

## **GE\_GERICHTE ATA/476/2015 vom 19. Mai 2015**

GE Cour de justice, 2015-05-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_476\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_476_2015)

FR: GE\_GERICHTE ATA/476/2015 du 19 mai 2015

IT: GE\_GERICHTE ATA/476/2015 del 19 maggio 2015

### **Regeste**

Résumé: Les membres d'un consortium ayant déposé une offre commune d'exécution d'un marché public doivent recourir conjointement contre la décision adjugeant le marché à une autre entreprise. En apposant la signature olographe qui manquait sur leur recours dans le délai imparti par la chambre administrative, les recourantes ont valablement réparé le vice qui affectait initialement leur recours. Sauf à faire preuve de formalisme excessif, le fait que cette réparation soit intervenue après l'échéance de délai de recours n'en affecte pas la validité. Bien qu'elles n'aient pas formellement conclu à l'annulation de la décision querellée, les recourantes ont de même valablement exprimé leur volonté d'empêcher que celle-ci ne développe des effets juridiques et ont suffisamment motivé leur recours. En ne produisant que partiellement le dossier de la procédure d'appel d'offres, l'autorité adjudicatrice a, en revanche, manqué à son obligation de collaborer à l'établissement des faits et doit supporter les conséquences de l'absence de certaines preuves. Au vu du caractère incomplet de l'offre de l'adjudicataire figurant au dossier, la décision lui adjugeant le marché apparaît illicite, l'autorité intimée devant indemniser les recourantes à hauteur des dépenses qu'elles ont subies en relation avec les procédures de soumission et de recours.

### **Erwägungen**

#### **E. 13**

avril 2010 consid. 3 ; ATA/668/2009 du 15 décembre 2009). Le défaut de signature est cependant un vice réparable pour autant que la signature soit ajoutée dans un délai convenable excédant, le cas échéant, le délai légal de recours, sous réserve d'un abus de droit (art. 65 al. 3 LPA ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_39/2013 du 11 mars 2013 consid. 2.3 et références citées). Par ailleurs, en l'absence de dispositions cantonales contraires, le Tribunal fédéral estime suffisant que la signature manuscrite se trouve sur une lettre d'accompagnement (arrêt 1C\_39/2013 précité consid. 2.4 et références citées). Cette réglementation tend à éviter tout formalisme excessif en permettant à l'intéressé de réparer une omission (ATF 121 II 252 consid. 4b p. 255 ; arrêt 1C\_39/2013 précité consid. 2.1; ATA/346/2010 du 18 mai 2010 consid. 1).

c. La qualité pour recourir en matière de marchés publics se définit en fonction des critères de l'art. 60 al. 1 let. a et b LPA, applicable sur renvoi de l'art. 3 al. 4 L-AIMP. Elle appartient aux parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée, chacune de celles-ci devant néanmoins être touchée directement par la décision et avoir un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Dans le cadre d'un marché public, les membres d'un consortium, qui forment une société simple au sens des art. 530 ss CO, ne sont pas touchés individuellement par une décision de non-adjudication, mais uniquement en leur qualité d'associé. Aussi, le droit de recourir contre une telle décision ne leur appartient qu'en commun et doit être exercé conjointement, à l'instar de consorts

nécessaires dans un procès civil (ATF 131 I 153 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_337/2010 du 26 juillet 2010 ; ATA/302/2011 du 17 mai 2011).

En l'espèce, Facetec et Ray se sont unies pour déposer une offre commune d'exécution du marché public litigeux, formant entre elles une société simple. Elles devaient donc recourir conjointement contre la décision d'adjudication du marché à ComPOSITE.

Originellement, seule la signature olographe de Facetec figurait sur l'acte de recours rédigé sur papier à en-tête de cette entreprise au nom du consortium. La signature en question correspond à celle figurant sur l'offre du 13 juin 2013 et appartient à M. FAZAN, soit à l'administrateur unique de la société principale précitée qui dispose seule de la capacité d'ester en justice, y compris pour les affaires de sa succursale de Crissier (art. 641 CO ; Carlo LOMBARDINI/Caroline CLEMETSON, Commentaire romand – Code des obligations II, ad. art. 641,

- 17/29 - A/2831/2013 p. 395 n. 7). S'agissant de la signature manuscrite apposée au-dessus du timbre de Ray, elle n'était pas originale mais reproduite à l'aide d'un moyen informatique. Interpellée par l'intimée à ce sujet, le juge délégué a décelé ce vice et a, conformément à la jurisprudence, imparti un bref délai aux recourantes pour le réparer. Celles-ci se sont exécutées dans les deux jours, en adressant à la chambre de céans une copie de l'acte de recours, muni de la signature originale de l'administrateur président de Ray, soit de Monsieur Samuel RAY également signataire de l'offre du 13 juin 2013.

Les recourantes ont donc valablement corrigé le vice qui affectait leur recours. Le seul fait qu'une telle réparation soit intervenue après l'échéance du délai de recours ne suffit pas à en compromettre la validité à teneur de la jurisprudence récente. À l'inverse, ce serait faire preuve de formalisme excessif prohibé par l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst - 101) que de déclarer leur recours irrecevable au seul motif qu'il ne contenait initialement pas la signature manuscrite originale de l'un des membres du consortium.

Aucun élément du dossier ne permettant de retenir que les recourantes auraient cherché, par cette absence de signature, à prolonger le délai de recours pour compléter leur motivation, le grief de violation de l'art. 64 al. 1 LPA doit être écarté et la recevabilité du recours admise sous cet angle également. 4)

Le contrat ayant en l'espèce été conclu avec l'adjudicataire (art. 46 RMP), il convient de se demander si les recourantes conservent 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, limité aux dépenses qu'il a subies en relation avec les procédures de soumission et de recours (art. 3 al. 3 L-AIMP). Par ailleurs, selon la jurisprudence fédérale, le recourant qui conteste une décision d'adjudication est qui déclare vouloir maintenir son recours après la conclusion du contrat conclut, au moins implicitement, à la constatation de l'illicéité de l'adjudication, que des dommages intérêts soient réclamés ou non (ATF 131 I 153 consid. 1.2 ; 125 II 86 consid. 5b ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_811/2011 du 5 janvier 2012 consid. 1.6 ; 2P.307/2005 du 24 mai 2006).

En tant que soumissionnaires évincées, et bien que le contrat ait déjà été conclu, les recourantes conservent un intérêt actuel à recourir contre la décision d'adjudication au sens de l'art. 60 al. 1 let. b LPA, leur recours étant à même d'ouvrir leurs droits à une indemnisation (ATF 125 II 86 consid. 5b p. 96). Elles disposent donc de la qualité pour recourir.

- 18/29 - A/2831/2013 5)

Reste à examiner si le recours répond aux exigences formelles de l'art. 65 LPA.

a. Selon cette disposition, l'acte de recours contient sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant (art. 65 al. 1 LPA). Il contient également l'exposé des motifs ainsi que l'indication des moyens de preuve. Les pièces dont dispose le recourant doivent être jointes. A défaut, la juridiction saisie impartit un bref délai au recourant pour satisfaire à ces exigences, sous peine d'irrecevabilité (art. 65 al. 2 LPA).

b. Même dans le contexte des marchés publics et de leurs règles matérielles formalistes, il convient de ne pas se montrer trop strict. La 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/852/2014 du 4 novembre 2014 ; ATA/716/2014 du 9 septembre 2014 ; ATA/503/2014 du 1er juillet 2014 ; ATA/511/2013 du 27 août 2013 ; ATA/401/2013 du 25 juin 2013 ; ATA/102/2012 du 21 février 2012). Une requête en annulation d'une décision doit par exemple être déclarée recevable dans la mesure où le recourant a de manière suffisante manifesté son désaccord avec la décision, ainsi que sa volonté qu'elle ne développe pas d'effets juridiques (ATA/670/2010 du 28 septembre 2010 consid. 2 ; Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2011, p. 807 n. 5.8.1.4).

c. Quant à l'exigence de motivation de l'art. 65 al. 2 LPA, elle 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/852/2014 du 4 novembre 2014 ; ATA/762/2012 du 6 novembre 2012 consid. 12 ; ATA/102/2012 du 21 février 2012 consid. 3 ; ATA/309/2010 du 4 mai 2010 consid. 2 ; ATA/156/2010 du 9 mars 2010 consid. 1 ; ATA/32/2010 du 19 janvier 2010 consid. 2 et jurisprudence citée ; Pierre MOOR/Etienne POLTIER, op. cit., p. 803-805 n. 8.8.1.3). Elle signifie que le recourant doit expliquer en quoi et pourquoi il s'en prend à la décision litigieuse. La motivation doit être en relation avec l'objet du litige et le recourant doit se référer à des motifs qui entrent dans le pouvoir d'examen de l'autorité de recours (Benôit BOVAY, Procédure administrative, 2000, p. 387). Selon le Tribunal fédéral, il faut pouvoir déduire de l'acte de recours sur quels points et pour quelles raisons la décision entreprise est contestée, ce que le recourant demande et sur quels faits il entend se fonder. Une brève motivation est suffisante à condition toutefois que les motifs avancés se rapportent à l'objet de la contestation (arrêt du Tribunal fédéral 2A.143/2005 du 21 avril 2005). Un recours sommaire se bornant, en matière de marchés publics, à invoquer des arguments

- 19/29 - A/2831/2013 techniques et de politique commerciale, n'indiquant au demeurant aucun moyen de preuve et ne fournissant aucune pièce ne remplit pas cette exigence (ATA/216/2013 du 9 avril 2013 ; ATA/795/2005 du 22 novembre 2005).

En l'espèce, l'acte de recours désigne clairement la décision attaquée, à savoir celle du 26 août 2013 adjugeant le marché public CFC n° 215.5 à Composite. Les recourantes ont transmis cette décision à la chambre administrative par télécopie du 6 septembre 2013, soit à l'intérieur du délai de recours. N'étant pas représentées par un avocat à l'époque des faits, elles n'ont pas expressément requis l'annulation de cette décision, ni sollicité la restitution de l'effet suspensif. En revanche, elles ont déclaré faire opposition à ladite décision, opposition qu'elles ont réitérée en fin de recours, après avoir exposé « les raisons de [leur] désaccord ». L'usage de ces différents termes exprimait ainsi clairement leur volonté d'empêcher que la décision querellée ne développe des effets juridiques.

Bien que sommairement motivé, le recours permettait en outre de déterminer l'objet du litige. Après avoir rappelé les conditions générales de participation au marché des chiffres 10.1 à 10.14 du cahier des charges, il s'interroge sur la manière dont Composite aurait apporté la preuve de ses capacités financières et professionnelles et demande à la chambre de céans de prendre position à cet égard. Les recourantes contestent donc que l'adjudicataire ait valablement rempli les critères d'aptitude, respectivement d'adjudication du marché litigieux, ce que l'autorité intimée a parfaitement compris, comme l'atteste le résumé du principal grief des recourantes figurant dans sa réponse du 4 octobre 2013 (« défaut de preuve de capacités financières et professionnelles de l'adjudicataire »). Pour le reste, l'on ne pouvait attendre de Facetec et Ray qu'elles étayent leur grief au moyen de pièces qui, parce qu'elles concernaient l'adjudicataire, se trouvaient dans la sphère de maîtrise de la FCIL. Informées par le juge délégué de la conclusion du contrat, Facetec et Ray ont ensuite persisté dans leur recours pour mieux conclure à la constatation du caractère illicite de la décision d'adjudication du 26 août 2013, ainsi qu'à la réparation de leur dommage.

Ce faisant, les recourantes ont rempli toutes les exigences formelles de l'art. 65 al. 1 LPA, leur recours devant être déclaré recevable sur ce point également. 6)

Selon l'art. 16 al. 1 et 2 AIMP, le recours contre une décision d'adjudication peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, et pour constatation inexacte ou incomplète de faits pertinents. Le grief d'inopportunité ne peut pas être invoqué.

- 20/29 - A/2831/2013 7) a. La procédure administrative est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle le juge établit les faits d'office (art. 19 LPA). Ce principe n'est toutefois pas absolu, sa portée étant restreinte par le devoir des parties de collaborer à la constatation des faits (art. 22 et 24 LPA). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (arrêts du Tribunal fédéral 8C\_1034/2009 du 28 juillet 2010 consid. 4.2 ; 9C\_926/2009 du 27 avril 2010 consid. 3.3.2 et les références citées ; ATA/282/2015 du 17 mars 2015 ; ATA/99/2014 du 18 février 2014 et les références citées).

b. En procédure de marché public, l'obligation de collaborer implique pour l'autorité adjudicatrice de transmettre à l'autorité de recours l'ensemble du dossier d'appel d'offres dont elle dispose, étant précisé que la consultation par les autres parties de certaines pièces peut être interdite si l'intérêt public ou des intérêts privés prépondérants l'exigent (art. 45 al. 1 LPA). La légalité d'une décision d'adjudication ne peut en effet être examinée que sur la

base d'un dossier complet, permettant de comparer les différentes offres déposées.

En l'espèce, la FCIL a manqué à son obligation de collaborer à l'établissement des faits. Les différentes pièces qu'elle a produites ne permettent en effet pas de retracer le déroulement exact de la procédure d'appel d'offres. L'autorité intimée s'est par exemple abstenue de produire l'offre que Composite aurait déposée en juin 2013, de même que celle du troisième soumissionnaire dont elle n'a pas jugé bon de révéler l'identité. Bien que le juge délégué l'y ait expressément invitée, elle n'a, en particulier, pas produit le cahier des charges que Composite aurait dû compléter à cette date. De même, elle n'a pas fourni les « offres » que les recourantes et le troisième soumissionnaire lui auraient remises après sa « demande de précisions » du 12 juillet 2013. Le dossier qu'elle a versé à la procédure n'explique enfin pas les variations de prix qu'ont connues les différentes offres, pas plus que la modification de l'objet du marché intervenue en cours de procédure. La FCIL devra donc supporter les conséquences de cette absence de preuves, déterminantes pour la résolution du litige. 8)

Le but de la législation en matière de marchés publics est de garantir le respect des principes énoncés à l'art. 1 AIMP. Il s'agit notamment d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, de garantir l'égalité de traitement à l'ensemble de ceux-ci, d'assurer l'impartialité de l'adjudication, ainsi que la transparence des marchés publics et, finalement, de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics.

- 21/29 - A/2831/2013 9)

Les recourantes reprochent à la FCIL d'avoir adjugé le marché litigieux à une entreprise dont l'offre ne remplissait pas les conditions générales de participation prévues par le cahier des charges. Elles soutiennent que Composite n'aurait pas fourni la preuve de ses capacités financières et professionnelles à exécuter le marché, n'ayant été constitué que trois semaines à peine avant la date du retour des offres.

a. Selon l'art. 33 RMP, l'autorité adjudicatrice définit des critères d'aptitude conformément à l'art. 24 RMP, c'est-à-dire des critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché. Elle peut exiger des soumissionnaires des justificatifs attestant leur capacité sur les plans financier, économique, technique, organisationnel et du respect des composantes du développement durable, tels que : (a) preuve que le candidat exerce une activité en rapport avec celle dont relève la soumission, par exemple sous forme d'un extrait du registre du commerce ou d'un registre professionnel ; (b) déclaration indiquant l'effectif de la main-d'œuvre permanente et le nombre d'apprentis ; (c) extrait du registre des poursuites et faillites ; (d) pièces comptables ; (e) certificat qualité.

b. À l'ouverture des offres, l'autorité adjudicatrice examine la conformité des offres au cahier des charges et contrôle leur chiffrage (art. 39 al. 1 RMP). Une offre tardive, incomplète ou non conforme aux exigences ou au cahier des charges doit être écartée d'office à teneur de l'art. 42 al. 1 let. a RMP. Les offres écartées ne sont pas évaluées (art. 42 al. 3 RMP).

c. Le droit des marchés publics est formaliste, comme la chambre de céans l'a déjà rappelé à plusieurs reprises (ATA/359/2013 du 11 juin 2013 consid. 3c ; ATA/401/2012 du 8 mai 2012 consid. 7 et la jurisprudence citée). 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. La chambre de céans s'est toujours montrée stricte dans ce domaine

(ATA/359/2013 du 11 juin 2013 ; ATA/150/2006 du 14 mars 2006), ce que le Tribunal fédéral a constaté mais confirmé (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_198/2010 et 2C\_197/2010 du 30 avril 2010).

d. L'interdiction du formalisme excessif, tirée de la garantie à un traitement équitable des administrés énoncée à l'art. 29 Cst., ne permet pas d'exclure une offre présentant une informalité de peu de gravité. C'est dans ce sens que des erreurs de calcul et d'écriture peuvent être rectifiées à teneur de l'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). Mais 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/Cédric MAILLARD/ Nicolas MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 110 ; Olivier

- 22/29 - A/2831/2013 RODONDI, La gestion de la procédure de soumission in Jean-Baptiste ZUFFEREY/ Hans STOECKLI [éd.], Marchés publics 2008, 2008, pp. 185 ss).

e. Les principes précités valent également pour la phase d'examen de la recevabilité des soumissions (Olivier RODONDI, op. cit., 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 les arrêts du Tribunal fédéral 2C\_198/2010 et 2C\_197/2010 précités). 10) Sous le chiffre 1 traitant des conditions de participation au marché CFC n° 215.5, le cahier des charges indiquait que seules les offres complètes, accompagnées, pour le soumissionnaire et ses sous-traitants, des preuves et documents énoncés sous chiffre 10, seraient prises en considération. L'attention du soumissionnaire était à cet égard spécialement attirée sur le fait que la non- production des documents 10.2 à 10.7 serait éliminatoire. Les attestations susmentionnées devaient être remises dans le même délai que l'offre, dans une enveloppe séparée.

En référence à l'art. 42 RMP, le chiffre 3 du cahier des charges précisait encore que les offres tardives, incomplètes « ([auxquelles] ne seraient pas annexés les preuves et documents énoncés sous chiffre 10 du présent document d'appel d'offres) » ou non conformes aux exigences ou au cahier des charges seraient écartées d'office. Les offres écartées ne seraient pas évaluées, l'autorité adjudicatrice rendant dans ce cas une décision d'exclusion motivée, notifiée par courrier à l'intéressé, avec mention des voies de recours.

L'offre de Facetec et Ray du 14 juin 2013 remplissait les exigences prévues par le cahier des charges : sous enveloppe séparée, ces entreprises ont fourni les attestations requises pour pouvoir participer au marché, en particulier celles exigées sous chiffres 10.2 à 10.7 ; elles ont dûment complété le cahier des charges en y inscrivant les renseignements requis sur ce document ; elles ont enfin rempli le document de soumission N° 60 du projet 075COM dans lequel les soumissionnaires devaient détailler les prestations proposées et les

prix appliqués pour chacune d'elles. 11) Les pièces produites par la FCIL lors de l'instruction de la cause ne permettent pas de parvenir à la même conclusion s'agissant de l'offre de Composite.

- 23/29 - A/2831/2013

Sous enveloppe séparée, Composite n'a pas fourni toutes les attestations requises par l'autorité adjudicatrice pour pouvoir participer au marché : cette entreprise n'a transmis qu'un extrait internet attestant de son inscription au registre du commerce, alors que le ch. 10.1 du cahier des charges exigeait une attestation originale, signée et visée par le service compétent, et soulignait qu'un extrait de ce genre ne serait pas accepté, étant dépourvu de valeur légale. Composite n'a pas non plus fourni d'attestation justifiant l'affiliation de son personnel auprès d'une institution de prévoyance professionnelle (ch. 10.3 du cahier des charges). Enfin, elle n'a pas fourni la liste de trois références au minimum et de cinq au maximum exigée par le ch. 10.14 du cahier des charges, lequel précisait que les références devaient porter sur des bâtiments d'habitation construits au cours des cinq dernières années pour des travaux d'ampleur analogue.

Dans la mesure où ces références pouvaient directement figurer dans le cahier des charges (cf. p. 7 à 9), la chambre de céans a, le 20 février 2015, demandé à la FCIL de produire celui complété par Composite. Pour toute réponse, l'autorité intimée l'a toutefois renvoyée au document de soumission N° 60 déjà produit, complété par l'adjudicataire le 26 juillet 2013, soit après l'échéance du délai pour le dépôt des offres, et ne fournissant aucune indication quant aux références de cette entreprise.

Force est d'en déduire que l'offre de Composite du 14 juin 2013 ne contenait pas les renseignements qui devaient être complétés directement dans le cahier des charges, puisque seule la première page de ce document, soit celle comportant l'indication du prix offert par l'adjudicataire pour l'exécution du marché CFC n° 215.5, a été versée à la présente procédure par la FCIL, au milieu des attestations relatives à cette même entreprise. L'autorité intimée n'ayant produit que le document de soumission N° 60 rempli par Composite le 26 juillet 2013, l'on peut de même conclure que cette dernière n'a pas fourni un tel document à l'occasion de sa première offre.

De l'instruction de la cause, il ressort donc que l'offre de Composite du

#### **E. 14**

juin 2013 ne remplissait pas plusieurs exigences du cahier des charges. Aucune des pièces produites au cours de la présente procédure ne confirme en particulier que Composite aurait bien fourni, le 14 juin 2013, cinq références relatives à l'exécution de travaux similaires pour des sommes oscillant entre CHF 400'000.- et CHF 1'500'000.-, telles que retenues par la FCIL lors de l'évaluation des offres. La critique des recourantes, selon laquelle l'offre de l'adjudicataire n'apportait pas la preuve de son aptitude à exécuter le marché au sens exigé par le ch. 10.14 du cahier des charges, apparaît donc fondée, sans qu'il soit nécessaire de trancher la question de savoir si les références d'un associé-gérant concernant des travaux exécutés en entreprise individuelle peuvent valablement attester la capacité de sa société en responsabilité limitée à assumer de tels travaux.

- 24/29 - A/2831/2013

Dans la mesure où elle portait sur un critère pris en compte non seulement au stade de l'aptitude (ch. 10.14 du cahier des charges), mais également lors de l'évaluation des offres

(3ème critère d'adjudication pondéré à 20% à teneur du ch. 5.1 du cahier des charges), l'informalité entachant l'offre de Composite était importante et ne pouvait être réparée après coup, sauf à favoriser ce soumissionnaire en violation du principe de l'égalité de traitement. En bon respect de l'art. 42 RMP, ainsi que de l'art. 1 al. 2 let. b AIMP, la FCIL aurait donc dû écarter cette offre, sans procéder à son évaluation.

En tant qu'elle adjuge le marché à un soumissionnaire ayant présenté une offre incomplète, la décision querellée s'avère donc illicite. Le recours doit, partant, être admis pour ce motif déjà, sans qu'il soit nécessaire d'examiner la légalité de la démarche du 12 juillet 2013 ayant consisté à requérir de nouvelles offres de la part des trois soumissionnaires en lice, respectivement celle de l'évaluation proprement dite des offres. 12) Il reste à déterminer le montant de l'indemnité à laquelle les recourantes ont droit à titre de réparation de leur dommage.

a. Par dépenses « subies en relation avec les procédures de soumission et de recours » au sens de l'art. 3 al. 3 L-AIMP, le législateur visait les dépenses exposées par le soumissionnaire lésé ; les dépenses inutiles ou superflues, engagées par ce dernier du fait d'une mauvaise gestion ou de circonstances exorbitantes auxdites procédures en étaient exclues. Du point de vue du droit de la responsabilité, il n'est en effet pas possible d'imputer à l'auteur du dommage – fût-ce une collectivité publique – une lésion qui ne se serait pas produite en présence d'une gestion normale et régulière de la société. Cette condition découle du principe de causalité adéquate qui exige qu'il existe un rapport raisonnable entre le dommage subi et l'illicéité de la décision (ATF 131 III 12 consid. 4 et les références citées.)

b. La L-AIMP est calquée, de ce point de vue, sur la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP - RS 172.056.1) qui prévoit, à son art. 34 al. 1, une limitation de la responsabilité aux dépenses « nécessaires » engagées par le soumissionnaire en relation avec les procédures d'adjudication et de recours. Plus explicitement que dans la loi cantonale, mais de la même manière, la LMP exclut les dépenses subies par le soumissionnaire lésé qui sortent du cadre des dépenses ordinaires consenties par une société régulièrement administrée.

c. Selon la jurisprudence de la juridiction de céans, le dommage que peut donc réclamer les recourantes en se fondant sur l'art. 3 al. 3 AIMP est limité à la réparation des impenses engagées dans la procédure de soumission, inclus le remboursement de leurs frais d'avocat, à défaut de la réparation du gain manqué, voire d'autres indemnités susceptibles d'être réclamées en raison notamment de la

- 25/29 - A/2831/2013 conclusion anticipée du contrat (ATA/626/2009 du 1er décembre 2009 ; ATA/409/2005 du 7 juin 2005). 13) Les recourantes affirment avoir engagé un montant de CHF 12'390.- à titre de frais encourus pour l'établissement de leur soumission. Elles soutiennent qu'en leur qualité de chefs d'entreprise, MM. FAZAN et RAY auraient consacré vingt-sept, respectivement dix-huit heures de travail tarifées à CHF 180.- de l'heure, pour analyser le dossier, calculer les prix et rédiger l'offre. Un technicien de Facetec aurait également consacré trente-six heures, tarifées à CHF 120.- de l'heure, notamment pour les demandes d'offre aux fournisseurs et la calculation.

L'intimée ne conteste pas les quatre-vingt-une heures consacrées par les recourantes à l'établissement de leur offre, mais uniquement les tarifs horaires appliqués par celles-ci, au motif qu'ils seraient supérieurs de 50% à ceux pratiqués par ses architectes.

Les recourantes n'ont pas produit les fiches de salaire des personnes impliquées dans l'élaboration de leur soumission. Elles se sont en revanche référées aux tarifs retenus par l'Union Suisse du Métal (USM) en janvier 2014 pour des travaux du secteur en régie. Après avoir comparé les prestations facturées par cinq-huit entreprises du secteur en 2013, cette association patronale a calculé que le travail d'un employé de type T2 (employé de commerce technique, capable de traiter des dossiers de manière autonome et disposant de connaissances spécialisées qualifiées) avait été, en moyenne, facturé à CHF 151.- de l'heure sans la TVA et à CHF 163.- de l'heure TVA incluse, dans les zones urbaines (Base 3). Au vu de ces chiffres, le tarif horaire de CHF 120.- appliqué par les recourantes au travail d'analyse, de calcul et de rédaction de l'offre fourni par un employé de Facetec ne paraît pas déraisonnable et sera donc admis par la chambre de céans.

Quant au tarif horaire de CHF 180.- appliqué au travail fourni par les administrateurs de Facetec et Ray, il sera également retenu dans la mesure où il n'est que très légèrement supérieur à celui de CHF 175.- hors TVA retenu par l'USM pour des employés de type T4, soit des techniciens de construction métallique, des maîtres constructeurs métalliques ou des ingénieurs HES capables de diriger de grands projets au niveau organisateur et constructif.

Au vu de ce qui précède, comme de l'importance de la procédure d'adjudication en cause, le montant de CHF 12'390.- sera admis à titre de réparation des impenses engagées par les recourantes en vue de la préparation de leur soumission. 14) Les recourantes allèguent également avoir exposé CHF 5'400.- de frais d'avocat, montant que la FCIL ne conteste pas.

- 26/29 - A/2831/2013

En l'espèce, leur avocat a travaillé 13h30 sur un contentieux pouvant justifier un tel volume de travail. Il a facturé ses prestations au tarif horaire usuellement pratiqué par les membres de la profession. Ce poste de la demande d'indemnisation sera donc admis. 15) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'État et les administrés sont tenus de payer des intérêts moratoires de 5%, lorsqu'ils sont en demeure d'exécuter une obligation pécuniaire de droit public. Il s'agit là d'un principe général du droit, non écrit, auquel la loi peut certes déroger, mais qui prévaut lorsque celle-ci ne prévoit rien, comme c'est le cas en l'espèce (ATF 101 Ib 252 consid. 4b ; 95 I 263 consid. 3). La mise en demeure intervient le jour où le lésé demande le paiement de son dommage (ATF 101 Ib 252 consid. 4b).

En l'espèce, cette date correspond à celle du dépôt des conclusions en indemnisation formées par les recourantes suite à la conclusion du contrat, soit au 2 mai 2014 (ATA/626/2009 du 1er décembre 2009 ; ATA/409/2005 du 7 juin 2005). 16) À cette même date, les recourantes ont subsidiairement conclu à ce que la chambre de céans constate l'illicéité de la décision de la FCIL d'adjuger les travaux à une entreprise tierce après que Composite lui ait fait défaut, respectivement à ce qu'elle annule cette adjudication et renvoie la cause à l'autorité intimée avec instruction impérative de leur adjuger le marché en tant que consortium d'entreprises classé au deuxième rang de la procédure d'appel d'offres.

En tant que telles, ces conclusions subsidiaires sont irrecevables, au motif qu'elles ont été formées en cours de procédure, après l'échéance du délai de recours (ATA/594/2011 du 20 septembre 2011 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_799/2011 du 20 juin 2012).

S'agirait-il d'un recours formé contre la décision de la FCIL d'adjuger, de gré à gré, le marché public litigieux à une entreprise tierce, que ledit recours devrait être déclaré irrecevable.

En effet, un recours contre une décision d'adjudication de gré à gré prise en application de l'art. 15 al. 3 RMP doit être formé dans un délai de dix jours dès la notification de la décision d'adjudication (art. 15 al. 2 AIMP). En l'espèce, la FCIL n'a pas rendu de décision formelle d'adjudication en faveur de l'entreprise tierce, se contentant d'avaliser la reprise par cette dernière des obligations découlant du contrat originellement conclu avec Composite (art. 176 CO).

Il est possible de recourir en tout temps lorsqu'une autorité refuse, sans droit, de statuer ou tarde à se prononcer, son silence étant assimilé à une décision (art. 4 al. 4 LPA). La situation est, en revanche, différente si la décision arrive à la

- 27/29 - A/2831/2013 connaissance de l'administré mais sous une forme irrégulière, n'indiquant pas l'autorité et le délai de recours ou donnant ces indications de manière erronée. Dans ces cas, selon les règles de la bonne foi, l'intéressé ne peut attendre indéfiniment. Dès lors qu'il a reçu notification, il doit agir selon ces règles, c'est-à-dire s'enquérir des modalités de recours et recourir dans un délai raisonnable, la longueur de celui-ci s'appréciant selon les circonstances (Pierre MOOR/Etienne POLTIER, op. cit., 2011, p. 810). Plus spécifiquement, dans le cadre du droit des marchés publics, s'il n'y a eu ni publication ni notification individuelle, le délai ne commence pas à courir mais, dès qu'il a pris connaissance de la décision d'adjudication querellée, le recourant ne peut pas rester inactif. Il doit contacter l'autorité adjudicatrice pour obtenir la notification individuelle de la décision et sa motivation. S'il n'intervient pas avec toute la diligence voulue, il risque de se voir opposer l'irrecevabilité de son recours pour cause de tardiveté (ATA/770/2010 du 9 novembre 2010 consid. 5c ; Denis ESSEIVA, Calcul du délai de recours contre une décision d'adjudication de gré à gré, in Droit de la construction, 2000, p. 52).

En l'espèce, les recourantes n'ont pas sollicité de décision motivée auprès de la FCIL concernant l'adjudication de gré à gré du marché à une entreprise tierce en cours d'exécution de ce dernier. Elles ont directement saisi la chambre administrative par acte du 2 mai 2014, soit plus de dix jours après la séance de chantier du 14 avril 2014 lors de laquelle elles avaient eu connaissance de cette décision. De ce fait, elles n'ont pas agi conformément aux règles de la bonne foi et leur « recours » devrait, de ce fait, être déclaré irrecevable pour cause de tardiveté.

La question de la nature exacte et de la recevabilité des conclusions prises le 2 mai 2014 contre l'adjudication de gré à gré du marché à une entreprise tierce souffrira toutefois de demeurer indécise, dans la mesure où les recourantes n'ont formé ces conclusions qu'à titre conditionnel, soit au cas où leur recours contre la décision d'adjudication du 26 août 2013 ne serait pas admis. 17) En dépit de l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge de la FCIL, au motif qu'il s'agit d'une institution de droit public (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera de même mise à sa charge en faveur des recourantes, dans la mesure où le présent arrêt indemnise d'ores déjà celles-ci pour tous les frais d'avocat qu'elles ont encourus dans la procédure (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

- 28/29 - A/2831/2013

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.