

## **GE\_GERICHTE ATA/401/2012 vom 26. Juni 2012**

GE Cour de justice, 2012-06-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_401\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_401_2012)

FR: GE\_GERICHTE ATA/401/2012 du 26 juin 2012

IT: GE\_GERICHTE ATA/401/2012 del 26 giugno 2012

### **Regeste**

Résumé: L'autorité adjudicatrice a fait preuve de formalisme excessif lorsqu'elle a écarté les offres des recourants du marché car ils n'avaient pas fourni dans un très bref délai une attestation manquant à leur dossier. Au vu des circonstances, ce délai était trop court et contraire à la bonne foi.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

#### **E. 2**

La qualité pour agir appartient à toute personne touchée directement par une décision et ayant un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 60 let. b LPA). Tel est le cas de la personne à laquelle la décision attaquée occasionne des inconvénients qui pourraient être évités grâce au succès du recours, qu'il s'agisse d'intérêt juridique ou simplement d'intérêt de fait (ATA/524/2011 du 30 août 2011 et les références citées).

En tant que soumissionnaire évincée, et vu le stade de la procédure d'adjudication, la société dispose de la qualité pour recourir.

#### **E. 3**

Dès lors qu'ils concernent des prestations de services et qu'ils ont une valeur estimée supérieure à CHF 350'000.-, valeur-seuil applicable à la date de l'appel d'offres, les marchés publics offerts sont soumis à l'AMP, à l'AIMP, à la L-AIMP ainsi qu'au RMP.

#### **E. 4**

Le droit des marchés publics a pour but d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires et de garantir l'égalité de traitement et l'impartialité de l'adjudication à l'ensemble de ceux-ci (art. 1 al. 3 let. a et b AIMP). Ces principes sont répétés à l'art. 16 RMP, qui précise que la discrimination des soumissionnaires est interdite 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 par le choix de critères étrangers à la soumission. De même, le principe d'égalité de traitement doit être garanti à tous les candidats et soumissionnaires dans toutes les phases de la procédure (art. 16 al. 1 et 2 RMP ; ATA/165/2011 du 15 mars 2011).

#### **E. 5**

Une 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). L'autorité adjudicatrice examine la conformité des offres au cahier des charges (art. 39 RMP).

Les offres déposées doivent comporter notamment diverses attestations qui, pour être valables, « 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 » (art. 32 al. 3 RMP).

En matière de respect des conditions de travail, le soumissionnaire doit ainsi présenter une attestation certifiant, pour le personnel appelé à travailler sur territoire genevois, soit qu'il est lié par la CCT de sa branche applicable à Genève,

- 7/11 - A/747/2012 soit qu'il a signé, auprès de l'OCIRT, 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 (art. 32 al. 1 let. b ch. 1 et 2 RMP).

En l'espèce, la société a fourni une attestation démontrant qu'elle était membre de l'union suisse des ingénieurs-conseils (ci-après : USIC) et respectait à ce titre le CoCT, sans savoir que ce dernier n'était plus applicable en tant que CCT dans le canton de Genève depuis le 1er janvier 2012, et donc que son attestation n'était pas valable au titre de l'art. 32 al. 1 let. b ch. 1 RMP.

## **E. 6**

La recourante fait valoir qu'en lui donnant un délai de deux jours pour obtenir l'attestation de l'OCIRT au titre de l'art. 32 al. 1 let. b ch. 2 RMP, et en écartant son offre pour non-respect du délai alors que ce dernier n'a pas été tenu pour des raisons uniquement propres à l'OCIRT, l'autorité a fait preuve de formalisme excessif et a contrevenu au principe de la bonne foi.

## **E. 7**

Le droit des marchés publics est formaliste, comme la chambre de céans l'a déjà rappelé à plusieurs reprises (ATA/271/2012 du 8 mai 2012 consid. 10 ; ATA/10/2009 du 13 janvier 2009 ; ATA/95/2008 du 4 mars 2008 ; ATA/79/2008 du 19 février 2008 ; ATA/250/2006 du 9 mai 2006 ; ATA/150/2006 du 14 mars 2006) 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.

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), ne permet pas d'exclure une offre présentant une informalité de peu de gravité. C'est dans ce sens que des erreurs de calculs et d'écritures 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 (J.-B. ZUFFEREY/C. MAILLARD/N. MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 110 ; O. RODONDI, La gestion de la procédure de soumission, cité

ci-après : La gestion, in J.-B. ZUFFEREY/ H. STOECKLI [éd.], Marchés publics 2008, 2008, p. 185 s.).

A 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

- 8/11 - A/747/2012 (O. RODONDI, Les délais en droit des marchés publics, cité ci-après : les délais, RDAF 2007 I p. 187 et 289).

Les principes précités valent également pour la phase d'examen de la recevabilité des soumissions (O. RODONDI, La gestion, p. 186). 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'attestations, 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, s'il remplit les conditions d'aptitude ou d'offre conformes aux exigences du cahier des charges (ATA/102/2010 du 16 février 2010, confirmé par Arrêts du Tribunal fédéral 2C\_197/2010 et 2C\_198/2010 du 30 avril 2010).

La chambre de céans s'est toujours montrée stricte dans ce domaine, (ATA/150/2006 du 14 mars 2006, notamment), ce que le Tribunal fédéral a constaté mais confirmé (Arrêts du Tribunal fédéral 2C\_197 et 198/2010 précités), la doctrine étant plus critique à cet égard (O. RODONDI, La gestion, p. 186).

## **E. 8**

Selon l'art. 9 Cst., toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'Etat sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi. Valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi commande aux autorités comme aux particuliers de s'abstenir, dans les relations de droit public, de tout comportement contradictoire ou abusif (Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_1017/2011 du 8 mai 2012, consid. 8).

## **E. 9**

En l'espèce, la pratique - plus souple - de la ville consistant à séparer les offres proprement dites des attestations, et à donner un bref délai aux soumissionnaires pour remédier à tout défaut dans la production des dites attestations n'est pas mise en cause. Comme précédemment exposé, les autorités adjudicatrices peuvent se montrer plus ou moins strictes par rapport au respect des exigences formelles, mais doivent en tout état respecter l'égalité de traitement entre soumissionnaires.

Seul est donc litigieuse en l'espèce la longueur du délai imparti pour réparer l'erreur relative à l'attestation sur le respect des usages professionnels.

Le 21 février 2012 à 8h52, la responsable des soumissions du DAC a envoyé à la société un courriel lui impartissant un délai au 23 février à 14h00 pour l'envoi par télécopie de l'attestation, étant rappelé que celle-ci atteste de la signature par l'entreprise d'un engagement à respecter les conditions de travail usuelles dans la branche. La société - dont

le siège est à Berne - a signé le formulaire de l'OCIRT le jour même, soit le 21 février 2012, et l'a faxé le

- 9/11 - A/747/2012 lendemain, soit le 22 février 2012, à l'OCIRT, en demandant à ce que son dossier soit traité en priorité. Par courriel du 22 février à 15h34, la société a envoyé à la responsable des soumissions du DAC, en pièce jointe, le formulaire de l'OCIRT signé, a signalé qu'elle était en contact avec l'OCIRT, mais qu'il était impossible d'obtenir l'attestation demandée pour le 23 février, et a demandé une extension du délai accordé pour la fournir. Ce n'est que le 23 février 2012 que l'OCIRT a délivré l'attestation à la société, attestation que cette dernière a reçue le 24 février 2012, et envoyée par fax au DAC dans la journée.

La ville était au courant du siège bernois de la société et de la raison pour laquelle celle-ci n'avait pas fourni la bonne attestation, et lui a donc donné un délai supplémentaire en connaissance de cause. Elle affirme dans ses écritures, sans motiver cette position, que le délai donné était suffisant. La chronologie rappelée au paragraphe précédent démontre toutefois que le délai imparti ne pouvait matériellement être tenu en l'espèce, la recourante ayant tout de suite accompli les démarches de signature et d'envoi du formulaire, tandis que l'OCIRT - alors que l'attestation en cause est une simple reconnaissance d'engagement, et ne nécessite donc d'autre instruction que l'examen du formulaire ad hoc - a pour sa part mis deux jours, soit l'équivalent de l'entier du délai accordé, pour établir l'attestation ; l'autorité intimée ne prétend d'ailleurs pas que les délais de traitement habituels de l'OCIRT seraient plus courts que celui d'espèce. De plus, la société a indiqué encore dans le délai l'état de ses démarches, en soulignant qu'elle avait signé le formulaire de l'OCIRT et était en contact avec ce dernier, mais que l'attestation ne pourrait être établie dans les délais, et en sollicitant de plus la prolongation du délai.

L'autorité adjudicatrice, qui a choisi de permettre aux soumissionnaires de pallier certaines déficiences en matière d'attestations, ne pouvait dès lors pas, vu les circonstances particulières de l'espèce, considérer que le délai qu'elle avait accordé était suffisant sans se comporter de manière contradictoire - en ne donnant pas suite à la demande de prolongation - ou excessivement formaliste - en ne considérant pas l'attestation comme remise dans les temps alors que le formulaire avait été remis à l'OCIRT et que l'attestation, vu sa nature de simple reconnaissance d'un engagement, ne pourrait pas ne pas être délivrée.

#### **E. 10**

Au vu de ce qui précède, les recours seront admis, les décisions d'exclusion du 24 février 2012 annulées et la cause renvoyée au DAC pour permettre la participation de la recourante aux deux procédures d'examen des offres soumises.

#### **E. 11**

Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 2'000.-, à charge de la ville, sera allouée à la recourante, qui y a conclu et s'est fait représenter par un avocat (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

- 10/11 - A/747/2012