

GE_GERICHTE ATA/753/2016 vom 6. September 2016

GE Cour de justice, 2016-09-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_753_2016

FR: GE_GERICHTE ATA/753/2016 du 6 septembre 2016

IT: GE_GERICHTE ATA/753/2016 del 6 settembre 2016

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).

Les art. 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.

- 7/15 - A/1763/2016

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

Dans un premier grief, la recourante se plaint d'un formalisme excessif et d'une violation, par la commune, du principe de la bonne foi.

E. 2.1

et 2.3 ; 2C_165/2012 du 29 mai 2012 consid. 5.1). 4. 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 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 (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, le 8 août 2003, 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).

- 9/15 - A/1763/2016

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 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, comprenant notamment la mention de l'extrait du registre des poursuites et faillites (art. 33 let. c 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).

f. 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

- 10/15 - A/1763/2016 leur évaluation (ATA/420/2016 du 24 mai 2016 ; ATA/256/2016 du 22 mars 2016 ; 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 ; ATA/291/2014 du 29 avril 2014 consid 5 ; ATA/271/2012 du 8 mai 2012 consid. 10 ; ATA/535/2011 du 30 août 2011 consid 5).

Ledit formalisme 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/175/2016 du 23 février 2016 consid. 4 ; ATA/129/2014 du 4 mars 2014 consid. 4 a contrario).

L'interdiction du formalisme excessif, tirée de la garantie à un traitement équitable des administrés énoncée à l'art. 29 Cst., 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). 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/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).

Les principes précités valent notamment pour la phase d'examen de la recevabilité des soumissions (Olivier RODONDI, op. cit., p. 186 n. 65). 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/175/2016 précité consid. 4 ; - 11/15 - A/1763/2016 ATA/102/2010 du 16 février 2010, confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 et 2C_198/2010 du 30 avril 2010).

Le Tribunal fédéral a jugé que la garantie constitutionnelle de l'interdiction du formalisme excessif n'oblige pas le pouvoir adjudicateur à interpellier un soumissionnaire en présence d'une offre défailante (arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 précité consid. 6.5).

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

E. 3

a. Le principe de la bonne foi entre administration et administré, exprimé aujourd'hui aux art. 9 et 5 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), exige que l'une et l'autre se comportent réciproquement de manière loyale. En particulier, l'administration doit s'abstenir de toute attitude propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 138 I 49 consid. 8.3 p. 53 ; 129 I 161 consid. 4 p. 170 ; 129 II 361 consid. 7.1 p. 381 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_18/2015 du 22 mai 2015 consid. 3 ; 2C_970/2014 du 24 avril 2015 consid. 3.1 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 193 n. 568).

b. La jurisprudence a tiré de l'art. 29 al. 1 Cst., et de l'obligation d'agir de bonne foi à l'égard des justiciables (art. 5 et 9 Cst.), le principe de l'interdiction du déni de justice formel qui comprend la prohibition de tout formalisme excessif. Un tel formalisme existe lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique sans raison objective la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (ATF 135 I 6 consid. 2.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_824/2014 du 22 mai 2015 consid. 6 ; 1C_39/2013 du 11 mars 2013 consid. 2.1 ; 2C_343/2012 du 19 avril 2012 consid. 4.1). L'excès de formalisme peut résider soit dans la règle de comportement imposée au justiciable, soit dans la sanction qui lui est attachée (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 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_382/2015 du 21 mai 2015 consid. 5.1 ; ATA/417/2015 du

E. 5

a. En l'espèce, la page 3 du DAO est claire. La liste des annexes à produire mentionne clairement, à côté de l'annexe P2, qu'il s'agit de la « fiche genevoise des demandes d'attestations », ce qui excluait la référence à l'annexe P2 mise à disposition par le CROMP.

L'exigence, dans l'annexe P2 de la commune, de la production d'une attestation de non-poursuite et d'une autre de non-faillite ressort clairement de l'annexe P2 de la commune. Cette exigence est mise en évidence par des caractères gras qui ne peuvent manquer d'attirer l'attention du lecteur. L'argument selon lequel les deux versions de l'annexe P2 dataient du 12 septembre 2008 et que cette mention permettait de penser qu'elles étaient identiques ne résiste pas à l'examen. L'on peine à comprendre pourquoi

l'attention du lecteur se focaliserait sur une mention de bas de page avant de survoler le contenu de l'annexe, et de voir son regard inmanquablement arrêté par les caractères mis en évidence par la commune.

Les deux attestations exigées par le pouvoir adjudicateur faisaient clairement l'objet de deux lignes distinctes, aisément reconnaissables.

La recourante ne prétend d'ailleurs pas le contraire puisqu'elle s'est rendu compte de son erreur avant la fin du délai pour soumissionner. Seul le temps pour obtenir l'attestation de non-faillite lui a manqué.

L'argument relatif à l'attestation « multipack » ne peut être suivi. Cette possibilité était présentée, de la même façon, sur les deux annexes P2. Compte tenu de ce qui précède, le soumissionnaire ne pouvait pas manquer de voir son attention attirée par la nécessité de produire les deux attestations querellées et s'interpeller en conséquence sur la possibilité d'obtenir une attestation « multipack » correspondante.

- 12/15 - A/1763/2016

c. Force est ainsi de constater que la recourante n'a pas remis, dans le délai, les attestations requises tant par la loi que par les conditions générales de l'appel d'offres. Ce manquement, non négligeable au regard des exigences et des conséquences de leur non-respect, ne pouvait pas échapper à la recourante au moment du dépôt de son offre, si elle avait fait preuve de la diligence requise par les circonstances et les exigences de forme propres au droit des marchés publics. Elle ne lui a d'ailleurs pas échappé puisqu'elle a dûment sollicité l'attestation idoine de l'office des faillites dans le délai précédant la clôture du dépôt des offres.

Egg-Telsa ne fait d'ailleurs pas valoir qu'elle aurait été dans l'impossibilité de présenter l'attestation requise en temps voulu si elle s'était rendu compte suffisamment tôt de son erreur.

Il ne peut être reproché à l'intimée de n'avoir pas accordé de délai supplémentaire à la recourante, voire à tous les soumissionnaires confrontés à cette difficulté, en vertu de l'aspect très formaliste des marchés publics et de l'intérêt public poursuivi, notamment de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 3 let. b AIMP).

L'argument de la recourante selon lequel les documents litigieux ont toujours été acceptés dans ses précédentes soumissions n'est d'une part pas prouvé, et, d'autre part, n'est pas de nature à remettre en question les considérations qui précèdent.

De même l'argument selon lequel six des huit autres soumissionnaires auraient échoué pour la même clause de l'appel d'offres, induisant en erreur, ne peut être retenu. Deux entreprises ont déposé des offres complètes, répondant à tous les critères exigés par le pouvoir adjudicateur. Par ailleurs, la recourante s'était rendu compte par elle-même de son erreur avant la clôture des offres, ce qui démontre qu'une lecture attentive de l'appel d'offres permettait aux soumissionnaires de déposer des dossiers conformes aux exigences.

L'argument selon lequel sa solvabilité ressortait des autres pièces fournies ne peut suppléer l'absence de production d'une attestation exigée par le pouvoir adjudicateur sous peine d'irrecevabilité de l'offre. De même, la seule signature de la page de couverture du dossier d'appel d'offres par laquelle l'entreprise s'engageait et confirmait notamment ne pas être

engagée dans une procédure de faillite, n'avoir pas obtenu de concordat judiciaire ou extrajudiciaire, tant pour elle-même que pour les sous-traitants, fournisseurs et transporteurs auxquels elle entendait faire appel, ne pouvait remplacer le document querellé. L'exigence de l'attestation de non-faillite était d'autant plus importante que le marché concerné était soumis aux accords internationaux.

- 13/15 - A/1763/2016

L'absence des attestations sollicitées ne peut pas être considérée comme une informalité de peu de gravité. De surcroît, l'autorité adjudicatrice bénéficie d'un large pouvoir d'appréciation quant au degré de sévérité dont elle désire faire preuve dans le traitement des offres.

Enfin, l'argument de la recourante consistant à imputer une faute, ou en tous les cas, d'avoir contribué à créer la confusion chez les soumissionnaires, n'emporte pas conviction, dès lors que deux sociétés ont produit des dossiers complets. De surcroît, la recourante a admis, dans son courrier du 21 avril 2016 à l'intimée, que « nous étions conscients que notre offre pouvait être irrecevable du fait que nous n'avions pas cette attestation ».

Par conséquent, au regard des principes et de la jurisprudence susmentionnés, la commune n'a pas violé le principe de la bonne foi ni fait preuve de formalisme excessif en considérant l'offre d'Egg-Telsa comme incomplète, et en l'éliminant pour ce motif.

E. 6

Dans un second grief, la recourante reproche à l'intimée d'avoir abusé de son pouvoir d'appréciation en poursuivant la procédure d'adjudication avec deux concurrents seulement, à la suite de l'élimination des sept autres soumissionnaires.

Compte tenu de l'élimination, fondée, de la recourante, le second grief est irrecevable, celui-ci portant sur la suite de la procédure.

E. 7

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 1er juin 2016.

E. 8

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).

Une indemnité de CHF 1'000.- sera allouée à l'appelée en cause qui y a conclu, à la charge de la recourante. Par ailleurs, conformément à une jurisprudence constante de la chambre de céans, aucune indemnité de procédure n'est allouée à une commune de plus de dix mille habitants, dans la mesure où elle est considérée comme une collectivité publique suffisamment importante pour disposer de son propre service juridique (ATA/404/2016 du 10 mai 2016 ; ATA/321/2009 du 30 juin 2009 consid. 7 et les références citées). La commune de Collonge-Bellerive ne comportant pas un tel nombre d'habitants (8'037 habitants au 31 décembre 2015, selon un tableau de l'office cantonal de la statistique disponible in http://www.ge.ch/statistique/domaines/01/01_02_1/tableaux.asp#1

- 14/15 - A/1763/2016 [consulté le 22 juillet 2016]), une indemnité de CHF 1'000.- lui sera allouée à la charge de la recourante (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

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