

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3234/2010-MARPU

ATA/165/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 15 mars 2011

dans la cause

SECURITAS S.A. SOCIÉTÉ SUISSE DE SURVEILLANCE

contre

CENTRALE COMMUNE D'ACHATS

EN FAIT

1. Le 2 août 2010, sur le site Internet des marchés publics www.simap.ch, la Centrale Commune d'Achats de l'Etat de Genève (ci-après : CCA) a fait paraître un appel d'offres concernant le marché de services intitulé : Appel d'offres public pour les services de sécurité et surveillance de divers établissements. L'appel d'offres n'était pas soumis à l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0632.231.422). L'Etat de Genève cherchait une entreprise capable d'offrir les services de sécurité et de surveillance décrits dans le dossier d'appel d'offres. Les offres devaient être déposées au plus tard le 2 septembre 2010.

Pour obtenir le dossier d'appel d'offres, l'annonce mentionnait les coordonnées de la CCA. S'agissant du téléphone, elle indiquait : « UNIQUEMENT PAR FAX, fax : +41 22 546 06 69 ».

2. Le dossier d'appel d'offres donnait tous les détails au sujet des conditions régissant la procédure d'adjudication et de celles relatives aux prestations demandées. En résumé, le soumissionnaire devait pouvoir mettre à disposition des agents masculins et féminins pour exercer la surveillance de lieux de détention de personnes dans plusieurs établissements désignés sous les lettres A à G.

L'appel d'offres rappelait que ce dernier était assujéti à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

Il précisait également ceci : « Les questions éventuelles de la part du soumissionnaire sont à poser exclusivement par fax n° 022 546 06 69, jusqu'au lundi 16 août 2010 à 16h00. Les réponses seront adressées par fax le mercredi 18 août 2010. Ces questions et leurs réponses feront partie intégrante du dossier d'appel d'offres et devront être prises en compte dans les offres.

Au cours du dépouillement des offres, la CCA pourra être amenée à demander des précisions aux soumissionnaires. Ces demandes, ainsi que les réponses écrites, feront partie intégrante de l'offre ».

3. Securitas S.A. Société suisse de surveillance (ci-après : Securitas) a déposé une offre dans le délai imparti, sous la signature de Messieurs Francis Meyer, directeur régional, et Steve Genaine, chef du département marketing & commercial.

4. Le 8 septembre 2010, la CCA a adressé un courrier à Securitas. Elle lui demandait de produire certains documents relatifs aux critères d'aptitude en lui fixant un délai au 17 septembre 2010.

Cette correspondance a été envoyée par courrier postal et par fax, comme mentionné au-dessus de l'adresse d'expédition.

5. Se fondant sur l'art. 40 RMP, la CCA a adressé, le 13 septembre 2010, une liste de questions à plusieurs soumissionnaires dont Securitas, avec un délai au 17 septembre 2010 pour y répondre. Cette correspondance a été transmise aux différents soumissionnaires par fax uniquement.

Pour la communication faite à Securitas, la CCA a utilisé le même numéro de fax que pour son courrier précédent du 8 septembre 2010, à savoir le n° 022 809 48 49 figurant sur le papier à entête de cette société, mentionné comme numéro direct de fax de la personne en charge du dossier chez la recourante. Le rapport de communication qu'elle a produit mentionne que ce fax a été envoyé le 13 septembre 2010 à 15h22. Le résultat de l'envoi est confirmé par la mention « OK » dans ledit rapport.

Le fax du 13 septembre 2010 rappelait que « toute réponse négative à un critère obligatoire du cahier des charges était une condition qui entraînait l'élimination de l'offre, l'absence de réponse étant considérée comme une réponse négative ». Aucune prolongation du délai fixé n'était possible et, si des réponses parvenaient après ce délai, l'offre serait considérée sans les compléments demandés.

6. Dans le délai imparti au 17 septembre 2010, Securitas n'a pas répondu à l'autorité adjudicatrice.

7. Le 21 septembre 2010, la CCA a écrit à Securitas. Son offre était considérée comme non conforme aux exigences et incomplète. En application de l'art. 42 al. 1 let a RMP, elle était écartée. A la décision d'exclusion, la CCA a joint une copie du fax du 13 septembre 2010 et du rapport de communication.

8. Le 27 septembre 2010, Securitas a interjeté recours auprès du Tribunal administratif, devenu depuis le 1^{er} janvier 2011 la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), contre la décision du 21 septembre 2010. Le recours était formulé par « Securitas, Société suisse de surveillance », direction régionale de Genève et signé par Monsieur Francis Meyer, directeur, et par Monsieur Steeve Genaine, chef de département marketing & commercial. Elle conclut à l'annulation de la décision d'exclusion, qui était arbitraire.

Si elle avait reçu le 8 septembre 2010 un fax de la part de la CCA, tel n'était pas le cas le 13 septembre 2010. Elle n'en n'avait trouvé aucune trace. Si elle

l'avait reçu, elle y aurait sans aucun doute donné suite, car le mandat commercial était extrêmement important pour elle.

9. La CCA a répondu le 8 octobre 2010. Elle conclut à l'irrecevabilité du recours et, subsidiairement, à son rejet. Le recours était irrecevable, dès lors qu'il avait été déposé par Securitas, succursale de Genève. En effet, une succursale n'avait pas la personnalité juridique et, par conséquent, n'avait pas la qualité pour recourir. En outre, le recours avait été signé par deux personnes, dont l'une, M. Genaine, ne figurait pas au registre du commerce parmi les personnes autorisées à engager la société. Comme M. Meyer ne pouvait engager seul la recourante ne bénéficiant que de la signature collective à deux, sa signature n'avait aucune portée.

Sur le fond, elle pouvait prouver l'envoi de son fax et la réception de celui-ci par le rapport de communication du courrier du 13 septembre 2010. Le numéro de fax auquel elle avait adressé le sien ce jour-là était celui qui figurait sur le papier à entête de Securitas et qui permettait d'envoyer le document directement à la personne en charge du dossier. Il résultait des conditions générales de l'appel d'offres que les communications se faisaient par fax. Dès lors, ce moyen était admis et il incombait à la recourante de tout mettre en œuvre pour s'assurer de la bonne réception des fax qu'elle était susceptible de recevoir. La communication du 13 septembre 2010 était donc valablement entrée dans la sphère de maîtrise de l'intéressée. Si elle n'avait pas répondu dans le délai imparti, elle pouvait être exclue du marché, selon l'art. 31 al. 1 let. a RMP.

10. Les parties n'ont pas sollicité d'actes d'instruction. Le 22 octobre 2010, conformément à ce que le juge délégué leur a fait savoir, la cause a été gardée à juger.
11. Le 7 mars 2011, le juge délégué a prié la CCA de transmettre le dossier de soumission déposé par la recourante.
12. Cette autorité s'est exécutée le 10 mars 2011. Le même jour, le juge délégué a informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Depuis le 1^{er} janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échu à la chambre administrative de la Cour de justice, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 131 et 132 LOJ).

2. Les procédures pendantes devant le Tribunal administratif au 1^{er} janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ). Cette dernière est ainsi compétente pour statuer (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 - RS L 6 05.0 ; art. 56 al. 1 RMP).

b. Le soumissionnaire évincé a qualité pour recourir contre une décision d'exclusion (art. 15 1bis let. d AIMP ; art. 55c RMP ; art. 63 al. 1 let. a et b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Le délai de recours est de dix jours (art. 56 RMP).

Interjeté en temps utile devant la juridiction alors compétente, le recours est recevable sous cet angle.

3. L'intimée soutient que l'acte de recours n'est pas recevable dès lors qu'il émane de la succursale de la recourante et qu'au surplus il n'est pas signé par deux personnes ayant le droit d'engager la société.

Dans le cas d'espèce, le recours est rédigé sur papier à en-tête de Securitas. Il porte la référence « Securitas, Société suisse de surveillance », qui correspond à l'exacte dénomination de la société principale, dont le siège est à Berne, et il est signé par M. Meyer, qui est inscrit comme directeur au registre du commerce du canton de Berne. Rien n'indique donc que le recours n'émanerait que de la succursale genevoise de la société. Ce premier grief est infondé.

4. Le principe de la bonne foi entre administration et administré, exprimé aujourd'hui aux art. 9 et 5 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), exige que l'une et l'autre se comportent réciproquement de manière loyale. En particulier, l'administration doit s'abstenir de toute attitude propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 129 I 161 consid. 4 p. 170 ; 129 II 361 consid. 7.1 p. 381 ; Arrêt du Tribunal fédéral 9C.115/2007 du 22 janvier 2008, consid. 4.2). Par ailleurs, la jurisprudence a tiré du principe de la bonne foi et de l'interdiction du formalisme excessif le devoir qui s'impose à l'administration, dans certaines circonstances, d'informer d'office le justiciable qu'il commet ou s'apprête à commettre un vice de procédure, à condition que celui-ci soit aisément reconnaissable et qu'il puisse être réparé à temps (ATF 125 I 166 consid. 3a p. 170 ; 124 II 265 consid. 4a pp. 269-270 et les arrêts cités ; Arrêt du Tribunal fédéral 1A.246.2000 du 20 novembre 2000, consid. 2b).

Selon l'extrait du registre du commerce précité, il est exact que M. Meyer ne dispose que de la signature collective à deux et que M. Genaine, la deuxième personne qui a signé l'acte de recours, n'apparaît pas dans le registre officiel précité. Toutefois, ce sont ces deux mêmes personnes qui ont signé l'appel

d'offres de la recourante, ce qui n'a pas déclenché, au moment de l'ouverture des offres, de réaction de la part de l'intimée. Au contraire, cette dernière est entrée en matière sur l'examen de son contenu et, elle a rendu une décision d'exclusion, fondée sur un autre motif. Dès lors que les signataires de l'acte de recours étaient déjà les interlocuteurs de l'intimée dès le dépôt de l'offre et que la recourante était destinataire de la décision d'exclusion (art. 60 al. 1 let. a LPA), sa qualité pour recourir doit être admise à ce stade de la procédure, par respect du principe de la bonne foi, quelle que soit l'étendue du pouvoir de représentation des signataires de l'acte de recours.

5. A teneur de l'appel d'offres, le marché considéré n'est pas soumis aux traités internationaux. Sont dès lors applicables les dispositions de l'AIMP et du RMP.
6. 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, 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).
7. Les documents mis à disposition des candidats doivent contenir tous les renseignements nécessaires à l'établissement de l'offre, notamment le lieu et l'échéance du délai pour la remise de celle-ci (art. 27 let. g RMP). Tout délai est uniforme et défini de manière à ce que personne ne soit discriminé (art. 30 al. 1 RMP). Ces délais courent, soit à partir de la date de publication, soit à la date à laquelle les documents d'appel d'offres sont disponibles (art. 30 al. 2 RMP).

Le respect du principe d'égalité de traitement implique donc que l'autorité adjudicatrice prenne toutes dispositions pour que chaque soumissionnaire soit mis en possession en temps utile de l'information qui lui permettra de formuler son offre.

Ces principes sont également applicables dans les contacts entre l'autorité adjudicataire et le soumissionnaire, postérieurs au dépôt de l'offre, notamment lorsque la première demande au deuxième des explications relatives à son aptitude et à son offre.

8. 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).

En l'espèce, l'offre de Securitas a été exclue de l'adjudication parce que celle-là n'a pas répondu dans le délai à la demande de renseignements que lui avait adressée la CCA, par le seul moyen d'un télécopieur. Selon l'intimée, le recours à ce mode de communication avait été expressément réservé dans les conditions de l'appel d'offres, si bien qu'il appartenait aux soumissionnaires de prendre toutes dispositions pour recevoir les communications qui étaient susceptibles de leur être adressées.

La question de la conformité à la loi d'une telle prescription peut être laissée ouverte. En effet, tant les conditions de l'appel d'offres paru sur le site Internet des marchés publics que les conditions générales distribuées aux soumissionnaires intéressés ne permettent nullement de retenir que la transmission par télécopieur était le mode de communication retenu dans le cadre du marché public considéré. Le texte de l'appel d'offres publié sur le site www.simap.ch ne se référait à l'usage du télécopieur que pour préciser le moyen par lequel la CCA pouvait être atteinte, dès lors qu'elle ne répondrait pas au téléphone. Quant au dossier d'appel d'offres, il en faisait état d'une manière similaire en rapport avec les éventuelles questions que les soumissionnaires voulaient poser.

Lorsque la CCA a adressé le 13 septembre 2010 un fax au soumissionnaire, du fait de la brièveté des délais qu'elle fixait pour qu'il réponde, elle se devait de lui adresser un exemplaire de cette communication par la poste, comme elle l'avait fait lors de sa première communication du 8 septembre 2010. En effet, la transmission d'un courrier par la seule voie d'un télécopieur engendrait le risque que cette communication ne soit pas reçue par son destinataire, avec la conséquence que ce dernier ne puisse pas répondre dans le délai imparti.

L'intimée a fait valoir que, selon le rapport d'activité de son télécopieur, la communication en question était bel et bien parvenue à son destinataire le 13 septembre 2010. Toutefois, la production de ce document ne prouve pas que la recourante ait eu effectivement connaissance de la communication à la date indiquée. Il n'est en effet pas exclu que le document n'ait pas été imprimé, pour des raisons techniques, même si le télécopieur de la CCA a enregistré que le fax avait été reçu dans l'appareil de son destinataire.

Compte tenu du mode de communication adopté par l'autorité adjudicatrice pour la transmission du courrier du 13 septembre 2010, une décision d'exclusion fondée sur une absence de réponse du soumissionnaire destinataire viole le principe de non discrimination, la seule transmission par télécopieur ne permettant pas de garantir que celui-là ait été atteint. Dans ces circonstances, la CCA n'avait donc pas le droit d'exclure la recourante du marché.

9. Le recours sera admis et la décision du 21 septembre 2010 annulée. L'intimée, qui succombe, verra mis à sa charge un émolument de CHF 1'000.-

(art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à la recourante, qui n'y a pas conclu (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 27 septembre 2010 par Securitas S.A. Société suisse de surveillance contre la décision du 21 septembre 2010 de la Centrale Commune d'Achats ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision de la Centrale Commune d'Achats excluant la soumission de Securitas S.A. Société suisse de surveillance du marché « Appel d'offres public pour les services de sécurité et surveillance de divers établissements » ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge de la Centrale Commune d'Achats ;

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 Securitas S.A. Société suisse de surveillance, ainsi qu'à Centrale Commune d'Achats.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Thélin, Mmes Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :