

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/521/2006-CM

ATA/209/2006

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 11 avril 2006

dans la cause

HÄRING HOLZ & SYSTEMBAU S.A.

représenté par Me Reza Vafadar, avocat

contre

COMMUNE DE THÔNEX

représentée par Me Bénédicte Fontanet, avocat

et

DASTA CHARPENTE S.A.

BIEDERMANN S.A.

BARRO & CIE S.A.

appelées en cause représentées par Me Adrian Holloway, avocat

EN FAIT

1. Le 26 septembre 2005, la commune de Thônex (ci-après : la commune) a publié dans la Feuille d'avis officielle (ci-après : la FAO) un appel d'offres en procédure ouverte portant sur le lot n° 2 de la construction d'un pavillon scolaire provisoire, soit l'ossature de bois préfabriquée (planchers, façades), menuiseries intérieures et extérieures, cloisonnement intérieur en bois. Les huit autres lots portaient sur d'autres travaux en relation avec l'édification de ce pavillon ; ils portaient notamment sur des travaux de maçonnerie, d'électricité, de chauffage, d'appareillage sanitaire, d'étanchéité, etc.

Il était notamment précisé que le coût estimé du marché était de CHF 1'500'000.- pour le deuxième lot et que les offres seraient évaluées en fonction de cinq critères, soit :

- montant et crédibilité du prix ;
- capacité à respecter les délais d'exécution ;
- organisation du soumissionnaire ;
- expérience dans le domaine du bois/préfabrication ;
- présentation et qualité des dossiers.

Le délai de remise des offres était fixé au 1^{er} novembre 2005 avant 11h00.

La procédure de mise en soumission a été confiée par la commune à un bureau d'architecte indépendant (ci-après : le bureau).

2. A teneur du cahier des charges annexé au cahier d'appel d'offres, la garantie des délais selon un planning annexé, ou « variante optimisée par l'entrepreneur », serait un critère déterminant pour le choix de l'adjudicataire.
3. Le 27 octobre 2005, les sociétés Dasta Charpente S.A. (ci-après : Dasta), Biedermann S.A. (ci-après : Biedermann) et Barro & Cie S.A. (ci-après : Barro) ont informé la commune qu'elles se constituaient en consortium dans l'optique de lui « donner entière satisfaction dans la construction de cet ouvrage ».
4. L'ouverture publique des offres a eu lieu le 1^{er} novembre 2005, à 11h15.

Quatre offres (hors TVA) ont été déposées dans le délai imparti, soit celles de la société Häring Holz & Systembau S.A. (ci-après : Häring), établie à Bâle, et le consortium Barro-Biedermann-Dasta (ci-après : le consortium), leur montant respectif s'élevait à :

- Häring : CHF 1'789'598,30 et

- Consortium : CHF 2'020'000.- ;
- Les offres plus élevées étant celles des deux entreprises restantes.

Le dossier de Häring et du consortium faisaient état, sous la rubrique « Dates et délais d'exécution et effectifs prévus par l'entreprise » des données suivantes :

Häring :

<i>Prestations-travaux</i>	<i>Délais nécessaires à l'entrepreneur</i>	<i>Effectif prévu</i>	<i>Dates d'intervention</i>	
			<i>Début</i>	<i>Fin</i>
<i>Etablissement des plans, etc.</i>	10 semaines	1+1	15.12.05	24.2.06
<i>Préfabrication en atelier</i>	11 semaines	1+10	6.2.06	21.4.06
<i>Montage ossature bois</i>	7 semaines	1+6	27.2.06	12.5.06
<i>Montage ossature métal</i>	1 semaine	1+2		12.5.06

Consortium :

<i>Prestations-travaux</i>	<i>Délais nécessaires à l'entrepreneur</i>	<i>Effectif prévu</i>	<i>Dates d'intervention</i>	
			<i>Début</i>	<i>Fin</i>
<i>Etablissement des plans, etc.</i>	≈ 1 semaine et demi		A convenir selon planning	
<i>Préfabrication en atelier</i>				
<i>Montage ossature bois</i>	≈ 2 mois et demi			
<i>Montage ossature métal</i>				

Parallèlement à son offre principale et dans un courrier annexé daté du 31 octobre 2005, le consortium a proposé une variante, laquelle représentait une économie de CHF 249'800.- hors TVA « environ ». Cette variante n'était pas documentée. Elle « devait encore être soumise à l'ingénieur civil et [faire] l'objet d'une discussion au préalable ».

5. Le 4 novembre 2005, le bureau a reçu du consortium le descriptif technique de la variante, ainsi que son plan de principe.
6. Le 22 décembre 2005, le secrétaire général adjoint de la commune a informé le bureau que le conseil administratif, dans sa séance du 20 décembre 2005, avait adjugé les travaux, s'agissant du lot n° 2, au consortium, dont l'offre ascendait à CHF 1'958'066.- TTC.

Selon un tableau intitulé « Tableau comparatif des offres et proposition d'adjudication » établi par le bureau en date du 15 décembre 2005 qui était annexé à ce courrier, l'offre du consortium s'élevait à CHF 1'819'764,52 hors TVA et celle de Häring à hauteur de CHF 1'816'739,39.

Häring n'était pas classée, au motif que son planning était incompatible avec le programme du maître d'ouvrage (« Planning incompatible avec programme MO »). Le planning du consortium respectait ce programme (« Planning respecté »).

En totalisant les huit lots adjugés le 22 décembre 2005, le montant obtenu n'atteignait pas CHF 9'575'000.-.

7. Par lettre signature datée du 1^{er} février 2006 – expédiée le 2 février 2006 –, Mentha S.A. a informé Häring que le marché avait été adjugé au consortium pour le montant hors TVA de CHF 1'783'176.-.

Ce montant se référait à une variante d'entreprise répondant en tous points au cahier des charges de soumission et admise selon les conditions générales décrites en page 2 du cahier d'appel d'offres.

L'offre du consortium avait été jugée économiquement et techniquement la plus avantageuse et conforme aux délais d'exécution exigés.

Il était en outre indiqué qu'aucune voie de recours n'était ouverte à l'encontre de cette décision, l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) n'étant pas applicable.

8. Par acte déposé au greffe le 10 février 2006, Häring a saisi le Tribunal administratif d'un recours à l'encontre de cette décision. La société conclut principalement, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de l'adjudication et à ce que le marché lui soit adjugé « en conformité avec la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02) ». Elle sollicitait en outre du tribunal de céans qu'il signifie sans délai à l'autorité adjudicatrice « l'effet suspensif du recours » et fasse par conséquent interdiction à cette dernière de conclure le contrat avec le consortium jusqu'à droit jugé au fond.

La décision attaquée, signée par un architecte n'ayant pas le pouvoir de signature individuelle, était nulle de plein droit. En outre, la procédure d'adjudication violait la LMI ainsi que les principes de transparence de la procédure d'adjudication, de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de l'impartialité de l'adjudication, en violation de la LMI. De même, son droit d'être entendue avait été violé, dès lors qu'elle n'avait pu obtenir du bureau des informations précises sur le déroulement de la procédure d'adjudication.

9. Le 17 février 2006, la commune a conclu au retrait de l'effet suspensif au recours. Elle a notamment déposé un « tableau d'évaluation des dossiers », dont il ressort que sur les cinq offres examinées, dont la variante litigieuse, quatre ont reçu la note maximale de 120 points (soit la note de 4,0 multipliée par [ci-après : « * »] 30) pour le critère « capacité à respecter les délais d'exécution » alors que la recourante en recevait 15 (soit 0,5*30).

10. Par décision du 17 février 2006 (ATA/96/2006), le Président de la juridiction de céans a rejeté la demande de retrait de l'effet suspensif au recours et appelé en cause le consortium.
11. La commune s'est opposée au recours le 10 mars 2006.

S'agissant du grief de la nullité de la décision, l'architecte était intervenu en qualité de fondé de pouvoir du bureau, et cela tout au long du processus de soumission et d'adjudication. Représentant du mandataire de la commune de Thônex, l'architecte était dûment habilité à intervenir comme il l'avait fait. Concernant les griefs de violation de la LMI, tous les intervenants avaient été traités de manière strictement égale. Les soumissionnaires avaient en effet été invités à fournir des offres, ainsi que le cas échéant des variantes. Quant à la recourante, elle avait fourni des attestations trop anciennes en matière d'assurances sociales, qui avaient remplacées par de plus récentes à la demande de la commune.
12. Le même jour, le consortium a également conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet du recours, sans apporter d'élément nouveau à la procédure.
13. Les parties ont été entendues en audience de comparution personnelle le 17 mars 2006.
 - a. L'architecte a précisé que la lettre du 31 octobre 2005 du consortium lui était parvenue dans l'enveloppe accompagnant l'offre de base; il avait pris contact téléphoniquement avec la société Dasta, qui conduisait le consortium, pour obtenir des renseignements sur la variante. On lui avait alors notamment remis un plan de principe et le descriptif technique de ladite variante entre le 4 et le 5 novembre 2005, soit après l'ouverture des offres.
 - b. La commune a reconnu que l'offre de Häring était la moins chère pour quelque CHF 4'000.-. Il ne fallait toutefois pas oublier la problématique du planning.
 - c. Häring s'est étonnée de n'avoir reçu, pour le critère n° 2, que 15 points contre les 120 points attribués aux trois autres entreprises. L'architecte a rétorqué que selon sa propre appréciation et son planning intégrant les autres entreprises intervenant dans le chantier, il s'avérait que l'agenda proposé par Häring n'était pas réaliste.
14. A l'issue de l'audience, les parties ont été informées que le cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56B al. 4 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 9 al. 2 LMI ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; ATA/864/2004 du 26 août 2004).
2. Selon 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'espèce, cette valeur seuil n'est pas atteinte, tant au regard du montant du marché du lot n° 2, que de celui représentant la totalité des lots (art. 7 al. 1 AIMP ; art. 5 al. 1 du règlement genevois sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 - RMPC - L 6 05.01), ce qui n'est d'ailleurs pas contesté par les parties.

L'AIMP n'est donc pas applicable. Tel est toutefois le cas du RMPC, dont certaines dispositions s'appliquent indépendamment du fait que le marché litigieux n'atteint pas la valeur-seuil (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 LMI (ATA/609/2005 du 13 septembre 2005).

3. 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.

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).

c. 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).

d. Le Tribunal administratif a récemment jugé qu'un mandat d'études parallèles portant sur une étude de viabilisation d'une maison communale et dont le montant est inférieur à CHF 383'000.- ne constitue pas un marché de grande importance (ATA/733/2005 du 1^{er} novembre 2005).

En l'espèce, le marché litigieux constitue un marché de grande importance au sens de l'article 5 alinéa 2 LMI, car il ne représente pas un marché relativement limité ayant pour seul objet d'étudier la faisabilité d'une réalisation architecturale communale, mais la construction certaine de pavillons scolaires. Le pouvoir adjudicateur l'a d'ailleurs bien compris en publiant l'appel d'offres y relatif dans la FAO avec une indication des critères qui seraient retenus pour l'évaluation des offres déposées. Les exigences posées à l'article 5 alinéa 2 LMI sont par conséquent applicables.

4. Plusieurs irrégularités dans la procédure de passation du marché litigieux doivent être relevées à l'aune des principes susmentionnés.

a. Premièrement, les parties à la procédure ont reconnu que la variante présentée par le consortium n'était pas complète lors de l'ouverture publique des offres, l'architecte ayant admis à l'audience qu'il n'avait reçu le descriptif technique et le schéma de principe de la variante que quelques jours plus tard. Cette première informalité aurait dû conduire le pouvoir adjudicateur à écarter d'office la variante déposée par le consortium, car celle-ci n'était en rien documentée. Accepter qu'un adjudicataire puisse se contenter d'ajouter à son offre principale un courrier annonçant une variante inférieure d'une certaine somme pour ensuite, après l'ouverture publique des offres, en déterminer le contenu directement avec le pouvoir adjudicateur est inadmissible au regard des principes fondamentaux régissant le droit des marchés publics, en particulier le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires. Dans ces circonstances, la variante du consortium aurait dû être écartée.

b. Ensuite, il ressort du courrier adressé par la commune à l'architecte le 22 décembre 2005 que le conseil administratif, autorité compétente pour décider de l'attribution du marché en cause (art. 50 al. 1 de la loi sur l'administration des communes du 13 avril 1984 – LAC – B 6 05), a exclu l'offre de la recourante, car le planning que cette dernière avait indiqué ne respectait pas celui de la commune, alors que le montant de l'offre était inférieur à celui de la variante du consortium, ce dont la commune intimée a convenu lors de l'audience de comparution personnelle des parties. Sans compter que la critique relative au calendrier est infondée (cf. infra), la commune ne pouvait pas, à peine de violer le principe de la transparence des procédures de passation des marchés publics, donner à un seul critère - a fortiori s'il ne s'agit pas du prix - une importance telle que son prétendu non-respect entraînant l'exclusion pure et simple de l'offre en cause.

c. Enfin, il est choquant que le planning remis par la recourante, lequel est documenté et précis, ait pu fonder l'exclusion de l'offre de cette dernière et, selon le tableau récapitulatif des offres établi a posteriori par l'architecte, l'obtention de 15 points (soit une note de 0.5 sur un maximum de 4, soit 0,5*30) seulement, bien que le consortium, qui s'est contenté d'indiquer de manière générale « \approx 1 semaine et demi » pour l'établissement des plans et « \approx 2 mois et demi » pour la préfabrication en atelier et les montages de l'ossature en bois et en métal sur le chantier, a obtenu la note maximale de 4.0/4.0 et partant 120 points (4*30) alors même qu'aucun document ne permettait d'établir le calendrier de réalisation de la variante au moment du dépôt des offres. Cette notation, particulièrement insoutenable, témoigne d'un abus manifeste du large pouvoir d'appréciation (cf. ATA/733/2005 précité, consid. 11) dont dispose le pouvoir adjudicateur en la matière.

Il résulte de ce qui précède que la procédure de passation du marché litigieux a été faite en violation des principes régissant le droit des marchés publics. La décision attaquée sera par conséquent annulée.

5. En l'absence de dispositions spéciales de procédure, le recours relatif à une violation de la LMI est régi par les normes usuelles de la LPA (ATA/864/2004 du 26 août 2004). Selon l'article 69 alinéa 3 LPA, si la juridiction administrative admet le recours, elle réforme la décision attaquée ou l'annule. Si elle le juge nécessaire, elle peut renvoyer l'affaire à l'autorité qui a statué pour nouvelle décision.

En l'espèce, la commune a fait état dans ses observations de l'urgence de la situation et de la nécessité de pouvoir rapidement ériger les pavillons scolaires visés par le marché litigieux. Elle n'a en outre pas allégué dans ses écritures que la recourante ne serait pas en mesure d'exécuter correctement le marché litigieux aux conditions de son offre initialement déposée. Dans ces circonstances, comme la variante du consortium aurait dû être écartée, le marché sera directement adjugé à la recourante, dont l'offre, si les principes régissant le droit des marchés publics avaient été respectés, aurait dû être retenue au regard des cinq critères retenus par le pouvoir adjudicateur.

6. Le recours sera donc admis et le marché litigieux adjugé à la recourante. Un émolument de CHF 4'000.- sera mis à la charge de la commune et du consortium, pris conjointement et solidairement, qui succombent (art. 87 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 3'000.- sera allouée à Häring, à charge conjointement et solidairement de la commune et du consortium.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 10 février 2006 par Häring Holz & Systembau S.A. contre la décision de la commune de Thônex du 1^{er} février 2006 ;

au fond :

l'admet ;

adjuge le marché litigieux portant sur la construction d'un pavillon scolaire à la société Häring Holz & Systembau S.A. selon son offre déposée le 1^{er} novembre 2005 ;

met à la charge de la commune de Thônex et des sociétés Dasta Charpente S.A., Biedermann S.A. et Barro & Cie S.A., prises conjointement et solidairement, un émolument de CHF 4'000.- ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 3'000.- à Häring Holz & Systembau S.A. ;

communique le présent arrêt à Me Reza Vafadar, avocat de la recourante ainsi qu'à Me Bénédicte Fontanet, avocat de la commune de Thônex, et à Me Adrian Holloway, avocat des sociétés appelées en cause.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

le président :

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :