

## **GE\_GERICHTE ATA/149/2018 vom 20. Februar 2018**

GE Cour de justice, 2018-02-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_149\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_149_2018)

FR: GE\_GERICHTE ATA/149/2018 du 20 février 2018

IT: GE\_GERICHTE ATA/149/2018 del 20 febbraio 2018

### **Regeste**

Résumé: Admission des recours du soumissionnaire exclu de la procédure dont l'offre remplissait tous les points du cahier des charges. Décision d'adjudication viciée en raison du procédé suivi par l'autorité adjudicatrice.

### **Erwägungen**

#### **E. 6**

octobre 2017 leur était accordé pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger. 29) Le 6 octobre 2017, Sogetri a persisté dans ses conclusions. Elle reprenait les termes de ses précédentes écritures, précisant que les SIG n'avaient pas même pris la peine de répondre à son recours du 21 juillet 2017 interjeté contre la décision d'adjudication, alors qu'elle avait largement critiqué les notes lui ayant été attribuées, ce qui violait son droit d'être entendue. Le fait que deux de ses références concernaient des marchés exécutés par M. SPERANDIO, qui était à présent son directeur d'exploitation, pour le compte d'une autre société, ne remettait pas en question leur pertinence, son expérience lui bénéficiant. Il en allait de même de la gestion d'un centre de tri automatisé, qui était une activité similaire à celle faisant l'objet du marché, et qui devait dûment être prise en considération. 30) a. Le 6 octobre 2017 également, les SIG ont conclu au rejet du recours de Sogetri du 12 juin 2017 et à ce que celui du 24 juillet 2017 soit déclaré irrecevable, subsidiairement à ce qu'il soit rejeté.

Ils reprenaient les termes de leurs précédentes écritures, précisant avoir fait un usage conforme au droit de leur pouvoir d'appréciation lors de l'adjudication. Les références fournies par Hecor concernaient directement l'entreprise, étaient en adéquation avec le marché et contenaient des éléments ne se limitant pas à une simple exploitation d'un centre de traitement des mâchefers mais démontraient qu'elle avait, en plus, pris des mesures d'optimisation, de maintenance et de nettoyage. Quant à Sogetri, dans la seule référence la concernant directement, elle s'était limitée à faire mention, parmi les mesures et compétences appliquées, d'une certification « ISO » en cours, non présentée dans l'offre, de l'utilisation d'électricité « verte » et d'autres mesures n'apportant aucune plus-value pour l'exploitation du site.

b. Ils ont annexé à leurs écritures des extraits du profil de M. SPERANDIO tiré de plusieurs sites internet indiquant qu'il travaillait pour l'entreprise Veolia Propreté. 31) Les 23 octobre et 10 novembre 2017, Sogetri a écrit au juge délégué. Les observations des SIG du 6 octobre 2017 étaient irrecevables, dans la mesure où ils n'avaient pas répondu au recours portant sur la décision d'adjudication dans le délai imparti, soit le 1er septembre 2017. Ils ne pouvaient par conséquent utiliser le délai fixé au 6 octobre 2017 à d'autres fins que pour formuler des observations complémentaires.

- 11/18 - A/2571/2017 32) Le 13 novembre 2017, le juge délégué a informé Sogetri que le délai de clôture d'instruction, qui était fixé à toutes les parties, permettait à celles-ci de s'exprimer, quand bien même elles ne l'avaient pas fait auparavant, lui rappelant qu'elle pouvait exercer son droit à la réplique d'ici au 24 novembre 2017, après quoi la cause serait gardée à juger. 33) Le 24 novembre 2017, Sogetri a répliqué, persistant dans les conclusions et termes de ses précédentes écritures.

Dès lors que dans leurs écritures du 6 octobre 2017 les SIG répondaient à son recours du 21 juillet 2017, ce qu'ils n'avaient pas fait dans le délai leur ayant été imparti au 1er septembre 2017, elles étaient irrecevables, sous peine de contrevenir au principe d'égalité des armes. Pour le surplus, elle reprenait les termes de ses précédentes écritures. 34) Sur quoi, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 1)

Interjetés devant la juridiction compétente, les recours sont recevables de ce point de vue (art. 15 al. 1 et 1bis let. d et e 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'AIMP du 12 juin 1997 - L-AIMP - L 6 05.0 ; art. 55 let. c et e et 56 al. 1 RMP ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05). 2) a. Le délai de recours contre les décisions de l'adjudicateur est de dix jours (art. 15 al. 2 AIMP ; art. 56 al. 1 RMP) et court dès le lendemain de leur notification (art. 62 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10, applicable en vertu de l'art. 3 al. 4 L-AIMP). Lorsqu'une personne à qui une décision devait être notifiée ne l'a pas reçue, sans sa faute, le délai de recours court du jour où cette personne a eu connaissance de la décision (art. 62 al. 6 LPA).

b. En l'espèce, les deux décisions contestées ne sont pas datées mais se réfèrent à la date du timbre postal, non communiquée à la chambre de céans. La recourante allègue, sans avoir été contredite par les intimés, avoir reçu la décision d'exclusion du marché le 31 mai 2017 et eu connaissance de celle adjugeant le marché à Hecor dans le cadre des écritures des intimés du 7 juillet 2017, qui lui ont été transmises le 10 juillet 2017, étant précisé que cette dernière décision ne lui a pas été notifiée, malgré sa demande, contrairement à l'art. 45 al. 1 RMP, comme l'atteste le courrier des SIG du 20 juillet 2017. Interjetés respectivement les 12 juin et 21 juillet 2017, dans le respect du délai de dix jours, les recours sont également recevables de ce point de vue.

- 12/18 - A/2571/2017

Par ailleurs, en tant que soumissionnaire exclue, la recourante a qualité pour recourir, le marché n'ayant au demeurant pas encore été conclu. 3) a. La recourante soutient que les écritures des intimés du 6 octobre 2017 seraient irrecevables, et donc qu'elles devraient être retirées du dossier, au motif qu'ils étaient forclos à répondre à son recours du 21 juillet 2017, n'ayant pas utilisé le délai qui leur a été imparti au 1er septembre 2017 à cette fin.

b. Selon l'art. 73 al. 1 LPA, l'autorité qui a pris la décision attaquée et toutes les parties ayant participé à la procédure de première instance sont invitées à se prononcer sur le recours. La juridiction peut autoriser une réplique et une duplique si ces écritures sont estimées nécessaires (art. 74 LPA). Dans les cas prévus aux art. 73 et 74 LPA, la juridiction administrative fixe les délais dans lesquels les parties doivent produire leurs écritures (art. 75 LPA).

c. En l'espèce, les intimés n'ont pas répondu au recours du 21 juillet 2017 à l'issue du délai qui leur était imparti à cette fin, échéant au 1er septembre 2017, en ne produisant aucune détermination. Ce seul élément ne saurait conduire à ce que leurs écritures subséquentes, du 6 octobre 2017, soient retirées du dossier, dans la mesure où le délai de clôture d'instruction leur permettait de s'exprimer sur l'ensemble de la procédure, quand bien même ils ne l'avaient pas fait auparavant. Les intimés ont au surplus produit leurs déterminations dans le délai fixé à cette fin et la recourante a été en mesure de répliquer, ce qu'elle a fait en produisant ses observations du 24 novembre 2017. 4)

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). 5) a. La recourante conteste son exclusion du marché, au motif qu'elle serait arbitraire et contraire à l'interdiction du formalisme excessif.

b. Les conditions pour être admis à soumissionner sont mentionnées aux art. 31 ss RMP. L'offre est écartée d'office lorsque le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non-conforme aux exigences ou au cahier des charges (art. 42 al. 1 let. a RMP). 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 (art. 42 al. 3 RMP). 6) a. Comme la chambre administrative l'a rappelé à plusieurs reprises, le droit des marchés publics est formaliste. L'autorité adjudicatrice doit procéder à l'examen de la recevabilité des offres et à leur évaluation dans le respect de ce formalisme (ATA/1446/2017 du 31 octobre 2017 ; ATA/732/2016 du 30 août 2016 ; ATA/641/2016 du 26 juillet 2016), qui permet de protéger

- 13/18 - A/2571/2017 notamment le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires garanti par l'art. 16 al. 2 RMP (ATA/490/2017 du 2 mai 2017 et les références citées).

L'interdiction du formalisme excessif, tirée de la garantie à un traitement équitable des administrés énoncée à l'art. 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), interdit d'exclure une offre présentant une informalité de peu de gravité. C'est dans ce sens que des erreurs évidentes de calcul et d'écriture peuvent être rectifiées (art. 39 al. 2 RMP) et que des explications peuvent être demandées aux soumissionnaires relatives à leurs aptitudes et à leurs offres (art. 40 et 41 RMP). Le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires impliquent de ne procéder à ce type de questionnement que de manière restrictive, et seulement lorsque l'offre est, au demeurant, conforme aux conditions de l'appel d'offres (Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/ Nicolas MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 110 ; Olivier RODONDI, La gestion de la procédure de soumission, in Droit des marchés publics, 2008, p. 186 n. 63). À cet égard, même les auteurs qui préconisent une certaine souplesse dans le traitement des informalités admettent que l'autorité adjudicatrice dispose d'un certain pouvoir d'appréciation quant au degré de sévérité dont elle désire faire preuve dans le traitement des offres, pour autant qu'elle applique la même rigueur, respectivement la même flexibilité, à l'égard des différents soumissionnaires (ATA/490/2017 précité ; ATA/732/2016 précité ; ATA/175/2016 du 23 février 2016). La garantie constitutionnelle de l'interdiction du formalisme excessif n'oblige pas le pouvoir adjudicateur à interpellier un soumissionnaire en présence d'une offre défailante (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.5).

b. Ces principes valent notamment pour la phase d'examen de la recevabilité des soumissions. Lors de celle-ci, l'autorité adjudicatrice doit examiner si les offres présentées remplissent les conditions formelles pour participer à la procédure d'évaluation proprement dite et il est exclu d'autoriser un soumissionnaire à modifier la présentation de son offre, à y apporter des compléments ou à transmettre de nouveaux documents. En outre, en matière d'attestation, l'autorité adjudicatrice peut attendre d'un soumissionnaire qu'il présente les documents requis, rédigés d'une manière qui permette de déterminer, sans recherche complémentaire, interprétation ou extrapolation, si celui-ci remplit les conditions d'aptitude ou d'offre conformes à ce qui est exigé dans le cahier des charges (ATA/1446/2017 précité ; ATA/490/2017 précité ; ATA/175/2016 précité).

L'épuration des offres consiste en un examen approfondi des indications techniques et des chiffres figurant dans les offres, afin de rendre les offres objectivement comparables entre elles. Elle constitue un préalable à la phase

- 14/18 - A/2571/2017 d'évaluation des offres sur la base des critères d'adjudication. Si l'offre proposée n'est pas conforme aux conditions de l'appel d'offres, elle sera exclue comme non conforme à l'objet du marché (ATA/490/2017 précité ; ATA/1216/2015 du

## **E. 10**

novembre 2015 et les références citées). 7) a. Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. À cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, si elle a été adoptée sans motif objectif ou en violation d'un droit certain. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 138 I 232 consid. 6.2 ; 138 I 49 consid. 7.1 ; 137 I 1 consid. 2.4 ; 136 I 316 consid. 2.2.2). La chambre administrative suit le raisonnement du Tribunal fédéral en la matière (ATA/1445/2017 du 31 octobre 2017 et les références citées).

b. Le principe de la bonne foi entre administration et administré, exprimé aux art. 9 et 5 al. 3 Cst., exige que l'une et l'autre se comportent réciproquement de manière loyale. En particulier, l'administration doit s'abstenir de toute attitude propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 129 I 161 consid. 4 ; 129 II 361 consid. 7.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_1013/2015 du 28 avril 2016 consid. 3.1). Par ailleurs, la jurisprudence a tiré du principe de la bonne foi et de l'interdiction du formalisme excessif le devoir qui s'impose à l'administration, dans certaines circonstances, d'informer d'office le justiciable qui commet ou s'apprête à commettre un vice de procédure, à condition que celui-ci soit aisément reconnaissable et qu'il puisse être réparé à temps, le cas échéant dans un bref délai (ATF 125 I 166 consid. 3a ; 124 II 265 consid. 4a ; arrêts du Tribunal fédéral 1C\_39/2013 du 11 mars 2013 consid. 2.1 et 2.3 ; 2C\_165/2012 du 29 mai 2012 consid. 5.1). 8) a. En l'espèce, les intimés ont exclu la recourante de la procédure au motif que son offre ne répondrait pas au cahier des charges du marché et qu'elle aurait modifié son offre par une personne non autorisée à la représenter, au demeurant postérieurement à la clôture des soumissions, ce

que Sogetri conteste.

b. Sur la base des chiffres d'exploitation 2015, la recourante a présenté une offre prévoyant un intéressement de 10 % en faveur des intimés, lesquels soutiennent qu'un taux de 5 % devait être respecté par les soumissionnaires, conformément à la proposition de contrat leur ayant été remise.

- 15/18 - A/2571/2017

Les intimés ne sauraient être suivis sur ce point. Bien que ce document contienne un tel taux d'intéressement en leur faveur, il ne résulte que de cette seule proposition de contrat qui, comme son titre l'indique, ne peut être considéré autrement que comme une proposition, sujette à négociations entre les parties une fois le marché adjugé, ce d'autant au regard de la teneur du cahier des charges qui devait être restitué à l'autorité adjudicatrice, paraphé et signé. En effet, le ch. 4 du cahier des charges indique clairement que le taux de la rétribution en faveur des SIG résulte d'une clef de répartition « prestataire/SIG » proposée par le prestataire et fixée lors de la signature du contrat d'exploitation. Les intimés ont du reste admis devant la chambre de céans le manque de clarté de ces documents, auxquels la recourante pouvait de bonne foi se fier pour présenter une rétribution de 10 % en faveur des SIG, lesquels ne peuvent prétendre à l'existence d'une erreur que la recourante aurait dû immédiatement signaler. Le fait que la recourante ait paraphé la proposition de contrat, qui ne faisait au demeurant pas partie des documents à remettre à l'adjudicateur, ou que l'autre soumissionnaire ait présenté une offre comportant une rétribution de 5 % ne saurait conduire à un autre constat.

De plus, contrairement à ce qu'indique la décision entreprise, le courriel de la recourante du 20 mars 2017 ne peut être considéré comme une modification de son offre intervenue après la clôture de la procédure, dès lors que les SIG lui ont expressément demandé, par courriel du 15 mars 2017, de leur présenter une offre complémentaire comportant une rétribution de 5 % afin qu'elle puisse opérer une comparaison « avec les autres offres reçues ».

c. L'argument selon lequel ce courriel ne pouvait être pris en compte au motif qu'il n'était pas signé par les personnes autorisées selon le RC apparaît également contraire à la bonne foi. S'il est vrai que le courriel de la recourante du 20 mars 2017 émanait de M. VIALENC seul et que l'exigence de la signature à deux s'applique autant en droit privé qu'en procédure administrative (ATA/21/2014 du 14 janvier 2014), il n'en demeure pas moins qu'il était la personne de référence pour le projet et que M. CALZOLARI recevait ce message en copie. À cela s'ajoute que les intimés n'ont pas requis de la recourante qu'elle réponde à son courriel du 15 mars 2017 par courrier ordinaire, ni n'ont relevé cette prétendue informalité en permettant à leur destinataire d'y remédier.

d. Quant à l'argument des intimés soulevé pour la première fois devant la chambre de céans, selon lequel l'offre de la recourante devait également être exclue en raison d'une modification des coûts d'électricité, il doit être écarté, la décision litigieuse se référant uniquement au courriel du 20 mars 2017 en lien avec la rétribution de 5 %. Au surplus, le courriel des intimés du 15 mars 2017 demandait expressément à la recourante de préciser les coûts des énergies, qui leur semblaient sous-évalués, de sorte qu'ils pouvaient s'attendre à ce que ceux-ci soient augmentés. Par ailleurs, la question du prix n'a pas été soulevée directement dans la décision d'exclusion.

- 16/18 - A/2571/2017

e. Il s'ensuit que le recours contre l'exclusion de la recourante sera admis et la décision litigieuse annulée. 9)

Se pose encore la question du sort du recours interjeté le 21 juillet 2017 contre la décision adjugeant le marché à l'appelée en cause, qui apparaît viciée.

En effet, outre le procédé peu compréhensible suivi par les SIG ayant consisté à exclure la recourante du marché tout en procédant tout de même à l'évaluation de son offre sans jamais communiquer le résultat de cette évaluation, la décision d'adjudication a été rendue alors même que les intimés ignoraient quel sort serait réservé à la décision d'exclusion, à l'encontre de laquelle Sogetri a recouru et s'est vu octroyer l'effet suspensif à son recours le 15 août 2017. La décision d'adjudication n'a du reste jamais été notifiée à la recourante, comme l'indique le courrier des SIG du 20 juillet 2017, Sogetri ayant pris connaissance de l'adjudication du marché en faveur de l'appelée en cause incidemment, dans le cadre des écritures des intimés du 7 juillet 2017. Ceux-ci ne pouvaient ainsi pas d'emblée adjuger le marché, la décision d'exclusion n'étant pas sans incidence sur la décision d'adjudication. Le fait que les intimés aient tout de même procédé à l'évaluation de l'offre de la recourante n'y change rien et ne saurait occulter de tels manquements, l'ensemble de ces éléments laissant au contraire apparaître un parti pris en faveur de l'entreprise en place.

Le recours sera par conséquent admis. Viciée, la décision d'adjudication sera annulée. Le dossier sera renvoyé aux intimés pour nouvelle décision d'adjudication, étant précisé que, dans ce cadre, les deux offres, soit celle de la recourante et celle de l'appelée en cause, devront être à nouveau évaluées. 10) Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge des intimés, qui en sont dispensés de par la loi (art. 87 al. 1, 2ème phr., LPA), ni de l'appelée en cause, qui n'a pris aucune conclusion sur le fond. Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à la recourante, qui y a conclu, à la charge des intimés (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

- 17/18 - A/2571/2017

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.