

GE_GERICHTE ATA/920/2025 vom 26. August 2025

GE Cour de justice, 2025-08-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_920_2025

FR: GE_GERICHTE ATA/920/2025 du 26 août 2025

IT: GE_GERICHTE ATA/920/2025 del 26 agosto 2025

Regeste

Résumé: Confirmation de l'exclusion d'un soumissionnaire dans le cadre d'un marché public portant sur l'exécution de travaux de fenêtres et de portes extérieures du bâtiment d'art contemporain. L'offre de la recourante n'étant pas conforme au cahier des charges et le vice étant important (non-respect des dimensions demandées) vu la nature du marché (marché de construction), c'est à juste titre qu'elle a été exclue de la procédure. Rejet du recours.

Erwägungen

E. 1

Le recours a été interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 15 al. 1bis let. d et al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 3 al. 1 de 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 ; art. 55 let. c et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01).

E. 1.1

Se pose la question de la qualité pour recourir de la recourante, la ville soutenant que celle-là serait forclosée à contester le contenu du cahier des charges et donc son exclusion.

E. 1.2

À teneur de l'art. 60 al. 1 let. a et b LPA, les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée et toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée, sont titulaires de la qualité pour recourir. Les let. a et b de cette disposition doivent se lire en parallèle : ainsi, le particulier qui ne peut faire valoir un intérêt digne de protection ne saurait être admis comme partie recourante, même s'il était partie à la procédure de première instance (ATA/496/2024 du 16 avril 2024 consid. 2.1 et l'arrêt cité). La qualité pour recourir dans le domaine des marchés publics, qui ne contient pas de règles spécifiques en la matière (ATF 141 II 14 consid. 2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_585/2021 du 29 novembre 2022 consid. 1.3.2), se définit en fonction

- 6/23 - A/1803/2025 des critères de l'art. 60 al. 1 let. a et b LPA, applicable par renvoi de l'art. 3 al. 4 L■AIMP (ATA/496/2024 précité consid. 2.2). 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 (ATF 137 II 313 consid. 1.2.2 ; ATA/1168/2024 du 8 octobre 2024 consid. 5.3). Il y a également 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). 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).

E. 1.3

Selon la jurisprudence, les irrégularités affectant l'appel d'offres doivent – en principe – être soulevées sans attendre une décision du pouvoir adjudicateur au risque de se voir opposer la tardivité ou forclusion de la contestation, pour des questions liées au principe de la bonne foi. Tel est le cas lorsque l'irrégularité dont il est question était décelable à la seule lecture des documents d'appel d'offres (ATA/1197/2024 du 15 octobre 2024 consid. 6.2 et les arrêts cités).

E. 1.4

En l'espèce, la recourante a été exclue de la procédure et le contrat n'a pas encore été conclu. Elle dispose dès lors d'un intérêt juridique à l'annulation de son exclusion afin d'être, le cas échéant, réintégrée dans la procédure d'adjudication. Certes, en tant que la recourante prétend qu'il était impossible de déposer une offre avec les profils demandés, elle se plaint, comme le relève la ville, du contenu du cahier des charges et semble donc a priori forclose à soulever ce grief, pour autant toutefois que l'irrégularité dont elle se plaint ait été décelable à la seule lecture des documents d'appel d'offres. En revanche, en toute hypothèse, la recourante se plaint à titre principal du fait que « les exigences techniques qui ont causé son exclusion ne sont pas des critères d'aptitude annoncés dans les documents d'appel d'offres », soit que l'évaluation a été effectuée sur des critères différents que ceux annoncés. Ce grief ne porte donc pas sur le contenu du cahier des charges et la recourante peut ainsi le soulever. Elle n'est dès lors pas forclose à contester son exclusion. Par conséquent, sa qualité pour recourir sera admise. Le recours est donc recevable.

E. 2

Le litige porte sur la conformité au droit de l'exclusion de la recourante pour non-respect du cahier des charges.

E. 3

La ville sollicite la jonction de la présente cause avec la cause enregistrée sous le n° A/1804/2025, portant sur la décision d'adjudication du marché concerné.

- 7/23 - A/1803/2025

E. 3.1

Selon l'art. 70 LPA, l'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation identique ou à une cause juridique commune (al. 1). La jonction n'est toutefois pas ordonnée si la première procédure est en état d'être jugée alors que la ou les autres viennent d'être introduites (al. 2). La décision de joindre des causes en droit administratif procède de l'exercice du pouvoir d'appréciation du juge, qui est large en la matière (arrêts du Tribunal fédéral 2C_850/2014 et 2C_854/2014 du 10 juin

2016 consid. 11.1). La jonction peut répondre à un souci d'économie de procédure et correspondre à l'intérêt de toutes les parties (ATF 122 II 368 consid. 1a).

E. 3.2

Selon la jurisprudence de la chambre administrative, il n'y a pas lieu de procéder à une jonction des causes lorsque des procédures portant sur des décisions rendues par la même autorité et prises en vertu des dispositions de la même loi visent un complexe de faits différent ou ne concernent pas les mêmes parties (ATA/698/2025 du 24 juin 2025 consid. 3.3 ; ATA/107/2025 du 28 janvier 2025 consid. 2.2 ; ATA/1113/2024 du 24 septembre 2024 consid. 3.2).

E. 3.3

En l'espèce, la présente cause concerne l'exclusion de la recourante et celle enregistrée sous le n° A/1804/2025 porte sur la décision d'adjudication. Les complexes de faits sur lesquels reposent ces deux décisions sont similaires, voire identiques. Cependant, la recourante et la ville sont certes parties dans les deux procédures mais, dans la seconde d'entre elles (A/1804/2025), l'adjudicataire est également une partie, ce qu'elle n'est pas dans la première (A/1803/2025). Dès lors, dans la mesure où les procédures ne concernent pas les mêmes parties, la jonction des causes ne sera pas ordonnée.

E. 4

La recourante sollicite l'apport de l'ensemble du dossier d'adjudication, y compris les offres des entreprises J_____ SA et K_____ SA et du consortium F_____ et G_____ SA (adjudicataire), du rapport d'adjudication et du rapport de validation du prototype par le service des monuments et des sites (ci-après : SMS) dans le cadre de la procédure de demande définitive.

E. 4.1

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 148 II 73 consid. 7.3.1 ; 145 I 167 consid. 4.1). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 145 I 167 consid. 4.1 ; 144 II 427 consid. 3.1.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_452/2024 du 16 janvier 2025 consid. 2.1).

E. 4.2

En l'espèce, la ville a produit l'offre de l'adjudicataire, non caviardée, selon l'accord de celle-ci, le tableau d'évaluation de son offre ainsi que deux pièces

- 8/23 - A/1803/2025 contenant les documents pertinents concernant la validation du prototype par le SMS. Il a donc été fait droit aux demandes de la recourante en tant qu'elles concernent ces éléments. La présente procédure porte exclusivement sur le bien-fondé de l'exclusion de la recourante. Il y a donc lieu d'analyser la conformité de son offre au cahier des charges. A contrario, les offres de J_____ SA et K_____ SA ne sont pas pertinentes

pour la solution du litige. Leur production ne sera par conséquent pas ordonnée. Pour le surplus, la recourante s'est vu offrir la possibilité de faire valoir ses arguments par écrit. Elle s'est ainsi exprimée de manière circonstanciée sur l'objet du litige et a produit les pièces auxquelles elle s'est référée dans ses écritures. Il en va de même de la ville. La chambre de céans dispose ainsi d'un dossier qui lui permet de statuer en connaissance de cause. Il ne sera donc pas procédé aux actes d'instruction sollicités.

E. 5

La recourante se plaint de la violation du droit à une composition correcte de l'autorité, l'adjudicateur n'ayant, selon elle, pas évalué le produit et sa conformité au cahier des charges mais ayant délégué cette tâche à la CMNS.

E. 5.1

L'art. 29 al. 1 Cst. prévoit que toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. La jurisprudence a tiré de cette disposition un droit à ce que l'autorité administrative qui statue le fasse dans une composition correcte et impartiale (ATF 142 I 172 consid. 3.2 et les références citées). En outre, l'autorité administrative qui statue doit le faire dans une composition conforme à la loi (ATF 131 I 31 consid. 2.1.2.1).

E. 5.2

La composition de l'autorité est définie selon les règles du droit de procédure ou d'organisation. Celui-ci prévoit généralement des quorums afin d'assurer le fonctionnement des autorités collégiales. L'autorité est ainsi valablement constituée lorsqu'elle siège dans une composition qui correspond à ce que le droit d'organisation ou de procédure prévoit. Si l'autorité statue alors qu'elle n'est pas valablement constituée, elle commet un déni de justice formel. Le droit constitutionnel à une composition correcte de l'autorité décisionnelle est de nature formelle. Sa violation, quelles que soient les chances de succès du recours sur le fond, conduit à l'annulation de l'arrêt entrepris (ATF 142 I 172 consid. 3.2 et les références citées).

E. 5.3

Une décision ne saurait être valable si elle a été rendue par une autorité qui n'était pas habilitée par l'ordre juridique à la prononcer. La conséquence de l'incompétence de l'auteur d'une décision peut varier suivant les circonstances : nullité ou simple annullabilité (ATA/49/2025 du 14 janvier 2025 consid. 5.3 ; ATA/778/2022 du 9 août 2022 consid. 2c ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2e éd., 2018, n. 880).

- 9/23 - A/1803/2025

E. 5.4

Sont notamment assujettis au RMP l'État, les communes et leurs établissements ou fondations de droit public, dans la mesure où ils n'ont pas un caractère commercial ou industriel (art. 7 al. 1 let. a RMP).

E. 5.5

La loi sur les commissions officielles du 18 septembre 2009 (LCOF - A 2 20) institue des commissions officielles dépendant du Conseil d'État, de la chancellerie d'État ou d'un département (art. 1 al. 1 LCof). La CMNS dépend du DT (art. 5 let. m du règlement sur les commissions officielles du 10 mars 2010 - RCOF - A 2 20.01), soit l'un des sept

départements de l'administration cantonale (art. 1 al. 1 du règlement sur l'organisation de l'administration cantonale du 1er juin 2023 - ROAC - B 405.10).

E. 5.6

Le SMS fait partie de l'OPS, lui-même rattaché au DT (art. 6 al. 1 let. f ch. 3 ROAC).

E. 5.7

En l'espèce, il n'est pas contesté que la ville, en tant qu'autorité adjudicatrice soumise au RMP, est l'autorité compétente pour évaluer la conformité au cahier des charges des offres qui lui ont été soumises, pour adjuger le marché et pour prononcer d'éventuelles exclusions. Ni la CMNS, soit une commission officielle cantonale, ni le SMS, soit un service de l'administration cantonale, ne disposent de ces compétences en l'occurrence. Il ressort du procès-verbal de la séance du 6 février 2025, qui s'est tenue avec des représentants du SMS et de la direction du patrimoine bâti ainsi qu'avec les architectes du projet, que, selon le représentant du SMS, le prototype F_____ avait convaincu la CMNS d'accepter le remplacement des fenêtres. En revanche, il n'y avait pas de validation avec des profilés plus épais et avec une forme plus massive à l'intérieur, tel que le profilé I_____. À la suite de cette séance, la ville a exclu la recourante de la procédure. Ainsi, si la ville a certes demandé conseil au SMS, c'est en revanche elle seule qui a pris la décision formelle, le 12 mai 2025, d'exclure la recourante, après avoir considéré que son offre n'était pas conforme au cahier des charges, notamment parce que la largeur du profilé I_____ était de 38 mm et non pas de 30 mm au maximum. La recourante l'admet d'ailleurs implicitement lorsqu'elle allègue que « la CMNS ne disait pas clairement que les soumissionnaires ayant présenté un profilé I_____ d'une largeur de 38 mm devaient être exclus ». L'examen de la conformité de l'offre de la recourante au cahier des charges a ainsi été effectué par l'autorité compétente, soit la ville, qui a ensuite pris seule la décision d'exclure la recourante, ce qu'elle était habilitée à faire. Le grief sera donc écarté.

E. 6

La recourante se plaint de la constatation inexacte des faits pertinents, la ville ayant, selon elle, retenu à tort qu'elle n'avait pas soumis une offre de base et que son offre n'était pas conforme au cahier des charges.

- 10/23 - A/1803/2025

E. 6.1

Le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 61 al. 1 let. a et b LPA).

E. 6.2

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui n'est en l'occurrence pas directement applicable mais dont les principes restent pertinents, la partie qui entend attaquer les faits constatés par l'autorité précédente doit expliquer clairement et de manière circonstanciée en quoi les faits auraient été établis de façon manifestement inexacte (ATF 140 III 115 consid. 2 ; 137 I 58 consid. 4.1.2 ; 137 II 353 consid. 5.1) ou en violation du droit, et en quoi la correction du vice serait susceptible d'influer sur le sort de la cause (ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 et les références citées).

E. 6.3

En l'espèce, la ville a retenu que l'offre déposée par la recourante ne comportait pas d'offre de base conforme au descriptif technique mais seulement une variante. Elle a également retenu que la variante ne correspondait pas au descriptif technique. Ainsi, même à retenir que l'offre de la recourante aurait dû être considérée comme une offre de base, la ville l'a de toute façon écartée, en raison de sa non-conformité au cahier des charges. La question de savoir s'il s'agissait d'une offre de base ou d'une variante n'a donc pas été déterminante au regard de la décision à prendre et, comme on le verra, n'a pas non plus d'incidence sur la solution du litige. Cette question pourra donc souffrir de demeurer indéterminée. De même, et au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de déterminer si la motivation de la décision permettait à la recourante de comprendre pourquoi la ville avait considéré que son offre constituait une variante. Enfin, la question de savoir si l'offre de la recourante était conforme au cahier des charges relève du fond du litige et sera examinée ci-après. Le grief sera donc écarté.

E. 7

La recourante se plaint du fait que son offre a été écartée après le processus d'évaluation des offres, sans que la ville lui ait demandé de renseignements complémentaires.

E. 7.1

L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales. (art. 1 al. 1 AIMP). Il poursuit plusieurs autres objectifs, soit notamment assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. a AIMP), garantir l'égalité de traitement entre eux-ci et assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 3 let. b AIMP) ainsi qu'assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP). Ces principes doivent être respectés dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, notamment let. a, b et d AIMP).

E. 7.2

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, qui permet de protéger notamment le principe d'intangibilité des

- 11/23 - A/1803/2025 offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires, dans la phase d'examen de la recevabilité des offres et de leur évaluation (ATA/1168/2024 précité consid. 4.3 ; ATA/102/2010 du 16 février 2010, confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.4).

E. 7.3

Le RMP régit la passation des marchés publics en application de l'AIMP (art. 1). L'art. 38 RMP (ouverture des offres) prévoit que 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). L'autorité adjudicatrice examine la conformité des offres au cahier des charges et contrôle leur chiffrage (art. 39 al. 1 RMP [examen des offres]). Elle peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre (art. 40 al. 1 RMP). En présence d'une offre paraissant anormalement basse, l'autorité adjudicatrice doit demander au soumissionnaire de justifier ses prix, selon la forme prévue à l'art. 40 al. 2 (art. 41 RMP). Néanmoins, elle ne saurait par ce biais porter

atteinte aux principes d'intangibilité des offres et d'égalité de traitement entre soumissionnaires qui limitent le droit de procéder à des corrections ou requêtes de précisions après le dépôt des offres (arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 précité ; ATA/134/2025 du 4 février 2025 consid. 6.2 ; ATA/871/2023 du 22 août 2023 consid. 3.4 et les références citées). En vertu de l'art. 29 al. 2 Cst., les parties ont le droit d'être entendues. Ce droit s'applique en principe également au droit des marchés publics (ATF 139 II 489, consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_46/2020 du 8 mars 2021 consid. 3.2). Dans sa jurisprudence relative aux offres anormalement basses, le Tribunal fédéral considère que le droit d'être entendu n'impose toutefois pas au pouvoir adjudicateur une véritable obligation de procéder à des investigations (ATF 143 II 425 consid. 5.2). En revanche l'art. 29 al. 2 Cst. impose à l'adjudicateur d'entendre préalablement le soumissionnaire concerné par l'offre anormalement basse lorsqu'il envisage de l'exclure en raison d'un prix anormalement bas. Le soumissionnaire d'une offre de sous-enchère doit avoir la possibilité de s'exprimer avant que son offre ne soit exclue en raison d'un prix anormalement bas (ATF 141 II 353 consid. 8.3.2 ; 139 II 489 consid. 3.3. ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_46/2020 du

E. 7.4

Une offre est écartée d'office notamment lorsque le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non-conforme aux exigences ou au cahier des charges (art. 42 al. 1 let. a RMP). 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).

- 12/23 - A/1803/2025

E. 7.5

L'exclusion est envisagée comme une étape préliminaire, qui précède l'évaluation des offres (Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2e éd., 2023, p. 289 n. 589). Logiquement, une exclusion devrait être la première étape. Il est en effet inutile de procéder à une analyse et une évaluation d'une offre qui doit de toute façon être exclue. Or, ce n'est pas toujours le cas en pratique (Étienne POLTIER, op. cit., p. 286 n. 584 nbp. 1036).

E. 7.6

Le principe de la bonne foi entre administration et administré, exprimé aux art. 9 et 5 al. 3 Cst. exige que l'une et l'autre se comportent réciproquement de manière loyale (arrêts du Tribunal fédéral 6B_266/2020 du 27 mai 2020 et 1C_173/2017 du 31 mars 2017 consid. 2.3). 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 ; 129 I 161 consid. 4). L'adjudicatrice qui invoque a posteriori dans le cadre du recours un motif d'exclusion après avoir attesté antérieurement que l'offre de la recourante était complète adopte un comportement contradictoire contraire au principe de la bonne foi (ATA/1197/2024 précité consid. 4.2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1437/2016 du 19 octobre 2016 consid. 7.5).

E. 7.7

L'intérêt digne de protection dont dépend la qualité pour recourir consiste dans l'utilité pratique inhérente à ce que la partie recourante peut, en obtenant gain de cause, influencer directement sa situation factuelle ou juridique. Le recours ne sert pas à faire contrôler

abstraitement la légalité objective de l'activité étatique mais plutôt à procurer un avantage pratique à la partie recourante. Le simple objectif d'empêcher l'adverse partie d'accéder à un avantage censément illicite ne suffit pas à conférer la qualité pour recourir si cet objectif ne se rattache pas à un avantage digne de protection pour la partie recourante (ATF 141 II 307 consid. 6.2 = JdT 2016 I p. 20, 23 ; ATF 141 II 14 consid. 4.4). L'intérêt du soumissionnaire non retenu consiste principalement dans la perspective d'obtenir lui-même l'adjudication à la place de l'adjudicataire. Il peut donc faire contrôler la décision attaquée au regard de toutes les règles de droit qui, en fait ou en droit, ont une incidence sur sa situation en ce sens que le succès du recours lui est utile pratiquement. Lorsque le soumissionnaire soulève des griefs de procédure, il n'a un intérêt digne de protection que si le succès du recours améliore sa situation (ATF 141 II 307 consid. 6.3, 6.4 et 6.6 = JdT 2016 I p. 20, 24 ss.).

E. 7.8

En l'espèce, il convient au préalable de préciser que l'intérêt de la recourante à se plaindre du fait que son offre a été écartée après le processus d'évaluation des offres n'est pas évident. En effet, l'éventuelle admission de celui-ci n'aurait a priori pas pour effet d'annuler son exclusion. En outre, le fait que son offre ait été, selon elle, écartée après le processus d'évaluation des offres ne lui porte pas préjudice. En toute hypothèse, la ville a dressé le procès-verbal d'ouverture des soumissions le 27 janvier 2025 et a exclu la recourante de la procédure le 12 mai 2025. Contrairement à ce que celle-ci prétend, il ne ressort pas du dossier que la ville

- 13/23 - A/1803/2025 aurait évalué (dans le sens d'attribuer des notes) l'offre de la recourante avant de l'exclure. L'autorité adjudicatrice doit dans tous les cas examiner la conformité des offres au cahier des charges et contrôler leur chiffrage (art. 39 al. 1 RMP), mais le simple fait pour une autorité adjudicatrice de procéder à l'ouverture des soumissions ne signifie pas encore qu'elle les évalue déjà en leur attribuant des notes. Tel n'est pas le cas en l'occurrence. Le reproche n'est donc pas fondé. Il n'y a pas non plus de violation du principe de la bonne foi, la ville n'ayant pas attesté, ni même laissé entendre, que l'offre de la recourante était conforme au cahier des charges. Partant, la présente cause diverge notablement des situations dans lesquelles l'adjudicatrice invoque a posteriori, dans le cadre d'un recours, un motif d'exclusion après avoir attesté antérieurement que l'offre de la recourante était complète. Par ailleurs, on ne discerne pas quel préjudice la recourante aurait subi du fait que la ville aurait, selon elle, procédé aux évaluations avant de lui communiquer son exclusion. La recourante ne donne aucune explication crédible à cet égard. Enfin, la ville n'était pas tenue de prendre contact avec la recourante pour obtenir des renseignements avant de l'exclure. En effet, sous réserve des cas où l'offre présentée est anormalement basse (art. 41 RMP), le droit d'être entendu n'impose pas au pouvoir adjudicateur une véritable obligation de procéder à des investigations, – ce qui ressort d'ailleurs de l'art. 40 al. 1 RMP en tant qu'il prévoit que l'autorité adjudicatrice peut, et non pas doit, demander aux soumissionnaires des explications –. Or, en l'occurrence, le motif d'exclusion ne porte pas sur le caractère anormalement bas de l'offre. En outre, l'offre de la recourante a été exclue en raison de ses spécifications techniques, considérées par la ville comme non conformes au cahier des charges. Ces spécifications ressortent des documents produits par la recourante et ne sont pas sujettes à interprétation. La ville disposait ainsi de tous les éléments nécessaires pour apprécier la conformité de l'offre de l'intéressée au cahier des charges, sans qu'il soit nécessaire pour elle de l'interpeller. Au demeurant, même en ayant été interpellée par la

ville, la recourante n'aurait pu que confirmer les spécifications techniques de son offre et n'aurait pas été en droit de les modifier. Une telle manière de procéder aurait en effet porté atteinte au principe d'intangibilité des offres. La ville pouvait donc renoncer à demander des renseignements complémentaires à la recourante. Le grief sera donc écarté.

E. 8

La recourante conteste que son offre n'était pas conforme au cahier des charges. Elle se plaint également d'une inégalité de traitement et d'un défaut de concurrence efficace. Ces griefs se confondant en partie, ils seront traités ensemble.

E. 8.1

Selon l'art. 27 let. a RMP, les documents mis à disposition des candidats doivent contenir tous les renseignements nécessaires à l'établissement de l'offre, notamment l'objet et l'importance du marché avec un descriptif détaillé des prestations

- 14/23 - A/1803/2025 attendues et/ou des spécifications techniques (cahier des charges ; let. a) et les critères d'aptitude et/ou les critères d'adjudication, avec leur pondération (let. f).

E. 8.2

L'art. 28 al. 1 RMP prévoit que les spécifications techniques prescrites dans les documents d'appel d'offres sont définies en fonction des propriétés d'emploi du produit, plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives (let. a) et fondées sur des normes internationales et, à défaut, sur des normes suisses (let. b). l'art. 28 al. 2 RMP dispose qu'il ne doit pas être mentionné de marques de fabrique ou de commerce, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origine ou de fabricants de produits ou de prestataires de services déterminés, à l'exception des cas où aucun autre moyen de description suffisamment précis ou intelligible n'existe (let a) et des termes tels que « ou équivalent » figurent dans les documents d'appel d'offres (let. b).

E. 8.3

L'autorité adjudicatrice choisit des critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché. Elle doit les énoncer clairement et avec leur pondération au moment de l'appel d'offres (art. 24 RMP). L'autorité adjudicatrice définit des critères d'aptitude conformément à l'art. 24. Elle peut exiger des soumissionnaires des justificatifs attestant leur capacité sur les plans financier, économique, technique, organisationnel et du respect des composantes du développement durable (art. 33 al. 1 RMP). L'offre est écartée d'office lorsque le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non-conforme aux exigences ou au cahier des charges (art. 42 al. 1 let. a RMP). L'art. 43 RMP prévoit que l'évaluation des offres dans les procédures visées aux art. 12 à 14 est faite selon les critères prédéfinis conformément à l'art. 24 et énumérés dans l'avis d'appel d'offres et/ou les documents d'appel d'offres (al. 1). Le résultat de l'évaluation des offres fait l'objet d'un tableau comparatif (al. 2).

E. 8.4

On distingue les critères d'aptitude ou de qualification, qui servent à s'assurer que le soumissionnaire dispose des capacités suffisantes afin de réaliser le marché (art. 13 al. 1 let. d AIMP ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1020/2020 du 12 avril 2022 consid. 4.3.1), des critères d'adjudication ou d'attribution qui se rapportent en principe directement à la prestation requise et indiquent au soumissionnaire comment l'offre économiquement la plus

avantageuse sera évaluée et choisie (ATF 145 II 249 consid. 3.3 ; 141 II 353 consid. 7.1 ; 140 I 285 consid. 5 et les références citées). Ceux-ci servent à évaluer les offres d'un point de vue qualitatif et à désigner celle qui s'avère la plus avantageuse parmi celles des divers soumissionnaires remplissant les conditions de participation et les critères d'aptitude (ATF 139 II 489 consid. 2.2.1 et 2.2.4). La non-réalisation d'un critère d'adjudication n'est à ce titre pas éliminatoire, mais peut être compensée par une pondération avec d'autres critères du même type (ATF 140 I 285 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_587/2023 du 30 janvier 2025 consid. 6.6.2, destiné à la publication). Dans une première étape, il convient d'examiner l'aptitude et, dans une seconde étape, d'évaluer les offres admissibles (ATF 139 II 489 consid. 2.1 et 2.2).

- 15/23 - A/1803/2025

E. 8.5

Dans la mesure où ils doivent être indispensables à l'accomplissement de la prestation à adjuger, les critères d'aptitude à remplir par les soumissionnaires doivent être définis au cas par cas par le pouvoir adjudicateur, qui doit tenir compte de l'objet du marché. La singularité et la complexité de chaque marché s'opposent effectivement à l'énonciation de critères d'aptitude standardisés, valables de manière systématique pour tous les marchés (Olivier RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, RDAF 2001 I p. 387 ss, ch. B.1 ; Peter GALLI et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3e éd. 2013, n. 555 s). En fonction de la nature du marché (son ampleur, son coût, sa complexité, etc.), le pouvoir adjudicateur peut recourir à des critères tels que les capacités professionnelles, financières, économiques, techniques et organisationnelles des soumissionnaires ainsi que leur expérience ou à d'autres lui apparaissant comme nécessaires afin de présumer raisonnablement que les prestations attendues seront effectivement fournies. Il jouit sur ce point d'un certain pouvoir d'appréciation, mais doit éviter de restreindre inutilement ou de manière disproportionnée la concurrence (arrêt du Tribunal fédéral 2C_587/2023 du 30 janvier 2025 consid. 6.6.4, destiné à la publication).

E. 8.6

Les critères d'aptitude, qui visent à évaluer les capacités financières, techniques et organisationnelles des soumissionnaires, ne devraient normalement pas être utilisés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse selon la doctrine majoritaire, qui parle à ce propos d'interdiction de double examen ou de double évaluation des critères d'aptitude (Olivier RODONDI, op. cit., p. 387 ss, 410/411 ; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 88/89 ; Etienne POLTIER, Les marchés publics : premières expériences vaudoises, in RDAF 2000 I p. 297 ss, 306/307 ; Peter GAUCH/Hubert STÖCKLI, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Fribourg 1999, p. 41/42 et les références citées). La question demeure cependant controversée dans la pratique, surtout pour les adjudications portant sur des marchés de service. Les juridictions cantonales semblent même plutôt hostiles à établir une franche distinction entre les critères d'aptitude et les critères d'adjudication pour ce genre de marchés, y compris lorsqu'ils sont soumis à la procédure sélective. La distinction entre les critères d'aptitude et les critères d'adjudication n'est pas toujours une chose aisée (ATF 129 I 313 consid. 8.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.225/2005 du 27 avril 2006, consid. 3.2 et les

références citées). Il est fréquent, dans la pratique, que règne une certaine confusion à cet égard, notamment dans les appels d'offres (Étienne POLTIER, les marchés publics : premières expériences vaudoises, 2000, in RDAF 2000 I p. 297, 306).

E. 8.7

La jurisprudence a récemment précisé qu'il n'est par principe pas prohibé de prendre en considération les mêmes critères tant au stade de l'examen de l'aptitude qu'à celui de l'adjudication, pour autant que ces critères puissent faire l'objet d'une certaine gradation. Dans un tel cas de figure, le respect d'un seuil minimum vaudrait en effet critère d'aptitude, tandis que le dépassement (graduel) de cette exigence

- 16/23 - A/1803/2025 minimale serait évalué comme un critère d'adjudication (ATF 139 II 489 consid. 2.2.4). Même s'il ne s'agit pas d'un critère d'aptitude à proprement parler, le même raisonnement doit pouvoir s'appliquer en la présence d'une condition légale concernant l'accès au marché, pour autant qu'elle puisse elle aussi faire l'objet d'une gradation et ne doive pas être considérée comme entièrement remplie ou non (ATF 140 I 285 consid. 5.1).

E. 8.8

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. Il permet d'assurer la mise en œuvre du principe de concurrence, lequel permet la comparaison des prestations et de choisir ainsi l'offre garantissant un rapport optimal entre le prix et la prestation ainsi que le contrôle de l'impartialité et de la régularité de la procédure d'adjudication, autre principe qui doit être respecté. Une violation du principe de transparence n'entraîne l'annulation de l'adjudication que si les vices constatés ont effectivement influé sur le résultat (ATA/1168/2024 précité consid. 6.3 et les références citées).

E. 8.9

Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix et l'évaluation des critères d'aptitude et d'adjudication, celui-là étant libre de spécifier ses besoins en tenant compte de la solution qu'il désire (ATF 137 II 313 consid. 3.4 = JdT 2012 I p. 28 ss). Une fois les critères d'aptitude et d'adjudication arrêtés dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur doit en règle générale s'y tenir. En vertu des principes de la transparence et de l'égalité de traitement, il ne saurait les modifier ultérieurement. Le principe de la transparence se rapproche dans cet aspect du principe de la bonne foi, qui prohibe les comportements contradictoires de l'autorité (art. 9 Cst.), et du principe de la non-discrimination. En effet, si le pouvoir adjudicateur s'écarte des « règles du jeu » qu'il a fixées, en particulier s'il modifie les critères d'aptitude ou d'adjudication après le dépôt des offres (ATA/349/2023 du 4 avril 2023 consid. 3.2), il adopte un comportement qui se rapproche d'une manipulation, typiquement discriminatoire, du résultat du marché (ATF 141 II 353 consid. 8.2.3 et la référence citée ; ATA/167/2024 du 6 février 2024 consid. 4.2.2 et les références citées) et agit de manière contraire au droit des marchés publics (ATA/1168/2024 précité consid. 6.3 et l'arrêt cité). Il en va de même s'il ignore des critères dûment fixés, en modifie la portée ou la pondération ou encore s'il en ajoute de nouveaux (ATA/616/2025 du 3 juin 2025 consid. 5.5 ; ATA/51/2025 du 14 janvier 2025 consid. 5.5 ; ATA/1113/2024 du 24 septembre 2024 consid. 4.10 et les références citées). Les critères d'adjudication et d'aptitude doivent être interprétés au regard

du principe de la confiance. La volonté subjective du pouvoir adjudicateur importe peu (ATF 141 II 14 consid. 7.1).

E. 8.10

Le pouvoir adjudicateur doit fournir tout d'abord une description des prestations attendues dans l'appel d'offres et les documents d'appels d'offres. Il doit également déterminer « les règles du jeu » applicables au marché envisagé. Enfin, il

- 17/23 - A/1803/2025 est essentiel que soient annoncées et précisées les conditions de participation au marché et les critères d'aptitude et d'adjudication. Un concurrent doit en effet être en mesure, lorsqu'il prend connaissance de ces documents, de déterminer s'il remplit les conditions de base lui permettant de prendre part au marché. Il doit également être en mesure de préparer son dossier en sachant comment celui-ci sera évalué (Étienne POLTIER, op. cit., p. 238 s. n. 486 s. et p. 313 n. 642 ; Étienne POLTIER, les marchés publics : premières expériences vaudoises, 2000, in RDAF 2000 I p. 297, 307). L'appel d'offres et le contenu des documents d'appel d'offres sont des éléments déterminants de la procédure en ce qu'ils concrétisent et détaillent le marché en cause au moyen notamment de spécifications techniques (Alexis LEUTHOLD, Angebotsänderungen im laufenden Vergabeverfahren – Praxisnaher Kompromiss statt rigider Formstrenge, in DC 3/2009 p. 110).

E. 8.11

Les entreprises soumissionnaires qui ne remplissent pas les critères d'aptitude ou de qualification peuvent voire leur offre exclue d'emblée (ATF 145 II 249 consid. 3.3 ; 141 II 353 consid. 7.1). Cette conclusion s'impose toutefois uniquement lorsque le vice n'est pas anodin ; le motif d'exclusion doit revêtir une certaine gravité (ATF 145 II 249 consid. 3.3 ; 143 I 177 consid. 2.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1020/2020 du 12 avril 2022 consid. 4.3.1). Il serait en effet disproportionné d'exclure un soumissionnaire dont les manquements aux exigences d'aptitude ne seraient que légers (art. 5 al. 2 Cst. ; ATF 145 II 249 consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_222/2023 du 19 janvier 2024 consid. 1.5.2). Une exclusion ne peut se fonder sur des éléments mineurs ou, du moins, qui ne sont pas déterminants pour la décision d'adjudication, notamment parce que leur ampleur est insignifiante et qu'ils n'exerceraient pas d'influence dans le classement des soumissionnaires (Guerric RIEDI, Beiträge aus dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg, Aktuelles Vergaberecht 2016 / Marchés publics 2016, Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs / IV. Le travail au noir, p. 339). Toutefois, lorsqu'un cas d'exclusion est destiné à réaliser un but essentiel du droit des marchés publics, le pouvoir adjudicateur ne jouit que d'un pouvoir limité de renoncer à l'exclusion (ATF 143 II 425 consid. 4.4.3 et 4.6 = JdT 2018 I 55 ; Étienne POLTIER, op. cit. p. 286).

E. 8.12

La question de savoir si un vice est suffisamment grave pour justifier l'exclusion d'une procédure de soumission dépend très largement, sinon exclusivement, des conditions d'espèce ; il s'agit d'appliquer au cas particulier et de mettre en balance les principes de légalité, de proportionnalité, d'interdiction du formalisme excessif, d'égalité ou encore d'intangibilité des offres (arrêt du Tribunal fédéral 2C_678/2015 du 13 janvier 2016 consid. 1.2 et les références citées). 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 (ATA/1383/2024 du 26 novembre 2024 consid. 5.3 ; ATA/349/2023 précité consid. 3.2.1).

- 18/23 - A/1803/2025 La nature du marché en cause a des incidences directes sur les qualifications que doivent présenter les fournisseurs pour être admis à participer. Il peut s'agir d'exigences de nature professionnelle, technique ou financière ; elles doivent apparaître comme nécessaires au regard de la nature du marché. Les qualifications demandées peuvent être extrêmement variées. Le pouvoir adjudicateur peut donc, en fonction de la nature du marché, poser des exigences appropriées lui permettant de présumer raisonnablement que les prestations attendues seront effectivement fournies. À défaut, le soumissionnaire concerné peut, voire doit, être exclu du marché (Étienne POLTIER, op. cit., p. 291 s. n. 593).

E. 8.13

Une décision ou un arrêté viole le principe d'égalité consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou qu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. L'inégalité apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 146 II 56 consid. 9.1 ; 144 I 113 consid. 5.1.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_555/2023 du 5 avril 2024 consid. 6.1).

E. 8.14

L'adage *nemo auditur suam (proprium) turpitudinem allegans* (nul ne peut se prévaloir de sa propre faute) concrétise le principe constitutionnel de la bonne foi et vaut également en matière de droit public (arrêt du Tribunal fédéral 2C_17/2008 du 16 mai 2008 consid. 6.2 ; ATA/1384/2024 du 26 novembre 2024 consid. 3.5 et les arrêts cités).

E. 9

En l'espèce, la recourante a été exclue au motif que son offre ne répondait pas aux conditions du cahier des charges. Selon le pouvoir adjudicateur, le profilé I_____ qu'elle avait présenté était un profilé en section creuse et non pleine ; ses bords étaient pliés et n'étaient donc pas à « arête vive ». Enfin, la largeur du profilé I_____ était de 38 mm alors qu'elle aurait dû être de 30 mm au maximum. La recourante conteste ce point de vue. Elle estime que les exigences techniques mentionnées dans la décision entreprise n'étaient pas des critères d'aptitude annoncés comme tels dans les documents d'appel d'offres et qui réservaient une exclusion en cas de non-respect dudit critère. En outre, la fixation de telles exigences n'était pas admissible, faute pour une autre entreprise sur le marché que F_____ et son distributeur en Suisse de disposer de ce produit.

E. 9.1

Il n'est pas contesté que la recourante a fourni une offre comportant un profilé I_____ ou similaire de 38 x 80 mm, en section creuse avec des bords pliés. Il ressort des documents de l'appel d'offres que les critères de notation étaient le prix (30%), les références (25%), l'organisation (20%) et la qualité technique (25%). Dans la rubrique qualité technique, il était notamment indiqué « respect de la section des profilés des fenêtres : largeur 30 mm et profondeur 80 à 100 mm ».

- 19/23 - A/1803/2025 Le document intitulé « soumission n° 2 _____ ; CFC 221.3 - Fenêtres et portes extérieures », qui fait partie intégrante des documents d'appel d'offres, prévoit ce qui suit en son ch. 041.100 (système de fenêtres) : « fenêtre en acier ; produit de référence pour les détails type F2 _____ ou similaire : profilés acier plein à rupture de pont thermique ; section du profilé : mm 86 pour les éléments ouvrants ; section visible de face : maximum mm 30 pour éléments fixes ; bords de tous les profilés à arêtes vives ». Le ch. 055.203 (fenêtres en acier) a une teneur similaire. Il prévoit ce qui suit : « produit de référence pour les détails type F2 _____ ou similaire : profilés acier plein à rupture de pont thermique ; section du profilé : profondeur 80 mm pour parties fixes et mm 100 quand il y a des ouvrants. Section visible de face : maximum mm 30 pour éléments fixes ». Enfin, le ch. 055.420, relatif aux « dimensions » a également un contenu similaire (« produit de référence pour les détails type F2 _____ ou similaire : profilés acier plein à rupture de pont thermique ; section du profilé : profondeur 100 mm pour parties fixes, mm 86 pour les éléments ouvrants ; Section visible de face : maximum mm 30 pour éléments fixes »). Il ressort de ce qui précède que les conditions selon lesquelles 1) les fenêtres devaient avoir une largeur maximale de 30 mm, 2) le profilé devait avoir une section pleine et 3) les bords devaient être à arête vive étaient expressément prévues dans le cahier des charges, conformément à l'art. 27 RMP. La recourante ne s'étant pas conformée à ces spécifications techniques, son offre n'est pas conforme au cahier des charges. Même à prendre en compte sa précision selon laquelle elle pourrait également réaliser les fenêtres avec du 30 x 80 mm, ce qui n'est du reste qu'une hypothèse, il n'en demeure pas moins que le produit proposé ne serait pas encore conforme au cahier des charges, les cadres proposés par la recourante n'étant pas conçus en acier plein ni avec des arêtes vives. En outre, on ne saurait considérer que la recourante a proposé un produit similaire au produit de type F2 _____. Si les soumissionnaires avaient certes la possibilité d'inclure dans leurs offres un produit similaire à la référence F2 _____, conformément à l'art. 28 al. 2 let. b RMP, ledit produit devait correspondre aux spécifications techniques. Or, comme exposé ci-avant, tel n'est pas le cas de l'offre de la recourante. La question de savoir si ces spécifications techniques doivent être considérées comme des critères d'aptitude n'est dès lors pas déterminante, puisqu'une offre qui n'est, comme en l'espèce, pas conforme au cahier des charges peut être écartée (art. 42 al. 1 let. a RMP). Elle peut dès lors rester indécise. En toute hypothèse, il y aurait lieu de considérer que les spécifications techniques étaient en l'occurrence des critères d'aptitude. Certes, la rubrique « qualité technique », soit un critère de notation (et donc d'adjudication), contenait la mention « respect de la section des profilés des fenêtres : largeur 30 mm et profondeur 80 à 100 mm », ce qui pouvait laisser croire que ces exigences ne pouvaient être qu'un critère d'adjudication. Or, vu la nature du marché concerné, soit un marché de construction où les travaux

- 20/23 - A/1803/2025 doivent être conformes à l'autorisation de construire obtenue, le pouvoir adjudicateur pouvait, voire devait, considérer que le respect de la largeur de 30 mm au maximum était également un critère d'aptitude, ce d'autant que le cahier des charges indique expressément que la largeur des fenêtres ne doit pas dépasser 30 mm et que, s'agissant des deux autres conditions (section pleine et arête vive), il pose des exigences impératives. De plus, la distinction entre les critères d'aptitude et les critères d'adjudication n'est pas toujours une chose aisée et il n'est, par principe, pas prohibé de prendre en considération les mêmes critères tant au stade de l'examen de l'aptitude qu'à celui de l'adjudication. Par ailleurs, on pouvait raisonnablement attendre de la recourante qu'elle identifie les spécifications techniques comme des critères d'aptitude. Celles-ci ressortent

expressément du document intitulé « soumission n° 2_____ ; CFC 221.3 - Fenêtres et portes extérieures ». En outre, l'intéressée est active dans la construction métallique et les façades High-Tech, son site Internet indiquant de surcroît qu'elle est le leader dans son domaine (https://www.A_____.ch, page consultée le 20 août 2025). Elle semble d'ailleurs avoir été consciente que les spécifications techniques constituaient des critères d'aptitude. En effet, dans le courriel qu'elle a adressé le 16 mai 2025 à ses conseils, elle a indiqué qu'elle avait pris contact avec le fournisseur H_____ SA pour réaliser des profilés de dimensions similaires aux profilés F_____ afin de répondre à l'appel d'offres.

E. 9.2

Le constat que l'offre de la recourante n'est pas conforme au cahier des charges et que, subsidiairement, les spécifications techniques en cause constituent des critères d'aptitude ressortant du cahier des charges ne signifie pas encore que la recourante devait être exclue de la procédure. Encore faut-il que le vice ait été important. Tel est le cas en l'espèce. En effet, le marché en cause est un marché de construction portant sur le remplacement des fenêtres du D_____, qui est inscrit à l'inventaire et est donc un immeuble digne d'être protégé (art. 7 al. 1 de la loi sur la protection des monuments, de la nature et des sites du 4 juin 1976 - LPMNS - L 4 05). Dans son préavis favorable du 4 novembre 2024, la CMNS, soit l'autorité spécialisée en matière de protection du patrimoine, a relevé que les nouvelles menuiseries métalliques proposées respectaient le partitionnement et la finesse des profilés des menuiseries existantes. Le 6 février 2025, le SMS, également spécialiste de la protection du patrimoine, a confirmé que c'était le prototype F_____ qui avait convaincu la CMNS d'accepter le remplacement des fenêtres, car celui-ci était proche de l'existant. Par conséquent, le respect des dimensions prévues par le prototype F_____ et de ses caractéristiques techniques revêt une importance particulière et est déterminant pour l'adjudication. Or, l'offre de la recourante s'en écarte de manière notable, puisqu'elle prévoit un profilé dépassant de 8 mm (soit de plus de 25%) la largeur autorisée et conçu en section creuse (et non pas pleine) ainsi que des bords pliés, alors que ceux-ci devraient être, selon le descriptif technique, à « arête vive ». Le 6 février 2025, le SMS a d'ailleurs précisé, en tant que de besoin, que des profilés plus épais que le prototype F_____ et ayant une forme plus - 21/23 - A/1803/2025 massive à l'intérieur, tels que ceux proposées par la recourante, ne pouvaient être validés. À cela s'ajoute que, comme l'a relevé la ville, l'acceptation des vitrages proposés par la recourante et l'éventuelle adjudication du marché en sa faveur auraient pu avoir pour conséquence que les vitrages n'auraient pas pu être commandés, faute de respecter les exigences du cahier des charges, que le contrat aurait été résilié et que la procédure d'appel d'offres aurait été renouvelée, ce qui aurait été contraire au principe d'économie de la procédure. Dans l'hypothèse où le produit proposé par la recourante aurait été installé, la ville se serait exposée à un ordre de remise en état (art. 129 let. e de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 - LCI - L 5 05), les constructions devant être conformes aux autorisations délivrées (art. 130 LCI). Pour le surplus, contrairement à ce que soutient la recourante, il n'était pas nécessaire pour la ville de rappeler que le non-respect des spécifications techniques en cause pouvait entraîner l'exclusion du soumissionnaire concerné, une telle conséquence étant déjà prévue par l'art. 42 al. 1 let. a RMP. Au vu de ce qui précède, la ville était fondée à exclure la recourante de la procédure.

E. 9.3

La recourante soutient finalement qu'il était impossible d'offrir un profilé en section pleine, avec des arêtes vives et une section visible de maximum de 30 mm. Or, si les pièces du dossier montrent certes qu'offrir un tel produit n'était pas une tâche nécessairement facile, notamment parce que la société F_____ et G_____ SA ont refusé de lui fournir le produit F_____, il ressort du courriel du 15 janvier 2025, adressé par H_____ SA à la recourante, que celle-là pouvait fournir un produit alternatif répondant aux caractéristiques techniques, moyennant quelques adaptations sur la base d'un produit de série, par exemple la série W 75TB. La recourante aurait ainsi pu se procurer un produit similaire au produit F_____. Son reproche n'est donc pas fondé. D'ailleurs, dans ces conditions, le fait que F_____ dispose d'un brevet sur les profilés mentionnés dans l'appel d'offres n'est en soi pas problématique, les soumissionnaires disposant de la possibilité de fournir un produit « similaire » conforme au cahier des charges, ce qui était indiqué dans les documents d'appel d'offres, comme le permet l'art. 28 al. 2 RMP dans de telles circonstances. Il n'y a dès lors pas non plus de violation des principes d'égalité de traitement et de la garantie d'une concurrence efficace de ce point de vue. Les griefs seront donc écartés.

E. 10

La recourante se plaint de la préimplication de l'adjudicataire et estime que celui-ci aurait dû être exclu de la procédure. Ce grief n'a toutefois pas à être analysé dans le cadre de la présente procédure, puisque celle-ci ne concerne que le bien-fondé de l'exclusion de la recourante et ne

- 22/23 - A/1803/2025 saurait s'étendre à la seule situation de l'adjudicataire. Cela s'impose d'autant plus que celui-ci n'est pas partie à la présente procédure. À toutes fins utiles, il sera précisé que le grief de préimplication de l'adjudicataire sera analysé, en tant que de besoin, dans le cadre de la procédure portant sur la décision d'adjudication (cause A/1804/2025), à laquelle l'adjudicataire est partie. Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours.

E. 11

Le prononcé du présent arrêt rend sans objet la requête en octroi de l'effet suspensif.

E. 12

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et il ne sera pas alloué d'indemnité (art. 87 al. 2 LPA), la ville disposant de son propre service juridique par lequel elle a du reste procédé (ATA/498/2025 du 6 mai 2025 consid. 6 et l'arrêt cité ; ATA/727/2024 du 18 juin 2024 consid. 4 et l'arrêt cité).

* * * * *

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