

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3350/2009-MARPU

ATA/124/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 2 mars 2010

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

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, 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 public en procédure ouverte, soumise à l'accord GATT/OMC pour l'adjudication d'un marché de travaux de construction (carrelages) liés aux travaux de rénovation, de transformations et d'agrandissement du cycle d'orientation de la Florence (ci-après : CO 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 soumissionnaires, 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, l'Entreprise Jean Lanoir S.A. (ci-après : Jean Lanoir), de siège à Genève, a adressé 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 avaient 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 chacune. 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. Jean Lanoir a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision précitée par acte du 14 septembre 2009, concluant à titre préalable, à la restitution de l'effet suspensif au recours, et sur le fond, à l'annulation de la décision entreprise.

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 département avait fixé des critères d'adjudication obsolètes. Contrairement à son obligation légale, il n'avait pas demandé de justifications quant à l'offre anormalement basse de Di Chiara et il avait abusé de son pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des critères retenus.

Au titre de l'indemnisation prévue à l'art. 3 al. 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), Jean Lanoir devait être indemnisée pour les dépenses subies en relation avec la procédure, à savoir les frais engagés dans la procédure de soumission (CHF 5'440.-) d'une part et les frais d'avocat (CHF 17'244,85) d'autre part, soit au total CHF 22'684,85.

Jean Lanoir conclut à l'annulation de la décision litigieuse, à ce que le marché concerné lui soit attribué et subsidiairement à ce que l'Etat de Genève soit condamné à lui verser la somme de CHF 22'684,85 + intérêts à 5 % dès le 1^{er} septembre 2009, avec suite de frais et dépens.

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.

Il conclut au rejet de la 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 démontré.

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.

11. Par décision du 16 octobre 2009, la présidente du Tribunal administratif a rejeté la requête de restitution de l'effet suspensif (ATA/519/2009).

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

12. Le département a répondu au recours le 13 novembre 2009.

D'entrée de cause, il a précisé que le contrat avait été conclu le 3 novembre 2009.

Jean Lanoir avait déposé une offre en consortium avec l'entreprise Bonvin. Le timbre humide de cette dernière figurait sur plusieurs pages de l'offre, ainsi que la signature du responsable. L'annexe P4 indiquait que les deux entreprises étaient associées à raison de 50 % chacune.

Par conséquent, le recours devait être interjeté conjointement par les deux entreprises. Cette condition n'étant pas remplie, le recours était irrecevable. Référence était faite à la jurisprudence du Tribunal administratif en la matière (ATA/248/2006 du 9 mai 2006).

Le département a néanmoins examiné les griefs soulevés pour constater qu'aucun de ceux-ci n'étaient fondés.

Il conclut à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet, avec suite de frais et dépens.

13. Di Chiara s'est déterminée sur le fond du recours le 13 novembre 2009.

L'appel d'offres précisait qu'il était interdit de recourir à des sous-traitants ou de présenter une offre en consortium. Or, Jean Lanoir avait présenté une offre en consortium. Pour cette seule raison, la recourante ne saurait se voir attribuer le marché en question et son recours était dépourvu de toute chance de succès, pour autant qu'il soit recevable.

Faisant siens les arguments du département, Di Chiara a conclu au rejet du recours avec suite de frais et dépens.

14. A la demande de Jean Lanoir, un second échange d'écritures a été ordonné.

15. La recourante a présenté sa réplique le 15 décembre 2009.

Elle a discuté le montant de l'offre de Di Chiara relevant que cette entreprise devrait faire appel à des sous-traitants pour exécuter le chantier dans les délais requis.

Elle a persisté dans ses conclusions initiales.

16. Le département a présenté sa duplique le 29 janvier 2010, rejetant point par point les allégués de la recourante.

17. Di Chiara en a fait de même le 29 janvier 2010.

18. Le 10 février 2010, le Tribunal administratif a informé les parties que la cause était gardée à juger.

19. Par lettre datée du 5 octobre 2009 (sic) mais réceptionnée par le Tribunal administratif le 15 février 2010, Jean Lanoir a sollicité une audience de comparution personnelle des parties.

20. Par télécopie du 18 février 2010, Jean Lanoir a sollicité un transport sur place. Le carrelage posé par Di Chiara ne correspondait pas à l'offre, ni quant à sa qualité, ni quant au prix. Le 19 février 2010, elle a prié le Tribunal administratif d'inviter le département à verser à la procédure les factures établies par Di Chiara s'agissant du poste 11.301.

EN DROIT

1. La décision querellée est datée du 1^{er} septembre 2009. Elle a été réceptionnée par Jean Lanoir le 2 septembre 2009. Le délai de dix jours venait à échéance le samedi 12 septembre 2009. En application de l'art. 17 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), il a été reporté au premier jour utile soit le lundi 14 septembre 2009. Dès lors, le recours a été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente (art. 15 AIMP ; art. 3 al. 1 et 2 let. a L-AIMP ; art. 17 al. 3 et 63 al. 1 let. b LPA). Il est à cet égard recevable.

2. Le droit constitutionnel d'être entendu comprend notamment le droit de consulter le dossier (ATF 125 I 257 consid. 3b p. 260), de participer à l'administration des preuves et de se déterminer, avant le prononcé de la décision,

sur les faits pertinents (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.77/2003 du 9 juillet 2003 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/879/2003 du 2 décembre 2003 et les arrêts cités). Cela n'implique pas une audition personnelle de l'intéressé, celui-ci devant simplement disposer d'une occasion de se déterminer sur les éléments propres à influencer sur l'issue de la cause (art. 41 LPA ; Arrêt du Tribunal fédéral 1P.651/2002 du 10 février 2002 consid. 4.3 et les arrêts cités).

Le droit d'être entendu comprend également le droit pour l'intéressé d'offrir les preuves pertinentes lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre.

Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne pourraient l'amener à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (Arrêts du Tribunal fédéral 2P.200/2003 du 7 octobre 2003, consid. 3.1 ; 2P.77/2003 du 9 juillet 2003 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/172/2004 du 2 mars 2004 ; ATA/39/2004 du 13 janvier 2004 consid. 2).

En l'espèce, il n'y a pas lieu d'entendre les parties ni de donner suite aux différentes mesures probatoires sollicitées par la recourante, au vu des développements qui vont suivre.

3. a. A teneur de l'art. 60 let. a et b LPA, les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée et toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée, sont titulaires de la qualité pour recourir (ATA/77/2009 du 17 février 2009 et réf. citées). Le Tribunal administratif a déjà jugé que les let. a et b de la disposition précitée doivent se lire en parallèle : ainsi, le particulier qui ne peut faire valoir un intérêt digne de protection ne saurait être admis comme partie recourante, même s'il était partie à la procédure de première instance (ATA/5/2009 du 13 janvier 2009 et les réf. citées).
- b. En matière de marchés publics, les membres d'un consortium sont touchés non pas individuellement par une décision de non-adjudication, mais uniquement en leur qualité d'associés. Aussi bien, le droit de recourir contre une telle décision afin d'obtenir le marché ne leur appartient qu'en commun et doit être exercé conjointement, à l'instar de consorts nécessaires dans un procès civil (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.157/2003 du 17 décembre 2004, consid. 5.4).

En l'espèce, Jean Lanoir a déposé une offre commune avec l'entreprise Bonvin. Ces deux sociétés ont donc formé un consortium, soit une société simple. Or, le recours émane de Jean Lanoir exclusivement et à aucun moment celle-ci n'a prétendu que l'entreprise Bonvin lui aurait donné procuration pour agir en son nom.

Le recours doit donc être déclaré irrecevable, faute de qualité pour agir (ATA/248/2006 du 9 mai 2006).

4. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de Jean Lanoir. Celle-ci sera en outre condamnée à verser à Di Chiara une indemnité de procédure de CHF 2'000.- (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

déclare irrecevable le recours interjeté le 14 septembre 2009 par l'Entreprise Jean Lanoir S.A. contre la décision du 1^{er} septembre 2009 du département des constructions et des technologies de l'information ;

met à la charge de l'Entreprise Jean Lanoir S.A. un émolument de CHF 1'500.- ;

alloue à Di Chiara S.A. une indemnité de procédure de CHF 2'000.- à charge de l'Entreprise Jean Lanoir S.A. ;

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 ; 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 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.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :