

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4078/2007-DCTI

ATA/79/2008

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 19 février 2008

dans la cause

JOS BERCHTOLD S.A.

représentée par Me Michel D'Alessandri, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DES CONSTRUCTIONS ET DES TECHNOLOGIES DE
L'INFORMATION**

et

ANDRÉ S.A.

appelée en cause

et

DURET S.A.

appelée en cause

EN FAIT

1. Par inscription sur le site internet du système d'information sur les marchés publics suisses (www.simap.ch) et publication dans la Feuille d'Avis Officielle (ci-après : FAO) du 27 août 2007, le département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : le département), soit pour lui la direction des bâtiments, a fait un appel d'offres (CFC 273.01), en procédure ouverte, portant sur la construction de portes intérieures en bois-courantes pour la future école postobligatoire Aimée Stitelmann (ci-après : l'école Stitelmann), située dans la commune de Plan-les-Ouates. Le coût estimé du marché était de CHF 858'753.- hors taxes.

L'appel d'offres était soumis au règlement cantonal sur la passation des marchés publics en matière de construction du 17 novembre 1997 (ci-après : le règlement - L 6 05.01) ainsi qu'à l'accord sur les marchés publics du 15 avril 1994, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1996 (accord GATT/OMC - RS 0.632.231.422).

Pour qu'une offre soit retenue, elle devait notamment être complète et accompagnée des attestations mentionnées aux articles 25, 26 et 28 du règlement (points 3.1 et 3.2 des conditions de participation prévues dans l'avis d'appel d'offres - ci-après : l'avis). Les offres reçues après le délai fixé au 10 octobre 2007 seraient exclues de la procédure d'adjudication (point 3.9 de l'avis).

2. Le document de soumission indiquait, au point 1.2, que les attestations obligatoires, énumérées au chapitre 8 de ce même document, ne devaient pas être antérieures de plus de quinze jours calendaires à la date fixée pour la remise de l'offre et qu'elles devaient être produites dans ce même délai.
3. La société Jos Berchtold S.A. (ci-après : Jos Berchtold ou la société), ayant son siège social à Zürich et active dans le secteur de la construction, a déposé son offre le 8 octobre 2007.

Quatre des attestations nécessaires étaient datées de janvier 2007, à l'exception de celle relative à la convention collective de travail, laquelle datait du 27 juin 2007.

4. Selon le procès-verbal d'ouverture publique des offres du 10 octobre 2007, deux concurrents ont été refusés, dont Jos Berchtold. La seconde entreprise évincée avait été éliminée pour avoir omis de déposer certaines attestations.
5. Le 12 octobre 2007, le département a informé la société que son offre était écartée, motif pris de l'absence d'attestations en matière de couverture du personnel au titre des assurances sociales datant de moins de quinze jours, de

même que d'attestations correspondantes concernant l'adhésion à une convention collective de travail et en matière fiscale.

Cette décision ne mentionnait pas les voie et délai de recours.

6. Par téléfax et lettre signature du 24 octobre 2007, Jos Berchtold a, sous la plume de son conseil, prié le département de revenir sur la décision précitée, faute de quoi elle serait contrainte de recourir auprès du Tribunal administratif. Le département avait fait preuve d'un formalisme excessif en écartant son offre, en raison du fait que lesdites attestations étaient échues. Elle avait par ailleurs remis des documents relatifs au concept de sécurité alors que les concurrents retenus ne les avaient pas encore produits. A ce sujet, elle entendait se prévaloir du principe de l'égalité de traitement.

De nouvelles attestations, toutes datées du 23 octobre 2007, étaient jointes au courrier.

Elle a imparti au département un délai au 25 octobre 2007 pour qu'il prenne position.

7. Par téléfax du 12 octobre 2007, le département a répondu ne pas pouvoir se déterminer dans le délai fixé et a laissé le soin à la société de saisir le tribunal de céans, quitte à ce qu'elle retire son recours ultérieurement.
8. Par acte du 26 octobre 2007, Jos Berchtold a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision du 12 octobre 2007. A titre préliminaire, elle sollicitait l'octroi de l'effet suspensif. Sur le fond, elle conclut à l'annulation de la décision entreprise ainsi qu'à la réintégration de son offre dans la procédure d'adjudication.

Se basant sur la jurisprudence rendue en matière de marchés publics, elle a exposé que le refus de prendre en compte les attestations échues, alors qu'elles avaient été actualisées et transmises après l'ouverture publique des offres, soit le 23 octobre 2007, constituait un cas de formalisme excessif.

Son droit d'être entendue avait été violé, car, d'une part, la décision querellée n'était pas suffisamment motivée et ne comportait aucune mention des voie et délai de recours et, d'autre part, le département n'avait pas pris en considération les documents offerts à l'examen le 24 octobre 2007.

Ladite décision violait le principe d'égalité de traitement. Le département avait écarté son offre pour un motif dérisoire alors qu'elle était la concurrente la plus efficace, dans la mesure où elle était la seule apte à fournir les certificats de l'Association des établissements cantonaux d'assurance incendie (ci-après : certificat AEAI), lesquels certifiaient la conformité des matériaux offerts par les soumissionnaires. Le tribunal de céans avait par ailleurs déjà jugé que la pratique

de l'autorité consistait à entrer en matière sur les offres présentant des attestations de plus de quinze jours calendaires, quitte à demander une actualisation de ces documents par la suite (ATA/154/2007 du 27 mars 2007).

Enfin, l'article 28 alinéa 3 du règlement était contraire aux principes posés par l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP - L 6 05).

9. Dans sa détermination du 2 novembre 2007, le département conclut au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif. Le recours ne paraissait pas suffisamment fondé et l'intérêt de Jos Berchtold à l'obtention de l'effet suspensif n'était pas prépondérant. La société n'avait pas démontré que sa réintégration dans la procédure d'adjudication lui permettrait d'obtenir le marché. Par ailleurs, la construction, dans les délais prévus, de l'école Stitelmann était une priorité.
10. Par décision du 7 novembre 2007, le Président du Tribunal administratif a refusé de restituer l'effet suspensif au recours et imparti au département un délai au 23 novembre 2007 pour répondre sur le fond.
11. Le 16 novembre 2007, le tribunal de céans a appelé en cause Duret S.A. et André S.A., sociétés ayant présenté au département des offres complètes, lesquelles étaient en cours d'évaluation.
12. Dans son écriture responsive du 23 novembre 2007, le département s'est opposé au recours.

Le règlement et la jurisprudence y relative étaient strictes s'agissant des règles de procédure en matière de marchés publics. Il n'avait ainsi pas fait preuve de formalisme excessif en écartant l'offre de Jos Berchtold, au motif que cette dernière avait produit trois attestations obligatoires échues.

La décision querellée étant suffisamment motivée, le droit d'être entendu de la société avait été respecté. Par ailleurs, une reconsidération de ladite décision ne se justifiait pas.

Le fait que les autres concurrents n'avaient pas produit les certificats AEAI n'était pas démontré par Jos Berchtold. Cette allégation n'était en outre pas pertinente dans la mesure où les homologations des produits offerts par les soumissionnaires n'avaient aucun rapport avec l'exclusion de l'offre de l'intéressée. Le principe d'égalité de traitement n'avait pas été violé.

L'article 28 du règlement n'était pas contraire aux principes prévus par l'AIMP. La légalité de cette disposition avait été confirmée à plusieurs reprises par le Tribunal administratif.

13. Par courrier du 29 novembre 2007, Duret S.A. a déclaré ne pas avoir d'observation à formuler et s'en remettre à l'appréciation du tribunal de céans.

14. André S.A. a fait part de ses observations au recours le 17 décembre 2007. Le motif d'exclusion de la procédure d'adjudication de la société lui paraissait totalement justifié. Elle déplorait par ailleurs l'argument soutenu par Jos Berchtold selon lequel les autres soumissionnaires n'étaient pas en mesure de produire les certificats AEAI. Elle était à même de fournir plus de 73% du marché ; s'agissant des 27% restants, elle avait fait appel à la société Ernst Frank SA, laquelle était reconnue dans le domaine des portes AEAI.
15. Le 14 janvier 2008, Jos Berchtold a encore versé à la procédure des pièces démontrant qu'André S.A. ne disposait que d'une partie des certificats AEAI nécessaires à couvrir le marché. Il apparaissait en outre que cette dernière société avait fait appel à deux autres intervenants, lesquels produisaient les portes devant être installées. Elle a par ailleurs exposé que le département cherchait à favoriser André S.A. « dans la collection des certificats AEAI nécessaires », lesquels ne pouvaient plus être produits dans la mesure où le délai pour le dépôt des offres avait été fixé au 10 octobre 2007.
16. Le 17 janvier 2008, le juge délégué a informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours paraît recevable, la question de l'estimation du prix total de l'ouvrage restant indécise (art. 15 AIMP ; art. 3 al. 1 et 2 let. a 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 ; art. 63 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. La recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue. La décision attaquée n'était pas suffisamment motivée et ne contenait pas les voie et délai de recours.

Le droit à la motivation d'une décision est une garantie constitutionnelle de caractère formel qui est un aspect du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale – Cst. féd. – RS 101 ; ATF 126 I 97 consid. 2 pp. 102-103 ; 120 Ib 379 consid. 3b p. 383 ; 119 Ia 136 consid. 2b p. 138 et les arrêts cités). Cette exigence vise à ce que le justiciable puisse comprendre la décision dont il est l'objet et exercer ses droits de recours à bon escient. Elle vise également à permettre à l'autorité de recours d'exercer son contrôle. Il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle fonde sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Elle n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les

parties, mais peut se limiter à ceux qui, sans arbitraire, apparaissent pertinents (ATF 124 II 146 consid. 2 p. 149 ; 122 IV 8 consid. 2c p. 14 ; ATA/126/2007 du 20 mars 2007 ; ATA/595/2006 du 14 novembre 2006 ; ATA/140/2006 du 14 mars 2006 ; ATA/875/2004 du 9 novembre 2004).

Sous le titre « contenu et notification des décisions », l'article 46 LPA prévoit que les décisions doivent être désignées comme telles, motivées et signées, et indiquer les voies ordinaires et délais de recours (al. 1). Selon l'article 47 LPA, une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties.

Conformément à la doctrine et la jurisprudence, ce n'est que dans l'hypothèse d'une réparation impossible que la sécurité du droit ou le respect de valeurs fondamentales impliquent l'annulation d'une décision viciée à la forme. Il est à cet égard admis que le recours exercé tardivement doit être déclaré recevable si la décision attaquée n'était pas munie de l'indication de la voie ou du délai de recours (P. MOOR, Droit administratif, vol. II, Les actes administratifs et leur contrôle, 2e éd., Berne 2002, p. 304 et les références citées). L'inobservation des mentions dont l'article 46 LPA exige le respect ne saurait par conséquent conduire à l'annulation de la décision attaquée, dès lors que l'intéressé a pu prendre connaissance de la décision en cause et réagir dans le délai légal. Le vice formel aura alors été en quelque sorte guéri (JAAC 2000/64 n° 114 consid. 4)

En l'espèce, la décision querellée était suffisamment explicite pour que la recourante puisse se rendre compte de ses implications. L'argumentation contenue dans son écriture du 26 octobre 2007 démontre, en effet, qu'elle a compris la motivation de son exclusion. Elle ne peut, par ailleurs, prétendre à l'annulation de ladite décision, en raison de l'absence d'indication des modalités de recours, dans la mesure où elle a recouru dans les délais prescrits par la loi, auprès de la bonne autorité, de sorte qu'il n'est résulté aucun préjudice pour elle.

Par conséquent, c'est à tort qu'elle se prévaut d'une violation de son droit d'être entendue. Le recours sera donc rejeté sur ce point.

3. Il convient de déterminer si l'autorité intimée a, à juste titre, écarté l'offre de la recourante en raison de l'absence des attestations prévues à l'article 28 alinéa 1 chiffre 2 à 4 du règlement.

- a. L'article précité prévoit que seules les offres accompagnées des attestations énumérées à son premier alinéa seront prises en considération par l'autorité adjudicatrice. Il s'agit notamment d'attestations en matière de couverture du personnel au titre des assurances sociales (art. 28 al. 1 ch. 2 du règlement), ainsi que d'attestations concernant l'adhésion à une convention collective de travail (art. 28 al. 1 ch. 3 du règlement) et en matière fiscale (art. 28 al.1 ch. 4 du règlement). Pour être valables, ces documents ne doivent pas être antérieurs de

plus de quinze jours calendaires à la date fixée pour le dépôt de l'offre (art. 28 al. 3 du règlement).

b. A teneur de l'article 33 alinéa 2 du règlement, les attestations mentionnées à l'article 28 doivent être produites avec l'offre ; si tel n'est pas le cas, celles-ci seront écartées sans mention de prix (art. 33 al. 2 et 34 al. 2 du règlement).

Jos Berchtold ne conteste pas que les attestations produites ne respectent pas le délai susmentionné mais le dépassent de quelques mois. Cela suffit à considérer que, selon les dispositions réglementaires rappelées ci-dessus, le département pouvait écarter l'offre de la recourante, sans mention de prix.

4. Les prescriptions de forme en matière de marchés publics occupent une place importante dans la mesure où elles permettent d'assurer la régularité de la procédure de soumission. L'exclusion d'un soumissionnaire s'impose lorsque l'informalité n'est pas minime et que les règles de forme violées servent à sauvegarder des principes importants de la procédure de passation comme l'égalité de traitement des soumissionnaires (D. ESSEIVA in DC 1/2004, p. 59). Dans l'hypothèse où des documents sont manquants à réception de l'offre, il convient d'en considérer l'importance eu égard au dossier dans son ensemble (ATA/671/2005 du 11 octobre 2005 ; D. ESSEIVA in DC 2/2002, p.77-78).

Selon la jurisprudence du tribunal de céans, les règles de procédure en matière de marchés publics permettent de garantir une certaine uniformité des candidatures. Cette procédure se doit 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. Ces exigences ne sont pas des règles formelles, exemptes de toute finalité dont le respect serait une fin en soi (ATA/150/2006 du 14 mars 2006 ; ATA/663/2005 du 11 octobre 2005 ; ATA/90/2000 du 8 février 2000).

Dans un arrêt précité du 14 mars 2006, le tribunal de céans a confirmé une décision écartant une offre dont la validité des attestations était échue depuis quelques jours.

Accepter l'offre de la recourante accompagnée d'attestations mises à jour postérieurement à l'ouverture de ladite offre le 10 octobre 2007, comme demandé par courrier du 24 octobre 2007, créerait, à n'en pas douter, une inégalité de traitement avec les autres soumissionnaires ayant respecté les exigences précitées.

L'avis publié dans la FAO du 27 août 2007 indiquait que seules seraient prises en considération, les offres accompagnées des attestations énumérées à l'article 28 du règlement. La liste de ces documents ainsi que les exigences prévues par cet article apparaissaient également dans le document de soumission.

Celui-ci spécifiait encore que le représentant du maître de l'ouvrage se tenait à disposition pour tout renseignement complémentaire concernant l'appel d'offre.

L'attention de la recourante a donc été régulièrement attirée sur l'importance des attestations et de leur production dans le délai imparti.

Face aux indications de l'autorité intimée et à la possibilité d'obtenir des renseignements complémentaires, il appartenait dès lors à celle-ci de s'assurer que son dossier était complet. A cet égard, le tribunal de céans relèvera que les dossiers remis par les candidats dont les offres ont été acceptées répondaient tous aux exigences posées.

L'autorité intimée a correctement appliqué la réglementation en vigueur, sans faire preuve de formalisme excessif.

5. D'après la recourante, son offre aurait dû être acceptée dans la mesure où elle était l'entreprise la plus efficace et la seule apte à produire les certificats AEAI. Par ce grief, elle se plaint ainsi d'une violation du principe d'égalité de traitement.

Cet argument n'est en l'espèce pas pertinent. Son offre avait été écartée au motif que certaines attestations obligatoires au sens de l'article 28 du règlement dataient de plus quinze jours calendaires, son dossier était ainsi incomplet et ne pouvait être accepté au regard de la jurisprudence et de la disposition réglementaire précitées. La décision entreprise n'a donc aucun rapport avec les aptitudes de la recourante et de ses concurrents.

6. En tout point mal fondé, le recours sera rejeté.

Un émoulement de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 87 LPA) ; aucune indemnité de procédure ne sera allouée, faute de conclusions en ce sens des appelées en cause.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

rejette, en tant qu'il est recevable, le recours interjeté le 26 octobre 2007 par Jos Berchtold S.A. contre la décision du département des constructions et des technologies de l'information du 12 octobre 2007 ;

met à la charge de Jos Berchtold S.A. un émoulement de CHF 1'000.- ;

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

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 Michel D'Alessandri, avocat de la recourante, au département des constructions et des technologies de l'information, à André S.A. ainsi qu'à Duret S.A., appelées en cause.

Siégeants : M. Paychère, président, Mmes Bovy et Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

M. Tonossi

le président :

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :