

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1752/2010-MARPU

ATA/577/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 31 août 2010

dans la cause

PAYOT S.A.

représentée par Me Bruno Mégevand, avocat

contre

VILLE DE GENÈVE

EN FAIT

1. Le 1^{er} avril 2010, la Ville de Genève (ci-après : la ville), soit pour elle le service des écoles institutions pour l'enfance, a lancé une procédure d'appel d'offres pour la fourniture et la livraison de livres en vue de la fête des écoles enfantines et primaires 2010. Huit librairies ont été invitées à soumissionner, dont Payot Librairie S.A. (ci-après : Payot).

Les ouvrages devaient être emballés par classe et par école et comporter une étiquette avec la mention « offert par la Ville de Genève » accompagnée du logo « Ville de Genève ». La livraison était attendue entre le 21 et le 25 juin 2009 (recte : 2010) dans les cinquante-quatre groupes scolaires de la ville. L'offre devait préciser les prix nets, TVA, livraison, étiquetage et emballages inclus. Une liste d'attestations à fournir était jointe à l'appel d'offres.

Le délai fixé pour la remise des offres et des annexes était le 30 avril 2010 au plus tard.

A la recherche de sponsoring, la ville manifestait son intérêt à recevoir une offre comprenant « une relation du type contre-prestation d'ordre publicitaire ou de partenariat ».

2. Dans le délai précité, l'autorité adjudicatrice a reçu quatre offres, dont trois étaient complètes, soit celles de :

- Cursus S.A. - Librairie des Livres et Vous (ci-après : Cursus) pour le prix de CHF 203'597,65.- toutes taxes comprises (ci-après : TTC), remise de 35 % incluse ;
- la librairie « Nouvelles Pages » pour le prix de CHF 219'258,90.- TTC, remise de 31 % incluse ;
- Librerit S.A. (ci-après : Librerit) pour le prix de CHF 219'000.- TTC, sans escompte ;
- la librairie « au Chien Bleu » pour le prix de CHF 224'000.- TTC ;

Par courrier du 26 avril 2010 reçu par la ville le 3 mai 2010, la Librairie du Boulevard a fait parvenir son offre, d'un montant de CHF 225'500.- TTC, sans escompte. Tardive et incomplète, celle-ci n'a pas été retenue.

En guise de contre-prestation, Cursus a proposé une remise de 20 % sur les achats et commandes des bibliothèques des cinquante-quatre établissements scolaires pour l'année 2010-2011. La librairie « Nouvelles Pages » a offert un

rabais supplémentaire de 1 % contre l'ajout de ses nom et logo sur l'étiquette collée sur chaque livre. Librerit et la librairie du Boulevard ne souhaitaient pas lier l'obtention d'un marché à la publicité. La librairie « au Chien Bleu » n'avait pas les moyens d'entrer en matière concernant la demande de sponsoring.

Deux librairies, regrettant que la commande ne soit pas partagée en plusieurs lots, n'ont pas pu répondre à l'offre en raison d'une infrastructure insuffisante.

3. Par lettre signature du 28 avril 2010, Payot a présenté une offre s'élevant à CHF 203'597,55.-TTC, comprenant une remise de 35 %. Etait jointe une partie des attestations sollicitées, le reste devant suivre dans les meilleurs délais.

4. Le courrier précité a été déposé dans la case postale de la ville à la Servette le jeudi 29 avril 2010 et retiré au guichet le lundi 3 mai 2010.

5. Le 3 mai 2010 également, la ville a établi le préavis d'adjudication pour le candidat ayant présenté la meilleure offre, soit Cursus.

6. Le 4 mai 2010, le bon de commande des livres à Cursus a été signé.

Parallèlement, la ville a informé Librerit et les librairies du Boulevard, « au Chien Bleu » et « Nouvelles Page » que le marché avait été adjugé à un concurrent ayant présenté une offre plus intéressante.

7. Le 5 mai 2010, la ville a indiqué à Payot que son offre ne pouvait pas être prise en compte, car arrivée hors délai.

8. Par courrier du 6 mai 2010, Payot a fait part de sa stupéfaction. L'offre étant arrivée dans la case postale de la ville le 29 avril 2010, elle avait été communiquée dans le délai imparti. La réponse de la ville était abusive et lésait ses intérêts.

9. Par courrier recommandé du 17 mai 2010, la ville a exprimé ses regrets à Payot quant au malentendu lié à la date de réception de la soumission.

Après avoir étudié le dossier de la société, il apparaissait que deux attestations prévues à l'art. 32 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) faisaient défaut. De plus, le prix total proposé était inférieur de CHF 0,10 à celui de l'entreprise adjudicataire. La valeur unitaire des livres était identique ; l'écart était dû au mode de calcul de la remise de 35 % offerte par les deux librairies. La différence de coût ne pouvait être considérée comme un critère décisif. Enfin, à l'inverse de Cursus, la société ne proposait pas de relation de contre-prestation.

La décision de la ville d'octroyer le marché à Cursus était maintenue.

10. Le 17 mai 2010, Payot a interjeté recours contre la décision d'exclusion du 5 mai 2010 par-devant le Tribunal administratif, concluant au constat de la nullité de la procédure d'appel d'offre sur invitation, à l'annulation de la décision précitée ainsi qu'à la condamnation de la ville au versement d'une indemnité.

Préalablement, Payot demandait, à titre de mesures provisionnelles, qu'il soit fait interdiction à la ville d'adjuger le marché jusqu'à droit jugé afin de sauvegarder ses chances de se voir attribuer la soumission. La ville devait communiquer au Tribunal administratif le montant de l'offre qu'elle entendait adjuger.

La procédure suivie par la ville était irrégulière et entachée de nullité. Le prix public des livres s'élevant à plus de CHF 300'000.- hors taxe, les règles de la procédure ouverte ou sélective, et non celles sur invitation, auraient dû être appliquées.

Son offre était parvenue dans la case postale de la ville le 29 avril 2010. Celle-ci n'avait pas fait preuve de diligence, car elle lui impartissait de prendre possession du pli avant l'échéance du délai, le 30 avril 2010. La décision d'exclusion de la procédure pour retard devait être annulée.

En tenant compte du délai discrétionnaire de sept jours pour retirer les plis postaux, la ville n'avait pas respecté le délai minimal de vingt-cinq jours pour la remise des offres (art. 30 al. 3 de l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 - AIMP - RS L 6 05). Celui-là aurait dû être au 4 mai 2010 au plus tôt. Dans cette hypothèse également, la procédure suivie par la ville était entachée de nullité.

11. Le 19 mai 2010, le juge délégué a fait interdiction à la ville d'adjuger le marché, cas échéant de signer le contrat, jusqu'à ce que le Tribunal administratif ait statué sur la requête de mesures provisionnelles.
12. Par courrier et fax du 27 mai 2010, la ville a renoncé à déposer des écritures sur mesures provisionnelles. La requête de Payot était devenue sans objet suite à l'adjudication du marché à Cursus le 3 mai 2010 et à la signature du bon de commande le 4 mai 2010.
13. Dans sa réponse du 31 mai 2010, la ville a conclu au rejet du recours précité avec suite de frais et dépens.

La moyenne des offres oscillant entre CHF 210'698,23.- et CHF 206'227,65.-, selon le mode de calcul, la valeur du marché était nettement inférieure au seuil prévu à l'annexe 2 du RMP pour la procédure sur invitation, qu'elle avait donc suivie à juste titre.

L'offre de Payot, reçue le 3 mai 2010, était tardive, le moment où l'offre parvenait en main de l'adjudicateur étant déterminant. Le délai avait, de par la loi, un caractère péremptoire ; le non-respect de celui-là constituait un grave vice de forme propre à entraîner l'exclusion de l'offre.

Le délai minimal de vingt-cinq jours ne s'appliquait pas à la procédure sur invitation, pour laquelle dix jours entre la remise des documents de soumission aux invités et le dépôt de l'offre suffisaient. La livraison des livres étant imminente, il n'était pas possible d'accorder plus de temps pour présenter la soumission. Enfin, même si l'on devait tenir compte du délai de garde postale de sept jours, le temps accordé pour la remise des offres aurait été fixé au 18 avril 2010. Le délai minimum avait été largement respecté. Arrivée tardivement, l'offre de Payot devait être exclue.

Payot n'avait pas transmis l'attestation relative à l'impôt à la source, expressément demandée, ainsi que celle relative aux paiements des cotisations de prévoyance professionnelle. Ainsi, même si son offre était parvenue dans les délais, elle aurait été écartée au motif qu'elle était incomplète.

La différence de CHF 0,10 entre l'offre de Payot et de Cursus s'expliquait pas le mode de calcul de la remise de 35 %. Le prix de l'offre ne représentait pas un critère décisif pour l'attribution du marché. En revanche, Cursus avait proposé un rabais de 20 % pour tout achat ultérieur en faveur des bibliothèques des cinquante-quatre écoles primaires de la ville. Par ce biais, elle répondait à l'offre qui spécifiait la recherche de sponsoring, proposant ainsi l'offre la plus avantageuse économiquement.

Payot n'avait pas conclu à l'annulation de la décision d'adjudication. Etant donné qu'elle n'avait pas pris de conclusions, même non chiffrées et hypothétiques, sur la réparation du dommage résultant de l'adjudication du marché à un concurrent, le Tribunal administratif ne devait pas entrer en matière sur cette question.

14. La recourante a renoncé à ses conclusions sur mesures provisionnelles en date du 1^{er} juin 2010.
15. Dans son courrier du 28 juin 2010, Payot a persisté dans ses conclusions, en formulant quelques remarques à propos de la réponse de la ville.
16. Le 29 juin 2010, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Le marché offert est soumis notamment à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1997 (AIMP - L 6 05 ; entré en vigueur à Genève le 9 décembre 1997), au RMP et à la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP-L 6 05.0).

2. Selon les art. 15 al. 1 et 2 AIMP, 3 al. 1 L-AIMP et 56 RMP, le recours est adressé au Tribunal administratif dans les dix jours dès la notification de la décision.

La décision querellée, expédiée le 5 mai 2010, a été réceptionnée par la recourante le 6 mai 2010. Le délai de dix jours venant à échéance le dimanche 16 mai 2009 a été reporté au lundi 17 mai 2010 en application de l'art. 17 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

Interjeté dans les délais devant l'autorité compétente, le recours est recevable de ce point de vue.

3. La qualité pour recourir appartient à 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 (art. 60 let. b LPA). Tel est le cas de celle à laquelle la décision attaquée apporte des inconvénients qui pourraient être évités grâce au succès du recours, qu'il s'agisse d'intérêts juridiques ou de simples intérêts de fait (ATA/517/2009 du 13 octobre 2009).

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 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 L-AIMP).

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 (ATA/338/2010 du 18 mai 2010 ; ATA/155/2010 du 9 mars 2010).

Par ailleurs, selon l'arrêt du Tribunal fédéral 2P.307/2005 du 24 mai 2006, le recourant qui conteste une décision d'adjudication et qui déclare vouloir maintenir son recours après la conclusion du contrat, au moins implicitement, à la constatation de l'illicéité de l'adjudication, que des dommages et intérêts soient réclamés ou non.

Le recours est ainsi recevable à tous points de vue (ATA/155/2010 op. cit.).

4. La recourante allègue que la procédure suivie par la ville, soit la procédure sur invitation, serait entachée de nullité et que le délai minimal de vingt-cinq jours pour la remise des offres (art. 30 al. 3 RMP) n'aurait pas été respecté.

Ces motifs auraient dû être soulevés dans un recours au tribunal de céans contre l'appel d'offres dans les dix jours suivant la notification de celui-ci (art. 15 al. 1 bis let. a et al. 2 AIMP ; art. 55 let. a et 56 al. 1 RMP). Dans la mesure où le délai de recours est échu, ces griefs sont irrecevables.

5. Payot soutient qu'elle a remis son offre à la ville dans le délai imparti, celle-là étant parvenue dans la case postale de la Servette le 29 avril 2010. De ce fait, sa soumission ne devait pas être exclue de la procédure.

En l'occurrence, la question de la tardiveté de l'offre de la recourante souffrira de rester ouverte au vu des développements qui vont suivre.

6. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics (art. 1 al. 1 AIMP). Il vise à harmoniser les règles de passation des marchés ainsi qu'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). Il poursuit plusieurs objectifs, soit assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. a AIMP), garantir l'égalité de traitement entre ceux-ci et assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 3 let. b AIMP), assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) et permettre l'utilisation parcimonieuse des données publiques (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, en particulier 11 let. a et b AIMP).

7. L'appel d'offres émis par l'autorité adjudicatrice doit donner un certain nombre de renseignements et notamment contenir ceux nécessaires à l'établissement de l'offre (art. 27 RMP). Elle doit également énumérer la liste des pièces et documents à joindre (art. 27 let. e RMP). De son côté, pour être admis à soumissionner, un soumissionnaire, au-delà des autres critères de compatibilité et d'aptitudes qui peuvent être demandés, doit fournir un certain nombre de documents obligatoires énoncés à l'art. 32 RMP. Parmi ceux-ci, figurent des attestations justifiant que la couverture de personnel en matière d'assurances sociales est assurée, conformément à la législation en vigueur au siège du

soumissionnaire et que ce dernier est à jour avec le paiement de ses cotisations (art. 32 al. 1 let. a RMP).

8. L'offre d'un soumissionnaire est écartée d'office par une décision d'exclusion lorsque son offre est tardive, incomplète ou non-conforme aux exigences du cahier des charges (art. 42 al. 1 let. a RMP).
9. Le droit des marchés publics est formaliste, comme le tribunal de céans l'a déjà rappelé à plusieurs reprises (ATA/102/2010 du 16 février 2010 ; 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.
10. 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), interdit 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 implique 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 no 63, p. 186).
11. A cet égard, même les auteurs qui préconisent une certaine souplesse dans le traitement des informalités admettent que l'autorité adjudicatrice détient un certain pouvoir d'appréciation sur le 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, in RDAF 2007 I p. 187 et 289).
12. Les principes précités valent également pour la phase d'examen de la recevabilité des soumissions (O. RODONDI, La gestion, no 65, p. 186). 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'attestation, 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, si celui-ci remplit les conditions d'aptitude ou d'offres conformes à ce qui est exigé dans le cahier des charges (ATA/172/2010 du 16 mars 2010).

En l'espèce, le dossier d'appel d'offres et son annexe énonçaient clairement quelles attestations devaient être produites avec la soumission pour le 30 avril 2010 au plus tard. Il est constant que la recourante n'a pas fourni d'attestation émise par l'autorité fiscale compétente, certifiant qu'elle était à jour avec ses obligations en matière d'impôts, ni d'attestation relative aux cotisations de prévoyance professionnelle LPP. Par le passé, le Tribunal administratif a jugé que l'omission d'adjoindre au dossier d'appel d'offres une attestation de l'administration fiscale relative à l'impôt à la source ou un extrait du registre des architectes justifiait l'élimination de l'offre en cause (ATA/250/2006 du 9 mai 2006 ; ATA/90/2000 du 8 février 2000). De même, un recourant évincé qui avait fait parvenir un dossier dont le cahier des charges et les cinq premières pages des conditions particulières de l'appel d'offres étaient manquantes, ne pouvait se plaindre d'un formalisme excessif, même s'il avait proposé, lors de l'ouverture publique des soumissions, de fournir lesdits documents (ATA/671/2005 op. cit.). Le tribunal de céans a également confirmé une décision écartant une offre dont la validité des attestations était échue depuis quelques jours (ATA/150/2006 op. cit.). En de telles circonstances, l'autorité adjudicatrice, qui avait énoncé clairement dans son appel d'offre quelles attestations devaient être fournies, était légitimée à se montrer stricte au moment de l'évaluation des offres et à écarter celle de la recourante qui ne fournissait pas les informations demandées. Par ailleurs, en raison du temps nécessaire à la livraison des ouvrages, un délai supplémentaire ne pouvait pas être accordé à la recourante pour la production des documents. Il appartenait à l'entreprise de s'assurer que son dossier comportait toutes les pièces requises. En conséquence, même à considérer que la soumission de la recourante était arrivée dans les délais, l'intimée était fondée à exclure l'offre de la librairie au motif que celle-là était incomplète, comme elle l'avait également fait dans le cas d'une autre candidate.

13. Au vu de ce qui précède, la décision de la ville sera confirmée, par substitution de motifs, et le recours rejeté.
14. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe. Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à la ville, qui n'y a pas conclu (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 17 mai 2010 par Payot S.A. contre la décision du 5 mai 2010 de la Ville de Genève ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Payot S.A. un émolument de CHF 1'000.- ;

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'article 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiquera le présent arrêt à Me Bruno Mégevand, avocat de la recourante, ainsi qu'à la Ville de Genève.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy, Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

F. Glauser

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :