

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3225/2014-MARPU

ATA/55/2015

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 13 janvier 2015

dans la cause

FEHRTECH AG

contre

OFFICE DES BATIMENTS

EN FAIT

- 1) a. Le 22 juillet 2014, l'État de Genève (ci-après : l'État), représenté par l'office des bâtiments (ci-après : OBA), a publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) et sur le site www.simap.ch, un appel d'offres en procédure ouverte intitulée : « construction d'un établissement pénitentiaire – Brenaz 2 – 272.0 portes intérieures métal ». La description plus détaillée du projet mentionnait les travaux de fourniture et pose de portes de cellules pour l'établissement Brenaz 2. Le marché était divisé en huit lots. Des offres étaient possibles pour tous les lots.

b. Les délais étaient fixés au 8 août 2014 pour les questions éventuelles de la part des soumissionnaires et au 18 août 2014 pour la remise des offres.

c. Le marché public était soumis à l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0.632.231.422) et aux traités internationaux, de même qu'au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

d. Le dossier d'appel d'offres contenait une soumission qui décrivait les caractéristiques des portes à fournir au maître d'ouvrage. L'article 211 de la soumission précisait notamment que : « l'ensemble du système doit avoir une classe anti-effraction type RC4 (...). L'ensemble du système doit avoir une classe anti-feu EI30. Le système avec tous les ferrements et accessoires doit être testé et homologué (...). Afin de garantir toutes les exigences et prescriptions, tous les tests d'homologation et certifications seront annexés avec l'offre (...)».
- 2) Sept offres ont été déposées, dont celle de Fehrtech AG (ci-après : la société), inscrite au registre du commerce du canton de Schaffhouse.
- 3) Par décision du 16 octobre 2014, l'OBA a écarté l'offre de la société, au motif que les produits proposés n'étaient pas conformes au cahier des charges.
- 4) Par acte posté le 22 octobre 2014, celle-ci a recouru contre ladite décision auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), en concluant implicitement à l'annulation de la décision d'exclusion. La société n'était pas d'accord avec la déclaration très générale selon laquelle les produits proposés n'étaient pas conformes au cahier des charges. Elle possédait une homologation de l'AEAI n° 24'870 valable avec les serrures type « STUV HSL » comme les portes de la soumission CFC 272.0. Le 14 mai 2014, la société avait fait une démonstration sur le chantier de la Brenaz à Genève, en présence de MM. BARRAUD et MEYER de Frei & Stefani SA. Les serrures de type « STUV » avec fixation à trois points et un point avaient été montrées. Dans

le « praever.ch », seules deux entreprises possédaient une attestation de l'AEAI pour des portes de prison.

- 5) Par réponse du 20 novembre 2014, l'OBA a conclu au rejet du recours.

Compte tenu de la particularité du marché, le descriptif de la prestation était extrêmement précis. Les soumissionnaires devaient fournir avec leur offre des justificatifs relatifs notamment à la qualité de leurs produits (portes + serrures) en matière de résistance au feu et aux effractions, une certification du nombre minimal des cycles à un million. Les serrures devaient répondre à des spécifications techniques bien définies : serrures trois pênes, réversibles, bouts arrondis notamment. Ces exigences n'étaient pas excessives s'agissant de portes de prison. Sur plusieurs points, l'offre de Fehrtech AG n'était pas conforme au cahier des charges, raison pour laquelle la société avait été écartée d'office.

- 6) Le 19 décembre 2014, Fehrtech AG a répliqué.

Il était faux d'affirmer que les certificats d'homologation AEAI concernaient des portes munies d'une serrure d'un pêne, type « STUV HSL 102 », alors que l'adjudicateur avait demandé des serrures à trois pênes. Avec sa lettre d'accompagnement « remarque de notre offre », la société avait clairement indiqué qu'elle avait fait une offre pour une serrure à trois pênes, type « STUV HSL 302/402 K1 ».

Il était par contre exact que la société n'avait pas fourni la preuve de la classe de résistance anti-effraction de ses portes. Toutefois, sur la lettre d'accompagnement de l'offre, elle avait mentionné que les approbations étaient seulement valables pour le modèle de test. Aucune entreprise en Suisse ne pouvait fournir cette approbation. Toutes les autres entreprises devaient en conséquence aussi être exclues.

Concernant le nombre minimal de cycles de la serrure, la société confirmait ne pas avoir mentionné que sa serrure respectait les exigences. Son silence impliquait toutefois que la serrure était conforme aux exigences.

Le grief selon lequel la serrure proposée n'était pas réversible était infondé. Il n'était pas réclamé une preuve du fait que la serrure devait être réversible.

« Nous ne pouvons pas comprendre pourquoi ces questions n'ont pas été clarifiées avec nous. Il semble qu'on a cherché quelques raisons de nous exclure de la procédure. Pouvez-vous nous envoyer une preuve que la société Sottas SA, qui s'est vu adjuger le marché, a fourni les certificats d'homologation AEAI et ceux relatifs à la classe de résistance anti-effraction ». Les deux seules sociétés en Suisse en possession d'une homologation de l'AEAI avaient été exclues, à savoir Fehrtech AG et Schneebeli.

- 7) Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est recevable (art. 15 al. 1bis let. d et al. 2 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 3 al. 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 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01 ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05).
- 2) Le recours porte sur la décision d'éviction de l'offre de la recourante rendue par l'OBA le 16 octobre 2014.
- 3) 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).
- 4) L'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 RPM). 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 RPM).
- 5) Le droit des marchés publics est formaliste, comme la chambre de céans l'a déjà rappelé à plusieurs reprises (ATA/129/2014 du 4 mars 2014 ; ATA/271/2012 du 8 mai 2012 ; ATA/535/2011 du 30 août 2011 ; 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 (Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, *Droit des marchés publics*, 2002, p. 110 ; Olivier RODONDI, *La gestion de la procédure de soumission*, cité ci-après : *La gestion*, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STOECKLI [éd.], *Marchés publics* 2008, p. 185 ss).

À 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 (Olivier RODONDI, *Les délais en droit des marchés publics*, RDAF 2007 I p. 187 et 289).

Les principes précités valent également pour la phase d'examen de la recevabilité des soumissions (Olivier RODONDI, *La gestion*, 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'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/102/2010 et ATA/150/2006 précités), ce que le Tribunal fédéral a constaté mais confirmé (Arrêts du Tribunal fédéral 2C_197 et 2C_198/2010 précités), la doctrine étant plus critique à cet égard (O. RODONDI, *La gestion*, p. 186). Dans un cas où le soumissionnaire avait remis dans son offre une attestation sur laquelle figurait la raison sociale d'une autre entreprise, sans autres explications quant aux rapports de groupe qui liait l'entreprise à la société holding figurant sur l'attestation, la chambre de céans avait confirmé la décision d'exclusion (ATA/102/2010 précité confirmé par les arrêts du Tribunal fédéral 2C_197 et 2C_198/2010 précités).

- 6) En l'espèce, la recourante ne conteste pas qu'elle n'a pas fourni la preuve de la classe de résistances anti-effraction de ses portes, ni qu'elle n'a pas certifié le nombre minimal des cycles de la serrure, ni produit de preuves que la serrure était réversible. La recourante partait du principe que, dès lors qu'elle soumissionnait, cela impliquait qu'elle remplissait les conditions et qu'il n'était pas nécessaire de le confirmer ni d'en attester. Cet argument est erroné. Le point 3.6 du dossier d'appel d'offres mentionnait toutefois, sous motif d'exclusion, que l'offre devait être accompagnée des attestations, preuves et documents demandés par l'adjudicateur. Or, celui-ci avait clairement précisé que « afin de garantir toutes les exigences et prescription, tous les tests d'homologation et certifications seront annexés avec l'offre ».

La recourante n'ayant pas fourni les preuves, sur des points essentiels, que l'offre répondait aux critères exigés par le soumissionnaire, celui-ci n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en écartant l'offre, en application de l'article 42 al. 1 let e RMP. Ceci est d'autant plus vrai que rien ne prouve, dans le dossier produit, que les serrures proposées comprennent trois pênes latéraux, inox, au bout arrondi. La réponse faite par la société sur l'annexe R14, à la question « quel est le point faible du cahier des charges qui nécessite d'être clarifié » mentionne que la porte est testée et homologuée avec une serrure à un pêne. La réponse selon laquelle « vous souhaitez une serrure avec fixation à trois points. C'est le type HSL 302/402 avec clé de panneton de la même famille de serrure » ne pouvait satisfaire le pouvoir adjudicateur, ce d'autant moins que, selon les croquis versés au dossier, le type HSL 302/402 semble avoir trois points d'ancrage, mais non pas trois pênes. Enfin, rien n'est mentionné sur le bout arrondi des pênes en question, ni sur le fait que la serrure devait être réversible.

La recourante n'a pas non plus profité de la possibilité offerte de poser une question à l'autorité adjudicatrice, conformément à la procédure prévue dans le cahier d'appel d'offres.

Au vu de ce qui précède, la chambre administrative n'a aucune raison de s'écarter de sa jurisprudence antérieure. La recourante n'a pas produit les attestations requises, sans donner d'explication ni fournir d'alternative au jour de l'ouverture des offres. L'autorité adjudicatrice était donc en droit d'écarter d'emblée son offre, en application des art. 32 et 42 RPM.

La recourante sollicite la preuve que Sottas SA a dûment produit les documents réclamés dans l'appel d'offres. Dès lors qu'en application de l'art. 44 LPA, les parties peuvent consulter au siège de l'autorité les pièces du dossier destinées à servir de fondement à la décision, il ne sera pas donné suite à cette requête.

En conséquence, le recours sera rejeté.

- 7) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante (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 22 octobre 2014 par FEHRTECH AG contre la décision de l'office des bâtiments du 16 octobre 2014 ;

au fond :

le rejette ;

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

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

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 ;

communiqué le présent arrêt à Fehrtech AG ainsi qu'à l'office des bâtiments et à la commission de la concurrence.

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