

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/335/2018-MARPU

ATA/1019/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 2 octobre 2018

dans la cause

AM+P ALPS MANAGEMENT + PARTNERS SA

contre

**VILLE DE GENÈVE – DÉPARTEMENT DES CONSTRUCTIONS ET DE
L'AMÉNAGEMENT**

et

COMTE, BERTHELOT ET NETO SA, appelée en cause

EN FAIT

- 1) Le 17 octobre 2017, la Ville de Genève (ci-après : la ville) a publié un appel d'offres en procédure ouverte soumise aux accords internationaux concernant un mandat d'architecte visant à mettre en conformité les fenêtres de vingt bâtiments à vitrage simple du patrimoine financier de la ville, et à assainir lesdites fenêtres et autres embrasures situées en façade desdits immeubles.

Les critères d'adjudication étaient les suivants :

	Critères d'adjudication	Pondération
1.	Qualité économique globale de l'offre - prix - crédibilité du prix (heure, tarif...)	40 %
2.	Références du candidat	20 %
3.	Compréhension de la problématique	20 %
4.	Organisation du candidat	20 %
	Total	100 %

La valeur du marché hors taxes était évaluée à CHF 409'700.-.

- 2) Le 7 décembre 2017, la ville a procédé à l'ouverture des appels d'offres. Douze offres avaient été transmises, notamment celles de AM + P Alps Management + Partners SA (ci-après : AM+P) pour CHF 213'732.- et celle de Comte, Berthelot et Neto SA (ci-après : Comte) pour CHF 291'888.-.

L'offre d'AM+P était la meilleur marché.

L'offre la plus chère était de CHF 791'640.-.

- 3) Par décision du 19 janvier 2018, AM+P a été informée par la ville que le marché avait été adjugé au bureau Comte à Carouge pour un montant de CHF 291'888.36. Cette offre avait été jugée économiquement la plus avantageuse.

Le tableau comparatif des offres était joint et faisait partie intégrante de la décision. En résumé, il présentait les résultats suivants concernant les offres d'AM+P et du bureau Comte :

		AM+P alps management	bureau Comte, Berthelot et Neto SA s
Montant TTC de l'offre		213'732.-	291'888,36
Critère 1 (qualité économique)			
	note attribuée	3.5	2.68
	pondération du critère	40	40
	nombre de points	140	107.23
Critère 2 (références)			
	note attribuée	2.5	4.25
	pondération du critère	20	20
	nombre de points	50	85
Critère 3 (compréhension)			
	note attribuée	3.25	3.75
	pondération du critère	20	20
	nombre de points	65	75
Critère 4 (organisation)			
	note attribuée	3.0	4.50
	pondération du critère	20	20
	nombre de points	60	90
Total des points		315	357.23
Classement		6	1

Il ressortait de plus du tableau d'évaluation d'AM+P, aussi joint à la décision, que, s'agissant de la qualité économique de l'offre, la note 5 lui avait été attribuée avec un facteur de crédibilité de 0.7. Ce facteur de crédibilité était justifié par la mention « pas d'explication sur la réduction des valeurs N = 0.9 et R = 0.9 ni sur le rabais de 20 %, donc crédibilité minimale appliquée ».

S'agissant du critère « références », la note attribuée, soit 2.5, était expliquée par la remarque « pas en adéquation avec le projet ».

Aucune remarque n'était portée dans ce document au sujet des critères n^{os} 3 et 4.

- 4) Le 29 janvier 2018, AM+P a saisi la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours contre la décision précitée, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif, principalement à son annulation et à ce que le marché lui soit attribué, subsidiairement au renvoi de la cause à la ville pour nouvelle décision d'adjudication.

- a. La décision était arbitraire. La notation d'AM+P était incompréhensible.

Premièrement, concernant la qualité économique, AM+P s'était vu attribuer la note pondérée de 3.5 sous prétexte qu'il n'y avait pas d'explication sur la

réduction des valeurs $n = 0.9$ et $r = 0.9$ ni sur le rabais de 20 %, donc crédibilité minimale appliquée. Or, la ville n'avait pas explicitement stipulé aux candidats d'indiquer les motifs qui pouvaient les inciter à augmenter ou à diminuer les valeurs n et r différentes à 1, ainsi qu'à se justifier sur un éventuel rabais consenti. Pourtant, la ville avait le droit de poser des questions à un soumissionnaire dont le dossier possédait des informations douteuses ou imprécises.

Les réponses à la compréhension de la problématique proposées par AM+P avaient rempli les demandes de l'appel d'offre, de sorte qu'à tout le moins l'offre aurait dû bénéficier d'une note de 4 concernant ce critère.

Concernant l'organisation du candidat, AM+P s'était vu attribuer la note globale de 3. Or, les moyens et ressources prévus pour l'exécution du marché, ainsi que leur planification et leur disponibilité correspondaient aux exigences et contraintes du marché. AM+P aurait ainsi dû obtenir la note de 4, au minimum, le critère étant satisfait.

Enfin, relativement aux références du candidat, AM+P s'était chargée de mandats bien plus compliqués et onéreux que la mise en conformité de fenêtres. L'expérience d'AM+P ne pouvait dès lors être remise en cause par l'adjudicateur si ce n'était de manière totalement arbitraire et contraire à la bonne foi. Elle aurait dû obtenir au minimum la note moyenne de 3.

Ainsi, AM+P aurait obtenu les notes de 200 concernant la qualité économique, 60 concernant les références, 80 concernant la compréhension et 80 concernant l'organisation, soit un total de 420. Partant, le marché public aurait dû lui être octroyé.

b. Le cahier des charges violait le principe de la transparence. Ce dernier ne contenait aucune exigence d'explications et de justificatifs des réductions des valeurs n et r ou des rabais.

c. Le principe de non-discrimination empêchait l'adjudicateur de traiter de manière discriminatoire les différents concurrents au marché. En l'espèce, AM+P ne connaissait pas précisément les critères qui avaient été utilisés par la ville. Dans le cadre du critère de la qualité économique, aucune explication n'avait été transmise à AM+P concernant l'échelle de crédibilité appliquée. En effet, seules les remarques avaient été transmises, sans qu'il n'y ait d'autres indications.

- 5) Appelée en cause, Comte a conclu au rejet tant de la requête d'effet suspensif que du recours.
- 6) Le 14 février 2018, la ville a conclu au rejet de la requête d'effet suspensif.
- 7) Le 2 mars 2018, la ville a conclu à l'irrecevabilité du recours et, au fond, à son rejet.

a. Le recours devait être déclaré irrecevable. AM+P était classée sixième sur douze, avec plus de 40 points d'écart par rapport à l'adjudicataire. Elle était loin d'être première sur les trois critères des références, de la compréhension et de l'organisation. L'admission de ses griefs ne lui permettrait pas d'arriver première. Or, le soumissionnaire évincé devait démontrer, s'agissant de sa qualité pour recourir, que l'admission de ses griefs lui permettrait d'arriver premier.

b. Au fond, le recours était manifestement mal fondé.

AM+P ne démontrait pas que la notation effectuée par la ville constituerait un abus ou un excès de son pouvoir d'appréciation. La ville avait quant à elle expliqué de manière circonstanciée, dans sa détermination du 14 février, les éléments sur lesquels elle s'était fondée, éléments objectifs et pertinents. Elle avait par ailleurs noté les différents critères en fonction de ce qui était demandé dans le document d'appel d'offres pour chacun des critères, et en comparant les offres entre elles. Elle avait donc respecté aussi bien le principe de la transparence que celui de l'égalité de traitement.

Les valeurs n et r étaient définies dans le règlement SIA 102. La première traduisait le degré de complexité de la tâche de l'architecte et la seconde permettait de tenir compte de circonstances simplifiant ou rendant plus ardue la tâche de l'architecte. Le fait qu'elles aient été fixées par AM+P à 0.9 plutôt qu'à 1, liées au rabais accordé de 20 %, avait amené le comité d'évaluation à pondérer la crédibilité de l'offre avec un facteur de 0.7. Sept des douze offres reçues s'étaient vu attribuer un facteur de crédibilité inférieur à 1.

S'agissant du critère « compréhension du marché », AM+P avait repris certains éléments du texte du cahier des charges sans ajouter d'éléments de réflexion propre.

Quant à l'organisation du candidat, AM+P proposait de travailler avec trois collaborateurs-architectes, avec un taux respectif de 24 %, de 37 % et de 28 %, ainsi qu'une secrétaire avec un taux d'occupation de 13 %. Comte, en revanche, prévoyait un total de 130 % d'architectes, dont une personne affectée à 80 % à ce projet. Le taux d'une secrétaire semblait surévalué alors que le fractionnement du taux des architectes impliquait une scission des tâches, chacune des personnes ne disposant que de peu de temps pour exécuter le marché.

Enfin, aucune des références données ne concernait la rénovation d'immeubles d'habitation occupés ou le remplacement de vitrages simples par des doubles, ce qui justifiait la note donnée au critère « références ».

- 8) Par courrier du 5 mars 2018, le juge délégué a invité AM+P à formuler toute requête complémentaire ou à exercer son droit à la réplique jusqu'au 6 avril 2018, délai au terme duquel la cause serait gardée à juger.

- 9) Par décision du 26 mars 2018 (ATA/284/2018), la présidence de la chambre administrative a rejeté la requête d'effet suspensif au recours.
- 10) Le 5 avril 2018, AM+P a déposé une requête complémentaire et a maintenu ses conclusions. L'admission de ses griefs lui permettrait d'arriver le premier.
- 11) Par courrier du 12 avril 2018, la ville a informé la chambre administrative qu'elle avait conclu, en date du 11 avril 2018, le contrat objet du marché en cause avec l'adjudicataire, Comte.
- 12) Le 30 avril 2018, la ville a persisté dans ses conclusions.
- 13) Le 6 juin 2018, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Le marché offert est notamment soumis à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), à la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'AIMP du 9 août 1997 (L-AIMP - L 6 05.0) et au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01)
2. Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue (art. 15 al. 1, 1bis et 2 AIMP ; art. 3 al. 1 L-AIMP ; art. 55 et 56 al. 1 RMP ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05).
3. L'autorité intimée affirme que le recours serait irrecevable, la recourante n'ayant pas la qualité pour recourir.
 - a. La qualité pour recourir en matière de marchés publics se définit en fonction des critères de l'art. 60 al. 1 let. a et b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), applicable sur renvoi de l'art. 3 al. 4 L-AIMP. Elle appartient aux parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée, chacune de celles-ci devant néanmoins être touchée directement par la décision et avoir un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. 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/528/2016 du 21 juin 2016 et les références citées).
 - b. 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 (ATF 137 II 313 consid. 1.2.2 ; ATA/1056/2015 du 6 octobre 2015 et les références citées). 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/283/2016 du 5 avril 2016).

c. Pour le Tribunal fédéral, le soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue conserve le droit d'obtenir un jugement en constatation du caractère illicite de l'adjudication qui ouvre la voie de l'action en dommages-intérêts. Or, selon la jurisprudence, l'action en dommages-intérêts suppose que, sans la conclusion du contrat, la partie recourante ait eu une réelle chance d'obtenir l'adjudication, à défaut de quoi l'illégalité de la décision ne peut être la cause du dommage. Il faut distinguer à cet effet selon les conclusions et les griefs de la partie recourante : le soumissionnaire classé en quatrième position qui conteste l'adjudication ou réclame l'interruption de la procédure, mais discute seulement la qualification ou le classement du premier, est privé de la qualité pour recourir parce que ses conclusions ne pourraient être accueillies même si ses critiques étaient fondées et que l'adjudication reviendrait au soumissionnaire classé deuxième. En revanche, celui qui discute la qualification ou le classement de ses trois devanciers a qualité pour recourir. Il n'est cependant pas question d'accorder l'adjudication à une offre qui ne satisfait pas aux exigences de qualification, raison pour laquelle celui qui a présenté une pareille offre est d'emblée dépourvu d'un intérêt digne de protection à obtenir l'annulation d'adjudication, à moins qu'il ne réclame un nouvel appel d'offres après invalidation de l'ensemble de la procédure, ce qui lui ouvrirait la possibilité de présenter éventuellement une nouvelle offre (arrêt du Tribunal fédéral 2D_24/2017 du 14 mai 2018).

Le Tribunal fédéral a également eu l'occasion de préciser que cet intérêt existe notamment lorsque le soumissionnaire évincé avait été classé au deuxième rang derrière l'adjudicataire et qu'il aurait, en cas d'admission de son recours, disposé d'une réelle chance d'obtenir le marché (ATF 141 II 14 consid. 4.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2.2 ; 2D_39/2014 du 26 juillet 2014 consid. 1.1 ; 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 1.4.1). La jurisprudence a également admis cet intérêt par rapport au soumissionnaire qui, bien que classé en troisième position, était séparé du deuxième classé de quelques points seulement (arrêt du Tribunal fédéral 2D_50/2009 du 25 février 2010 consid. 4.1). A en revanche été nié l'intérêt juridique du soumissionnaire placé au quatrième rang qui exigeait l'exclusion du candidat retenu, dès lors que l'admission de sa conclusion n'aurait pas permis au recourant, en accédant au troisième rang, d'obtenir le marché à la place de l'adjudicataire (arrêt du Tribunal

fédéral 2D_74/2010 du 31 mai 2011 consid. 1.3), excepté si l'écart relatif tout comme absolu entre l'adjudicataire et le soumissionnaire évincé s'était révélé minime (arrêt du Tribunal fédéral 2D_49/2011 du 25 septembre 2012 consid. 1.3.2). Finalement, le Tribunal fédéral a nié l'intérêt juridique à recourir d'un soumissionnaire placé au cinquième rang sur six offres évaluées et qui n'avait jamais conclu à l'adjudication du marché public en sa faveur (arrêt du Tribunal fédéral 2C_203/2014 précité consid. 2.2 à 2.4).

d. En l'espèce, la recourante doit démontrer que sans la conclusion du contrat, elle avait des chances d'obtenir l'adjudication. Dans ce but, elle conteste les notes obtenues et se prévaut de la violation de plusieurs principes régissant la procédure en matière de marché public.

Classée au sixième rang sur douze offres évaluées, la recourante a obtenu 315 points contre 357.23 points pour le soumissionnaire classé au premier rang, soit un écart important de 42.23. En tenant compte également du nombre de soumissionnaires évincés positionnés avant elle, il n'apparaît pas que la recourante peut se prévaloir d'une chance raisonnable de se voir attribuer le marché.

Dans le cadre de son recours, la recourante se limite à une critique subjective des notes qui lui ont été attribuées. Elle ne saurait toutefois substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité adjudicatrice, sans démontrer que celle-ci aurait abusé ou excédé son pouvoir d'appréciation.

S'agissant des trois critères « références », « compréhension » et « organisation », l'écart des notes est important puisque la recourante a obtenu respectivement les notes de 2.5, 3.23 et 3 alors que l'adjudicataire s'est vu attribuer les notes de 4.25, 3.75 et 4.5. L'autorité adjudicatrice a justifié ces notes qui, par surabondance, n'apparaissent pas arbitraires.

Quant au critère de la qualité économique de l'offre, la recourante s'est en effet vu attribuer la note 5, avec un facteur de crédibilité de 0.7. L'autorité adjudicatrice a justifié dans sa décision ce facteur de crédibilité par la mention « pas d'explication sur la réduction des valeurs $N = 0.9$ et $R = 0.9$ ni sur le rabais de 20 %, donc crédibilité minimale appliquée ». Cette appréciation n'apparaît en tout état pas arbitraire, étant précisé que sept autres candidats se sont vu attribuer un facteur de crédibilité inférieur à 1.

Dans ces circonstances, la recourante ne peut se prévaloir d'un intérêt digne de protection à recourir contre la décision litigieuse. Elle n'a par conséquent pas la qualité pour recourir et son recours sera déclaré irrecevable.

4. Vu l'issue du litige et compte tenu de la décision sur effet suspensif, un émolument de CHF 1'300.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe

(art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare irrecevable le recours interjeté le 29 janvier 2018 par AM+P Alps Management + Partners SA contre la décision du 19 janvier 2018 prise par la Ville de Genève ;

met un émolument de CHF 1'300.- à la charge d'AM+P Alps Management + Partners SA ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité ;

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 ;

communique le présent arrêt à AM+P Alps Management + Partners SA, à la Ville de Genève, à Comte, Berthelot et Neto S.A, appelée en cause, ainsi qu'à la commission de la concurrence (COMCO).

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, M. Thélin, Mme Junod, MM. Pagan et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

F. Krauskopf

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :