

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1132/2010-MARPU

ATA/514/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 3 août 2010

dans la cause

2DLC ARCHITECTES PARTENAIRES S.A.

JEAN-MARC COMTE S.A

ZS INGÉNIEURS CIVILS S.A.

représentées par Me Bruno Mégevand, avocat

contre

**FONDATION D'INTÉRÊT PUBLIC COMMUNAL POUR LE LOGEMENT À
CONFIGNON**

FONDATION HBM ÉMILE DUPONT

représentées par Me Christian Reiser, avocat

EN FAIT

1. Sur la parcelle n° 7294 de la commune de Confignon, à l'angle chemin de Carabot, rue Joseph-Berthet, dans le quartier de Cressy, la Fondation HBM Emile Dupont et celle d'intérêt communal pour le logement de la commune de Confignon (ci-après : les fondations) ont le projet de construire deux immeubles de type HBM, à haute performance énergétique (ci-après : HPE), l'un devant comporter environ quinze logements et un total de soixante pièces, l'autre environ douze logements et soixante pièces également.
2. Ces bâtiments doivent s'inscrire dans le plan localisé de quartier (ci-après : PLQ) n° 28680, adopté le 11 octobre 1995 par le Conseil d'Etat, qui prévoit dans tout le périmètre un parc accessible au public et pour les parkings, septante-cinq places visiteurs et sept cent quatre-vingt places environ pour les habitants, ainsi que des « entrées/sorties possibles pour les parkings en sous-sol ».
3. Les fondations ont fait paraître un appel d'offres dans la Feuille d'avis officielle du 28 septembre 2009.

Elles ont lancé une procédure sélective à deux tours, soumise à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et à la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02), pour l'attribution d'un mandat à un pool de mandataires en architecture et ingénierie civile.

Au ch. 1.6 du cahier des charges, dans sa version de novembre 2009 aussi bien que dans celle de janvier 2010, il était spécifié que « la mise en œuvre de l'appel d'offres et l'inscription des candidats impliquent pour l'organisateur, le groupe d'évaluation et les concurrents, l'acceptation des clauses du présent règlement et cahier des charges, ainsi que des réponses aux questions ».

Selon le ch. 1.7 intitulé « procédure de sélection », l'organisateur entendait retenir pour le deuxième tour de la procédure, sur la base des critères ci-après, trois à cinq pools candidats en architecture et ingénierie civile afin de leur confier le soin d'élaborer un avant-projet selon les termes et objectifs définis dans le règlement et cahier des charges.

Critères :	Pondération
1. qualités architecturales et d'habilité	30%
2. qualités économiques et fonctionnelles	20%
3. offre économique selon art. 1.15 al. D	20%

- | | |
|--|-----|
| 4. qualités des espaces collectifs intérieurs (buanderie, espace de réunion, etc.) | 10% |
| 5. rationalité du concept énergétique | 10% |
| 6. qualité des aménagements extérieurs | 10% |

Les pools candidats retenus pour le mandat d'étude parallèle du deuxième tour devaient confirmer par écrit leur engagement à rendre un projet selon les termes et conditions fixés.

Enfin, selon le ch. 1.9, une somme de CHF 15'000.- toutes taxes comprises serait versée à chaque concurrent ayant remis à l'organisateur un dossier conforme à l'ensemble des documents demandés.

Parmi les documents remis aux candidats figuraient le PLQ précité et la charte d'aménagement du quartier de Cressy.

Par ailleurs, les candidats devaient, d'ici le 7 décembre 2009, envoyer leurs éventuelles questions au groupe d'évaluation.

Les critères d'appréciation du deuxième tour étaient les suivants, énumérés au ch. 2.3 par ordre d'importance :

4. Parmi les questions soumises audit groupe figurait la question n° 7 ainsi formulée : « est-ce que l'accès au parking souterrain peut être aménagé sur la rue Carabot ? », à laquelle il avait été répondu comme suit le 16 décembre 2009 : « pour cet avant-projet, respecter strictement le PLQ ».
5. Dans le délai au 1^{er} mars 2010 qui leur avait été fixé, les cinq candidats retenus pour le second tour ont déposé leurs dossiers. L'un des groupements, composé de 2DLC Architectes Partenaires S.A., Jean-Marc Comte S.A. et ZS Ingénieurs civils S.A. (ci-après : le pool), a mentionné expressément qu'il n'avait pas prévu de parking souterrain mais un « parking arborisé sur rue et au nord dans le parc sur pavé gazon » comportant trente-huit places au total pour les deux immeubles, « suivant l'exemple des conventions déjà réalisées pour d'autres immeubles voisins, une partie des places de stationnement privé s'ouvrent sur l'espace public. Ces emplacements préservent au maximum le terrain naturel et dégagent (recte : dégagent) une prairie au centre des bâtiments ».
6. Par pli recommandé du 23 mars 2010, les fondations ont informé le pool de son exclusion : son projet ne respectait pas le PLQ concernant le parking souterrain, entraînant une inégalité de traitement entre les projets, s'agissant principalement du critère « qualités économiques et fonctionnelles ».

Cette décision était susceptible de recours auprès du Tribunal administratif dans les dix jours.

7. Le 1^{er} avril 2010, le pool a recouru auprès du Tribunal administratif contre cette décision, en sollicitant l'octroi de mesures provisionnelles, celles-ci ne se confondant pas avec l'objet du recours puisqu'elles devraient tendre à faire interdiction aux fondations de prononcer une décision d'adjudication jusqu'à droit jugé sur ledit recours.

Au fond, la décision d'exclusion devait être annulée.

8. Le 16 avril 2010, les fondations s'en sont rapportées à justice sur cette demande.
9. Par décision du 21 avril 2010, la présidente du Tribunal administratif a rejeté cette requête (ATA/268/2010), qui n'a fait l'objet d'aucun recours auprès du Tribunal fédéral.
10. Le 31 mai 2010, les fondations ont conclu au rejet du recours et à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Le projet du pool était contraire non seulement au PLQ, mais également à la charte d'aménagement de Cressy, au cahier des charges ainsi qu'au règlement relatif aux places de stationnement sur fonds privés. La première soulignait l'importance des espaces publics ou collectifs et le deuxième rappelait que l'espace public devait « conserver une certaine cohérence », l'emplacement des deux immeubles projetés étant considéré comme « un espace public majeur » par ladite charte.

Les seules places de parking extérieures mentionnées dans le PLQ étaient des places visiteurs, le mot « possible » figurant en regard de la rampe d'accès dessinée sur ledit plan se référant non à l'obligation de créer un parking mais bien à l'emplacement de la rampe.

Le pool aurait pu demander s'il était possible de ne créer que des places en surface, au risque de se trouver en porte-à-faux avec les exigences du cahier des charges de la procédure d'adjudication.

Selon le cahier des charges du deuxième tour, dans sa version de novembre 2009, reprise textuellement sur ce point par la version dudit cahier des charges de janvier 2010, l'un des objectifs des intimées était ainsi défini : « Dans un quartier où la mixité sociale est une évidence, il importe de doter ces immeubles des aménagements aussi bien intérieurs (buanderie « conviviale », espace de réunion dans le bâtiment A1) qu'extérieurs (place de jeux pour la petite enfance, place de repos) favorisant le contact et la vie sociale ».

Or, le projet du pool consistant à prévoir trente-huit places de parc extérieures, entourant à l'est, au sud et à l'ouest les deux bâtiments projetés n'était pas optimal du point de vue d'une valorisation végétale des espaces publics de ces logements.

Malgré les indéniables qualités architecturales du projet des recourantes, le groupe d'évaluation avait décidé d'écarter leur offre en raison de sa non-conformité au cahier des charges, principalement quant à l'exigence de parkings souterrains, car il en résultait une inégalité de traitement du point de vue des coûts de construction par rapport aux autres soumissionnaires ayant prévu de tels parkings.

Néanmoins, une indemnité de CHF 15'000.- était allouée aux recourantes, conformément au ch. 1.9 du cahier des charges rappelé ci-dessus, même si leur offre n'était pas conforme à l'ensemble des documents demandés.

Un autre soumissionnaire avait été écarté pour les mêmes raisons.

Enfin, les recourantes alléguaient à tort que lors de la réalisation antérieure de trois immeubles aux n^{os} 39 à 39^E du chemin Carabot, les fondations auraient violé le PLQ, ces bâtiments ne comportant pas de parking souterrain : un tel parking existait bel et bien mais il se trouvait sous le seul bâtiment C. Les places extérieures étaient destinées aux visiteurs, comme le prévoyait le PLQ, et aucune dérogation n'avait été nécessaire pour obtenir du département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : DCTI) les autorisations de construire nécessaires (DD 98123-4).

La décision d'exclusion des recourantes était conforme à l'art. 42 al. 1 lit. a du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) et justifiée par la gravité du non respect de conditions essentielles de l'appel d'offres. Elle n'était nullement disproportionnée et le recours devait être rejeté.

11. Le 15 juin 2010, les recourantes ont sollicité l'audition en qualité de témoin d'un fonctionnaire du DCTI qui leur aurait indiqué que ce département faisait une interprétation constante du PLQ considéré en ce sens qu'il n'imposait pas la construction de parkings en sous-sol.
12. Le 30 juin 2010, les fondations s'en sont rapportées à justice quant à l'opportunité de la mesure d'instruction sollicitée, non sans relever que ce dernier grief était nouveau. Les bâtiments cités par les recourantes, et en particulier la réalisation HBM Cressy Périmètre 2.1 ainsi que les trois bâtiments à l'ouest du PLQ, en bordure du chemin de Carabot, comportaient bien des parkings souterrains. Pour le surplus, les intimées ont renoncé à dupliquer.
13. Sur quoi, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

EN DROIT

1.
 - a. Le marché est soumis notamment à l'AIMP, au RMP, à la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0), ainsi qu'à la LMI.
 - b. Le recours a été interjeté en temps utile auprès de la juridiction compétente (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 -, art. 63 al. 1 litt b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 -, art. 15 al. 2 AIMP et 56 al. 1 RMP), étant admis que le marché litigieux est d'une valeur estimée supérieure à la valeur seuil de CHF 9'575'000.-, fixée par l'annexe 1 lit. a AIMP pour les marchés de construction.
 - c. Les mesures provisionnelles sollicitées par les recourantes ont été rejetées par décision présidentielle du 21 avril 2010 devenue définitive et exécutoire.
 - d. Les intimées n'ont pas allégué que le marché aurait été adjudgé, de sorte que les recourantes conservent un intérêt actuel au sens de l'art. 60 LPA.

Le recours est ainsi recevable.

2. Dans le cadre d'une procédure sélective, « l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché prévu. Chaque candidat peut présenter une demande de participation. L'adjudicateur détermine, en fonction de critères d'aptitude, les candidats qui peuvent présenter une offre. Il peut limiter le nombre de candidats invités à présenter une offre s'il n'est pas compatible avec un fonctionnement efficace du mécanisme d'adjudication des marchés. Une concurrence réelle doit cependant être garantie » (art. 12 al. 1 lit. b AIMP).

Les cantons peuvent édicter des dispositions d'exécution (art. 13 AIMP).

3. A teneur des art. 11 et 13 RMP, l'autorité adjudicatrice peut choisir, pour des marchés soumis aux traités internationaux, entre la procédure ouverte et la procédure sélective. Cette dernière est une procédure publique en deux tours : a) à l'issue du premier tour, l'autorité adjudicatrice détermine, en fonction de critères d'aptitude, les candidats admis à présenter une offre. Elle rend une décision de sélection, sommairement motivée, notifiée soit par publication, soit par courrier aux candidats, avec mention des voies de recours ; b) au deuxième tour, les offres sont évaluées en fonction des critères d'adjudication.
4. Enfin, l'adjudicataire écarte l'offre d'un soumissionnaire, notamment lorsque celle-ci n'est pas conforme aux exigences ou au cahier des charges (art. 42 al. 1 lit. a RMP).

L'offre écartée n'est pas évaluée (art. 42 al. 3 RMP).

5. La décision d'exclusion est sujette à recours (art. 55 lit. c RMP) et ce dernier peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus de pouvoir d'appréciation et pour constatation inexacte ou incomplète de faits pertinents, mais le grief d'inopportunité ne peut être invoqué (art. 57 RMP).

6. En l'espèce, les recourantes ont déposé des observations le 15 juin 2010 en sollicitant l'audition d'un fonctionnaire du DCTI qui leur aurait assuré que ce département appliquerait de manière constante le PLQ de Cressy, en ce sens qu'il n'imposait pas la construction d'un parking en sous-sol.

Le tribunal de céans renoncera à cette audition, selon les principes rappelés ci-dessus, cette conclusion implicite relative à la violation alléguée du principe de la bonne foi étant de toute façon irrecevable car tardive, puisqu'elle n'a pas été formulée dans le délai de recours (ATA/92/2009 du 24 février 2009).

7. Il est constant que le projet des recourantes ne comporte pas de rampe d'accès/sortie ni de parking souterrain, les précitées ayant prévu d'implanter en surface la totalité des trente-huit places de stationnement nécessaires, eu égard au nombre de logements, en application du règlement relatif aux places de stationnement sur fonds privés du 23 juillet 2008 (RPSFP - L 5 05.10) (ci-après : le règlement).

Il résulte des plans produits, et plus particulièrement du descriptif figurant sur la pièce n° 8 du chargé des recourantes, que ces places enserrant sur trois côtés les deux immeubles projetés et sont situées, au nord, dans le parc-même. Aucune rampe d'accès n'a donc été prévue, ni aucun parking souterrain, alors que seules les places destinées aux visiteurs pouvaient être en surface.

Une telle réalisation est nécessairement d'un coût moins élevé que les projets proposés par les autres candidats prévoyant un parking souterrain, au motif que ce mode de procéder répondrait aux vœux du conseiller d'Etat en charge du DCTI de réaliser des logements HBM sans recourir à des subventions et que le PLQ n'imposerait nullement l'édification de parkings souterrains.

En développant une telle argumentation, les recourantes reconnaissent elles-mêmes que le coût de leur projet est nécessairement moindre, ce qui suffit à rendre difficiles les comparaisons avec les autres projets déposés.

Enfin, quels que soient les souhaits du conseiller d'Etat en charge du DCTI, qui relèvent assurément de l'opportunité que le tribunal de céans ne peut revoir (art. 61 al. 2 LPA), le PLQ, dont les intimées ont toujours dit qu'il devrait être strictement respecté, ne souffre pas d'interprétation : il prévoit des rampes possibles d'accès, la nécessité du stationnement souterrain n'étant pas en cause et permettant seule de respecter les qualités d'aménagement du site pour conserver, selon le ch. 2.1 du cahier des charges, une certaine cohérence à l'extérieur et préserver notamment les

espaces publics majeurs du quartier, tel le chemin de Carabot, selon les principes d'aménagement pour les espaces spécifiques énoncés dans ladite charte.

8. Selon les recourantes, d'autres immeubles auraient déjà été édifiés dans le périmètre du PLQ sans que de tels parkings n'aient été aménagés.

D'une part, ce fait est contesté par les intimées car ces parkings souterrains ont bien été conçus, mais sous un seul des trois immeubles, ce que les recourantes n'ont pas nié.

D'autre part, si les allégués des recourantes étaient exacts, l'exigence des intimées d'aménager des parkings souterrains dans la présente cause n'en serait que plus légitime, ceux-ci étant nécessaires au regard du règlement.

En présentant un projet non-conforme au cahier des charges, les recourantes ont pris le risque - qui s'est réalisé - d'encourir l'exclusion de leur offre en application de l'art. 42 al. 3 RMP (ATA/102/2010 du 16 février 2010, consid. 6) alors qu'il leur incombait en cas de doute de demander des informations complémentaires à l'adjudicateur ou de poser clairement une question à ce sujet, si la réponse à la question n° 7 précitée n'était pas explicite (Arrêt du Tribunal fédéral 2D-34/2009 consid. 4.2.3 du 10 août 2009, cité par F. BELLANGER in Les jurisprudences récentes en droit des marchés publics, Marchés publics 2010, Institut pour le droit suisse et international de la construction, édité par J.-B. ZUFFEREY et Hubert STOECKLI, Fribourg, vol. 20, 2010).

La comparaison des offres, en terme de coûts notamment, était impossible par le groupe d'évaluation et ce mode de procéder contrevenait aux principes de transparence, garanti par l'art. 1 al. 3 lit. c AIMP (ATA/473/2010 du 5 juillet 2010) et d'égalité de traitement, sans qu'aucun formalisme excessif ne puisse être reproché aux intimées (ATA/172/2010 du 16 mars 2010).

9. En tous points mal fondé, le recours sera rejeté dans la mesure où il est recevable. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge, conjointe et solidaire, des recourantes.

Celles-ci devront s'acquitter d'une indemnité de procédure de CHF 3'000.- en faveur des intimées, prise conjointement et solidairement également (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 1^{er} avril 2010 par 2DLC Architectes Partenaires S.A., Jean-Marc Comte S.A et ZS Ingénieurs civils S.A. contre la décision du 23 mars 2010 de la Fondation d'intérêt public communal pour le logement à Confignon et la Fondation HBM Emile-Dupont ;

au fond :

le rejette dans la mesure où il est recevable ;

met à la charge conjointe et solidaire des recourantes un émolument de CHF 1'500.- ;

alloue aux Fondations d'intérêt public communal pour le logement à Confignon et HBM Emile-Dupont une indemnité de CHF 3'000.- à la charge conjointe et solidaire des recourantes ;

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'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 Bruno Mégevand, avocat des recourantes ainsi qu'à Me Christian Reiser, avocat de intimées.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

M. Tonossi

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :