

GE_GERICHTE A/2882/2019 vom 7. Juli 2020

GE Cour de justice, 2020-07-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2882_2019

FR: GE_GERICHTE A/2882/2019 du 7 juillet 2020

IT: GE_GERICHTE A/2882/2019 del 7 luglio 2020

Erwägungen

E. 1

Caractère économique de l'offre Évaluation selon la méthode au carré 35 %

E. 2

Références et expériences du candidat 35 %

E. 3

Dans ses dernières écritures encore, la recourante a réitéré sa demande d'avoir un accès intégral aux pièces liées à l'offre de l'adjudicataire, et sollicite l'audition des parties, dont MM. BISSON et GUARSCO, ayant participé à la procédure d'adjudication pour le compte des HUG, ce qui est également une demande de l'intimée. a. Selon la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral et reprise par la chambre de céans (ATA/1140/2018 du 30 octobre 2018 consid. 2a et les références citées), 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), repris par l'art. 41 LPA, 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 (arrêts du Tribunal fédéral 2C_545/2014 du 9 janvier 2015 consid. 3.1 ; 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 138 I 154 consid. 2.3.3 ; 138 V 125 consid. 2.1 ; 137 II 266 consid. 3.2). L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1). b. Le juge délégué, par décision du 4 octobre 2019, au terme d'une instruction concernant l'accès au dossier et la confidentialité des éléments y figurant, a décidé de ne communiquer à la recourante, lorsque cette décision serait définitive et exécutoire, que le nombre d'heures total prévu par la société adjudicataire pour les quatre phases de la mission, ce qu'il a fait le 31 octobre suivant en lui indiquant que cette offre prévoyait un total de 694 heures pour effectuer les prestations de ses spécialistes sécurité - hygiène - chantier. La recourante a par la suite eu, sur ce critère précis du nombre d'heures nécessaires pour effectuer la mission, l'occasion de s'exprimer, tant dans sa réplique sur effet suspensif du 15 novembre 2019 que dans sa réplique sur le fond du 2 mars 2020. Elle l'a fait de manière détaillée. C'est dire qu'elle a été mise en possession des éléments nécessaires et suffisants pour comprendre les critères retenus par l'adjudicateur pour retenir l'offre litigieuse et s'exprimer sur ce point. La chambre administrative rejette en conséquence sa demande d'accès aux écritures non caviardées et aux pièces concernant l'offre de l'adjudicataire. c. On ignore sur quels points la

recourante souhaite que M. DUBOULOZ s'exprime dans la mesure où son point de vue ressort largement des écritures d'Ecoservices. Il en est de même d'une audition des représentants des HUG, MM. BISSON et GUARISCO, dont la position est, de manière détaillée, connue de toutes les parties à la présente procédure aux termes des diverses écritures produites. Quoi qu'il en soit, les griefs pertinents portent sur des questions d'ordre essentiellement technique, à savoir le nombre d'heures nécessaires pour mener à bien la mission objet de l'appel d'offres. Les parties ont pu exprimer leur position de manière approfondie dans leurs écritures sur ce point précis, et le dossier apparaît suffisamment complet pour être tranché au fond sans mesures d'instruction complémentaires. La comparution des parties ne serait donc pas de nature à apporter d'éléments de faits pertinents nouveaux. Il n'y a donc pas lieu de procéder aux mesures d'instruction sollicitées par la recourante et les HUG.

E. 4

Le litige porte sur la conformité au droit de la décision d'adjudication du 5 août 2019. a. L'AIMP poursuit plusieurs objectifs, soit assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. a AIMP), garantir l'égalité de traitement entre ceux-ci et assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 3 let. b AIMP), assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) et permettre l'utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés dans toutes les phases de la procédure (art. 16 al. 2 RMP). Comme la chambre administrative l'a rappelé à plusieurs reprises, le droit des marchés publics est formaliste. L'autorité adjudicatrice doit procéder à l'examen de la recevabilité des offres et à leur évaluation dans le respect de ce formalisme (ATA/1815/2019 précité consid. 3b ; ATA/794/2018 du 7 août 2018 consid. 3b et les références citées), qui permet de protéger notamment le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires. Ces principes imposent ainsi de n'apprécier les offres que sur la base du dossier remis, un soumissionnaire n'étant pas habilité à modifier la présentation de son offre, à y apporter des compléments ou à transmettre de nouveaux documents après l'échéance du délai (ATA/914/2018 du 11 septembre 2018 consid. 6a ; ATA/150/2018 du 20 février 2018 consid. 3b et les références citées), ce qui découle de l'art. 11 let. c AIMP qui proscrit les négociations entre l'entité adjudicatrice et les soumissionnaires (ATA/616/2018 du 18 juin 2018 consid. 3d). Lors de l'examen des offres, l'autorité adjudicatrice examine la conformité des offres au cahier des charges et contrôle leur chiffrage (art. 39 al. 1 RMP). Les erreurs évidentes, telles que les erreurs de calcul et d'écriture, sont corrigées (art. 39 al. 2 1^{ère} phr. RMP). Selon l'art. 40 RMP, elle peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre (al. 1). Les explications sont en principe fournies par écrit (al. 2). En présence d'une offre anormalement basse, l'autorité adjudicatrice doit demander au soumissionnaire de justifier ses prix, selon la forme prévue à l'art. 40 al. 2 RMP (art. 41 RMP). L'art. 42 RMP a trait à l'exclusion de la procédure. Ainsi, l'offre est écartée d'office notamment lorsque le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non-conforme aux exigences ou au cahier des charges (al. 1 let. a) ou n'a pas justifié les prix d'une offre anormalement basse, conformément à l'art. 41 RMP (al. 1 let. e). Les offres écartées ne sont pas évaluées. L'autorité adjudicatrice rend une décision d'exclusion motivée, notifiée par courrier à l'intéressé, avec mention des voies de recours (al. 3). b. L'interdiction du formalisme excessif, tirée de la garantie à un traitement équitable des administrés énoncée à l'art. 29 Cst., interdit d'exclure une offre présentant une informalité de peu de gravité. C'est dans ce

sens que des erreurs évidentes de calcul et d'écriture peuvent être rectifiées (art. 39 al. 2 1^{ère} phr. RMP) et que des explications peuvent être demandées aux soumissionnaires relatives à leurs aptitudes et à leurs offres (art. 40 et 41 RMP). c. Le principe de la transparence applicable au droit des marchés publics exige tout d'abord que le pouvoir adjudicateur fasse connaître les principales étapes de la procédure et leur contenu et qu'il indique à l'avance aux soumissionnaires potentiels tous les éléments minimaux et utiles leur permettant de déposer une offre valable et correspondant pleinement aux conditions posées (ATF 125 II 86 consid. 7c). Il est essentiel que l'autorité adjudicatrice décrive soigneusement l'objet du marché et les conditions qui lui sont applicables ; cela suppose qu'elle ait procédé à une définition précise de ses besoins. En présence d'un descriptif imprécis, la faculté des entreprises de poser des questions au pouvoir adjudicateur ne constituera en règle générale pas un correctif suffisant (arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud GE.2003.0064 du 29 août 2003 consid. 3a ; Peter GALLI/André MOSER/Elisabeth LANG/Marc STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^{ème} éd., 2013, p. 175 ss). d. Le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires impliquent de ne procéder à ce type de questionnement que de manière restrictive, et seulement lorsque l'offre est, au demeurant, conforme aux conditions de l'appel d'offres. À cet égard, même les auteurs qui préconisent une certaine souplesse dans le traitement des informalités admettent que l'autorité adjudicatrice dispose d'un certain pouvoir d'appréciation quant au degré de sévérité dont elle désire faire preuve dans le traitement des offres, pour autant qu'elle applique la même rigueur, respectivement la même flexibilité, à l'égard des différents soumissionnaires (ATA/149/2018 du 20 février 2018 consid. 6 et les références citées). L'appréciation de la chambre administrative ne peut se substituer à celle de l'autorité adjudicatrice, seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation devant 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).

E. 5

La recourante reproche à l'adjudicatrice du marché de ne pas avoir procédé à son audition, alors que la société adjudicataire a été reçue le 22 juillet 2020. a. Comme déjà relevé par la chambre administrative dans sa décision du 12 décembre 2019 sur effet suspensif, l'appel d'offres précisait d'une part, s'il y avait matière, la date prévue pour l'audition des candidats, à savoir le 22 juillet 2019 et d'autre part que l'autorité adjudicatrice se réservait la possibilité d'entendre uniquement les candidats les mieux placés. Elle a invité la recourante à participer à une telle séance, à la date prévue dans l'appel d'offres et a fini par y renoncer lorsque, au terme des auditions auxquelles elle avait procédé, elle s'est rendue compte en tout état que l'offre de la recourante ne serait pas retenue. Cette manière de faire était en tous points conformes à ce qui était d'emblée indiqué dans son appel d'offres. Il y était également indiqué que l'adjudication était fixée au 26 juillet 2019. Il ne saurait dès lors être fait grief à l'autorité adjudicatrice de ne pas avoir attendu le retour de vacances du directeur d'Ecoservices le 29 juillet 2019 ce d'autant plus que sur la base de l'offre déposée, elle a considéré qu'il n'y avait pas matière à une audition dans la mesure où la recourante ne faisait pas partie des candidats les mieux placés. Le grief d'une violation de son droit d'être entendu dans le cadre de l'adjudication du marché litigieux doit dès lors être rejeté.

E. 6

La recourante soutient que l'offre retenue serait anormalement basse s'agissant du nombre total d'heures pour accomplir la mission, de sorte qu'elle devait être écartée. a. En présence d'une offre qui serait anormalement basse, l'autorité adjudicatrice a l'obligation, selon l'art. 41 RMP, de demander des renseignements complémentaires au soumissionnaire concerné (arrêt du Tribunal fédéral 2D_44/2009 du 30 novembre 2009 consid. 4 ; ATA/633/2008 du 16 décembre 2008 consid. 4), et cela dans la forme prévue à l'art. 40 al. 2 RMP, soit en principe par écrit, et s'ils sont recueillis au cours d'une audition, en établissant un procès-verbal signé par les personnes présentes. C'est seulement si le soumissionnaire n'a pas justifié les prix d'une telle offre, conformément à l'art. 41 RMP, que son offre doit être écartée d'office et qu'elle ne participe pas à la phase d'évaluation des offres (art. 42 al. 1 let. e RMP). Une offre particulièrement favorable, le cas échéant même si elle est inférieure au prix de revient, n'est pas impérativement à exclure si les renseignements fournis par le soumissionnaire permettent de conclure qu'il est capable d'exécuter à satisfaction les travaux mis en soumission et qu'il remplit les critères d'aptitude et les conditions légales réglementant l'accès à la procédure (ATF 141 II 353 consid. 8.3.2 ; 130 I 241 consid. 7.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_876/2014 du 4 septembre 2015 consid. 8.3.2, 2D_44/2009 précité, consid. 3.2.1 ; 2P_70/2006 et 2P_71/2006 du 23 février 2007 consid. 4.3 ; Etienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 195 n. 313 ; Peter GALLI /André MOSER/Elisabeth LANG/Marc STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht, 2013, p. 517). Si le prix proposé apparaît trop bas, en particulier parce qu'il s'écarte de plus de 30 % de la moyenne des offres rentrées ou du prix « juste » déterminé à l'avance par le pouvoir adjudicateur, le soumissionnaire doit être formellement interpellé pour s'expliquer et justifier le prix avantageux qu'il offre ; dans l'hypothèse où les renseignements obtenus de sa part ne seront pas convaincants et laissent apparaître un risque d'insolvabilité, leur offre pourra être écartée (Bertrand REICH, le prix, in Aktuelles Vergaberecht 2016 / Marchés publics 2016, n. 61 p. 440). L'élément essentiel pour fonder la décision est la capacité du soumissionnaire à exécuter l'offre dans le respect de l'appel d'offres et des exigences légales, et non pas la couverture de ses frais (arrêt ADM 119/2012 de la Cour administrative du canton du Jura du 21 novembre 2013, cité par DC/BR 2014 p. 204). Lors de l'examen des offres, l'autorité adjudicatrice examine la conformité des offres au cahier des charges et contrôle leur chiffrage (art. 39 al. 1 RMP). Les erreurs évidentes, telles que les erreurs de calcul et d'écriture, sont corrigées (art. 39 al. 2 1^{ère} phr. RMP ; ATA/1229/2019 du 13 août 2019 consid.4). b. Sans que cela ne soit contesté par la recourante, qui au contraire en fait le reproche à l'autorité adjudicatrice, cette dernière a entendu la société dont l'offre a été retenue afin de s'assurer qu'elle n'était pas anormalement basse et cela même si les critères objectifs permettaient de penser prima facie que les critères d'une telle offre pouvaient ne pas être remplis. Les informations qu'elle a reçues dans ce cadre lui ont permis de lever les éventuels doutes et de considérer l'offre retenue comme étant fiable. Autrement dit, l'autorité adjudicatrice a pu s'assurer, à partir des renseignements fournis par la société soumissionnaire qu'elle était capable d'exécuter à satisfaction les travaux mis en soumission et remplissait les critères d'aptitude et les conditions légales réglementant l'accès à la procédure. Ce faisant les HUG ont strictement respecté les règles exigées par la jurisprudence et la législation dans une telle situation. c. La recourante soutient que 1'000 heures sont au minimum nécessaires pour exécuter le marché litigieux de sorte que les 694 heures annoncées par la société adjudicataire sont largement insuffisantes pour le faire correctement. Il ressort à cet égard de la procédure que l'autorité adjudicatrice, notamment par les auditions auxquelles elle a procédé, s'est assurée que la société adjudicataire était en

mesure de remplir la mission de « spécialiste sécurité/hygiène chantier » dans le cadre de la construction de la MEA dans la durée de 694 heures annoncée. Certes, la recourante donne le détail des heures qu'elle considère nécessaires pour une correcte exécution du mandat en cause, en termes de contrôle du chantier et de présence aux séances de chantier, respectivement de rédaction des procès-verbaux et leur ventilation aux divers intervenants concernés. Il s'agit toutefois là de sa seule appréciation qu'elle substitue à celle de l'autorité adjudicatrice qui, notamment sur ce point, a pris, comme déjà relevé, toutes les précautions et mesures nécessaires. Il sera par ailleurs relevé que la recourante estime que huit cent nonante-quatre heures sont indispensables en phase 2 alors même qu'elle en a chiffré sept cent nonante-deux dans son offre. De même, la rédaction du rapport final de 5 à 10 pages ne pourrait être effectué en moins de vingt heures. Ainsi, en cas de rapport « long », deux heures de rédaction par page serait nécessaire de son point de vue. Elle est ainsi en mesure de dire qu'elle considère qu'un contrôle de chantier ne doit pas durer une heure au minimum mais peut être réalisé en un temps significativement plus faible, respectivement qu'il n'est aucunement besoin d'assister à l'intégralité des séances de chantier. Enfin, comme les HUG le relèvent, l'offre acceptée engage la société adjudicataire qui est désormais tenue d'exécuter le mandat confié en livrant une prestation de qualité dans les temps et au prix indiqué dans sa soumission, formalisée dans les contrats désormais signés. Enfin, il convient d'apprécier avec retenue les propos de M. DUBOULOZ et de les replacer dans leur contexte, soit une conversation téléphonique - source notoire d'erreurs et d'incompréhension - alors que le candidat vient d'être évincé, les propos qu'il a attribués à M. BISSON et contestés par les HUG, selon lesquels la société adjudicataire aurait été choisie dans la mesure où elle aurait, sur le chantier de la MEA, le mandat incendie et confierait partie des tâches objet du présent marché à des employés en poste pour cet autre mandat, d'où une économie d'échelle. Cet argument tombe en tout état à faux dans la mesure où il pourrait également valoir pour la recourante, au bénéfice du mandat environnement sur ce même chantier de la MEA. Ainsi le grief de la recourante selon laquelle la société adjudicataire n'aurait pas justifié les prix de son offre conformément à l'art. 42 al. 1 let. e RMP doit être rejeté.

E. 7

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours, la décision d'adjudication étant conforme au droit.

E. 8

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Il ne lui sera pas alloué d'indemnité de procédure ni à l'autorité intimée, qui agit par son propre service juridique (art. 87 al. 2 LPA ; ATA/492/2018 du 22 mai 2018 consid. 18). La société adjudicataire a conclu à l'octroi d'une indemnité équitable à titre de participation à ses honoraires d'avocat. Dite indemnité sera arrêtée à CHF 1'500.-, à la charge de la recourante (art. 87 al. 2 LPA). * * * * *

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