

GE_GERICHTE ATA/1041/2016 vom 13. Dezember 2016

GE Cour de justice, 2016-12-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1041_2016

FR: GE_GERICHTE ATA/1041/2016 du 13 décembre 2016

IT: GE_GERICHTE ATA/1041/2016 del 13 dicembre 2016

Regeste

Résumé: Recours de BELLONI SA, arrivée seconde, tendant à démontrer que le marché public adjugé à Welson SA par la Ville de Genève avait un prix trop bas. Le prix considéré était plausible et ne mettant pas l'entreprise en danger. Des renseignements complémentaires avaient été demandés par la Ville de Genève à l'entreprise adjudicataire. Belloni SA substitue ses propres calculs à ceux de la ville, considérant son offre comme une "offre étalon". Décision du TAPI confirmée. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 15 al. 2 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 2 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 ; 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. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

E. 2

La qualité pour recourir appartient à toute personne touchée directement par une décision et ayant un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 60 let. b LPA). 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/760/2015 du 28 juillet 2015 consid.3 ; ATA/851/2014 du 4 novembre 2014 consid. 3a).

Selon l'art. 18 al. 2 AIMP, lorsque le contrat entre l'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire est déjà conclu conformément à l'art. 46 RMP, l'autorité qui admet le recours ne peut que constater le caractère illicite de la décision. Si cette illicéité est prononcée, le recourant peut demander la réparation de son dommage, limité aux dépenses qu'il a subies en relation avec les procédures de soumission et de recours (art. 3 al. 3 L-AIMP). Le recourant qui conteste une décision d'adjudication et qui 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).

- 8/12 - A/4279/2015

Lorsque le contrat a déjà été conclu, le soumissionnaire évincé conserve un intérêt actuel à recourir contre la décision d'adjudication au sens de l'art. 60 let. b LPA, son recours étant à

même d'ouvrir ses droits à une indemnisation (ATF 137 II 313 consid. 1.2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_876/2014 du 4 septembre 2015 consid. 1.3.2).

En l'espèce, le contrat a été conclu entre Welson et la ville le 23 novembre 2015. En tant que soumissionnaire évincée, la recourante conserve un intérêt actuel à recourir contre la décision d'adjudication, afin de demander la constatation du caractère illicite de la décision attaquée et son indemnisation, étant précisé qu'elle a pris des conclusions visant initialement à l'annulation de la décision litigieuse et à l'adjudication du marché litigieux en sa faveur, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnisation, suite à la conclusion du contrat. Elle dispose donc de la qualité pour recourir.

Au vu de ce qui précède, le recours est recevable.

E. 3

Le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, à l'exception du grief d'inopportunité (art. 16 al. 1 et 2 AIMP ; art. 57 al. 1 et 2 RMP).

La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6 ; ATA/899/2016 du 25 octobre 2016), de sorte que la chambre administrative ne substitue pas son examen à celui de ce dernier, seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation étant 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 que le résultat, considéré dans son ensemble, constitue un usage abusif ou excessif de ce pouvoir (ATA/899/2016 précité ; ATA/383/2016 du 3 mai 2016).

E. 4

Le droit des marchés publics est fondé sur les principes énoncés à l'art. 1 AIMP et repris aux art. 16 ss RMP. Il s'agit notamment d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, de garantir l'égalité de traitement à l'ensemble de ceux-ci, l'impartialité de l'adjudication ainsi que la transparence des marchés publics et permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics.

E. 5

Le droit des marchés publics est formaliste, ce que la chambre administrative a rappelé à plusieurs reprises (ATA/899/2016 précité ; ATA/420/2016 du 24 mai 2016 consid. 5c ; ATA/1216/2015 du 10 novembre 2015 consid. 5b ; ATA/129/2014 du 4 mars 2014 consid. 3 ; ATA/535/2011 du 30 août 2011 consid. 5). L'autorité adjudicatrice doit ainsi procéder à l'examen de la recevabilité des offres et à leur évaluation dans le respect de ce formalisme.

- 9/12 - A/4279/2015 L'interdiction du formalisme excessif, tirée des garanties des art. 9 et 29 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), de même que le principe de la proportionnalité, interdisent cependant d'exclure une offre présentant une informalité de peu de gravité (arrêt du Tribunal fédéral 2P.219/2003 du 17 juin 2005 consid. 3.3 ; ATA/201/2015 du 24 février 2015 et les références citées ; Olivier RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, RDAF 2001 I 237). L'interdiction du formalisme excessif ne saurait toutefois porter atteinte aux principes d'intangibilité des offres et d'égalité de traitement entre soumissionnaires, qui limitent le droit de procéder à de telles corrections ou requêtes de précisions après le dépôt des offres (arrêts du Tribunal fédéral 2C_197/2010 et

2C_198/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.1).

Il n'en demeure pas moins que des erreurs de calcul et d'écriture peuvent être rectifiées (art. 39 al. 2 RMP) et que l'autorité adjudicatrice peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre, qui sont en principe fournies par écrit, étant précisé que si elles sont recueillies au cours d'une audition, un procès-verbal est établi (art. 40 RMP). Tel est en particulier le cas en présence d'une offre paraissant anormalement basse, l'autorité pouvant demander au soumissionnaire de justifier ses prix (art. 41 RMP).

E. 6

En présence d'une offre qui serait anormalement basse, l'autorité adjudicatrice a l'obligation, selon l'art. 41 RMP de demander des renseignements complémentaires au soumissionnaire concerné (arrêt du Tribunal fédéral 2D_44/2009 précité consid. 4 ; ATA/821/2016 du 4 octobre 2016). C'est seulement si le soumissionnaire n'a pas justifié les prix d'une telle offre, conformément à l'art. 41 RMP, que son offre doit être écartée d'office et qu'elle ne participe pas à la phase d'évaluation des offres (art. 42 al. 1 let. e RMP). Une offre particulièrement favorable, le cas échéant même si elle est inférieure au prix de revient, n'est pas impérativement à exclure si les renseignements fournis par le soumissionnaire permettent de conclure qu'il est capable d'exécuter à satisfaction les travaux mis en soumission (ATF 141 II 353 consid. 8.3.2 ; ATF 130 I 241 consid. 7.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2D_44/2009 précité consid. 3.2.1 ; 2P_70/2006 et 2P_71/2006 précité consid. 4.3 ; Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 195 n. 313 ; Peter GALLI/André MOSER/Elisabeth LANG/Marc STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht, 2013, p. 517).

En l'espèce, la ville a posé un certain nombre de questions à l'appelée en cause, par écrit, et a ordonné son audition, au cours de laquelle l'adjudicataire a exposé le détail de son offre, qui figurait au demeurant déjà dans les documents transmis à la ville, démontrant que le prix couvrait les matériaux et la main-d'œuvre, sans présenter de risques pour l'entreprise. Les mandataires de la ville ont également réalisé des analyses de prix, pour déterminer si la société était en mesure de fournir les prestations demandées tout en respectant les conditions

- 10/12 - A/4279/2015 sociales de travail. Il a été ainsi démontré que l'entreprise avait correctement analysé les heures de travail nécessaires. Welson indique aussi bénéficier de rabais importants de ses fournisseurs au vu de ses volumes de commandes. Elle précise ne pas faire de bénéfices sur ce marché, sans travailler à perte (ce qui serait effectivement susceptible d'entrer en contradiction avec l'art. 3 let. f de la loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 - LCD - RS 241).

Dans ce contexte, c'est en vain que la recourante allègue que seules des pratiques salariales inférieures à la CCT expliqueraient la différence entre son offre et l'offre de l'appelée en cause. La recourante se borne à substituer sa propre analyse et ses propres calculs, hypothétiques, à l'analyse de la ville et de ses mandataires, sans apporter d'éléments précis. Elle semble, sans raison, considérer son offre comme une « offre étalon », qui permettrait de déterminer le caractère admissible ou non des autres offres. Les écarts théoriques auxquels la recourante aboutit sont sans pertinence pour déterminer si l'appelée en cause pourra correctement exécuter le mandat aux prix offerts. Mal fondé, ce grief sera écarté.

E. 7

L'inégalité de traitement, au sens de l'art. 8 al. 1 Cst., consiste à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 137 I 167 consid. 3.5 ; 129 I 346 consid. 6 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_63/2011 du 16 février 2012 consid. 3.3). Le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique est spécifiquement garanti à l'art. 27 Cst. En vertu de ce principe, les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les personnes exerçant la même activité économique (concurrents directs) sont prohibées (ATF 130 I 26 consid. 6.3.3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2D_15/2011 consid. 3.3 et 2C_116/2011 du 29 août 2011 consid. 7.1 ; ATA/899/2016 précité consid. 6 ; ATA/283/2016 du 5 avril 2016 consid. 6b).

En particulier, le respect de l'égalité de traitement entre soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. b et 11 let. a AIMP ; art. 16 RMP) oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires pendant tout le déroulement formel de la procédure (ATA/899/2016 précité et les références citées ; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Christophe MAILLARD/Nicolas MICHEL, op. cit., p. 109 ; Benoît BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics, RDAF 2004, p. 241). Ce principe impose que les conditions d'accès au marché soient similaires pour tous (Guide romand pour les marchés publics, annexe D, ch. 2, version du 2 juin 2005, actualisée et complétée les 9 juin 2006, 18 décembre 2006 et 12 septembre 2008, ci-après : guide romand).

E. 8

En l'espèce, la recourante estime que le schématisme de la grille de notation pour le critère de la formation des apprentis pénalise injustement les grandes entreprises, dont elle fait partie. On peine à comprendre en quoi, selon la recourante, ce critère – pondéré à 5 % et pour lequel elle a obtenu la totalité des points – ne respecte pas le principe de l'égalité de traitement. Ce critère se fonde

- 11/12 - A/4279/2015 sur la grille d'évaluation remise dans le cahier des charges. Il s'agit de l'annexe T7 du guide romand. La chambre de céans a retenu, dans un arrêt récent, que la note attribuée conformément à cette annexe n'était pas critiquable (ATA/458/2013 du 30 juillet 2013). La recourante n'apporte pas d'arguments sur ce point, se contentant de préciser que le nombre d'employés, considéré par tranches, la pénalise dès lors qu'elle a formé cent treize apprentis alors que treize suffisaient pour avoir le nombre de points maximum durant les cinq dernières années. Compte tenu de l'arrêt susmentionné, ce grief est mal fondé et doit être rejeté.

E. 9

Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté, de sorte que les conclusions de la recourante visant à son indemnisation deviennent sans objet.

E. 10

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'300.-, comprenant les frais liés à la demande de restitution de l'effet suspensif, sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité ne lui sera par conséquent allouée, pas davantage qu'à l'appelée en cause, qui n'a pas exposé de frais pour sa défense (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *