

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1555/2017-MARPU

ATA/180/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 27 février 2018

dans la cause

BERNDORF BÄDERBAU GMBH

représentée par Me Philippe Liechti, avocat

contre

**VILLE DE GENÈVE - DÉPARTEMENT DES CONSTRUCTIONS ET DE
L'AMÉNAGEMENT**

et

A&T EUROPE SPA (MYRTHA POOLS)

représentée par Me Pierre Perritaz, avocat

EN FAIT

- 1) Berndorf Metall- und Bäderbau AG, devenue Berndorf Bäderbau Schweiz AG (ci-après : Berndorf AG), est une société de droit suisse, inscrite au registre du commerce de Schaffhouse depuis le 16 septembre 1994. Son but social consiste notamment en la production, l'installation, la conception et la vente de piscines et d'installations de loisirs.

Cette entreprise constitue une filiale de la société Berndorf Metall- und Bäderbau GmbH (ci-après : Berndorf GmbH), sise en Autriche. L'enseigne de ces deux entités est identique, à savoir Berndorf Bäderbau.

- 2) Lors de sa séance du 25 mai 2016, le conseil municipal de la Ville de Genève (ci-après : la ville) a décidé d'ouvrir au conseil administratif un crédit de CHF 2'300'000.-, destiné au remplacement du fond mobile et à la rénovation partielle de la piscine de Pâquis-Centre, parcelle n° 7142, feuille n° 64, secteur Genève-Cité.

- 3) Le 15 novembre 2016, le département de l'aménagement et des constructions (ci-après : DAC) de la ville a publié, sur la plateforme électronique conjointe de la Confédération, des cantons et des communes dans le domaine des marchés publics, www.simap.ch (ci-après : SIMAP) et dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO), un appel d'offres soumis aux accords internationaux, en procédure ouverte, pour la rénovation partielle de la piscine de Pâquis-Centre sur une durée de quatre mois depuis la conclusion du contrat (projet n° 1458).

Le délai de clôture pour le dépôt des offres était fixé au 13 décembre 2016 à 11 heures, étant précisé que seules celles signées, datées et complètes seraient prises en considération. La langue de la procédure était le français. Les travaux, concernant des ouvrages métalliques et le revêtement de la piscine, étaient estimés entre CHF 150'000.- et CHF 450'000.- et devaient être exécutés d'ici au mois de mai 2017. Une communauté de soumissionnaires n'était pas admise. L'appel d'offres renvoyait au dossier d'appel d'offres pour les critères d'aptitude et d'adjudication.

Monsieur Eric FONTANEZ du cabinet Amos Architectes était mandaté pour assurer le suivi des appels d'offres.

- 4) Dans le délai imparti au 13 décembre 2016, trois offres ont été déposées, émanant des sociétés Zeller France SAS (ci-après : Zeller), A&T Europe Spa (Myrtha Pools) (ci-après : A&T) et Berndorf AG pour des montants respectifs de CHF 445'532.14, CHF 236'935.80 et de CHF 395'412.84.

- 5) Par décisions du 6 février 2017, le DAC a retenu l'offre d'A&T pour un montant de CHF 236'935.80 et refusé celles de Zeller et Berndorf AG par courrier simple. Indication était faite de la voie de recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) dans un délai de dix jours.

L'offre choisie avait été jugée économiquement la plus avantageuse, conformément à un tableau comparatif des offres joint aux décisions. Selon cinq critères, soit la qualité économique, les références et la qualité, l'organisation, la formation des apprentis et la qualité technique, A&T Europe Spa avait obtenu un total de 460,35 points, contre 378,06 points pour Berndorf AG et 370,62 points pour Zeller.

- 6) Au mois de février 2017, Monsieur Erwin HEGGLI, employé de la société Planet Spa GmbH, agissant au nom de Berndorf AG, a contacté M. FONTANEZ par téléphone pour lui faire part de leur déception de ne pas être adjudicataire, obtenir des précisions quant au tableau comparatif des offres et l'informer de leur volonté de recourir contre la décision précitée.

- 7) Par acte du 28 avril 2017, Berndorf GmbH a recouru auprès de la chambre administrative pour déni de justice, en concluant à l'annulation de toute décision d'adjudication du marché public concerné, à l'attribution de celui-ci à elle-même ou à la possibilité d'y soumissionner une nouvelle fois, en respectant les règles et le cahier des charges imposés aux entreprises soumissionnaires. Préalablement, elle demandait la restitution de l'effet suspensif au recours et des mesures provisionnelles. En outre, elle sollicitait la production de l'entier du dossier, comprenant les offres de soumission de tous les candidats, ainsi que l'ouverture d'enquêtes pour procéder à l'audition de témoins, en se réservant un droit de réplique sur la base de ces éléments.

Sur effet suspensif et mesures provisionnelles, il convenait d'arrêter tous les travaux mis en œuvre par A&T avec l'accord de la ville. Cette dernière, en tant qu'autorité d'adjudication n'avait pas respecté les dispositions légales applicables, faute d'avoir publié sur SIMAP l'adjudication en cause afin que les droits des entreprises écartées soient garantis en leur permettant de la contester, et de lui avoir notifié une décision de refus. L'adjudication dont avait bénéficié A&T contrevenait manifestement au cahier des charges, puisque celle-ci construisait des piscines en polychlorure de vinyle (ci-après : PVC), alors que le DAC avait imposé une construction métallique. Une telle décision d'adjudication revenait à rendre la concurrence inéquitable puisque le prix des matériaux métalliques était 30 % plus élevé que celui des matériaux en PVC. Les principes de l'égalité de traitement et de non-discrimination (art. 16 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 [RMP - L 6 05.01]), d'une concurrence efficace (art. 17 RMP) et de développement durable (art. 33 RMP) avaient été violés. Les soumissionnaires n'avaient pas adressé des offres similaires à l'autorité

adjudicatrice. Le DAC s'apprêtait à adjuger un marché public à une société qui ne remplissait pas les conditions techniques imposées par un cahier des charges clair selon lequel la piscine devait être rénovée au moyen de matériaux métalliques et non de PVC, matériau auquel A&T avait essentiellement recours. Le PVC constituant un matériau soumis à une oxydation rapide, dans un délai maximum de dix ans. Elle se réservait la possibilité de se prévaloir de l'art. 42 al. 1 let. c RMP.

À l'appui de ses écritures, Berndorf GmbH produisait notamment des photographies d'une piscine délabrée, ne comportant aucune indication, dont elle attribuait l'ouvrage à A&T Europe Spa, ainsi qu'une copie du tableau comparatif des offres relatif au marché public concerné, établi par le DAC.

- 8) Par courrier du 9 mai 2017, le DAC a transmis une copie des décisions adressées aux soumissionnaires le 6 février 2017, soit une d'adjudication à A&T et deux de non-adjudication à Berndorf AG et Zeller, auxquelles était annexé le tableau comparatif des offres.
- 9) Dans ses écritures responsives du 19 mai 2017, le DAC a conclu principalement à l'irrecevabilité du recours, à la condamnation de Berndorf GmbH à une amende pour emploi abusif des procédures prévues par la loi, « sous suite de frais et dépens ». Subsidiairement, il a conclu au rejet du recours tant sur effet suspensif et mesures provisionnelles que sur le fond, à ce qu'il lui soit donné acte de la conclusion du contrat avec A&T, à la condamnation de Berndorf GmbH à une amende pour emploi abusif des procédures prévues par la loi, « sous suite de frais et dépens ». Elle sollicitait également l'audition des parties et de témoins.

La rénovation de la piscine de l'école de Pâquis-Centre avait commencé en novembre 2016 pour s'achever au début du mois de septembre 2017. Le chantier était très avancé et l'entreprise adjudicataire devait intervenir sur les lieux à la fin du mois de mai 2017. L'offre avait été déposée par Berndorf AG, et non pas par Berndorf GmbH. La première disposait de la personnalité juridique puisqu'elle était inscrite au registre du commerce. Elle était donc en mesure de s'engager valablement en déposant une offre, de même qu'un recours. La société-mère, Berndorf GmbH, n'était pas habilitée à agir pour Berndorf AG. Le recours était ainsi irrecevable pour défaut de légitimation active. Il était aussi tardif, puisqu'il intervenait deux mois après la notification de la décision litigieuse. Bien que celle-ci n'eût pas été notifiée par courrier recommandé, il était certain qu'elle était bien parvenue à Berndorf AG à la fin du mois de février 2017. Berndorf GmbH laissait à dessein planer un doute quant à la remise/notification de la décision, alors qu'elle produisait le tableau d'évaluation des offres qui y était annexé. Elle n'avait pu la recevoir que de la part de Berndorf AG. Même à supposer que le recours put être admis, Berndorf GmbH ne pourrait pas prétendre à l'obtention du marché public en question, faute d'avoir jamais déposé une offre. Le contrat avec A&T avait déjà été conclu et la réalisation des plans d'exécution

avait débuté. Ce recours portait un grave discrédit sur cette entreprise, ce qui relevait d'une méthode déloyale. L'offre remise par A&T Europe Spa était parfaitement conforme au cahier des charges et les références produites démontraient qu'elle était apte à réaliser ce marché. Compte tenu du caractère manifestement abusif de ce recours, elle requérait le prononcé d'une amende pour emploi abusif des procédures. En tous les cas, une réévaluation de l'offre de Berndorf AG ne lui permettrait pas d'obtenir suffisamment de points pour prétendre à l'attribution du marché querellé. Il apprenait ici qu'il convenait désormais de publier certaines décisions, ce qu'il ferait sans délai dans le cas présent. Vu les faibles chances de succès du recours, l'absence d'adjudication potentielle du marché public à Berndorf GmbH en cas d'éventuelle admission de celui-ci et l'intérêt public prépondérant de l'école à disposer d'une piscine, la demande de restitution de l'effet suspensif devait également être rejetée.

Le DAC produisait notamment un courriel de M. FONTANEZ faisant état des contraintes identifiées autour de ce projet, en particulier la planification de la fin des travaux pour concorder avec la rentrée scolaire, ainsi qu'une copie du dossier de l'offre déposée par Berndorf AG comprenant un formulaire d'engagement à respecter l'égalité entre hommes et femmes, un formulaire d'offre et une lettre d'accompagnement datés du 7 décembre 2016 et signés de celle-ci. L'offre et la lettre d'accompagnement y relatives, datées du 7 décembre 2016, étaient signées au nom de Berndorf AG (timbre humide et papier à entête) et mentionnaient Monsieur Günter WALLNER comme responsable. Le courrier précité indiquait que les divers justificatifs requis étaient au nom de Berndorf GmbH.

- 10) Par courrier du 19 mai 2017, A&T Europe Spa, appelée en cause par décision du 9 mai 2017, a pris les mêmes conclusions que le DAC, se ralliant à la position de celui-ci.
- 11) Le 9 juin 2017, Berndorf GmbH a répliqué en amplifiant ses conclusions par la condamnation du DAC à une amende pour plaideur téméraire et requérant l'audition de M. WALLNER.

Il était surprenant que le DAC se prévale d'un défaut de légitimation active en produisant volontairement un dossier incomplet de manière contraire au principe de la bonne foi. C'était à la demande du DAC, craignant que Berndorf AG représente une structure juridique trop légère en vue d'assumer les travaux objet du marché public concerné, qu'elle lui avait elle-même adressé le 7 décembre 2016 un dossier complet de soumission. Berndorf AG n'y était mentionnée qu'au titre de service après-vente. Le recours avait été déposé dès que l'un de ses collaborateurs avait remarqué que des travaux de démolition étaient en cours à la piscine des Pâquis. Le DAC se prévalait de manière incohérente d'un entretien téléphonique avec M. HEGGLI, alors que celui-ci travaillait pour Planet Spa GmbH. La nullité ab ovo de l'adjudication devait donc être constatée en

raison de la violation grave des règles de notification, peu importait qu'un contrat eut été signé entre la ville et A&T, que la première fut soumise à des contraintes de planification ou que les travaux eussent déjà débuté.

Berndorf GmbH a produit son dossier d'offre, lequel comprend notamment une copie d'une attestation de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) à son nom et datée du 15 décembre 2016, plusieurs documents, peu lisibles (copies de qualité médiocre) rédigés en allemand, ainsi qu'un formulaire d'engagement à respecter l'égalité entre hommes et femmes et un formulaire d'offre, daté du 7 décembre 2016 et identiques à ceux produits par le DAC, mais signés par elle-même.

- 12) Le 20 juin 2017, le DAC a remis l'ensemble des documents originaux constituant le dossier de suivi de l'appel d'offres relatif au projet n° 1458, ainsi que le dossier d'offre de Berndorf AG, en persistant dans ses conclusions.

Les offres étaient signées des deux sociétés. Il était en revanche exact que les attestations remises concernaient Berndorf GmbH, ce dont elle ne s'était pas aperçue. En revanche, les originaux déposés provenaient bien de Berndorf AG. Dans la mesure où les attestations provenaient d'une autre société, le dossier de Berndorf AG aurait dû être refusé pour ce motif et la soumissionnaire exclue. Aucun de ses collaborateurs n'avait eu de contact avec les soumissionnaires avant le dépôt des offres. Le contrat avec A&T avait été signé le 6 avril 2017 et la décision d'adjudication publiée le 14 juin 2017.

Les éléments suivants ressortent des diverses pièces produites :

- parmi les documents originaux de l'offre de Berndorf AG datée du 7 décembre 2016, figurent les formulaires originaux portant tous le timbre humide de Berndorf AG, plusieurs attestations originales signées de Berndorf AG, dont une indiquant que « la totalité du contrat sera traité par Berndorf GmbH et que Planet Spa GmbH, dont M. HEGGLI est le représentant, est leur partenaire pour toute la Suisse, plusieurs documents rédigés uniquement en allemand, parfois à l'entête « Berndorf Sondermaschinenbau », « Berndorf Bäderbau » ou concernant Berndorf GmbH et un extrait du Registre du commerce pour Berndorf AG, dont l'adresse est indiquée pour le service après-vente ;
- une copie de cette offre originale signée par Berndorf GmbH, correspondant au dossier d'offre produit par celle-ci et comportant les mêmes documents, les formulaires étant cependant signés par Berndorf GmbH ;
- les attestations de Berndorf GmbH, comprenant un courriel du 9 décembre 2016 de la responsable des soumissions à M. WALLNER, portant la mention manuscrite « entreprise autrichienne » lui accordant un délai au 15 décembre 2016 pour fournir les attestations requises ;

- deux courriels du 16 décembre 2016 de M. HEGGLI au DAC, transmettant une attestation de l'OCIRT et un extrait du registre du commerce au nom de Berndorf GmbH.
- 13) Le 11 juillet 2017, Berndorf GmbH, relevant qu'un contrat aurait d'ores et déjà été conclu entre la ville et A&T, a souligné l'urgence de procéder à l'interdiction de mettre en œuvre tous travaux.
- 14) Le 28 août 2017 a eu lieu une audience de comparution personnelle des parties.
 - a. Berndorf GmbH, représentée par Monsieur Urs WITTWER et M. HEGGLI, confirmait que l'offre envoyée à la ville était celle qu'ils avaient produite. Berndorf GmbH avait fait une offre à son nom après avoir reçu un courriel du département de la sécurité et de l'économie (ci-après : DSE) du 9 décembre 2016. Il y avait ainsi eu deux offres, l'une faite par Berndorf AG et la seconde par Berndorf GmbH. MM. WITTWER et HEGGLI travaillaient au siège de Berndorf AG. Au mois de février 2017, ils avaient reçu un courrier du DAC, auquel était annexé un tableau intitulé « proposition d'adjudication », dont ils avaient informé Berndorf GmbH par téléphone. Cette dernière leur avait demandé des éclaircissements, raison pour laquelle ils avaient contacté M. FONTANEZ, qui, comme la ville, leur avaient suggéré de recourir en cas de désaccord. Ils attendaient la publication de la décision d'adjudication sur SIMAP lorsqu'ils avaient appris le commencement des travaux au mois d'avril 2017.
 - b. Le DAC a précisé avoir reçu l'offre avec la mention de l'adresse autrichienne en annexe à l'offre avec l'adresse suisse, sans s'apercevoir que les deux adresses étaient différentes, ni que les attestations fournies ultérieurement concernaient Berndorf GmbH, et non pas Berndorf AG. Il n'avait pas eu de contact avec les candidats postérieurement à l'ouverture des offres. Les travaux étaient à moitié effectués. Il était prévu que le bassin de la piscine des Pâquis puisse être utilisé après les vacances d'octobre.
 - c. La procuration produite à cette occasion en faveur de M. HEGGLI indiquait qu'il était employé de Planet Spa GmbH et responsable des activités de Berndorf GmbH pour la Suisse romande.
- 15) Le 15 septembre 2017, Berndorf GmbH a notamment transmis une copie de la preuve de l'envoi via UPS le 7 décembre 2016 du dossier complet, parvenu le 8 décembre 2016 au DAC, ainsi qu'une copie d'un courriel adressé par l'OCIRT le 12 décembre 2016 à M. WALLNER concernant l'attestation d'engagement à respecter les usages.
- 16) Le 2 octobre 2017, le DAC a constaté que les pièces précitées ne démontraient nullement que l'envoi avait bien été effectué par Berndorf GmbH.

Le courriel du 12 décembre 2016, émanant de l'État de Genève et non de la ville, n'avait pas engendré une offre de la part de Berndorf GmbH puisqu'il était postérieur à l'envoi du 7 décembre 2016. Vu ses interventions, M. HEGGLI apparaissait ainsi comme un représentant de fait de Berndorf GmbH et de Berndorf AG. Dès lors, lorsqu'il reconnaissait avoir reçu la décision précitée au siège de Berndorf AG, puis l'avoir transmise à Berndorf GmbH, il fallait considérer que celle-ci en avait été informée. Finalement, si par impossible elle avait dû notifier à Berndorf GmbH une décision, la publication de la décision le 14 juin 2017 lui était opposable.

- 17) Par courrier du 3 octobre 2017, A&T Europe Spa s'en est rapportée à la précédente détermination du DAC.
- 18) Sur quoi, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 1) La chambre de céans examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATA/359/2017 du 28 mars 2017 consid. 2 et l'arrêt cité).
- 2) À titre liminaire, la recourante sollicite l'apport du dossier complet de l'intimée, l'ouverture d'enquêtes pour auditionner des témoins et la possibilité de compléter ses écritures.
 - a. Le droit d'être entendu, garanti par les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 41 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), englobe tous les droits qui doivent être attribués à une partie pour qu'elle puisse faire valoir efficacement son point de vue dans une procédure (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 129 II 497 consid. 2.2 et les références citées).

Le droit d'être entendu ne comprend pas le droit d'obtenir l'audition de témoins (ATF 130 II 425 consid. 2.1 ; ATA/356/2016 du 26 avril 2016).

Le droit de faire administrer des preuves découlant du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. n'empêche pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 ; 134 I 140 consid. 5.3).

b. En l'occurrence, sur demande du juge délégué, l'intimée a transmis son dossier complet. Les parties ont également été entendues lors d'une audience de comparution personnelle qui s'est déroulée le 28 août 2017. La recourante a en outre pu répliquer et produire toutes pièces utiles. Dans la mesure où il a été donné suite à ces requêtes au cours de la procédure, celles-ci sont désormais sans objet. Quant à l'audition de témoins, le dossier susmentionné contient les éléments nécessaires pour trancher le litige. Il apparaît donc que la chambre administrative dispose d'un dossier complet lui permettant de se prononcer sur les griefs soulevés par la recourante en toute connaissance de cause.

Il ne sera dès lors pas donné suite à la dernière requête d'instruction.

3) Préalablement à tout examen des griefs portant sur l'adjudication du marché public concerné à l'appelée en cause, il convient de déterminer si la recourante dispose in casu de la qualité pour recourir et, le cas échéant, si son recours a été déposé dans un délai admissible.

4) a. Selon l'art. 60 al. 1 LPA, ont qualité pour recourir non seulement les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée (let. a), mais aussi 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 (let. b).

b. La jurisprudence a précisé que les lettres 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/359/2017 précité consid. 3b ; ATA/1059/2015 du 6 octobre 2015 consid. 3b et les nombreux arrêts cités).

Un intérêt digne de protection suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATF 138 II 42 consid. 1 ; 137 I 23 consid. 1.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_892/2011 du 17 mars 2012 consid. 1.2 ; 1B_201/2010 du 1^{er} juillet 2010 consid. 2). L'existence d'un intérêt actuel s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours (ATF 137 I 296 consid. 4.2 ; 136 II 101 consid. 1.1 ; ATA/286/2016 du 5 avril 2016 consid. 3b).

c. La société n'acquiert la personnalité juridique que par son inscription sur le registre du commerce (art. 643 al. 1 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse [CO, Code des obligations - RS 220]). Celle-ci est acquise même si les conditions de l'inscription n'étaient pas remplies (art. 643 al. 2 CO).

En principe, les sociétés dominées (ou sociétés-filles) appartenant à un groupe soumis à une direction économique unique peuvent se prévaloir de leur indépendance juridique par rapport à la société dominante (ou société-mère).

Toutefois, le voile social peut être levé et l'identité économique avec la société dominante être invoquée (Durchgriff) lorsque le fait d'opposer l'indépendance juridique des deux entités constitue un abus de droit (art. 2 CC; ATF 137 III 550 consid. 2.3; cf. ég. ATF 132 III 489 consid. 3.2).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'y a pas de « Durchgriff » proprement dit lorsque les sphères de la société dominante et de la société dominée se confondent, ou lorsque la responsabilité de la société dominante est déjà engagée en vertu d'un fondement propre, par exemple parce qu'elle déçoit la confiance de tiers ou doit se laisser imputer des déclarations de volonté propres à faire naître une obligation. Dans tous ces cas de figure, ce n'est pas l'indépendance de la personne morale qui est niée, mais bien sa légitimation active ou passive exclusive: la société dominante est légitimée ou obligée non pas à la place de la société dominée, mais à ses côtés (ATF 137 III 550 consid. 2.3).

Selon la doctrine, il existe une confusion des sphères lorsqu'extérieurement, l'identité d'une société-fille ne peut plus être distinguée de celle de la société-mère, en d'autres termes lorsqu'une apparence d'unité est créée par des signes extérieurs tels que des raisons sociales identiques ou très semblables, des sièges sociaux, des locaux, des organes, du personnel ou des coordonnées téléphoniques identiques (Nina SAUERWEIN, La responsabilité de la société mère, 2006, p. 322; Kristina KUZMIC, Haftung aus "Konzernvertrauen", 1998, p. 128 ; Alexander VOGEL, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, 1997, p. 228). Divers correctifs sont envisageables. D'aucuns évoquent le Durchgriff, en ce sens qu'il est abusif d'invoquer l'indépendance juridique de deux sociétés alors qu'elles-mêmes n'en tiennent pas compte (Nina SAUERWEIN, op. cit., p. 320, 322, 330 et 333, à titre d'ultima ratio). Des obligations contractuelles peuvent aussi être imputées à la société-mère en recourant à la figure de la procuration apparente (Nina SAUERWEIN, op. cit., p. 332 s.) ou, plus largement, en vertu de la responsabilité fondée sur l'apparence juridique, où le partenaire contractuel, en vertu du principe de la confiance, doit être protégé dans sa croyance erronée qu'il a conclu le contrat avec la société-mère et non la fille, ou le cas échéant avec les deux sociétés (Beat BRECHBÜHL, Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, 1998, p. 102 s.; Alexander VOGEL, op. cit., p. 172 ss, spéc. p. 174 et 228 s.).

d. En l'espèce, si le dossier original d'appel d'offres était signé par Berndorf AG, celui-ci contenait une note mentionnant expressément qu'en cas d'adjudication, le contrat serait traité par la recourante. Les diverses attestations requises étaient également rédigées au nom de cette dernière, qui avait joint au dossier d'offre original une copie de celui-ci signé par elle-même. À cela s'ajoute que lors d'échanges subséquents au dépôt de son offre avec l'autorité intimée, cette dernière avait relevé qu'il s'agissait d'une entreprise autrichienne. M. HEGGLI lui avait en effet transmis directement une attestation de l'OCIRT et un extrait du

registre du commerce autrichien, concernant la recourante. Ainsi, contrairement à ce qu'elle prétend, l'autorité intimée était en mesure de s'apercevoir qu'il y avait une forme de confusion ou de dépendance de la société suisse, même si elle disposait de la personnalité juridique, vis-à-vis de la société autrichienne. L'adjudication du marché public en question présentait donc un impact sur la situation de cette dernière. En ces circonstances, force est de constater qu'elle dispose d'un intérêt personnel digne de protection, au sens de l'art. 60 al. 1 let. b LPA, à voir la décision du 6 février 2017 annulée.

Quand bien même la recourante n'est pas la destinataire de la décision du DAC du 6 février 2017, il faut admettre qu'elle est directement touchée par son contenu, puisque l'autorité intimée lui refuse, par l'intermédiaire de sa société-fille, la possibilité de conclure le contrat soumis à la procédure d'appel d'offres.

La recourante dispose dès lors de la qualité pour recourir in casu.

- 5) a. Au sens de l'art. 4 al. 1 LPA, sont considérées comme des décisions les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal ou communal et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits et des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits (let. b), de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou des obligations (let. c). Ce n'est pas la forme de l'acte qui est déterminante, mais son contenu et ses effets (ATA/509/2016 du 14 juin 2016 consid. 4c ; ATA/15/2016 du 12 janvier 2016 consid. 2a).
- b. Les décisions doivent être désignées comme telles, motivées et signées, et indiquer les voies et délais de recours (art. 46 al. 1 LPA). Une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 47 LPA ; ATA/766/2016 du 13 septembre 2016).

La jurisprudence n'attache pas nécessairement la nullité à l'existence de vices dans la notification ; la protection des parties est suffisamment garantie lorsque la notification irrégulière atteint son but malgré cette irrégularité (ATF 132 II 21 consid. 3.1). Il y a lieu d'examiner, d'après les circonstances du cas concret, si la partie intéressée a réellement été induite en erreur par l'irrégularité de la notification et a, de ce fait, subi un préjudice. Il convient à cet égard de s'en tenir aux règles de la bonne foi qui imposent une limite à l'invocation du vice de forme ; ainsi l'intéressé doit agir dans un délai raisonnable dès qu'il a connaissance, de quelque manière que ce soit, de la décision qu'il entend contester (ATF 122 I 97 consid. 3a/aa ; 111 V 149 consid. 4c et les références ; RAMA 1997 n° U 288 p. 444 s. consid. 2b/bb). Cela signifie notamment qu'une décision, fût-elle notifiée de manière irrégulière, peut entrer en force si elle n'est pas déférée au juge dans un délai raisonnable (SJ 2000 I p. 118).

Les mêmes principes s'appliquent en cas de défaut de toute notification d'une décision administrative (arrêts du Tribunal fédéral 9C_202/2014 du 11 juillet 2014 consid. 4.2 et les références ; 8C_188/2007 du 4 mars 2008 consid. 4.1.2 et la référence citée ; ATA/319/2017 précité consid. 6b).

c. En droit des marchés publics, aux termes des dispositions de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et du RMP, les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours auprès d'une autorité juridictionnelle cantonale (art. 15 al. 1 1^{ère} phr. AIMP), la chambre administrative dans le canton de Genève (art. 3 al. 1 L-AIMP et 56 al. 1 RMP), les décisions sujettes à recours étant : a) l'appel d'offres ; b) la décision de sélection ; c) l'exclusion de la procédure ; d) l'interruption de la procédure ; e) l'adjudication ; f) la révocation de l'adjudication ; g) la sanction (art. 55 RMP).

d. Selon une modification entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017, l'art. 45 RMP dispose dorénavant que l'autorité adjudicatrice rend une décision d'adjudication sommairement motivée, notifiée soit par publication sur SIMAP, soit par courrier à chacun des soumissionnaires, avec mention des voies de recours (art. 45 al. 1 RMP). Pour les procédures ouvertes et sélectives, si la décision est notifiée par courrier, elle doit également être publiée selon les exigences figurant à l'art. 52 al. 2 RMP (art. 45 al. 2 RMP).

À teneur de cette disposition légale, si la décision d'adjudication a été notifiée par courrier, l'autorité adjudicatrice fait paraître sur SIMAP, septante-deux jours au plus tard après la notification de l'adjudication, un avis d'adjudication indiquant : le nom et l'adresse de l'autorité adjudicatrice (let. a) ; le type de procédure (let. b) ; l'objet et l'importance du marché (let. c) ; le nom et l'adresse de l'adjudicataire (let. d) ; le montant de l'adjudication ou le montant de l'offre la plus élevée et la plus basse dont il a été tenu compte dans la procédure d'adjudication (let. e) ; la date de l'adjudication (let. f).

e. Le recours est adressé à la chambre administrative dans les dix jours dès la notification de la décision (art. 56 al. 1 RMP).

f. En l'occurrence, l'autorité intimée a produit les décisions d'adjudication et de refus d'adjudication adressées aux trois soumissionnaires le 6 février 2017 par pli simple. Nonobstant la faible valeur probante de ce type d'affranchissement, il n'en demeure pas moins que la recourante a elle-même produit le tableau comparatif desdites offres qui y était annexé, de sorte que le courrier envoyé à Berndorf AG lui est indubitablement parvenu. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties, M. HEGGLI, intervenant en qualité de représentant de la recourante en Suisse romande, a lui-même confirmé avoir contacté M. FONTANEZ à la demande de celle-ci courant février 2017. Ainsi, contrairement à ses allégations, la recourante a manifestement eu connaissance de la décision du 6 février 2017 à cette période.

D'après son libellé, cette dernière est clairement désignée comme telle. Elle explique le motif ayant conduit au choix de l'autorité intimée et mentionne les voies et délais de recours. Il n'existe donc aucune raison susceptible de justifier que la recourante ait pu se méprendre sur la portée de ses droits. Si la décision d'adjudication n'a effectivement pas été publiée en temps voulu sur SIMAP, il reste que le RMP évoque cet aspect concurremment à la notification par courrier, laquelle a été effectuée in casu. En outre, l'absence de publication de la décision d'adjudication ou la publication tardive n'empêchait en rien la recourante d'avoir connaissance de ses droits ni de les faire valoir dans un délai raisonnable. Compte tenu du délai de dix jours légalement prévu en la matière, un délai de plus de deux mois pour recourir ne saurait à l'évidence être considéré comme raisonnable.

Au vu de ce qui précède, le recours doit donc être déclaré irrecevable, de sorte qu'il ne sera pas entré en matière sur les griefs invoqués à l'encontre de la décision du 6 février 2017.

- 6) L'intimée et la recourante requièrent leur condamnation réciproque à une amende pour téméraire plaideur (art. 88 LPA).

Conformément à la jurisprudence constante de la chambre de céans, les conclusions des parties à cet égard sont irrecevables (ATA/828/2015 du 11 août 2015 ; ATA/636/2015 du 16 juin 2015 et les références citées).

Compte tenu du contexte particulier dans lequel s'inscrit le présent litige, singulièrement la confusion légitime opérée entre les rôles des sociétés mère et fille concernées, il ne sera pas prononcé d'amende à ce titre.

- 7) Dès lors que la chambre de céans a statué sur le recours, la demande de restitution de l'effet suspensif à celui-ci et de mesures provisionnelles n'a pas à être examinée.
- 8) Vu l'issue du litige et compte tenu de l'absence de décision séparée sur effet suspensif, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA).

Une indemnité de CHF 1'500.- sera allouée à l'appelée en cause, à la charge de la recourante (art. 87 LPA). Tel ne sera pas le cas pour la commune intimée, qui ne peut, en tant que collectivité publique de plus de dix mille habitants et conformément à la jurisprudence constante de la chambre de céans, s'en voir allouer (ATA/661/2014 du 26 août 2014 ; ATA/290/2014 du 29 avril 2014 consid. 13 ; ATA/511/2013 du 27 août 2013 consid. 13 et les arrêts cités).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 28 avril 2017 par Berndorf Bäderbau GMBH pour déni de justice contre la Ville de Genève – département des constructions et de l'aménagement ;

met à la charge de Berndorf Bäderbau GMBH un émolument de CHF 1'000.- ;

alloue à A&T Europe Spa (Myrtha Pools) une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à la charge de Berndorf Bäderbau GMBH ;

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 :

si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP - RS 172.056.1) ou de l'accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics du 21 juin 1999 (RS 0.172.052.68) ;

s'il soulève une question juridique de principe ;

- sinon, par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF ;

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 Philippe Liechti, avocat de la recourante, à la Ville de Genève – département des constructions et de l'aménagement, à Me Pierre Perritaz, avocat de l'appelée en cause, ainsi qu'à la commission de la concurrence (ComCo).

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, M. Thélin, Mme Krauskopf,
MM. Pagan et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :