

GE_GERICHTE ATA/1716/2019 vom 26. November 2019

GE Cour de justice, 2019-11-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1716_2019

FR: GE_GERICHTE ATA/1716/2019 du 26 novembre 2019

IT: GE_GERICHTE ATA/1716/2019 del 26 novembre 2019

Regeste

Résumé: Violation du droit d'être entendu du soumissionnaire, le pouvoir adjudicataire ne lui ayant pas indiqué que son offre était exclue parce qu'elle était considérée anormalement basse. Le pouvoir adjudicateur a omis de demander au soumissionnaire de justifier ses prix avant de prononcer la décision d'exclusion. Les explications fournies par la recourante en cours de procédure étant convaincantes, c'est à tort que son offre a été écartée comme étant anormalement basse. L'offre de la recourante doit faire l'objet d'un nouvel examen en vue de l'adjudication du marché.

Erwägungen

E. 12

septembre 1985 (LPA - E 5 10) et compte tenu du caractère peu formaliste de cette disposition légale (ATA1229/2019 précité consid. 1b et les arrêts cités), les

- 14/22 - A/3871/2019 conclusions du recours au fond sont certes en tant que telles imprécises puisqu'elles tendent au renvoi de la cause à l'OCBA afin qu'il rende une nouvelle décision au sujet de son offre, dans le sens des considérants de son recours. Néanmoins, elles ne sont pas équivoques et permettent de saisir sans ambiguïté la volonté de la recourante, soit l'annulation de la décision d'écarter son offre puis de voir cette dernière être évaluée avant le prononcé de l'adjudication, comme le montre son argumentation contestant que son offre serait anormalement basse. Ceci implique une conclusion également en annulation de la décision d'adjudication. Le recours est ainsi recevable. 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 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 deniers publics (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). 3) a. En présence d'une offre qui serait anormalement basse, l'autorité adjudicatrice a l'obligation, selon l'art. 41 RMP, de demander au soumissionnaire concerné de justifier ses prix en fournissant des renseignements complémentaires (arrêt du Tribunal fédéral 2D_44/2009 du 30 novembre 2009 consid. 4 ; ATA/633/2008 du 16 décembre 2008), et cela dans la forme prévue à l'art. 40 al. 2 RMP, soit en principe par écrit, et s'ils sont recueillis au cours d'une audition, en

établissant un procès-verbal signé par les personnes présentes. 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 (art. 42 al. 1 let. e RMP) et qu'elle ne participe pas à la phase d'évaluation des offres (art. 42 al. 3 1ère phr. RMP).

b. Une offre particulièrement favorable, le cas échéant même si elle est inférieure au prix de revient – pour autant que ceci ne soit pas obtenu par des moyens illégaux (Peter GALLI/André MOSER/Élisabeth LANG/Marc STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht, 2013, p. 525 n. 1126) –, 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 et qu'il remplit les critères d'aptitude et les conditions légales réglementant l'accès à la procédure (ATF 141 II 353 consid. 8.3.2 ; 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 du 23 février 2007 consid. 4.3 ; ATA/1229/2019 précité - 15/22 - A/3871/2019 consid. 4; Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 195 n. 313 ; Peter GALLI/André MOSER/Élisabeth LANG/Marc STEINER, op. cit., p. 517).

Si le prix proposé apparaît trop bas, en particulier parce qu'il s'écarte de plus de 30 % de la moyenne des offres rentrées ou du prix « juste » déterminé à l'avance par le pouvoir adjudicateur, le soumissionnaire doit être formellement interpellé pour s'expliquer et justifier le prix avantageux qu'il offre (Bertrand REICH, Le prix, in *Aktuelles Vergaberecht 2016 / Marchés publics 2016*, p. 429 ss, spéc. 440 n. 61). Dans l'hypothèse où les renseignements obtenus de sa part ne sont pas convaincants et laissent apparaître un risque d'insolvabilité, son offre pourra être écartée (ATF 130 I 241 consid. 7.3 ; ATA/1229/2019 précité consid. 4 ; Bertrand REICH, op. cit., 440 n. 61). Elle pourra l'être notamment si elle constitue une tentative de dumping illicite ou que l'entreprise en cause n'est pas capable de réaliser les travaux pour le prix offert (ATA/633/2008 précité consid. 4), si le prix excessivement bas constitue un indice de l'inexpérience du soumissionnaire ou du fait qu'il ne respecte pas les conditions sociales de travail (Étienne POLTIER, op. cit., p. 195 n. 313). L'élément essentiel pour fonder la décision est la capacité du soumissionnaire à exécuter l'offre dans le respect de l'appel d'offres et des exigences légales, et non pas la couverture de ses frais (arrêt ADM 119/2012 de la Cour administrative du canton du Jura du 21 novembre 2013, cité par DC/BR 2014 p. 204).

c. En matière de marchés publics, le droit matériel laisse en principe une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur, en particulier dans la phase de l'appréciation et de la comparaison des offres, l'autorité judiciaire ne pouvant intervenir qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur (ATF 141 II 353 consid. 3 ; ATA/970/2019 du 4 juin 2019 consid. 5b). 4) a. Le droit d'être entendu, 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. L'autorité n'est toutefois pas tenue de prendre position sur tous les moyens des parties ; elle peut se limiter aux questions décisives, mais doit se prononcer sur celles-ci (ATF 138 I 232 consid. 5.1 ; 137 II 266 consid. 3.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_597/2013 du 28 octobre 2013 consid. 5.2 ; 2C_713/2013 du 22 août 2013 consid. 2 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2018, p. 531 n. 1573). Il suffit, du point de vue de la motivation de la décision, 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).

La réparation d'un vice de procédure en instance de recours et, notamment, du droit d'être entendu, n'est possible que lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure (ATF 138 I 97 consid. 4.16.1 ; 137 I 195 consid. 2.3.2 ; 133 I 201 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral

- 16/22 - A/3871/2019 1C_533/2012 du 12 septembre 2013 consid. 2.1 ; ATA/1039/2019 du 18 juin 2019 consid. 4 ; ATA/747/2016 du 6 septembre 2016 consid. 4e et la doctrine citée). Elle dépend toutefois de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception (ATF 126 I 68 consid. 2 et la jurisprudence citée) ; elle peut cependant se justifier en présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 ; 136 V 117 consid. 4.2.2.2 ; 133 I 201 consid. 2.2 ; ATA/1039/2019 précité consid. 4 ; ATA/666/2015 du 23 juin 2015 consid. 2b et les arrêts cités). En outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ATA/1039/2019 précité consid. 4 ; ATA/453/2017 du 25 avril 2017 consid. 5c ; ATA/747/2016 précité consid. 4e et les références citées).

b. En matière de marchés publics, l'obligation de motiver tirée du droit d'être entendu se manifeste par le devoir qu'a l'autorité d'indiquer au soumissionnaire évincé les raisons du rejet de son offre. Ce principe est concrétisé par les art. 13 let. h AIMP et 45 al. 1 RMP, qui prévoient que les décisions d'adjudication sont sommairement motivées (ATA/994/2019 du 5 juin 2019 consid. 4a ; ATA/492/2018 du 22 mai 2018 consid. 6b). Lorsqu'une offre est écartée sans être évaluée, notamment dans l'hypothèse de l'art. 42 al. 1 let. e RMP, 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). 5)

En l'espèce, concernant le devoir de motivation, l'intimé ne s'est, dans sa décision du 8 octobre 2019 querellée, pas déterminé sur les explications circonstanciées et pièces présentées le 13 septembre 2019 par la recourante, mais s'est contenté d'indiquer qu'elles étaient insuffisantes, l'assertion selon laquelle elles ne permettaient pas de conclure à sa capacité à exécuter à satisfaction les travaux mis en soumission ne constituant pas une motivation, même sommaire, mais une conclusion. À réception de cette décision, il était impossible à la recourante de connaître les motifs conduisant à la conclusion que son offre était anormalement basse.

Ce n'est que dans la réponse au recours que le DI a exposé les motifs d'exclusion de l'offre considérée comme anormalement basse, ce qui rend d'ailleurs légitime, contrairement à ce que soutient l'intimé, le fait que la recourante ait présenté dans le cadre de sa réplique de nouveaux éléments et pièces répondant à ces motifs.

Vu l'exercice par la recourante de son droit d'être entendue à ce sujet, de manière circonstanciée, même une motivation sommaire telle qu'admise pour des décisions d'adjudication (ATA/994/2019 précité consid. 4a) aurait été

- 17/22 - A/3871/2019 insuffisante. Au demeurant, par l'ATA/1229/2019, le département a été rendu attentif à la nécessité qu'une nouvelle décision d'exclusion de l'offre devrait être motivée.

La question d'une éventuelle réparation de ce vice de procédure par la réponse au fond de l'intimé se pose. Un renvoi de la cause à celui-ci pour la seule violation de l'obligation de motivation serait cependant contraire au principe d'économie de la procédure, au vu des considérants qui suivent. 6) a. Pour ce qui est du fond, à savoir de la question de savoir si l'offre de la recourante est ou non anormalement basse, l'ATA/1229/2019 précité a retenu qu'elle paraissait l'être, ce au sens de l'art. 41 RMP, donc avant la tentative de justification des prix par la recourante. Ladite offre ne peut être écartée qu'en l'absence d'une telle justification, conformément à l'art. 42 al. 1 let. e RMP, ce qu'il y a lieu d'examiner ci-après.

b. Tout d'abord, même en l'absence de grief de la recourante sur ce point, il est hautement problématique, sous l'angle des principes de la transparence (art. 1 al. 3 let. c AIMP), de l'égalité de traitement et de la non-discrimination (art. 1 al. 3 let. b et 11 let. a AIMP ainsi que 16 RMP), ainsi que de la bonne foi (art. 9 et 5 al. 3 Cst.), que l'intimé ait après l'ATA/1229/2019 précité, sans explications et au détriment de la seule recourante, renoncé à l'estimation du marché (devis général) qu'il avait effectuée à hauteur de CHF 311'044.- (rapport d'adjudication validé le 4 juillet 2019) au motif que la typologie des fenêtres avait été modifiée à la suite des discussions avec l'OPS sur la validation des plans d'exécution (rapport d'adjudication validé le 8 octobre 2019).

Or, dans la mesure où la typologie des fenêtres a été décrite de manière précise dans le document d'offre, la position de l'OPS était connue du département avant la publication de l'appel d'offres. En outre, la chambre de céans ne voit pas en quoi les souhaits de l'OPS, probablement afférents aux seules questions de patrimoine et d'insertion harmonieuse des fenêtres dans le bâtiment, auraient pu renchérir le marché au point de porter l'estimation à la moyenne des offres reçues, à un peu plus de CHF 430'000.-.

Rien ne permet donc de s'écarter de l'estimation initiale de CHF 311'044.-. Le prix de l'offre de la recourante lui serait inférieur de 32 % s'agissant du montant de l'offre à l'ouverture (CHF 211'586.40), pourcentage qui doit cependant être ramené à 28 % vu le montant de l'offre contrôlée (CHF 224'551.44), soit moins de 30 % par rapport au prix « juste » déterminé à l'avance par le pouvoir adjudicateur, ce qui constitue un argument en défaveur du caractère anormalement bas de l'offre en cause.

- 18/22 - A/3871/2019

c. Le premier argument du DI à l'appui de sa conclusion selon laquelle l'offre de la recourante est anormalement basse consiste dans le prix des cadres considéré comme bas, s'agissant d'une « technologie de pointe », relativement complexe.

À teneur de la lettre de la recourante du 13 septembre 2019, les douze cadres coûtent au total CHF 11'972.-, soit quasiment CHF 1'000.- par pièce, ce à quoi s'ajoutent les systèmes de motorisation à concurrence de CHF 29'971.- au total. Les cadres, comprenant la motorisation, fabriqués au Portugal coûtent donc au total CHF 41'943.- HT, ce qui correspond au devis de Josefara SA du 26 mars 2019 pour EUR 36'460.- HT si on applique un taux de change de 1,15. Cela revient à CHF 3'495.25 la pièce.

Dans l'appréciation du prix, les cadres ne sauraient être séparés des vitrages, en l'occurrence CHF 43'498.- HT (CHF 45'233.45 HT et CHF 48'716.45 TTC selon le devis du fournisseur suisse), ce qui, ajouté au prix total des cadres, donne CHF 85'441.- HT comme indiqué au début du courrier du 13 septembre 2019, soit CHF 92'020.- TTC, donc CHF 7'120.- HT, respectivement CHF 7'668.- TTC la fenêtre dont les dimensions sont de

l'ordre de 1,3 m sur 3 m.

Ce prix de CHF 7'668.- TTC la fenêtre d'une taille non négligeable (sans la pose) paraît relativement bas, au regard notamment de la complexité et haute technologie de ce produit. Ce prix est toutefois attesté par les devis de Flachglas Wikon AG et de Josef SA, sans que des indices précis – qui auraient dû être énoncés par l'intimé – n'en remettent en cause l'authenticité et le sérieux. Il est précisé que le département a admis que les cadres des fenêtres proposées par la recourante étaient conformes au cahier des charges.

Au surplus, le caractère apparemment relativement bas du prix des cadres avec motorisation proposés par la recourante est justifié, à tout le moins en grande partie, par certaines spécificités, à savoir la réalisation par celle-ci dans les ateliers d'une entreprise appartenant à son groupe et ce au Portugal, pays dans lequel, à l'instar de l'Espagne (ATA/1389/2019 du 17 septembre 2019 consid. 8), la main d'œuvre est notoirement moins chère qu'en Suisse.

Enfin, dans sa duplique, l'intimé n'a pas contesté les explications fournies par la recourante dans sa réplique, se contentant de les considérer, à tort, comme tardives.

En définitive, les griefs de l'intimé quant aux prix des cadres ne permettent pas de remettre en cause leur réalité.

d. Le second argument du département remet en cause la crédibilité des 204 heures – plutôt 200 heures ([11,5 jours x 8 heures x 2 poseurs] + [4 heures x 4 poseurs]) – de pose selon l'offre de la recourante, durée qu'il considère comme largement insuffisante.

- 19/22 - A/3871/2019

L'intimé n'indique toutefois pas le nombre d'heures de pose qui serait réaliste pour exécuter le marché public en cause et il ne répond aucunement au grief de la recourante, *prima facie* non dénué de pertinence, selon lequel 816 heures de pose pour douze fenêtres selon l'offre de Metaloid, soit 68 heures (à deux poseurs) ou 4,25 jours de 8 heures (aussi à deux poseurs) par fenêtre, seraient un nombre beaucoup trop élevé.

Or, une moyenne de presque une journée par cadre (11,5 jours / 12), y compris livraison, installation des précadres, préparation des cadres pour la livraison des vitrages, finitions, branchement des moteurs, étanchéité et nettoyage, avec deux poseurs, pour des fenêtre relativement hautes (3 m) mais peu larges (1,3 m), n'apparaît en l'état pas impossible, même dans des murs usés par les siècles.

Certes, les fenêtres en cause présentent des spécificités susceptibles de compliquer leur pose. Toutefois, la recourante, sans sous-traitants, allègue, de manière crédible et sans être contredite, qu'elle serait entièrement, et non en partie comme ce serait le cas pour ses concurrents, dédiée à la fourniture et à la pose de fenêtres guillotine telles que celles ici en cause et qu'elle utiliserait des solutions permettant de réduire le temps de pose, à savoir en particulier, en plus de sa grande expérience, un pré-assemblage en atelier et la livraison des éléments déjà assemblés, y compris pour la motorisation, au chantier, prêts à l'emploi, ainsi que l'absence d'emploi de contrepoids.

Par ailleurs, le département ne démontre pas, ni même ne précise, en quoi le fait que le bâtiment dans lequel les fenêtres devraient être posées est classé, à grande valeur patrimoniale, et situé au milieu de la Vieille-Ville, donc aux moyens d'accès limités, compliquerait et rallongerait de manière substantielle la pose des fenêtres. À cet égard, dans

sa lettre du 13 septembre 2019, la recourante a expliqué que la livraison des cadres serait effectuée par grue de chantier ou camion grue/araignée à travers l'un des vides de maçonnerie du côté de la Promenade de la Treille, et son planning des travaux montre 4 heures avec quatre poseurs pour la livraison et pose des vitrages (à 95 kg la pièce) après la préparation durant les 4 heures précédentes des cadres pour y faire entrer les verres.

Sur ce point également, il ne peut pas être retenu que la recourante n'aurait pas justifié les prix de son offre conformément à l'art. 42 al. 1 let. e RMP.

e. Comme l'a indiqué l'intimé, les références présentées par la recourante, dans le cadre de la procédure contre son exclusion, ne peuvent pas faire l'objet d'une évaluation comme en vue d'une adjudication du marché à la meilleure offre (art. 43 RMP, par renvoi de l'art. 12 al. 2 RMP et, a contrario, de l'art. 42 al. 3 RMP).

- 20/22 - A/3871/2019

Néanmoins, les références produites par la recourante, notamment celle de London Giant, montrent qu'elle a acquis de l'expérience dans la fourniture et la pose de fenêtres telles que celles faisant l'objet du marché public en cause.

f. Vu ce qui précède, les renseignements fournis par la recourante apparaissent convaincants et ne laissent pas apparaître en eux-mêmes des risques d'insolvabilité, de dumping ou de non-respect des conditions sociales de travail, ni une inexpérience ou une incapacité de réaliser les travaux pour le prix offert, mais justifient les prix de son offre au sens de l'art. 42 al. 1 let. e RMP, de sorte que c'est à tort que son offre a été écartée comme étant anormalement basse.

Aucun des autres motifs d'exclusion prévus par l'art. 42 al. 1 et 2 RMP n'a été invoqué par le département, ni ne ressort du dossier, de sorte que l'offre de la recourante doit faire l'objet d'une évaluation en vue de l'adjudication du marché public à la meilleure offre conformément à l'art. 43 RMP.

Cette issue ne préjuge en rien de l'évaluation qui sera effectuée de l'offre de la recourante comme de celles des autres soumissionnaires, ni n'exclut que d'éventuels problèmes afférents aux critères d'adjudication soient relevés et examinés par le DI.

g. En conséquence, le recours sera admis, la décision querellée sera annulée tant en ce qu'elle adjuge le marché public à Metaloid qu'en ce qu'elle écarte l'offre de la recourante, et la cause sera renvoyée à l'intimé afin qu'il évalue cette offre dans le cadre de la procédure décrite à l'art. 43 RMP puis rende une nouvelle décision d'adjudication.

Le présent arrêt rend sans objet la requête de restitution de l'effet suspensif formulée par la recourante. 7)

Vu cette issue, une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à la recourante, à la charge de l'État de Genève. Aucun émolument ne sera mis à la charge de Metaloid bien qu'elle succombe, au vu des spécificités de la procédure (art. 87 al. 1 et al. 2 LPA).

* * * * *

- 21/22 - A/3871/2019

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