

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2333/2009-MARPU

ATA/384/2009

DÉCISION

DU

VICE-PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 31 juillet 2009

sur effet suspensif

dans la cause

RAYMOND STEFANO S.A.

contre

**CAISSE DE PRÉVOYANCE DU PERSONNEL ENSEIGNANT DE
L'INSTRUCTIONS PUBLIQUE ET DES FONCTIONNAIRES DE
L'ADMINISTRATION DU CANTON DE GENÈVE (CIA)**

représentée par Me David Lachat, avocat

et

KURTH GLAS & SPIEGEL AG

appelée en cause et représentée par Me Denis Esseiva, avocat

Attendu en fait que :

1. La CIA caisse de prévoyance du personnel enseignant de l'instruction publique et des fonctionnaires de l'administration du canton de Genève (ci-après : la CIA) est une corporation de droit public, possédant la personnalité juridique. Elle a pour but, avec l'aide de la garantie de l'Etat, d'assurer à ses membres ou leur ayant droits des prestations correspondant aux statuts du 28 octobre 1999 selon état au 28 août 2007 (consultable sur le site internet www.cia.ch). Il s'agit d'une caisse de pension inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle et appliquant la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP - RS 831.40). Elle est soumise à la surveillance du Conseil d'Etat (art. 2 al. 2 des statuts). Elle est administrée par un comité de 40 membres composés de 20 représentants élus par les salariés et 20 représentants désignés par le Conseil d'Etat (art. 72 et 73 des statuts). L'une des ressources de la CIA est le rendement de ses biens (art. 51 let. e des statuts).
2. La CIA est propriétaire d'une parcelle sise 1 chemin de la Grande-Pièce à Carouge, sur lequel elle entend construire deux immeubles locatifs à usage d'habitation, comportant 4 allées chacun, soit 108 appartements. Elle a mandaté, comme chef de projet, le bureau d'architectes Aebi et Vincent architectes SIA S.A, lequel a appelé des entreprises du bâtiment à soumissionner.
3. Le 11 mai 2009, Raymond Stefano S.A. société sise à Genève a adressé au bureau d'architectes, une soumission pour le marché des balustrades CFC 272.3, pour un prix de CHF 1'184'000.- TTC.

C'est à l'entreprise Kurth Glas & Spiegel AG (ci-après : Kurth AG) sise à Zuchwil dans le canton de Soleure que les travaux ont été adjugés.
4. Le 24 juin 2009, l'architecte de la CIA a écrit à chacune des entreprises qui avaient soumissionné, dont Raymond Stefano S.A. Il accusait réception de leur offre. Il regrettait de les informer que le choix de sa cliente s'était porté sur une autre entreprise.
5. Par courrier posté le 3 juillet 2009, Raymond Stefano S.A. a recouru auprès du Tribunal administratif contre la lettre de l'architecte du 24 juin 2009 l'avisant de l'adjudication à un tiers concluant à la justification et à l'annulation de la décision d'adjudication ainsi qu' à la restitution de l'effet suspensif.

Elle avait présenté dans les délais une soumission complète. Elle ne pouvait concevoir qu'une entreprise soleuroise vienne à Genève exécuter les travaux adjugés, alors que les organes de l'Etat ne cessaient de mettre en avant qu'ils se préoccupaient de développement durable. Raymond Stefano S.A payait ses impôts à Genève et était une entreprise formatrice. La CIA était un organisme gérant des fonds publics et avait l'obligation de respecter les usages pour des travaux de cette

importance. Elle demandait que le dossier d'adjudication soit renvoyé au maître d'œuvre pour la prise d'une nouvelle décision et que le lot CFC 272.3 lui soit adjugé.

6. Le 7 juillet 2009, le juge délégué a requis de la CIA qu'elle lui transmette l'intégralité de son dossier d'adjudication et lui a fait interdiction de conclure le contrat relatif à l'adjudication contestée. Le même jour il a également requis de la recourante qu'elle produise son dossier.
7. Le juge délégué a tenu, le 13 juillet 2009, une audience de comparution personnelle des parties.

Le représentant de Raymond Stefano S.A. a persisté dans les termes du recours formé par celle-ci. La société avait été écartée du marché sans en connaître les raisons. Pour le surplus, il se référait à l'argumentation développée dans l'acte de recours.

Le représentant de la CIA a conclu à l'irrecevabilité du recours subsidiairement à son rejet. Le droit des marchés publics ne s'appliquait pas à la CIA. Elle en avait été exclue par la législation. La caisse de pension avait acquis aux enchères publiques la parcelle du chemin de la Grande Pièce. Elle avait mandaté un architecte par concours. Pour le lot relatif à la fourniture et à la pose des balustrades, c'était la société Kurth AG qui s'était vue adjuger le marché. Le contrat n'avait pas encore été signé. Son prix de soumission était de CHF 994'000.-. Dans le cadre de l'évaluation des offres, un délai supplémentaire avait été accordé aux quatre meilleurs soumissionnaires pour présenter un forfait, car certains d'entre-eux ne l'avait pas fait.

La CIA a donné son accord à ce que le classeur de pièces relatives à la procédure d'adjudication du marché litigieux, qu'elle avait produit dans une procédure parallèle (cause A/2309/2009) soit également versé à la présente cause. Il en ressort que l'offre présentée par la recourante ne fait pas partie des quatre soumissions dont le prix était le plus bas.

8. Le 13 juillet 2009, le juge délégué a appelé en cause la société Kurth AG et l'a invitée, comme il l'avait fait pour la CIA, à se déterminer sur la requête en restitution de l'effet suspensif.
9. Dans ses observations du 20 juillet 2009, la CIA, considérant que le recours était irrecevable, subsidiairement mal fondé, conclut au rejet de cette requête.

La CIA n'était pas soumise à la législation sur les marchés publics en vertu de l'art. 7 al. 3 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), qui avait été introduit dans la législation genevoise après constat que l'assujettissement des caisses de pensions publiques au droit des marchés publics créait des obstacles à leurs investissements immobiliers et une

inégalité de traitement avec les caisses de pensions privées. Lorsqu'elle investissait dans des projets de construction, la CIA se trouvait en situation de pleine concurrence avec les promoteurs privés pour obtenir le marché. Son activité était soumise à la logique de marché et aux critères y relatifs, notamment en matière de prix, de rentabilité et d'efficacité. En valorisant sa parcelle par la construction de deux immeubles de logements, le but de la CIA n'était pas de réaliser une tâche d'intérêt public, mais de rentabiliser son patrimoine immobilier, de manière à garantir les prestations dues à ses assurés, ceci dans une logique commerciale. Par cette activité, elle ne gérait pas des deniers publics mais les fonds de prévoyance de ses assurés. De même, elle n'était pas soumise à la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI - RS 943.02), n'assumant aucune tâche publique au sens de l'article 5 LMI.

Elle s'opposait à la restitution de l'effet suspensif qui ne devait l'être qu'en fonction d'exceptions restrictives, la recourante ne pouvant, au surplus, invoquer un intérêt privé prépondérant

10. Kurth AG s'est déterminée le 23 juillet 2009. Ses conclusions sont similaires à celles de la CIA. Le recours était irrecevable car le droit des marchés publics n'était pas applicable au cas d'espèce et la recourante n'avait pas la qualité pour agir. L'effet suspensif ne pouvait être, au surplus restitué, car il n'y a pas d'intérêt privé prépondérant ou de motifs sérieux qui pouvaient être invoqués et justifier une telle mesure provisionnelle.

Considérant, en droit, que :

1. le Tribunal administratif est l'autorité de recours en matière de marchés publics (art. 15 al. 1 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05; 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 et 56 al. 1 RMP).
2. La question de la recevabilité formelle du recours, intimement liée au fond du litige, sera en définitive tranchée dans l'arrêt final. En l'état, il sera constaté qu'interjeté dans le délai légal, le recours est, *prima facie*, recevable de ce point de vue (art. 15 al. 1 bis lettre e, de même que 15 al. 2 AIMP; art. 3 L-AIMP; art. 55 let. e et 56 al. 1 RMP).
3. Le présent contentieux ne peut exister que si la CIA est soumise, pour l'adjudication des travaux relatifs aux constructions projetées, au droit des marchés publics, soit principalement, à l'AIMP et à la L-AIMP ainsi qu'au RMP et à la LMI, encore que cette législation ne comporte, *prima facie* aucune disposition légale protectrice invocable directement par la recourante qui aille au-delà des règles de l'AIMP à l'exception de l'art. 5 al. 1 LMI (Evelyne CLERC, La loi fédérale sur le marché intérieur, in Commentaire Romand, Le droit de la

concurrence, TERCIER, BOVET éditeurs, 2002, ad art. 5 LMI, n° 25 à 34, not. 27, p. 1316 ss). Ce texte garantissant cependant le droit d'accès non discriminatoire des soumissionnaires non domiciliés dans le canton, elle n'est cependant d'aucun recours dans le présent contentieux, au regard des griefs formulés par la recourante.

4. a. Selon l'art. 8 al. 1 let. a AIMP, les cantons, les communes, de même que les autres collectivités de droit public cantonal ou communal, dans la mesure où elles n'ont pas un caractère commercial ou industriel, sont les autorités adjudicatrices soumises aux dispositions des accords internationaux.

Cette disposition est entrée en vigueur à Genève le 1^{er} janvier 2008, à la suite de l'adoption de la nouvelle du 30 novembre 2006 modifiant la L-AIMP faisant adhérer le canton à l'accord intercantonal du 15 mars 2001 modifiant l'AIMP.

b. Aux termes de l'art. 7 al. 1 RMP, sont notamment assujettis à l'AIMP, l'Etat, les communes et leurs établissements ou fondations de droit public, dans la mesure où ils n'ont pas un caractère purement commercial ou industriel.

c. Les caisses de pension publiques telles la CIA appartiennent aux catégories d'entités de droit public visées à l'art. 7 al. 1 RMP. Toutefois, la réglementation genevoise prévoit qu'elles ne sont pas assujetties à l'AIMP lorsqu'elles exercent une activité commerciale ou industrielle en concurrence directe avec des entités privées (art. 7 al.3 RMP).

Cette restriction a été introduite dans le RMP entré en vigueur le 1^{er} janvier 2008 dans la foulée de l'entrée en vigueur du nouvel art. 8 al. 1 let. a AIMP, l'ancien texte ne prévoyant pas d'exception à l'assujettissement des caisses de pension, et la CIA étant mentionnée expressément dans la liste des autorités adjudicatrices assujetties, annexée au texte de l'ancien RMP.

5. La question de savoir si les caisses de pension sont des organismes créés pour satisfaire un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre que commercial ou industriel est controversée. De même, les critères permettant de déterminer quelles sont les activités des caisses de pension qui ont ou n'ont pas un caractère commercial ou industriel, au sens de l'art. 7 al. 2 RMP, ou quelles sont les situations de concurrence visées par cette disposition, ne sont pas définies plus précisément (Evelyne CLERC, op. cit. n° 74, p. 1336 ss ; ibid, Le champs d'application du droit des marchés publics et les diverses procédures possibles, in *Marchés publics* 2002, p.16 à 18 ; Herbert Lang, *Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz*, Schulthess, 1998, p. 23 ; Jean-Baptiste Zufferey, *Le champs d'application du droit des marchés publics* in *Marchés publics* 2008, Schulthess 2008, n° 18, p.155 ; Etienne Poltier, *les pouvoirs adjudicateurs, champ d'application personnel du droit des marchés publics*, AJP 2008, p.1111, 1116 à

1118). Les textes légaux sont imprécis et les travaux préparatoires à l'adoption de la nouvelle L-AIMP sont d'aucun secours pour l'interprétation de cette norme. En outre, le statut des caisses de pension au regard du droit des marchés publics et de l'exercice des activités de gestion de leurs avoirs n'a fait l'objet d'aucune décision jurisprudentielle à ce jour. Il reste ainsi à déterminer si les caisses de pensions sont exemptées complètement du droit des marchés publics (AIMP et LMI) lorsqu'elles construisent des immeubles, dès lors qu'elle investissent les avoirs de leurs membres dans un but de rendement, ou si des distinctions plus fines doivent être opérées pour définir dans quelle situation de marché, ces caisses publiques se trouvent en situation de « concurrence directe » avec des entités privées. Ces questions seront cependant traitées dans le cadre de l'examen du fond du recours.

Au stade de la décision sur restitution suspensif, le juge requis doit statuer à première vue et en fonction des éléments dont il dispose. En l'occurrence, au vu des controverses doctrinales et en l'absence de jurisprudence en la matière, il admettra que le recours n'est *a priori* pas irrecevable en raison d'un défaut d'activité soumis au droit des marchés publics, mais que, *prima facie*, ses chances de succès sont ténues. L'interprétation de la portée de l'exemption contenue dans l'art. 7 al. 3 RMP, telle qu'elle est soutenue par l'intimée et par l'appelée en cause, est loin d'être arbitraire. Il peut se justifier en effet que, pour des activités dont le but est d'obtenir le meilleur rendement possible dans l'investissement des fonds des cotisants, la réglementation dispose qu'une caisse de pension n'est pas soumise au droit des marchés publics, même si c'est une fondation de droit public, qui bénéficie de la garantie de l'Etat, et que la part patronale des cotisations versées provient de fonds étatiques.

6. En principe, le recours en matière de marchés publics n'a pas d'effet suspensif (art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP). Celui-ci peut être restitué par l'autorité de recours, d'office ou sur demande, pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP, 58 al. 2 RMP). Cette formulation s'inspire de l'art. 66 alinéa 2 LPA (ATA/165/2009 du 2 avril 2009 ; ATA/858/2005 du 15 décembre 2005).

En l'espèce, les problèmes de recevabilité matérielle du recours ne permettent pas de considérer que la démarche de la recourante ait des chances de succès suffisantes au sens de l'art. 58 al 2 RMP. En outre, cette société n'invoque aucun intérêt privé prépondérant justifiant d'interrompre le processus d'adjudication. Sa propre soumission était d'un montant supérieur à celle de l'adjudicataire et les griefs qu'elle invoque sur l'éloignement géographique de celle-ci ne sont pas pertinents, ou devraient au mieux faire l'objet d'une instruction. La requête en restitution de l'effet suspensif sera donc rejetée.

LE VICE-PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

rejette la requête en restitution de l'effet suspensif formée par Raymond Stefano S.A.

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Raymond Stefano S.A., à Me Denis Esseiva, avocat de Kurth Glas & Spiegel AG ainsi qu'à Me David Lachat, avocat de la Caisse de prévoyance du personnel enseignant de l'instruction publique et des fonctionnaires de l'administration du canton de Genève (CIA).

Le vice-président du Tribunal administratif :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :