

GE_GERICHTE A/457/2020 vom 9. Februar 2021

GE Cour de justice, 2021-02-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_457_2020

FR: GE_GERICHTE A/457/2020 du 9 février 2021

IT: GE_GERICHTE A/457/2020 del 9 febbraio 2021

Regeste

MARCHÉS PUBLICS;CONDITION DE RECEVABILITÉ;INTÉRÊT ACTUEL;MOTIVATION DE LA DEMANDE;APPEL D'OFFRES(MARCHÉS PUBLICS);CAHIER DES CHARGES;PROCÉDURE D'ADJUDICATION;SOUSSIONNAIRE;PRIX;POUVOIR D'APPRÉCIATION | Rejet du recours formé par un soumissionnaire qui n'a pas été retenu (arrivé en 2ème position), lequel reproche au pouvoir adjudicateur d'avoir retenu la variante proposée par l'adjudicataire, alors que cette possibilité était expressément prévue par le cahier des charges. La recourante ne prouve pas ni n'allègue que son offre aurait été mal évaluée. | LPA.60.al1.leta; AIMP.18.al2; L-AIMP.3.al3; LPA.65.al1; RMP.7A.al1; RMP.12; RMP.24; RMP.43; RMP.27.al1; RMP.28.al1; RMP.28.al2; RMP.39.al2.par1ère phr; RMP.40; RMP.40.al2; RMP.41; RMP.42; Cst.29

Erwägungen

E. 22

septembre 2020 consid. 2a). En matière de marchés publics, l'intérêt actuel du soumissionnaire évincé est évident tant que le contrat n'est pas encore conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, car le recours lui permet d'obtenir la correction de la violation commise et la reprise du processus de passation. Mais il y a lieu d'admettre qu'un soumissionnaire évincé a aussi un intérêt actuel au recours lorsque le contrat est déjà conclu avec l'adjudicataire, voire exécuté, car il doit pouvoir obtenir une constatation d'illicéité de la décision pour pouvoir agir en dommages-intérêts (art. 18 al. 2 AIMP ; art. 3 al. 3 L-AIMP ; ATF 137 II 313 consid. 1.2.2 ; ATA/927/2020 précité consid. 2a). Le recourant qui conteste une décision d'adjudication et 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 (arrêt du Tribunal fédéral 2P.307/2005 du 24 mai 2006 consid. 2 ; ATA/970/2019 du 4 juin 2019 consid. 2b). b. En l'espèce, dans son mémoire de réponse du 22 mai 2020, l'autorité adjudicatrice a indiqué qu'elle avait passé commande auprès du soumissionnaire retenu, soit Cimasa. Ainsi, en tant que soumissionnaire évincé arrivé au deuxième rang, la recourante, conserve un intérêt juridique à recourir contre la décision d'adjudication, son recours étant à même d'ouvrir son droit à une éventuelle indemnisation (ATF 125 II 86 consid. 5b ; ATA/970/2019 précité consid. 2c), quand bien même celle-ci n'y a pas explicitement conclu. La recourante a donc la qualité pour recourir contre la décision litigieuse. Par conséquent, le recours est recevable sous cet angle. 3) Les HUG considèrent que le recours devrait être déclaré irrecevable, faute de conclusions et de motivation suffisante. a. Selon l'art. 65 al. 1 LPA, l'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions de la personne recourante. En outre, il doit contenir l'exposé des motifs ainsi que l'indication

des moyens de preuve. Les pièces dont dispose la personne recourante doivent être jointes. À défaut, un bref délai pour satisfaire à ces exigences est fixé à la personne recourante, sous peine d'irrecevabilité (art. 65 al. 2 LPA).

b. Compte tenu du caractère peu formaliste de cette disposition, il convient de ne pas se montrer trop strict sur la manière dont sont formulées les conclusions de la personne recourante. Le fait que ces dernières ne ressortent pas expressément de l'acte de recours n'est pas en soi un motif d'irrecevabilité, pourvu que le tribunal et la partie adverse puissent comprendre avec certitude les fins de la personne recourante. Une requête en annulation d'une décision doit par exemple être déclarée recevable dans la mesure où la personne recourante a de manière suffisante manifesté son désaccord avec la décision, ainsi que sa volonté qu'elle ne développe pas d'effets juridiques (ATA/721/2020 du 4 août 2020 consid. 2b).

c. En l'occurrence, le recours ne contient pas de conclusions formelles en annulation de la décision des HUG du 28 janvier 2020. On comprend toutefois de l'acte de recours que la recourante, qui demande à ce qu'il soit revenu sur la décision ne retenant pas son offre, souhaite donc son annulation. Il est par ailleurs vrai que l'acte de recours, rédigé sans l'aide d'un mandataire, est également très sommaire quant à sa motivation, ce qui a d'ailleurs amené la chambre de céans à demander à la recourante de préciser dans quel contexte se situaient les trois éléments qu'elle faisait valoir. On comprend toutefois de celui-ci que la recourante conteste l'adjudication du marché à Cimasa au motif que les plaques visées dans l'offre (variante) de cette dernière ne respecteraient pas le cahier des charges à trois égards, à savoir leur épaisseur (1,5 mm au lieu des 2 mm demandés), leur propriété bactéricide et leur résistance au feu. Le recours est ainsi recevable à tous points de vue.

4) La recourante conteste l'adjudication du marché à Cimasa au motif que les plaques visées dans la variante retenue ne seraient pas conformes aux critères prévus dans l'appel d'offres.

5) a. L'autorité adjudicatrice définit, de manière formelle et transparente, les limites du marché qu'elle entend adjudger en utilisant des critères ou indices tels que le périmètre, la durée, la portée transversale de l'adjudication ou les motifs organisationnels qui justifient son choix (art. 7A al. 1 RMP).

b. 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). Ainsi, en vertu de l'art. 43 RMP, l'évaluation est faite selon les critères prédéfinis conformément à l'art. 24 RMP et énumérés dans l'avis d'appel d'offres et/ou les documents d'appel d'offres (al. 1) ; le résultat de l'évaluation des offres fait l'objet d'un tableau comparatif (al. 2) ; 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 ; outre le prix, les critères suivants peuvent notamment être pris en considération : la qualité, les délais, l'adéquation aux besoins, le service après-vente, l'esthétique, l'organisation, le respect de l'environnement (al. 3) ; l'adjudication de biens largement standardisés peut intervenir selon le critère du prix le plus bas (al. 4).

c. Selon l'art. 27 al. 1 RMP, l'appel d'offres émis par l'autorité adjudicatrice doit contenir toutes les informations nécessaires à l'établissement de l'offre, notamment l'objet et l'importance du marché avec un descriptif détaillé des prestations attendues et/ou des spécifications techniques (cahier des charges ; let. a), la liste des pièces et documents à joindre à l'offre (let. e) ainsi que la liste des critères d'aptitude et/ou les critères d'adjudication, énoncés par ordre d'importance (let. f). Par ailleurs, aux termes de l'art. 28 al. 1 RMP, les spécifications techniques prescrites dans les documents d'appel d'offres sont définies en fonction des propriétés d'emploi du produit, plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives (let. a) et fondées sur des normes internationales et, à

défaut, sur des normes suisses (let. b). L'art. 28 al. 2 RMP précise qu'il ne doit pas être mentionné de marques de fabrique ou de commerce, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origine ou de fabrication de produits ou de prestataires de services déterminés, à l'exception des cas où aucun autre moyen de description suffisamment précis ou intelligible n'existe (let. a) et des termes tels que « ou équivalent » figurent dans les documents d'appel d'offres (let. b). 6) 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/850/2020 du 1^{er} septembre 2020 consid. 5a ; ATA/1815/2019 du 17 décembre 2019 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. 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). b. L'interdiction du formalisme excessif, tirée de la garantie à un traitement équitable des administrés énoncée à l'art. 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), 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). 7) En matière d'évaluation des offres, la jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6 ; arrêt du

Tribunal fédéral 2D_35/2017 du 5 avril 2018 consid. 5.1 ; ATA/1685/2019 du 19 novembre 2019 consid. 8b et les références citées), y compris s'agissant de la méthode de notation (ATA/676/2020 du 21 juillet 2020 consid. 4b et les références citées). Le juge doit veiller à ne pas s'immiscer de façon indue dans la liberté de décision de l'autorité chargée de l'adjudication (arrêt du Tribunal fédéral 2D_35/2017 précité consid. 5.1). L'appréciation de la chambre administrative ne saurait donc se substituer à celle de ladite autorité. Seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation doit être sanctionné (ATF 130 I 241 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_35/2017 précité consid. 5.1 ; ATA/1685/2019 du 19 novembre 2019 consid. 8b et les références citées). 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 (décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 29 juin 1998, publiée in JAAC 1999, p. 136, consid. 3a ; ATA/1389/2019 du 17 septembre 2019 consid. 5). Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites de son pouvoir d'appréciation, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et qui sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables ou viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire, l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi ou le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 consid. 5.1 ; 123 V 150 consid. 2 et les références citées ; ATA/927/2020 précité consid. 4b). 8) Il ressort des pièces au dossier que l'appel d'offres prévoyait la possibilité pour les soumissionnaires de présenter, en sus de leur offre de base, une variante de qualité équivalente à condition qu'elle réponde aux mêmes caractéristiques techniques et esthétiques que le modèle de référence. Le point 2.4.1 des « clauses administratives » de l'appel d'offres précisait qu'une variante de l'offre ne pouvait être prise en considération qu'à la condition qu'une offre de base ait été déposée conformément aux exigences du cahier des charges. La variante devait respecter les exigences essentielles du cahier des charges et les directives techniques des HUG. Elle devait être présentée séparément, en même temps que la soumission et clairement distinguée de l'offre de base. L'adjudicataire a déposé deux offres distinctes : l'offre de base ainsi qu'une variante. La recourante ne prétend pas que l'offre de base de Cimasa ne serait pas conforme aux exigences techniques du cahier des charges. Il ressort des pièces au dossier, et notamment de ladite offre, que les plaques proposées dans l'offre de base mesuraient 2 mm, étaient conformes à la classification de résistance au feu « Bs2, d0 », ainsi qu'à un indice d'incendie de « 5,3 ». Dès lors, le pouvoir adjudicateur pouvait prendre en considération la variante proposée. En substance, la seule différence dans la variante outre son prix inférieur est l'utilisation de plaques de 1,5 mm (au lieu de 2 mm prévu par le cahier de soumission) et le fait que lesdites plaques respectent de surcroît la directive de protection incendie AEAI 14-15fr. À teneur des attestations figurant au dossier, ces plaques de 1,5 mm sont bien conformes à la classification de résistance au feu « Bs2, d0 », ainsi qu'à un indice d'incendie de « 5,3 », et ont des propriétés bactéricides. Il apparaît dès lors que les conditions relatives à l'acceptation d'une variante, et en particulier le fait qu'elle soit conforme aux exigences essentielles du cahier des charges, sont remplies. Compte tenu du large pouvoir d'appréciation qui est le sien, le pouvoir adjudicateur pouvait dès lors choisir de retenir la variante, laquelle représentait également l'offre économiquement la plus avantageuse. Pour le surplus, la recourante ne prouve pas ni n'allègue que son offre aurait été mal évaluée. À toutes fins utiles, il sera relevé que celle-ci n'a remis dans son offre aucune information sur son organisation ou son effectif en lien avec le critère 2 (organisation) et n'a indiqué aucune référence pour le critère 3 (références), alors que ces

informations étaient spécifiquement demandées à teneur des documents de l'appel d'offres. Elle n'a dès lors obtenu aucun point pour ces deux critères, ce qui justifie l'important écart de points entre la recourante et le soumissionnaire retenu. Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours, la décision d'adjudication étant conforme au droit. 9) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée aux intimés, qui disposent d'un service juridique apte à traiter les procédures de marchés publics (art. 87 al. 2 LPA ; ATA/695/2015 du 30 juin 2015 consid. 10), ni à la société adjudicataire, laquelle n'a produit aucune écriture dans la présente procédure et n'a donc pas conclu à l'octroi d'une telle indemnité de procédure (art. 87 al. 2 LPA). * * * * *

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