2846/2017 vom 23. Januar 2018

GE Cour de justice, 2018-01-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2846_2017

FR: GE_GERICHTE A/2846/2017 du 23 janvier 2018

IT: GE_GERICHTE A/2846/2017 del 23 gennaio 2018

Regeste

QUALITÉ POUR RECOURIR ; INTÉRÊT ACTUEL ; MARCHÉS PUBLICS ; ADJUDICATION(MARCHÉS PUBLICS) ; PROCÉDURE D'ADJUDICATION ; PRINCIPE DE LA TRANSPARENCE(EN GÉNÉRAL) ; INTERDICTION DE L'ARBITRAIRE | Examen de l'attribution des notes dans une procédure d'adjudication sous l'angle de l'interdiction de l'arbitraire et de l'abus du pouvoir d'appréciation. L'évaluation des offres faite par l'autorité intimée n'est pas critiquable. Appelé en cause mis hors de cause, dans la mesure où le contrat d'adjudication a été conclu. | LPA.60.letb; AIMP.18.al2; LPA.71; RMP.12; RMP.24; RMP.43; AIMP.16.al2; AIMP.1.al3.letc; Cst.9

Erwägungen

E. 5

3.93 pondération du critère 30 30 nombre de points 150 118.04 Critère 2 (références/qualité) note attribuée 4 4.5 pondération du critère 45 45 nombre de points 180 202.5 Critère 3 (organisation) note attribuée 3 4.5 pondération du critère 25 25 nombre de points 75 112.5 Total des points 405 433.04 Classement 2 1 7) Par acte du 30 juin 2017, Grillo & Fils a interjeté un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision d'adjudication précitée, concluant à son annulation, respectivement à sa réformation en ce sens que le chantier de rénovation de l'École de Pâquis-Centre devait lui être adjugé pour un montant de CHF 825'424.60. Elle demandait à être autorisée à consulter l'offre de Matamoros ainsi que la production par la ville du dossier d'appel d'offres. L'offre qu'elle avait fournie était plus avantageuse économiquement puisqu'elle était de plus de CHF 100'000.- meilleure marché. Le marché ne lui avait toutefois pas été adjugé puisque l'autorité avait apprécié de manière arbitraire les deux autres critères d'adjudication. La ville lui avait ainsi attribué des notes artificiellement basses, bien en deçà des notes généreuses octroyées à Matamoros. Ce faisant, l'autorité avait fait un usage arbitraire de son pouvoir d'appréciation pour l'écartier injustement de la soumission alors que la loi privilégiait pourtant l'offre au meilleur prix. 8) Par décision du 4 juillet 2017, le juge délégué a ordonné l'appel en cause de Matamoros. 9) Le 6 juillet 2017, la ville et Matamoros ont signé un contrat d'entreprise portant sur le marché adjugé. 10) Dans ses observations du 17 juillet 2017, Matamoros a conclu au déboutement de toutes les conclusions de Grillo & Fils. Elle s'étonnait du recours formé contre la décision d'adjudication, dans la mesure où elle avait totalisé, d'après la grille comparative des offres établie par la ville, le nombre de point le plus élevé et avait été classée première sur la base de critères objectifs. Pour le surplus, elle s'en remettait à la détermination de la ville, tout en se réservant l'opportunité de se déterminer sur celle-ci une fois qu'elle lui aurait été notifiée. 11) Dans sa réponse du 18 juillet 2017, la ville a conclu au rejet du recours. Pour juger du critère « références et qualité de l'entreprise », la ville avait

sollicité la production de trois références significatives et récentes dans les domaines de compétence du marché à réaliser. Dans le cadre de la rénovation de l'École de Pâquis-Centre, la ville avait fait le choix, pour des raisons architecturales, de ne pas démonter les façades et les vitrages, mais de les conserver. Pour les travaux de façade, elle avait donc demandé aux entreprises de travailler sur le site sans démonter les fenêtres, ce qui nécessitait une technique irréprochable pour enlever la peinture qui contenait des traces de plomb et repeindre sur les éléments métalliques existants. Les travaux de peintures extérieures (façade métallique) représentant un tiers du marché à réaliser, il était indispensable que cela soit fait dans les règles de l'art. La recourante avait remis quatre références, étant précisé que la dernière n'avait pas été prise en compte, puisqu'elle portait sur un bâtiment en cours et dont la réalisation ne correspondait pas au marché en cours. L'examen des trois autres références permettait de démontrer qu'elle était à même de réaliser les travaux de peintures intérieures, de plâtrerie et de revêtements coupe-feu, mais ne prouvait pas qu'elle était en mesure de réaliser de façon appropriée les délicats travaux de peintures extérieures. Aucune référence relative à de tels travaux n'avait été présentée. Elle avait été pénalisée par cette lacune. Lorsque la ville avait contacté le mandataire d'un des ouvrages réalisés par la recourante, ce dernier s'était montré très critique et lui avait conseillé « de ne rien envoyer chez eux ». Si celle-ci avait effectivement remis une offre très basse et remporté le marché, elle avait sollicité beaucoup de plus-values à la fin du chantier, faisant ainsi augmenter le prix final des travaux. La note de 4 pour l'évaluation de ce critère apparaissait donc au contraire généreuse. À l'inverse, l'appelée en cause avait fourni trois références pour des travaux de peintures intérieures et de plâtrerie, mais également de peintures extérieures de façades en métal. Deux de ses références, portant respectivement sur des travaux pour une clinique et pour un site industriel, démontraient sa capacité de travailler dans des conditions difficiles, puisque tous deux étaient restés en exploitation durant les travaux. Les personnes interrogées avaient par ailleurs été satisfaites du travail de cette entreprise. S'agissant du critère « organisation », l'offre de la recourante ne permettait pas de répondre aux questions de la ville, ni de démontrer qu'elle avait compris les enjeux de ce marché. En effet, celle-ci n'indiquait pas l'effectif global de l'entreprise, ni les moyens mis en œuvre pour réaliser le marché en cause, alors que la ville avait exigé des réponses sur ces points. En outre, les organigrammes présentés par la recourante n'étaient pas clairs, n'indiquaient pas les personnes clés de l'entreprise, ni l'organisation prévue dans le cadre de la réalisation des travaux. Pour ces raisons, elle avait obtenu la note de 3, laquelle était déjà généreuse. À l'inverse, l'appelée en cause avait précisé l'effectif global de l'entreprise ainsi que la personne clef pour le marché en cause. Elle avait joint deux organigrammes, l'un de l'entreprise et l'autre pour les travaux à réaliser, ce dernier indiquant les étapes du chantier, le type de travaux à réaliser et les collaborateurs à disposition. Cette offre répondait donc à toutes les demandes de la ville, raison pour laquelle elle avait obtenu la note de 4,5. Enfin, la recourante perdait de vue que ce n'était pas le critère du prix qui était prépondérant dans l'attribution de ce marché, mais celui des références et de la qualité de l'entreprise. L'appelée en cause avait démontré avoir toutes les qualités pour mener à bien les délicats travaux de rénovation projetés. La ville n'avait ainsi pas abusé de son pouvoir d'appréciation et avait noté équitablement l'ensemble des soumissionnaires. 12) Le 21 juillet 2017, le juge délégué a imparti un délai aux parties pour formuler d'éventuelles requêtes complémentaires. Aucune partie ne s'est manifestée dans le délai imparti. 13) À la suite de l'apport de l'entier des offres de Grillo & Fils et de Matamoros sur demande du juge délégué, les parties ont été informées que le dossier

pouvait être consulté et qu'à défaut d'observations de leur part dans un délai échéant au 12 janvier 2018, la cause serait gardée à juger. 14) Les parties n'ont pas formulé d'observations. EN DROIT 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable sur ces points de vue (art. 15 al. 2 AIMP ; art. 3 al. 1 L-AIMP ; art. 56 al. 1 RMP ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA- E 5 10). 2) 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/1443/2017 du 31 octobre 2017 consid. 2a ; ATA/360/2014 du 20 mai 2014 consid. 3a). Le contrat ayant été conclu avec l'adjudicataire (art. 46 RMP), 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 et les références citées ; ATA/1443/2017 du 31 octobre 2017 consid. 2b ; ATA/570/2014 du 29 juillet 2014 consid. 1a). En tant que soumissionnaire évincé, et bien que le contrat ait déjà été conclu, la recourante conserve un intérêt actuel à recourir contre la décision d'adjudication au sens de l'art. 60 let. b LPA. En effet, son recours étant à même d'ouvrir ses droits à une indemnisation (ATF 125 II 86 consid. 5b), elle dispose de la qualité pour recourir. Dès lors que toutes les conditions énumérées ci-dessus sont remplies, le recours est recevable. 3) Le contrat d'adjudication ayant été signé, Matamoros, qui n'a plus d'intérêt au litige (art. 71 al. 1 LPA), sera mise hors de cause. 4) La recourante reproche à l'autorité intimée d'avoir fait un usage arbitraire de son pouvoir d'appréciation dans le cadre de l'évaluation de son offre et de celle de l'adjudicataire en ce qui concerne les notes attribuées pour les critères « références et qualité » et « organisation ». a. Les offres sont évaluées en fonction des critères d'aptitude et des critères d'adjudication (art. 12 RMP). L'autorité adjudicatrice choisit des critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché. Elle doit les énoncer clairement et par ordre d'importance au moment de l'appel d'offres (art. 24 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 (art. 43 al. 1 RMP). 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). b. En matière d'évaluation des offres, la jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6 ; ATA/851/2014 du 4 novembre 2014 consid. 9b ; ATA/20/2014 du 14 janvier 2014 consid. 11). L'appréciation de la chambre administrative ne saurait donc se substituer à celle de ce dernier. Seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation doit être sanctionné (ATF 130 I 241 consid. 6.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2P.111/2003 du 21 janvier 2004 consid. 3.3 ; 2P.172/2002 du 10 mars 2003 consid. 3.2 ; RDAF 1999 I p. 301 ; ATA/851/2014 précité consid. 9b ; ATA/20/2014 précité consid. 11). 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 ; ATA/851/2014 précité consid. 9b ; ATA/20/2014 précité consid. 11). 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 plus 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/851/2014 précité consid. 9b ; ATA/20/2014 précité consid. 11). 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/851/2014 précité consid. 9b ; ATA/20/2014 précité consid. 11 ; 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 économiquement la plus avantageuse ne signifie pas qu'elle doit être la moins chère. Ce n'est qu'en présence de biens standardisés que l'adjudicateur peut alors se fonder exclusivement sur le critère du prix le plus bas (RDAF 1999 I précitée p. 305 ; ATA/851/2014 précité consid. 9b ; ATA/20/2014 précité consid. 11). 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/695/2015 du 30 juin 2015 consid. 4c ; ATA/368/2015 du 21 avril 2015 consid. 4c ; ATA/972/2014 du

décembre 2014). c. 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 du 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 ; 123 V 150 consid. 2 et les références citées). d. Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) 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. À cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que lorsque celle-ci 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. 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 138 I 232 consid. 6.2 ; 138 I 49 consid. 7.1 ; 137 I 1 consid. 2.4 ; 136 I 316 consid. 2.2.2). La chambre administrative suit le raisonnement du Tribunal fédéral en la matière (ATA/1189/2017 du 22 août 2017 consid. 4c et les références citées). e. En l'espèce, la recourante n'expose pas en quoi l'autorité intimée aurait fait, selon elle, un usage arbitraire de son pouvoir d'appréciation dans l'attribution des notes pour les critères « références et qualité » et « organisation ». S'agissant du critère « références et qualité », la recourante a obtenu la note de 4, tandis que l'appelée en cause la note de 4,5. Cette différence de notation s'explique par la qualité des références présentées. En effet, d'une part, il ressort de l'écriture de la ville que celle-ci a souhaité privilégier les entreprises disposant d'ores et déjà d'expériences dans les travaux de peintures extérieures (façade métallique), lesquels représentaient un tiers du marché et une certaine complexité. Rien n'obligeait la ville à communiquer cet élément d'appréciation de manière anticipée. En effet, le fait d'apprécier plus favorablement une référence qui est en adéquation avec le travail qui doit être effectué, sur tous les points, n'est pas un critère supplémentaire, mais découle en toute logique de la notion de référence (ATA/1005/2016 du 29 novembre 2016 consid. 8). La recourante a produit quatre références au lieu des trois demandées, soit un marché pour la fondation des immeubles pour les organisations internationales (ci-après : FIPOI) exécuté entre 2009 et 2013 pour des travaux de cloisons et doublages, un marché pour le service immeubles, patrimoine et logistique (ci-après : SIPAL) du canton de Vaud exécuté en 2014 pour des travaux de plâtrerie et de peinture, un marché pour le SIPAL exécuté en 2010 pour des travaux de cloisons, doublages, peinture et protection incendie, ainsi qu'un marché pour ECA Assurances, lequel était en cours depuis 2016 et devait s'achever en 2017-2018 pour des travaux de plâtrerie (cloisons, doublages, gypserie). L'appelée en cause a quant à elle produit trois références, soit un marché pour la Clinique Générale Beaulieu exécuté entre mars 2014 et février 2015 pour des travaux de peinture façades métal, plâtrerie et peinture intérieure, un marché pour la communauté des propriétaires « Le Corbusier » exécuté entre septembre 2009 et juin 2011 pour des travaux de peinture façade métal et des travaux intérieurs de plâtre et peinture, ainsi qu'un marché pour un bâtiment sis à l'avenue de Sécheron, pour des travaux de peintures extérieurs et intérieurs, ainsi que de la plâtrerie. Il apparaît dès lors que l'appelée en cause a exécuté à plusieurs reprises des travaux de peintures extérieures sur façade métallique. La recourante n'a pour sa part présenté aucune

référence pour de tels travaux. D'autre part, les conditions particulières du dossier d'appel d'offres mentionnaient que les références indiquées dans l'offre seraient vérifiées par téléphone. En l'occurrence, le pouvoir adjudicateur a indiqué avoir procédé auxdites vérifications. Il en ressort que toutes les personnes interrogées concernant les marchés réalisés par l'appelée en cause étaient satisfaites de son travail, tandis qu'une de celles interrogées en lien avec les travaux de la recourante a indiqué avoir été très insatisfaite et a déconseillé à quiconque de lui confier des travaux. La recourante n'a pas contesté ni apporté des éléments qui permettraient de remettre en cause ces propos. Il apparaît dès lors que l'appelée en cause a fourni des références permettant de démontrer qu'elle était plus apte à réaliser à satisfaction l'entier des travaux projetés que la recourante, raison pour laquelle elle a obtenu une note supérieure. En aucun cas on ne peut ainsi reprocher au pouvoir adjudicateur d'avoir procédé à une évaluation arbitraire de ce critère. Concernant le critère « organisation », la recourante a obtenu la note de 3, et l'appelée en cause la note de 4,5. La simple lecture des dossiers de soumission met en évidence que l'appelée en cause a été plus précise que la recourante dans les données fournies au pouvoir adjudicateur pour ce critère. En effet, la recourante n'a pas répondu à plusieurs questions relatives à l'organisation de l'entreprise, à savoir l'effectif global de celle-ci ainsi que les effectifs consacrés à l'exécution du marché. Par ailleurs, si elle a certes transmis des organigrammes mentionnant le nom des différents administrateurs et responsables de l'entreprise, ainsi qu'un organigramme fonctionnel, ceux-ci ne permettent pas de déterminer les effectifs et l'organisation consacrés au marché en question. À l'inverse, l'appelée en cause a précisé qu'elle comptait vingt-quatre employés et a fourni un organigramme structurel listant précisément l'effectif global de l'entreprise, ainsi que des organigrammes en lien avec le marché en question mentionnant l'effectif prévu pour chacune des trois phases du chantier. Dès lors, il ne peut être reproché à la ville d'avoir accordé une meilleure note à l'appelée en cause. Au vu de ce qui précède, l'évaluation des offres faite par l'autorité adjudicatrice n'est constitutive d'aucun excès ou abus de son pouvoir d'appréciation, pas plus qu'elle n'est arbitraire. 5) Le recourante reproche également à l'autorité intimée de ne pas lui avoir attribué le marché alors qu'elle avait pourtant fait l'offre la moins chère. En l'occurrence, le prix ne constituait pas le critère principal pris en compte pour l'évaluation de l'offre puisqu'il représentait le 30 % de l'évaluation finale, tandis que les références et la qualité représentaient 45 % de l'évaluation finale. Il ne s'agissait ainsi que d'un critère parmi d'autres, de sorte que la différence de prix n'était pas à elle seule à même de garantir l'adjudication du marché à l'intéressée. Ayant fait l'offre la meilleur marché, la recourante a dûment obtenu la note maximale de 5. Pour le surplus, elle n'émet aucun grief à l'encontre du calcul effectué par le pouvoir adjudicateur fixant la note de l'appelée en cause, pour ce même critère, à 3,93. Infondé, ce grief sera par conséquent écarté. 6) Dans ces circonstances, la décision d'adjudication de la ville est conforme au droit et le recours de Grillo & Fils sera rejeté. 7) Vu l'issue du recours, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à l'intimée, qui est dotée d'un service juridique, ni à Matamoros, qui y a effectivement conclu mais qui n'a pas été assistée d'un mandataire professionnel et ne prouve pas avoir assumé des dépenses particulières pour la défense de ses intérêts (art. 87 al. 2 LPA ; ATF 129 II 297 consid. 5 ; ATA/392/2014 du 27 mai 2014 consid. 3g). * * * * *