

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2368/2009-MARPU

ATA/344/2009

DÉCISION

DE LA

PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 23 juillet 2009

sur effet suspensif

dans la cause

ITTEN+BRECHBÜHL S.A.

et

ACSYS ENGEENERING S.À.R.L.

et

AZ INGÉNIEURS LAUSANNE S.A.

et

BTH S.À.R.L.

et

GARTENMANN ENGINEERING S.A.

et

THOMAS JUNDT INGÉNIEURS CIVILS S.A.

représentés par Me Denis ESSEIVA, avocat

contre

LA COMMUNE DU GRAND-SACONNEX
représentée par Me Bertrand REICH, avocat

Attendu en fait que :

1. La commune du Grand-Saconnex (ci-après : la commune) a initié, par publication dans la feuille d'avis officielle du canton de Genève (ci-après : FAO) du 20 avril 2009, une procédure d'appel d'offres publique en procédure ouverte, soumise à l'accord OMC pour l'adjudication d'un marché unique de prestations de services liées à la construction, relatif à l'agrandissement et à la réhabilitation de l'école PLACE, 51 chemin Sarrasin au Grand-Saconnex. Il s'agissait d'un mandat complet, selon normes SIA 102/103/108 (4.31 à 4.53) d'architectes, d'ingénieurs civils, d'ingénieurs spécialisés CSVE, en pool de mandataires pour un montant estimé de CHF 7'050'000.- HT, hors honoraires.

Les conditions de participation citées dans l'appel d'offres publié rappelaient entre autres, que :

- ne seraient retenues que les offres complètes arrivées dans les délais, signées par tous les membres et émanant de soumissionnaires qui respectent les usages locaux et payent les charges sociales conventionnelles (ch. 3.1) ;

- pour établir qu'ils remplissaient les conditions générales, les soumissionnaires devaient fournir les justificatifs requis par l'art. 32 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L6 05.01).

2. L'autorité adjudicatrice a édicté le 14 avril 2009 un règlement et cahier des charges qui précisait :

- a. au chiffre 1. 7, les conditions de recevabilité. Ne seraient pris en considération que les dossiers de candidature qui respectaient les conditions de participation, soit ceux arrivés dans le délai imposé, accompagnés des attestations requises.

- b. au chiffre 1.10, les critères d'exclusion. Le soumissionnaire pouvait être exclu, entre autres :

- si son offre était irrecevable ;

- s'il était constaté qu'elle n'était pas présentée en français et en francs suisses, ou qu'elle n'était pas remplie complètement selon les indications de l'adjudicateur, ou qu'elle n'était pas signée et datée par la ou les personnes responsable(s) de l'offre ;

- c. au chiffre 1. 26, l'impossibilité de modifier ou compléter son offre après le délai de dépôt fixé par l'adjudicateur. A l'échéance dudit délai un candidat ne pouvait plus corriger ou faire corriger son offre, les documents ou les informations qu'il aura transmis à l'adjudicateur.

3. Le 14 avril 2009, la commune a également établi un dossier d'appel d'offres à l'attention des soumissionnaires.

A la page 20 de ce dossier figure la liste des preuves et documents à fournir par les soumissionnaires pour attester de ce qu'ils sont à jour dans le paiement de leurs cotisations sociales (AVS, LPP, CNA) et respectaient les usages de leur profession en vigueur à Genève (attestation OCIRT). Il était précisé que la non-présentation de ces attestations était éliminatoire.

4. Le 19 juin 2009, sous la responsabilité de la première nommée, les entreprises suivantes ont déposé une offre conjointe : Itten+Brechbühl S.A., sise 4 avenue d'Ouchy à Lausanne ; Thomas Jundt Ingénieurs Civils S.A., sise 27 rue de la Fontenette 27 à Carouge ; AZ Ingénieurs Lausanne S.A., sise 2 route d'Oron à Lausanne ; Acsys Engineering S.à.r.l., sise 25 route du Tirage à Saint-Légier-La-Chiésaz ; BTH S.à.r.l., sise 23 chemin de Burquenet à Lutry ; ainsi que Gartenmann Engineering S.A, sise 4 avenue d'Ouchy à Lausanne.

A cette offre, elles avaient annexé les attestations destinées à établir qu'elles respectaient les usages locaux et étaient à jour avec le paiement des charges sociales.

En rapport avec Itten+ Brechbühl S. A. et Gartenmann Engineering S.A. ont entre autres été annexés deux courriers émanant de l'assurance Axa Winterthur adressés l'un et l'autre à Itten+Brechbühl AG, 4A Nordring, Berne contenant le texte similaire suivant :

"Confirmation d'affiliation et de paiement - Itten+Brechbühl AG (respectivement Gartenmann Engineering S A)

(...)

Nous vous confirmons par la présente que l'entreprise Gartenmann & Partner Holding AG à Berne est assurée auprès de la Columna Fondation collective, client Invest, Zürich"

5. Par courrier du 23 juin 2009, la commune a notifié à Itten+Brechbühl S.A. une décision excluant du marché le pool qu'elle représentait.

Après vérification de leur dossier, par rapport aux conditions de participation ainsi que sur la base du RMP, leur offre était écartée parce que l'attestation Axa Winterthur concernant la prévoyance professionnelle des contributions à la fondation collective produite pour Itten+Brechbühl S.A. et pour Gartenmann Engineering S.A. était établie au nom de Gartenmann Partner Holding S.A.

6. Par acte posté le 6 juillet 2009, les sociétés exclues ont conjointement interjeté recours auprès du Tribunal administratif contre la décision de la

commune du 23 juin 2009, concluant à titre préalable à la restitution de l'effet suspensif et sur le fond à l'annulation de la décision (cause A/2368/2009).

Les deux sociétés mises en cause étaient à jour avec le paiement de leurs cotisations LPP comme en confirmaient deux attestations de l'assurance Axa Winterthur le "re-confirmant". L'autorité adjudicatrice avait mal constaté les faits et son attitude relevait du formalisme excessif. La décision attaquée n'était pas suffisamment motivée.

L'effet suspensif devait être restitué pour permettre la prise en compte de l'offre formulée. Son intérêt privé prévalait sur celui de la commune qui conservait sa liberté d'adjuger le marché à la meilleure offre.

7. La commune s'est déterminée le 15 juillet 2009 sur effet suspensif. La requête devait être rejetée car le formalisme découlant de la loi qui devait être appliquée aux procédures de passation de marchés publics ne pouvait que conduire à une décision d'exclusion, deux des membres du pool n'ayant pas produit d'attestation LPP, l'autorité adjudicatrice ne savant rien de la société Gartenmann Partner Holding A.G.

A l'appui de ses observations, la commune a produit le dossier d'offre des recourantes avec ses annexes.

Pour la société Itten+Brechbühl S.A., l'extrait du registre du commerce du canton de Vaud, annexé au dossier de soumission, révèle que cette société est une succursale de la société Itten+ Brechbühl A.G. sise à Berne. En outre plusieurs autres attestations établies tant pour Itten+ Brechbühl S.A. que pour Gartenmann Engineering S.A. comportent l'adresse 4A Nordring à Berne ou celle de l'avenue d'Ouchy à Lausanne. Selon les informations qui peuvent facilement être obtenues sur des sites informatiques de renseignements commerciaux, Gartenmann Partner Holding A.G. est également sise 4A Nordring à Berne, et Gartenmann Engineering A.G est sa filiale.

8. Par acte de recours du 18 juillet 2009, les recourantes ont également interjeté recours contre la décision de la commune d'adjuger le marché à un pool d'entreprises tierces après qu'elle leur ait été communiquée par la commune (cause A/2368/2009).

Considérant, en droit, que :

1. Interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est, *prima facie*, recevable (art. 15 al. 2 AIMP ; art. 3 al. 1 et 2 let. 1 de 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) art. 56 al. 1 RMP).

2. En tant que personnes exclues d'un marché public, les recourantes ont, *prima facie*, qualité pour recourir contre la décision d'adjudication (art. 15 al. 1bis let. d AIMP ; art. 55 al. 1 let. c RMP ; art. 60 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10)).
3. Le recours n'a pas d'effet suspensif (art. 17 al. 1 AIMP ; art 58 al. 1 RMP), celui-ci pouvant être restitué par l'autorité de recours, d'office ou sur demande, pour autant qu'il paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP ; 58 al. 2 RMP) cette formulation s'inspirant de celle de l'art. 66 al. 2 de la LPA (ATA/858/2005 du 15 décembre 2005).
4. En matière de marchés publics, la restitution de l'effet suspensif en cas de recours constitue cependant une exception (ATA/247/2009 et les références citées) et représente par conséquent une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restrictions.
5. Le droit des marchés publics est formaliste, comme le tribunal de céans l'a déjà rappelé à réitérées 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 ; ATA/663/2005). La procédure se doit en effet d'être rigoureuse afin d'assurer l'égalité de traitement et la transparence entre les candidats potentiels. Les soumissionnaires sont tenus de se conformer strictement à ces conditions et ces exigences ne sont pas des règles formelles, exemptes de toute finalité dont le respect serait une fin en soi ; ATA/663/2005 du 11 octobre 2005 ; ATA/90/2000 du 8 février 2000).

Dans l'arrêt précité du 14 mars 2006, le tribunal de céans a en particulier confirmé une décision écartant une offre dont la validité des attestations était échue depuis quelques jours.

6. De l'art. 29 al. 1 de la constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst-CH - RS 101), et de l'obligation d'agir de bonne foi à l'égard des justiciables (art. 5 et 9 Cst), la jurisprudence a tiré le principe de l'interdiction du déni de justice formel qui comprend la prohibition de tout formalisme excessif. Un tel formalisme existe lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique sans raison objective la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (Arrêt du Tribunal fédéral 1C 218/2007 du 16 octobre 2007 consid. 5.1 ; ATA/617/2008 du 9 décembre 2008 consid. 2). L'excès de formalisme peut résider soit dans la règle de comportement imposée au justiciable, soit dans la sanction qui lui est attachée (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). Ainsi en va-t-il lorsque la violation d'une règle de forme de peu d'importance entraîne une sanction grave et disproportionnée, telle par exemple

une décision d'irrecevabilité (ATA/473/2004 du 25 mai 2004 consid. 3 ; ATA/561/2003 du 23 juillet 2003 consid. 6 ; P. MOOR, Droit administratif, vol. 2, 2e éd., Berne 2002 , p. 230 ss n. 2.2.4.6 et les références citées). Ainsi, en matière de marchés publics, le respect strict des règles de procédure posées par la loi ou définies par l'autorité adjudicatrice, n'autorise pas cette dernière à faire preuve de formalisme excessif.

En l'espèce, l'autorité adjudicatrice n'a pas pris sa décision après constat que des pièces requises par les conditions d'appel d'offres et d'adjudication faisaient défaut, mais que certaines pièces produites étaient insuffisantes à prouver l'information qu'elle demandait : l'attestation de l'assurance annonçait une confirmation d'affiliation et de paiement pour les deux sociétés membres du pool de soumissionnaires mais elle indiquait par la suite que c'était une tierce entreprise qui était assurée. Si elle a considéré que cette imprécision lui donnait le droit d'exclure les intimées, il y a lieu, *prima facie*, d'être plus nuancé. Dans une telle situation, malgré le formalisme requis par le droit des marchés publics, il n'est pas insoutenable d'admettre que l'intimée aurait dû, avant de décider d'exclure, interpellé la responsable du pool pour qu'elle explique la raison de la mention de cette tierce société sur les attestations en question. Une telle démarche était d'autant plus aisée que l'étude des pièces produites et de simples recherches complémentaires sur internet mettaient en évidence que les sociétés qui utilisaient les mêmes adresses à Lausanne et à Berne étaient susceptibles de faire partie d'un même groupe avec une assurance unique pour toutes les sociétés de celui-ci.

7. Dans ces circonstances, la décision d'exclure les recourantes est, *prima facie*, susceptible de relever d'un formalisme excessif prohibé, qui pourrait conduire à l'admission du recours. Comme aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y opposant, l'effet suspensif sera restitué.

LA PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

restitue l'effet suspensif au recours ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que, conformément aux art. 82 et ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué la présente décision, en copie, à Me Denis Esseiva, avocat des recourantes ainsi qu'à Me Bertrand Reich, avocat de la commune du Grand-Saconnex.

La présidente du Tribunal administratif :

L. Bovy

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :