RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3911/2021-MARPU **ATA/319/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 29 mars 2022

dans la cause

A_____
représentée par Me Nicolas Rivard, avocat

contre

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

et

B_____

EN FAIT

1) Le 19 mars 2021, l'Université de Genève (ci-après : université) a publié sur la plateforme Internet www.simap.ch un appel d'offres en procédure ouverte, soumise à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), portant sur un marché public relatif à la fourniture de mobiliers pour la bibliothèque d'Uni Bastions, Aile Jura. Le marché public était divisé en sept lots.

Le lot n° 5 – qui seul demeure litigieux – portait sur les « canapés/banquettes insonorisés ». L'appel d'offres précisait au point 4.7 que les quatre critères d'adjudication étaient, « dans l'ordre de leur importance », 1. le prix (pondéré à 40 %), 2. la « qualité technique & tests » (pondérée à 35%), 3. « les références & expériences » (pondérées à 20 %) et 4. l'organisation (pondérée à 5 %).

Selon l'appel d'offres, les cinq soumissionnaires présentant les meilleures notes obtenues après un premier examen étaient ensuite retenus pour la phase de test, à savoir que le mobilier proposé était testé par différents utilisateurs. Le critère n° 2 « qualité technique & tests » pouvait être revu à la baisse en fonction des tests effectués.

2) Dans le délai de soumission, dix-huit offres sont parvenues à l'université, dont celles de B_____ et A_____ (ci-après : A_____).

3) Après une première évaluation, les cinq offres les mieux notées ont été retenues pour la phase de test.

Les meubles proposés par les soumissionnaires ont été livrés au dépôt de l'université entre le 16 août et le 3 septembre 2021, puis installés à Uni Bastions afin d'être testés par différents utilisateurs. Aucune évaluation n'a été revue à la baisse.

4) Par décision du 3 novembre 2021, l'université a adjugé le lot n° 5 à B_____ pour le montant de CHF 29'560.30, dont l'offre avait été jugée la plus avantageuse.

Par décision séparée du même jour, le lot n° 2, pour lequel A_____ avait également soumissionné, a été adjugé à un autre soumissionnaire.

5) À la demande de A_____, l'université lui a communiqué les 10 et 11 novembre 2021 les tableaux d'évaluation pour les deux lots. Pour le lot n° 5, A_____ était classée en deuxième position.

6) Par acte expédié 15 novembre 2021 à la chambre administrative de la Cour de justice, A_____ a recouru contre les deux décisions d'adjudication, concluant à leur annulation et à l'adjudication en sa faveur des lots n^os^ 2 et 5. À titre préalable, elle a requis l'effet suspensif.

Pour un marché peu complexe, la pondération du prix pouvait être élevée. Toutefois, plus les qualités techniques étaient importantes, moins la pondération du prix était importante. En l'occurrence, il s'agissait d'un marché public simple. Le prix devait ainsi être pondéré au minimum à 60 %. En retenant une fourchette de pondération anormalement basse pour un marché public simple, le pouvoir adjudicateur avait procédé de manière arbitraire. Si la pondération avait été effectuée de manière conforme au guide romand, la recourante aurait obtenu 398,5 points et l'adjudicataire en aurait eu 384.

Par ailleurs, la décision querellée violait son droit d'être entendue, dès lors qu'elle était insuffisamment motivée. Les meubles proposés par l'adjudicataire n'apparaissaient pas dans la décision, de sorte qu'il n'était pas possible de vérifier les notes obtenues pour le critère qualité. Les éléments d'appréciation n'étaient pas non plus communiqués.

Enfin, la décision d'adjudication n'avait pas été publiée sur le site simap.ch dans les 72 heures.

7) L'université a conclu au rejet de la requête d'effet suspensif et du recours.

Préalablement, elle a demandé que ses pièces n^os^ 9 (offre de l'adjudicataire du lot 2) et 10 (offre de B_____) soient soustraites à la consultation, sauf accord contraire des adjudicataires, et que les pièces n^os^ 5 (procès-verbal d'ouverture des offres), 7 et 8 (tableau final d'évaluation et récapitulatif des notes pour les lots n^os^ 2 et 5) soient caviardées du nom des soumissionnaires non parties à la procédure.

Les critères d'adjudication et leur pondération avaient été dûment communiqués lors de l'appel d'offres. Ils ne pouvaient plus être remis en cause. Les décisions d'adjudication mentionnaient que l'adjudicateur se tenait à disposition pour tout complément d'information. La recourante avait demandé et obtenu les tableaux d'évaluation non caviardés pour les soumissionnaires mieux notés qu'elle. L'intimée ne comprenait pas la requête visant l'indication des meubles proposés par les soumissionnaires mieux placés que la recourante, requête à laquelle elle n'avait de surcroît aucune obligation de donner suite. La publication de l'adjudication sur simap.ch devait intervenir dans les 72 jours suivant celle-ci et non dans les 72 heures.

Les cinq soumissionnaires du lot n° 5 présentant les meilleures notes avaient mis à disposition les meubles proposés, qui avaient été testés par différents

utilisateurs afin d'évaluer l'acoustique, l'isolation phonique, voire d'autres sous-critères tels que le design et le confort. À la suite des tests, aucune note n'avait été modifiée en ce qui concernait le lot n° 5. Elle a produit le récapitulatif des évaluations des meubles fournis par les cinq soumissionnaires admis à la phase de tests.

8) B_____ ne s'est déterminée ni sur effet suspensif ni sur le fond.

9) Par décision du 16 décembre 2021, la requête d'effet suspensif a été rejetée.

10) Dans sa réplique sur le fond, la recourante a fait valoir que la jurisprudence permettait d'attaquer, avec la décision d'adjudication, des documents qui n'avaient été remis aux soumissionnaires qu'après le délai pour recourir contre l'appel d'offres. Tel était le cas en l'espèce, dès lors que l'appel d'offres publié le 19 mars 2021 fixait un délai au 30 avril 2021 pour télécharger le dossier. Ledit avis ne se référait, à la rubrique « critères d'adjudication », qu'aux « critères cités dans les documents », ce qui était insuffisant. Par ailleurs, ce manquement créait une inégalité entre concurrents, dès lors que celui qui avait téléchargé les documents dans le délai de dix jours suivant l'appel d'offres était forclos pour se plaindre de la pondération des critères, alors que celui qui ne l'avait pas fait pouvait le faire puisque l'avis d'appel d'offres ne contenait pas lesdits critères.

Enfin, les tableaux de classement et d'évaluation du critère n° 2 lui avaient été communiqués tardivement par l'université.

Elle maintenait son chef de conclusions visant à l'adjudication en sa faveur du lot n° 5.

11) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 15 al. 1 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 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 - AIMP - L 6 05.0 ; art. 55 let. e et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2) En tant que la recourante persiste à demander l'attribution en sa faveur du marché public litigieux alors que sa requête d'effet suspensif a été rejetée et que le contrat portant sur le lot n° 5 a vraisemblablement entretemps été conclu, la

question se pose de savoir si ses conclusions ne portent plus que sur le constat de l'illicéité du marché public et l'éventuel dommage subi. Cette question souffre cependant de demeurer indécise au vu de ce qui suit.

3) L'autorité intimée a requis la soustraction de la procédure des pièces n^{os} 9 et 10 ainsi que le caviardage de ses pièces n^{os} 5, 7 et 8. La recourante, à qui copie des pièces produites par l'intimée a été adressée, n'a pas sollicité l'accès non caviardé aux pièces précitées. Par ailleurs, aucune de ces pièces dont le caviardage ou la soustraction à la consultation est sollicité n'est déterminante pour trancher le litige. Il n'y a donc pas lieu de se prononcer sur ce point.

4) La recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue dès lors que la décision attaquée ne lui permettait pas de connaître les notes obtenues pour les différents critères et sous-critères relatifs à la qualité du mobilier, les meubles proposés par ses concurrents n'étant pas indiqués. Elle ne comprenait pas l'écart de de note de 0.9 la séparant de l'adjudicataire sur ce point.

a. Le droit d'être entendu 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) comprend notamment le droit d'obtenir une décision motivée. Il suffit que les parties puissent se rendre compte de sa portée à leur égard et, le cas échéant, recourir contre elle en connaissance de cause (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; 138 I 232 consid. 5.1 ; 136 I 184 consid. 2.2.1).

b. En matière de marchés publics, cette obligation se manifeste par le devoir qu'a l'autorité d'indiquer au soumissionnaire évincé les raisons du rejet de son offre (Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, Le droit des marchés publics, 2002, p. 256). Ce principe est concrétisé par les art. 13 let. h AIMP et 45 al. 1 RMP, qui prévoient que les décisions d'adjudication doivent être sommairement motivées (ATA/1192/2021 du 9 novembre 2021 consid. 2 ; ATA/1089/2018 du 16 octobre 2018 consid. 4b).

c. Selon la doctrine, les règles applicables en matière d'adjudication de marché prévoient que l'autorité peut, dans un premier temps, procéder à une notification individuelle, voire par publication, accompagnée d'une motivation sommaire ; sur requête du soumissionnaire évincé, l'autorité doit lui fournir des renseignements supplémentaires relatifs notamment aux raisons principales du rejet de son offre ainsi qu'aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue. L'ensemble des explications de l'autorité (fournies le cas échéant en deux étapes) doit être pris en considération pour s'assurer qu'elles sont conformes aux exigences découlant du droit d'être entendu. La pratique admet assez généreusement la réparation d'une motivation insuffisante dans la procédure de recours subséquente. Toutefois, la notification d'une adjudication, accompagnée d'une motivation sommaire, suffit à faire courir le délai de recours ; ainsi, le soumissionnaire évincé peut se trouver dans une situation inconfortable de devoir former recours, alors que son

information est encore largement incomplète (Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 250 n. 392 et les références citées).

d. Dans la phase finale de l'évaluation des offres, le pouvoir adjudicateur attribue des notes aux offres qui n'ont pas été exclues, au regard de chacun des critères d'adjudication. L'entité adjudicatrice opère ensuite la synthèse de ces évaluations en les intégrant dans un tableau comparatif, regroupant l'ensemble des offres et les notes retenues auxquelles sont appliqués les facteurs de pondération pour les différents critères (Étienne POLTIER, op.cit., p. 213 n. 338).

5) En l'espèce, la décision d'adjudication indique qui est l'adjudicataire du marché pour le lot n° 5, le montant du marché adjugé et mentionne que le marché a été attribué au soumissionnaire ayant déposé l'offre économiquement la plus avantageuse. À la demande de la recourante, l'autorité intimée lui a fait parvenir, avant l'échéance du délai de recours, le tableau final d'évaluation et récapitulatif des notes comportant les notes attribuées par chaque soumissionnaire pour chaque critère, le classement des offres évaluées et le positionnement de la recourante par rapport aux meilleures notes attribuées.

Ces éléments, bien que succincts, étaient suffisants pour permettre à la recourante de se rendre compte de la portée de la décision et de recourir contre celle-ci en connaissance de cause. Les éléments communiqués lui ont d'ailleurs permis de critiquer la décision dans son recours, formulant d'autres griefs que celui relatif au défaut de motivation de la décision attaquée.

À cela s'ajoute qu'en cours de procédure, à savoir avec sa détermination sur effet suspensif qui portait également sur le fond, l'adjudicatrice a également produit le tableau contenant les points obtenus lors de la phase de test pour chaque sous-critère (confort, isolation et design) du critère « qualité technique & tests » par les cinq soumissionnaires admis à cette phase. Contrairement à ce que soutient la recourante, il n'était pas nécessaire que l'intimée indique dans sa décision quels meubles les autres soumissionnaires, notamment l'adjudicataire, avaient présentés. Comme cela vient d'être constaté, les éléments communiqués étaient suffisants pour permettre à la recourante d'examiner l'opportunité de recourir. Par ailleurs, l'appel d'offres mentionnait au point 4.22 expressément que les meubles testés n'étaient pas notés en tant que tels, mais permettaient uniquement d'évaluer à la baisse, si nécessaire, les notes octroyées lors de l'analyse des offres sur papier. Aucune offre pour le lot n° 5 n'ayant été évaluée à la baisse après la phase de test, il apparaît que, même si le pouvoir adjudicateur avait donné suite à la demande de la recourante de spécifier les meubles testés, cette information n'aurait pas été susceptible d'apporter un élément utile à la recourante pour se déterminer quant à l'opportunité de former recours ou non.

Enfin, la publication de la décision d'adjudication doit se faire dans les 72 jours et non dans les 72 heures suivant celle-ci (art. 52 al. 2 RMP).

Au vu de ces qui précède, le grief relatif à la violation du droit d'être entendu sera rejeté.

6) La recourante se plaint, par ailleurs, de la pondération à 40 % du critère du prix.

a. Le soumissionnaire qui entend contester la définition, la pondération ou le manque de précision des critères d'adjudication doit le faire, pour des raisons de bonne foi, dans le cadre de l'appel d'offres et non au moment de la décision d'adjudication, sans quoi il est forclos (ATF 130 I 241 consid 4.2 ; ATA/448/2020 du 7 mai 2020 consid. 7 ; ATA/307/2019 du 26 mars 2019 consid. 6b ; ATA/1443/2017 du 31 octobre 2017 consid. 4e et les références citées).

Cette règle est conforme à l'exigence de célérité à laquelle obéit la procédure de passation des marchés publics, en ce sens qu'il est préférable de corriger immédiatement une irrégularité contenue dans l'appel d'offres et les documents y relatifs plutôt que de procéder à l'adjudication du marché et de s'exposer au risque, si le vice est ensuite constaté par un juge, de devoir reprendre la procédure à son début. La forclusion ne peut cependant être opposée à une partie que pour les irrégularités qu'elle a effectivement constatées ou qu'elle aurait dû constater en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. L'on ne saurait exiger des soumissionnaires qu'ils procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents de l'appel d'offres, vu leurs connaissances généralement limitées en la matière et le délai relativement court qui leur est imparti pour déposer leurs offres. Il convient, au contraire, de ne pas se montrer trop strict à cet égard et de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes (ATF 130 I 241 consid. 4.3).

b. En l'espèce, la pondération à 40 % du prix ressortait clairement – comme celle des trois autres critères – de l'appel d'offres. L'importance accordée au prix était claire et aisément compréhensible. Elle ne nécessitait pas de recherche juridique ni d'examen technique approfondi. Partant, il appartenait à la recourante, si elle entendait contester cette pondération, de recourir contre l'appel d'offres. Le fait que le délai fixé pour télécharger le dossier de l'appel d'offres courait au-delà du délai de recours contre l'appel d'offres n'est à cet égard pas pertinent, dès lors que l'information relative à la pondération du prix était disponible.

En tant qu'elle ne critique celle-ci que dans le présent recours, le grief de la recourante est tardif.

Mal fondé, le recours sera rejeté.

7) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'300.- sera mis à la charge de la recourante, qui ne peut se voir allouer une indemnité de procédure (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 15 novembre 2021 par A_____ contre la décision de l'Université de Genève du 3 novembre 2021 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'300.- à la charge de A_____ ;

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 ;

- 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 Me Nicolas Rivard, avocat de la recourante, à l'Université de Genève, à B_____ ainsi qu'à la commission de la concurrence.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mme Krauskopf, M. Verniory, M. Mascotto, Mme McGregor, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	la présidente siégeant :
M. Michel	F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :