

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4494/2011-MARPU

ATA/43/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 20 janvier 2012

sur effet suspensif

dans la cause

SERVIPIER S.A.

contre

COMMUNE DE COLOGNY

Attendu, en fait, que :

1. Le 5 septembre 2011, la commune de Cologny, en tant que pouvoir adjudicateur, a fait paraître dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) un avis d'appel d'offres en procédure ouverte soumis à l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0632.231.422) et aux autres accords internationaux concernant un contrat d'œuvres sur le marché des fournitures, dont l'objet était l'installation de cellules photovoltaïques pour la production d'énergie électrique sur le toit plat de la halle des sports du centre sportif de la commune, d'une surface de 3'270 m².

Les offres devaient être déposées avant le 17 octobre 2011.

Le dossier d'appel d'offres était disponible par téléchargement sur le site des marchés publics www.simap.ch ou auprès de Monsieur Reymond Moser, organisateur du marché public, dont l'adresse était donnée.

Des variantes étaient possibles, mais non pas des offres partielles.

Les communautés de soumissionnaires et la sous-traitance étaient admises.

Les soumissionnaires et leurs sous-traitants devaient respecter des usages locaux conformément aux exigences de l'art. 35 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01). Ils devaient justifier des critères d'aptitude cités dans les documents du dossier d'appel d'offre. A la soumission devaient être annexés les documents justificatifs requis.

Le marché serait adjugé en fonction des critères d'adjudication cités dans les documents d'appel d'offres.

2. Le dossier d'appel d'offres se composait d'un document de vingt-sept pages référencé K2 (ci-après : le document K2), auquel étaient annexées, outre des documents techniques à disposition des soumissionnaires, treize annexes liées aux éléments d'appréciation, à retourner complétées au pouvoir adjudicateur, se rapportant aux critères d'aptitude et d'appréciation de l'offre.

Le dernier d'entre eux, composé de vingt-trois pages et intitulé « soumission pour les travaux de panneaux photovoltaïques (ci-après : la soumission pour les travaux), constituait le document dans lequel le soumissionnaire devait détailler son offre sur un plan financier et technique, en prenant des engagements sur certains aspects précis de son offre concrétisés par la signature de certaines pages de ce document.

Dans le document K2, le pouvoir adjudicateur rappelait que ne seraient considérées comme recevables que les offres qui respectaient les conditions

formelles de participation et étaient accompagnées des attestations requises. Un soumissionnaire pouvait être exclu de la procédure si son offre n'était pas accompagnée des attestations, preuves et documents demandés par l'adjudicateur, d'une durée de validité maximale de trois mois, si l'offre n'était pas présentée dans une des langues exigées, si l'offre n'était pas remplie complètement selon les indications de l'adjudicateur et si elle n'était pas signée et datée par la ou les personnes qui en étaient responsables.

3. Servipier S.A. est une société anonyme sise à Zoug. Le 16 décembre 2011, elle a adressé une offre d'un montant de CHF 2'231'290.-. Dans un mémoire préalable, elle a informé le pouvoir adjudicateur qu'elle présentait une solution novatrice et développée conjointement par trois entreprises, dont la sienne.

Elle scannait régulièrement les appels d'offres parus sous simap avec les vocables usuels tels que « solaire », « photovoltaï » ou encore utilisant la codification « CPV 09 33 1 200 ». A ce jour, elle n'avait jamais manqué d'appel d'offres concernant les installations de modules photovoltaïques. Tel n'avait pas été le cas concernant l'appel d'offres de la commune, qui n'était apparu dans aucune des recherches effectuées en fonction des critères précités. Elle avait été avertie par hasard de l'appel d'offres le 7 octobre 2011. Il ne pouvait être exclu que l'un ou l'autre document et/ou attestation manque dans son envoi. Toute pièce manquante devait de ce fait lui être réclamée.

Après ces remarques liminaires, elle détaillait les avantages de l'offre qu'elle déposait, critiquant l'option technique voulue par le pouvoir adjudicateur et détaillant la contreproposition technique qu'elle considérait comme plus adéquate et plus avantageuse pour la commune qu'elle avait élaborée avec les sociétés Interbau G.m.b.H et Revaz S.A.

A ce mémoire, elle a annexé la soumission pour les travaux, signée et datée de son responsable sans en retourner les pages 3 à 16, ainsi que les attestations requises.

4. Le 15 décembre 2011, la conseillère administrative déléguée de la commune a écrit à Servipier S.A. par pli recommandé. Son offre était écartée après vérification de son dossier par rapport aux conditions de participation dès lors qu'il y manquait les pages 3 à 16 du cahier technique de soumission de l'ingénieur électricien. La fourniture d'un dossier complet était une des conditions à la recevabilité de l'offre ainsi que le précisaient les conditions de participation aux chapitres 3.3 et 3.6 du document d'appel d'offres K2.
5. Par pli posté le 29 décembre 2011, Servipier S.A. a saisi la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours contre la décision précitée, reçue le 19 décembre 2011, concluant à son annulation. Préalablement, elle sollicitait la restitution de l'effet suspensif à son recours. L'appel d'offres n'avait pas été classé de manière usuelle sur le site

www.simap.ch et elle n'avait pu le trouver par les recherches classiques. De ce fait, elle n'avait pas pu bénéficier d'un temps suffisant pour présenter son offre. Le cahier des charges n'incluait pas une partie appelée « cahier technique de soumission de l'ingénieur électricien ».

Les pages 3 à 16 du document de soumission constituaient des conditions particulières de l'ingénieur électricien qui ne concernaient visiblement pas la centrale photovoltaïque et étaient génératrices de confusion. Les chiffres 3.3 et 3.6 du document K2 invoqués par la commune ne disaient nullement que les pages précitées de la soumission pour les travaux devaient être retournées avec l'offre. Sur le fond, elle critiquait le projet conçu par le maître de l'ouvrage, qu'elle considérait comme non compatible avec la toiture telle qu'elle avait été construite, selon des discussions qu'elle avait eues avec les entreprises qui l'avaient conçue. C'était la raison de la solution technique différente qu'elle proposait, qui impliquait une redéfinition du cahier des charges. Son exclusion de l'appel d'offres était arbitraire. Pire, elle permettrait à une autre entreprise adjudicatrice de s'inspirer de ses réflexions lors de la négociation des détails techniques, ce qui constituerait clairement une spoliation.

6. Le 17 janvier 2012, la commune a conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif. C'était à juste titre qu'elle avait exclu la soumissionnaire, dont le dossier déposé ne comprenait aucune offre de base, se limitait à proposer une variante, n'était pas complet dès lors qu'il y manquait une partie des annexes demandées et qui ne comprenait aucune information au sujet d'un sous-traitant, la société Revaz S.A. Les pages 3 à 16 du document de soumission devaient être retournées dès lors qu'elles incluaient des engagements du soumissionnaire, qui devaient être attestées par signature.

Considérant, en droit, que :

1. Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est recevable de ces points de vue (art. 15 al. 2 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05).
2. Aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, restituer celui-ci pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP).

« L'examen de la requête suppose une appréciation *prima facie* du bien-fondé du recours ; le but est alors de refuser l'effet suspensif au recours manifestement dépourvu de chance de succès, dont le résultat ne fait aucun doute ; inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire mais suppose de constater et de pondérer le risque de préjudice »

(B. BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, *in* J.-B. ZUFFEREY/H. STÖCKLI, *Marchés publics* 2010, Zurich 2010, pp. 311-341, n. 15 p. 317).

La restitution de l'effet suspensif constitue cependant une exception en matière de marchés publics et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/752/2011 du 8 décembre 2011 ; ATA/614/2011 du 28 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/214/2011 du 1^{er} avril 2011, et la jurisprudence citée).

3. Le droit des marchés publics doit être interprété de manière formaliste, comme l'a déjà rappelé à réitérées reprises la chambre de céans (ATA/102/2010 du 16 février 2010 ; ATA/343/2009 du 22 juillet 2009 ; 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 du 11 octobre 2005), ce qui est un mode d'interprétation admissible selon le Tribunal fédéral (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 du 30 avril 2010 confirmant l'ATA/102/2010 précité). 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 soit (ATA/663/2005 du 11 octobre 2005 ; ATA/90/2000 du 8 février 2000).
4. L'avis d'appel d'offres, qui doit être publié (art. 25 RMP), doit contenir entre autres les conditions de participation, les critères d'aptitudes et/ou d'adjudication (art. 26 let. e et f RMP). Quant aux documents d'appels d'offres mis à disposition des candidats, ils doivent leur permettre d'établir leur offre (art. 27 RMP) en donnant, entre autres, tous les détails relatifs à l'objet et l'importance du marché dans un cahier des charges (art. 27 let. a RMP), les conditions particulières relatives aux variantes (art. 27 let. c RMP), la liste des pièces et des documents à joindre à l'offre (art. 27 let. e RMP) ainsi que les critères d'aptitude et/ou d'adjudication (art. 27 let. f RMP).
5. L'offre est écartée d'office lorsque le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non-conforme aux exigences du cahier des charges (art. 42 al. 1 let. a RMP), ne répond pas ou plus aux conditions pour être admis à soumissionner (art. 42 al. 1 let. b RMP).

En de telles circonstances, le soumissionnaire est exclu de la procédure et son offre n'est pas évaluée (art. 42 al. 3 RMP).

6. Les différents griefs formulés par la recourante feront l'objet d'une instruction au fond. Pour déterminer s'il y a lieu de restituer l'effet suspensif, doivent être pris en considération, à première vue et sur la base des pièces versées à la procédure par les parties, les faits suivants :

- Indépendamment des problèmes d'accès au site internet soulevés par la recourante, l'avis d'appel d'offres, conformément à la loi, a fait l'objet d'une publication dans la FAO qui pouvait permettre à tout soumissionnaire intéressé, d'obtenir, dès le 5 septembre 2011, les coordonnées des personnes susceptibles de mettre à disposition des documents donnant la possibilité de formuler leur offre, ce qui relativise *prima facie* l'importance de ce grief que la recourante n'étaie, à ce stade de la procédure, par aucun élément concret.

- Le cahier des charges qu'a pu se procurer la recourante donnait la liste des treize documents qui devaient être retournés complétés avec l'offre au pouvoir adjudicateur. Parmi ceux-ci figurait le document de soumission de vingt-trois pages dont certaines devaient être signées par le soumissionnaire à titre d'engagement. Dès lors que la recourante admet elle-même ne pas avoir renvoyé les pages 3 à 16 de ce document parce qu'elles lui paraissaient inutiles, mais dont certaines comportaient des engagements à compléter et contresigner par elle (notamment les pages 6, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 16) le pouvoir adjudicateur était, *prima facie* en droit, vu les exigences de formalisme qui viennent d'être rappelées, de prendre la décision attaquée en application de l'art. 42 al. 1 RMP.

Au stade de la décision sur restitution d'effet suspensif, les constats précités ne permettent pas de considérer que le recours soit suffisamment fondé pour que l'intérêt public à ce que la procédure d'adjudication aille de l'avant cède le pas devant l'intérêt privé du soumissionnaire exclu du marché à voir reconnaître son droit.

La restitution de l'effet suspensif sera refusée.

LA PRÉSIDENTE DE LA

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la demande de restitution de l'effet suspensif au recours interjeté le 29 décembre 2011 par Servipier S.A. contre la décision du 15 décembre 2011 de la commune de Cologny l'excluant du marché public relatif à l'installation de panneaux photovoltaïques sur le toit de la halle des sports du centre sportif de la commune ;

cela fait :

impartit un délai au 20 février 2012 à la commune de Cologny pour répondre au fond ;

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

dit que, conformément aux art. 82 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'art. 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 Servipier S.A. ainsi qu'à la commune de Coligny.

La présidente :

E. Hurni

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :