

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/199/2010-MARPU

ATA/299/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 4 mai 2010

dans la cause

MLM ARCHITECTES

et

Madame Micaela et Monsieur Mauro LEPORI

représentés par Me Franco Foglia, avocat

contre

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

et

MEIER ET ASSOCIÉS ARCHITECTES S.A., appelée en cause

représentée par Me Christophe Zellweger, avocat

EN FAIT

1. L'Etat de Genève, soit pour lui le département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : le département), a initié un concours d'architecture pour la réalisation d'un collège et d'un parking P + R de trois cent places sur le plateau de Frontenex, selon publication dans la Feuille d'Avis Officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 26 janvier 2009.

Il s'agissait d'un concours à un degré en procédure ouverte sur des avant-projets en conformité avec le règlement SIA 142, édition 1998.

La procédure était soumise à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), le règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02), ainsi qu'aux traités internationaux OMP/GATT.

2. Le département a élaboré un programme de concours contenant les clauses relatives à la procédure, les prescriptions du cahier des charges et différentes annexes.

Etaient notamment précisées les contraintes de circulation (ch. 28), ainsi que les principales contraintes programmatiques (ch. 33). S'agissant du parking, ce chiffre 33 précisait : « le parking ne devra pas interférer avec le fonctionnement du collège et ses places de parc ne seront pas destinées au corps enseignant. Sa rampe se situera le long du prolongement du chemin de Grange-Canal (à créer), à au moins 80 mètres du chemin de la Gradelle, qui en sera l'accès et la sortie unique ».

3. En juin 2009, le jury du concours a rendu son rapport final. Dans les délais impartis, trente inscriptions avaient été enregistrées et vingt-cinq projets rendus. Au premier tour, quatre projets avaient été éliminés. Au deuxième tour, quatorze autres projets avaient été éliminés. Après la visite du site, le jury avait fait un tour complet et avait décidé de repêcher l'un des quatorze projets éliminés au deuxième tour.

A l'unanimité, le jury avait attribué le premier rang et le premier prix, au projet « Ventilo » du bureau Meier et Associés Architectes S.A. (ci-après : MAA S.A.). Le jury précisait qu'un point de ce projet devrait notamment être affiné en rapport avec les recommandations de l'office de la mobilité du canton de Genève, à savoir le positionnement et la disposition de la rampe d'accès au

parking. L'adaptation de ce point n'aurait aucune incidence sur la qualité générale du projet.

Au deuxième rang, deuxième prix, venait le projet « School & Ride » du bureau MLM Architectes, Mauro et Micaela Lepori (ci-après : MLM Architectes).

4. Le résultat du concours a fait l'objet d'une publication dans la FAO du 15 juin 2009 avec la précision que l'avis de résultat d'un concours ne représentait pas une décision d'adjudication et n'était pas sujette à recours, sauf auprès de la commission des concours de la SIA.
5. Par courrier du 31 août 2009, la direction générale de la mobilité a informé le département que les représentants de MAA S.A. lui avaient soumis les accès tels qu'ils étaient prévus dans le projet pour préavis. Après examen, sur la base des études de trafic en sa possession, la position des accès telle qu'ils étaient proposés ne présentait pas de souci particulier.
6. Le 29 septembre 2009, MLM Architectes ont déposé une plainte au sens de l'art. 23 du programme du concours en mains de la SIA. Le jury avait attribué le premier prix au projet « Ventilo » qui ne respectait pas le cahier des charges impératif du concours, en particulier, le ch. 33, en tant qu'il prescrivait que la rampe d'accès du parking devait être située à au moins 80 mètres du chemin de la Gradelle. La prescription précitée faisait partie intégrante des dispositions essentielles du concours. Modifier celle-ci équivaldrait en fait à lancer un nouveau concours. La République et canton de Genève ne saurait autoriser impunément l'auteur d'un bon projet à enfreindre les règles du jeu, qui plus est, fixées par les organisateurs du concours. L'infraction devait être sanctionnée par la disqualification de l'épreuve, comme la « mascogne » au collège, fût-elle pratiquée par le vainqueur.

MLM Achitectes concluaient à ce que le premier prix soit retiré au projet « Ventilo » et attribué au deuxième prix et que le troisième prix devienne deuxième et ainsi de suite. Les auteurs du projet « Ventilo » devaient être condamnés à leur rembourser 100 % de leur frais de consultation, de représentation, de plainte et les dommages occasionnés par leur participation fautive au concours. Les membres du jury devaient être condamnés conjointement et solidairement à rembourser à MLM Architectes les frais de consultation, de représentation, de plainte et les dommages occasionnés par la participation fautive des auteurs du projet « Ventilo ». MLM Architectes se réservaient d'amplifier leur demande de dommages et intérêts.

7. Par décision publiée dans la FAO du 11 janvier 2010, le département a adjugé le mandat à MAA S.A., lauréat du concours. La procédure à un degré était faite selon l'art. 15 al. 3 let. k RMP.

Dite décision indiquait la voie et le délai de recours au Tribunal administratif.

8. MLM Architectes et Madame Micaela et Monsieur Mauro Lepori (ci-après : les recourants) ont saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision précitée par acte du 20 janvier 2010.

La décision du jury d'avoir octroyé le premier prix du concours à un projet qui avait violé les règles contraignantes était contraire au droit, notamment à l'art. 20.2 du règlement SIA 142 applicable en l'espèce.

En adjugeant les travaux au vainqueur du concours, le département était auteur d'un acte de distorsion de concurrence au sens du droit européen, tel qu'il était intégré au droit suisse et contraire à l'intérêt public.

Ils n'avaient pas eu l'occasion de faire valoir leur demande de respect de leurs droits fondamentaux, notamment le droit à la garantie de la sanction du non-suivi des règles du concours, le droit de participer à l'adjudication, le droit d'être entendu et le droit d'établir les faits lors d'une procédure contradictoire, après auditions d'experts et de témoins. Dans cette mesure, le département avait violé leur droit d'être entendu.

Reproche était également fait au département de ne pas avoir tenu compte de la plainte déposée par les recourants à la SIA.

Le comportement du département était arbitraire et constitutif d'un déni de justice.

Ils concluent préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours et sur le fond, à ce que soit constatée l'illégalité de l'adjudication et à sa révocation, avec suite de frais et dépens.

9. Le 22 janvier 2010, le Tribunal administratif a appelé en cause MAA S.A. à laquelle il a imparti un délai pour se déterminer sur la question de l'effet suspensif.
10. Par courrier du même jour, le Tribunal administratif a fait interdiction au département de conclure le contrat jusqu'à droit jugé sur effet suspensif.
11. Le département s'est déterminé sur la question de l'effet suspensif le 5 février 2010.

Suite au concours d'architecture lancé en janvier 2009, vingt-cinq projets avaient été déposés. Le premier prix avait été attribué à l'unanimité au projet « Ventilo » présenté par MAA S.A., en collaboration avec Amsler Bombeli S.A.

Les résultats du concours avaient été publiés dans la FAO du 15 juin 2009. L'exposition publique avait eu lieu entre les 15 et 28 septembre 2009.

La plainte déposée par MLM Architectes au secrétariat général de la SIA le 29 septembre 2009 n'était pas jugée à ce jour.

Le département n'était pas compétent pour réexaminer l'appréciation du jury du concours. A cet égard, le recours n'était pas fondé.

Il conclut au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif avec suite de frais et dépens et à l'octroi d'un délai pour présenter ses observations sur le fond.

12. MAA S.A. s'est déterminée le 5 février 2010. Elle a conclu au rejet de la requête d'effet suspensif.

Le recours était mal fondé.

Le chiffre 23 du programme du concours du projet établi par l'adjudicateur prévoyait la procédure en cas de litige : les plaintes relatives au déroulement du concours et aux décisions prises par le jury pouvaient être déposées dans un délai de trente jours auprès de la SIA selon l'art. 28 du règlement SIA 142. La décision d'adjudication du marché public était sujette à recours dans un délai de dix jours auprès du Tribunal administratif cantonal.

A cet égard, les recourants n'avançaient aucune disposition légale tirée de la législation pertinente sur les marchés publics pour motiver leur recours.

Aucune des trois conditions cumulatives de l'art. 17 AIMP n'était remplie en l'espèce.

13. Par décision du 9 février 2010, la présidente du Tribunal administratif a rejeté la demande de restitution de l'effet suspensif.

Dite décision n'a pas fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral.

14. Dans sa réponse du 15 mars 2010, le département s'est opposé au recours.

Il résultait de la jurisprudence récente du Tribunal administratif fédéral que la pertinence de l'appréciation faite par le jury de la recevabilité du projet « Ventilo » ne pouvait être examinée qu'avec réserve par le Tribunal administratif (Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3544/2008 in BR/DC 2/2009 p. 85).

Le recours reposait essentiellement sur la question de l'admissibilité du projet lauréat au regard des prescriptions du programme du concours. Au regard des nombreuses prescriptions du cahier des charges, la recommandation en vertu de laquelle l'accès au parking devait se situer à 80 mètres du chemin de la

Gradelle semblait secondaire. L'appréciation du jury n'était pas arbitraire, ce d'autant plus, qu'il n'avait pas totalement ignoré la question, mais l'avait assortie d'une recommandation. C'était à juste titre que le projet « Ventilo » n'avait pas été exclu. Subsidiairement, même si l'on devait admettre que ce dernier aurait dû être exclu de la répartition des prix, il aurait pu faire l'objet d'une mention en vertu de l'art. 22.2 du règlement SIA 142. Il n'aurait pas reçu le premier prix (CHF 65'000.-), mais il aurait tout de même été recommandé par le jury et adjudicataire du marché.

Quant à l'adjudication, intervenue en application de l'art. 15 al. 3 let. k RMP, elle était conforme à la loi.

Il conclut au rejet du recours avec suite de frais et dépens.

15. MAA S.A. s'est déterminée le 15 mars 2010.

Depuis la décision sur effet suspensif, deux faits nouveaux étaient survenus. D'une part, le département avait demandé à MAA S.A. de débiter les prestations afférentes à l'adjudication par courrier du 18 février 2010.

D'autre part, la SIA avait confirmé que la plainte de MLM Architectes déposée le 29 septembre 2009 contre la décision du jury était irrecevable, MLM Architectes n'ayant pas saisi en temps utile le tribunal ordinaire désigné à l'art. 23 du programme du concours. A défaut de compétence de la SIA, la décision du jury était aujourd'hui entrée en force de chose jugée.

L'art. 15 al. 3 let. k RMP faisait obligation au maître de l'ouvrage d'adjuger le contrat au lauréat du concours.

MAA S.A. conclut au déboutement de MLM Architectes avec suite de frais et dépens.

16. Sur quoi, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été avisées le 23 mars 2010.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 15 al. 1 et 2 AIMP ; art. 3 de 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)).
2. Les recourants se plaignent d'une violation de leur droit d'être entendus.

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/95/2008 du 4 mars 2008 et les réf. citées).

En matière de marchés publics, cette obligation se manifeste par le devoir qu'a l'autorité d'indiquer au soumissionnaire évincé les raisons du rejet de son offre (J.-B. ZUFFEREY/C. MAILLARD/N. MICHEL, *Le droit des marchés publics*, Fribourg 2002, p. 256). Ce principe est concrétisé par les art. 13 let. h AIMP et 37 du règlement qui prévoient que les décisions d'adjudication doivent être sommairement motivées.

En l'espèce, les participants au concours ont eu connaissance du rapport final du jury. Ils ont pu faire valoir leurs droits en toute connaissance de cause, notamment en saisissant la commission de la SIA le 29 septembre 2009, ce que les recourants ont précisément fait. Ils ont de plus reçu toutes les explications nécessaires dans le cadre de l'instruction de la cause devant le Tribunal administratif. Dès lors, à supposer qu'une violation de leur droit d'être entendus puisse être retenue, il a été remédié à ce vice de procédure.

En conséquence, ce grief sera écarté.

3. 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 de pouvoir d'appréciation, et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents. Le grief d'une opportunité ne peut pas être invoqué.
4. a. Aux termes de son article premier, la LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse, l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse. La LMI ne constitue qu'une loi-cadre orientée vers la protection des soumissionnaires externes et l'unification du marché suisse (E. CLERC, *op. cit.*, p. 432-438). Elle ne vise pas à s'immiscer dans les réglementations cantonales, mais se borne à exiger que ces dernières ne constituent pas une entrave au libre-échange des services et des marchandises, ainsi qu'à la liberté des personnes de

s'établir et de circuler (Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la LMI, FF 1995 I p. 1248-1249).

b. Selon l'art. 5 al. 1 LMI, les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal ; ces dispositions, ainsi que les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse de manière contraire à l'art. 3 LMI qui énonce à quelles conditions des restrictions à la liberté d'accès au marché de soumissionnaires externes peuvent être prévues.

La LMI comporte ainsi certaines garanties visant principalement à protéger les offreurs externes. Elle fixe un nombre limité de principes fondamentaux dont la Confédération, les cantons et les communes doivent tenir compte tant dans la pratique que dans leur activité législative (Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la LMI, FF 1995 I p. 1231).

c. Dans le domaine des marchés publics, la discrimination se définit comme le traitement défavorable d'une certaine catégorie de soumissionnaires, en raison de son origine étrangère ou extérieure au cercle des soumissionnaires locaux ou nationaux (B. BOVAY, La non discrimination en droit des marchés publics, in RDAF 2004 I 227-243, 239). Il y aurait notamment une pratique discriminatoire si les spécifications techniques exigées étaient propres au cercle des entreprises locales et excluaient de fait les entreprises extérieures en raison du type de produits spécifiés, de normes très locales ou d'exigences quant au lieu de production ou d'achat des matériaux (B. BOVAY, op. cit., p. 239).

5. Pour les recourants, le projet primé devait être exclu du concours dans la mesure où il ne respectait pas la distance de la rampe d'accès au parking, fixé au chiffre 33 du programme du concours et qui représenterait, selon les recourants, un point essentiel.

Ce faisant, les recourants remettent en cause l'appréciation du jury. Or, la plainte qu'ils ont déposée à la commission SIA a été déclarée irrecevable et à ce jour, ils n'ont entrepris aucune procédure civile en relation avec ce grief.

En tout état, le Tribunal administratif n'est pas compétent pour revoir une décision de jury du concours.

Il résulte de ce qui précède, que ladite décision est définitive et entrée en force.

6. En application de l'art. 15 al. 3 let. k RMP, le marché est adjugé au lauréat d'un concours ou d'un mandat d'études parallèles, à condition que la procédure suivie respecte les dispositions du présent règlement et que les documents de procédure l'indiquent expressément.

Force est de constater que les recourants ne remettent nullement en cause la décision d'adjudication en tant que telle, leurs griefs étant tout entier dirigés contre la décision du jury. Or, encore une fois, ces questions échappent à la cognition du tribunal de céans.

7. Enfin, si le contrat est conclu, le pouvoir de cognition de l'autorité de recours est limité à la constatation de l'illicéité de l'adjudication (art. 9 al. 3 LMI ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_144/2009 du 15 juin 2009 in DC/BR 4/2009 p. 190).

En l'espèce, l'adjudication en elle-même n'est pas entachée d'illicéité.

8. Il s'ensuit que le recours ne peut être que rejeté, dans la mesure où il est recevable. Un émoulement de CHF 1'000.- sera mis à la charge conjointe et solidaire des recourants qui succombent. Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à MAA S.A. à la charge conjointe et solidaire des recourants qui succombent (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

rejette, dans la mesure où il est recevable, le recours interjeté le 20 janvier 2010 par MLM Architectes, Mauro Lepori et Micaela Lepori contre la décision d'adjudication du 11 janvier 2010 prise par le département des constructions et des technologies de l'information ;

met à la charge, conjointe et solidaire, de MLM Architectes, et de Madame Micaela et Monsieur Mauro Lepori un émoulement de CHF 1'000.- ;

alloue à Meier et Associés Architectes S.A. une indemnité de CHF 1'500.- à la charge, conjointe et solidaire, de MLM Architectes et de Madame Micaela et Monsieur Mauro Lepori ;

dit que, conformément aux art. 82 et 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 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'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 Franco Foglia, avocat des recourants, au département des constructions et des technologies de l'information, ainsi qu'à Me Christophe Zellweger, avocat de Meier et Associés Architectes S.A., appelée en cause.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

F. Glauser

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :