

GE_GERICHTE ATA/841/2018 vom 21. August 2018

GE Cour de justice, 2018-08-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_841_2018

FR: GE_GERICHTE ATA/841/2018 du 21 août 2018

IT: GE_GERICHTE ATA/841/2018 del 21 agosto 2018

Erwägungen

E. 1

a. Le marché public litigieux est principalement soumis 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. En l'espèce, interjeté en temps utile, devant la juridiction compétente (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) par un soumissionnaire exclu du marché (art. 60 al. 1 let. a et b LPA) le recours contre la décision d'exclusion (art. 15 al. 1 et al. 1bis let. d AIMP ; art. 55 let. c RMP) est recevable.

E. 2

a. Dans un premier grief, la recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue par l'absence de réponses du pouvoir adjudicateur aux questions qu'elle avait valablement posées.

b. À teneur de l'art. 29 RMP, l'autorité adjudicatrice répond dans les plus brefs délais aux questions ayant trait aux documents d'appel d'offres. Les renseignements importants pour l'élaboration des offres, transmis à un soumissionnaire, sont simultanément communiqués aux autres soumissionnaires. Les soumissionnaires ont l'obligation d'informer immédiatement l'autorité adjudicatrice de toute erreur manifeste dans les documents d'appel d'offres.

Le § 16 des directives d'exécution de l'AIMP (ci-après : DEMP) de l'autorité intercantonale pour les marchés publics qui, même si elles n'ont pas de force contraignante, constituent 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) énonce les mêmes principes que l'article précité.

c. En l'espèce, la recourante a posé trois questions selon les formes voulues, à savoir dans le délai échéant le 9 mars 2018, auprès de la personne mentionnée dans le dossier d'appel d'offres, par écrit et transmises sous forme électronique. Les questions étaient précises et concises, avec référence à un chapitre et/ou à un document remis par l'adjudicateur. Enfin, elles étaient en rapport avec le marché mis en concurrence. Le pouvoir adjudicateur ne conteste d'ailleurs pas ces faits.

De même, le pouvoir adjudicateur ne conteste pas ne pas avoir répondu aux trois questions posées. Dans ses premières écritures, il invoque d'ailleurs des problèmes techniques, a reconnu une erreur de sa part et s'en est excusé.

En ne répondant pas aux questions posées par le soumissionnaire, l'autorité intimée a violé l'art. 29 RMP et a violé, notamment, le droit d'être entendue de la recourante.

E. 3

a. La jurisprudence a tiré de l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), 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 142 V 152 consid. 4.2 ; 135 I 6 consid. 2.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_254/2016 du 9 mai 2016 consid. 5.2 ; 2D_32/2015 du 24 septembre 2015 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 ; 130 V 177 consid. 5.4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_382/2015 du 21 mai 2015 consid. 5.1 ; ATA/417/2015 du 5 mai 2015). Ainsi en va-t-il lorsque la violation d'une règle de forme de peu d'importance entraîne une sanction grave et disproportionnée, telle par exemple une décision d'irrecevabilité (ATF 133 V 402 consid. 3.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_328/2014 du 8 mai 2014 consid. 4.1 ; 2C_1022/2012 du 25 mars 2013 consid. 5.1 ; Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2011, p. 261 n. 2.2.4.6 et les références citées).

b. 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 leur évaluation (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).

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 précité consid. 4.1 ; 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).

Ainsi, le fait d'accepter une offre accompagnée d'attestations mises à jour postérieurement à l'ouverture des offres créerait une inégalité de traitement avec les autres soumissionnaires ayant respecté les exigences posées (ATA/150/2006 du 14 mars 2006). De même, la chambre administrative a retenu qu'en retardant

- 8/11 - A/1294/2018 délibérément le début de la séance d'ouverture des offres pour attendre celle dont l'une des adjudicataires lui avait annoncé l'arrivée par fax le matin même, le pouvoir adjudicateur ne respecte pas le principe d'égalité de traitement puisqu'il aurait dû écarter les offres parvenues en mains de l'autorité adjudicatrice après 09h15, selon les règles que celle-ci avait elle-même posées, et en tous les cas après 09h30, favorisant ainsi des entreprises qui n'avaient pas respecté lesdites exigences comme les recourantes l'avaient fait. Annuler une adjudication faite dans ces conditions n'était pas constitutif de formalisme excessif (ATA/10/2009 consid. 6 du 13 janvier 2009). Dans un autre cas, le département, en

entretenant sciemment le flou sur la question de la procédure choisie, avait violé l'un des préceptes essentiels du droit des marchés publics qui veut qu'en application du principe de la légalité, le pouvoir adjudicateur est lié par le numerus clausus des procédures de passation. Il ne pouvait pas, selon son bon plaisir, mélanger des éléments de différentes procédures ou introduire une nouvelle procédure non prévue par la loi (ATA/358/2009 du 28 juillet 2009).

c. En l'espèce, les parties intimées allèguent que l'absence de réponses aux questions a été sans incidence sur la décision querellée.

Il n'appartient pas à l'autorité de recours de déterminer, a posteriori, sur les allégations des parties, quel aurait été le contenu de l'offre de la recourante, comment le pouvoir adjudicateur l'aurait alors évaluée et de déterminer respectivement si les réponses aux questions auraient eu de l'influence et si oui laquelle.

Tout au plus, il peut être constaté que la troisième question portait sur les références, notamment sur la problématique de mandats « en cours ou terminés ». Or l'adjudicataire n'a donné que trois références, soit le nombre minimum requis. Sur les trois, la première fait état, sous « période du marché » de « marché annuel » sans autre précision. La deuxième entreprise mentionne « 2013 – 2018 ». En conséquence, la réponse, notamment à la question trois, était pertinente.

Annuler une adjudication faite dans ces conditions ne saurait être constitutif de formalisme excessif (ATA/10/2009 consid. 6 du 13 janvier 2009), compte tenu de la gravité du vice de procédure. Une telle sanction est principalement justifiée par des motifs d'égalité de traitement et par un intérêt public lié à une bonne administration de la justice et à la sécurité du droit.

Le résultat est identique avec une analyse sous l'angle de la violation du droit d'être entendu, une réparation de celle-ci devant la chambre de céans n'étant pas envisageable, la chambre administrative n'ayant pas le même pouvoir d'examen que le pouvoir adjudicateur (ATF 138 I 97 consid. 4.1.6.1 ; 137 I 195 consid. 2.3.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_780/2016 du 6 février 2017 consid. 3.3).

- 9/11 - A/1294/2018

E. 4

Aux termes de l'art. 18 al. 1 AIMP, si le contrat n'est pas encore conclu, l'autorité de recours peut, soit statuer au fond, soit renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur dont elle annule la décision, au besoin avec des instructions impératives.

Dans le cas d'espèce, le contrat n'est pas encore conclu. Il convient donc de renvoyer la cause au pouvoir adjudicataire pour qu'il reprenne la procédure dans le respect du droit des marchés publics.

E. 5

Le recours étant admis, il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs dont serait entachée la décision querellée.

Au vu du présent arrêt, la demande de reconsidération de la décision sur mesures provisionnelles est sans objet.

E. 6

Vu la nature du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA).

Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à la recourante à la charge conjointe des SIG pour CHF 1'000.- et de Transvoirie, qui a pris des conclusions, pour CHF 500.- (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

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