

GE_GERICHTE ATA/516/2018 vom 29. Mai 2018

GE Cour de justice, 2018-05-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_516_2018

FR: GE_GERICHTE ATA/516/2018 du 29 mai 2018

IT: GE_GERICHTE ATA/516/2018 del 29 maggio 2018

Regeste

Résumé: Qualité pour recourir du soumissionnaire exclu de la procédure malgré la conclusion du contrat entre l'autorité et l'adjudicataire. Rejet du recours et confirmation de l'exclusion, dès lors que l'offre de la recourante ne remplissait pas les exigences du cahier des charges de l'appel d'offres.

Erwägungen

E. 26

septembre 2010 - LOJ - E 2 05). 2) a. Le contrat ayant été conclu avec l'adjudicataire (art. 14 al. 1 AIMP et 46 RMP), se pose la question de l'intérêt digne de protection de la recourante au maintien du recours.

b. La qualité pour recourir appartient à toute personne touchée directement par une décision et ayant un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 60 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Tel est le cas de celle à laquelle la décision attaquée apporte des inconvénients qui pourraient être évités grâce au succès du recours, qu'il s'agisse d'intérêts juridiques ou de simples intérêts de fait (ATA/322/2018 du 10 avril 2018 et les références citées).

En matière de marchés publics, l'intérêt actuel du soumissionnaire évincé est évident tant que le contrat n'est pas encore conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, car le recours lui permet d'obtenir la correction de la violation commise et la reprise du processus de passation. Mais il y a lieu d'admettre qu'un soumissionnaire évincé a aussi un intérêt actuel au recours lorsque le contrat est déjà conclu avec l'adjudicataire, voire exécuté, car il doit pouvoir obtenir une constatation d'illicéité de la décision pour pouvoir agir en dommages-intérêts (art. 18 al. 2 AIMP ; art. 3 al. 3 L-AIMP ; ATF 137 II 313 consid. 1.2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_24/2017 du 14 mai 2018 consid. 2.2.1 ; ATA/490/2017 du 2 mai 2017 et les références citées). Le recourant qui conteste une décision d'adjudication et déclare vouloir maintenir son recours après la conclusion du contrat conclut, au moins implicitement, à la constatation de l'illicéité de l'adjudication, que des dommages-intérêts soient réclamés ou non (arrêt du Tribunal fédéral 2P.307/2005 du 24 mai 2006 consid. 2).

- 10/16 - A/2942/2017

c. En l'espèce, le contrat entre la commune intimée et l'adjudicataire a été conclu le 28 juin 2017. En tant que soumissionnaire exclue, la recourante conserve toutefois un intérêt juridique à faire annuler la décision litigieuse afin d'être réintégrée dans la procédure d'adjudication, son recours lui permettant d'obtenir une éventuelle indemnisation. Le recours est par conséquent également recevable de ce point de vue. 3) a. La recourante conteste son exclusion de la procédure d'adjudication, son offre remplissant selon elle les conditions requises.

b. L'AIMP vise l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP) et poursuit plusieurs objectifs mentionnés à l'art. 1 al. 3 AIMP. Le principe d'égalité de traitement doit en outre être garanti à tous les soumissionnaires et dans toutes les phases de la procédure (art. 16 al. 2 RMP).

c. En procédure ouverte, 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).

d. L'avis d'appel d'offres est publié sur simap pour les procédures ouvertes et sélectives (art. 25 al. 1 RMP). Ne peuvent présenter d'offre notamment les mandataires qui assistent l'autorité adjudicatrice dans l'organisation de la procédure d'appel d'offres ou l'établissement des documents d'appel d'offres (art. 31 al. 1 let. b RMP).

e. Selon l'art. 38 RMP, seules les offres parvenues dans les délais fixés dans les documents d'appel d'offres sont ouvertes (al. 1). Dans le cadre d'une procédure ouverte ou sélective, un procès-verbal est établi à l'ouverture des offres. Il contient notamment le nom des personnes présentes, le nom des soumissionnaires, les dates de réception et les prix des offres (al. 2). Les soumissionnaires ont le droit, sur demande, de consulter ce procès-verbal (al. 3).

f. Lors de l'examen des offres, l'autorité adjudicatrice examine la conformité des offres au cahier des charges et contrôle leur chiffrage (art. 39 al. 1 RMP). Les erreurs évidentes, telles que les erreurs de calcul et d'écriture, sont corrigées (art. 39 al. 2, 1ère phr. RMP). Selon l'art. 40 RMP, elle peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre (al. 1). Les explications sont en principe fournies par écrit (al. 2). En présence d'une offre anormalement basse, l'autorité adjudicatrice doit demander au soumissionnaire de justifier ses prix, selon la forme prévue à l'art. 40 al. 2 RMP (art. 41 RMP).

g. L'art. 42 RMP a trait à l'exclusion de la procédure. Ainsi, l'offre est écartée d'office notamment lorsque le soumissionnaire a rendu une offre tardive,

- 11/16 - A/2942/2017 incomplète ou non-conforme aux exigences ou au cahier des charges (al. 1 let. a) ou n'a pas justifié les prix d'une offre anormalement basse, conformément à l'art. 41 RMP (al. 1 let. e). 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 (al. 3).

h. Le contrat ne peut être conclu avec l'adjudicataire qu'après l'écoulement du délai de recours et, en cas de recours, que si l'autorité juridictionnelle cantonale n'a pas accordé au recours l'effet suspensif (art. 14 al. 1 AIMP ; art. 46 RMP). Si le contrat est déjà conclu et que le recours est jugé bien fondé, l'autorité de recours constate le caractère illicite de la décision (art. 18 al. 2 AIMP). Une fois le caractère illicite de la décision constaté, le recourant peut demander, devant l'autorité compétente, la réparation de son dommage, limité aux dépenses subies en relation avec les procédures de soumission et de recours (art. 3 al. 3 L-AIMP). 4) a. Comme la chambre administrative l'a rappelé à plusieurs reprises, le droit des marchés publics est formaliste. L'autorité adjudicatrice doit procéder à l'examen de la recevabilité des offres et à leur évaluation dans le respect de ce formalisme

(ATA/149/2018 du 20 février 2018 et les références citées), qui 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/490/2017 précité et les références citées).

b. 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 1ère phr. 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/149/2018 précité et les références citées). L'appréciation de la chambre administrative ne peut se substituer à celle de l'autorité adjudicatrice, seul l'abus

- 12/16 - A/2942/2017 ou l'excès du pouvoir d'appréciation devant être sanctionné (ATF 130 I 241 consid. 6.1).

c. Ces principes valent notamment pour la phase d'examen de la recevabilité des soumissions. 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/149/2018 précité et les références citées).

d. L'épuration des offres consiste en un examen approfondi des indications techniques et des chiffres figurant dans les offres, afin de rendre les offres objectivement comparables entre elles. Elle constitue un préalable à la phase d'évaluation des offres sur la base des critères d'adjudication. Si l'offre proposée n'est pas conforme aux conditions de l'appel d'offres, elle sera exclue comme non conforme à l'objet du marché (ATA/490/2017 précité ; ATA/1216/2015 du 10 novembre 2015 et les références citées). 5) a. En l'espèce, en date du 29 mars 2017, l'intimée a fait publier un appel d'offres portant sur un marché de service en procédure ouverte pour la réfection du terrain, les travaux devant être réalisés dans le courant de l'été de la même année. Ayant reçu deux offres, dont celle de la recourante, elle a exclu cette dernière du marché le 26 juin 2017, qu'elle a adjugé à Jacquet le même jour,

avant de conclure avec cette dernière un contrat d'entreprise le 28 juin 2017.

Indépendamment de savoir si l'entreprise exclue du marché contesterait cette décision, il appartenait à l'intimée d'attendre la fin du délai de recours pour la conclusion du contrat avec Jacquet, en application des art. 14 al. 1 AIMP et 46 RMP, ce qu'elle ne pouvait ignorer, ni invoquer la mise en service du terrain pour la prochaine rentrée scolaire. Dans le cadre de la présente procédure, seule l'illicéité de la décision d'exclusion, le cas échéant d'adjudication, peut être constatée (art. 18 al. 2 AIMP), ce à quoi la recourante a au demeurant conclu lorsqu'elle a eu connaissance de la conclusion du contrat.

b. La recourante soutient que son offre ne pouvait pas être exclue, dès lors qu'elle répondait à toutes les conditions requises par l'appel d'offres.

Il ressort toutefois de l'offre qu'elle a soumise à la commune le 27 avril 2017, pour un montant de CHF 624'869.75, TVA comprise, que les prix unitaires indiqués pour les positions 4.01 à 4.08 et 4.10 à 4.11 du cahier des charges

- 13/16 - A/2942/2017 relatives à la « superstructure » étaient de CHF 0.01. Elle a également évoqué la possible réutilisation de la couche de souplesse existante, afin de réaliser une économie supplémentaire de CHF 40'000.-, ramenant son offre à CHF 581'669.75, TVA comprise.

Notamment en lien avec ces éléments, la commune, par l'entremise de Mme BARBEY, a requis le 1er juin 2017 de la recourante non seulement la justification et la confirmation de ses prix pour les positions 4.01 à 4.08 et 4.11, mais aussi des précisions techniques en particulier au sujet de la conservation de la couche de souplesse existante, solution qu'elle proposait, et a joint à sa demande la fiche qu'elle la priait d'utiliser.

La recourante n'a toutefois pas répondu à cette demande de manière circonstanciée, ni au rappel du 9 juin 2017. En effet, dans son courrier du 7 juin 2017, la recourante s'est limitée à indiquer qu'elle confirmait les prix de ses différentes positions, sans égard aux critères figurant dans la fiche transmise par Mme BARBEY, de même que dans son courrier du 12 juin 2017, dans lequel elle indiquait que les positions 4.01 à 4.08 et 4.11 n'avaient pas lieu d'être. Outre le fait que les réponses données par la recourante ne permettaient pas à la commune de comparer correctement son offre avec celle de sa concurrente, qui a répondu aux questions de la commune en se référant aux critères figurant dans la fiche, contrairement à Realsport, il n'appartenait pas à cette dernière de décider de la pertinence des exigences figurant dans le cahier des charges, en indiquant que les positions 4.01 à 4.08 et 4.11 n'avaient pas lieu d'être. Si elle estimait que tel était le cas, étant donné qu'elle avait réalisé le revêtement du terrain en 2006, il lui appartenait alors de contester les documents d'appel d'offres lorsqu'elle en a eu connaissance. Pour ces raisons déjà, malgré les deux demandes de renseignements présentées par la commune, celle-ci était fondée à exclure la recourante de la procédure, dès lors qu'elle ne remplissait pas les exigences du cahier des charges et présentait un prix global anormalement bas.

c. La recourante soutient que tel n'est pas le cas, au regard de l'estimation produite et des autres marchés qu'elle a réalisés, se situant dans le même ordre de prix. Elle ne saurait toutefois être suivie sur ces points, son dernier argument étant sans pertinence dans le cadre du présent marché, qui répond à des conditions spécifiques sans lien avec les autres projets qu'elle a réalisés. Elle perd également de vue que l'estimation qu'elle a fournie à la commune en 2014 avait seulement trait à la rénovation du terrain, étant précisé qu'un

montant de CHF 180'000.-, hors taxes, se serait ajouté au prix, TVA comprise, de CHF 496'800.-, sous déduction d'un montant hors TVA de CHF 30'000.-, pour la pose d'une nouvelle couche de souplesse, alors que le marché vise encore d'autres prestations, comme la création de zones de stockage pour les buts, la vérification du drainage et l'installation d'un système d'arrosage automatique, d'où un montant budgétisé de CHF 900'000.-.

- 14/16 - A/2942/2017

Dans ce cadre, rien ne permet d'affirmer que Jacquet, qui a présenté une offre pour CHF 836'974.-, aurait participé à l'élaboration de l'appel d'offres, la commune ayant indiqué que tel n'avait pas été le cas et qu'elle avait fait appel à une société tierce à cette fin, laquelle n'a pas soumissionné, à teneur du procès-verbal d'ouverture des offres. Ce document n'a certes pas été communiqué à la recourante, qui en avait fait la demande par courriel du 15 mai 2017. L'on ne saurait toutefois déduire de l'absence de réponse de la commune une volonté délibérée de ne pas lui transmettre ce document, qu'elle a au demeurant produit devant la chambre de céans, la recourante n'ayant pas non plus réitéré sa demande.

d. Quant à la proposition de la recourante visant à réutiliser la couche de souplesse existante, c'est également à juste titre qu'elle ne pouvait être prise en compte, au regard de son remplacement exigé par le cahier des charges et de la volonté clairement affichée de la commune. Interrogée par Mme BARBEY à ce sujet, la recourante s'est d'ailleurs limitée à indiquer que la quantité de matériau complémentaire à remplacer pouvait seulement être estimée.

e. Enfin, aucun élément du dossier ne permet d'affirmer que la commune n'aurait pas été satisfaite de la précédente prestation de la recourante et l'aurait exclue de ce fait. Il apparaît au contraire que l'usure prématurée du terrain résultait d'un manque d'entretien et de dégâts causés par des motocycles.

f. Dans ces circonstances, l'exclusion de l'offre de la recourante et, par conséquent, l'adjudication du marché en faveur de Jacquet est conforme au droit. 6)

Il s'ensuit que le recours sera rejeté. 7)

Dans la mesure où la situation juridique de Jacquet n'était pas susceptible d'être affectée par l'issue de la présente procédure, il n'y avait pas lieu de l'appeler en cause (art. 71 al. 1 LPA). Le présent arrêt lui sera néanmoins notifié, pour information. 8)

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

* * * * *

- 15/16 - A/2942/2017

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