

GE_GERICHTE ATA/420/2016 vom 24. Mai 2016

GE Cour de justice, 2016-05-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_420_2016

FR: GE_GERICHTE ATA/420/2016 du 24 mai 2016

IT: GE_GERICHTE ATA/420/2016 del 24 maggio 2016

Regeste

Résumé: Marché public. Visite des lieux obligatoire mentionnée dans l'appel d'offres ainsi que la sanction, soit l'exclusion du marché public. S'agissant d'une exigence subordonnant l'accès à la procédure et non d'une condition d'adjudication, l'exclusion est confirmée. Pas de formalisme excessif. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

a. Le marché public litigieux est principalement soumis à l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0.632.231.422), à l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68), à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), 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), au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) 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).

- 7/18 - A/1150/2016

Les articles 15 al. 1 et al. 1bis let. d 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

a. La recourante fait grief à l'OBA d'avoir constaté de manière inexacte les faits, en retenant qu'elle n'avait pas participé à la visite obligatoire.

Les parties divergent quant à l'heure d'arrivée de la recourante sur les lieux de la visite et sur les conséquences à en tirer, à savoir si la recourante était, ou non, présente à la visite.

L'intéressée soutient être arrivée avec vingt-deux minutes de retard, alors que l'intimé prétend que la visite était terminée au moment où le représentant de la recourante est arrivé.

b. La juridiction de céans a déjà jugé qu'un fonctionnaire chargé de l'ouverture des offres lors d'un marché public n'avait pas respecté le principe d'égalité de traitement et favorisé certains concurrents en retardant délibérément l'heure de dépôt des offres, fixée à 9h15 ; il aurait ainsi dû écarter les offres parvenues en mains de l'autorité adjudicatrice après 9h15, selon les règles que celle-ci avait elle-même posées, et en tous les cas après 9h30 (ATA/10/2009 du 13 janvier 2009 consid. 6). Dans une autre affaire, la recourante avait remis son offre avec une heure trois quarts de retard par rapport au dernier délai fixé dans l'appel d'offres. La sanction attachée à un tel retard, à savoir l'exclusion du soumissionnaire, était dûment énoncée dans l'appel d'offres. Ni la réglementation ni la jurisprudence ne prévoyaient de faits justificatifs. Il appartenait aux entreprises soumissionnaires de s'organiser de manière à pouvoir rendre leur offre dans le délai (ATA/503/2014 du 1er juillet 2014).

c. En l'espèce, quand bien même il aurait été souhaitable que le procès-verbal de la visite contienne précisément l'heure d'arrivée du représentant de la recourante, il n'est pas contesté que la recourante n'était pas présente à 9h pour la visite obligatoire, tel qu'exigé dans l'appel d'offres, le DAO et mis en évidence sur la première page du cahier de soumission. La recourante admet par ailleurs, dans son courrier du 2 mars 2016, être arrivée avec vingt-deux minutes de retard et n'avoir effectué que les trois quarts de la visite.

- 8/18 - A/1150/2016

Contrairement à ce qu'a souhaité la recourante, le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas organiser une nouvelle visite des lieux. Le principe de l'unicité de la visite des lieux est seul en mesure de garantir les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination. De même, il serait contraire auxdits principes d'accorder, à un soumissionnaire en retard, un délai pour le compenser, soit par une nouvelle visite, comme précédemment mentionné, soit par un complément en fin de visite, soit par l'admission de son offre (ATA/256/2016 du 22 mars 2016 consid. 7 en matière d'attestation).

Force est ainsi de constater que la recourante ne s'est pas présentée à la visite conformément à l'appel d'offres, au DAO et le rappel mis en évidence sur la première page du cahier de soumission. Elle n'a pas pu participer à la visite telle que conçue et requise par l'appel d'offres. Ce manquement, non négligeable au regard de l'exigence et des conséquences de son non-respect (« exclusion »), bien mis en évidence par l'intimée à l'intention des candidats, ne pouvait pas échapper à la recourante, si elle avait fait preuve de la diligence requise par les circonstances et les exigences de forme propres au droit des marchés publics. La société ne fait d'ailleurs pas valoir qu'elle aurait été dans l'impossibilité de se présenter, si elle avait pris toutes les dispositions nécessaires, pour être présente à 9h comme l'exigeait l'appel d'offres.

C'est en conséquence à bon droit et compte tenu de son large pouvoir d'appréciation, que l'autorité intimée a retenu que la société recourante ne remplissait pas les conditions posées par l'appel d'offres et a considéré que la recourante n'avait pas participé à la visite obligatoire.

d. L'envoi et la réception de la lettre du 2 mars 2016 est litigieuse.

L'intimé a indiqué dans sa réponse au recours ne pas l'avoir reçue, ce que la recourante a contesté dans sa réplique.

Il n'est pas nécessaire d'instruire cette question. Outre que le fardeau de la preuve de l'envoi de la lettre litigieuse repose sur la recourante et qu'elle ne prouve pas l'avoir envoyée, celle-ci n'a pas réagi à l'absence de réponse de l'autorité intimée entre le 2 mars 2016, date de l'envoi et le 4 avril 2016, date du dépôt des offres. Elle n'a notamment ni adressé de « relance » au pouvoir adjudicateur, ni saisi l'occasion de lui poser des questions avant le terme du 8 mars 2016 fixé dans l'appel d'offres.

e.

Le grief de la recourante d'une constatation inexacte des faits par le pouvoir adjudicateur est infondé.

E. 3

La recourante conteste la décision d'exclusion pour l'absence à la visite obligatoire et allègue qu'elle serait contraire au RMP, arbitraire et violerait les

- 9/18 - A/1150/2016 principes de transparence, d'égalité de traitement (AIMP) et de non-discrimination (AMP).

a. L'appel d'offres est une décision sujette à recours (art. 15 al. 1bis let. a AIMP ; 55 let. a RMP). Le soumissionnaire qui entend contester la définition, la pondération ou le manque de précision des critères d'adjudication doit le faire, pour des raisons de bonne foi, dans le cadre de l'appel d'offres et non plus au moment de la décision d'adjudication, sans quoi il est forclos (ATF 130 I 241 consid. 4.2 ; ATF 125 I 203 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.47/2004 du

E. 6

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.

- 13/18 - A/1150/2016

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 DAO. 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 chap. III RMP.

Le § 27 let. a et h DEMP va dans le même sens et prévoit aussi comme sanction l'exclusion.

Le recourant ne peut tirer aucun argument valable, compte tenu de ce qui précède, du fait que la visite aurait été annoncée sous « exigences administratives de la procédure » (ch. 4 DAO) plutôt que sous « conditions de participation » (ch. 3 DAO). La visite est mentionnée tant dans le ch. 3 que dans le ch. 4. Le ch. 4 détaille la procédure dans son entier, de l'appel d'offres à la signature du contrat après adjudication, alors que le ch. 3.6 traite des motifs d'exclusion et précise que l'offre qui n'est pas accompagnée d'un bordereau remis par l'ingénieur en assainissement prouvant que l'entreprise s'est rendue à la visite du site est exclue.

La recourante confond le procès-verbal dressé lors de la visite et le bordereau qui devait être délivré aux soumissionnaires présents lors de la visite et qui était à produire avec l'offre. Ces deux documents sont dûment prévus, distinctement dans le DAO. Le bordereau exigé au titre de preuve de la présence à la visite est évoqué sous ch. 3.6, à savoir sous « conditions de participation », alors que le procès-verbal, seul prévu pour être distribué à tous les soumissionnaires, participants, ou non, à la visite, est mentionné sous ch. 4.4.

Enfin, la jurisprudence citée par la recourante ne lui est d'aucune utilité. Le Tribunal fédéral a indiqué que le principe de la bonne foi requiert éventuellement que des vices évidents soient dénoncés d'emblée au stade de l'appel d'offres, mais en raison de la hâte, des connaissances juridiques restreintes des fournisseurs et de leur crainte de réduire leurs chances d'obtenir l'adjudication, on ne saurait leur imposer des exigences indûment sévères (AF 141 II 307 ; JT 2016 I p. 20 consid. 6.7). Comme vu précédemment, le grief relatif à l'exclusion en cas d'absence à la visite obligatoire se fonde sur une base légale. En l'absence de « vice », cette jurisprudence n'est pas pertinente dans le cas d'espèce.

- 14/18 - A/1150/2016

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

E. 7

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 29 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 p. 253 ; 130 V 177 consid. 5.4.1 p. 183 ; 128 II 139 consid. 2a p. 142 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).

De manière générale les pratiques bâloises et genevoises apparaissent rigoureuses alors que les tribunaux argoviens et zurichoïses sont plus souples (Etienne 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 nature des travaux de décontamination à entreprendre dans le bâtiment de l'AEM pouvait difficilement être décrite dans un dossier d'appel d'offres, même accompagné de plans. La Conférence romande des marchés publics (CROMP) propose une telle visite sous ch. 4.4. dans son « guide romand ». La recourante a par ailleurs indiqué dans sa réplique ne pas en contester ni le bien-fondé ni la légalité.

- 15/18 - A/1150/2016

Le bâtiment concerné est en exploitation. Les travaux impliquent le confinement des zones d'intervention. La nature des travaux, soit le désamiantage des mastics des fenêtres d'époque à conserver et l'enlèvement des couches de peinture recouvrant les éléments d'intérêt historique, justifiaient l'exigence d'une visite. Les interactions avec les restaurateurs et autres corps de métier nécessitaient aussi de pouvoir rencontrer le mandataire spécialisé. Les soumissionnaires ne pouvaient pas apprécier la difficulté du travail sans voir le site. Onze personnes, de professions différentes, représentaient le maître d'œuvre lors de la visite pour pouvoir répondre aux questions des soumissionnaires. Comme précédemment mentionné, une nouvelle visite ou d'autres modalités n'étaient pas conformes au principe de transparence et d'égalité de traitement (supra 2a).

En conséquence la visite était nécessaire et fondée. 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.

E. 8

La recourante soutient qu'une visite incomplète, même d'un quart, constitue une violation d'une exigence administrative de peu de gravité ne pouvant conduire à l'exclusion, à l'instar de la non production du bordereau.

Compte tenu de ce qui précède, cet argument est infondé.

E. 9

- a. La recourante se plaint de la violation de l'art. 4.4 du K2, soit la non-délivrance du bordereau prouvant sa présence à la visite, document nécessaire au dépôt de l'offre.
- b. Comme précédemment mentionné, le bordereau n'est pas évoqué sous ch. 4.4. Par ailleurs, compte tenu de l'absence de la recourante à la visite obligatoire, c'est à juste titre que l'autorité intimée ne lui a pas délivré ledit bordereau.

Que la recourante n'ait pas reçu, à l'instar d'ailleurs des autres soumissionnaires, le procès-verbal de la visite prévu sous ch. 4.4 est sans incidence dès lors que seule était déterminante la délivrance du bordereau. La non-délivrance du procès-verbal a par ailleurs été réparée dans le cadre de la présente procédure.

E. 10

- a. La recourante se plaint que ledit bordereau n'ait pas été mentionné en p. 4 du DAO, parmi la liste des quatorze pièces « à retourner à l'adjudicateur ».

- 16/18 - A/1150/2016

- b. S'agissant d'un grief à l'encontre de l'appel d'offres, de surcroît invoqué au stade de la réplique uniquement, il est irrecevable conformément au consid. 3a précité.

E. 11

La recourante conteste la qualification d'offre anormalement basse, émise par l'autorité intimée non au stade de la décision, mais de la réponse au recours.

Cette argumentation de la recourante n'est pas pertinente, son exclusion étant due à son absence à la visite obligatoire.

E. 12

Dans sa réplique, la recourante soulève un nouveau grief à l'encontre du procès-verbal d'ouverture des offres et se plaint que le prix qu'elle a offert n'y figure pas, contrairement aux art. 38 et 39 RMP et à la systématique du règlement.

Émis au stade de la réplique, ce grief est irrecevable. De surcroît, même à être fondée, cette informalité serait sans conséquence sur la décision d'exclusion, la recourante ne prouvant d'ailleurs pas le contraire et se contentant d'alléguer que, « c'est un signe relativement clair que l'autorité intimée, outre le fait qu'elle ne respecte – une nouvelle fois – pas la loi en cette matière, avait la ferme volonté d'écarter – coûte que coûte mais injustement – l'offre de la recourante ».

E. 13

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

Le présent arrêt au fond rend sans objet la requête de restitution de l'effet suspensif et met fin à l'interdiction de conclure le contrat d'exécution de l'offre contenue dans la lettre de la chambre de céans du 18 avril 2016.

E. 14

Vu l'issue du litige et compte tenu de l'absence de décision sur effet suspensif, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). 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.