

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3620/2015-MARPU

ATA/256/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 22 mars 2016

dans la cause

MFP PRÉFABRICATION SA

représentée par Me Pierre Heinis, avocat

contre

FONDATION HBM EMMA KAMMACHER

représentée par Me Romain Jordan, avocat

EN FAIT

1. La Fondation HBM Emma Kammacher (ci-après : la fondation) a lancé le 18 août 2015 un appel d'offres, en procédure publique, soumis à l'accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0.632.231.422), respectivement aux accords internationaux, portant sur les travaux de construction d'un immeuble de soixante-six logements d'utilité publique à l'adresse 17-17a, ch. de la Petite-Boissière à Genève.

Le marché portait sur les lots suivants :

- lot 5: travaux spéciaux
- lot 6: travaux de terrassement
- lot 7: travaux de maçonnerie: béton/béton armé, maçonnerie, éléments préfabriqués
- lot 8: éléments préfabriqués en béton
- lot 9: travaux d'électricité
- lot 10: installation de chauffage
- lot 11: installation de ventilation
- lot 12: installations sanitaires

Les offres devaient être déposées d'ici au 28 septembre 2015 à 14h00.

2. Le dossier d'appel d'offres, qui pouvait être téléchargé à partir du site internet www.simap.ch, énumérait la liste des attestations et documents à fournir par les soumissionnaires, ainsi que par ses sous-traitants, en précisant que les attestations listées sous chiffres 7.1 à 7.6 ne devaient pas être antérieures de plus de trois mois à la date fixée pour le dépôt des offres, sauf dans les cas où elles ont, par leur contenu, une durée de validité supérieure. La non-présentation par le soumissionnaire et ses sous-traitants des attestations 7.2 à 7.6 était éliminatoire. Étaient considérées comme non-présentées, toutes attestations irrecevables (périmées, copies non-certifiées, etc.).

L'attestation à fournir sous chiffre 7.4 était décrite dans les conditions générales de l'appel d'offres comme étant une attestation certifiant pour le personnel appelé à travailler sur le territoire genevois, soit que le soumissionnaire était signataire d'une convention collective applicable à Genève, soit qu'il avait signé auprès de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail

(ci-après : OCIRT) un engagement à respecter les usages de la profession en vigueur à Genève, en adéquation avec le marché concerné. Pour l'OCIRT, il y avait lieu, pour l'obtention de ce document, de prendre contact avec celui-ci au plus tard dix jours avant la remise de l'offre.

3. MFP Préfabrication SA (ci-après : MFP) est une société sise à Marin, dans le canton de Neuchâtel, dont le but est la fabrication et le commerce avec des éléments de béton et d'autres matériaux de construction, l'exercice de toutes activités commerciales, financières et autres en rapport avec son but, ainsi que l'acquisition, la détention et l'aliénation d'immeubles.
4. MFP a fait parvenir le 24 septembre 2015, soit dans le délai requis, une offre pour les lots 7 et 8 (travaux de maçonnerie et de construction préfabriquée en béton et maçonnerie).

Étaient notamment joints à son offre deux documents en rapport avec l'attestation requise sous chiffre 7.4 précité, soit :

- un formulaire de l'OCIRT dénommé « engagement à respecter les usages », signé à Marin par les organes de la société et enregistré à Genève le 7 janvier 2010 par l'OCIRT. Le document produit précisait : « Cet engagement ne vaut, en aucun cas, attestation du respect des usages ».

- une attestation de l'union des fabricants de produits en béton de Suisse romande (ci-après: UFPB) datée du 12 janvier 2015, indiquant que MFP était membre de son association professionnelle et était donc soumise à la convention collective de travail pour l'industrie suisse des produits en béton.

5. Selon le procès-verbal d'ouverture des offres du 1^{er} octobre 2015, le pouvoir adjudicateur a laissé en blanc la case relative à la conformité de l'attestation en question en mentionnant: « contrôle des documents OCIRT et convention collective en cours ».
6. Suite à la séance d'ouverture des offres, une employée du secrétariat des fondations immobilières de droit public (ci-après : SFIDP) qui centralisait les offres pour le compte de la fondation a pris contact avec MFP pour l'inviter à produire une attestation OCIRT en cours de validité.
7. Le même jour, soit le 1^{er} octobre 2015, MFP a transmis le document demandé, soit l'attestation de l'OCIRT N° 114062 émise le 1^{er} octobre 2015 pour une durée de validité de trois mois, certifiant que la société s'était engagée le 22 décembre 2009 à respecter, pour le personnel appelé à travailler sur le territoire genevois, les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage à Genève dans son secteur d'activité.

8. Par décision notifiée à MFP le 8 octobre 2015, la fondation a prononcé son exclusion de la procédure. L'offre de celle-ci était incomplète. Il y manquait l'attestation OCIRT requise. La demande transmise par le secrétariat de la fondation suite à l'ouverture des offres, visant à corriger l'informalité du dossier en l'autorisant à lui adresser sans délai une attestation de l'OCIRT conforme, était le résultat d'une inadvertance, pour laquelle ils étaient priés de recevoir leurs excuses. Tant la loi que le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires ne lui permettaient pas de pallier la carence formelle du dossier, et elle n'avait d'autre choix que de constater le caractère irrecevable de l'offre.

9. Par acte posté le 15 octobre 2015, MFP a interjeté un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision, concluant sur le fond à son annulation et à sa réintégration dans la procédure d'appel d'offres. À titre préalable, elle sollicitait la restitution de l'effet suspensif. Elle rappelait les faits précités. L'attestation transmise le 1^{er} octobre 2015 ne faisait que rappeler l'engagement de respecter les usages à Genève dans son secteur d'activité, pris vis-à-vis de l'OCIRT le 22 décembre 2009 et dont elle avait transmis une copie avec son offre. Sur le fond, ce document respectait les conditions de la réglementation applicable. Suivre un raisonnement contraire reviendrait à faire preuve de formalisme excessif. En outre, le principe de la bonne foi voulait que l'attestation produite le 1^{er} octobre 2015 soit admise, dès lors qu'elle avait été sollicitée par le pouvoir adjudicateur. L'attitude et les propos tenus par sa collaboratrice pouvaient lui laisser croire que son offre serait considérée comme recevable si elle fournissait ladite attestation.

10. Dans sa réponse du 6 novembre 2015 sur effet suspensif, la fondation a conclu au rejet de la requête d'effet suspensif. Pour satisfaire à ses obligations de production d'une documentation découlant du ch. 4.7 des conditions générales, MFP avait produit deux attestations, l'une de l'OCIRT l'autre de l'UFPB, mais elles étaient toutes deux périmées. Ces vices avaient été protocolés au moment de l'ouverture des offres. Le fait qu'une employée de la fondation ait pris contact avec MFP pour réparer l'omission ne pouvait être pris en considération. Se fondant sur la pratique constante en la matière dans le canton de Genève, la fondation n'avait pas d'autre choix que d'exclure MFP, pour respecter le principe de l'égalité de traitement.

Le recours ne présentait aucune chance de succès au vu de la jurisprudence restrictive en matière de production d'attestations dans le canton de Genève. L'obligation de produire des attestations non antérieures à trois mois découlait clairement de la réglementation applicable. En outre, la législation sur l'inspection et les relations du travail mentionnait le fait que l'attestation de respect des usages n'avait qu'une durée limitée. La décision attaquée ne contrevenait pas au principe du formalisme excessif. En outre, le principe de la bonne foi était respecté, dans la

mesure où, même si MFP avait été requise de produire une attestation, la production de celle-ci, postérieurement au délai de remise des offres, contrevenait à la loi. S'agissant de la restitution de l'effet suspensif, au vu des faibles chances de succès du recours, de l'intérêt public à la continuation de la procédure et à la construction de logements sociaux, celui-ci prévalait sur l'intérêt privé de MFP.

11. Par décision du 10 novembre 2015, la présidence de la chambre administrative a refusé de restituer l'effet suspensif au recours et réservé le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond. Les chances de succès du recours apparaissaient ténues. Au demeurant, l'intérêt public à ce que la construction de soixante-six logements d'utilité publique puisse aller de l'avant prévalait sur l'intérêt privé de MFP à participer à la procédure d'évaluation des offres.
12. Dans sa réponse sur le fond du 22 janvier 2016, la fondation a conclu au rejet du recours, sous suite de frais et dépens.

MFP avait manqué à son obligation essentielle de produire des attestations à jour, contrairement aux exigences claires de la réglementation applicable, et c'était ainsi à bon droit qu'elle avait été exclue de la procédure. La décision attaquée ne contrevenait ainsi pas au principe du formalisme excessif. En outre, le principe de la bonne foi était respecté, dans la mesure où, même si MFP avait été requise de produire une attestation, la production de celle-ci, postérieurement au délai de remise des offres, contrevenait à la loi et l'offre devait être écartée.

13. Dans sa réplique du 26 février 2016, MFP a contesté ne pas avoir respecté la procédure, dans la mesure où les attestations produites avaient toujours été acceptées par les autorités lors de précédentes soumissions.

Même si l'attestation produite ne constituait pas une attestation valable au sens de la loi, il devait être considéré qu'elle n'avait commis qu'une informalité de peu de gravité. Cette informalité avait d'ailleurs été immédiatement réparée, de sorte que l'exclure pour ce motif relevait du formalisme excessif.

Les conditions permettant de se fonder sur le principe de la confiance étaient par ailleurs remplies. Lorsque l'employée de la fondation lui avait indiqué que si elle déposait le document demandé dans le délai complémentaire imparti, son offre serait prise en compte, rien ne lui permettait de penser que cette promesse était contraire à la pratique en la matière. Sur la base de cette promesse, elle avait poursuivi ses démarches. La réglementation n'avait pas changé depuis lors.

Au vu de la jurisprudence citée par la fondation, il n'existait par ailleurs aucune inégalité de traitement vis-à-vis d'un autre soumissionnaire.

Enfin, MFP a pris des conclusions subsidiaires complémentaires tendant à faire constater l'illicéité de l'adjudication si le marché devait être adjugé au cours de la procédure.

14. Par courriers du 29 février 2016, le juge délégué a informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. a. Le marché public litigieux est soumis à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), à la loi autorisant le Conseil d'État 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).

b. La chambre administrative est l'autorité compétente pour connaître des recours contre les décisions du pouvoir adjudicateur en matière de marchés publics (art. 3 L-AIMP ; 56 al. 1 RMP ; art 132 al. 1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05).

Les articles 15 al. 1 et al. 1bis let. e AIMP et 55 let. c RMP disposent que la décision d'exclusion du marché public peut faire l'objet d'un recours auprès de l'autorité juridictionnelle cantonale.

En vertu des art. 62 al. 1 let. b LPA, 15 al. 1 et 2 AIMP, 3 al. 1 L-AIMP et 56 al. 1 RMP, le recours est adressé à la chambre administrative dans les dix jours suivant la notification de la décision.

Le recours est ouvert au destinataire de ladite décision (art. 60 al. 1 let. a et b LPA).

c. En l'espèce, interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente par un soumissionnaire exclu du marché, le recours est recevable.

2. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP). Il vise à harmoniser les règles de passation des marchés et à transposer les obligations découlant de l'accord GATT/OMC ainsi que de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse (art. 1 al. 2 AIMP). Il poursuit plusieurs objectifs, soit assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. a AIMP), garantir l'égalité de traitement entre ceux-ci et assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 3 let. b AIMP), assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) et permettre l'utilisation parcimonieuse des

deniers publics (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, notamment let. a et b AIMP).

3. Aux termes de l'art. 32 al. 1 RMP, ne sont prises en considération que les offres accompagnées, pour le soumissionnaire et ses sous-traitants, des documents suivants : a) attestations justifiant que la couverture du personnel en matière d'assurances sociales est assurée conformément à la législation en vigueur au siège du soumissionnaire et que ce dernier est à jour avec le paiement de ses cotisations ; b) attestation certifiant pour le personnel appelé à travailler sur territoire genevois : 1° soit que le soumissionnaire est lié par la convention collective de travail de sa branche, applicable à Genève, 2° soit qu'il a signé, auprès de l'office cantonal, un engagement à respecter les usages de sa profession en vigueur à Genève, notamment en ce qui concerne la couverture du personnel en matière de retraite, de perte de gain en cas de maladie, d'assurance-accident et d'allocations familiales ; c) attestation de l'autorité fiscale compétente justifiant que le soumissionnaire s'est acquitté de ses obligations en matière d'impôt à la source retenu sur les salaires de son personnel ou qu'il n'a pas de personnel soumis à cet impôt ; d) déclaration du soumissionnaire s'engageant à respecter le principe de l'égalité entre femmes et hommes.

L'alinéa 3 de cette disposition réglementaire précise que pour être valables, les attestations visées à l'al. 1 ne doivent pas être antérieures de plus de trois mois à la date fixée pour leur production, sauf dans les cas où elles ont, par leur contenu, une durée de validité supérieure.

4. Toute entreprise soumise au respect des usages en vertu d'une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle doit en principe signer auprès de l'OCIRT un engagement de respecter les usages. L'office délivre à l'entreprise l'attestation correspondante, d'une durée limitée (art. 25 al. 1 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 LIRT - J 1 05).
5. À teneur de l'art. 42 al. 1 let. a RMP, lorsque le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non conforme aux exigences ou au cahier des charges, l'offre est écartée d'office. Les offres écartées ne sont pas évaluées. L'autorité adjudicatrice rend une décision d'exclusion motivée, notifiée par courrier à l'intéressé, avec mention des voies de recours (art. 42 al. 3 RMP).
6. Comme la chambre de céans l'a rappelé à plusieurs reprises, le droit des marchés publics est formaliste 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 (ATA/1216/2015 du 10 novembre 2015 consid. 5 ; ATA/586/2015 du 9 juin 2015 consid. 11b ; ATA/361/2014 du 20 mai 2014 consid. 6b ; ATA/291/2014 du 29 avril 2014 consid. 5 ; ATA/271/2012 du 8 mai 2012 consid. 10 ; ATA/535/2011 du 30 août 2011 consid. 5).

Ledit formalisme permet de protéger notamment le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires garanti par l'art. 16 al. 2 RMP (ATA/175/2016 du 23 février 2016 consid. 4 ; ATA/129/2014 du 4 mars 2014 consid. 4 a contrario).

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), interdit d'exclure une offre présentant une informalité de peu de gravité. C'est dans ce sens que des erreurs évidentes de calcul et d'écriture 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 (Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, *Droit des marchés publics*, 2002, p. 110 ; Olivier RODONDI, *La gestion de la procédure de soumission*, in *Droit des marchés publics*, 2008, p. 186 n. 63).

À 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 (ATA/175/2016 du 23 février 2016 consid. 4 ; ATA/586/2015 précité consid. 11c; Olivier RODONDI, *Les délais en droit des marchés publics* in RDAF 2007 I 187 et 289).

Les principes précités valent notamment pour la phase d'examen de la recevabilité des soumissions (Olivier RODONDI, *op. cit.*, p. 186 n. 65). 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'attestation, 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, si celui-ci remplit les conditions d'aptitude ou d'offre conformes à ce qui est exigé dans le cahier des charges (ATA/175/2016 précité consid. 4 ; ATA/102/2010 du 16 février 2010, confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 et 2C_198/2010 du 30 avril 2010).

Le Tribunal fédéral a jugé que la garantie constitutionnelle de l'interdiction du formalisme excessif n'oblige pas le pouvoir adjudicateur à interpeller un

soumissionnaire en présence d'une offre défailante (arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 précité consid. 6.5).

La chambre de céans s'est toujours montrée stricte dans ce domaine (ATA/535/2011 précité consid. 6 ; ATA/150/2006 du 14 mars 2006, notamment), ce que le Tribunal fédéral a constaté mais confirmé (arrêts du Tribunal fédéral 2C_418/2014 du 20 août 2014 ; 2C_197 et 198/2010 précité), la doctrine étant plus critique à cet égard (Olivier RODONDI, op. cit., p. 186 n. 64, et p. 187 n. 66).

7. En l'espèce, afin de satisfaire aux exigences de l'art. 32 al. 1 let. b RMP et du chiffre 7.4 des conditions générales de l'appel d'offres, le recourant a produit deux documents.

Le premier est un formulaire de l'OCIRT dénommé « engagement à respecter les usages », signé par la recourante et enregistré à Genève le 7 janvier 2010 par l'OCIRT. Ce document précise expressément que cet engagement ne vaut, en aucun cas, attestation du respect des usages. Dès lors, ce document ne peut être qualifié d'attestation au sens de l'art. 32 al. 1 let. b ch. 2 RMP. Même à considérer que tel pourrait être le cas, il apparaît que ce document a été délivré en 2010, pour une durée limitée, et qu'il n'est pas daté de moins de trois mois comme cela est pourtant requis tant par l'art. 32 al. 3 RMP que par les conditions générales de l'appel d'offres.

Le second document est une attestation de l'UFPB datée du 12 janvier 2015 qui indique que MFP est soumise à la convention collective de travail pour l'industrie suisse des produits en béton. À nouveau, ce document ne respecte pas les conditions générales de l'appel d'offres et l'art. 32 al. 3 RMP, dans la mesure où elle est antérieure de plus de trois mois à la date fixée pour leur production. Le contenu de cette attestation n'est par ailleurs pas de nature à considérer qu'elle devrait avoir une validité supérieure à trois mois.

Force est ainsi de constater que la recourante n'a pas remis les attestations requises tant par la loi que par les conditions générales de l'appel d'offres. Ce manquement, non négligeable au regard des exigences et des conséquences de leur non-respect (« exclusion immédiate »), bien mises en évidence par l'intimée à l'intention des candidats, ne pouvait pas échapper à la recourante au moment du dépôt de son offre, si elle avait fait preuve de la diligence requise par les circonstances et les exigences de forme propres au droit des marchés publics. Il ne s'agit dès lors pas d'une informalité de peu d'importance comme le prétend la recourante.

MFP ne fait d'ailleurs pas valoir qu'elle aurait été dans l'impossibilité de présenter, à la date du dépôt de son offre, des attestations qui ne soient pas périmées.

Il serait par ailleurs contraire au principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires d'accorder, postérieurement à la date de dépôt des offres, un délai pour remplacer les attestations échues par de plus récentes.

L'argument de la recourante selon lequel les documents litigieux ont toujours été acceptés dans ses précédentes soumissions n'est d'une part pas prouvé, et d'autre part n'est pas de nature à remettre en question les considérations qui précèdent.

Par conséquent, au regard des principes et de la jurisprudence susmentionnés, la fondation n'a pas violé le droit ni excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant l'offre de MFP comme incomplète, et en l'éliminant pour ce motif.

8. a. Le principe de la bonne foi entre administration et administré prévaut d'une manière générale dans les rapports entre ceux-ci. Exprimé aujourd'hui aux art. 9 et 5 al. 3 Cst., celui-ci 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 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_534/2009 du 2 juin 2010 ; 9C_115/2007 du 22 janvier 2008 consid. 4.2 ; ATA/141/2012 du 13 mars 2012 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 193 n. 568).
- b. Selon la jurisprudence, les assurances ou les renseignements erronés donnés par les autorités confèrent des droits aux justiciables, fondés sur le principe de la bonne foi découlant de l'art. 9 Cst., lorsque les cinq conditions cumulatives suivantes sont remplies. Tout d'abord, on doit être en présence d'une promesse concrète effectuée à l'égard d'une personne déterminée. Il faut également que l'autorité ait agi dans le cadre et dans les limites de sa compétence, que la personne concernée n'ait pas été en mesure de se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement fourni, qu'elle se soit fondée sur ce renseignement pour prendre des dispositions qu'elle ne peut ensuite modifier sans subir de préjudice et, enfin, que la loi n'ait pas subi de changement depuis le moment où la promesse a été faite (ATF 131 II 627 consid. 6.1 ; 129 I 161 consid. 4.1 ; 122 II 113 consid. 3b/cc ; arrêt du Tribunal fédéral 1P.373/2006 du 18 octobre 2006 consid. 2 ; ATA/34/2014 du 21 janvier 2014 consid. 7).
- c. En l'espèce, la recourante expose qu'une employée de la fondation a pris contact avec MFP par téléphone postérieurement à la date de remise des offres pour l'inviter à produire une attestation de l'OCIRT en cours de validité, ce que l'intimée ne conteste pas. En revanche, il n'apparaît d'une part aucunement que la fondation aurait effectué une promesse concrète vis-à-vis de la recourante quant à la validité de son offre. De plus, cette indication erronée n'a nullement amené la

recourante à prendre des dispositions qu'elle ne saurait modifier sans en subir un préjudice. L'usage fait de l'indication fournie par l'employée de l'intimée lui a uniquement permis de corriger une informalité qui lui avait été signalée à tort, et ceci en contradiction des obligations du pouvoir adjudicateur vis-à-vis des autres soumissionnaires.

Les cinq conditions cumulatives n'étant pas remplies, la recourante ne saurait se prévaloir de la protection de la bonne foi.

La chambre administrative relèvera encore que le cas d'espèce n'est pas comparable à la situation qui prévalait dans l'ATA/172/2010 du 16 mars 2010. Dans cette affaire, le mandataire du pouvoir adjudicateur avait accepté une demande de délai formulée par un soumissionnaire avant la date de remise des offres en lui indiquant que l'offre devait être remise dans le délai imparti et les attestations dès que possible. Le pouvoir adjudicateur avait par la suite écarté le soumissionnaire du marché au motif que les attestations lui étaient parvenues après la date limite de remise des offres. Dans ces circonstances particulières, la chambre administrative avait admis le grief tiré de la protection de la bonne foi et annulé la décision d'exclusion en relevant que le soumissionnaire avait reçu des assurances consistant en l'acceptation de sa demande de prolongation de délai. Or, dans la présente espèce, l'informalité avait été découverte après le dépôt des offres et ne pouvait plus être corrigée, sous peine de violer le principe de l'intangibilité des offres et celui qui oblige à traiter de manière égale les soumissionnaires.

9. Au vu de ce qui précède, la décision d'exclusion sera confirmée et le recours rejeté.
10. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.-, comprenant les frais liés à la procédure de restitution de l'effet suspensif, sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Conformément à la jurisprudence en la matière, il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure à la fondation (ATA/576/2013 du 29 août 2013).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 16 octobre 2015 par MFP Préfabrication SA contre la décision de la fondation HBM Emma Kammacher du 8 octobre 2015 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de MFP Préfabrication SA un émolument de CHF 1'500.- ;

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 ;

communique le présent arrêt à Me Pierre Heinis, avocat de la recourante, à Me Romain Jordan, avocat de la Fondation HBM Emma Kammacher, ainsi qu'à la commission de la concurrence COMCO.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Junod, M. Dumartheray,
Mme Payot Zen-Ruffinen, M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

le président siégeant :

S. Hüsler Enz

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :