

GE_GERICHTE ATA/51/2015 vom 13. Januar 2015

GE Cour de justice, 2015-01-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_51_2015

FR: GE_GERICHTE ATA/51/2015 du 13 janvier 2015

IT: GE_GERICHTE ATA/51/2015 del 13 gennaio 2015

Regeste

Résumé: Appel d'offre portant sur les travaux de construction d'une installation de distribution d'eau surchauffée et de vapeur. Les exigences de certification formulées dans l'appel d'offres constituent des critères d'aptitude au sens de la législation sur les marchés publics. Fondés sur des critères objectifs, en rapport avec les certifications en usage au plan national et européen vérifiables et pertinents du fait de leurs liens avec des impératifs de sécurité, ces critères ne sont pas discriminatoires. L'autorité adjudicatrice ne pouvait plus en cours de procédure, décider de les évaluer selon les critères quantitatifs en les considérant comme appartenant aux critères d'appréciation des soumissions, sauf à violer les principes de transparence et d'égalité de traitement que le droit des marchés publics doit respecter. La décision du pouvoir adjudicateur d'adjuger les travaux à une entreprise ne disposant pas de la certification requise est ainsi contraire au droit. Elle est annulée et le recours est admis. Dans la mesure où l'entreprise recourante était la seule à remplir complètement les critères d'aptitude requis et qu'elle a été classée au deuxième rang suite à l'évaluation complète de son offre, la chambre administrative lui a adjugé le marché.

Erwägungen

E. 9

juillet 2003 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/172/2004 du 2 mars 2004 ; ATA/39/2004 du 13 janvier 2004 consid. 2). Le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les griefs et moyens de preuve du recourant ; il suffit que le juge discute ceux qui lui paraissent pertinents (arrêts du Tribunal fédéral 1P.32/2004 du 12 février 2004 consid. 6 ; 1P.24/2001 du 30 janvier 2001 consid. 3a et les arrêts cités ; ATA/292/2004 du 6 avril 2004).

En l'occurrence, les mesures d'instruction ordonnées à ce jour ont permis d'établir les faits d'une manière suffisante pour permettre à la chambre administrative de statuer. Il ne sera donc pas donné suite aux requêtes formulées par l'appelée en cause dans ses dernières conclusions visant à procéder à l'audition d'autres personnes concernant les questions d'application de la réglementation sur les installations d'eau surchauffée sous pression. 3)

Le droit est la base et la limite de l'activité de l'État (art. 5 al. 1 Cst.). Cette disposition consacre le principe de légalité qui gouverne toute activité étatique. En fait partie intégrante la garantie des droits fondamentaux, soit des droits ou des libertés garanties aux particuliers, avec tout ce que cela comporte comme obligations et comme engagements au plan à la fois institutionnel et normatif (Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 2, 3^{ème} éd., 2013, n° 1005 et 1011, p. 468 et 470).

Ainsi, une collectivité ou une entité publique qui conduit une procédure de soumission publique est soumise au respect de telles conditions (ATA/321/2010 du 11 mai 2010 ;

Pierre MOOR, Droit administratif, Vol. 3, 2ème éd., 1992, n° 4.1.1.2, p. 158). 4)
- 20/27 - A/236/2014 5)

Le but de la législation en matière de marchés publics est de garantir le respect des principes énoncés à l'art. 1 AIMP. Il s'agit en particulier de garantir une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let a AIMP et 17 RMP), l'égalité de traitement à l'ensemble de ceux-ci et l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 3 let b AIMP et 16 RMP), la transparence des marchés publics (art. 1 al. 3 let c AIMP et 16 RMP) ainsi qu'une utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 3 let d AIMP). 6)

La garantie d'une concurrence efficace doit permettre aux soumissionnaires de formuler des offres attractives (Martin BEYELER, Ziele und instrumente des Vergaberechts, 2008, p. 30, n° 83). La mise en œuvre de la concurrence est rendue effective par le processus de soumission publique. Elle est assurée par l'interdiction d'arrangements et d'actes de concurrence déloyale (ibid., p. 31 n° 83). Elle implique l'ouverture du marché au plus large cercle d'offrants (ibid., p. 32 n° 86). Pour respecter ce principe, un appel d'offres doit être rédigé autant que possible de manière neutre et la description de la prestation à fournir ne doit pas être rédigée d'une façon qui exclut la majorité des soumissionnaires de la concurrence (ibid., p. 35 n° 95). Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans la formulation de son offre mais il est limité à l'interdiction de la formuler d'une manière qui conduise à une discrimination entre les concurrents potentiels. 7)

Le respect de l'égalité de traitement entre soumissionnaires (art. 1 al. 2 let. b et 11 let. a AIMP ; 16 RMP) oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires tout au long du déroulement formel de la procédure (ATA/123/2011 du 1er mars 2011 ; ATA/626/2009 du 1er décembre 2009 ; ATA/884/2004 du 26 octobre 2004 ; Jean-Baptiste ZUFFEREY / Corinne MAILLARD / Nicolas MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 109 ; Benoît BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics in RDAF 2004, p. 241). La juridiction de céans a déjà eu l'occasion de rappeler le caractère formaliste du droit des marchés publics qu'impose le respect de ce principe (ATA/150/2009 du 14 mars 2009 ; ATA/10/2009 du 13 janvier 2009).

En vertu de ce principe, une offre qui ne correspond pas aux exigences de l'appel d'offres doit être considérée comme incomplète et ne peut être prise en compte (arrêt du Tribunal fédéral du 12 avril 2002, résumé in BR/DC 2003 n° 49 p. 156 ; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, op. cit., p.110 ; Olivier RODONDI, La gestion de la procédure de soumission, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STOECKLI, Droit des marchés publics, 2008, p.185 ; no 63, p. 186). 8)

Selon la jurisprudence, le principe de la transparence est le principe cardinal et incontournable des marchés publics. Il limite le large pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur (RDAF 2001 I 403). Il permet d'assurer la mise en œuvre du principe de concurrence, lequel permet la comparaison des

- 21/27 - A/236/2014 prestations et de choisir ainsi l'offre garantissant un rapport optimal entre le prix et la prestation (ATF 130 I 241 consid. 5.1 ; ATF 125 II 86 consid. 7c in RDAF 2002 I 543 ; ATA/952/2014 du 2 décembre 2014 consid. 5b). Il permet également le contrôle de l'impartialité de la procédure d'adjudication, autre principe qui doit être respecté (Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 163, n° 264).

Ce principe exige du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions ; à tout le moins doit-il spécifier clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. Lorsqu'en sus de ces critères, le pouvoir adjudicateur établit des sous-critères, il n'est pas obligé de les communiquer lors de l'appel d'offres sauf s'il entend les privilégier, auquel cas il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective (ATF 130 I 241 consid. 5.1 p. 248). En tous les cas, le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères ou de modifier les critères d'aptitude ou d'adjudication (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 101 et les références citées ; ATA/952/2014 et jurisprudence citée ; Étienne POLTIER, *ibid.*). 9)

Dans le canton de Genève, 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 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. Ces derniers visent à évaluer les capacités financières, techniques et organisationnelles des soumissionnaires (arrêts du Tribunal fédéral 2P. 255/2005 du 27 avril 2006 consid 3.2).

Pour établir qu'il remplit les critères d'aptitude, le soumissionnaire doit produire des justificatifs attestant qu'il exerce une activité en rapport avec celle dont relève la soumission, par exemple sous forme d'un extrait du registre du commerce d'un registre professionnel (art. 33 let. a RMP) ; une déclaration indiquant l'effectif de la main-d'œuvre permanente et le nom d'un apprenti (art. 33 let. b RMP) ; un extrait du registre des poursuites et faillites (art. 33 let. c RMP); des pièces comptables (art. 33 let. d RMP); un certificat de qualité (art. 33 let. e RMP)

Selon l'art. 42 al. 1 let. b RMP, le candidat qui ne répond pas ou plus aux conditions pour être admis à soumissionner est exclu de la procédure. 10) Lorsqu'elle formule son appel d'offres, l'autorité adjudicatrice doit annoncer les critères sur la base desquels elle évaluera les offres. Il doit s'agir de

- 22/27 - A/236/2014 critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché qui doivent être énoncés clairement et par ordre d'importance au moment de l'appel d'offres (art. 24 RMP). Selon l'art. 12 RMP, les offres sont évaluées en fonction de critères d'aptitude au sens de l'art. 33 RMP et de critères d'appréciation. 11) L'installation et la mise en œuvre d'installations sous pression sont soumises aux dispositions de la LSPro et de sa réglementation d'exécution. La première prévoit qu'un produit mis sur le marché, soit « tout bien meuble prêt à l'emploi, même incorporé à un autre bien meuble ou immeuble » (art. 2 al. 1 LSPro) ne peut être mis en service sur le marché que s'il présente « un risque nul ou minimum pour la santé ou la sécurité des utilisateurs ou des tiers lorsqu'ils sont utilisés dans des conditions normales ou raisonnablement prévisibles » (art. 3 al. 1 LSPro). Cette règle s'applique aux installations sous pression (art.1 al. 2 ch.4 OSPro). Il incombe au Conseil fédéral de fixer les exigences essentielles en matière de santé et de sécurité, en tenant compte du droit international pertinent (art 4 al. 1 et 2 LSPro).

. À teneur des art. 1 al. 1 let. a à c et 2 al. 1 de l'ordonnance relative aux équipements sous pression, la mise en circulation d'équipements sous pression est soumise à surveillance.

Celle-ci est exercée par l'ASIT suivant la let. d de l'annexe à l'ordonnance du 18 juin 2010 du département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche sur la surveillance du marché conformément à la section 5 de l'ordonnance sur la sécurité des produits (RS 930.111.5), sur délégation fondée sur les art. 9 LSPro et art. 20 al. 1 let. c de l'ordonnance du 13 mai 2010 sur la surveillance des produits OSPro – (RS 930.111). Ces exigences correspondent à celles découlant de la Directive n° 97/23/CE du 29 mai 1997 relative au rapprochement des législations des États membres concernant les équipements sous pression.

Cela signifie que les équipements sous pression qui font l'objet du marché public ne devront être mis en circulation, soit mis à disposition de l'utilisateur pour la première fois, au sens de l'art. 3 de l'ordonnance sur la sécurité des équipements sous pression, que s'ils ont été correctement installés de façon à ne pas mettre en danger la vie et la santé des personnes ou l'intégrité des biens (art. 5 al. 1 de l'ordonnance précitée) et qu'ils devront respecter les exigences essentielles de sécurité de l'annexe 1 à ladite ordonnance, s'agissant de leur conception. Cela signifie également que les équipements sous pression devront être soumis à une vérification finale (ch. 3.1 de l'annexe 1 à l'ordonnance sur la sécurité des équipements sous pression) et que la qualification ou l'approbation du personnel commis à l'assemblage permanent des pièces soit vérifiée par l'organisme d'évaluation de la conformité (ch 3.1.2 de l'annexe 1 à l'ordonnance sur la sécurité des équipements sous pression). 12) Dans le cas d'espèce, au vu de ces caractéristiques, il est patent que la mise en place de l'installation d'eau chaude sous pression qui fait l'objet du marché

- 23/27 - A/236/2014 public litigieux est soumise aux normes de qualité et de sécurité énoncées dans la LSPro et dans sa réglementation d'application. Les parties ne le contestent pas, et notamment l'autorité intimée, dont plusieurs documents du dossier d'appel d'offres, se réfèrent aux normes suisses et européennes précitées ou font appel à la norme de certification d'entreprise de type ISO ainsi qu'à celles, en matière de qualification des soudeurs, de l'organisme suisse délégué à la surveillance. 13) Sous l'angle du droit des marchés publics, les exigences de certification précitée (certification d'entreprise ISO 3834-2 et 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 précitée) formulées dans l'appel d'offres, constituent des critères d'aptitude au sens de l'art. 33 let. 3 RMP. Fondés sur des critères objectifs, en rapport avec les certifications en usage au plan national et européen, vérifiables et surtout pertinents du fait de leurs liens avec des impératifs de sécurité desdites installations qui sont susceptibles de causer de graves dangers en cas de défektivité, lesdits critères ne sont pas discriminatoires et sont conformes aux exigences de l'art. 24 RMP.

En l'occurrence, l'appelée en cause a déposé son offre le 11 juillet 2013 sans établir, par la production de pièces, qu'elle détenait la certification d'entreprise requise et sans produire aucun certificat de soudeur lié aux personnes clés dont elle avait donné le nom dans l'annexe P6 ou à d'autres soudeurs de son entreprise. Nonobstant cela, le pouvoir adjudicateur l'a autorisée à participer à l'évaluation des offres et lui a adjugé les travaux. La décision de celui-ci n'est cependant pas conforme au droit. En effet, conformément à l'art. 42 let. b RMP, il aurait dû constater l'absence de cette documentation et prononcer l'exclusion de l'appelée en cause de la procédure adjudication. 14) Au moment de l'ouverture des offres, l'intimé a estimé être en droit, le

E. 13

septembre 2013, de s'adresser à deux des trois soumissionnaires en concurrence, dont l'appelée en cause, pour leur réclamer la certification qui faisait défaut. La question de la compatibilité d'une telle démarche avec les principes propres au droit des marchés publics découlant des art. 1 al. 3 AIMP ainsi que

E. 16

et 17 RMP, peut être laissée ouverte. En effet, celle-ci n'a pas abouti à la transmission par l'appelée en cause d'une documentation correspondant aux exigences requises ou même démontrant que le processus de certification ISO requis de l'appelée en cause était en cours, ni à la production par celle-ci d'un certificat de soudeur en cours de validité à la date du dépôt de son offre. Or une telle réponse ne pouvait que confirmer au pouvoir adjudicateur la nécessité d'exclure l'entreprise soumissionnaire en défaut puisque cette réponse imparfaite confirmait qu'elle ne remplissait pas les conditions de participation au marché. 15) L'autorité intimée explique qu'elle était légitimée à considérer les exigences de certification non plus comme des critères d'aptitude, malgré ce qui pouvait être

- 24/27 - A/236/2014 compris à la lecture de l'appel d'offres, mais comme appartenant aux critères d'appréciation des soumissions. Il s'agissait selon elle de rétablir un état de concurrence dès lors que seul un soumissionnaire remplissait les conditions de certification posées dans l'appel d'offres. Un tel procédé n'est pas admissible. Une telle modification des critères en cours de procédure est contraire aux principes de transparence et d'égalité de traitement que le droit des marchés publics doit respecter. Ainsi que le rappelle l'art. 43 RMP, l'évaluation des offres doit être effectuée en fonction des critères prédéfinis dans l'appel d'offres. La jurisprudence admet que dans certains cas la distinction entre critères aptitude et critères appréciation peut se révéler délicate. Tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que les conditions de certification ressortissent clairement aux critères d'aptitude. Dans une telle situation, le pouvoir adjudicateur ne peut plus en cours de procédure décider de les évaluer selon des critères quantitatifs en les intégrant comme sous-critères de l'un des critères principaux, même moyennant une pondération importante. S'il voulait rétablir une situation de concurrence, ayant fait le constat que l'appel d'offres n'avait pas conduit à collecter suffisamment d'offres permettant d'effectuer des comparaisons, il lui incombait de passer par la procédure spéciale d'interruption de la procédure d'appel d'offres s'il considérait que les conditions de l'article 47 RMP, notamment celles de l'art. 47 al. 1 let. a RMP, étaient réalisées. 16) L'appelée en cause soutient que la décision de lui adjuger les travaux prise par le pouvoir adjudicateur était conforme au droit parce que les conditions relatives aux exigences de certification de l'entreprise et du personnel qui n'étaient pas remplies à la date du dépôt des offres, pouvaient être réalisées au moment où l'exécution du marché commencerait et au fur et à mesure du déroulement de celui-ci, conditions qu'elle remplissait au moment de la prise de décision.

L'interprétation du cahier des charges à laquelle se livre l'appelée en cause est cependant incompatible avec le libellé des exigences en matière de certification figurant dans le dossier d'appel d'offres, lesquelles doivent être interprétées selon le principe de la confiance (Peter GALLI/André MOSER/Elisabeth LANG/Marc STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht*, 3ème éd., 2013, p. 243, n° 567). En outre, l'égalité de traitement impose que les soumissions soient examinées en fonction de leur libellé et des pièces produites à la date fixée pour le dépôt des offres, la conformité des offres au cahier des charges devant être examinée à cette date (art. 39 al. 1 RMP) dans le cadre de la phase

d'apurement des offres, qui seule permet de rendre possible leur comparaison objective. Après celle-ci, un soumissionnaire n'est pas autorisé à modifier son offre ou à produire des pièces manquantes (ibid, p. 289, n° 664 et p. 312, n° 710). L'autorité adjudicatrice n'est autorisée qu'à rectifier les erreurs évidentes (art. 39 al. 2 RMP) ou à demander des explications aux soumissionnaires relatives à leur aptitude et à leur offre (art. 40 al. 1 RMP).

- 25/27 - A/236/2014

En l'occurrence, le dossier d'appel d'offres faisait référence à plusieurs reprises à la législation sur les installations sous pression. De même, il mentionnait la nécessité pour les soumissionnaires d'établir que leur entreprise détenait une certification ISO et que les soudeurs qui intervenaient pouvaient justifier de certificats de qualification correspondant aux prescriptions de l'ASIT. Nulle part il n'est indiqué que cette certification pouvait être produite ultérieurement par le soumissionnaire. Cette argumentation ne peut être suivie. 17) Au vu des considérations qui précèdent, la décision d'adjuger le marché à l'appelée en cause n'est pas conforme au droit. Certes, l'offre de l'appelée en cause était la moins disante, et la décision de lui adjuger les travaux pouvait constituer une solution satisfaisante sous l'angle de l'utilisation des deniers publics. Il n'empêche que cette issue a conduit le pouvoir adjudicateur à se départir de ses propres critères vis-à-vis des autres soumissionnaires, puisqu'il avait annoncé dans son appel d'offres les critères de sécurité comme constituant une condition de leur participation à la procédure d'évaluation. En outre, elle l'a contraint à devoir prendre, le 14 janvier 2014, une décision d'adjudication problématique sous l'angle de la sécurité juridique. Le procédé consistant à soumettre l'adjudication des travaux à la condition de produire les certificats manquants est non seulement critiquable au regard des critères de l'art. 1 al. 3 let. a à c AIMP, mais elle crée une situation paradoxale et incertaine. À lire le courriel du mandataire spécialisé à l'OBA du 5 février 2014, il n'est en effet pas acquis que l'appelée en cause remplisse, les conditions requises dans l'appel d'offres après que les travaux lui ont été adjugés, ni que l'intervention de l'entreprise certifiée qu'il propose par défaut - sans que la nature des relations contractuelles qu'elles entretiennent soit connue du pouvoir adjudicateur - remédie à la non-conformité au droit de sa soumission. 18) Le recours sera admis et la décision d'adjuger le marché litigieux à l'appelée en cause sera annulée. Dans la mesure où la recourante est la seule soumissionnaire à remplir complètement les critères d'aptitude requis, liés aux exigences de certification précités, et qu'elle a été classée au deuxième rang suite à l'évaluation complète de son offre, la chambre administrative, faisant usage du pouvoir de réforme conféré par l'art. 69 al. 3 LPA, lui adjugera le marché. En effet, toute autre décision, notamment un renvoi à l'intimé se heurterait au principe d'économie de procédure ainsi qu'à celui de célérité, lesquels doivent être pris en compte en matière de marchés publics. 19) Vu l'issue du litige, un émoulement de CHF 1'000.- sera mis à la charge de l'appelée en cause, tandis qu'aucun émoulement ne sera mis à la charge de l'OBA (art. 87 al. 1 LPA). En outre, une indemnité de procédure de CHF 3000.- sera allouée à la recourante, à concurrence de CHF 1'500.- à la charge de l'intimé et de CHF 1'500.- à celle de l'appelée en cause (art. 87 al. 2 LPA).

- 26/27 - A/236/2014