RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/318/2005-CM **ATA/808/2005**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 29 novembre 2005

dans la cause

DE PLANTA ET PORTIER ARCHITECTES S.A.
représentée par Me Saverio Lembo, avocat

contre

COMMUNE D'HERMANCE
représentée par Me Bertrand Reich, avocat

et

Appelés en cause :

ATELIER 3BM3 S.A.
et
AVA, ARCHITECTES ET ASSOCIÉS SÀRL
et
HYBRIDÉES
et
ANZEVUI ET DEVILLE ARCHITECTES ASSOCIÉS
et
ZB ARCHITECTES

EN FAIT

1. Le 8 novembre 2004, la Feuille d'Avis Officielle a publié un avis de mise au concours concernant les prestations d'architecture (mandat d'études parallèles) ayant pour objet la transformation et l'extension de l'école primaire, ainsi que la construction de locaux communaux pour les pompiers et la voirie de la commune d'Hermance.

   Il ressort du cahier des charges qu'il s'agit d'une procédure sélective à deux tours, la commune d'Hermance, organisatrice entendant retenir pour le deuxième tour cinq candidats et leur confier le soin d'élaborer un avant-projet. Le dossier de candidature précise encore que les critères de sélection, pour le premier tour, sont dans l'ordre d'importance décroissant, les références et motivations du candidat (50%), les potentiels, personnel et équipement du candidat (40%) et la présentation et qualité du dossier (10%).

2. Trente-cinq candidats ont transmis à la commune d'Hermance un dossier. Deux d'entre eux ont été écartés car incomplets.

   Parmi les trente-trois candidats retenus figurait la société De Planta et Portier architectes S.A. (ci-après : De Planta et Portier ou la recourante).

3. Le 28 janvier 2005, la commune d'Hermance a indiqué à De Planta et Portier qu'elle n'avait pas été retenue pour le deuxième tour de l'appel d'offres. A ce pli était annexé un tableau désignant le nom des cinq candidats retenus, sans que les notes obtenues par ces derniers ne soient signalées. Les notes obtenues par les candidats qui n'avaient pas été retenus étaient mentionnées, sans que leur nom ne soit précisé, si ce n'est celui du destinataire de la lettre. De Planta et Portier était au 17ème rang, ayant obtenu une note moyenne de 3,17, soit 3,08 pour le premier critère, 3,25 pour le deuxième et 3,25 pour le troisième.

4. Par acte déposé au greffe du Tribunal administratif le 10 février 2005, De Planta et Portier a contesté cette décision. Elle indiquait nourrir des doutes quant au bon déroulement de la procédure de présélection. La décision qui lui avait été notifiée ne lui permettait pas de savoir pourquoi elle avait été moins bien évaluée que les autres concurrents. Les notes attribuées n'avaient jamais été expliquées. Cette violation du droit d'être entendu ne pouvait être réparée.

   De plus, la recourante pressentait une violation des principes d'égalité de traitement, d'impartialité et de concurrence loyale. Elle estimait mériter une note supérieure à celle reçue.

   A sa connaissance, certains experts, membres du groupe d'évaluation, n'avaient pas participé à l'évaluation des dossiers.

Elle concluait préalablement à ce que l'effet suspensif soit accordé au recours. Principalement, la décision devait être annulée. Subsidiairement, le caractère illicite de cette dernière devait être constaté.

5. Le 21 février 2005, la commune d'Hermance s'est opposée à la restitution de l'effet suspensif.

Dans une décision du 2 mars 2005, le Président du Tribunal administratif a refusé de restituer l'effet suspensif au recours.

6. La commune d'Hermance s'est opposée au recours, le 11 avril 2005.

Elle a exposé que le groupe d'évaluation avait déterminé, le 11 janvier 2005, les éléments devant être pris en compte pour apprécier les critères d'évaluation. Il s'agissait de :

- qualité de la référence
- parcours du concurrent, profondeur de la réflexion dans le travail du concurrent
- intérêt du concurrent par rapport au thème
- sensibilité au patrimoine et au contexte environnant
- sensibilité à l'évolution de la pédagogie
- structuration du dossier
- clarté de la présentation
- implication, engagement et attractivité du candidat
- sensibilité au développement durable, au choix des matériaux et à la gestion de chantier

Cela fait, le groupe d'évaluation avait étudié les dossiers, à raison de 20 minutes chacun en moyenne. Chacun des membres avait attribué une note à chaque candidat, pour chacun des critères. Ensuite, une moyenne avait été établie ce qui avait permis de classer les candidats.

Le droit d'être entendu de De Planta et Portier n'avait pas été violé, la décision étant sommairement, mais suffisamment motivée. La recourante pouvait constater que onze candidats, non retenus, avaient été mieux classés qu'elle.

En l'absence du moindre indice concret d'inégalité de traitement, les candidats évincés ne pouvaient consulter les dossiers des autres candidats.

La recourante contestait en réalité les notes qu'elle avait reçues, il ne s'agissait pas là d'une question de droit d'être entendu.

Le fait que le nom des cinq candidats retenus n'ait pas été communiqué ne constituait pas une inégalité de traitement. La commune d'Hermance avait été impartiale dans sa décision.

En ce qui concerne la participation des experts, elle n'était pas indispensable, à ce stade de la procédure. Tous les jurés étaient présents et le rôle de certains experts était essentiel principalement au second tour. Il était d'usage dans les concours de dispenser les experts, dont la présence était inutile, à un certain stade de la procédure.

7. Le Tribunal administratif a appelé en cause les cinq bureaux d'architectes retenus. Ces derniers ont, soit conclu au rejet du recours, soit s'en sont rapportés à justice. Quatre d'entre eux relevaient que la procédure suivie par la commune d'Hermance était parfaitement régulière.

Quatre des candidats ont de plus produit leur dossier de candidature.

8. Les parties ont été entendues en comparution personnelle le 23 mai 2005, étant précisé que les cinq candidats retenus se sont tous excusés.

La recourante a indiqué qu'elle avait demandé, avant de saisir le Tribunal administratif, à consulter les dossiers des candidats retenus, ce qu'elle n'avait pas obtenu dans le délai de recours.

La commune a expliqué que le jury était composé de professionnels et de personnes non professionnelles. Tous les dossiers avaient été examinés consciencieusement. Chacun des jurés avaient mis la note, qui avait ensuite été consolidée dans un tableau informatique. Les fiches remplies par le groupe d'évaluation n'avaient pas été conservées. En tout état, elles n'auraient reflété que l'opinion de chacun des jurés et non pas celle du jury.

Le jury n'avait pas modifié les critères de sélection, mais avait précisé les éléments les constituant. Ces éléments avaient été utilisés pour aider les jurés à former leur opinion. L'élément "développement durable" était intégré dans le critère concernant le potentiel, personnel et équipement du candidat. M. Hubacher, conseiller municipal, n'avait pas participé à la procédure ni voté car il était en déplacement. Seuls les membres du jury, à l'exclusion des experts, avaient signé le procès-verbal.

Ultérieurement, le Tribunal administratif a demandé au candidat concerné le dossier qui n'avait pas été produit au Tribunal administratif.

9. Le 1er juillet 2005, la recourante a transmis son écriture post-enquête.

Son droit d'être entendue avait été gravement violé, d'une part, parce qu'elle n'avait pas eu accès aux documents nécessaires avant de former le recours et, d'autre part, parce que les fiches individuelles d'évaluation des membres du jury avaient été détruites. Une telle violation ne pouvait être réparée et devait entraîner l'annulation de la décision.

La commune d'Hermance avait l'obligation de respecter la composition du groupe d'évaluation, annoncée dans le règlement. Deux des cinq experts annoncés n'avaient pas participé à la première séance du groupe d'évaluation, alors qu'à la seconde, seul un expert était venu uniquement pour consulter les cinq dossiers retenus. L'un des membres du jury n'avait pas participé à l'évaluation.

Selon la jurisprudence et la doctrine, non seulement les critères mais aussi les sous-critères devaient être annoncés. Tel n'avait pas été le cas.

L'examen des dossiers de candidature retenus démontrait les incohérences du travail d'évaluation.

En ce qui concernait le premier critère, l'un des candidats retenu n'avait aucune référence concernant une école ou un centre de voirie. Un autre avait une seule référence concernant une école alors que la recourante avait réalisé deux écoles et un centre de voirie. Pourtant, elle n'avait obtenu que 3,08 pour ce critère, les candidats retenus obtenant nettement plus.

Quant au deuxième critère, la recourante avait plus de personnel que tous les candidats retenus. Les bureaux sélectionnés n'avaient pas de programme informatique aussi récent que la recourante.

Quant au troisième critère, concernant la présentation et la qualité du dossier de candidature, on ne voyait pas d'où provenaient les différences de notation.

10. La commune d'Hermance s'est déterminée le 9 août 2005. En annexant le tableau d'évaluation, elle avait suffisamment motivé la décision litigieuse. Le tableau individuel d'évaluation des jurés avait été transmis en cours de procédure. Le droit d'être entendu n'entraînait pas celui d'obtenir les comptes-rendus des délibérations.

Les notes obtenues par la recourante ne lui permettaient en aucun cas d'être retenue pour le second tour. L'évaluation avait été totalement impartiale.

En ce qui concerne la composition du groupe d'évaluation, les experts ne participaient pas aux délibérations. Ils donnaient leur avis sur des questions de nature purement technique. Leur présence ne s'imposait pas lors de la présélection.

Le fait qu'un des membres du jury soit absent, étant précisé qu'il s'agissait d'un "non initié" et non d'un architecte, n'était pas satisfaisant, mais ne "touchait" pas les intérêts et droits des candidats.

La liste des éléments élaborée par le jury ne modifiait pas les critères mais favorisait une égalité de traitement entre les candidats.

La commune précisait que le contrat avait été conclu.

11. AVA, Architectes et associés Sàrl s'est déterminée le 8 août 2005. Elle relevait que le nombre d'employés n'entraînait pas nécessairement une meilleure qualité du travail, précisant les prix et mandats obtenus concernant des écoles et des équipements publics.

Elle avait obtenu le mandat à l'issue du deuxième tour et le contrat avait été signé.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 15 al. 1 et 2 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 (LAIMPU - L 6 05.0).

2. a. Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle (Arrêt du Tribunal Fédéral 2P.256/2001 du 24 janvier 2002, consid. 2a et les arrêts cités ; ATA/172/2004 du 2 mars 2004). Sa portée est déterminée en premier lieu par le droit cantonal (art. 41ss de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) et le droit administratif spécial (Arrêt du Tribunal Fédéral 1P.742/1999 du 15 février 2000, consid. 3a ; ATF 124 I 49 consid. 3a p. 51 et les arrêts cités ; Arrêt du Tribunal fédéral du 12 novembre 1998 publié in RDAF 1999 II 97 consid. 5a p. 103). Si la protection prévue par ces lois est insuffisante, ce sont les règles minimales déduites de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) qui s'appliquent (Arrêts du Tribunal fédéral 2P.256/2001 du 24 janvier 2002, consid. 2b ; 1P.545/2000 du 14 décembre 2000 consid. 2a et les arrêts cités ; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 198).

Tel qu'il est garanti par l'article 29 alinéa 2 Cst., le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (Arrêt du Tribunal

Fédéral 2P.77/2003 du 9 juillet 2003, consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/172/2004 du 2 mars 2004 et les arrêts cités). La jurisprudence en matière de droits constitutionnels du Tribunal fédéral a également déduit du droit d'être entendu le droit d'obtenir une décision motivée. L'autorité n'est toutefois pas tenue de prendre position sur tous les moyens des parties ; elle peut se limiter aux questions décisives.

Il suffit, de ce point de vue, que les parties puissent se rendre compte de la portée de la décision prise à leur égard et, le cas échéant, recourir contre elle en connaissance de cause (Arrêts du Tribunal fédéral 1P.729/2003 du 25 mars 2004, consid. 2 ; 1P.531/2002 du 27 mars 2003 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/560/2000 du 14 septembre 2000).

b. En l'espèce, il ressort du recours, ainsi que de l'écriture complémentaire du 1er juillet 2005, que la recourante se plaint de ne pas avoir eu accès aux informations nécessaires à sa défense, une fois la décision rendue. La procédure d'instruction menée par le Tribunal administratif lui a toutefois permis d'avoir accès aux pièces en mains de l'autorité intimée, ainsi qu'au dossier des candidats retenus au terme du premier tour. Dès lors, le Tribunal administratif admettra que l'éventuelle violation du droit d'être entendu a été réparée.

3. Le concours litigieux est soumis à l'accord GATT/OMC, ainsi qu'à l'AIMP, la valeur seuil fixée par cet accord étant atteinte.

4. Dans les procédures sélectives à deux tours, le premier tour a pour but de permettre à l'adjudicateur de déterminer, en fonction de critères d'aptitudes, les candidats pouvant participer à la suite du concours, étant précisé que le nombre de candidats peut être limité (art. 12 al. 1 lettre b AIMP). Cette possibilité de limiter le nombre de concurrents est confirmée par l'article 16 alinéa 4 du règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction du 16 novembre 1997 (RPMPMC - L 6 05 01).

5. Dans le cadre d'un concours en procédure sélective, l'autorité adjudicatrice dispose, pour choisir le mode de sélection des concurrents autorisés à participer au second tour, d'une large liberté de déterminer le mode de sélection, pour autant que les principes de transparence, de non-discrimination et de loyauté de la procédure soient respectés (JAAC 64.63 consid. 4d CC ; J. DUBEY, Le concours en droit des marchés publics, Zurich-Bâle-Genève 2005, p. 233 ad n° 685). Elle peut notamment classer les candidats selon un système de points attribués aux différents critères de sélection (JAAC 63.16 consid. 6a).

6. En l'espèce, l'autorité adjudicatrice a fixé des critères de présélection et indiqué la pondération de chacun d'entre eux. Les critères choisis et le poids qui leur est donné sont pertinents et ne prêtent pas le flanc à la critique. L'élaboration, par le jury, d'une liste d'éléments permettant d'apprécier chacun des critères

d'une manière uniforme, pouvant être qualifiée de grille d'évaluation des critères, est conforme à la pratique. A cet égard, l'analyse de cette grille d'évaluation montre qu'aucun des éléments y figurant n'est exorbitant aux critères annoncés et qu'aucun d'entre eux a une importance prépondérante, lui conférant un rôle équivalant à celui d'un critère (ATA/94/2005 du 1er mars 2005, consid. 2, et la jurisprudence citée).

7. Le Tribunal administratif relèvera encore que les pièces produites par l'autorité intimée permettent de vérifier que les membres du jury ont effectué une appréciation individuelle des candidatures, en fonction des critères de sélection publiés.

8. La recourante fonde en dernier lieu son recours, d'une part, sur l'absence de l'un des membres du jury, et, d'autre part, sur l'absence de la majorité des experts lors des séances du jury.

a. Il est certain, ainsi que l'indique l'intimée, que l'absence de l'un des membres du jury est regrettable. Toutefois, le Tribunal administratif constate que, au vu du rang obtenu par la recourante, les notes qu'aurait mises le juré absent - même s'il avait systématiquement accordé le maximum à la recourante - n'auraient pas été apte à modifier l'issue du premier tour du concours.

b. En ce qui concerne les experts, la doctrine a eu l'occasion de préciser que leur rôle est consultatif : il doivent aider les membres du jury sur des éléments de nature purement technique (B. REICH, Rôle, composition et fonctionnement du groupe d'évaluation in RDAF 2004, p. 244, 250). Leur absence, au stade du premier tour, soit lorsque les aspects techniques ne sont que très secondaires, ne saurait porter à conséquence.

9. Au vu de ce qui précède, le grief de la violation des principes de transparence, d'égalité de traitement, d'impartialité et de loyauté de la concurrence est sans fondement.

10. Le recours sera donc rejeté. Un émolument, en CHF 2'000.-, sera mis à la charge de la recourante, qui succombe. Une indemnité de procédure en CHF 2'000.- sera allouée à la commune d'Hermance, à charge de la recourante. Celle-ci, qui a moins de dix mille habitants, a conclu à l'octroi d'une telle indemnité et a agi par la plume d'un avocat (ATA/733/2005 du 1er novembre 2005 et la jurisprudence citée). Aucune indemnité ne sera allouée aux appelés en cause faut de conclusions en ce sens.

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 10 février 2005 par De Planta et Portier architectes S.A. contre la décision de la Commune d'Hermance du 28 janvier 2005 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 2'000.- ;

alloue à la commune d'Hermance une indemnité en CHF 2'000.- , à charge de la recourante ;

communique le présent arrêt à Me Saverio Lembo, avocat de la recourante, à Me Bertrand Reich, avocat de la Commune d'Hermance, à Atelier 3BM3 S.A., à AVA, architectes et associés Sàrl, à Hybridées, à Anzevui et Deville architectes associés, à ZB Architectes, appelés en cause.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :	la vice-présidente :
M. Tonossi	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :