

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3350/2009-MARPU

ATA/519/2009

DÉCISION

DE LA

PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 16 octobre 2009

sur effet suspensif

dans la cause

ENTREPRISE JEAN LANOIR S.A.
représentée par Me Pascal Pétroz, avocat

contre

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

et

DI CHIARA S.A., appelée en cause
représentée par Me Maurice Turrettini, avocat

Attendu en fait que :

1. L'Etat de Genève, soit pour lui le département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : le département) a initié, par publication dans la Feuille d'Avis Officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 20 avril 2009, une procédure d'appel d'offres publique en procédure ouverte, soumise à l'accord OMC pour l'adjudication d'un marché de travaux de construction liés aux travaux de rénovation, de transformations et d'agrandissement du cycle d'orientation de la Florence sis 16, chemin du Velours/Conches/Genève. Il s'agissait d'un seul marché sans lot (2.8), les offres partielles n'étaient pas admises (2.9), la communauté de soumissionnaires n'était pas admise (3.6). Le délai pour la remise des offres était fixé au 2 juin 2009 à 10h00.

2. L'autorité adjudicatrice a établi un dossier d'appel d'offres précisant que la procédure était soumise à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05). Le document précisait les aptitudes/compétences requises et le type de soumissionnaire, les informations générales, les conditions de participation, les exigences administratives de la procédure et enfin les engagements du soumissionnaire. Toutes les informations étaient accessibles sur le site internet www.simap.ch.

A la page 4 de ce document figurait la précision suivante :

« 3.6 Association de bureaux ou consortium d'entreprises.

L'association d'entreprises n'est pas autorisée ».

3. Le 26 mai 2009, Jean Lanoir S.A. (ci-après : Jean Lanoir), de siège à Genève, a remis au département une offre portant sur les travaux de carrelages. L'offre était présentée par Jean Lanoir et Bonvin revêtements S.A. (ci-après : Bonvin), de siège à Genève. Le montant de l'offre TTC s'élevait à CHF 839'000.-.

4. Selon le procès-verbal d'ouverture des offres du 12 juin 2009, quatre autres entreprises ont également soumissionné, au nombre desquelles Di Chiara S.A. (ci-après : Di Chiara), de siège à Genève.

5. Il résulte du rapport d'adjudication du 18 août 2009 que l'un des soumissionnaires a été écarté d'emblée n'ayant pas fourni les attestations requises. Restaient alors quatre entreprises. Concernant Jean Lanoir, celle-ci s'était mise en consortium avec Bonvin avec une répartition de 50/50 chacun. Or, au point 3.6 de l'appel d'offres, l'association d'entreprises était exclue.

L'entreprise proposée à l'adjudication du marché de carrelage était Di Chiara pour le montant de TTC CHF 731'680.-.

6. Par décision du 1^{er} septembre 2009, le département a attribué le marché à Di Chiara et informé les autres soumissionnaires que leur offre était écartée. Jean Lanoir était en troisième position, sur quatre candidats ayant présenté une offre recevable.

7. Par acte remis à un office de l'entreprise La Poste le 14 septembre 2009, Jean Lanoir a interjeté recours auprès du Tribunal administratif contre la décision du 1^{er} septembre 2009 du département, concluant à titre préalable, à la restitution de l'effet suspensif au recours, et sur le fond, à l'annulation de la décision.

Avec l'accord du juge délégué, Jean Lanoir a complété son dossier de pièces respectivement le 30 septembre et le 5 octobre 2009.

En substance et en résumé, Jean Lanoir expliquait que si elle s'était fait assister par une entreprise tierce, c'était uniquement par souci de respect des délais et d'une réalisation impeccable des travaux pour un chantier d'une telle ampleur. Dans sa décision du 1^{er} septembre 2009, le département avait confirmé à Jean Lanoir que son offre était recevable. Sauf à consacrer un abus de droit, le département ne pouvait dès lors maintenant « faire machine arrière ». Le critère de l'urgence n'était pas pertinent en l'espèce. D'une part certains travaux, tels que ceux d'ouvrages métalliques, faisaient toujours l'objet d'une procédure et n'étaient pas encore attribués. D'autre part, le chantier devait s'étendre sur une durée de quatre ans et il apparaissait difficile d'invoquer le caractère urgent du chantier concerné, ce d'autant que les carreleurs faisaient partie des derniers corps de métier à intervenir sur le chantier.

L'intérêt privé de Jean Lanoir était évident. En effet, une appréciation objective et non arbitraire des critères d'adjudication aurait permis à cette entreprise d'obtenir des meilleures notes et partant l'adjudication. De plus, le département aurait dû demander des justificatifs à Di Chiara concernant son offre anormalement basse. Ne l'ayant pas fait, le département avait violé les art. 40 et 41 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

Pour ces motifs, l'effet suspensif devait être octroyé au recours.

8. Le 28 septembre 2009, le Tribunal administratif a appelé en cause Di Chiara et a imparti aux parties intimées un délai au 9 octobre 2009 pour se prononcer sur la question de l'effet suspensif.

9. Le département s'est déterminé le 9 octobre 2009.

Jean Lanoir avait déposé une offre en consortium avec l'entreprise Bonvin. Par conséquent, le recours devait être interjeté conjointement par les deux entreprises. A défaut, il était irrecevable.

Les critiques relatives à l'évaluation des critères et l'attribution des notes émises par Jean Lanoir ne résistaient pas à l'examen. Les notes attribuées à Jean Lanoir étaient justifiées et le maître de l'ouvrage n'avait pas abusé de son pouvoir d'appréciation. Di Chiara était en mesure de réaliser le travail avec quatorze employés. Or, l'ouverture des marchés publics ne devait pas avoir pour effet de favoriser systématiquement les grosses entreprises au détriment des petites structures, surtout lorsque, comme en l'espèce, elles étaient plus compétitives.

L'intérêt du maître d'ouvrage à effectuer les travaux selon le phasage initial était très important. Il en allait de même de l'intérêt de la direction de l'école, des enseignants et des élèves. En comparaison, l'intérêt de Jean Lanoir à l'obtention de la levée de l'effet suspensif apparaissait bien maigre. D'une part son recours paraissait *prima facie* irrecevable et mal fondé ; d'autre part, ses chances d'obtenir le marché étaient ténues car son offre avait été classée en troisième à l'issue de l'évaluation.

Il conclut principalement à l'irrecevabilité du recours et subsidiairement au déboutement de Jean Lanoir de sa requête en restitution de l'effet suspensif, avec suite de frais et dépens.

10. Di Chiara a présenté ses observations le 9 octobre 2009.

Elle ne pouvait que réaffirmer ses connaissances et compétences en la matière comme son offre l'avait démontrées.

Le recours ne présentait aucune chance de succès, les griefs soulevés étant tardifs ou infondés. Le Tribunal administratif avait refusé la restitution de l'effet suspensif dans un cas où la recourante se fondait uniquement sur l'auto-évaluation de son offre en substituant son évaluation à celle de l'autorité adjudicatrice. En l'espèce, la situation n'était pas différente : la recourante n'apportait aucune motivation claire à la violation des dispositions alléguées en particulier les art. 24, 33, 39 et 43 RMP.

Les chances de recours de Jean Lanoir étant extrêmement ténues, l'effet suspensif ne saurait être restitué. Au surplus, l'octroi de l'effet suspensif contreviendrait à l'intérêt public que représentait l'avancement des travaux.

A titre subsidiaire, si l'effet suspensif devait être ordonné, Jean Lanoir devait être condamnée à fournir des sûretés, fixées au montant de CHF 15'000.-, en application de l'art. 17 al. 3 AIMP.

Elle conclut au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif, subsidiairement à la condamnation de Jean Lanoir à verser dans un délai de dix jours des sûretés d'un montant de CHF 15'000.-, avec suite de frais et dépens.

Considérant, en droit, que :

1. Interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est, prima facie, recevable (art. 15 al. 2 AIMP ; art. 3 al. 1 et 2 let. 1 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 ; art. 56 al. 1 RMP).
2. En tant que personne exclue d'un marché public, la recourante a, prima facie, qualité pour recourir contre la décision d'adjudication (art. 15 al. 1bis let. d AIMP ; art. 55 al. 1 let. c RMP ; art. 60 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
3. Le recours n'a pas d'effet suspensif (art. 17 al. 1 AIMP ; art 58 al. 1 RMP), celui-ci pouvant être restitué par l'autorité de recours, d'office ou sur demande, pour autant qu'il 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'inspirant de celle de l'art. 66 al. 2 LPA (ATA/430/2009 du 3 septembre 2009 et les réf. citées).

Le législateur a refusé d'accorder l'effet suspensif automatique au recours afin de dissuader le soumissionnaire évincé d'utiliser le recours comme moyen de pression. Dès lors que cette exclusion a été érigée en pétition de principe, les exceptions y relatives doivent s'interpréter restrictivement (ATA/430/2009 déjà cité et les réf. citées).
4. Si l'effet suspensif n'est pas restitué, le contrat peut être conclu dès l'expiration du délai de recours (art. 14 AIMP).
5. Selon la jurisprudence, il y a lieu d'effectuer une pesée entre les intérêts public et privé en jeu. Doivent en outre être prises en considération les chances de succès du recours. Cet examen a pour but de refuser l'effet suspensif aux recours manifestement dépourvus de chance de succès (F. GYGI, l'effet suspensif et les mesures provisionnelles en procédure administrative, in RDAF 1976 p. 274 ; RDAF 1998 I p. 41 ; ATA/459/2009 du 17 septembre 2009 et les réf. citées).
6. Dans la pesée des intérêts à laquelle doit procéder le Tribunal administratif, ce dernier ne saurait ignorer que la rénovation et transformation d'un établissement scolaire est sans conteste un projet d'utilité publique et que sa réalisation dans les délais prévus constitue une priorité. Certes, selon la jurisprudence du Tribunal administratif, il appartient aux autorités adjudicatrices de planifier les travaux en incluant les éventuels retards liés aux procédures de recours (ATA/459/2009 déjà cité et les réf. citées). Dans le cas particulier, il faut toutefois tenir compte du fait que les travaux doivent être exécutés dans un bâtiment scolaire en activité, ce qui implique de nombreuses rocade dont la planification est très rigoureuse. A cet égard, l'intérêt public allégué est

manifestement prépondérant et prime l'intérêt exclusivement économique dont peut se réclamer la recourante.

7. Quant aux chances de succès du recours, le Tribunal fédéral a jugé que l'autorité compétente jouit d'une certaine liberté d'appréciation, conformément à l'art. 17 al. 2 AIMP. Les prévisions qu'elle est amenée à faire - prima facie - sur le sort du procès au fond n'entrent en considération que si elles ne font pas de doute (Arrêt du Tribunal fédéral 2D_130/2007 du 26 février 2008 et les arrêts cités consid. 2.2, soit notamment ATF 117 V 185 consid. 2b p. 191), ce qui n'est guère le cas en l'espèce.

Tout au plus peut-on relever que la question de l'existence d'une offre anormalement basse a fait l'objet d'un examen attentif de la part de l'autorité intimée. Di Chiari a fourni toute explication utile au sujet de son offre. Enfin, à supposer qu'après instruction, le recours soit admis, cela n'aurait pas forcément pour conséquence que le marché serait attribué à la recourante dès lors que celle-ci n'était classée que troisième et que le tribunal de céans ne peut statuer en opportunité (art. 16 al. 1 et 2 AIMP).

Ainsi, prima facie, les chances de succès du recours apparaissent ténues.

8. Au vu des éléments qui précèdent, la demande d'octroi de l'effet suspensif sera rejetée. Le sort des frais de la présente décision sera tranchée dans l'arrêt à rendre au fond.

PAR CES MOTIFS

LA PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

rejette la demande de restitution de l'effet suspensif ;

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

cela fait :

fixe au département des constructions et des technologies de l'information et à Di Chiara S.A. un délai au 15 novembre 2009 pour répondre au recours sur le fond ;

dit que, conformément aux art. 82 et ss 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'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqua la présente décision, en copie, à Me Pascal Pétroz, avocat de la recourante, au département des constructions et des technologies de l'information ainsi qu'à Me Maurice Turrettini, avocat de Di Chiara S.A., appelée en cause.

La présidente du Tribunal administratif :

L. Bovy

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :