

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3868/2015-MARPU

ATA/71/2016

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 26 janvier 2016**

dans la cause

**PHARMACIEPLUS DU ROND-POINT**

contre

**HOSPICE GÉNÉRAL**

---

## EN FAIT

1. En date du 28 avril 2015, l'Hospice général (ci-après : l'hospice) a publié un appel d'offres portant sur la « Mise en œuvre d'un Réseau de Pharmaciens d'officines pour les migrants pris en charge par l'Hospice général 'PharmAsile' », soumis à l'accord GATT/OMC, respectivement aux accords internationaux, en procédure ouverte et divisé en trois lots.

Étaient annexés un règlement de soumission, qui indiquait notamment que l'objet de l'appel d'offres visait la conclusion de vingt-sept mandats avec vingt-sept officines genevoises de pharmacie au maximum pour le lot 3 « reste du canton », ainsi qu'un cahier des charges et descriptif du marché et un questionnaire (« réseau de pharmacies asile 'PharmAsile' »).

À teneur du règlement de soumission, les critères et sous-critères d'évaluation étaient les suivants :

1. organisation du candidat :
  - 1.1 localisation, organisation générale de la pharmacie pour répondre aux besoins des populations migrantes, référence(s), réseau(x), pondéré à 30 % ;
  - 1.2 prestations annexes offertes hors prescriptions médicamenteuses, pondéré à 10 % ;
2. compétences, formation, motivation :
  - 2.1 motivations mises en avant par le candidat et développement d'idées, pondéré à 20 % ;
  - 2.2 formations suivies avec titres obtenus et expérience (y compris post-grade), pondéré à 10 % ;
3. accessibilité de l'officine :
  - 3.1 horaire d'ouverture, pondéré à 15 % ;
  - 3.2 accessibilité de l'officine, y compris pour les handicapés et par transport public, pondéré à 10 % ;
4. développement durable :
  - 4.1 contribution au développement durable, composante environnementale et sociale, pondéré à 5 %.

2. Le 29 juin 2015, soit un jour avant la date d'échéance des dépôts de candidatures, la PharmaciePlus du Rond-Point – Pharmacie du Rond-Point SA selon le registre du commerce –, sise au Rond-Point de Plainpalais 6 à Genève, a déposé son offre. La personne responsable de l'offre était Madame Carolina SANTOS, titulaire, à l'instar de Madame Joëlle CHRISTEN, du diplôme fédéral de pharmacien ou d'un titre reconnu équivalent.
3. Les 6 et 13 août 2015, les offres ont été évaluées par le groupe d'évaluation, composé, comme annoncé dans le règlement de soumission, du responsable de l'Unité administration santé de l'Aide aux migrants (Amig) et chef de projet « PharmAsile », du responsable du service achats, du responsable des assurances et acheteur commercial, tous de l'hospice, ainsi qu'à titre d'experte sans droit de vote, de la directrice Care Desk remboursements de la société Hpr SA.
4. Par décision du 26 octobre 2015 signée par le directeur général et le président du conseil d'administration, l'hospice a informé la PharmaciePlus du Rond-Point de ce que sa candidature n'avait pas été retenue dans le cadre du marché public, lequel avait été attribué, pour le lot 3 « reste du canton » en cause, aux vingt-sept officines figurant dans un « tableau comparatif multicritères des offres avec [son] classement (C39) » anonymisé et annexé. L'offre de la PharmaciePlus du Rond-Point avait été classée au 32<sup>ème</sup> rang sur les cinquante-cinq officines retenues pour l'évaluation des offres.

Dans ledit tableau, les critères et sous-critères selon le règlement de soumission étaient repris. Toutefois, le premier critère (« organisation du candidat ») était divisé en les sous-critères suivants : localisation de l'officine (12 %), organisation de l'officine en général et urgence (7 %), langues (7 %), références et expérience réseau (7 %), prestations annexes (7 %). En outre, à l'intérieur du quatrième critère (« développement durable »), la contribution au développement durable était pondérée à 2,5 % et la composante environnementale et sociale aussi à 2,5 %.

5. Par acte expédié le 5 novembre 2015 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), la PharmaciePlus du Rond-Point a formé recours contre cette décision. Le recours était signé par la nouvelle pharmacienne responsable, Madame Tiziana LÜTHI, en poste depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2015, ainsi que par la nouvelle pharmacienne ajoutée, Madame Shahrazade BOUNNACEUR, qui parlait notamment l'arabe.
6. Par lettre du 12 novembre 2015 et à la demande de la chambre administrative, la PharmaciePlus du Rond-Point a précisé ses conclusions ainsi : elle s'opposait à la décision de ne pas retenir son offre et demandait de reconsidérer avec attention son dossier et de retenir sa candidature, étant persuadée d'avoir toutes les qualités requises pour honorer son mandat auprès du réseau « PharmAsile ».

7. Dans sa réponse du 26 novembre 2015, l'hospice a conclu au rejet du recours et au déboutement de la recourante de toute autre ou contraire conclusion.
8. Dans sa réplique du 16 décembre 2015, la PharmaciePlus du Rond-Point a persisté dans ses conclusions, précisant notamment que les contrats d'engagement des nouvelles pharmaciennes avaient été signés avant le 29 juin 2015.
9. Par courrier du 18 décembre 2015, la chambre administrative a informé les parties de ce que la cause était gardée à juger.
10. Pour le reste, les arguments des parties et certains faits seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit ci-après.

## **EN DROIT**

1. Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est recevable de ces points de vue (art. 15 al. 1bis let. e et al. 2 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 3 al. 1 de la loi du 12 juin 1997 autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics - L-AIMP - L 6 05.0 ; art. 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01 ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 17 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Dans la mesure où la recourante est à cinq rangs de la dernière pharmacie adjudicataire, la question de sa qualité pour recourir, au sens de l'art. 60 al. 1 let. b LPA, et donc de la recevabilité du recours se pose (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2). Cette question peut toutefois souffrir de rester indécise pour les motifs qui suivent.
3. a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP). Il vise à harmoniser les règles de passation des marchés et à transposer les obligations découlant de l'accord GATT/OMC ainsi que de l'accord entre la communauté européenne et la Confédération suisse (art. 1 al. 2 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 données publiques (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. Aux termes de l'art. 24 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.

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).

Le principe de la transparence 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 ; à tout le moins doit-il spécifier clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. En outre, lorsqu'en sus de ces critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des éléments d'appréciation qu'il entend privilégier, il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective. En tous les cas, 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 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/368/2015 du 21 avril 2015 consid. 4c ; ATA/972/2014 du 9 décembre 2014).

c. Selon l'art. 57 RMP, le recours devant la chambre administrative peut être formé : a) pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus de pouvoir d'appréciation ; b) pour constatation inexacte ou incomplète de faits pertinents (al. 1) ; le grief d'inopportunité ne peut pas être invoqué (al. 2).

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 ; arrêts du Tribunal fédéral 2P.111/2003 du 21 janvier 2004 consid. 3.3 ; 2P.172/2002 du 10 mars 2003 consid. 3.2). 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).

4. Tout d'abord, rien ne permet de mettre en doute l'assertion de l'intimé selon laquelle chaque candidat a été noté sur les mêmes éléments d'appréciation, qui n'est pas contestée.
5. Ensuite, concernant le premier critère (« organisation du candidat »), la recourante a obtenu la note 3 pour sa localisation. Cette note signifie « suffisant » et, selon l'intimé, sans plus-value, sachant qu'avec la fermeture des foyers sis Henri-Dunant 8 et 13, la pharmacie intéressée n'est plus à proximité directe avec les lieux de vie des migrants. Le fait qu'elle se trouve proche des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) et de la Consultation ambulatoire mobile de soins communautaires (CAMSCO), ainsi que de plusieurs permanences et centres médicaux ne permet pas de considérer que cette note suffisante constituerait un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation de l'hospice.

La note 1 attribuée à la recourante pour son organisation et l'urgence résulte du fait que, dans le questionnaire, elle n'a répondu sur ce point « Adaptation de l'emploi du temps des collaborateurs toujours flexibles », alors qu'elle devait décrire en quelques lignes la manière dont elle organisait les remplacements en son sein ou en cas d'afflux de patients. Il convient de souligner que le droit des marchés publics est formaliste et que c'est dans le respect de ce formalisme que l'autorité adjudicatrice doit procéder à l'examen de la recevabilité des offres et à leur évaluation (ATA/535/2011 du 30 août 2011 consid. 5), la pratique stricte prévalant dans le canton de Genève ayant été confirmée par le Tribunal fédéral (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_418/2014 du 20 août 2014 ; 2C\_197/2010, 2C\_198/2010 du 30 avril 2010). Ledit formalisme permet de protéger notamment le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires (ATA/129/2014 du 4 mars 2014 consid. 4, a contrario). Il convient à cet égard de rappeler, même si cela ne s'applique pas directement au présent cas, que, conformément à l'art. 42 al. 1 let. a RMP, une offre est écartée d'office lorsque le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non-conforme aux exigences ou au cahier des charges.

Le fait que les langues parlées et écrites de manière parfaite au sein de la recourante à la date du dépôt de l'offre étaient le français, l'anglais, le portugais et l'italien et celles parlées et écrites de manière partielle l'allemand et l'espagnol ne permet pas non plus de mettre en doute la note 3 « suffisante » attribuée à la pharmacie intéressée pour le sous-critère « langues », vu l'absence de plus-value par rapport aux autres candidats. La circonstance postérieure à la clôture des

dépôts d'offres consistant dans le fait que la nouvelle pharmacienne adjointe parle arabe ne pouvait pas être prise en considération, conformément aux principes d'intangibilité des offres remises et d'égalité de traitement entre soumissionnaires. La date d'engagement des deux nouvelles pharmaciennes est sans aucune pertinence, seules comptant les indications écrites fournies par la recourante dans son offre.

La note 4 – « bon et avantageux » – attribuée à la recourante pour ses « références et expériences réseau » constitue, selon l'intimé, un satisfecit pour son activité au sein de « PharmAsile » depuis cinq ans.

La note 4 a également été attribuée à la pharmacie intéressée pour ses prestations annexes offertes hors prescriptions médicamenteuses. Si elle insiste sur l'ampleur de ces prestations auprès d'elle, la recourante ne conteste pas cette note.

Pour ce qui est de ce dernier sous-critère et malgré l'absence de grief sur ce point, il apparaît que l'intimé a réduit sa pondération en la faisant passer de 10 % à 7 %, ce qui est fort regrettable et contraire à l'art. 43 RMP et au principe de la transparence. Néanmoins, des calculs effectués d'office permettent d'exclure que cette divergence puisse avoir eu des conséquences qui auraient placé la recourante parmi les vingt-sept premiers candidats. En effet, avec une pondération de 12 % pour sa localisation, 6 % pour son organisation et l'urgence, 6 % pour les langues, 6 % pour les « références et expériences réseau » et 10 % pour ses prestations annexes, sa note intermédiaire pour ce premier critère (« organisation du candidat ») passerait de 1,20 à 1,24, soit une augmentation de 0,04, de sorte que la note finale pondérée s'élèverait à 3,12 au lieu de 3,08 ; avec les mêmes calculs et pondérations et toujours pour le premier critère, le 27<sup>ème</sup> candidat obtiendrait 1,40 au lieu de 1,38, soit au total 3,18 au lieu de 3,16, le 26<sup>ème</sup> 1,30 au lieu de 1,26, soit au total 3,20 au lieu de 3,16, le 25<sup>ème</sup> 1,23 sans changement, soit au total 3,18, le 24<sup>ème</sup> 1,26 sans changement, soit au total 3,19, le 23<sup>ème</sup> 1,32 au lieu de 1,31, soit au total 3,22 au lieu de 3,21, le 22<sup>ème</sup> 1,41 au lieu de 1,42, soit au total 3,21 au lieu de 3,22 ; une éventuelle modification de classement ne peut qu'être également exclue pour les vingt-et-un premiers candidats, sachant notamment que le 21<sup>ème</sup> a obtenu la note finale pondérée de 3,30.

Il n'y a ainsi pas lieu de considérer que l'intimé aurait mésusé de son pouvoir d'appréciation pour ce premier critère.

6. S'agissant du second critère (« compétences, formation, motivation »), la recourante n'a apporté aucune allégation ni aucun élément remettant en cause la note 3 attribuée tant pour le sous-critère « formations suivies avec titres obtenus et expérience » ainsi que pour celui « motivations mises en avant par le candidat et développement d'idées ».

Conformément aux principes d'intangibilité des offres remises et d'égalité de traitement entre soumissionnaires, rappelés plus haut, il n'était pas possible pour l'intimé de tenir compte des formations, expérience et motivation des nouvelles pharmacienne responsable et pharmacienne adjointe.

À teneur de sa réponse, l'intimé a pris en considération sous le sous-critère « motivations mises en avant par le candidat et développement d'idées » les éléments invoqués dans le recours selon lesquels les collaborateurs de la recourante « [se sentaient] proches des populations de migrants, et [tenaient] à leur réserver un accueil empathique et humain, en étant à l'écoute, serviables, prévenants, mettant en œuvre toutes [leurs] compétences professionnelles et humaines pour que chacun se sente considéré, accueilli, respecté ».

Aucun excès ni abus de pouvoir d'appréciation ne peut dès lors être reproché à l'intimé concernant ce critère.

7. Pour ce qui est du troisième critère (« accessibilité de l'officine »), l'intimé a accordé la note 4 à la recourante pour son horaire d'ouverture, de 8h30 à 18h45 du lundi au vendredi et de 9h30 à 17h00 le samedi. Selon l'hospice, les pharmacies les mieux notées ouvrent 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7. La recourante estime mériter une note meilleure et indique qu'à sa connaissance, il n'existe pas de pharmacie avec de tels horaires. Cela étant, même dans l'hypothèse où il n'existait dans le canton de Genève pas de pharmacies ouvertes 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7, cela ne suffirait pas à rendre excessive ou abusive l'appréciation de l'intimé, d'autant moins qu'il n'y a pour ce sous-critère, au-dessus de la note 4, que deux 4,5 et un 5.

Pour le sous-critère « accessibilité de l'officine, y compris pour les handicapés et par transport public » et selon l'hospice, la note 2 – « partiellement suffisant » – découle du fait que la recourante n'a pas d'accès pour les personnes handicapées, ce que celle-ci ne conteste pas, et correspond au standard de la notation pour tous les candidats s'il n'y a aucun accès pour ces personnes. Rien ne permet de tenir cette appréciation pour critiquable.

8. Quant au quatrième et dernier critère (« développement durable »), la recourante n'a pas remis en cause les deux notes 3,5 qu'elle a reçues.
9. Vu ce qui précède, le recours, en tous points infondé, ne peut qu'être rejeté, dans la mesure où il est recevable.

Vu cette issue manifeste et par analogie avec l'art. 72 LPA, il n'est en tout état de cause pas nécessaire de procéder à un appel en cause des trente-et-un premiers adjudicataires, qui ne constituerait dans les circonstances particulières qu'une vaine et très lourde formalité, contraire au principe de l'économie de

procédure, le présent arrêt n'étant nullement préjudiciable aux droits des autres candidats.

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 (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

rejette, dans la mesure où il est recevable, le recours interjeté le 5 novembre 2015 par PharmaciePlus du Rond-Point contre la décision de l'Hospice général du 26 octobre 2015 ;

met à la charge de PharmaciePlus du Rond-Point un émolument de CHF 1'000.- ;

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

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 ;

- sinon, 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 ;

communiqué le présent arrêt à PharmaciePlus du Rond-Point, ainsi qu'à l'Hospice général.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Junod, M. Dumartheray, Mme Payot Zen-Ruffinen et M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :