

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1330/2011-MARPU

ATA/271/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 8 mai 2012

dans la cause

TROPEXO S.A.

représentée par Me Ridha Ajmi, avocat

contre

**VILLE DE GENÈVE - DÉPARTEMENT DES CONSTRUCTIONS ET DE
L'AMÉNAGEMENT**

EN FAIT

1. Tropexo S.A. est une entreprise générale de constructions dont le siège est à Fribourg. Elle a pour administrateur Monsieur Murat Rexhepi.
2. Dans le cadre de la rénovation du groupe scolaire de Saint-Jean, la ville de Genève - département des constructions et de l'aménagement (ci-après : la ville) a lancé, le 21 février 2011, un appel d'offres n° 980 concernant les travaux de plafonds en panneaux de plâtre et fibre minérale, CFC 283.2/283.3. Le délai de clôture pour le dépôt des offres était fixé au 22 mars 2011 et l'ouverture des offres au 25 mars 2011.

Le marché était soumis au règlement cantonal sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP – L 6 05. 01) ainsi qu'au cahier des charges établi par l'autorité adjudicatrice, lequel précisait qu'en plus de l'offre, les candidats devaient fournir, sous pli séparé, les attestations obligatoires au sens de l'art. 32 RMP.

Le cahier des charges précité rappelait expressément qu'il s'agissait des attestations suivantes : AVS/AI/APG (retraite), allocations familiales (AF), de la prévoyance professionnelle - 2^{ème} pilier (LPP - retrait complémentaire), de l'assurance accidents (SUVA/CNA) - LAA, de la convention collective de travail (OCIRT), de l'impôt à la source, de l'engagement du respect de l'égalité entre hommes et femmes.
3. Le délai de retour des offres, initialement fixé au 22 mars 2011, a été reporté au 5 avril 2011 et l'ouverture des offres a été fixée au 8 avril 2011.
4. Le 5 avril 2011, lors de la vérification des dossiers, il a été constaté que Tropexo S.A. n'avait pas remis toutes les attestations requises, soit l'attestation relative à l'engagement OCIRT ainsi que celle relative aux allocations familiales (AF). En outre, certaines attestations remises étaient échues, à savoir : AVS/AI/APG, datée du 5 novembre 2010 ; LPP, datée du 9 novembre 2010 et LAA, datée du 5 novembre 2010. Ainsi, seules les attestations relatives à l'impôt à la source et à l'égalité hommes/femmes étaient conformes.
5. Le même jour, la ville a accordé à Tropexo S.A. un délai supplémentaire jusqu'au jeudi 7 avril 2011 à 14h, pour remettre les attestations valables.
6. Lors de l'ouverture des offres, le 8 avril 2011 à 9h 15, les attestations valables n'avaient toujours pas été remises par Tropexo S.A.
7. Par décision du même jour, la ville a informé Tropexo S.A. que son offre avait été écartée en raison de la remise d'attestations échues. Il était précisé qu'un

recours dûment motivé contre cette décision pouvait être interjeté auprès du Tribunal administratif de la République et canton de Genève dans le délai de dix jours dès la notification de la décision.

8. Par fax du 14 avril 2011, Tropexo S.A. a envoyé à la ville les attestations valables.
9. Le 16 avril 2011, Tropexo S.A. a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), contre la décision précitée, en demandant la prise d'une nouvelle décision qui pourrait lui permettre de présenter à nouveau son offre. Elle avait volontairement présenté des attestations échues dans le but de montrer qu'elle était bien assurée auprès des toutes les instances demandées par l'appel d'offre, car elle savait par ailleurs que la préparation des nouvelles attestations nécessitait un délai supplémentaire. Elle admettait que les nouvelles attestations étaient parvenues à la ville hors délai.
10. Par jugement du 28 avril 2011, le TAPI a déclaré le recours de Tropexo S.A. irrecevable, étant incompétent pour en connaître, et a transmis son dossier le 5 mai 2011 à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative).
11. Le 3 juin 2011, la ville a conclu au rejet du recours. Le dossier de la recourante présentait des informalités particulièrement graves, deux attestations manquaient, notamment celle de l'OCIRT/TT, qui était essentielle car elle attestait que le candidat s'engageait à respecter les usages de sa profession en vigueur à Genève. Par ailleurs, trois attestations étaient échues depuis plus de deux mois. Un délai complémentaire avait été accordé à la recourante, pour qu'elle produise les attestations requises. Ces documents n'avaient pas été remis dans le délai imparti, de sorte qu'une décision d'exclusion lui avait été notifiée.
12. Le 3 juin 2011, le juge délégué a transmis les observations de la ville à Tropexo S.A., en l'invitant à formuler toute requête complémentaire jusqu'au 1^{er} juillet 2011. Passé cette date, la cause serait gardée à juger en l'état.
13. Par courrier daté du 30 juin 2011, reçu le 1^{er} juillet 2011, la ville a informé le juge délégué que la recourante n'ayant pas demandé la restitution de l'effet suspensif à son recours du 16 avril 2011, elle avait signé, en date du 24 juin 2011, avec l'entreprise adjudicataire, Entegra S.A., le contrat portant sur les travaux de plafonds en panneaux de plâtre et fibre minérales, objet du recours.
14. Par pli recommandé du 1^{er} juillet 2011, Tropexo S.A. a présenté ses observations. Pour l'essentiel, elle a repris les motifs déjà développés dans ses précédentes écritures. Elle a conclu à l'annulation de la décision du 8 avril 2011 de la ville avec suite de dépens. Elle avait présenté les attestations échues à titre d'information mais en signalant que les nouvelles attestations devaient arriver très

vite. A l'échéance de deux jours, elle avait appelé la ville pour l'informer de son incapacité à produire les pièces requises dans le délai imparti. Six jours après l'échéance du délai, elle avait produit les pièces manquantes. Malgré cela, son offre avait été écartée. La ville avait violé délibérément son droit à être traitée sur un pied d'égalité avec les autres candidats.

15. Par courrier du 8 juillet 2011, le juge délégué a demandé à la recourante de lui communiquer jusqu'au 15 août 2011 ses éventuelles conclusions en indemnisation, dès lors que le contrat objet du litige avait été conclu. La recourante n'a pas donné suite à cette requête.
16. Le 12 octobre 2011, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile et transmis à la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 131 et 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05).
2. A teneur de l'appel d'offres, le marché considéré n'est pas soumis aux traités internationaux. Sont dès lors applicables les dispositions de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et du RMP.
3. Une décision d'adjudication peut faire l'objet d'un recours (art. 15 al. 1bis AIMP ; art. 55 let. e RMP). Outre la décision d'adjudication, est également sujette à recours l'exclusion de la procédure (art. 15 al. 1bis let. d AIMP).
4. La qualité pour agir appartient à toute personne touchée directement par une décision et ayant un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 60 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Tel est le cas de la personne à laquelle la décision attaquée occasionne des inconvénients qui pourraient être évités grâce au succès du recours, qu'il s'agisse d'intérêt juridique ou simplement d'intérêt de fait (ATA/524/2011 du 30 août 2011, et les références citées).
5. En l'espèce, le contrat ayant été conclu avec l'adjudicataire (art. 46 RMP), il convient de se demander si la recourante conserve un intérêt actuel et digne de protection au maintien du recours.

Selon l'art. 18 al. 2 AIMP, lorsque le contrat est déjà conclu, l'autorité qui admet le recours ne peut que constater le caractère illicite de la décision. Si cette illicéité est prononcée, le recourant peut demander la réparation de son dommage,

limité aux dépenses qu'il a subies en relation avec les procédures de soumissions et de recours (art. 3 al. 3 AIMP). Par ailleurs, le recourant qui conteste une décision d'adjudication et qui 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).

En tant que soumissionnaire évincée et bien que le contrat ait été déjà conclu, la recourante conserve un intérêt actuel à recourir contre la décision d'adjudication au sens de l'art. 60 let. b LPA, son recours étant à même d'ouvrir ses droits à une indemnisation (ATF 125 II 86, consid. 5 b p. 96). Elle dispose donc de la qualité pour recourir.

6. La décision d'exclusion du 8 avril 2011 indiquait qu'un recours contre ladite décision pouvait être interjeté auprès du Tribunal administratif, ce qui est manifestement erroné, cette juridiction ayant cessé d'exister le 31 décembre 2010 pour être remplacée par la chambre administrative de la Cour de justice.

Aux termes de l'art. 47 LPA, une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties.

En l'espèce, la décision a été transmise par le TAPI à la juridiction compétente, de sorte que la recourante n'a subi aucun préjudice.

7. Le droit des marchés publics a pour but d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires et de garantir l'égalité de traitement et l'impartialité de l'adjudication à l'ensemble de ceux-ci (art. 1 al. 3 let. a et b AIMP). Ces principes sont répétés à l'art. 16 RMP, qui précise que la discrimination des soumissionnaires est interdite par la fixation de délais ou de spécifications techniques non conformes à l'art. 28 RMP, par l'imposition abusive de produits à utiliser ou par le choix de critères étrangers à la soumission. De même, le principe d'égalité de traitement doit être garanti à tous les candidats et soumissionnaires dans toutes les phases de la procédure (art. 16 al. 1 et 2 RMP ; ATA/165/2011 du 15 mars 2011).
8. Une 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'autorité adjudicatrice examine la conformité des offres au cahier des charges (art. 39 RMP).

Les offres déposées doivent comporter notamment diverses attestations qui, pour être valables, « ne doivent pas être antérieures de plus de trois mois à la date fixée pour leur production, sauf dans les cas où elles ont, par leur contenu, une durée de validité supérieure » (art. 32 al. 3 RMP).

En l'espèce, il est établi et non contesté que les attestations produites par Tropexo S.A. étaient échues car datant de plus de trois mois au moment où elles ont été remises à la ville avec l'offre déposée le 5 avril 2011.

9. La recourante fait valoir qu'en écartant son offre en raison du fait que des attestations étaient échues, alors même que cela ne dépendait pas de sa volonté, la ville avait violé son droit d'être traitée sur pied d'égalité avec les autres candidats, et fait preuve de formalisme excessif.
10. Le droit des marchés publics est formaliste, comme la chambre de céans l'a déjà rappelé à plusieurs reprises (ATA/10/2009 du 13 janvier 2009 ; ATA/95/2008 du 4 mars 2008 ; ATA/79/2008 du 19 février 2008 ; ATA/250/2006 du 9 mai 2006 ; ATA/150/2006 du 14 mars 2006) 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.

L'interdiction du formalisme excessif, tirée de la garantie à un traitement équitable des administrés énoncée à l'art. 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), ne permet pas d'exclure une offre présentant une informalité de peu de gravité. C'est dans ce sens que des erreurs de calculs et d'écritures peuvent être rectifiées (art. 39 al. 2 RMP) et que des explications peuvent être demandées aux soumissionnaires relatives à leurs aptitudes et à leurs offres (art. 40 et 41 RMP). Le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires impliquent de ne procéder à ce type de questionnement que de manière restrictive, et seulement lorsque l'offre est au demeurant, conforme aux conditions de l'appel d'offres (J.-B. ZUFFEREY, C. MAILLARD, N. MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 110 ; O. RODONDI, La gestion de la procédure de soumission, cité ci-après : La gestion in ZUFFEREY, STOECKLI, Droit des marchés publics 2008 p. 185 n. 63, p. 186).

A cet égard, même les auteurs qui préconisent une certaine souplesse dans le traitement des informalités, admettent que l'autorité adjudicatrice dispose d'un certain pouvoir d'appréciation quant au degré de sévérité dont elle désire faire preuve dans le traitement des offres, pour autant qu'elle applique la même rigueur, respectivement la même flexibilité à l'égard des différents soumissionnaires (O. RODONDI, Les délais en droit des marchés publics, cités ci-après : les délais, RDAF 2007 I p. 187 et 289).

Les principes précités valent également pour la phase d'examen de la recevabilité des soumissions (O. RODONDI, La gestion, p. 186 n. 65). Lors de celle-ci, l'autorité adjudicatrice doit examiner si les offres présentées remplissent les conditions formelles pour participer à la procédure d'évaluation proprement dite et il est exclu d'autoriser un soumissionnaire à modifier la présentation de son offre, à y apporter des compléments ou à transmettre de nouveaux documents. En

outre, en matière d'attestations, l'autorité adjudicatrice peut attendre d'un soumissionnaire qu'il présente les documents requis, rédigés d'une manière qui permette de déterminer, sans recherche complémentaire, interprétation ou extrapolation, s'il remplit les conditions d'aptitude ou d'offre conformes aux exigences du cahier des charges (ATA/102/2010 du 16 février 2010, confirmé par Arrêts du Tribunal fédéral 2C_197/2010 et 2C_198/2010 du 30 avril 2010).

La chambre de céans s'est toujours montrée stricte dans ce domaine, (ATA/150/2006 du 14 mars 2006, notamment), ce que le Tribunal fédéral a constaté mais confirmé (Arrêts du Tribunal fédéral 2C_197 et 198/2010 précités), la doctrine étant plus critique à cet égard (O. RODONDI, La gestion de la procédure de soumission, in Droit des marchés publics 2008, p. 186 ch. 64).

En l'espèce, la chambre administrative n'a aucune raison de s'écarter de sa jurisprudence antérieure car la recourante, conformément à l'art. 32 al. 3 RMP, était tenue de présenter des attestations valables lors de la remise de son offre déjà. Ainsi, la ville aurait pu, en application de l'art. 32 RMP, écarter d'emblée l'offre de Tropexo S.A. qui ne remplissait manifestement pas les conditions de recevabilité, mais elle lui a accordé un délai supplémentaire jusqu'au 7 avril 2011, pour remettre lesdites attestations. Ce délai n'a pas été respecté par la recourante, laquelle n'a présenté les attestations valables que le 14 avril 2011, soit une semaine après le délai qui lui avait été imparti. De plus, la recourante n'a pas fait valoir que la production des attestations était impossible du fait de tiers, tant à la date de la remise initiale de l'offre qu'à celle fixée ultérieurement par l'adjudicateur. Accorder *a posteriori* à la recourante la possibilité de substituer les attestations échues par de plus récentes reviendrait à violer le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires et serait source d'insécurité juridique.

11. Compte tenu de ce qui précède, le recours sera rejeté.

Vu l'issue de litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, à laquelle il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 16 avril 2011 par Tropexo S.A. contre la décision de la ville de Genève - département des constructions et de l'aménagement du 8 avril 2011 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 1'000.- ;

dit qu'il ne lui 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 ;

- 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 Ridha Ajmi, avocat de la recourante ainsi qu'à la ville de Genève - département des constructions et de l'aménagement.

Siégeants : Mme Hurni, présidente, M. Thélin, Mme Junod, MM. Dumartheray et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction :

M. Tonossi

la présidente siégeant :

E. Hurni

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :