

GE_GERICHTE ATA/256/2016 vom 22. März 2016

GE Cour de justice, 2016-03-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_256_2016

FR: GE_GERICHTE ATA/256/2016 du 22 mars 2016

IT: GE_GERICHTE ATA/256/2016 del 22 marzo 2016

Regeste

Résumé: Le pouvoir adjudicateur n'a pas violé le droit ni excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que les attestations remises avec l'offre étaient périmées et en éliminant la recourante pour ce motif. Le fait qu'une employée du pouvoir adjudicateur ait invité la recourante à produire une attestation valide postérieurement à la date du dépôt des offres n'y change rien, même sous l'angle du principe de la bonne foi. Aucune promesse concrète n'a effectivement été donnée et cette indication erronée n'a pas amené la recourante à prendre des dispositions qu'elle ne saurait modifier sans en subir un préjudice.

Erwägungen

E. 1

a. Le marché public litigieux est soumis à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), à 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), ainsi qu'à la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

b. La chambre administrative est l'autorité compétente pour connaître des recours contre les décisions du pouvoir adjudicateur en matière de marchés publics (art. 3 L-AIMP ; 56 al. 1 RMP ; art 132 al. 1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05).

Les articles 15 al. 1 et al. 1bis let. e AIMP et 55 let. c RMP disposent que la décision d'exclusion du marché public peut faire l'objet d'un recours auprès de l'autorité juridictionnelle cantonale.

En vertu des art. 62 al. 1 let. b LPA, 15 al. 1 et 2 AIMP, 3 al. 1 L-AIMP et 56 al. 1 RMP, le recours est adressé à la chambre administrative dans les dix jours suivant la notification de la décision.

Le recours est ouvert au destinataire de ladite décision (art. 60 al. 1 let. a et b LPA).

c. En l'espèce, interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente par un soumissionnaire exclu du marché, le recours est recevable.

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 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

- 7/13 - A/3620/2015 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).

E. 3

Aux termes de l'art. 32 al. 1 RMP, ne sont prises en considération que les offres accompagnées, pour le soumissionnaire et ses sous-traitants, des documents suivants : a) attestations justifiant que la couverture du personnel en matière d'assurances sociales est assurée conformément à la législation en vigueur au siège du soumissionnaire et que ce dernier est à jour avec le paiement de ses cotisations ; b) attestation certifiant pour le personnel appelé à travailler sur territoire genevois : 1° soit que le soumissionnaire est lié par la convention collective de travail de sa branche, applicable à Genève, 2° soit qu'il a signé, auprès de l'office cantonal, un engagement à respecter les usages de sa profession en vigueur à Genève, notamment en ce qui concerne la couverture du personnel en matière de retraite, de perte de gain en cas de maladie, d'assurance-accident et d'allocations familiales ; c) attestation de l'autorité fiscale compétente justifiant que le soumissionnaire s'est acquitté de ses obligations en matière d'impôt à la source retenu sur les salaires de son personnel ou qu'il n'a pas de personnel soumis à cet impôt ; d) déclaration du soumissionnaire s'engageant à respecter le principe de l'égalité entre femmes et hommes.

L'alinéa 3 de cette disposition réglementaire précise que pour être valables, les attestations visées à l'al. 1 ne doivent pas être antérieures de plus de trois mois à la date fixée pour leur production, sauf dans les cas où elles ont, par leur contenu, une durée de validité supérieure.

E. 4

Toute entreprise soumise au respect des usages en vertu d'une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle doit en principe signer auprès de l'OCIRT un engagement de respecter les usages. L'office délivre à l'entreprise l'attestation correspondante, d'une durée limitée (art. 25 al. 1 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 LIRT - J 1 05).

E. 5

À teneur de l'art. 42 al. 1 let. a RMP, lorsque le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non conforme aux exigences ou au cahier des charges, l'offre est écartée d'office. 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).

E. 6

Comme la chambre de céans l'a rappelé à plusieurs reprises, le droit des marchés publics est formaliste et c'est dans le respect de ce formalisme que l'autorité adjudicatrice doit procéder à l'examen de la recevabilité des offres et à leur évaluation (ATA/1216/2015 du 10 novembre 2015 consid. 5 ; ATA/586/2015 du 9 juin 2015 consid. 11b ; ATA/361/2014 du 20 mai 2014 consid. 6b ; ATA/291/2014 du 29 avril 2014 consid. 5 ; ATA/271/2012 du 8 mai 2012 consid. 10 ; ATA/535/2011 du 30 août 2011 consid. 5).

- 8/13 - A/3620/2015

Ledit formalisme permet de protéger 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/175/2016 du 23 février 2016 consid. 4 ; ATA/129/2014 du 4 mars 2014 consid. 4 a contrario).

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/175/2016 du 23 février 2016 consid. 4 ; ATA/586/2015 précité consid. 11c; Olivier RODONDI, *Les délais en droit des marchés publics* in RDAF 2007 I 187 et 289).

Les principes précités valent notamment pour la phase d'examen de la recevabilité des soumissions (Olivier RODONDI, *op. cit.*, p. 186 n. 65). 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/175/2016 précité consid. 4 ; ATA/102/2010 du 16 février 2010, confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 et 2C_198/2010 du 30 avril 2010).

Le Tribunal fédéral a jugé que la garantie constitutionnelle de l'interdiction du formalisme excessif n'oblige pas le pouvoir adjudicateur à interpellier un

- 9/13 - A/3620/2015 soumissionnaire en présence d'une offre défailante (arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 précité consid. 6.5).

La chambre de céans s'est toujours montrée stricte dans ce domaine (ATA/535/2011 précité consid. 6 ; ATA/150/2006 du 14 mars 2006, notamment), ce que le Tribunal fédéral a constaté mais confirmé (arrêts du Tribunal fédéral 2C_418/2014 du 20 août 2014 ; 2C_197 et 198/2010 précité), la doctrine étant plus critique à cet égard (Olivier RODONDI, *op. cit.*,

p. 186 n. 64, et p. 187 n. 66).

E. 7

janvier 2010 par l'OCIRT. Ce document précise expressément que cet engagement ne vaut, en aucun cas, attestation du respect des usages. Dès lors, ce document ne peut être qualifié d'attestation au sens de l'art. 32 al. 1 let. b ch. 2 RMP. Même à considérer que tel pourrait être le cas, il apparaît que ce document a été délivré en 2010, pour une durée limitée, et qu'il n'est pas daté de moins de trois mois comme cela est pourtant requis tant par l'art. 32 al. 3 RMP que par les conditions générales de l'appel d'offres.

Le second document est une attestation de l'UFPB datée du 12 janvier 2015 qui indique que MFP est soumise à la convention collective de travail pour l'industrie suisse des produits en béton. À nouveau, ce document ne respecte pas les conditions générales de l'appel d'offres et l'art. 32 al. 3 RMP, dans la mesure où elle est antérieure de plus de trois mois à la date fixée pour leur production. Le contenu de cette attestation n'est par ailleurs pas de nature à considérer qu'elle devrait avoir une validité supérieure à trois mois.

Force est ainsi de constater que la recourante n'a pas remis les attestations requises tant par la loi que par les conditions générales de l'appel d'offres. Ce manquement, non négligeable au regard des exigences et des conséquences de leur non-respect (« exclusion immédiate »), bien mises en évidence par l'intimée à l'intention des candidats, ne pouvait pas échapper à la recourante au moment du dépôt de son offre, si elle avait fait preuve de la diligence requise par les circonstances et les exigences de forme propres au droit des marchés publics. Il ne s'agit dès lors pas d'une informalité de peu d'importance comme le prétend la recourante.

MFP ne fait d'ailleurs pas valoir qu'elle aurait été dans l'impossibilité de présenter, à la date du dépôt de son offre, des attestations qui ne soient pas périmées.

- 10/13 - A/3620/2015

Il serait par ailleurs contraire au principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires d'accorder, postérieurement à la date de dépôt des offres, un délai pour remplacer les attestations échues par de plus récentes.

L'argument de la recourante selon lequel les documents litigieux ont toujours été acceptés dans ses précédentes soumissions n'est d'une part pas prouvé, et d'autre part n'est pas de nature à remettre en question les considérations qui précèdent.

Par conséquent, au regard des principes et de la jurisprudence susmentionnés, la fondation n'a pas violé le droit ni excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant l'offre de MFP comme incomplète, et en l'éliminant pour ce motif.

E. 8

a. Le principe de la bonne foi entre administration et administré prévaut d'une manière générale dans les rapports entre ceux-ci. Exprimé aujourd'hui aux art. 9 et 5 al. 3 Cst., celui-ci 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 p. 170 ; 129 II 361 consid. 7.1 p. 381 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_534/2009 du 2 juin 2010 ; 9C_115/2007 du 22 janvier 2008 consid. 4.2 ; ATA/141/2012 du 13 mars 2012 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 193 n. 568).

b. Selon la jurisprudence, les assurances ou les renseignements erronés donnés par les autorités confèrent des droits aux justiciables, fondés sur le principe de la bonne foi découlant de l'art. 9 Cst., lorsque les cinq conditions cumulatives suivantes sont remplies. Tout d'abord, on doit être en présence d'une promesse concrète effectuée à l'égard d'une personne déterminée. Il faut également que l'autorité ait agi dans le cadre et dans les limites de sa compétence, que la personne concernée n'ait pas été en mesure de se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement fourni, qu'elle se soit fondée sur ce renseignement pour prendre des dispositions qu'elle ne peut ensuite modifier sans subir de préjudice et, enfin, que la loi n'ait pas subi de changement depuis le moment où la promesse a été faite (ATF 131 II 627 consid. 6.1 ; 129 I 161 consid. 4.1 ; 122 II 113 consid. 3b/cc ; arrêt du Tribunal fédéral 1P.373/2006 du 18 octobre 2006 consid. 2 ; ATA/34/2014 du 21 janvier 2014 consid. 7).

c. En l'espèce, la recourante expose qu'une employée de la fondation a pris contact avec MFP par téléphone postérieurement à la date de remise des offres pour l'inviter à produire une attestation de l'OCIRT en cours de validité, ce que l'intimée ne conteste pas. En revanche, il n'apparaît d'une part aucunement que la fondation aurait effectué une promesse concrète vis-à-vis de la recourante quant à la validité de son offre. De plus, cette indication erronée n'a nullement amené la

- 11/13 - A/3620/2015 recourante à prendre des dispositions qu'elle ne saurait modifier sans en subir un préjudice. L'usage fait de l'indication fournie par l'employée de l'intimée lui a uniquement permis de corriger une informalité qui lui avait été signalée à tort, et ceci en contradiction des obligations du pouvoir adjudicateur vis-à-vis des autres soumissionnaires.

Les cinq conditions cumulatives n'étant pas remplies, la recourante ne saurait se prévaloir de la protection de la bonne foi.

La chambre administrative relèvera encore que le cas d'espèce n'est pas comparable à la situation qui prévalait dans l'ATA/172/2010 du 16 mars 2010. Dans cette affaire, le mandataire du pouvoir adjudicateur avait accepté une demande de délai formulée par un soumissionnaire avant la date de remise des offres en lui indiquant que l'offre devait être remise dans le délai imparti et les attestations dès que possible. Le pouvoir adjudicateur avait par la suite écarté le soumissionnaire du marché au motif que les attestations lui étaient parvenues après la date limite de remise des offres. Dans ces circonstances particulières, la chambre administrative avait admis le grief tiré de la protection de la bonne foi et annulé la décision d'exclusion en relevant que le soumissionnaire avait reçu des assurances consistant en l'acceptation de sa demande de prolongation de délai. Or, dans la présente espèce, l'informalité avait été découverte après le dépôt des offres et ne pouvait plus être corrigée, sous peine de violer le principe de l'intangibilité des offres et celui qui oblige à traiter de manière égale les soumissionnaires.

E. 9

Au vu de ce qui précède, la décision d'exclusion sera confirmée et le recours rejeté.

E. 10

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.-, comprenant les frais liés à la procédure de restitution de l'effet suspensif, sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Conformément à la jurisprudence en la matière, il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure à la fondation (ATA/576/2013 du 29 août 2013). * * * * *

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