RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/423/2006-VG** **ATA/248/2006**

# ARRÊT

# DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

# du 9 mai 2006

dans la cause

**INGPHI S.A.**
**EMA ARCHITECTES - E. MARIA SÀRL**
représentées par Me Louis Waltenspuhl, avocat

contre

**VILLE DE GENÈVE**

## EN FAIT

1. a. Par avis publié dans la Feuille d'Avis Officielle (ci-après : FAO) du 13 juin 2005, la Ville de Genève (ci-après : la Ville) a lancé un appel d'offres (M33PL), en procédure sélective, pour des prestations de services d'architecture, de conseils et d'études techniques liées à la construction qui concernait l'aménagement muséographique, la sécurisation des collections et la création d'une salle d'exposition temporaire du Musée de l'horlogerie et de l'émaillerie.

L'appel d'offres était soumis au règlement cantonal sur la passation des marchés publics en matière de construction du 17 novembre 1997 (L 6 05.01 - ci-après : le règlement ou RPMPC) et à l'accord OMC.

Selon les conditions de participation, à l'issue de la première phase, seuls les cahiers des charges accompagnés des attestations mentionnées à l'article 28 du règlement, pour chaque membre des équipes, seraient pris en considération. La description des critères d'aptitude, de sélection et d'adjudication ainsi que des preuves à fournir figuraient dans le dossier de candidature. Le nombre de candidats invités à déposer une offre était fixé à trois minimum.

b. Dans le dossier de candidature, il était indiqué, au point 4, que les candidats sélectionnés pour le 2ème tour recevaient le cahier des charges (cahier n° 2), le "dossier d'appel d'offres - attestations" (cahier n° 3) ainsi que le "dossier d'appel d'offres et engagement" (cahier n° 4). L'offre et les attestations devaient être déposées dans le délai indiqué et les conditions décrites dans le cahier des charges. Sous le point 7, il était rappelé en caractères gras, encadrés : "Lors du 2ème tour de la compétition, les membres du groupe sélectionné devront fournir les attestations selon la réglementation des marchés publics en matière de construction".

2. Le groupe pluridisciplinaire composé du bureau d'architectes, EMA architectes - E. Maria Sàrl, sise 3 rue du Léman, 1201 Genève, du muséographe, Ducks scéno, sis 15 rue Emile Zola, 69120 Vaulx-en-Velin et de l'ingénieur civil, Ingphi S.A., sise 2 place St-François, 1003 Lausanne (ci-après : le groupe EMA) a déposé un dossier de candidature dans le délai imparti.

3. Le 24 octobre 2005, la Ville a annoncé au groupe EMA qu'il avait été sélectionné avec sept autres candidats pour participer au deuxième tour.

L'attention des candidats était attirée sur la nécessité de remettre, outre le cahier des charges dûment rempli, les attestations obligatoires selon les articles 28 et 33 alinéa 2 du règlement, sous pli séparé, afin de permettre la vérification de ces dernières avant l'ouverture des offres.

4. Le 7 décembre 2005, la Ville a transmis au groupe EMA les documents relatifs au deuxième tour, à retourner avant le vendredi 27 janvier 2006, 8h40. Passé ce délai, toute offre serait rigoureusement refusée, sans recours possible du concurrent ; il en allait de même des soumissions non accompagnées, à l'ouverture, des attestations indiquées à l'article 33 alinéa 3 du règlement. Les offres incomplètes ou dont les attestations étaient échues seraient écartées.

5. a. Dans le cadre du deuxième tour, le cahier des charges mentionnait que les attestations de tous les membres de l'équipe pluridisciplinaire étaient à remettre en même temps que l'offre, sous pli séparé.

b. Le "dossier d'appel d'offres - attestations" énumérait les attestations obligatoires pour chacun des membres du groupement de mandataires selon les articles 28 et 33 alinéa 2 du règlement. Il comportait également un récapitulatif, encadré, en caractères gras, des huit attestations à présenter.

Il était précisé que le service des soumissions du domaine de l'organisation urbaine et des constructions de la Ville était atteignable pour tout renseignement administratif à ce sujet.

Enfin, selon une note en fin de page, les indépendants sans personnel devaient joindre une déclaration confirmant qu'ils n'engageaient pas de personnel ainsi qu'une attestation AVS certifiant qu'ils étaient à jour avec leurs cotisations.

6. Le groupe EMA a déposé une offre en temps utile comprenant une déclaration de Ingphi S.A. selon laquelle tout son personnel possédait la nationalité suisse, à l'exception d'un employé "qui est de nationalité portugaise et détient un permis C (le permis C ne nécessite pas que les impôts soient prélevés à la source)".

7. L'ouverture des offres a eu lieu le 27 janvier 2006 à 9h15. Selon le procès-verbal tenu à cette occasion, l'offre du groupe EMA a été écartée, l'attestation relative à l'impôt à la source pour Ingphi S.A. étant manquante.

Trois autres concurrents ont également été éliminés pour avoir omis de déposer certaines attestations.

8. Le même jour, suite à une conversation téléphonique, le groupe EMA a fourni une attestation de l'administration cantonale des impôts du canton de Vaud, datée du 27 janvier 2006, indiquant que Ingphi S.A. était en règle par rapport à l'impôt à la source.

Ce document n'avait pas été remis auparavant, car le service des impôts du canton de Vaud avait indiqué à Ingphi S.A. qu'une simple déclaration sur l'honneur suffisait à partir du moment où l'entreprise n'avait pas de salariés étrangers. Cette procédure avait d'ailleurs déjà été utilisée par Ingphi S.A. dans

d'autres concours, soit pour la patinoire de Meyrin, en novembre 2004 et pour l'école de Cheseaux en février 2005, sans qu'elle ait été cause d'élimination.

9. Un recours contre la décision du 27 janvier 2006 a été déposé auprès du Tribunal administratif le 6 février 2006 par EMA architectes - E. Maria Sàrl, respectivement Ingphi S.A. Ces derniers concluent à l'annulation de la décision.

L'administration vaudoise des impôts avait déclaré à Ingphi S.A. qu'elle n'entendait pas lui délivrer une attestation pour l'impôt à la source, car elle n'employait pas de travailleurs étrangers. En toute bonne foi, Ingphi S.A. avait dès lors simplement déclaré ne pas occuper de travailleurs étrangers. L'article 28 alinéa 1 chiffre 4 du règlement était ambigu et laissait supposer qu'en l'absence de personnel étranger, l'attestation relative à l'impôt à la source n'avait pas à être fournie. Si, par impossible, l'argumentation n'était pas retenue, il convenait de constater qu'une attestation de l'administration vaudoise des impôts avait été remise le jour même de l'ouverture publique et confirmait la déclaration d'Ingphi S.A. La Ville avait fait preuve de formalisme excessif, constitutif d'arbitraire.

10. Le 7 février 2006, la Ville a confirmé au groupe EMA que son offre avait été écartée en raison de l'absence d'une attestation relative à l'acquittement des obligations en matière d'impôts à la source. La voie et le délai de recours étaient mentionnés.

11. La Ville s'est opposée au recours le 28 février 2006.

EMA architectes - E. Maria Sàrl, Ingphi S.A. et Ducks scéno s'étaient unis pour répondre à l'appel d'offres et avaient ainsi constitué, de fait, une société simple. Seul donc le groupe avait qualité pour recourir. En l'occurrence, Ducks scéno n'ayant pas recouru, le recours devait être déclaré irrecevable.

Il appartenait à l'autorité compétente d'attester qu'un soumissionnaire n'était pas soumis à l'impôt à la source et non au soumissionnaire lui-même. Il n'y avait qu'une seule exception à cette obligation, soit lorsque celle-ci n'existait pas au siège du soumissionnaire. Dans tous les autres cas, l'attestation devait être remise avec l'appel d'offres et ceci même lorsque le prestataire n'avait pas d'employé domicilié à l'étranger.

Le fait que la commune de Meyrin ait accepté une déclaration sur l'honneur ne permettait pas de déduire un droit quelconque dans la mesure où cela était contraire à la réglementation genevoise en vigueur. Quant à l'administration vaudoise, elle était soumise à sa propre réglementation.

Pour le surplus, l'attestation remise lors de l'ouverture de l'offre n'établissait pas que le soumissionnaire remplissait ses obligations en matière d'impôts à la source mais mentionnait uniquement la nationalité des employés d'Ingphi S.A.

Enfin, elle n'avait pas fait preuve de formalisme excessif en n'autorisant pas les soumissionnaires à réparer, après l'ouverture des offres, les informalités constatées.

12. Le 30 mars 2006, suite à une requête du tribunal de céans, la Ville a remis les dossiers des soumissionnaires admis à déposer leur offre lors du deuxième tour.

13. Les trois concurrents évincés ont également fait recours mais deux d'entre eux l'ont retiré dans l'intervalle.

14. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

## EN DROIT

1. Le recours a été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente (art. 15 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 3 al. 1 et 2 let. a de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 - LAIMP - L 6 05.0 ; art. 63 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Il est à cet égard recevable.

2. a. L'article 60 lettre a LPA garantit la qualité pour recourir aux parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée. Toutefois, cette lettre doit se lire en parallèle avec la lettre b, selon laquelle cette qualité 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.

b. En matière de marchés publics, les membres d'un consortium sont touchés non pas individuellement par une décision de non-adjudication, mais uniquement en leur qualité d'associés. Aussi bien, le droit de recourir contre une telle décision afin d'obtenir le marché ne leur appartient qu'en commun et doit être exercé conjointement, à l'instar de consorts nécessaires dans un procès civil (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.157/2003 du 17 décembre 2004, consid. 5.4).

En l'espèce, dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, EMA architectes - E. Maria Sàrl et Ingphi S.A. se sont unis au muséographe, Ducks scéno pour déposer une offre commune. Ils ont ainsi formé un consortium, soit une société simple. Or, le recours émane de EMA architectes - E. Maria Sàrl, respectivement Ingphi S.A. ; Ducks scéno n'a pas recouru et n'a pas davantage donné de procuration aux deux autres membres pour agir en son nom. Le recours doit donc être déclaré irrecevable, faute de qualité pour agir.

3. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.-- sera mis à la charge des recourantes, prises conjointement et solidairement (art. 87 LPA) ; aucune indemnité de procédure ne sera allouée.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS**

**LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

déclare irrecevable le recours interjeté le 6 février 2006 par EMA architectes - E. Maria Sàrl et Ingphi S.A. contre la décision de la Ville de Genève du 27 janvier 2006 confirmée le 7 février 2006 ;

met à la charge des recourantes, prises conjointement et solidairement, un émolument de CHF 1'000.- ;

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

communique le présent arrêt à Me Louis Waltenspuhl, avocat des recourantes ainsi qu'à la Ville de Genève.

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

Au nom du Tribunal administratif :

| la greffière-juriste : | le président : |
|---|---|
| C. Del Gaudio-Siegrist | F. Paychère |

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :