

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/309/2010-MARPU

ATA/172/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 16 mars 2010

dans la cause

CARO'CIMENT C'C S.A.

représentée par Me Manuel Piquerez, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DES CONSTRUCTIONS ET DES TECHNOLOGIES DE
L'INFORMATION**

et

MFP PRÉFABRICATION S.A., appelée en cause
représentée par Me Pierre Heinis, avocat

EN FAIT

1. L'Etat de Genève, soit pour lui le département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : le département), a initié en octobre 2009 une procédure sur invitation pour la fourniture et la pose de tables en béton (CFC 809.5) ainsi que des bancs et tabourets (CFC 809.6) destinés au cycle d'orientation de Drize (ci-après : CO Drize), à Carouge (Genève).

Le marché en question était soumis notamment à la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI - RS 943.02), à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994, révisé le 15 mars 2001 (AIMP - L 6 05), ainsi que ses directives d'exécution, 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) et au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

Les offres devaient parvenir à Tekhne S.A. (ci-après : Tekhne), organisateur de la procédure, au plus tard le 6 novembre 2009 à 12h00.

2. Le 12 octobre 2009, le département a établi, pour le lot 809.5, le dossier d'appel d'offres « light ».

Sous la rubrique « informations générales », ce document précisait le nom et l'adresse de l'adjudicateur, à savoir le département (ch. 2.1) ainsi que le nom et l'adresse de l'organisateur de la procédure auprès duquel les documents pouvaient être demandés, soit Groupement Drize, p.a. Tekhne S.A., avenue de la Gare 33, 1003 Lausanne (ch. 2.2).

Les conditions de participation faisaient l'objet du point 3. Ainsi, le délai pour la remise des offres était fixé au 6 novembre 2009 à 12h00 et devaient être déposées auprès de Tekhne (ch. 3.1). Selon le ch. 3.3, l'adjudicateur ne prendrait en considération que les offres qui respectaient les conditions de participation, à savoir les offres arrivées dans le délai imposé, dans la forme et à l'adresse fixée. En cas de doute sur la recevabilité d'une offre, l'adjudicateur procéderait à une vérification plus approfondie.

Les motifs d'exclusion étaient énumérés au ch. 3.6. Une fois la recevabilité de l'offre vérifiée, l'adjudicataire procéderait à une vérification plus approfondie portant notamment sur la question des attestations, preuves et documents demandés par l'adjudicataire.

Le préambule de l'annexe P2 du cahier des charges précité, consacré aux attestations requises, avait la teneur suivante : « le candidat ou le soumissionnaire

a l'obligation de remettre les attestations et preuves ci-dessous dans le même délai que le dépôt du dossier ou de l'offre (...) ».

3. Le 15 octobre 2009, Tekhne a transmis aux soumissionnaires le dossier d'appel d'offres du lot 809.6.
4. Par courriel du 4 novembre 2009 à 15h34, Caro'Ciment C'C S.A. (ci-après : Caro'Ciment) s'est adressée à Tekhne. Elle n'aurait pas toutes les attestations demandées dans les délais pour l'appel d'offres et demandait s'il était possible d'avoir un délai supplémentaire pour pouvoir répondre.
5. Quelques minutes plus tard, Tekhne a adressé un courriel à Caro'Ciment : « il faut nous adresser la soumission dans le délai imparti et nous faire parvenir les attestations dès que possible ».
6. Le 7 novembre 2009, Caro'Ciment a déposé deux soumissions, respectivement pour les lots 809.5 et 809.6.
7. Par courrier du 30 novembre 2009, Caro'Ciment a adressé à Tekhne les attestations requises d'après la liste de l'annexe P2 à savoir, un extrait certifié du Registre du commerce de Delémont, les attestations AVS/AI/APG/AC et allocations familiales, LPP, assurance-accidents (SUVA) et assurance en responsabilité civile la Mobilière.
8. Par décision du 14 janvier 2010, le département a informé Caro'Ciment qu'elle était écartée du marché pour le lot 809.5 les attestations datant de moins de trois mois, selon l'annexe P2 du dossier d'appel d'offres, lui étant parvenues après la date limite.

Dite décision indiquait la voie et le délai de recours au Tribunal administratif.

9. Caro'Ciment a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision précitée par acte du 27 janvier 2010.

Elle s'était conformée aux instructions qui lui avaient été données, notamment en réponse à sa demande concernant l'octroi d'un délai supplémentaire pour la production des attestations demandées. Elle s'était donc fondée de bonne foi sur un renseignement qu'elle ne pouvait que tenir pour exact. Dès lors, en l'excluant du marché, l'autorité intimée avait violé le principe général de la bonne foi.

Elle conclut préalablement à ce que l'effet suspensif soit octroyé au recours et sur le fond, à l'annulation de la décision du 14 janvier 2010 et à ce qu'il soit ordonné à l'autorité intimée d'ouvrir et d'examiner les offres CFC 809.5 et 809.6, avec suite de frais et dépens.

10. Par courrier du 29 janvier 2010, le Tribunal administratif a fait interdiction à l'autorité intimée de conclure le contrat jusqu'à droit jugé sur effet suspensif et lui a imparti un délai pour se déterminer sur cette question.

11. Dans sa réponse du 5 février 2010, le département s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif au recours.

Les travaux concernant le lot 809.5 avaient été adjugés à la société MFP Préfabrication S.A. (ci-après : MFP), 2074 Marin - Epagnier, le 14 janvier 2010.

En tant que le recours portait sur le lot 809.6, il n'avait pas d'objet, aucune décision dans cette procédure n'ayant été rendue.

Les conditions cumulatives de l'art. 17 al. 2 AIMP présidant à la restitution de l'effet suspensif n'étaient pas remplies en l'espèce. D'une part, le recours n'apparaissait pas suffisamment fondé et d'autre part, l'intérêt public à l'exécution du marché primait l'intérêt privé de la recourante à obtenir le marché. En effet, le CO Drize devait être livré fin février 2010 pour accueillir les élèves en mars de la même année.

12. Par décision du 9 février 2010, la présidente du Tribunal administratif a rejeté la demande de restitution de l'effet suspensif (ATA/76/2010).

13. Le 26 février 2010, le département a répondu au recours.

Le maître de l'ouvrage n'avait pris connaissance du courriel du 4 novembre 2009 de Tekhne que dans le cadre de la présente procédure et il n'en n'était pas à l'origine.

L'exigence de produire simultanément l'offre et les attestations requises était rappelée dans l'invitation à soumissionner. Comme le Tribunal administratif l'avait rappelé dans une jurisprudence constante, le droit des marchés publics était formaliste. L'obligation de fournir des attestations en même temps que l'offre était non seulement une exigence de procédure, mais une condition de participation figurant dans le RMP. Caro'Ciment ne pouvait s'y soustraire même si elle avait reçu des mandataires des indications qui auraient pu faire croire à la recevabilité de son offre. Le principe de la bonne foi n'était pas applicable en l'espèce, dans la mesure où la recourante n'avait reçu de l'adjudicatrice aucune assurance relative à la recevabilité de son offre. Les règles légales et procédurales en la matière lui étaient connues. Elle pouvait donc aisément se rendre compte de l'inexactitude du message transmis par le secrétariat du mandataire.

C'était à juste titre que l'offre de Caro'Ciment avait été déclarée irrecevable, ce que le Tribunal administratif ne pouvait que confirmer.

14. Le 10 février 2010, le Tribunal administratif a appelé en cause MFP lui impartissant un délai au 28 février 2010 pour présenter ses observations.
15. MFP s'est déterminée le 25 février 2010.

Le délai de remise des attestations avait un caractère péremptoire qui ne pouvait par définition pas être prolongé. Ne l'ayant pas respecté, il était clair que l'offre de Caro'Ciment devait être écartée.

C'était en vain que la recourante se prévalait du principe de la bonne foi dont les conditions faisaient clairement défaut en l'espèce. A cela s'ajoutait que le principe de l'égalité de traitement et le formalisme nécessaire des procédures de marchés publics devaient de toute façon l'emporter sur le principe de la bonne foi.

Elle conclut au rejet du recours avec suite de frais et dépens.

16. Le 4 mars 2010, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif est compétent pour connaître des recours contre une décision excluant un soumissionnaire d'un marché public (art. 15 al. 1bis let. d AIMP ; art. 3 al. 1 L-AIMP ; art. 55 let. c et 56 al. 1 RMP).

Le recours, qui respecte le délai légal de dix jours des art. 15. al. 2 AIMP et 56 al. 1 RMP, dès lors que la décision querellée a été notifiée le 18 janvier 2010, est recevable.

2. 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, notamment 11 let. a et b AIMP).
3. L'appel d'offres émis par l'autorité adjudicatrice doit donner un certain nombre de renseignements et notamment contenir tous les renseignements nécessaires à l'établissement de l'offre (art. 27 RMP). Parmi ceux-ci il doit énumérer la liste des pièces et documents à joindre à celle-ci (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 les documents à fournir, figurent des attestations justifiant que la couverture de personnel en matière d'assurances sociales et 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).

4. L'offre d'un soumissionnaire est écartée d'office par une décision d'exclusion, lorsque celui-ci a rendu une offre tardive, incomplète ou non-conforme aux exigences du cahier des charges (art. 42 al. 1 let. a RMP).
5. 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.
6. 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'offre (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).
7. 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).
8. 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.

En l'espèce, le dossier d'appel d'offres et son annexe P2 énonçaient clairement les attestations qui devaient être produites en même temps que la soumission. Il est constant que la recourante n'a produit ces documents que le 30 novembre 2009, c'est-à-dire postérieurement au délai fixé pour la remise de l'offre.

9. Cela étant, la recourante se réclame d'un échange de courriels qu'elle a eu le 4 novembre 2009 avec la mandataire du maître de l'ouvrage. Elle demandait s'il était possible de disposer d'un délai supplémentaire pour produire les attestations requises dans le délai d'appel d'offres, ce à quoi il lui a été répondu que la soumission devait être adressée dans le délai imparti et les attestations « dès que possible ».
10. Le principe de la bonne foi entre administration et administré, exprimé aujourd'hui aux art. 9 et 5 al. 3 Cst., exige que l'une et l'autre se comportent réciproquement de manière loyale. En particulier, l'administration doit s'abstenir de toute attitude propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 129 I 161 consid. 4 p. 170 ; 129 II 361 consid. 7.1 p. 381 ; Arrêt du Tribunal fédéral 9C.115/2007 du 22 janvier 2008 consid. 4.2). Par ailleurs, la jurisprudence a tiré du principe de la bonne foi et de l'interdiction du formalisme excessif le devoir qui s'impose à l'administration, dans certaines circonstances, d'informer d'office le justiciable qui commet ou s'apprête à commettre un vice de procédure, à condition que celui-ci soit aisément reconnaissable et qu'il puisse être réparé à temps (ATF 125 I 166 consid. 3a p. 170 ; 124 II 265 consid. 4a p. 269/270 et les arrêts cités ; Arrêt du Tribunal fédéral 1A.246.2000 du 20 novembre 2000 consid. 2b).
11. De jurisprudence constante, une partie est responsable des actes de son mandataire (ATF 114 II 181 consid. 2 p. 182 ; 107 Ib 168 consid. 1 p. 169 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_307/2008 du 22 août 2008 ; ATA/157/2010 du 9 mars 2010 et les réf. citées ; ATA/480/2008 du 16 septembre 2008 et les réf. citées)

Dès lors, c'est en vain que le département invoque qu'il n'aurait pas eu connaissance, avant l'introduction de la procédure de la prolongation de délai

donnée par sa propre mandataire à la recourante. Quelles qu'en soient les conséquences, le département est lié par les actes de son mandataire. Or, ce dernier a expressément donné suite à la demande de prolongation de délai sollicitée par la recourante. Sur la base des assurances reçues, la recourante a pris des dispositions et c'est à juste titre qu'elle se prévaut du principe de la bonne foi dont les conditions sont manifestement remplies en l'espèce : la réponse de Tekhne était propre à induire la recourante en erreur de sorte que le département ne peut pas tirer aucun droit des renseignements, incorrects au regard du droit des marchés publics, donnés par son mandataire à la recourante. Au demeurant aucun intérêt public ni aucun intérêt privé dont MFP pourrait se prévaloir prennent le pas sur celui de la recourante à recouvrer sa position de soumissionnaire du marché concerné (ATA/154/2007 du 27 mars 2007).

12. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et la décision d'exclusion du 14 janvier 2010 annulée. Un émoulement de CHF 2'000.- sera mis à la charge conjointe et solidaire des intimés qui succombent (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à la charge conjointe et solidaire des intimés sera allouée à Caro'Ciment qui s'est vu contrainte de mandater un avocat (art. 87 a. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 27 janvier 2010 par Caro'Ciment C'C S.A. contre la décision du 14 janvier 2010 du département des constructions et des technologies de l'information ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision d'exclusion du 14 janvier 2010 ;

met à la charge de l'Etat de Genève et MFP Préfabrication S.A., pris conjointement et solidairement, un émoulement de CHF 2'000.- ;

alloue à Caro'Ciment C'C S.A. une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à la charge conjointe et solidaire du département des constructions et des technologies de l'information et de MFP Préfabrication S.A. ;

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 et suivants 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 ;

communique le présent arrêt à Me Manuel Piquerez, avocat de la recourante, au département des constructions et des technologies de l'information ainsi qu'à Me Pierre Heinis, avocat de MFP Préfabrication S.A., appelée en cause.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :