

GE_GERICHTE ATA/288/2018 vom 27. März 2018

GE Cour de justice, 2018-03-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_288_2018

FR: GE_GERICHTE ATA/288/2018 du 27 mars 2018

IT: GE_GERICHTE ATA/288/2018 del 27 marzo 2018

Erwägungen

E. 25

août 2017 consid. 1.2.2 ; ATA/112/2018 du 6 février 2018 consid. 5b ; ATA/1369/2017 du 10 octobre 2017 consid. 2 ; ATA/360/2014 du 20 mai 2014).

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).

b. En l'espèce, la conséquence de l'exclusion de la procédure d'adjudication en cas d'absence lors de la visite du bâtiment fixée le 28 mars 2017 à 10h30 était claire et compréhensible pour tous les soumissionnaires et mise en évidence principalement dans l'appel d'offres et le dossier d'appel d'offres. En cas de désaccord avec cette condition, il appartenait aux intéressés de recourir contre l'appel d'offres.

Le recours ne portant pas sur l'appel d'offres, les exigences subordonnant l'accès à la procédure ne sauraient être revues dans le cadre du présent recours déposé contre la décision d'exclusion, conformément aux principes évoqués ci-dessus.

Le grief critiquant l'exclusion en cas d'absence à la visite sera donc déclaré irrecevable. 3)

La recourante invoque toutefois que ladite exclusion est arbitraire, ce qui correspond en l'occurrence à un grief de défaut de légalité de la sanction, et disproportionnée.

a. À teneur de l'AMP, pour être considérées en vue de l'adjudication, les soumissions devront être conformes, au moment de leur ouverture, aux conditions essentielles spécifiées dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres, et avoir été déposées par un fournisseur remplissant les conditions de participation (art. XIII al. 4 let. a).

b. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des cantons (art. 1 al. 1 AIMP). Il vise à harmoniser les règles de passation des

- 6/12 - A/2010/2017 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).

Les membres de la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (ci-après : DTAP) représentant les cantons parties à l'AIMP, forment l'autorité intercantonale pour les marchés publics (ci-après : AiMp ; art. 4 al. 1 AIMP). L'autorité intercantonale est compétente, notamment, pour édicter des règles concernant les procédures d'adjudication (art. 4 al. 2 let. b AIMP).

c. L'autorité intercantonale n'a toutefois pas encore fait usage de cette compétence. Les directives d'exécution de l'AIMP du « 25 novembre 1994 / 15 mars 2001 » (état au 2 mai 2002 ; ci-après : DEMP) constituent uniquement un projet de modèle facultatif dont les cantons peuvent s'inspirer, mais qu'ils ne doivent pas appliquer impérativement. Statuant sur la valeur de ce modèle, le Tribunal fédéral a précisé que ces directives « n'en constituent pas moins un texte important pour comprendre les principes auxquels les cantons se sont astreints et en définir la portée » (ATF 129 I 313 consid. 8.2).

Selon le § 27 DEMP, sous le titre « Motif d'exclusion », un soumissionnaire peut être « exclu de participer », en particulier lorsqu'il ne satisfait pas ou plus aux critères d'aptitude exigés (let. a), ne respecte pas les exigences essentielles de forme, n'a pas rempli complètement l'offre, ne l'a pas signée, n'a pas respecté le délai de remise ou a modifié les documents d'appel d'offres (let. h).

d. Les autorités compétentes de chaque canton édictent des dispositions d'exécution, qui doivent être conformes à l'AIMP (art. 3 AIMP). Aux termes de l'art. 13 AIMP, ces dispositions d'exécution cantonales doivent garantir, notamment, le recours à des spécifications techniques non discriminatoires (let. b), une procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires selon des critères objectifs et vérifiables (let. d).

e. Dans le canton de Genève, la procédure ouverte est une procédure publique à laquelle peuvent participer tous les intéressés. Aux termes de l'art. 12 RMP, les offres sont évaluées en fonction des critères d'aptitude, au sens de l'art. 33 RMP, et des critères d'adjudication, au sens de l'art. 43 RMP. L'autorité adjudicatrice choisit des critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché. Elle doit les énoncer clairement et par ordre d'importance au moment de l'appel d'offres (art. 24 RMP).

Avant de pouvoir participer à l'évaluation, un concurrent doit respecter les « conditions pour être admis à soumissionner » définies aux art. 31 à 33 composant le chapitre III du RMP. Il ne doit pas se trouver dans une situation d'incompatibilité énoncée à l'art. 31 RMP, établir qu'il remplit les conditions de

- 7/12 - A/2010/2017 participation en produisant les attestations de respect de la législation et des usages énoncés à l'art. 32 RMP et remplir les critères d'aptitude de l'art. 33 RMP. À teneur de cette dernière disposition, l'autorité adjudicatrice peut exiger des soumissionnaires des justificatifs attestant leur capacité sur les plans financier, économique, technique, organisationnel et du respect des composantes du développement durable. Suit une liste exemplative de documents (art. 33 RMP).

Aux termes de l'art. 42 al. 1 let. a RMP, l'offre est écartée d'office lorsque, notamment, le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non conforme aux exigences ou au cahier des charges (let. a) ou qu'il ne répond pas ou plus aux conditions pour être admis à soumissionner (let. b). 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). 4) a. Dans un récent arrêt, le Tribunal fédéral a rappelé que l'attribution des marchés publics suppose la réalisation de conditions qui peuvent se classer dans différentes catégories (ATF 140 I 285 consid. 5.1).

En premier lieu figurent les exigences qui subordonnent l'accès à la procédure. Les entreprises soumissionnaires qui ne les remplissent pas voient leur offre exclue d'emblée. Font partie de cette catégorie, les critères d'aptitude ou de qualification (« Eignungskriterien

») qui servent à s'assurer que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché (cf. art. 13 let. d AIMP). La loi pose aussi des principes qui doivent être respectés par toutes les entreprises qui soumissionnent, sous peine d'exclusion (conditions légales). Tel est le cas notamment du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail ou du respect de l'égalité de traitement entre femmes et hommes (art. 11 let. e et f AIMP), indépendamment du lien entre ces exigences et l'aptitude de l'entreprise à réaliser le marché (Peter GALLI/André MOSER/ Elisabeth LANG/Marc STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3e éd., 2013, n. 582 p. 250 s.).

En second lieu interviennent les exigences relatives à l'évaluation des offres. Il s'agit des critères d'adjudication ou d'attribution (Wettbewerbs- ou Zuschlagskriterien ; cf. Beat MESSERLI, *Der Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb im öffentlichen Beschaffungsrecht*, 2e éd., 2007, p. 107). Ces critères se rapportent en principe directement à la prestation requise et indiquent au soumissionnaire comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée et choisie (ATF 129 I 313 consid. 8.1 ; voir aussi Olivier RODONDI, *Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics*, RDAF 2001 I 387, p. 394 s.). La non-réalisation d'un critère d'adjudication n'est pas éliminatoire, mais peut être compensée par la pondération avec d'autres critères d'adjudication (ATF 139 II 489 consid. 2.2.1 et 2.2.4).

- 8/12 - A/2010/2017

b. Dans un récent arrêt, la chambre administrative a considéré que les exigences de certification ISO 3834-2 et la production de certificats de soudeur, fondés sur la prescription ASIT 506, laquelle renvoie à la norme européenne permettant d'établir le niveau de qualification professionnelle des soudeurs exigé par la Directive n° 97/23/CE du Parlement européen et du Conseil relative au rapprochement des législations des États membres concernant les équipements sous pression du 29 mai 1997, formulées dans l'appel d'offres, constituaient des critères d'aptitude au sens de l'art. 33 RMP (ATA/51/2015 du 13 janvier 2015 consid. 13).

c. 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).

La chambre de céans s'est toujours montrée stricte dans ce domaine (ATA/535/2011 du 30 août 2011 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 consid. 4.1 ; 2C_197 et 198/2010 du 30 avril 2010), la doctrine étant plus critique à cet égard (Olivier RODONDI, *op. cit.*, p. 186 n. 64, et p. 187 n. 66).

Il est conforme au but et à la nature de la procédure de marchés publics que la violation de certaines exigences de forme par un soumissionnaire puisse entraîner son exclusion du marché. Une telle conséquence ne se justifie toutefois pas en présence de n'importe quel vice. Il faut en particulier y renoncer lorsque celui-ci est de peu de gravité ou ne compromet pas sérieusement l'objectif visé par la prescription formelle violée (arrêts du Tribunal fédéral 2C_197/2010 du

avril 2010 consid. 6.1 ; 2D_50/2009 du 25 février 2010 consid. 2.4 et les arrêts cités). 5)

En l'espèce, et conformément aux critères précités, l'exigence d'une visite obligatoire et la production du bordereau prouvant la présence du soumissionnaire à ladite visite sous peine d'exclusion est un critère à ranger dans la première catégorie telle que rappelée par le Tribunal fédéral, soit une exigence qui subordonne l'accès à la procédure.

Ce critère répond à la définition d'un critère d'aptitude devant permettre de garantir l'aptitude des soumissionnaires à faire une offre conforme aux réalités du marché concerné, en l'occurrence des travaux à effectuer en lien spécifiquement avec les particularités du bâtiment visé et à fournir des prestations spécifiques conformes au cahier des charges. Il s'agit d'un critère fixé par le pouvoir adjudicateur qui doit lui permettre d'assurer que les soumissionnaires ont les capacités techniques de s'adapter aux contraintes spécifiques du marché concerné.

- 9/12 - A/2010/2017

La question de savoir dans quelle mesure la visite obligatoire et la production du bordereau prouvant la présence du soumissionnaire à ladite visite répond aussi à une condition « légale » au sens de la jurisprudence fédérale précitée, à savoir que tous les soumissionnaires doivent la respecter, souffrira de rester ouverte, étant relevé que l'art. 32 RMP contient effectivement une liste non pas minimale des documents pouvant être demandés, mais exhaustive.

En conséquence et contrairement à ce que soutient la recourante, l'exclusion est dûment prévue par l'art. XIII al. 4 let. a de l'AMP, 13 let. d AIMP, 33 et art. 42 al. 1 let a et b notamment RMP. L'aspect obligatoire de la visite et la sanction appliquée en cas d'absence à celle-ci, à savoir l'exclusion, étaient dûment mentionnés et mis en évidence tant dans l'appel d'offres que dans le dossier d'appel d'offres. Il ne s'agissait aucunement d'une condition d'adjudication, ce que la recourante ne prétend d'ailleurs pas, mais exclusivement d'une exigence subordonnant l'accès à la procédure au sens du chapitre III RMP. Le § 27 let. a et h DEMP va dans le même sens et prévoit aussi comme sanction l'exclusion.

Le grief de l'illégalité de la sanction prévue en cas d'absence à la visite obligatoire est infondé. 6)

La recourante allègue que son exclusion relèverait d'un formalisme excessif.

a. Le formalisme excessif est un aspect particulier du déni de justice, prohibé par l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), qui est réalisé lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (ATF 132 I 249 consid. 5 ; 130 V 177 consid. 5.4.1 ; 128 II 139 consid. 2a et les arrêts cités).

L'interdiction du formalisme excessif 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).

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).

- 10/12 - A/2010/2017

De manière générale les pratiques bâloises et genevoises apparaissent rigoureuses alors que les tribunaux argoviens et zurichoises sont plus souples (Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 193). Comme précédemment mentionné, le formalisme appliqué dans le canton de Genève en matière de marchés publics a été constaté par le Tribunal fédéral, mais confirmé (arrêts du Tribunal fédéral 2C_418/2014 précité consid. 4.1; 2C_197 et 198/2010 précité).

b. En l'espèce, l'autorité intimée indique, sans être valablement contredite par la recourante, que la complexité des accès au chantier et les contraintes dans la mise en œuvre des éléments de charpente et de façade justifiaient l'exigence d'une visite, les soumissionnaires ne pouvant pas apprécier la difficulté du travail sans voir le site. La Conférence romande des marchés publics (ci-après : CROMP) propose une telle visite sous ch. 4.4. dans son « guide romand ». La recourante se contente par ailleurs de dire qu'elle connaît déjà le site, sans donner plus de détails à ce propos.

En conséquence la visite était nécessaire et fondée, ce que la chambre de céans avait déjà admis dans un précédent arrêt concernant le même site (ATA/420/2016 du 24 mai 2016). Elle était justifiée par un intérêt digne de protection et ne complique pas de manière insoutenable la réalisation du droit matériel. Enfin, la même exigence et sévérité a été appliquée à tous les soumissionnaires.

Dans ces conditions, le grief de formalisme excessif est infondé. 7)

S'agissant enfin du grief d'inégalité de traitement (ici indirecte), qui aurait selon la recourante pour conséquence de pénaliser les soumissionnaires éloignés du lieu d'exécution, il est également infondé.

Force est de constater que même si les soumissionnaires d'autres cantons ou d'autres pays ne doivent pas être désavantagés, la présence de l'adjudicataire est requise sur le site pendant toute la durée de l'exécution du marché, soit ici près de trois mois consécutifs ; l'exigence d'une présence supplémentaire d'une matinée avant de déposer l'offre ne peut donc être vue comme un obstacle insurmontable, ce d'autant que la recourante a son siège à moins de deux heures de train de Genève. Elle n'a du reste pas demandé le report ou l'exemption de la visite en faisant valoir d'éventuelles particularités de son cas qui justifieraient un traitement différent des autres soumissionnaires. 8)

Vu ce qui précède, la décision querellée étant conforme au droit, le recours sera rejeté.

- 11/12 - A/2010/2017 9)

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'300.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

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