RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3423/2006-DT **ATA/1/2007**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 9 janvier 2007

dans la cause

PLCO PIPELINES CONSTRUCTION S.A.

contre

SERVICE DES CONSTRUCTIONS ENVIRONNEMENTALES

EN FAIT

1. Le 20 mars 2006, le département du territoire (ci-après : département) a publié dans la Feuille d'Avis Officielle (ci-après : FAO) un appel d'offres en procédure ouverte, non soumise à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), portant sur la réalisation de la Step du Bois-de-Bay - Lot N° EP 10.

   Le coût estimé du marché était de CHF 1'500'000.-.

2. La société PLCO Pipelines Construction S.A. (ci-après : PLCO), domiciliée à 1073 Savigny, a répondu à l'appel précité et a remis son offre datée du 15 juin 2006.

3. La procédure de soumission a été confiée par le département à un bureau d'ingénieurs-conseil indépendant (ci-après : bureau).

4. Par décision du 6 septembre 2006, le service des constructions environnementales du département du territoire (ci-après : service) a informé PLCO que son offre déposée dans le cadre de cette procédure était écartée.

   Son dossier d'offre était incomplet en raison de signatures manquantes, contrairement à l'exigence du point 3.8 des modalités de l'appel d'offres. En sus, deux critères d'aptitude n'étaient pas remplis. En effet, le montant estimé des travaux n'était pas inférieur à 40 % du chiffre d'affaires de PLCO et il manquait cinq références de projets similaires, ce qui violait les points 4.5 et 6.1 des modalités de l'appel d'offres. La violation de ces prescriptions engendrait l'élimination du soumissionnaire, conformément aux points 4.2 et 6.1 desdites modalités.

   En outre, aucune offre faite dans le cadre de cette procédure n'avait été jugée recevable par le pouvoir adjudicateur, celle-ci avait ainsi été interrompue conformément à l'article 43 alinéas 1 et 2 du règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 (RMPC - L 6 05.01). Conformément à l'article 17 alinéa 2 a) du règlement précité, le marché public serait passé de gré à gré.

   Dite décision indiquait la voie et le délai de recours de dix jours auprès du Tribunal administratif.

5. Par acte remis à la poste le 20 septembre 2006, PLCO a recouru sans prendre de conclusions formelles ni produire de pièces, hormis la copie de la décision entreprise. En revanche, elle a répondu brièvement aux trois motifs d'éviction invoqués par le service.

Le document de soumission avait été signé en première page. Le montant estimé des travaux, soit CHF 1'500'000.- était bien inférieur à son chiffre d'affaires annuel, à savoir CHF 14 millions pour 2006. La société avait fourni une liste complète "des conduites en PE". Enfin, elle travaillait depuis de nombreuses années avec les services industriels, le service des eaux, le service du gaz de Genève, ce qui pouvait constituer "une seule ou plusieurs centaines de références".

6. Le 18 octobre 2006, le département a répondu et a conclu à l'irrecevabilité du recours aux motifs qu'il était tardif, qu'il ne désignait pas la décision attaquée et qu'il ne contenait pas de conclusions. Sur le fond, le département a conclu au rejet du recours.

Le service avait notifié sa décision à PLCO le 6 septembre 2006, de sorte que le délai de recours de dix jours avait expiré le 17 septembre 2006. Le recours ayant été interjeté le 20 septembre 2006, ce dernier était manifestement hors délai.

L'offre était valablement signée contrairement à ce qu'indiquait le service dans sa décision. En revanche, l'entreprise évincée ne répondait pas au critère d'aptitude à soumissionner de l'article 26 alinéa 1 lettre a) du RMPC, lequel exigeait d'avoir, pendant trois ans au moins, exercé en qualité d'entreprise inscrite au registre du commerce ou dans un registre professionnel, une activité en rapport avec celle dont relève la soumission. En l'espèce, PLCO n'était inscrite au registre du commerce du canton de Vaud que depuis le 1er juin 2004 et avait fait son offre le 15 juin 2006, si bien que cette condition n'était pas remplie. De plus, le critère d'aptitude lié au chiffre d'affaires et à la garantie de pérennité de l'entreprise n'était pas respecté non plus. En effet, les années correspondant aux chiffres d'affaires indiqués, étaient antérieures à l'inscription de la société auprès du registre du commerce. Enfin, la recourante n'avait présenté que quatre références de projets similaires en lieu et place des dix exigés.

7. Par courrier du 24 octobre 2006, le Tribunal administratif a requis du service, la production de l'avis postal attestant la date de réception de sa décision du 6 septembre 2006 par la recourante.

8. Le 31 octobre 2006, le service a fait parvenir au tribunal de céans une copie de l'avis postal démontrant que PLCO avait reçu sa décision le 11 septembre 2006.

9. En date du 14 novembre 2006, la recourante a été invitée à répliquer.

10. Le 28 novembre 2006, PLCO a persisté dans ses conclusions.

PLCO avait repris, le 1er juin 2004, certains actifs de RLCO Rossi Line Construction S.A. (ci-après : RLCO) notamment, sa clientèle et ses travaux en

cours. Depuis près de quarante ans, le chiffre d'affaires annuel s'élevait à environ CHF 2’000.000.-, ce, uniquement à Genève.

Eu égard à sa renommée, à celle de RLCO, ainsi qu'aux nombreux clients qu'elle comptait à Genève, la recourante n'avait "pas jugé utile de détailler chaque référence".

Enfin, l'intéressée souhaitait être entendue par un représentant du bureau afin d'obtenir des explications.

Les comptes de PLCO pour la période du 1er juin 2004 au 31 décembre 2005, une liste de références ainsi qu'un prospectus publicitaire de la société intitulé "40 ans & 4'000 km d'expérience" ont été versés à la procédure.

11. Par fax du 18 décembre 2006, la représentante de l’intimé a allégué qu’une prolongation de délai au 20 décembre 2006 lui aurait été accordée par téléphone, ce qui n’est attesté par aucune pièce du dossier.

12. Le 20 décembre, l’intimé a ainsi transmis sa duplique, réceptionnée le 21 décembre 2006, concluant derechef au rejet du recours.

Les éléments apportés par la recourante dans sa réplique ne permettaient pas d’admettre que les critères d’aptitude étaient satisfaits. La recourante n’avait en particulier pas démontré qu’elle avait repris une main-d’œuvre qualifiée ou le "know how" de RLCO.

13. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l’article 7 alinéa 1 lettre a) AIMP, cet accord s'applique aux offres si la valeur estimée du marché public à adjuger atteint la somme de CHF 9'575'000.- pour les ouvrages, sans la taxe sur la valeur ajoutée.

En l'occurrence, cette valeur seuil n’est pas atteinte (art. 7 al. 1 let. a AIMP), ce qui n’est d’ailleurs pas contesté par les parties.

Ainsi, le délai de dix jours dans lequel les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours auprès d'une autorité juridictionnelle cantonale prévu à l'article 15 de l'AIMP n’est pas applicable en l'espèce.

2. Les articles 48 à 50 RMPC s’appliquent à la passation du marché dont la valeur-seuil présumée est inférieure à celle mentionnée ci-dessus (art. 4 al. 2 RMPC).

A teneur de l'article 50 RMPC, les décisions rendues dans le cadre de l'adjudication d'un marché non soumis à l'accord intercantonal ne sont pas sujettes à recours. En conséquence, la question de la conformité de la décision litigieuse aux dispositions cantonales légales ou réglementaires ne pourra pas être examinée par le tribunal de céans. En revanche, tel sera le cas des griefs allégués relevant de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02) (ATA/209/2006 du 11 avril 2006 ; ATA/609/2005 du 13 septembre 2005).

3. En effet, il est unanimement reconnu par la jurisprudence et la doctrine que la LMI est applicable indépendamment des valeurs seuils et des types de marché (E. CLERC, L'ouverture des marchés publics : effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, p. 435-6 ; ATA/733/2005 du 1er novembre 2005).

La LMI s'applique donc au cas particulier et la recourante dispose des garanties prévues aux articles 5 alinéa 1 et 9 LMI en matière de marchés publics.

4. A teneur de l'article 9 alinéa 2 de la LMI, le droit cantonal prévoit au moins une voie de recours devant une autorité indépendante de l'administration.

Le délai de recours est de 30 jours, et non pas 10. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours déposé le 20 septembre 2006 contre la décision réceptionnée par la recourante le 11 septembre est, de ce point de vue, recevable (art. 56B al. 4 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; ATA/209/2006 du 11 avril 2006 ; ATA/864/2004 du 26 août 2004).

5. a. Selon l'article 65 LPA, l'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant.

b. Les exigences formelles posées par le législateur n'ont d'autre but que de permettre à la juridiction administrative de déterminer l'objet du litige qui lui est soumis et de donner l'occasion à la partie intimée de répondre aux griefs formulés à son encontre (ATA/632/2005 du 27 septembre 2005 ; ATA/251/2004 du 23 mars 2004 ; ATA F. du 8 septembre 1992). Cette exigence est considérée comme remplie lorsque les motifs du recours, sans énoncer de conclusions formelles, permettent de comprendre aisément ce que le recourant désire (ATA/807/2005 du 29 novembre 2005). En revanche, tel n'est pas le cas d'un recours sommaire se bornant, en matière de marchés publics, à invoquer des arguments techniques et de politique commerciale, n'indiquant au demeurant aucun moyen de preuve et ne fournissant aucune pièce (ATA/795/2005 du 22 novembre 2005).

En l'espèce, la recourante a fourni la copie de la décision entreprise avec son acte de recours. Bien qu'elle ne prenne pas de conclusions formelles, la lecture de celui-ci permet de comprendre qu'elle conclut à l'annulation de la décision précitée en tant qu'elle écarte son offre de la procédure d'appel d'offres relative à la réalisation de la Step de Bois-de-Bay et interrompt ladite procédure.

Il s'ensuit que le recours est recevable.

6. 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. 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'article 5 alinéa 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'article 3 LMI qui fixe les conditions auxquelles des restrictions à la liberté d'accès au marché de soumissionnaires externes peuvent être prévues.

c. 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).

d. Les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales et communales veillent à ce que les projets de marchés publics de grande importance portant sur des fournitures, des services ou des travaux, de même que les critères de participation et d'attribution du marché, soient publiés dans un organe officiel. Ils tiennent compte à cet égard des engagements internationaux pris par la Confédération (art. 5 al. 2 LMI). Cette disposition institue une obligation de transparence consistant à garantir un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence, ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication. Lorsqu'un marché doit faire l'objet d'un appel d'offres selon l'article 5 alinéa 2 LMI, le pouvoir adjudicateur est tenu d'énumérer par avance tous les critères d'aptitude et d'adjudication qui seront pris en considération (E. CLERC, Commentaire de l'art.

5 LMI, in Droit de la concurrence : commentaire romand, n°s 144-146 pp. 1368-1369 ss.). Il doit aussi spécifier clairement d'emblée l'ordre de priorité des critères, de telle sorte que la manière dont l'évaluation a été effectuée par le pouvoir adjudicateur puisse être retracée par l'autorité de recours (RDAF 2000 p. 181, consid. 4c et 5a).

7. A teneur de l'article 26 alinéa 1 lettre a) du RMPC, "pour être admis à soumissionner, le prestataire doit justifier que, pendant trois ans au moins, il a exercé en qualité d'entreprise individuelle inscrite, à son siège social, au registre du commerce ou dans un registre professionnel une activité en rapport, quant à sa nature et à son importance, avec celle dont relève la soumission; il peut être dérogé à cette disposition lorsque les conditions d'une saine concurrence ne sont pas réunies".

In casu, la copie de l'extrait du registre du commerce du canton de Vaud datée du 10 mars 2006 atteste que PLCO a été inscrite audit registre le 1er juin 2004. Partant, le 15 juin 2006, date d'ouverture de la soumission de la procédure, la recourante ne pouvait justifier d'une activité d'au moins trois ans en rapport avec celle dont relève la soumission. PLCO et RLCO sont des entités juridiques différentes et la première ne peut se prévaloir de l'expérience acquise par la seconde. Par ailleurs, la recourante, n'a fourni aucune référence au moment de la remise de son offre, comme elle le reconnaît d'ailleurs dans sa réplique. La décision de l'intimé d'écarter la candidature de la recourante était ainsi fondée.

8. Pour ce motif déjà, le recours sera rejeté. Il n'est ainsi pas nécessaire d'examiner les autres griefs allégués par PLCO.

Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante. Aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée car elle comparaît en personne, n'allègue pas avoir encouru de frais particuliers pour sa défense et ne la requiert pas (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 20 septembre 2006 par PLCO Pipelines Construction S.A. contre la décision du service des constructions environnementales du 6 septembre 2006 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 1'000.- ;

dit qu'il ne lui est pas alloué d'indemnité ;

dit que, conformément aux articles 113 et suivants 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 constitutionnel subsidiaire ; 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. 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 PLCO Pipelines Construction S.A. ainsi qu'au service des constructions environnementales.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la secrétaire-juriste :	la vice-présidente :
C. Goette	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :