

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4862/2006-DIV

ATA/154/2007

**ARRÊT**

**DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**du 27 mars 2007**

dans la cause

**LIROM CHAPES S.A.**

représentée par Me Damien Blanc, avocat

contre

**FONDATION HBM EMMA KAMMACHER**

représentée par Me Olivier Jornot, avocat

et

**MULTISOL S.A.**

représentée par Me Pierre Vuille, avocat

---

## EN FAIT

1. La fondation HBM Emma Kammacher (ci-après : la fondation) est l'une des quatre fondations immobilières de droit public de Genève, instituées par les articles 14A et suivants de la loi générale sur le logement et la protection des locataires du 4 décembre 1977 (LGL - I 4 05) ; elle a pour but principal la construction, l'acquisition et l'exploitation d'immeubles et de logements destinés aux personnes à revenus modestes.
2. Suite à l'adoption de la loi pour un plan d'urgence-logements le 21 juin 1991 (I 4 40), l'Etat de Genève a cédé à la fondation les droits à bâtir concernant deux immeubles d'habitations bon marché sis au chemin de la Tambourine à Grange-Collomb, commune de Carouge.
3. Le 14 août 2006, la fondation a publié dans la Feuille d'Avis Officielle (ci-après : la FAO) un appel d'offres en procédure ouverte, soumise à l'accord sur les marchés publics du 15 avril 1994, entré en vigueur en Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 1996 (accord GATT/OMC - RS 0.632.231.422), portant notamment sur la réalisation de chapes en ciment, CFC 281, lot B 28.

Le coût estimé du marché était de CHF 460'000.- hors taxes et celui des différents marchés pour la réalisation globale des deux immeubles dépassait le seuil fixé pour les ouvrages (art. 7 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 AIMP - L 6 05).

La procédure de soumission a été confiée au bureau Pierre-Alain Renaud architectes S.A. (ci-après : le bureau).

4. En date du 31 août 2006, la société Lirom Chapes S.A. (ci-après : Lirom), active notamment dans l'exécution de chapes et d'isolations, de siège à Bienne, a requis un dossier complet de l'appel d'offres auprès du bureau moyennant le paiement d'un émolument de CHF 50.-.

Il ressort du dossier que les soumissionnaires devaient produire les documents suivants, sous pli séparé :

- une attestation justifiant que le prestataire avait, au moins durant trois ans, exercé une activité en rapport avec celle dont relevait la mission ;
- une attestation indiquant l'effectif permanent de la main d'œuvre ;
- un justificatif de la couverture en matière d'assurances sociales ;

- une description des conditions de travail (convention collective ou respect des usages genevois) ;
- un certificat émis par l'autorité fiscale en matière d'impôts à la source.

Ces documents ne devaient pas être antérieurs de plus de quinze jours calendrier au délai fixé pour le dépôt de l'offre, soit le 25 septembre 2006.

5. Par courrier du 14 septembre 2006, Lirom a adressé son offre au bureau, munie des pièces suivantes :

- un extrait du Registre du commerce du 4 juillet 2005 ;
- une attestation de l'agence AVS du district de Bienne du 29 août 2006 ;
- une attestation de la fondation LPP Winterthur-Columna du 29 août 2006 ;
- une attestation de la Winterthur, assureur perte de gains du 29 août 2006 ;
- une attestation de la CNA du 29 mai 2006 ;
- une attestation de l'office cantonal de l'inspection des relations du travail du 29 août 2006 ;
- deux attestations de la ville de Bienne relatives à des impôts, datées des 18 juillet et 30 août 2006.

6. Quatre autres entreprises ont également soumissionné en temps utile, notamment la société Multisol S.A. (ci-après : Multisol).

7. L'ouverture publique des offres a eu lieu le 27 septembre 2006. A cette date, comme à celle du délai de dépôt des offres, les attestations produites par Lirom avaient plus de quinze jours. Le procès-verbal y relatif, daté du 29 septembre 2006, n'en fait toutefois pas mention.

8. Le 12 octobre 2006, le bureau a rendu son rapport à la fondation.

Les attestations avaient été contrôlées et tous les soumissionnaires avaient fourni des documents conformes. Lirom avait obtenu la meilleure note, suivie par Multisol.

9. Par décision du 23 octobre 2006, le bureau a informé Lirom que le marché lui était attribué. Cependant, elle devait produire, dans un délai de quinze jours, une attestation aux termes de laquelle elle était à jour dans le paiement de ses charges sociales, faute de quoi la décision d'adjudication serait caduque.

Dite décision, notifiée aux autres soumissionnaires par lettres recommandées le 23 octobre 2006, indiquait la voie et le délai de recours de dix jours auprès du Tribunal administratif. Elle n'a pas fait l'objet d'un recours.

10. Par lettre du 24 octobre 2006, l'adjudicataire a transmis à la fondation les documents requis par téléphone le même jour, à savoir :

- attestation de l'agence AVS du district de Bienne du 27 octobre 2006 ;
- attestation de la CNA du 26 octobre 2006 ;
- attestation de la Winterthur Assurances relative à la responsabilité civile datée du 12 janvier 2006, valable pour toute l'année 2006 ;
- attestation de la Winterthur Assurances relative à l'assurance perte de gain du 26 octobre 2006.

11. Le 30 octobre 2006, la fondation a constaté qu'au 27 septembre 2006, les attestations de Lirom avaient plus de quinze jours calendrier.

12. Le 20 décembre 2006, la fondation a révoqué sa décision du 23 octobre 2006 adjugeant le marché à Lirom, au motif que cette dernière avait produit des attestations datant de plus quinze jours à la date fixée pour le dépôt de l'offre, violant ainsi les articles 25 et 28 du règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 (RMPC- L 6 05.01). Le marché a alors été attribué à Multisol.

Dite décision indiquait la voie et le délai de recours de dix jours auprès du Tribunal administratif.

13. Par acte remis à la poste le 29 décembre 2006, Lirom a interjeté recours auprès du Tribunal administratif. Elle conclut à l'annulation de la décision précitée et au maintien de celle du 23 octobre 2006. En outre, elle a sollicité la restitution de l'effet suspensif. Au surplus, elle a exposé que son droit d'être entendue avait été violé. En effet, la décision avait été rendue la veille des fêtes de fin d'année et, en raison des jours fériés officiels, elle n'avait pas pu consulter l'ensemble du dossier ni contrôler si le nouvel adjudicataire respectait toutes les conditions de l'appel d'offres. Au regard du nombre de participants à la procédure ainsi que du temps écoulé, la fondation aurait pu rendre sa décision à une date antérieure ou postérieure, évitant ainsi de tels désagréments. La recourante n'était "pas loin de penser que la démarche de la fondation [était] délibérée", violant ainsi le principe de la bonne foi.

Au surplus, la décision de révocation n'était pas suffisamment motivée au regard de l'atteinte portée à ses intérêts.

La fondation avait implicitement reconnu que les attestations produites par Lirom n'étaient pas valables puisque dans sa décision d'adjudication, elle lui avait imparti un délai de quinze jours pour déposer des documents valides. Aucun recours n'avait été déposé contre cette décision.

Enfin, la fondation avait fait une mauvaise application des articles 42 et 35 RMPC en ce sens qu'elle n'était pas obligée de révoquer sa décision. Son comportement était contraire à la bonne foi et à l'interdiction de l'arbitraire dans la mesure où elle lui avait imparti un délai supplémentaire afin de remédier à l'invalidité formelle des attestations.

14. Le 4 janvier 2007, le tribunal de céans a appelé en cause Multisol, société à laquelle la fondation avait adjugé le marché par décision du 20 décembre 2006.
15. Dans sa détermination du 8 janvier 2007, la fondation conclut au rejet de la requête de restitution de l'effet suspensif, au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée.

Lors de l'ouverture des offres, le 27 septembre 2006, Lirom n'avait remis aucune attestation valable, son offre ayant été déposée plus de quinze jours avant la date limite de dépôt.

Dans sa décision d'adjudication, le bureau avait requis de l'adjudicataire qu'elle lui fasse parvenir, dans les quinze jours, une attestation confirmant qu'elle était à jour avec les paiements des cotisations sociales de ses employés. Cette demande, par ailleurs usuelle, n'avait aucun lien avec le fait que les attestations n'étaient pas valables au jour du délai fixé pour le dépôt des offres.

La construction des deux immeubles étaient bien avancée et les travaux du second œuvre étaient en cours de réalisation. La fondation a versé à la procédure la planification indiquant que les travaux auraient lieu les 9 et 16 mars 2007.

16. Le 9 janvier 2007, Multisol conclut au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif, au motif que le recours était mal fondé. Elle conclut également à ce que la décision de révocation du 20 décembre 2006 soit déclarée exécutoire.
17. Par décision du 11 janvier 2007, le président du tribunal de céans a restitué l'effet suspensif au recours.
18. Le 5 février 2007, la fondation a persisté dans ses conclusions du 8 janvier 2007.
19. Le même jour, Multisol a relevé que Lirom avait interjeté recours contre la décision de révocation de l'adjudication prise par la fondation et non contre la décision d'adjudication des travaux à Multisol. Les attestations déposées par

Multisol étaient datées du 21 septembre 2006 ; elles respectaient ainsi le délai de validité imposé.

20. Le 7 février 2007, le Tribunal administratif a refusé de donner suite à la requête de la recourante tendant à compléter son recours, au motif que ce dernier était déjà bien étayé. En outre, le même jour, il a informé les parties qu'il gardait la cause à juger.
21. La recourante a encore versé à la procédure les documents suivants :
- attestation de la CNA du 26 octobre 2006 indiquant que les factures de primes échues au 31 décembre 2006 avaient été réglées ;
  - attestation de l'agence AVS du district de Bienne du 27 octobre 2006 aux termes de laquelle Lirom était à jour dans ses versements, conformément aux obligations légales ;
  - attestation de la Winterthur Assurances du 12 janvier 2006 selon laquelle la prime pour l'année 2006 avait été payée ;
  - attestation de la Winterthur Assurances du 26 octobre 2006 confirmant que les primes de l'assurance perte de gains avaient été réglées ;
  - attestation de l'office cantonal de l'inspection des relations du travail du 16 novembre 2006, certifiant que Lirom avait signé un engagement de respecter les conditions de travail et les prestations sociales en usage à Genève ;
  - attestation de la ville de Bienne du 26 octobre 2006, confirmant que Lirom avait réglé l'intégralité des impôts échus.

## EN DROIT

1. a. L'AIMP s'applique notamment à la passation des marchés publics de construction dont la valeur estimée atteint le seuil de CHF 9'575'000.-- pour les ouvrages (art. 7 al. 1 litt. a AIMP). Si un adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction pour la réalisation d'un ouvrage, leur valeur totale est déterminante (art. 7 al. 2 AIMP).
- b. En vertu de l'article 3 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), le Tribunal administratif est l'autorité compétente au sens de l'article 15 AIMP pour statuer sur recours contre les décisions de l'adjudicateur.

Par ailleurs, les modifications du 30 novembre 2006 apportées à la loi susmentionnée ne sont pas encore entrées en vigueur. Cependant, lesdits changements ne modifieraient, a priori, nullement la solution du présent arrêt.

c. Selon l'article 45 RMPC, le Tribunal administratif connaît des recours contre les décisions d'adjudication et les décisions concernant l'inscription d'un soumissionnaire sur une liste de prestataires qualifiés ou la radiation de l'inscription, interjetés dans un délai de 10 jours dès la notification de la décision.

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est ainsi recevable.

2. La recourante allègue que son droit d'être entendue a été violé dans la mesure où elle n'a pas pu consulter le dossier dans son ensemble ni contrôler si le nouvel adjudicataire remplissait toutes les conditions requises. De plus, la décision litigieuse n'était pas suffisamment motivée.

a. Tel qu'il est garanti par l'article 29 alinéa 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (Arrêt du Tribunal Fédéral 2P.77/2003 du 9 juillet 2003 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/172/2004 du 2 mars 2004 et les arrêts cités).

b. La jurisprudence en matière de droits constitutionnels du Tribunal fédéral a également déduit du droit d'être entendu le droit d'obtenir une décision motivée. L'autorité n'est toutefois pas tenue de prendre position sur tous les moyens des parties ; elle peut se limiter aux questions décisives. Il suffit, de ce point de vue, que les parties puissent se rendre compte de la portée de la décision prise à leur égard et, les cas échéant, recourir contre elle en connaissance de cause (Arrêts du Tribunal fédéral 1P.729/2003 du 25 mars 2004 consid. 2 ; 1P.531/2002 du 27 mars 2003 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/560/2000 du 14 septembre 2000).

En l'espèce, la recourante disposait de cinq jours ouvrables pour consulter le dossier. Elle n'allègue aucun motif qui l'eût empêchée d'agir. En outre, la décision attaquée est suffisamment explicite pour que la recourante puisse se rendre compte de ses implications. Par conséquent, c'est à tort qu'elle invoque une violation de son droit d'être entendue. Le recours sera donc rejeté sur ce point.

3. La recourante allègue ensuite que l'adjudicatrice a fait une mauvaise application des articles 42 et 35 RMPC en révoquant sa décision d'adjudication, alors qu'elle n'était pas obligée d'y procéder.

Conformément à l'article 42 RMPC, l'adjudication peut être révoquée sans indemnisation aux conditions de l'article 35 du règlement précité, lesquelles sont les suivantes :

- a) le soumissionnaire ne répond pas ou plus aux conditions pour être admis à soumissionner ;
- b) il a fourni de faux renseignements ;
- c) il n'est pas à jour avec le paiement de ses impôts ou ses cotisations sociales, légales et conventionnelles ;
- d) il ne respecte pas les prescriptions concernant la santé et la sécurité au travail et les mesures de protection de l'environnement ;
- e) il ne remplit pas les garanties de bienfaisance, de solvabilité et de correction en affaires.

En l'espèce, il n'est pas contesté que les attestations fournies par la recourante étaient échues à la date fixée pour le dépôt des offres et, partant, que les conditions de l'article 28 alinéa 3 RMPC n'étaient pas remplies. Par conséquent, la recourante ne répondait pas aux exigences requises pour soumissionner (art. 35 lit. a RMPC). Dans un tel cas, la loi autorise l'autorité à révoquer sa décision si les principes régissant tout acte administratif sont respectés. En l'occurrence, il reste à examiner si l'adjudicatrice a respecté le principe de la bonne foi ainsi que celui de la proportionnalité en révoquant sa décision.

4. Il découle du caractère impératif du droit public, et de la nature même des intérêts publics, qu'un acte administratif qui ne concorde plus avec le droit positif puisse être modifié. Cependant, la sécurité du droit peut imposer qu'un acte qui a constaté ou créé une situation juridique ne puisse pas être remis en cause par la suite. Lorsque la loi ne règle pas la question de la révocation, il incombe à l'autorité de mettre en balance d'une part l'intérêt qui s'attache à une application correcte du droit objectif, d'autre part les exigences de la sécurité du droit. Ce dernier principe ne l'emporte sur l'intérêt à une application correcte du droit objectif que si la décision en cause a créé un droit subjectif au profit de l'administré, si celui-ci a déjà fait usage d'une autorisation obtenue, ou encore si la décision est le fruit d'une procédure au cours de laquelle les divers intérêts en présence ont fait l'objet d'un examen approfondi (Arrêt du Tribunal fédéral 1A.43/2002 du 6 juin 2002 consid. 3.2 ; ATF 121 II 273 consid. 1a/aa p. 276; 119 Ia 305 consid. 4c p. 310 et les références citées). Cette règle n'est cependant pas absolue et la révocation peut intervenir même dans une des trois hypothèses précitées lorsqu'elle est commandée par un intérêt public particulièrement important (ATF 119 Ia 305 p. 310 et les citations).

Le principe de la proportionnalité exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive ; en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (ATF 126 I 219 consid. 2c p. 222 et les références citées).

En l'espèce, l'adjudicatrice a attribué le marché à la recourante nonobstant le fait qu'elle aurait dû être écartée de la procédure. Au vu de la décision d'adjudication et de la conversation téléphonique entre l'adjudicatrice et l'adjudicataire - qui a eu lieu le jour suivant cette décision - cette dernière pouvait croire de bonne foi que la fondation s'était rendue compte que les attestations n'étaient plus valides et qu'elle lui impartissait un délai supplémentaire afin d'y remédier, ce qu'elle n'a pas manqué de faire. Par ailleurs, la fondation, en ne révoquant sa décision initiale que près de deux mois après la réception des attestations valides, a créé une apparence de droit. Revenir en arrière dans ces conditions viole le principe de la bonne foi. Au demeurant, aucun intérêt public ni aucun intérêt privé dont Multisol pourrait notamment être le titulaire ne prennent le pas sur celui de la recourante à recouvrer sa position d'adjudicataire du marché.

5. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis. La décision de révocation du 20 décembre 2006 de la fondation sera annulée et celle du 23 octobre 2006 adjugeant le marché à la recourante confirmée.

Un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la fondation et un émolument de CHF 500.- à celle de Multisol, qui succombent (art. 87 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée à la recourante, à la charge de la fondation pour CHF 1'500.- et de Multisol pour CHF 500.-.

**PAR CES MOTIFS**  
**LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 29 décembre 2006 par Lirom Chapes S.A. contre la décision de la Fondation HBM Emma Kammacher du 20 décembre 2006 ;

**au fond :**

l'admet ;

annule la décision de révocation de la Fondation HBM Emma Kammacher du 20 décembre 2006 ;

confirme la décision de la Fondation HBM Emma Kammacher du 23 octobre 2006 attribuant le marché litigieux à la société Lirom Chapes S.A. et la déclare exécutoire ;

met à la charge de la Fondation HBM Emma Kammacher un émolument de CHF 1'500.- ;

met à la charge de Multisol S.A. un émolument de CHF 500.- ;

alloue à Lirom Chapes S.A. une indemnité de procédure en CHF 2'000.-, à la charge de la Fondation HBM Emma Kammacher pour CHF 1'500.- et de Multisol S.A. pour CHF 500.- ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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 soulèvent une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les articles 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 Damien Blanc, avocat de Lirom Chapes S.A., à Me Pierre Vuille, avocat de Multisol S.A., ainsi qu'à Me Olivier Jornot, avocat de la Fondation HBM Emma Kammacher.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, M. Thélin, Mme Junod, juges,  
M. Torello, juge suppléant.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. a.i. :

P. Pensa

la vice-présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :