

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3592/2009-MARPU

ATA/568/2009

DÉCISION

DE LA

PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 5 novembre 2009

sur effet suspensif

dans la cause

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

contre

FONDATION DE LA VILLE DE GENÈVE POUR LE LOGEMENT SOCIAL

et

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

EN FAIT

1. Le 27 avril 2009, la Fondation de la Ville de Genève pour le logement social (ci-après : FVGLS) a publié dans le Feuille d'Avis Officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) un appel d'offres en procédure ouverte, soumis à l'accord OMC, pour l'adjudication d'un marché de construction portant sur 91 logements HBM à réaliser en Ville de Genève, dit « Foyer Sécheron ». Le marché faisait l'objet de plusieurs lots. Le délai pour la remise des offres était fixé au 22 juin 2009 à 18h00.

La publication dans la FAO indiquait la voie et le délai de recours au Tribunal administratif.
2. L'autorité adjudicatrice a établi un dossier d'appel d'offres concernant le lot 206 relatif aux travaux de carrelages et faïences. Ce document détaillait entre autres les conditions générales, particulières et spéciales du projet, les précisions d'exécution, la procédure d'examen/critères d'adjudication ainsi que le planning des travaux.
3. Le 16 juin 2009, Jean Lanoir S.A. (ci-après : Jean Lanoir), de siège à Genève, a déposé une offre portant sur les travaux de carrelages/faïences s'élevant à CHF 798'000.- TTC.
4. Selon le procès-verbal d'ouverture des offres du 22 juin 2009, trois autres entreprises ont également soumissionné, au nombre desquels Di Chiara S.A. (ci-après : Di Chiara) de siège à Vernier. L'offre de cette dernière, reçue le 22 juin 2009, s'élevait à CHF 740'972,35 TTC.
5. Il résulte du rapport d'évaluation du 29 juin 2009 que Jean Lanoir a obtenu 298.74 sur 500 et Di Chiara 303.20 sur 500. L'entreprise proposée à l'adjudication du marché de carrelages/faïences était Di Chiara.
6. Par courrier du 30 août 2009, le bureau d'architecture MPH Architectes, mandataire de la FVGLS, a convoqué les soumissionnaires pour une audition fixée le 1^{er} septembre 2009.
7. Les auditions précitées ont fait l'objet de procès-verbaux.
8. Par décision du 14 septembre 2009, la FVGLS a attribué le marché à Di Chiara et informé les autres soumissionnaires que leur offre était écartée. L'offre de Di Chiara avait été jugée économiquement la plus avantageuse conformément aux grilles d'évaluation annexées à la décision d'adjudication.

9. Par acte posté le 5 octobre 2009, Jean Lanoir a interjeté recours contre la décision précitée qu'elle avait reçue le 23 septembre 2009. Elle sollicite préalablement la restitution de l'effet suspensif au recours et principalement, dans l'hypothèse où l'effet suspensif est attribué au recours, elle conclut à l'annulation de la décision litigieuse et à ce que le marché concerné lui soit attribué. Dans l'hypothèse où l'effet suspensif n'est pas restitué au recours et que le contrat avec Di Chiara soit conclu avant l'issue de la procédure, elle conclut à ce que le tribunal de céans constate que la décision d'adjudication est illégale et à la condamnation de la FVGLS à la somme de CHF 20'048.- + intérêts à 5 % l'an à compter du 14 septembre 2009, avec suite de frais et dépens.

S'agissant de l'effet suspensif, elle invoque des griefs liés à une appréciation non objective et arbitraire des critères d'adjudication, le fait que l'offre de l'adjudicataire est anormalement basse et que la date d'établissement du tableau d'évaluation est antérieure à l'audition du 1^{er} septembre 2009.

Il existe un intérêt public évident à ce que les décisions prononcées soient conformes au droit applicable. Quant à l'intérêt privé de la recourante, il est évident si tant est qu'une appréciation objective et non arbitraire des critères d'adjudication lui aurait permis d'obtenir l'adjudication.

10. Di Chiara a déposé sa détermination sur effet suspensif le 30 octobre 2009. Le recours avait peu de chance de succès. Les griefs relatifs au document d'appel d'offres étaient tardifs. Son offre n'était manifestement pas anormalement basse et l'autorité adjudicatrice n'avait pas d'explications complémentaires à lui demander. La recourante se contentait de procéder à une auto-évaluation de son offre. L'octroi de l'effet suspensif contreviendrait à l'intérêt public que représentait l'avancement des travaux, s'agissant en particulier de la construction de logements HBM à Genève.
11. La FVGLS s'est déterminée le 30 octobre 2009 à la fois sur le fond et sur effet suspensif. S'agissant de celui-ci, elle a relevé qu'aucun élément du dossier ne permettait de retenir qu'il y ait eu abus ou excès du pouvoir d'appréciation dans la notation des critères d'adjudication. La recourante n'avait nullement rendu vraisemblable que l'offre de l'entreprise adjudicataire était anormalement basse, puisqu'elle était inférieure d'environ 7 % à l'estimation des travaux par l'entité adjudicatrice (CHF 800'000.- selon l'appel d'offres par rapport à une offre de CHF 740'972.-). L'évaluation faite le 22 juin 2009 avait été validée par la décision d'adjudication, l'audition des soumissionnaires ayant essentiellement pour but de vérifier que les meilleurs d'entre eux avaient compris les données de l'appel d'offres et d'examiner les échantillons présentés. L'audition n'avait en aucune manière modifié les notes attribuées.

Aucun des griefs soulevés par la recourante ne permettait de retenir que le recours avait une chance de succès et permettrait donc d'octroyer la mesure

exceptionnelle qui était l'octroi de l'effet suspensif. Au contraire, un tel effet aurait des conséquences graves sur le projet et son déroulement, la construction de 91 logements HBM relevant à Genève d'un intérêt public prépondérant.

EN DROIT

1. Le recours a été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente. En effet, le délai de recours venait à expiration le samedi 3 octobre 2009 à minuit. 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 lundi 5 octobre 2009 et il l'a été en temps utile (art. 56A loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; 63 al. 1 let. b LPA ; art. K al. 1 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 3 al. 1 et 2 let. a de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 - LAIMP - L 6 05.0 et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01).
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 LPA).
3. Le recours n'a pas effet suspensif *ex lege* (art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP). Toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, accorder l'effet suspensif, pour autant que celui-ci 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 al. 2 LPA (ATA/520/2009 du 20 octobre 2009 et les réf. citées).

En matière de marchés publics, la restitution de l'effet suspensif en cas de recours constitue cependant une exception (ATA/519/2009 du 16 octobre 2009 et les réf. citées) et représente par conséquent une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restrictions.
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/519/2009 déjà cité).

6. En l'espèce, l'intérêt public à la construction de logements sociaux en Ville de Genève, dont la pénurie est notoire, revêt un caractère manifestement prépondérant.

Quant à l'intérêt privé de la recourante, il consiste dans le fait qu'elle souhaiterait se voir attribuer le marché. Or, l'admission du recours n'aurait pas nécessairement pour effet de le lui attribuer, le tribunal de céans ne pouvant pas statuer en opportunité (art. 16 al. 1 et 2 AIMP ; art. 61 LPA).

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.

En l'espèce, la recourante discute des critères d'adjudication et à cet égard la question peut se poser de savoir si les griefs ne sont pas tardifs. Elle invoque également le fait que l'offre de Di Chiara serait anormalement basse. Or, les conclusions auxquelles elle arrive ne sont en réalité que le résultat de l'auto-évaluation de sa propre offre.

Prima facie, il apparaît que les chances de succès du recours sont 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 ;

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 ;

communique la présente décision, en copie, à Me Pascal Petroz, avocat de la recourante, à Me Michel D'Alessandri, avocat de la Fondation de la Ville de Genève pour le logement social 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 :