

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1150/2016-MARPU

ATA/420/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 24 mai 2016

dans la cause

EXPERT HOME SUISSE SÀRL

représentée par Me Olivier Rodondi, avocat

contre

OFFICE DES BÂTIMENTS

EN FAIT

1. Le département des finances (ci-après : le département), soit pour lui l'office des bâtiments (ci-après : OBA) a lancé, le 16 février 2016, un appel d'offres en procédure ouverte, soumis à l'accord GATT/OMC, respectivement aux accords internationaux, portant sur des travaux de construction, soit la restauration et transformation de l'ancienne école de médecine (ci-après : AEM) et construction d'une annexe.

Le marché était divisé en deux lots, respectivement pour les travaux de décontamination plomb et amiante.

Des questions écrites pouvaient être posées jusqu'au 8 mars 2016.

La rubrique 1.4 précisait que le délai de clôture pour le dépôt des offres était fixé au 4 avril 2016. Était ajoutée, sous la même rubrique, la mention : « Délais spécifiques et exigences formelles : selon dossier d'appel d'offres. Une visite obligatoire du site est prévue le 1^{er} mars 2016 à 9h ».

2. Le dossier d'appel d'offres K2 (ci-après : DAO) pouvait être téléchargé à partir du site internet www.simap.ch.

- a. Les conditions de participation étaient traitées sous chapitre 3.

Le ch. 3.3 traitait de la recevabilité de l'offre. Étaient abordées notamment les questions de délai et de forme. Il n'était pas fait mention de la visite du site.

Le ch. 3.6, concernait les motifs d'exclusion. Il était exigé que l'offre soit accompagnée d'un bordereau remis par l'ingénieur en assainissement prouvant que l'entreprise s'était rendue à la visite du site.

- b. Les exigences administratives de la procédure étaient abordées sous le chapitre 4.

Le ch. 4.4 indiquait que la séance d'information et/ou visite du site d'exécution était organisée le 1^{er} mars 2016 à 9h auprès de l'AEM. La séance d'information ferait l'objet d'un procès-verbal dans lequel seraient énumérées les informations essentielles qui auraient été transmises sur place ainsi que les questions posées par les soumissionnaires présents et les réponses données par l'adjudicateur. Le procès-verbal serait transmis à tous les soumissionnaires, qu'ils aient été présents ou non à la séance d'information. Le procès-verbal mentionnerait les noms des soumissionnaires présents sur place. Au vu de la particularité du marché, la séance d'information était obligatoire.

Les ch. 4.7 et suivants définissaient notamment les critères d'adjudication, et la façon d'évaluer les offres.

Le ch. 4.17 mentionnait que l'adjudicateur écarterait les offres qui ne répondaient pas aux attentes minimales, notamment, ne remplissaient pas les critères d'aptitude fixés ou n'avaient pas reçu au moins la note de 2 sur l'un ou l'autre des critères éliminatoires.

3. La première page du cahier de soumission mettait en évidence, en encadré, en rouge, centré, trois précisions. La deuxième indiquait que « la visite du site est obligatoire et sera cause d'exclusion en cas d'absence ».
4. Expert Home Suisse Sàrl (ci-après : Expert Home) est une société sise à Lausanne, dont le but consiste en toutes activités relatives au diagnostic immobilier, à la conduite de travaux, maîtrise d'œuvre et expertises diverses dans le domaine de l'immobilier.
5. Le 1^{er} mars 2016, le directeur technique d'Expert Home s'est présenté à la visite avec retard.

Les parties divergent sur l'ampleur du retard.

Outre les futurs soumissionnaires, le maître de l'ouvrage était représenté par trois personnes de l'OBA et trois de la direction de l'ingénierie et énergie. Étaient en outre présents un ingénieur dépollution et quatre architectes.

6. Par courrier du 2 mars 2016, sous la plume de son associé-gérant, Expert Home a interpellé le pouvoir adjudicateur.

Pour des problèmes de circulation, Monsieur James DEGLISE était arrivé à 9h22 au lieu de 9h00. Le représentant du maître de l'ouvrage, Monsieur Boudjoghra ABDUL avait refusé qu'il rejoigne le groupe « pour continuer et terminer cette visite ». Il avait refusé de délivrer l'attestation de visite. « Nous trouvons peu appropriée la réaction de votre mandataire et nous vous demandons par la présente soit de nous fournir cette attestation ou soit d'organiser une seconde visite des lieux. Sans nouvelles de votre part, nous considérerons que cette visite, que nous avons réalisée aux trois quarts, est acceptée comme telle ».

7. Le pouvoir adjudicateur n'a pas donné suite à cette lettre.
8. Expert Home a fait parvenir le 4 avril 2016, soit dans le délai requis, une offre pour les lots n° 1 et 2.
9. Selon le procès-verbal d'ouverture des offres du 6 avril 2016, le pouvoir adjudicateur a reçu huit offres. Il a mentionné à côté de celle d'Expert Home : « pas de bordereau attestant de la participation à la visite du site ».

Les offres oscillent entre CHF 649'303,36 et CHF 1'261'958,30. Le montant de l'offre d'Expert Home n'est pas mentionné.

10. Par décision du 7 avril 2016, le département a écarté l'offre d'Expert Home. L'entreprise n'avait pas participé à la visite obligatoire du site du 1^{er} mars 2016 et n'avait pas rendu le bordereau attestant de sa participation à la visite du site selon les paragraphes 3.6 et 4.4 du DAO.
11. Par acte posté le 14 avril 2016, Expert Home a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision.

Elle a conclu, sur mesures provisionnelles et superprovisionnelles, à ce que l'interruption immédiate de la procédure en cours soit prononcée, et plus particulièrement le processus d'évaluation des offres, jusqu'à droit jugé sur son recours ou nouvelle décision sur mesures provisionnelles. Subsidiairement, il devait être fait interdiction à l'adjudicateur de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, de même que de rendre et notifier une décision d'adjudication jusqu'à droit jugé sur le recours ou nouvelle décision sur mesures provisionnelles.

Principalement, la décision d'exclusion du 7 avril 2016 devait être annulée et l'offre d'Expert Home du 29 mars 2016 réintroduite dans la procédure d'appel d'offres pendante. Les conclusions étaient prises sous suite de frais et une équitable indemnité de procédure devait être allouée à la recourante.

La sanction de l'exclusion pour absence à la visite obligatoire du site le 1^{er} mars 2016 était contraire à la législation applicable en matière de marchés publics. La décision était par ailleurs arbitraire et violait les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination. Les faits avaient été mal constatés, M. DEGLISE ayant participé à la visite du site.

La visite du site figurait parmi les exigences administratives ou formelles de la procédure. Il ne s'agissait pas d'une condition de participation. Il n'existait aucune base légale ou réglementaire permettant une exclusion au motif qu'un soumissionnaire n'aurait pas participé à une visite, même annoncée comme obligatoire. La décision était illégale et procédait d'un abus du pouvoir d'appréciation de l'entité adjudicatrice.

Imposer une visite obligatoire, dans un marché soumis à la concurrence internationale, de surcroît à une date proche de l'avis paru sur www.simap.ch, était discriminatoire pour des soumissionnaires étrangers.

L'autorité adjudicatrice n'avait pas respecté l'art. 4.4 du dossier d'appel d'offres. Elle n'avait pas soumis le procès-verbal de la visite du site à tous les soumissionnaires, comme annoncé. L'autorité avait non seulement violé le principe de la transparence, mais également celui de l'égalité de traitement, les

autres soumissionnaires ayant très certainement reçu le bordereau litigieux. L'adjudicateur ne pouvait dès lors invoquer le fait de ne pas avoir reçu, avec l'offre, le bordereau, alors même que la recourante n'avait pas pu le produire en raison d'une faute de l'adjudicateur, respectivement de son représentant.

Faire une application analogique de la sanction prévue pour le non-respect du délai de remise des offres n'était pas admissible. Même à considérer, ce qui était contesté, que la recourante aurait été absente à la visite obligatoire, il s'agirait d'une violation d'une exigence administrative de peu de gravité, ne pouvant conduire à l'exclusion. Il en allait de même de la non-production dans l'offre du bordereau de visite. Cette absence, si tant est qu'elle puisse être avérée, n'aurait en aucun cas compromis l'objectif recherché par cette visite, à savoir disposer d'un aperçu de la configuration des lieux qui était une opération à laquelle avait participé la recourante et qui complétait les informations au sujet du site se trouvant dans le dossier des plans de l'architecte annexé au dossier de l'appel d'offres.

Enfin, la décision relevait d'un formalisme plus qu'excessif et donc prohibé.

12. Par courrier du 18 avril 2016, la chambre administrative a fait interdiction à l'autorité intimée d'adjuger le marché litigieux.
13. Par observations du 28 avril 2016, le département a conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif. L'OBA devait être autorisé à adjuger le marché.

Neuf entreprises s'étaient présentées le 1^{er} mars 2016 pour la visite. Le représentant d'Expert Home s'était présenté alors que la visite était terminée. L'ingénieur ne lui avait donc pas délivré le bordereau nécessaire pour la participation à l'appel d'offres.

L'OBA avait reçu huit offres, pour une moyenne de prix de CHF 970'570.-. L'offre d'Expert Home s'élevait à CHF 577'800.-.

Prétendre que l'autorité adjudicatrice n'était pas en droit d'exiger une visite obligatoire était tardif. Cet argument aurait dû être invoqué lors de la publication de l'appel d'offres. Le grief était pour le surplus infondé, les soumissionnaires ne pouvant pas apprécier la difficulté du travail sans voir le site.

La participation du représentant d'Expert Home était contestée par les personnes présentes le 1^{er} mars 2016. S'il était exact que le procès-verbal aurait dû être transmis à la recourante, en application du chiffre 4.4 du dossier d'appel d'offres K2, cette irrégularité était sans conséquence, puisqu'Expert Home n'était de toute manière pas en mesure de fournir, avec son offre, le bordereau prouvant qu'elle avait participé à la visite du site. Son offre était donc irrecevable.

Le grief de formalisme excessif était infondé.

La nature des travaux de décontamination à entreprendre dans le bâtiment de l'AEM pouvait difficilement être décrite dans un dossier d'appel d'offres, même accompagné de plans. Cette condition s'avérait d'autant plus justifiée que la recourante, qui n'avait pas participé à la visite, n'avait pas apprécié les difficultés des prestations requises et avait présenté une offre 40 % moins cher que la moyenne des offres des autres soumissionnaires. L'offre devait être qualifiée d'anormalement basse, ce qui pouvait également constituer un motif d'exclusion.

14. Par courrier du 28 avril 2016, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur mesures provisionnelles.
15. Par écritures du 3 mai 2016, l'OBA a conclu au rejet du recours.
16. Par réplique du 13 mai 2016, la recourante a persisté dans ses conclusions. Elle ne contestait ni la légalité ni le bien-fondé de la visite obligatoire. La sanction d'exclure une offre au motif qu'un soumissionnaire n'aurait pas participé à la visite ne reposait sur aucune base légale ou réglementaire.
17. Par courrier du 17 mai 2016, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur mesures provisionnelles et sur le fond.
18. Les arguments des parties seront repris en tant que de besoin dans la partie en droit.

EN DROIT

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 articles 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.

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.

2. a. La recourante fait grief à l'OBA d'avoir constaté de manière inexacte les faits, en retenant qu'elle n'avait pas participé à la visite obligatoire.

Les parties divergent quant à l'heure d'arrivée de la recourante sur les lieux de la visite et sur les conséquences à en tirer, à savoir si la recourante était, ou non, présente à la visite. L'intéressée soutient être arrivée avec vingt-deux minutes de retard, alors que l'intimé prétend que la visite était terminée au moment où le représentant de la recourante est arrivé.

b. La juridiction de céans a déjà jugé qu'un fonctionnaire chargé de l'ouverture des offres lors d'un marché public n'avait pas respecté le principe d'égalité de traitement et favorisé certains concurrents en retardant délibérément l'heure de dépôt des offres, fixée à 9h15 ; il aurait ainsi dû écarter les offres parvenues en mains de l'autorité adjudicatrice après 9h15, selon les règles que celle-ci avait elle-même posées, et en tous les cas après 9h30 (ATA/10/2009 du 13 janvier 2009 consid. 6). Dans une autre affaire, la recourante avait remis son offre avec une heure trois quarts de retard par rapport au dernier délai fixé dans l'appel d'offres. La sanction attachée à un tel retard, à savoir l'exclusion du soumissionnaire, était dûment énoncée dans l'appel d'offres. Ni la réglementation ni la jurisprudence ne prévoyaient de faits justificatifs. Il appartenait aux entreprises soumissionnaires de s'organiser de manière à pouvoir rendre leur offre dans le délai (ATA/503/2014 du 1^{er} juillet 2014).

c. En l'espèce, quand bien même il aurait été souhaitable que le procès-verbal de la visite contienne précisément l'heure d'arrivée du représentant de la recourante, il n'est pas contesté que la recourante n'était pas présente à 9h pour la visite obligatoire, tel qu'exigé dans l'appel d'offres, le DAO et mis en évidence sur la première page du cahier de soumission. La recourante admet par ailleurs, dans son courrier du 2 mars 2016, être arrivée avec vingt-deux minutes de retard et n'avoir effectué que les trois quarts de la visite.

Contrairement à ce qu'a souhaité la recourante, le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas organiser une nouvelle visite des lieux. Le principe de l'unicité de la visite des lieux est seul en mesure de garantir les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination. De même, il serait contraire auxdits principes d'accorder, à un soumissionnaire en retard, un délai pour le compenser, soit par une nouvelle visite, comme précédemment mentionné, soit par un complément en fin de visite, soit par l'admission de son offre (ATA/256/2016 du 22 mars 2016 consid. 7 en matière d'attestation).

Force est ainsi de constater que la recourante ne s'est pas présentée à la visite conformément à l'appel d'offres, au DAO et le rappel mis en évidence sur la première page du cahier de soumission. Elle n'a pas pu participer à la visite telle que conçue et requise par l'appel d'offres. Ce manquement, non négligeable au regard de l'exigence et des conséquences de son non-respect (« exclusion »), bien mis en évidence par l'intimée à l'intention des candidats, ne pouvait pas échapper à la recourante, si elle avait fait preuve de la diligence requise par les circonstances et les exigences de forme propres au droit des marchés publics. La société ne fait d'ailleurs pas valoir qu'elle aurait été dans l'impossibilité de se présenter, si elle avait pris toutes les dispositions nécessaires, pour être présente à 9h comme l'exigeait l'appel d'offres.

C'est en conséquence à bon droit et compte tenu de son large pouvoir d'appréciation, que l'autorité intimée a retenu que la société recourante ne remplissait pas les conditions posées par l'appel d'offres et a considéré que la recourante n'avait pas participé à la visite obligatoire.

d. L'envoi et la réception de la lettre du 2 mars 2016 est litigieuse.

L'intimé a indiqué dans sa réponse au recours ne pas l'avoir reçue, ce que la recourante a contesté dans sa réplique.

Il n'est pas nécessaire d'instruire cette question. Outre que le fardeau de la preuve de l'envoi de la lettre litigieuse repose sur la recourante et qu'elle ne prouve pas l'avoir envoyée, celle-ci n'a pas réagi à l'absence de réponse de l'autorité intimée entre le 2 mars 2016, date de l'envoi et le 4 avril 2016, date du dépôt des offres. Elle n'a notamment ni adressé de « relance » au pouvoir adjudicateur, ni saisi l'occasion de lui poser des questions avant le terme du 8 mars 2016 fixé dans l'appel d'offres.

e. Le grief de la recourante d'une constatation inexacte des faits par le pouvoir adjudicateur est infondé.

3. La recourante conteste la décision d'exclusion pour l'absence à la visite obligatoire et allègue qu'elle serait contraire au RMP, arbitraire et violerait les

principes de transparence, d'égalité de traitement (AIMP) et de non-discrimination (AMP).

a. L'appel d'offres est une décision sujette à recours (art. 15 al. 1bis let. a AIMP ; 55 let. a RMP). Le soumissionnaire qui entend contester la définition, la pondération ou le manque de précision des critères d'adjudication doit le faire, pour des raisons de bonne foi, dans le cadre de l'appel d'offres et non plus au moment de la décision d'adjudication, sans quoi il est forclos (ATF 130 I 241 consid. 4.2 ; ATF 125 I 203 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.47/2004 du 6 avril 2004 ; ATA/360/2014 du 20 mai 2014 ; ATA/535/2012 du 21 août 2012 consid. 4a ; ATA/399/2012 du 26 juin 2012 consid. 3 ; ATA/677/2005 du 12 octobre 2005).

Le Tribunal fédéral a en outre déjà jugé qu'il était admissible d'exiger des candidats qu'ils contestent immédiatement les documents d'appels d'offres prétendument incomplets ou entachés d'autres vices de forme lors de la procédure d'appel d'offres déjà et non dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision d'adjudication (ATF 130 I 241 consid. 4.2 ; 129 I 313 consid. 6.2 ; 125 I 203).

b. En l'espèce, la conséquence de l'exclusion de la procédure d'adjudication en cas d'absence lors de la visite du bâtiment fixée le 1^{er} mars 2016 à 9h était claire et compréhensible pour tous les soumissionnaires et mise en évidence principalement dans l'appel d'offres et le DAO. En cas de désaccord avec cette condition, il appartenait aux intéressés de recourir contre l'appel d'offres.

Le recours ne portant pas sur l'appel d'offres, les exigences subordonnant l'accès à la procédure ne sauraient être revues dans le cadre du présent recours déposé contre la décision d'exclusion, conformément aux principes évoqués ci-dessus.

Le grief critiquant l'exclusion en cas d'absence à la visite sera donc déclaré irrecevable.

4. La recourante invoque toutefois que ladite exclusion ne reposerait sur aucune base légale et réglementaire.

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).

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 (art. 33 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).

5. a. Dans un récent arrêt, le Tribunal fédéral a rappelé que l'attribution des marchés publics suppose la réalisation de conditions qui peuvent se classer dans différentes catégories (ATF 140 I 285 consid. 5.1).

En premier lieu figurent les exigences qui subordonnent l'accès à la procédure. Les entreprises soumissionnaires qui ne les remplissent pas voient leur offre exclue d'emblée. Font partie de cette catégorie, les critères d'aptitude ou de qualification (« Eignungskriterien ») qui servent à s'assurer que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché (cf. art. 13 let. d AIMP). La loi pose aussi des principes qui doivent être respectés par toutes les entreprises qui soumissionnent, sous peine d'exclusion (conditions légales). Tel est le cas notamment du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail ou du respect de l'égalité de traitement entre femmes et hommes (art. 11 let. e et f AIMP), indépendamment du lien entre ces exigences et l'aptitude de l'entreprise à réaliser le marché (Peter GALLI/André MOSER/Elisabeth LANG/Marc STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^e éd., 2013, n. 582 p. 250 s.).

En second lieu interviennent les exigences relatives à l'évaluation des offres. Il s'agit des critères d'adjudication ou d'attribution (Wettbewerbs- ou Zuschlagskriterien ; cf. Beat MESSERLI, *Der Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb im öffentlichen Beschaffungsrecht*, 2^e éd., 2007, p. 107). Ces critères 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 129 I 313 consid. 8.1 p. 324 ; voir aussi Olivier RODONDI, *Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics*, RDAF 2001 I 387, p. 394 s.). La non-réalisation d'un critère d'adjudication n'est pas éliminatoire, mais peut être compensée par la pondération avec d'autres critères d'adjudication (cf. ATF 139 II 489 consid. 2.2.1 et 2.2.4 p. 494).

b. Dans un récent arrêt, la chambre administrative a considéré que les exigences de certification ISO 3834-2 et la production de certificats de soudeur, fondés sur la prescription ASIT 506, laquelle renvoie à la norme européenne permettant d'établir le niveau de qualification professionnelle des soudeurs exigé par la Directive n° 97/23/CE, formulées dans l'appel d'offres, constituaient des critères d'aptitude au sens de l'art. 33 RMP (ATA/51/2015 du 13 janvier 2015 consid. 13).

c. 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).

Il est conforme au but et à la nature de la procédure de marchés publics que la violation de certaines exigences de forme par un soumissionnaire puisse entraîner son exclusion du marché. Une telle conséquence ne se justifie toutefois pas en présence de n'importe quel vice. Il faut en particulier y renoncer lorsque celui-ci est de peu de gravité ou ne compromet pas sérieusement l'objectif visé par la prescription formelle violée (arrêts du Tribunal fédéral 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.1 ; 2D_50/2009 du 25 février 2010, consid. 2.4 et les arrêts cités).

6. En l'espèce, et conformément aux critères précités, l'exigence d'une visite obligatoire et la production du bordereau prouvant la présence du soumissionnaire à ladite visite sous peine d'exclusion est un critère à ranger dans la première catégorie telle que rappelée par le Tribunal fédéral, soit une exigence qui subordonne l'accès à la procédure.

Ce critère répond à la définition d'un critère d'aptitude devant permettre de garantir l'aptitude des soumissionnaires à faire une offre conforme aux réalités du marché concerné, en l'occurrence des travaux à effectuer en lien spécifiquement avec les particularités du bâtiment visé et à fournir des prestations spécifiques conformes au cahier des charges. Il s'agit d'un critère fixé par le pouvoir adjudicateur qui doit lui permettre d'assurer que les soumissionnaires ont les capacités techniques de s'adapter aux contraintes spécifiques du marché concerné.

La question de savoir dans quelle mesure la visite obligatoire et la production du bordereau prouvant la présence du soumissionnaire à ladite visite répond aussi à une condition « légale » au sens de la jurisprudence fédérale précitée, à savoir que tous les soumissionnaires doivent la respecter, souffrira de rester ouverte, étant relevé que l'art. 32 RMP contient effectivement une liste non pas minimale des documents pouvant être demandés, mais exhaustive.

En conséquence et contrairement à ce que soutient la recourante, l'exclusion est dûment prévue par l'art. XIII al. 4 let. a de l'AMP, 13 let. d AIMP, 33 et art. 42 al. 1 let a et b notamment RMP. L'aspect obligatoire de la visite et la sanction appliquée en cas d'absence à celle-ci, à savoir l'exclusion, étaient dûment mentionnés et mis en évidence tant dans l'appel d'offres que dans le DAO. Il ne s'agissait aucunement d'une condition d'adjudication, ce que la recourante ne prétend d'ailleurs pas, mais exclusivement d'une exigence subordonnant l'accès à la procédure au sens du chap. III RMP.

Le § 27 let. a et h DEMP va dans le même sens et prévoit aussi comme sanction l'exclusion.

Le recourant ne peut tirer aucun argument valable, compte tenu de ce qui précède, du fait que la visite aurait été annoncée sous « exigences administratives de la procédure » (ch. 4 DAO) plutôt que sous « conditions de participation » (ch. 3 DAO). La visite est mentionnée tant dans le ch. 3 que dans le ch. 4. Le ch. 4 détaille la procédure dans son entier, de l'appel d'offres à la signature du contrat après adjudication, alors que le ch. 3.6 traite des motifs d'exclusion et précise que l'offre qui n'est pas accompagnée d'un bordereau remis par l'ingénieur en assainissement prouvant que l'entreprise s'est rendue à la visite du site est exclue.

La recourante confond le procès-verbal dressé lors de la visite et le bordereau qui devait être délivré aux soumissionnaires présents lors de la visite et qui était à produire avec l'offre. Ces deux documents sont dûment prévus, distinctement dans le DAO. Le bordereau exigé au titre de preuve de la présence à la visite est évoqué sous ch. 3.6, à savoir sous « conditions de participation », alors que le procès-verbal, seul prévu pour être distribué à tous les soumissionnaires, participants, ou non, à la visite, est mentionné sous ch. 4.4.

Enfin, la jurisprudence citée par la recourante ne lui est d'aucune utilité. Le Tribunal fédéral a indiqué que le principe de la bonne foi requiert éventuellement que des vices évidents soient dénoncés d'emblée au stade de l'appel d'offres, mais en raison de la hâte, des connaissances juridiques restreintes des fournisseurs et de leur crainte de réduire leurs chances d'obtenir l'adjudication, on ne saurait leur imposer des exigences indûment sévères (AF 141 II 307 ; JT 2016 I p. 20 consid. 6.7). Comme vu précédemment, le grief relatif à l'exclusion en cas d'absence à la visite obligatoire se fonde sur une base légale. En l'absence de « vice », cette jurisprudence n'est pas pertinente dans le cas d'espèce.

Le grief de l'illégalité de la sanction prévue en cas d'absence à la visite obligatoire est infondé.

7. La recourante allègue que son exclusion relèverait d'un formalisme excessif.

a. Le formalisme excessif est un aspect particulier du déni de justice, prohibé par l'art. 29 al. 1 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), qui est réalisé lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (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).

L'interdiction du formalisme excessif 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).

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).

De manière générale les pratiques bâloises et genevoises apparaissent rigoureuses alors que les tribunaux argoviens et zurichoises sont plus souples (Etienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 193). Comme précédemment mentionné, le formalisme appliqué dans le canton de Genève en matière de marchés publics a été constaté par le Tribunal fédéral, mais confirmé (arrêts du Tribunal fédéral 2C_418/2014 précité consid. 4.1; 2C_197 et 198/2010 précité).

b. En l'espèce, l'autorité intimée indique, sans être valablement contredite par la recourante, que la nature des travaux de décontamination à entreprendre dans le bâtiment de l'AEM pouvait difficilement être décrite dans un dossier d'appel d'offres, même accompagné de plans. La Conférence romande des marchés publics (CROMP) propose une telle visite sous ch. 4.4. dans son « guide romand ». La recourante a par ailleurs indiqué dans sa réplique ne pas en contester ni le bien-fondé ni la légalité.

Le bâtiment concerné est en exploitation. Les travaux impliquent le confinement des zones d'intervention. La nature des travaux, soit le désamiantage des mastics des fenêtres d'époque à conserver et l'enlèvement des couches de peinture recouvrant les éléments d'intérêt historique, justifiaient l'exigence d'une visite. Les interactions avec les restaurateurs et autres corps de métier nécessitaient aussi de pouvoir rencontrer le mandataire spécialisé. Les soumissionnaires ne pouvaient pas apprécier la difficulté du travail sans voir le site. Onze personnes, de professions différentes, représentaient le maître d'œuvre lors de la visite pour pouvoir répondre aux questions des soumissionnaires. Comme précédemment mentionné, une nouvelle visite ou d'autres modalités n'étaient pas conformes au principe de transparence et d'égalité de traitement (supra 2a).

En conséquence la visite était nécessaire et fondée. Elle était justifiée par un intérêt digne de protection et ne complique pas de manière insoutenable la réalisation du droit matériel. Enfin, la même exigence et sévérité a été appliquée à tous les soumissionnaires.

Dans ces conditions, le grief de formalisme excessif est infondé.

8. La recourante soutient qu'une visite incomplète, même d'un quart, constitue une violation d'une exigence administrative de peu de gravité ne pouvant conduire à l'exclusion, à l'instar de la non production du bordereau.

Compte tenu de ce qui précède, cet argument est infondé.

9. a. La recourante se plaint de la violation de l'art. 4.4 du K2, soit la non-délivrance du bordereau prouvant sa présence à la visite, document nécessaire au dépôt de l'offre.
b. Comme précédemment mentionné, le bordereau n'est pas évoqué sous ch. 4.4. Par ailleurs, compte tenu de l'absence de la recourante à la visite obligatoire, c'est à juste titre que l'autorité intimée ne lui a pas délivré ledit bordereau.

Que la recourante n'ait pas reçu, à l'instar d'ailleurs des autres soumissionnaires, le procès-verbal de la visite prévu sous ch. 4.4 est sans incidence dès lors que seule était déterminante la délivrance du bordereau. La non-délivrance du procès-verbal a par ailleurs été réparée dans le cadre de la présente procédure.

10. a. La recourante se plaint que ledit bordereau n'ait pas été mentionné en p. 4 du DAO, parmi la liste des quatorze pièces « à retourner à l'adjudicateur ».

b. S'agissant d'un grief à l'encontre de l'appel d'offres, de surcroît invoqué au stade de la réplique uniquement, il est irrecevable conformément au consid. 3a précité.

11. La recourante conteste la qualification d'offre anormalement basse, émise par l'autorité intimée non au stade de la décision, mais de la réponse au recours.

Cette argumentation de la recourante n'est pas pertinente, son exclusion étant due à son absence à la visite obligatoire.

12. Dans sa réplique, la recourante soulève un nouveau grief à l'encontre du procès-verbal d'ouverture des offres et se plaint que le prix qu'elle a offert n'y figure pas, contrairement aux art. 38 et 39 RMP et à la systématique du règlement.

Émis au stade de la réplique, ce grief est irrecevable. De surcroît, même à être fondée, cette informalité serait sans conséquence sur la décision d'exclusion, la recourante ne prouvant d'ailleurs pas le contraire et se contentant d'alléguer que, « c'est un signe relativement clair que l'autorité intimée, outre le fait qu'elle ne respecte – une nouvelle fois – pas la loi en cette matière, avait la ferme volonté d'écarter – coûte que coûte mais injustement – l'offre de la recourante ».

13. 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 18 avril 2016.

14. 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). Aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 14 avril 2016 par Expert Home Suisse Sàrl contre la décision du département des finances du 7 avril 2016 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge d'Expert Home Suisse Sàrl un émolument de CHF 1'000.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

- par la voie du recours en matière de droit public :

si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics ;

s'il soulève une question juridique de principe ;

- sinon, par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF ;

le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Olivier Rodondi, avocat de la recourante, au département des finances ainsi qu'à la commission de la concurrence - COMCO.

Siégeants : M. Verniory, président, Mme Junod, M. Dumartheray, Mme Payot
Zen-Ruffinen, M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :