

GE_GERICHTE A/484/2025 vom 6. Mai 2025

GE Cour de justice, 2025-05-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_484_2025

FR: GE_GERICHTE A/484/2025 du 6 mai 2025

IT: GE_GERICHTE A/484/2025 del 6 maggio 2025

Regeste

MARCHÉS PUBLICS; APPEL D'OFFRES (MARCHÉS PUBLICS); SOUMISSIONNAIRE; EXCLUSION (EN GENERAL); SOUS-TRAITANT; ÉGALITÉ DE TRAITEMENT; PRINCIPE DE LA TRANSPARENCE (EN GÉNÉRAL); FORMALISME EXCESSIF; POUVOIR D'APPRÉCIATION; CONDITION DE RECEVABILITÉ; CONCLUSIONS | Compte tenu des indications de la recourante quant à la fabrication de la coque du bateau par une entreprise tierce, celle-ci doit être considérée comme une sous-traitante non autorisée, faute de remplir les conditions de l'appel d'offres. En outre, l'offre de la recourante est conditionnée par le fait que les moteurs proposés sont conçus avec un mode de propulsion en Z, tandis qu'une transmission en ligne d'arbre fixe était expressément requise. Le fait que cette alternative demeurait possible afin de répondre aux critères de l'intimé ne change pas la proposition initiale, étayée dans les documents de l'offre. Les conditions du cahier des charges et du cahier de soumission n'étant pas respectées, l'offre de la soumissionnaire a été exclue à juste titre. Rejet du recours. | RMP.57; LPA.61.al1; LPA.69.al1; AIMP.18.al1; LPA.65.al1; L-AIMP.4; RMP.1; RMP.12.al2; RMP.24; RMP.35.al1; RMP.39; RMP.42.al1.leta; RMP.42.al3

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. 15 al. 1 bis 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 RMP).

E. 2

Préalablement, la chambre de céans examine d'office la recevabilité du recours quant à son contenu.

E. 2.1

L'art. 57 RMP a une teneur similaire à l'art. 61 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), selon lequel le recours peut être formé pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). Les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (al. 2). La juridiction administrative chargée de statuer est liée par les conclusions des parties. Elle n'est en revanche pas liée par les motifs que les parties invoquent (art. 69 al. 1 LPA). En matière de marchés publics, 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 (art. 18 al. 1 AIMP).

E. 2.2

Selon l'art. 65 al. 1 LPA, l'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant. En outre, il doit contenir l'exposé des motifs ainsi que l'indication des moyens de preuve. À défaut, un bref délai pour satisfaire à ces exigences est fixé au recourant, sous peine d'irrecevabilité (art. 65 al. 2 LPA). Compte tenu du caractère peu formaliste de cette disposition, il convient de ne pas se montrer trop strict sur la manière dont sont formulées les conclusions du recourant, pourvu que la chambre administrative et la partie adverse puissent comprendre avec certitude les fins du recourant (ATA/1300/2018 du 4 décembre 2018 consid. 2 ; ATA/533/2016 du 21 juin 2016 consid. 2b).

E. 2.3

In casu, dans son acte de recours, la recourante, comparissant en personne, demande à la chambre de céans de « bien vouloir reconsidérer [la] décision ». Il faut clairement en déduire qu'elle conteste ainsi la décision querellée, prononçant son exclusion de la procédure de marché public concernée. En outre, la recourante critique les motifs ayant conduit à celle-ci, soit l'intervention de l'entreprise pour la fabrication de la coque du bateau et l'absence de transmission en ligne d'arbre fixe pour les moteurs. Elle considère ainsi que, contrairement à ce qu'a retenu l'intimé, ces deux critères seraient remplis et en explique les raisons. Par conséquent, au vu des dispositions susrappelées, les écritures de la recourante doivent être déclarées recevables, dès lors que tant ses conclusions que les motifs invoqués à l'appui de celles-ci manifestent sa volonté de remettre en question la décision litigieuse, laquelle serait fondée à tort sur l'absence de réalisation des deux critères mentionnés. Elle ne remet ainsi pas en cause leur opportunité, mais bien leur satisfaction, estimant que l'intimé a retenu, à tort, que ceux-ci n'étaient pas remplis.

E. 3

L'objet du litige porte sur le bien-fondé de la décision d'exclusion de la recourante du marché public mené par l'intimé. La recourante contestant principalement les deux critères invoqués pour rejeter son offre, il convient d'examiner le bien-fondé de chacun de ceux-ci.

E. 4

En premier lieu, il est reproché à la recourante de ne pas avoir respecté les conditions de la sous-traitance admissible. 4.1.1 Conformément à l'art. 4 L-AIMP, le Conseil d'État édicte les dispositions d'exécution de l'accord intercantonal (al. 1). Il précise notamment les critères d'aptitude et peut, à cet égard, limiter le recours à la sous-traitance (al. 2 ab initio). La sous-traitance nécessite l'accord de l'autorité adjudicatrice, qui en fixe les modalités (al. 3). 4.1.2 Le RMP régit la passation des marchés publics en application de l'AIMP (art. 1 RMP). 4.2.1 Les offres sont évaluées en fonction des critères d'aptitude et des critères d'adjudication (art. 12 al. 2 RMP). 4.2.2 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).

E. 4.3

L'art. 35 al. 1 RMP relatif à la sous-traitance prévoit que les soumissionnaires doivent indiquer, lors de la remise de leur offre, le type et la part des prestations qui sont appelées à

être sous-traitées, ainsi que le nom et le domicile ou le siège de leurs sous-traitants. La notion de sous-traitant doit être distinguée de celle de fournisseur. En droit des marchés publics, la distinction entre ces deux notions s'opère sur la base du critère de la proximité avec le marché en question. La notion de « sous-traitant » est applicable à tout tiers impliqué de façon directe dans la réalisation du marché. Le sous-traitant participe directement à l'exécution de la tâche à réaliser en faveur de l'adjudicateur, quand bien même il reste juridiquement lié au seul adjudicataire. Le sous-traitant peut dès lors être considéré comme un « auxiliaire », voire parfois un « substitut » de l'adjudicataire (Martin BEYELER, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, p. 835, n. 1584). La notion de « fournisseur », au contraire, s'applique à tout acteur économique qui fournit à l'adjudicataire des prestations en amont ou en arrière-plan de la prestation caractéristique du marché. La prestation du fournisseur n'a dès lors pas de lien direct avec la prestation caractéristique (ATA/1112/2024 du 24 septembre 2024 consid. 7.5 ; Martin BEYELER, *op. cit.* , p. 835, n. 1584).

E. 4.4

Selon l'art. 39 RMP, l'autorité adjudicatrice examine la conformité des offres au cahier des charges et contrôle leur chiffrage (al. 1). Les erreurs évidentes, telles que les erreurs de calcul et d'écriture, sont corrigées (al. 2 1 re phr.). 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). 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).

E. 4.5

Les principes d'égalité de traitement et de transparence valent notamment pour la phase d'examen de la recevabilité des soumissions, lors de laquelle l'autorité adjudicatrice examine si les offres présentées remplissent les conditions formelles pour participer à la procédure d'évaluation. Ils imposent ainsi de n'apprécier les offres que sur la base du dossier remis, un soumissionnaire n'étant pas habilité à modifier la présentation de son offre, à y apporter des compléments ou à transmettre de nouveaux documents après l'échéance du délai, ce qui découle de l'art. 11 let. c AIMP qui proscrit les négociations entre l'entité adjudicatrice et les soumissionnaires. Le pouvoir adjudicateur n'a pas la faculté de modifier les critères d'aptitude ou d'adjudication après le dépôt des offres, à défaut de quoi il s'expose au soupçon de manipulation du marché (ATA/349/2023 du 4 avril 2023 consid. 3.2 et les références citées).

E. 4.6

Le droit des marchés publics est formaliste, ce que la chambre administrative a rappelé à plusieurs reprises, notamment lorsqu'elle a confirmé des décisions d'exclusion d'offres fondées sur la non-production des attestations requises dans l'appel d'offres au titre de condition de participation à la procédure de soumission. 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 offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires garanti par l'art. 16 al. 2 RMP. Le respect de ce formalisme est nécessaire pour concrétiser l'obligation d'assurer l'égalité de traitement entre soumissionnaires dans la phase d'examen de la recevabilité des offres et de leur évaluation (ATA/496/2024 du 16 avril 2024 consid. 3.2). Toutefois,

l'interdiction du formalisme excessif interdit d'exclure une offre présentant une informalité de peu de gravité ou affectée d'un vice qui ne compromet pas sérieusement l'objectif visé par la prescription formelle violée (ATF 141 II 353 consid. 8.2.1). Le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires impliquent de ne procéder à une demande de renseignements à ces derniers que de manière restrictive. 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/349/2023 précité consid. 3.2.1 et les références citées). Quant au formalisme excessif, notamment en lien avec l'absence de production des attestations pour le sous-traitant, la jurisprudence de la chambre de céans a pour l'instant toujours retenu que la non-production des attestations demandées dans les documents d'appel d'offres au moment du dépôt de l'offre entraînait l'exclusion du soumissionnaire (ATA/1090/2024 du 17 septembre 2024 ; ATA/1273/2023 du 28 novembre 2023).

E. 4.7

En l'espèce, la recourante ne conteste pas que le CS, faisant partie intégrante des documents de l'appel d'offres, écarte explicitement la sous-traitance, sauf pour le service après-vente du bateau (art. 23.1 CS). En revanche, elle considère que l'entreprise chargée de la fabrication de la coque du bateau doit être considérée comme un fournisseur et non comme un sous-traitant. Or, selon les propres termes de la recourante, il ressort de son courrier du 16 janvier 2025, transmettant son offre, que « dans le cadre de ce projet, [elle] travaillerait avec un fabricant de bateaux en aluminium personnalisés ». De plus, dans le formulaire d'offre B, elle a expressément annoncé l'entreprise comme sous-traitante pour la « production casque complet » (« spécialiste plus de 40 ans dans le secteur navire. Sur demande, [elle] fourniss[ait] des informations plus détaillées sur l'entreprise »), en précisant que la part sous-traitée équivalait à 20%. Contrairement aux allégations de la recourante, il ne peut être déduit de ces précisions que l'entreprise n'interviendrait qu'en tant que fournisseur et non comme sous-traitante, dès lors que son intervention ne se limite pas à la fourniture de matériaux, mais vise en partie à réaliser des éléments complets du bateau en question. À cela s'ajoute que, non seulement, cette sous-traitance ne concerne pas le service après-vente du bateau, tel qu'admise, mais la recourante n'a pas non plus produit pour sa sous-traitante les documents requis à l'art. 25 CS, conditionnant la participation de celle-ci (art. 23.4 CS). Dite collaboration implique d'ailleurs que la coque du bateau sera fabriquée en Italie avant sa livraison à la recourante, alors même qu'il est expressément prévu que la fabrication du bateau s'exécuterait sur le site du prestataire, soit au chantier naval de la recourante à C_____ (art. 7 CC). Compte tenu des éléments qui précèdent, l'intimé pouvait valablement retenir que l'offre de la recourante ne respectait pas les conditions de l'appel d'offres relatives à la sous-traitance. Partant, ce grief doit être rejeté.

E. 5

En second lieu, la recourante conteste que son offre n'était pas conforme au CC concernant la transmission des moteurs, indiquant qu'il s'agissait de simples suggestions.

E. 5.1

Pour assurer le respect des principes du droit des marchés publics énoncés à l'art. 1 al. 3 AIMP, les négociations entre pouvoir adjudicateur et soumissionnaires sont interdites durant toute la phase de passation des marchés (art. 18 RMP, sauf dans la procédure de gré à gré).

E. 5.2

Le principe d'intangibilité des offres, qui interdit la modification de celles-ci après l'échéance du délai fixé pour leur dépôt, découle de l'art. 11 let. c AIMP qui proscribit les négociations entre l'entité adjudicatrice et les soumissionnaires. Il est également lié à la nécessité d'assurer l'égalité de traitement entre soumissionnaires (arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.1). Toutefois, l'autorité adjudicatrice est en droit de rectifier d'office les erreurs évidentes de calcul et d'écriture (art. 39 al. 2 RMP). En outre, elle peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre (art. 40 al. 1 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/871/2023 du 22 août 2023 consid. 3.4 et les références citées).

E. 5.3

En l'occurrence, la recourante ne contredit pas que le CC mentionnait expressément une transmission en ligne d'arbre fixe pour les moteurs. Cependant, pour chaque point de son offre en relation avec les moteurs et leur transmission, elle propose sans ambiguïté un mode de propulsion en Z inhérent aux modèles de moteurs qu'elle suggère. Il s'agit ainsi de sa proposition principale, laquelle se reflète également dans les schémas du projet de bateau remis, tout en précisant à titre subsidiaire qu'une transmission à arbre fixe serait également envisageable si celle-ci était réellement souhaitée. Or, d'une part, force est de constater que la proposition principale de la recourante ne correspond pas à la demande de l'intimé, et, d'autre part, le type des moteurs indiqués est conçu pour fonctionner avec une propulsion en Z et non pas une transmission en ligne d'arbre fixe. Ainsi, les moteurs proposés par la recourante ne sont originellement pas prévus avec une transmission à arbre fixe, alors qu'il s'agit bien d'un prérequis de l'intimé. Bien que celui-ci soit clairement indiqué tel quel dans les documents de l'offre, la recourante a coché la case « non » pour la transmission en ligne d'arbre fixe. En ces circonstances, il ne peut y avoir de doute sur le fait que l'offre de la recourante ne prend pas en compte le mode de transmission voulu, se contentant de le suggérer subsidiairement, alors qu'elle met en avant la propulsion en Z. Tel que cela ressort des considérants qui précèdent, le principe de l'offre vise à faire une proposition correspondant aux critères fixés par l'adjudicateur, et non pas à lui soumettre des recommandations d'amélioration de ses critères dans le cadre d'une procédure qui n'est pas sujette à négociation. Ce grief doit donc également être écarté. Au vu de ce qui précède, l'admission des deux motifs d'exclusion de l'offre de la recourante conduit à retenir que l'intimé pouvait à bon droit l'écarter, dès lors que les conditions de recevabilité de celle-ci n'étaient pas complètement remplies.

E. 6

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée au pouvoir adjudicateur, qui dispose de son propre service juridique (ATA/605/2021 du 8 juin 2021 consid. 14 et les références citées). * * * * *