

# **GE\_GERICHTE ATA/1073/2016 vom 20. Dezember 2016**

GE Cour de justice, 2016-12-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_1073\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1073_2016)

FR: GE\_GERICHTE ATA/1073/2016 du 20 décembre 2016

IT: GE\_GERICHTE ATA/1073/2016 del 20 dicembre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est recevable (art. 15 al. 1 bis let. d et al. 2 AIMP ; art. 3 al. 1 de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du

- 7/13 - A/3591/2016 12 juin 1997 - L-AIMP - L 6 05.0 ; art. 55 let. c et 56 al. 1 RMP ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05).

### **E. 2**

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 ainsi qu'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).

### **E. 3**

a. L'art. 12 AIMP prévoit quatre types de procédures de mise en concurrence, soit la procédure ouverte (let. a), la procédure sélective (let. b), la procédure sur invitation (let. bbis) et la procédure de gré à gré (let. c). Conformément à l'art. 12A AIMP, repris pour l'essentiel par l'art. 11 RMP, tandis que les marchés soumis aux traités internationaux peuvent, au choix, être passés selon la procédure ouverte ou la procédure sélective, voire, dans des cas particuliers déterminés par les traités eux-mêmes, selon la procédure de gré à gré (al. 1), les marchés publics non soumis aux traités internationaux peuvent en outre être passés selon la procédure sur invitation ou la procédure de gré à gré selon l'annexe 2 (al. 2), dont le contenu est le même dans l'AIMP et le RMP.

Aux termes de l'art. 7A RMP, chaque autorité adjudicatrice définit, de manière formelle et transparente, les limites des marchés qu'elle entend adjuger en utilisant des critères ou indices tels que le périmètre, la durée, la portée transversale de l'adjudication ou les motifs organisationnels qui justifient son choix (al. 1) ; elle ne peut diviser le marché pour contourner les valeurs-seuils (al. 2). Selon l'art. 8 RMP, un marché est soumis aux traités internationaux si sa valeur estimée dépasse les seuils de l'annexe 1, lettres a et b – qui ne sont pas inférieurs à CHF 350'000.- – ; en deçà, le marché n'est pas soumis aux traités internationaux (al. 1) ; l'estimation de la valeur du marché – selon les méthodes de calcul de l'art. 9 RMP – sert également à déterminer quelle est la procédure d'adjudication applicable,

et cela conformément à l'annexe 2 (al. 2), annexe dont il ressort notamment que la procédure sur invitation est possible jusqu'à la valeur-seuil de CHF 250'000.-.

b. Ce n'est en l'occurrence que selon ses propres suppositions, qui ne reposent sur aucun élément de fait concret, que la recourante soutient que, compte tenu de son expérience dans le domaine des véhicules de police et du fait que la police

- 8/13 - A/3591/2016 disposerait de mille deux cents véhicules sur lesquels pourraient porter les services à fournir, il est probable que le marché total dépasse CHF 250'000.-.

Rien ne permet d'infirmer les assertions de l'intimée selon lesquelles le chiffre de mille deux cents véhicules allégué par la société correspond approximativement au nombre de véhicules du parc de l'État et que ce chiffre n'a aucune portée car sans lien avec la quantité – minimale – des véhicules susceptibles d'être dotés d'équipements électriques.

Enfin, c'est selon toute probabilité par inadvertance qu'est mentionnée, à la fin de la décision querellée, la soumission de la procédure en cause à l'AMP.

Partant, si tant est que le grief de la recourante afférent aux choix de la procédure sur invitation soit recevable, que ce soit sous l'angle de l'intérêt digne de protection ou de la question d'une éventuelle forclusion pour non-contestation par un recours contre l'appel d'offres – ce qui peut demeurer indécis –, il est en tout état de cause écarté.

#### **E. 4**

a. En vertu de l'art. 14 RMP, qui correspond en substance à l'art. 12 let. bbis AIMP, la procédure sur invitation consiste à inviter directement et sans publication les candidats à présenter une offre ; l'autorité adjudicatrice doit demander, dans la mesure du possible, au moins trois offres.

Les autorités adjudicatrices prennent directement contact avec les entreprises participantes à une procédure sur invitation. Dans certains cas, elles disposent de listes permanentes de sociétés à inviter, dans d'autres cas, elles utilisent des bases de données constituées lors d'expériences précédentes. La procédure commence avec une préqualification, durant laquelle l'autorité adjudicatrice désigne le cercle des participants. Le choix de ces derniers se restreint souvent à ceux qu'elle connaît et avec lesquels elle n'a pas fait d'expérience négative. Il arrive cependant aussi que l'autorité invite ceux avec qui elle n'a pas collaboré auparavant, comme de jeunes entreprises (Dominik KUONEN, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2005, p. 69 et 109).

Il sied de préciser ici qu'en matière de marchés publics – et pour tous les types de procédure –, on distingue les critères d'aptitude ou de qualification (« Eignungskriterien »), qui servent à s'assurer que le soumissionnaire dispose des capacités suffisantes afin de réaliser le marché (art. 13 al. 1 let. d AIMP), des critères d'adjudication ou d'attribution qui se rapportent en principe directement à la prestation requise et indiquent au soumissionnaire comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée et choisie. Les entreprises soumissionnaires qui ne remplissent pas un des critères d'aptitude posés voient leur offre exclue, sans compensation possible, alors que la non-réalisation d'un critère d'adjudication n'est pas éliminatoire, mais peut être compensée par une

- 9/13 - A/3591/2016 pondération avec d'autres critères d'adjudication (ATF 141 II 353 consid. 7.1 et les références citées).

L'aptitude à exécuter le marché public en cause est en principe tranchée durant la phase de préqualification de la procédure sur invitation. Les autorités sont liées par cette phase. Le principe de la bonne foi exige qu'elles n'invitent un participant que si la question de son aptitude à exécuter le marché concerné est déjà réglée. Il serait contraire à ce principe que l'autorité change son opinion à ce sujet. Les autorités ne doivent pas se distancier de leur invitation et exclure un participant invité. Un deuxième examen de l'aptitude des participants au cours de l'évaluation des offres est en outre interdit dans les procédures sur invitation (Dominik KUONEN, op. cit., p. 172 ss). Cependant, lorsque l'aptitude d'un participant n'est plus donnée, pour des raisons personnelles ou organisationnelles, les autorités doivent réévaluer la situation de ce dernier (Dominik KUONEN, op. cit., p. 176).

Ces considérations, développées dans un arrêt récent de la chambre de céans (ATA/1056/2015 du 6 octobre 2015 consid. 7), n'excluent pas que dans des cas exceptionnels, les entreprises invitées puissent être amenées à devoir prouver leur aptitude en même temps que le dépôt de leur offre, ce qui peut notamment être le cas si ces entreprises sont jeunes ou inconnues. Si l'aptitude est niée dans le cadre de l'évaluation des offres, l'entreprise soumissionnaire est exclue. Ainsi, dans de tels cas, les invitations sont faites avec la réserve que les soumissionnaires devront prouver leur aptitude. Dans la mesure où ceux-ci savent dès lors qu'ils ne sont pas préqualifiés en déposant leurs offres mais que l'autorité adjudicatrice doit encore se prononcer sur leur aptitude, leur éventuelle exclusion pour défaut d'aptitude ne lèse pas une confiance justifiée en leur préqualification, ni les rapports précontractuels (Dominik KUONEN, op. cit., p. 178).

b. Au regard de cette exception aux principes rappelés plus haut, et contrairement à ce que soutient la recourante, la CCA était autorisée, sur le principe, à examiner l'offre sous l'angle de critères d'aptitude déterminés précisément, pour autant que l'autorité en ait expressément informé l'invitée et n'ait pas été en mesure de connaître si cette dernière remplissait ou non ces critères (dans ce sens, notamment, ATA/1056/2015 précité consid. 7).

Ces deux conditions sont en l'espèce respectées. En effet, d'une part, la société a été expressément rendue attentive, par les chapitres 1, 12 et 13 du dossier d'appel d'offres, que tous ses collaborateurs devaient être au bénéfice d'un certificat de bonne vie et mœurs ainsi que d'un extrait de casier judiciaire vierge. D'autre part, l'intimée était à l'évidence dans l'impossibilité objective de connaître le contenu des extraits de casier judiciaire des employés de la recourante avant la réception de son offre.

- 10/13 - A/3591/2016

C'est en vain que la recourante soutient avoir cru de bonne foi que le contenu des extraits de casier judiciaire produits, notamment le type d'infraction éventuellement inscrit, serait examinés par l'intimée afin de déterminer s'il pouvait avoir une incidence sur la probité et les compétences professionnelles de son personnel pour remplir le marché, comme prévu au chapitre 12 ch. 3 du dossier d'appel d'offres. En effet, il ressort sans aucune ambiguïté dudit dossier que l'existence d'un extrait de casier judiciaire non vierge, c'est-à-dire contenant au moins une infraction, entraînerait l'élimination de l'offre.

Ce grief est donc rejeté.

**E. 5**

a. L'art. 16 RMP prescrit que toute discrimination des candidats ou des soumissionnaires est interdite, en particulier par la fixation de délais ou de spécifications techniques non conformes à l'art. 28 RMP, par l'imposition abusive de produits à utiliser ou le choix de critères étrangers à la soumission (al. 1), et que le principe de l'égalité de traitement doit être garanti à tous les candidats et soumissionnaires et dans toutes les phases de la procédure (al. 2).

Aux termes de l'art. 33 RMP, l'autorité adjudicatrice définit des critères d'aptitude conformément à l'art. 24 RMP – à teneur duquel elle choisit des critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché, et doit les énoncer clairement et par ordre d'importance au moment de l'appel d'offres (cf. aussi art. 13 let. d AIMP) – ; elle peut exiger des soumissionnaires des justificatifs attestant leur capacité sur les plans financier, économique, technique, organisationnel et du respect des composantes du développement durable, tels que : a) preuve que le candidat exerce une activité en rapport avec celle dont relève la soumission, par exemple sous forme d'un extrait du registre du commerce ou d'un registre professionnel ; b) déclaration indiquant l'effectif de la main-d'œuvre permanente et le nombre d'apprentis ; c) extrait du registre des poursuites et faillites ; d) pièces comptables ; e) certificat de qualité.

Un critère d'aptitude ne se pondère ni ne se compense ; soit il est réalisé, soit il ne l'est pas (ATF 141 II 353 consid. 7.2).

À teneur de l'art. 42 RMP, l'offre est écartée d'office notamment lorsque le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non conforme aux exigences ou au cahier des charge (al. 1 let. a) ou ne répond pas ou plus aux conditions pour être admis à soumissionner (al. 1 let. b) ; l'autorité adjudicatrice peut également écarter l'offre d'un soumissionnaire qui a commis des infractions graves dans le cadre de son activité professionnelle (al. 2 let. e) ; les offres écartées ne sont pas évaluées ; l'autorité adjudicatrice rend une décision d'exclusion motivée, notifiée par courrier à l'intéressé, avec mention des voies de recours (al. 3).

- 11/13 - A/3591/2016

b. En l'espèce, la recourante ne juge pas critiquable que l'intimée ait exigé un extrait de casier judiciaire pour les employés des soumissionnaires dans le but de vérifier qu'ils n'avaient pas commis d'infraction grave dans le cadre de leurs activités professionnelles. Elle conteste en revanche la pertinence de l'exigence de la CCA que les casiers judiciaires des employés soient totalement vierges, de même que la proportionnalité de son exclusion.

Selon l'intimée, l'exigence élevée et sévère de la « probité irréprochable et des compétences professionnelles de son personnel pour remplir le marché » (ch. du chapitre 12 du dossier d'appel d'offres) était liée au fait que les voitures sur lesquelles les entreprises adjudicatrices allaient devoir intervenir étaient dans la très grande majorité des véhicules de la police, cette dernière étant, de par la nature même de ses activités, une cible potentielle de nombreuses personnes malintentionnées qui pourraient utiliser contre elle des moyens techniques ou humains.

c. En vertu des art. 15 al. 1bis let. a AIMP et 55 let. a RMP, est réputé décision sujette à recours l'appel d'offres.

Conformément à la jurisprudence, les griefs à l'encontre de l'appel d'offres ne peuvent plus être invoqués dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision d'adjudication (ATF 130 I

241 consid. 4.2 ; 125 I 203 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.47/2004 du 6 avril 2004 ; ATA/821/2016 du 4 octobre 2016 consid. 4 ; ATA/360/2014 du 20 mai 2014 ; ATA/399/2012 du 26 juin 2012). Le Tribunal fédéral a en outre déjà jugé qu'il était admissible d'exiger des candidats qu'ils contestent immédiatement les documents d'appels d'offres prétendument incomplets ou entachés d'autres vices de forme lors de la procédure d'appel d'offres déjà et non dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision d'adjudication (ATF 130 I 241 consid 4.2 ; 129 I 313 consid. 6.2 ; 125 I 203).

d. Dans le cas présent, la recourante n'a pas contesté, par un recours ou d'une autre manière, le contenu du dossier d'appel d'offres – document central de l'appel d'offres –, dans les dix jours qui ont suivi la notification de l'invitation du 13 juillet 2016 ou de la communication de la CCA du 11 août 2016 contenant des précisions.

Or, d'une part, le dossier d'appel d'offres exigeait expressément la production par les entreprises soumissionnaires des extraits de casier judiciaire classiques vierges et certificats de bonne vie et mœurs de tous les collaborateurs, sous peine d'élimination. D'autre part, cette exigence pouvait être contestée, dans les dix jours dès notification, par un recours auprès de la chambre administrative, comme rappelé au chapitre 16 dudit dossier.

Dès lors, en n'ayant pas contesté cette exigence dans ce délai devant la chambre de céans, la recourante est forclosée à remettre en cause la pertinence de

- 12/13 - A/3591/2016 ce critère d'aptitude et la proportionnalité de son exclusion, dans le cadre de la présente procédure.

Enfin, il est incontesté – et incontestable – que la recourante a produit l'extrait de casier judiciaire non vierge de l'un de ses employés et qu'elle n'a, partant, pas rempli une exigence stricte contenue dans le dossier d'appel d'offres.

e. Vu ce qui précède, c'est à bon droit, conformément à l'art. 42 RMP, sans excès ou abus de son pouvoir d'appréciation, que l'intimée a écarté l'offre de la recourante sans l'avoir évaluée.

## **E. 6**

En définitive, la décision querellée est en tous points conformes au droit et les griefs de la recourante infondés, de sorte que le recours sera rejeté.

Le présent arrêt au fond rend sans objet la requête de restitution de l'effet suspensif et met évidemment fin à l'interdiction de conclure un contrat d'exécution de l'offre contenue dans la lettre de la chambre de céans du 24 octobre 2016.

## **E. 7**

Vu l'issue du litige et compte tenu de l'absence de décision sur effet suspensif, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA), la CCA, rattachée à l'administration cantonale et disposant d'un service juridique, n'y ayant pas droit.

\* \* \* \* \*