

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2439/2018-MARPU

ATA/883/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 4 septembre 2018

sur effet suspensif

dans la cause

AGENCEMENTS TECHNIQUES MODERNES ATM SA
représentée par Me Simon Othenin-Girard, avocat

contre

CENTRALE COMMUNE D'ACHATS

et

LINÉA-BUREAU SA
représentée par Me François Hay, avocat

Attendu, en fait, que :

- 1) Le 10 avril 2018, la centrale commune d'achats (ci-après : CCA) a fait paraître dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) et sur la plateforme internet simap (www.simap.ch) un appel d'offres en procédure ouverte, soumis aux accords internationaux et portant sur un marché de fournitures.

Le marché s'intitulait « Appel d'offres public pour l'acquisition de mobilier scolaire (chaises, pupitres, tables, etc) ». Le marché était divisé en six lots. Les offres étaient possibles pour tous les lots.

Sous « critères d'adjudication », le dossier d'appel d'offres indiquait :

« Le marché sera adjugé au soumissionnaire ayant présenté des offres économiquement les plus avantageuses au regard des critères suivants, énoncés dans l'ordre d'importance décroissant :

1. qualité du mobilier proposé (solidité et durabilité, fonctionnalité, caractéristiques écologiques, questionnaire écologique, garantie et service après vente, etc.) ;
2. prix ;
3. qualité de l'entreprise, soit :
 - a) contribution à la composante sociale du développement durable (annexe 6)
 - b) contribution à la composante environnementale du développement durable (annexe 7) ».

À l'issue de la procédure d'adjudication, le ou les adjudicataires qui se verraient attribuer un ou plusieurs lots concluraient un contrat pour une durée de trois ans. Le début des prestations était prévu pour le 1^{er} août 2018.

Un délai était prévu pour d'éventuelles questions.

- 2) Agencement techniques modernes ATM SA (ci-après : ATM) a déposé une offre dans le délai utile.
- 3) Par courrier du 28 juin 2018, la CCA a informé ATM que les lots 1 et 3 lui étaient attribués.

Son offre pour le lot 2 avait été écartée.

Le lot n° 5 était attribué à Linéa-Bureau SA. ATM était placée deuxième sur deux offres valables. Elle était classée deuxième pour le critère 1 (qualité) et première pour les critères 2 (prix) et 3 (qualité de l'entreprise).

- 4) Par courrier recommandé du 10 juillet 2018, à la demande de ATM, le pouvoir adjudicateur a indiqué que les critères d'adjudication étaient énoncés dans l'ordre décroissant et que le premier critère était « nettement plus important que les deux autres critères réunis », « raison pour laquelle ATM pouvait être au premier rang pour les critères 2 et 3 sans pour autant remporter le marché ».
- 5) Par acte du 12 juillet 2018, ATM a interjeté recours devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre l'adjudication du lot n° 5 à Linéa-Bureau SA.

Elle a conclu à l'annulation de la décision litigieuse et à ce que le marché lui soit adjugé. Préalablement, l'effet suspensif devait être accordé au recours et interdiction de conclure les contrats avec l'adjudicataire ou tout tiers devait être faite à l'intimée dans l'attente de la décision au fond.

Le principe de transparence avait été violé. Selon la jurisprudence, le pouvoir adjudicateur devait spécifier clairement l'importance relative qu'il entendait accorder à chacun des critères d'adjudication. Il aurait de même dû communiquer par avance aux soumissionnaires les sous-critères en indiquant leur pondération respective.

Le pouvoir adjudicateur avait abusé de son pouvoir d'appréciation. L'opacité des critères d'évaluation donnait l'apparence d'un manque d'impartialité et d'objectivité dans l'évaluation des offres. Ce sentiment était accru par la présentation, a posteriori et à la demande de la recourante, d'un tableau d'évaluation des notes, de surcroît sans aucune indication de celles attribuées à l'autre soumissionnaire. Le pouvoir adjudicateur avait abusé de son pouvoir d'appréciation.

- 6) La CCA a conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif au recours. Les méthodes d'évaluation des lots 1 et 3 étaient identiques à celle du lot 5. Elles n'avaient pas été contestées par la recourante.

Elle a produit l'entier du tableau d'évaluation, dont il ressortait les éléments suivants :

Lot 5 Tables 4 pieds, de laboratoire, à dessin et diverses	P*	ATM		LINÉA-BUREAU SA	
		Notes	Points	Notes	Points
1. Qualité du mobilier proposé		4,87	263,2	5,39	291,3
Solidité et durabilité	5	5,29		6,00	
Fonctionnalité	3	5,29		6,00	

Caractéristiques écologiques	2	2,67		2,67	
Garantie et service après-vente	1	6,00		6,00	
Total pondération	11				
Rang sur qualité		2		1	
2. Prix		CHF 3'961.16		CHF 3'962.40	
II. Note du prix		6,00	240,00	5,97	238,6
Rang sur le prix		1		2	
3. Qualité de l'entreprise		0,83	4,98	0,77	4,59
Contribution à la composante sociale du développement durable	1	1,00		1,00	
Contribution à la composante environnementale du développement durable		0,66		0,53	
Rang sur le développement durable		1		2	
Total			508,2		534,5
Rang total nombre de points			2		1

(P* : pondération)

- 7) Linéa-Bureau SA a conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif. Il appartenait à la recourante de se plaindre de l'appel d'offres et non de la décision d'adjudication.
- 8) Lors de sa réplique sur effet suspensif, ATM a persisté dans ses conclusions. Elle ne pouvait pas se rendre compte des vices affectant les documents d'appel d'offres au moment de leur publication, faute de pondération annoncée. Rien dans l'appel d'offres ne laissait entendre que ces sous-critères étaient mentionnés par ordre d'importance.
- 9) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant en droit que :

- 1) Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est *prima facie* recevable de ces points de vue, en application des art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), 3 al. 1 de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0) et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).
- 2) Aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, en vertu des art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP, 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.

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 chances 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 (ATA/446/2017 du 24 avril 2017 consid. 2 ; ATA/62/2017 du 23 janvier 2017 consid. 2 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, pp. 311-341, p. 317 n. 15).

- 3) a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP). Il 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, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, notamment let. a et b AIMP).
- b. 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 9 décembre 2014).

c. La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6), l'appréciation de la chambre administrative ne pouvant donc se substituer à celle de ce dernier, seul l'abus ou l'excès de pouvoir d'appréciation devant être sanctionné (ATF 130 I 241 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1).

- 4) En l'espèce, il ressort de la documentation relative à l'appel d'offres que le pouvoir adjudicateur a mentionné que les trois critères d'adjudication étaient cités dans l'ordre d'importance décroissante. Des précisions étaient données sur les critères d'évaluation, principalement sur le premier, à savoir que la qualité du mobilier proposé serait examinée par rapport à la solidité et durabilité, fonctionnalité, caractéristiques écologiques, questionnaire écologique, garantie et service après vente principalement. Ces sous-critères sont repris dans le tableau d'évaluation des offres. Le troisième critère a aussi fait l'objet, dans l'appel d'offres, de précisions. Outre que la communication de la pondération n'est pas imposée par le RMP, la recourante n'indique pas en quoi les pondérations utilisées, soit 54 % pour la qualité, 40 % pour le prix et 6 % pour la qualité de l'entreprise violeraient le droit des marchés publics.

L'argumentation de la recourante apparaît, *prima facie*, infondée.

De surcroît, c'est, de prime abord à tort, que la recourante soutient qu'elle ne pouvait pas se rendre compte des vices affectant les documents d'appel d'offres au moment de leur publication, faute de pondération annoncée. S'il est exact qu'aucune pondération n'était mentionnée dans les documents d'appel d'offres, la recourante aurait, *prima facie*, dû recourir contre celui-ci s'il ne lui semblait pas respecter la législation en vigueur. La question de sa forclusion et de la recevabilité de son recours devront être examinés au fond.

La recourante n'a pas non plus posé de questions dans le délai prévu à cet effet.

Enfin, la recourante s'est vu adjuger deux des six lots, sans se plaindre des critères d'adjudication, pourtant similaires.

En l'état, les chances de succès du recours n'apparaissent pas suffisantes pour que la restitution de l'effet suspensif, exception en matière de marchés publics, puisse être accordée. La requête sera rejetée.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer l'effet suspensif au recours ;

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 :

si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics ;

s'il soulève une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF ;

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 ;

- les décisions préjudicielles et incidentes notifiées séparément peuvent faire l'objet d'un recours si elles peuvent causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 93 LTF).

communique la présente décision, en copie, à Me Simon Othenin-Girard, avocat de la recourante, à la Centrale commune d'achats ainsi qu'à Me François Hay, avocat de Linéa-Bureau SA.

Au nom de la chambre administrative

Philippe Thélin
Juge

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :