

du 7 août 2001

dans la cause

SOCIÉTÉ C. + G. B. S.A.

représentée par Me Christian Luscher, avocat

contre

FONDATION POUR LA HALLE 6

EN FAIT

1. Le 6 novembre 2000, la fondation pour la halle 6 (ci-après : la fondation) a publié dans la Feuille d'Avis Officielle (ci-après : F.A.O.) un avis de soumission publique visant différents marchés et en particulier le lot n° 32, intitulé "carrelage", estimé à CHF 80'000.-. Il s'agissait d'une procédure ouverte, et l'adjudication soumise à l'accord international sur les marchés publics (accord GATT/OMC - RS 0.632.231.422), ainsi qu'à l'accord international sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05)).

2. L'entreprise C. + G. B. S.A. (ci-après : B. S.A.) a déposé une soumission pour le lot "carrelage", en CHF 89'120,75, T.V.A. comprise. Elle précisait agir seule, sans sous-traitant. La candidature était posée en entreprise individuelle et le cahier de soumissions signé par l'entreprise B. S.A. Dans le champ "nom et prénom du responsable" de la rubrique "signature", figuraient les noms de F. B. et de C. B.. Tous deux avaient signé.

3. Le 26 juin 2001, la fondation a communiqué à B. S.A. qu'en application de l'article 35 lettre e du règlement sur la passation des marchés publics en matière de constructions du 19 novembre 1997 (RPMPC - L 6 05.01), son offre avait été écartée. Aucun délai, ni aucune voie de recours n'étaient indiqués.

4. B. S.A. a saisi le Tribunal administratif d'un recours le 12 juillet 2001. Cet acte était déposé dans l'attente d'une décision formelle, afin de sauvegarder ses droits. Dans l'hypothèse où le courrier du 26 juin 2001 était une décision, le droit d'être entendue de la société B. S.A. avait été violé. Aucun motif ne figurait dans ledit document.

Dans la mesure où l'"absence de correction en affaires" visée par l'article 35 lettre 2 RPMPC et reprochée à B. S.A. était due à une procédure pénale dirigée contre Monsieur C. B., la société a précisé qu'il n'en était plus administrateur ou actionnaire. B. S.A. s'était vu adjuger plusieurs dizaines de travaux soumis à l'AIMP.

B. S.A. a conclu à la restitution préalable de l'effet suspensif et à l'annulation de la "décision" du 26 juin 2001.

5. Invitée à se déterminer sur la question de l'effet suspensif, la fondation a conclu à l'irrecevabilité du recours. Selon l'article 3 alinéa 2 de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'AIMP, seules étaient sujettes à recours les décisions d'adjudication et celles concernant l'inscription d'un soumissionnaire sur une liste de prestataires qualifiés ou encore la radiation de son inscription. Aucune de ces hypothèses n'était remplie en l'espèce.

6. Les parties ont été entendues en comparution le 24 juillet 2001.

a. M. F. B. a indiqué que ..., M. C. B., n'était plus administrateur de la société depuis 1997. Il avait été condamné à une peine de six mois d'emprisonnement, avec sursis, par le tribunal de police. Cette peine avait été diminuée à quatre mois par la Cour de justice et un recours de droit public, ainsi qu'un pourvoi en nullité, étaient pendants devant le Tribunal fédéral.

Les autorités pénales genevoises avaient retenu que M. C. B. s'était rendu coupable de gestion déloyale. Un consortium de carreleurs avait obtenu le marché de la

pose des revêtements des tunnels de l'autoroute de contournement et un litige avait opposé les membres du consortium au sujet de la répartition du bénéfice. Selon M. F.e B., il s'agissait d'une affaire uniquement civile.

B. S.A. a encore précisé qu'au vu du contenu, le pli du 26 juin 2001 de la fondation devait être qualifié de décision. Elle a versé à la procédure différents documents, en particulier la liste des travaux effectués pour des collectivités publiques, de 1996 à 2001, et d'autres démontrant que sa situation financière était saine.

b. La fondation a précisé que son courrier du 26 juin 2001 à la société B. S.A. était une communication. Le marché avait été adjudiqué et une décision formelle avait été notifiée aux adjudicataires, avec indication des voies de recours. Cette décision n'avait toutefois pas été communiquée à B. S.A.

Quant au fond, la fondation a expliqué que la condamnation pénale avait fait naître des doutes dans son esprit. Elle ne savait rien du recours au Tribunal fédéral. En tout état, vu la valeur du marché, il n'y avait pas de recours possible, même contre la décision d'adjudication, car l'AIMP ne devrait pas être appliquée.

Le contrat n'avait pas été signé.

c. Au terme de l'audience, les parties ont donné leur accord à ce que l'affaire soit gardée à juger.

EN DROIT

1. En matière de décisions relatives à l'attribution de marchés publics, le recours au Tribunal administratif n'est recevable que dans la mesure où une disposition

légale, réglementaire ou statutaire spéciale le prévoit expressément (art. 56 B al. 4 litt. c de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05)). L'article 3 de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics (LAIMP - L 6 05.0) prévoit que le Tribunal administratif est l'autorité compétente au sens de l'article 15 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 24 novembre 1994 (ci-après : l'accord - AIMP - L 6 05), pour statuer sur recours contre les décisions de l'adjudicateur. Cet accord s'applique notamment à la passation des marchés de construction dont la valeur estimée atteint le seuil de CHF 10'070'000.-- pour les ouvrages (art. 7 al. 1 litt. a AIMP).

2. a. Selon l'article 7 alinéa 2 AIMP, lorsqu'un adjudicateur adjuge plusieurs marchés de constructions pour la réalisation d'un ouvrage, c'est leur valeur totale qui est probante pour déterminer si chacun d'entre eux est soumis ou non à l'AIMP. L'autorité intercantonale détermine le pourcentage de la valeur que chacun des marchés de constructions doit présenter dans l'ensemble de l'ouvrage pour être dans tous les cas soumis audit accord (clause de minimis).

En application de cette clause, l'article 6 RPMPC précise que l'AIMP ne s'applique pas à l'adjudication de lots qui ne dépassent pas séparément la valeur de CHF 2 mio et, calculés ensemble, 20% de la valeur totale de l'ouvrage.

- b. En l'espèce, la fondation a précisé, lors de la publication de l'avis de soumission, que la procédure était soumise à l'accord GATT/OMC ainsi qu'à l'AIMP. Il faut déduire de cette publication qu'elle n'a pas désiré, pour les marchés concernés, faire usage de la clause de minimis. Dans la mesure où cette clause n'est applicable

qu'à une somme représentant 20% du prix total de la construction, elle disposait d'un pouvoir d'appréciation pour déterminer les marchés qu'elle désirait soumettre à l'AIMP et ceux qu'elle ne souhaitait pas soumettre à cet accord, en application de la clause de minimis. Dès lors, le marché en question est soumis à l'AIMP et le recours est recevable, de ce point de vue.

3. a. Selon l'article 45 RPMPC, le Tribunal administratif connaît des recours contre les décisions d'adjudication et les décisions concernant l'inscription d'un soumissionnaire sur une liste de prestataires qualifiés ou la radiation de l'inscription, interjetés dans un délai de dix jours dès la notification de la décision. Si le caractère illicite de la décision est constaté, le recourant peut demander devant l'autorité compétente la réparation du dommage, limité aux dépenses qu'il a subies en relation avec les procédures de soumission et de recours (art. 3 al. 3 AIMP).

b. En l'espèce, le courrier litigieux écarte l'offre de B. S.A., au vu de l'article 35 lettre e RPMPC.

Contrairement à l'intimée, le Tribunal administratif considère qu'une telle décision doit être assimilée sans autre à une décision d'adjudication, voire à une décision concernant l'inscription d'un soumissionnaire sur une liste de prestataires qualifiés, au sens de l'article 45 RPMPC. En effet, si elle ne comportait aucune voie de droit, cette décision permettrait d'éliminer des candidats indésirables sans aucun contrôle. Une telle procédure reviendrait à priver les candidats potentiels du droit de recours mentionné à l'article 45 du règlement. Par ailleurs, l'absence de voie de recours contre une décision d'exclusion viderait de son sens l'article 17 de l'accord, qui permet d'accorder l'effet suspensif, et d'interrompre de ce fait

la procédure d'adjudication (ATA M. et C. du 8 février 2000), surtout lorsque, comme en l'espèce, la décision d'adjudication n'est pas notifiée à l'entreprise exclue.

Par conséquent, les voies de droit prévues dans le règlement et dans l'accord étaient ouvertes à la recourante.

4. Selon l'article 45 RPMPC, les recours doivent être déposés dans un délai de 10 jours dès la notification de la décision d'adjudication. En l'espèce, il apparaît que la décision d'adjudication n'a pas été notifiée à la recourante. Le courrier du 26 juin 2001, lui indiquant qu'elle était écartée de la procédure, n'indiquait pas de voie ni de délai de recours. Ce défaut d'indication ne pouvant porter préjudice à la recourante (art. 47 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10), le recours est aussi recevable de ce point de vue.

5. Selon l'article 35 lettre e RPMPC, l'offre d'un soumissionnaire doit en principe être écartée lorsque ce dernier ne remplit pas les garanties de bienfaisance, de solvabilité et de correction en affaires.

La lecture de cette disposition permet clairement de comprendre que l'autorité adjudicatrice a la possibilité d'écarter un adjudicataire dont la fiabilité peut être mise en doute, soit parce qu'il ne réalise pas les travaux qui lui seraient confiés d'une manière satisfaisante, soit parce que son assiette financière ne serait pas assez solide ou encore parce que son attitude, en tant que partenaire commercial, prêterait le flanc à la critique.

En l'espèce, il est établi que l'une des personnes mentionnées dans l'offre de B. S.A. en tant que responsa-

ble de l'entreprise a été condamnée pour gestion déloyale par le tribunal de police et que cette condamnation a été confirmée dans son principe par la Cour de justice, la peine étant diminuée à quatre mois d'emprisonnement avec sursis. Cette décision, rendue en dernière instance cantonale, fait l'objet d'un pourvoi en nullité et d'un recours de droit public au Tribunal fédéral. Il s'agit là de voies de recours extraordinaires, qui n'empêchent pas l'exécution de la sanction, sous réserve d'une demande de restitution de l'effet suspensif.

Dès lors, en l'état de la procédure pénale, il apparaît que l'autorité adjudicatrice était fondée à concevoir des doutes sur la correction en affaires de B. S.A. Le fait que la personne condamnée ne soit plus administratrice de cette société n'est pas déterminant, dans la mesure où la société elle-même a annoncé que la personne en question était responsable. La notion de "correction en affaires", plus large que celle de "personne condamnée", tend précisément à permettre à l'autorité d'écarter les soumissionnaires peu corrects dans la gestion de leurs relations d'affaires. Le fait même qu'un litige, sanctionné par une condamnation pénale pour gestion déloyale, existe entre B. S.A. et les autres sociétés de carrelage ayant participé aux travaux de l'autoroute de contournement suffit pour que l'autorité adjudicatrice puisse concevoir des doutes sur le soumissionnaire et ne désire pas conclure un contrat avec lui.

Au vu de ce qui précède, la décision d'écarter d'entrée de cause l'offre de B. S.A. apparaît fondée et le recours sera rejeté.

6. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe.

PAR CES MOTIFS

le Tribunal administratif

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 12 juillet 2001 par la société C. + G. B. S.A. contre la décision du 26 juin 2001 de la fondation pour la halle 6;

au fond :

le rejette;

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

communique le présent arrêt à Me C. Luscher, avocat de la recourante, ainsi qu'à la fondation pour la halle 6.

Siégeants : M. Paychère, président, MM. Thélin, Schucani, Mmes Bonnefemme-Hurni, Bovy, juges.

Au nom du Tribunal administratif :
la greffière-juriste adj. : le président :

C. Goette

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux

parties.

Genève, le

la greffière :

Mme M. Oranci