

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/977/2012-MARPU

ATA/511/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 27 août 2013

dans la cause

FELIX CONSTRUCTIONS S.A.

contre

VILLE DE LANCY

et

COMMUNE DE PLAN-LES-OUATES

représentées par Me Bertrand Reich, avocat

EN FAIT

- 1) Le 31 octobre 2011, la ville de Lancy et la commune de Plan-les-Ouates (ci-après : le pouvoir adjudicateur) ont fait paraître dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève un avis d'appel d'offres en procédure ouverte soumis aux accords internationaux et à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 15 mars 2001 (AIMP - L 6 05) concernant un contrat d'œuvres sur le marché des fournitures. L'appel d'offres portait sur des travaux de menuiseries extérieures et des stores (CFC 221-228) de l'école « Le Sapay » à Plan-les-Ouates.

Les offres devaient être déposées avant le 12 décembre 2011, à 16h30, auprès de CLR architectes S.A., à l'attention de Monsieur Gilbert Russbach. Le cahier des charges était précis et prévoyait notamment le traitement des surfaces des profilés et tôles en aluminium à base de fluor polymère.

Le dossier d'appel d'offres était disponible par téléchargement sur le site des marchés publics www.simap.ch.

- 2) Felix Constructions S.A. (ci-après : Felix S.A.) est une société anonyme sise à Denges (VD). Le 9 décembre 2011, elle a déposé son offre pour le marché précité. Ce dossier prévoyait expressément à son point 3.16 qu'une variante d'offre « n'était prise en considération que si elle était considérée comme au moins de même niveau qualitatif que les caractéristiques et spécifications techniques que devait obligatoirement respecter l'offre de base ».

Une liste de remarques était annexée à son offre, notamment la proposition d'un « traitement Perglimer HWF (dix ans de garantie) et non un traitement à base de fluor polymère ».

- 3) Par courriel du 25 janvier 2012, Monsieur Laurent Meylan, architecte faisant partie du groupe d'évaluation, a demandé à Felix S.A. les raisons pour lesquelles le traitement prévu dans son offre ne répondait pas au descriptif de base qui prévoyait un traitement au fluor polymère.

- 4) Le 2 février 2012, Monsieur Dominique Pirrello, chef de projet CSFF (centrale Suisse Fenêtres et Façades) et responsable commercial chez Felix S.A., a confirmé que le traitement proposé n'était effectivement pas à base de fluor polymère, car ce traitement, bien que plus performant, s'appliquait essentiellement dans des climats de chaleur et d'ensoleillement extrêmes. L'application d'un tel traitement n'était pas usuelle sous nos latitudes pour différentes raisons qu'il développait et Felix S.A. n'avait jamais offert ce genre de traitement de surface sur les façades qu'elle avait réalisées en Suisse ou à

l'étranger. Le traitement prévu dans son offre était du type « HWF Top Class » garanti dix ans.

- 5) Le groupe d'évaluation a rendu son rapport le 6 février 2012.

Lors des analyses détaillées, ce groupe avait constaté des lacunes, notamment dans le dossier de Felix S.A. Celle-ci avait rendu une offre incomplète, car le traitement des surfaces des cadres en aluminium, prévu à base de fluor polymère dans le cahier des charges, n'avait pas été chiffré. Seule la variante avait été comptabilisée dans le prix de l'offre. Après avoir été interpellée sur cette question, Felix S.A. avait expliqué et confirmé son choix. La variante proposée par la société précitée ne répondait pas au cahier des charges. Le traitement à base de fluor polymère était possible en Suisse et utilisé dans la plupart des réalisations suivies par Emmer Pfenninger Partner AG. L'offre de Felix S.A. avait donc été écartée.

- 6) Le 21 février 2012, M. Pirrello a envoyé un courriel à M. Meylan. La remarque concernant le traitement de surface, annexée à l'offre de Felix S.A. du 9 décembre 2011, ne devait pas être prise en considération. M. Pirrello avait associé à tort le traitement de surface à base de fluor polymère à une application liquide du type HDVF. Le traitement compris dans l'offre précitée était aussi à base de fluor polymère mais appliqué traditionnellement sous forme de poudre.

- 7) Le 2 mars 2012, Felix S.A. a adressé un courrier recommandé à la ville de Lancy. Son offre du 9 décembre 2011 était conforme à l'appel d'offres et respectait les exigences techniques, notamment en ce qui concernait le traitement de surface des profilés et tôles en aluminium constituant les vitrages de l'école. La remarque faite dans son offre, confirmée par courriel du 2 février 2012, ne devait pas être prise en considération. Elle était le fruit d'une mauvaise interprétation interne et le traitement de surface compris dans l'offre en cause était en réalité celui à base de « fluors polymères ». L'erreur portait sur l'application liquide du traitement de surface.

- 8) Par décision du 15 mars 2012 adressée à Felix S.A., le pouvoir adjudicateur a écarté l'offre de celle-ci.

Ladite offre n'était pas conforme aux exigences du cahier des charges. Felix S.A. prévoyait un traitement des surfaces des cadres en aluminium différent de celui décrit dans le cahier des charges.

Un recours dûment motivé contre ladite décision pouvait être interjeté auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) dans un délai de dix jours dès réception.

- 9) Le même jour, le pouvoir adjudicateur a adjugé le marché en question à Sottas S.A.

10) Le 23 mars 2012, le pouvoir adjudicateur a envoyé une lettre recommandée à Felix S.A. L'offre de cette dernière du 9 décembre 2011 ne respectait pas le cahier des charges. Le 2 février 2012, elle avait précisé les raisons de son choix de traitement différent. Sur cette base, le groupe d'évaluation avait rédigé un rapport. Son offre avait été écartée, car celle-ci ne respectait pas le cahier des charges et ne contenait pas les prix demandés dans l'offre de base.

11) Par acte posté le 27 mars 2012, Felix S.A. a recouru auprès de la chambre administrative contre la décision du 15 mars 2012 écartant son offre, reçue le 19 mars 2012.

Elle avait expliqué au pouvoir adjudicateur, par courrier du 2 mars 2012, en quoi son offre répondait au cahier des charges. En effet, l'offre de base qu'elle avait soumise était le fruit d'une mauvaise interprétation et le traitement de surface compris dans ses prix était celui prévu dans le cahier des charges. Or, ledit courrier n'avait pas été pris en considération dans la décision querellée.

12) Le 27 avril 2012, le pouvoir adjudicateur a conclu principalement, à l'irrecevabilité du recours et, subsidiairement, à son rejet et à la condamnation de Felix S.A. en tous les frais et dépens de l'instance.

Felix S.A. n'avait pas pris de conclusion, ni requis la restitution de l'effet suspensif.

La recourante admettait d'ailleurs son erreur. Son offre n'était pas conforme au cahier des charges et le pouvoir adjudicateur avait ainsi l'obligation de l'exclure, conformément à l'art. 42 al. 1 let. a du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01). Felix S.A. justifiait son choix technique différent par le fait que la solution retenue présentait un coût nettement plus élevé pour une qualité surfaite sous nos latitudes. Son courrier du 2 mars 2012 contredisant les indications fournies dans son offre n'était parvenu au pouvoir adjudicateur qu'après la notification de la décision contestée. Il n'était pas admissible de corriger ou compléter une offre déposée, sous réserve d'erreurs évidentes. La décision d'exclusion était exécutoire et le marché avait été adjugé. Cette adjudication n'avait fait l'objet d'aucun recours et le contrat de marché public en cause avait ainsi été valablement conclu avec un autre adjudicataire.

13) Le 11 juin 2012, Felix S.A. a complété son recours. Elle demandait la restitution de l'effet suspensif à son recours.

Son offre était économiquement la plus avantageuse. Le non-respect du cahier des charges était dû à une inadvertance qui avait été corrigée avant la notification de la décision d'exclusion. Celle-ci était injustifiée et abusive. Le pouvoir adjudicateur avait fait preuve de formalisme excessif en ne tenant pas compte des deux courriers qui rectifiaient l'erreur invoquée. Dès qu'elle avait

constaté son erreur, elle avait immédiatement donné les explications nécessaires et utiles.

14) Le 18 juin 2012, le juge délégué a entendu les parties lors d'une audience de comparution personnelle.

a. Monsieur Edgard Joffre, président administrateur délégué de Felix S.A. a maintenu son recours du 27 mars 2012 pour des raisons de principe. Celui-ci était dirigé contre la décision d'exclusion et aussi contre le fait de ne plus pouvoir participer à la procédure d'adjudication. Sa société avait commis une inadvertance qui n'aurait pas dû prêter à conséquence, car l'offre avait été corrigée avant l'adjudication en cause. Son technicien n'avait pas compris la question posée par M. Meylan et avait répondu de manière inexacte. Cette erreur avait été rectifiée dans un courriel du 21 février 2012 adressé à M. Meylan. Le 2 mars 2012, Felix S.A. avait informé le pouvoir adjudicateur de son erreur. Malgré cela, l'adjudication avait eu lieu. Il admettait toutefois que son offre prévoyait, par inadvertance, « le traitement Perglimer HWF dix ans de garantie et non un traitement à base de fluor polymère ». Par ailleurs, la décision d'exclusion querellée, bien que notifiée le 15 mars, avait été prise en date du 9 février 2012 alors qu'ils avaient encore eu des contacts avec l'architecte le 21 février 2012.

b. Le représentant du pouvoir adjudicateur a indiqué que le contrat avait été conclu le 27 avril 2012 avec Sottas S.A., en l'absence de recours contre la décision d'adjudication. Le pouvoir adjudicateur avait respecté la procédure usuelle. Par lettre recommandée du 23 mars 2012, Felix S.A. avait été avisée de l'adjudication. Cette décision n'avait pas été publiée [N.B. art 45 RMP notification par publication ou par courrier aux soumissionnaires]. Le pouvoir adjudicateur étant composé de deux communes, les décisions pouvaient tarder à être notifiées. Il persistait dans les conclusions du recours et s'opposait à toute « suspension du contrat » précité.

A l'issue de l'audience, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1) Le marché offert est soumis notamment à l'AIMP, au RMP, 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), ainsi qu'à la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

2) En vertu des art. 62 al. 2 let. b LPA, 15 al. 1 let. d et 2 AIMP, 3 al. 1 L-AIMP et 56 RMP, le recours est adressé à la chambre administrative dans les

dix jours dès la notification de la décision. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue.

- 3) Le soumissionnaire évincé a qualité pour recourir contre une décision d'exclusion (art. 15 al. 1bis let. d AIMP et 55 let. c RMP).

En l'espèce, le contrat ayant été conclu avec un autre adjudicataire (art. 46 RMP), il convient de se demander si la recourante conserve un intérêt digne de protection au maintien du recours. Selon l'art. 18 al. 2 AIMP, lorsque le contrat est déjà conclu, l'autorité qui admet le recours ne peut que constater le caractère illicite de la décision. Si cette illicéité est prononcée, le recourant peut demander la réparation de son dommage, limitée aux dépenses qu'il a subies en relation avec les procédures de soumissions et de recours (art. 3 al. 3 L-AIMP).

En tant que soumissionnaire évincée, bien que le contrat ait été déjà conclu, la recourante conserve un intérêt actuel à recourir contre la décision d'adjudication au sens de l'art. 60 let. b LPA, son recours étant à même d'ouvrir ses droits à une indemnisation (ATF 125 II 86 consid. 5 b p. 96). Elle dispose donc de la qualité pour recourir.

- 4) Selon l'art. 65 al. 1 LPA, l'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant. En outre, il doit contenir l'exposé des motifs ainsi que l'indication des moyens de preuve. Les pièces dont dispose le recourant doivent être jointes. A défaut, un bref délai pour satisfaire à ces exigences est fixé au recourant, sous peine d'irrecevabilité (art. 65 al. 2 LPA).

Même dans le contexte des marchés publics et de leurs règles matérielles formalistes, il convient de ne pas se montrer trop strict. Cette disposition autorise une certaine souplesse dans la formulation des conclusions, notamment si le recourant agit en personne. Le fait que ces dernières ne ressortent pas expressément de l'acte de recours n'est pas en soi un motif d'irrecevabilité, pourvu que la chambre administrative et la partie adverse puissent comprendre avec certitude les fins du recourant (ATA/401/2013 du 25 juin 2013 ; ATA/102/2012 du 21 février 2012 ; ATA/1/2007 du 9 janvier 2007 ; ATA/775/2005 du 15 novembre 2005 et la jurisprudence citée).

L'exigence de motivation de l'art. 65 al. 2 LPA a pour but de permettre à la juridiction administrative de déterminer l'objet du litige qui lui est soumis et de donner l'occasion à la partie intimée de répondre aux griefs formulés à son encontre (ATA/102/2012 ; ATA/1/2007 ; ATA775/2005 précités ; ATA/179/2001 du 13 mars 2001). Elle signifie que le recourant doit expliquer en quoi et pourquoi il s'en prend à la décision litigieuse (ATA/401/2013 précité ; ATA/23/2006 du 17 janvier 2006).

En l'espèce, l'acte de recours permet de comprendre que celle-ci demande que la décision litigieuse soit annulée, vu que son offre répondait au cahier des charges. Il comporte une motivation succincte mais suffisante, d'autant plus que la recourante agit en personne. Le recours est par conséquent recevable sur ce point.

- 5) Dès lors que toutes les conditions ci-dessus énumérées sont remplies, le recours est recevable.
- 6) La recourante conclut à l'annulation de la décision d'exclusion rendue par le pouvoir adjudicateur, au motif que son courriel du 21 février 2012 et son courrier du 2 mars 2012, expliquant en quoi son offre du 9 décembre 2011 répondait au cahier des charges, n'avaient pas été pris en considération.
- 7) Une 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 RMP). L'autorité adjudicatrice examine la conformité des offres au cahier des charges (art. 39 RMP).
- 8) Le droit des marchés publics est formaliste, comme la chambre de céans l'a déjà rappelé à plusieurs reprises (ATA/271/2012 du 8 mai 2012 consid. 10 ; 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 (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 J.-B. ZUFFEREY / H. STOECKLI [éd.], *Marchés publics* 2008, 2008, p. 185 ss).

A 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

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

Les principes précités valent également pour la phase d'examen de la recevabilité des soumissions (O. 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/150/2006 du 14 mars 2006), ce que le Tribunal fédéral a constaté mais confirmé (Arrêts du Tribunal fédéral 2C_197/2010 et 2C/198/2010 précités), la doctrine étant plus critique à cet égard (O. RODONDI, La gestion, p. 186).

- 9) En l'occurrence, la recourante a admis avoir déposé une offre ne respectant pas le cahier des charges. Elle proposait un traitement moins performant et moins coûteux que celui prévu. Il n'existe aucune raison de s'écarter de la jurisprudence antérieure en la matière, car l'erreur commise par la recourante n'était pas excusable. Un des architectes du groupe d'évaluation lui avait demandé des explications quant à la non-conformité de son offre par rapport au descriptif de base et elle avait confirmé que le traitement de surface offert n'était pas celui mentionné dans le cahier des charges. Cette erreur, invoquée tardivement, soit plus de deux mois après la remise de l'offre, était d'autant moins excusable qu'elle émanait de son chef de projet CSFF et responsable commercial, qui devait être rompu à ce genre de procédure. Ce n'était donc pas qu'une informalité de peu de gravité ou une erreur évidente qui devait être corrigée. Accorder a posteriori à la recourante la possibilité de corriger son offre en raison d'une inadvertance coupable reviendrait à violer le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires et serait source d'insécurité juridique.
- 10) Au vu de ce qui précède, la décision d'exclusion sera confirmée, les intimées ne pouvant que rejeter l'offre non-conforme au cahier des charges déposée par la recourante, conformément à l'art. 42 al. 1 let. a RMP. Elles ne pouvaient choisir une mesure moins incisive, de sorte que le principe de la proportionnalité n'a pas été violé. Ce grief sera écarté.
- 11) Le recours sera ainsi rejeté.

- 12) La recourante a sollicité la restitution de l'effet suspensif à son recours dans son mémoire complémentaire du 11 juin 2012. Le contrat relatif au marché litigieux ayant déjà été conclu à cette date, cette demande était tardive et sans objet.
- 13) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Bien qu'elles y aient conclu, aucune indemnité de procédure ne sera allouée à la ville de Lancy ni à la commune de Plan-les-Ouates, qui comptent chacune plus de 10'000 habitants. Celles-ci sont en effet réputées disposer de leur propre service juridique et ne pas avoir à recourir aux services d'un mandataire extérieur (art. 87 al. 2 LPA ; ATA/113/2013 du 26 février 2013 consid. 15 ; ATA/362/2010 du 1^{er} juin 2010 et les références citées).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 27 mars 2012 par Felix Constructions S.A. contre la décision de ville de Lancy et de la commune de Plan-les-Ouates du 15 mars 2012 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Felix Constructions S.A. un émolument de CHF 1'000.- ;

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

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 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 Felix Constructions S.A., ainsi qu'à Me Bertrand Reich, avocat de ville de Lancy et de la commune de Plan-les-Ouates.

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

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :