

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/202/2012-MARPU

ATA/535/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 21 août 2012

dans la cause

MICHEL CONA S.A.

représentée par Me Cédric Berger, avocat

contre

**FONDATION D'INTÉRÊT PUBLIC COMMUNAL POUR LE LOGEMENT À
CONFIGNON**

représentée par Me Bertrand Reich, avocat

et

ENTREPRISE BELLONI S.A.

EN FAIT

1. Le 6 juin 2011, la Fondation d'intérêt public communal pour le logement à Confignon (ci-après : la fondation) a fait publier dans la Feuille d'Avis Officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) et sur le site Internet www.simap.ch un appel d'offres pour des travaux de construction, intitulé « Cressy + immeubles de logements pour personnes âgées ».
2. Le marché public était en procédure ouverte ; l'appel d'offres publié indiquait qu'il n'était pas soumis à l'accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0.632.231.422) ni aux traités internationaux. Le marché était divisé en lots ; le lot n° 10 était libellé comme suit : « Vocabulaire commun des marchés publics CPV : 45211200 - Travaux de construction de logements-foyers - CFC : 271 - Plâtrerie ». Le délai de clôture pour le dépôt des offres venait à échéance le 6 juillet 2011 ; le mandataire du pouvoir adjudicateur était le bureau d'architectes VVR Architectes S.A. (ci-après : VVR), à Thônex. Il n'était pas prévu d'ouverture publique des offres.
3. Le dossier pouvait être obtenu sur le site www.simap.ch. Dans les conditions administratives dudit dossier étaient mentionnés les critères d'adjudication et leur pondération (sous ch. 4.7) :

Critères et éléments d'appréciation	Pondération
1. Montant et crédibilité du prix	50 %
2. Capacité à respecter les délais d'exécution	30 %
3. Références et expérience	15 %
4. Formation professionnelle	5 %
Total :	100 %

Le dossier contenait également le barème des notes (ch. 4.9 ; notation allant de 0 à 5) ainsi que les critères d'évaluation des offres (ch. 4.8), de notation du prix (ch. 4.10) et de notation du temps consacré pour l'exécution du marché (4.11). La rubrique intitulée « bases légales » (ch. 4.1) précisait qu'étaient applicables l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0) ainsi que les lois et règlements cantonaux sur les marchés publics.

4. Michel Cona S.A. (ci-après : Michel Cona ou la société) est une société anonyme sise à Genève, dont le but est l'exploitation d'une entreprise de gypserie-peinture, pose de papiers peints, carrelages et décoration ainsi que tous travaux s'y rattachant.

Le 4 juillet 2011, elle a soumis une offre pour le lot n° 10, pour un montant total net toutes taxes comprises (ci-après : TTC) de CHF 449'575,10.

5. Le 1^{er} novembre 2011, le mandataire du pouvoir adjudicateur, soit pour lui Monsieur Antoine Girasoli, architecte chez VVR, a procédé à l'évaluation des offres. A l'issue de l'analyse multicritères, l'offre de l'Entreprise Belloni S.A. (ci-après : Belloni) a reçu 352.0 points, celle de Michel Cona 333.3 points, celle d'Entegra S.A. (ci-après : Entegra) 328.3 points, celles des 5 autres entreprises ayant soumissionné et étant classées recevant entre 32.1 points et 197.4 points.

L'offre de Michel Cona mentionnait notamment, sous la rubrique « raison sociale entreprise 1 », un total de 37 collaborateurs « y compris [le] personnel de Colorimmo S.A. [ci-après : Colorimmo] que nous dirigeons également ».

6. Le 20 octobre 2011, la commune de Confignon (ci-après : la commune) a informé Belloni de sa décision de lui attribuer le lot n° 10 du marché, CFC 271.00.

Le même jour, elle a signifié leur éviction aux autres soumissionnaires, dont Michel Cona. La lettre adressée à celle-ci était signée, « pour la Commune de Confignon » et sur papier à en-tête de cette dernière, par Monsieur Dinh Manh Uong, maire, et Madame Sylvie Jay, conseillère administrative déléguée aux constructions.

La lettre indiquait en outre qu'un recours dûment motivé contre la décision pouvait être interjeté dans les dix jours dès notification auprès du Tribunal administratif.

7. Par acte posté le 3 novembre 2011, Michel Cona a interjeté recours contre la décision précitée auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI).

La société concluait préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours et à l'autorisation de prendre connaissance des soumissions de Belloni et d'Entegra, et principalement à l'annulation de la décision d'adjudication du 20 octobre 2011 et à la constatation que la soumission (*recte* : le marché) devait lui être attribuée.

8. Par jugement sur compétence du 10 novembre 2011, le TAPI a déclaré le recours irrecevable, et transmis le dossier à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) pour raison de compétence.

9. Par arrêt du 20 décembre 2011 (ATA/773/2011), la chambre administrative a admis le recours et constaté la nullité de la décision d'adjudication du 20 octobre 2011, celle-ci ayant été prononcée par une autorité incompétente, à savoir la commune de Confignon.

10. Le 12 janvier 2012, la fondation a informé Belloni de sa décision de lui attribuer le lot n° 10 du marché, CFC 271.00.

Le même jour, elle a informé de leur éviction les autres soumissionnaires, dont Michel Cona.

11. Par acte posté le 23 janvier 2012, la société a interjeté recours auprès de la chambre administrative contre cette décision, concluant principalement à son annulation, à ce que le marché lui soit attribué et à l'octroi d'une indemnité de procédure, subsidiairement à la constatation du caractère illicite de la décision et à l'octroi d'un délai pour quantifier et motiver sa prétention en réparation de son dommage. Elle concluait à titre préalable à l'octroi de l'effet suspensif au recours.

Elle était convaincue que l'entreprise Belloni avait été, volontairement ou non, favorisée par VVR en raison des rapports que ce dernier entretenait avec cette compagnie, « voire peut-être même des bonnes expériences » qu'il avait eues avec cette dernière. Il y avait ainsi violation de l'art. 16 al. 1 let. a AIMP, étant précisé qu'un recours contre l'appel d'offres pour ce motif n'était pas possible, car elle ne savait pas à cette époque que Belloni participerait à la procédure d'appel d'offres.

L'autorité adjudicatrice avait en outre commis une inégalité de traitement à son égard concernant la notation dont elle avait fait l'objet. Elle aurait dû en effet recevoir des notes au moins équivalentes à celles d'Entegra pour les critères 2 et 3, et une note supérieure au critère 4.

Sa note pour le critère 1 (prix) devait aussi être réévaluée à la hausse, car l'évaluation faisait état d'un montant de CHF 450'538,25 alors que l'offre se montait à CHF 449'575,10.

Pour le critère 2 (capacité à respecter les délais d'exécution), les tableaux présentés par Michel Cona et par Entegra (annexe R8) ne différaient pas suffisamment pour justifier que la première obtienne 4 et la seconde 4.5. S'agissant de la sous-traitance, le nombre de sous-traitants fournisseurs n'avait aucune incidence sur la capacité à respecter les délais d'exécution. Michel Cona devait donc être notée aussi bien qu'Entegra, et même mieux dans la mesure où l'on devait prendre en considération, même partiellement, les employés de Colorimmo comme sous-traitants.

Pour le critère 3 (référence et expériences), les dossiers présentés par Michel Cona et Entegra étaient quasiment identiques, à ceci près que la seconde

déclarait - faussement, à teneur même de son offre - privilégier des fournisseurs locaux dans ses choix de matériaux. Les deux sociétés devaient donc recevoir la même note.

Quant au critère 4 (formation professionnelle), Michel Cona formait un apprenti de plus qu'Entegra et devait donc recevoir une note supérieure à cette dernière.

Ainsi, le total des points qui aurait dû lui être attribué était de 358.3. Le marché devait donc lui être attribué, Belloni ayant un total de 352 points. Au cas où l'effet suspensif ne serait pas accordé, il convenait de constater le caractère illicite de la décision entreprise et de lui octroyer une indemnité en réparation du dommage subi.

12. Par décision du 23 février 2012 (ATA/108/2012), la présidente de la chambre administrative a refusé d'octroyer l'effet suspensif au recours.
13. Le 24 février 2012, la fondation a conclu au rejet du recours et à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Le grief de favoritisme envers Belloni de la part de M. Girasoli, de VVR, était tardif et donc irrecevable, dans la mesure où il s'agissait de la contestation du choix du mandataire du pouvoir adjudicateur. Cet élément figurant dans l'appel d'offres, c'était ce dernier qui aurait dû faire l'objet d'un recours dans les dix jours de sa publication dans la FAO. Ce grief était en outre infondé. VVR avait été amené avec de nombreuses entreprises locales, dont celles ayant soumis une offre en l'espèce, notamment Belloni, Entegra et Michel Cona. VVR n'entretenait pas de liens privilégiés avec Belloni ; le grief n'était à cet égard pas étayé.

Le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas prendre en compte les employés de Colorimmo. En effet, les attestations nécessaires faisant défaut à cette société, il avait choisi de ne pas exclure pour autant l'entreprise associée, soit Michel Cona, mais il n'était pas possible de prendre en compte Colorimmo, en particulier comme entreprise sous-traitante.

Il n'était pas possible d'accorder une quelconque préférence locale, sous peine de violer les principes de non-discrimination et d'ouverture des marchés publics protégés par les accords intercantonaux et internationaux.

La notation de la formation professionnelle était certes fonction du nombre d'apprentis formés par les entreprises, mais dans une certaine fourchette et en fonction du nombre d'employés.

Quant au montant de l'offre, il avait été réajusté suite à une erreur évidente de calcul contenue dans l'offre, la société ayant omis pour 3 postes de multiplier le prix indiqué par les quantités requises.

14. Le 27 février 2012, le juge délégué a accordé aux parties un délai au 16 mars 2012 pour formuler toute requête complémentaire, après quoi la cause serait gardée à juger en l'état du dossier.
15. Le 1^{er} mars 2012, la fondation a informé la chambre administrative qu'elle avait conclu avec Belloni S.A. le contrat d'adjudication.
16. Les parties ne s'étant pas manifestées suite à l'invite du 27 février 2012, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Le marché offert est soumis notamment à l'AIMP, au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), à la L-AIMP ainsi qu'à la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).
2. a. En vertu des art. 62 al. 2 let. b LPA, 15 al. 1 et 2 AIMP, 15 L-AIMP et 56 RMP, le recours est adressé à la chambre administrative dans les dix jours dès la notification de la décision. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue.

b. Selon l'art. 60 let. b LPA, la qualité pour recourir appartient à toute personne touchée directement par une décision et ayant un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Tel est le cas de celle à laquelle la décision attaquée occasionne des inconvénients qui pourraient être évités grâce au succès du recours, qu'il s'agisse d'intérêts juridiques ou de simples intérêts de fait (ATA/517/2009 du 13 octobre 2009).

En l'espèce, le contrat ayant été conclu entre l'adjudicataire et un autre soumissionnaire (art. 46 RMP), il convient de déterminer si la recourante conserve un intérêt digne de protection au maintien du recours.

Selon l'art. 18 al. 2 AIMP, lorsque le contrat est déjà conclu, l'autorité qui admet le recours ne peut que constater le caractère illicite de la décision. Si cette illicéité est prononcée, le recourant peut demander la réparation de son dommage, limité aux dépenses qu'il a subies en relation avec les procédures de soumission et de recours (art. 3 al. 3 L-AIMP). Par ailleurs, selon la jurisprudence fédérale (ATF 132 I 86 consid. 3.2 et 3.3 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.307/2005 du 24 mai 2006 consid. 2), le recourant qui conteste une décision d'adjudication et qui déclare vouloir maintenir son recours après la conclusion du contrat, conclut au moins implicitement, à la constatation de l'illicéité de l'adjudication, que des dommages-intérêts soient réclamés ou non.

En tant que soumissionnaire évincée, et bien que le contrat ait déjà été conclu, la recourante conserve un intérêt actuel à recourir contre la décision d'adjudication au sens de l'art. 60 let. b LPA, son recours étant à même d'ouvrir ses droits à une indemnisation (ATF 125 II 86 consid. 5 b ; ATA/399/2012 du 26 juin 2012 consid. 2c).

c. Dès lors que toutes les conditions sont remplies, le recours est recevable.

3. Dans un premier grief, la société recourante invoque un « abus du pouvoir d'appréciation » du fait que l'évaluateur des offres pour le compte du pouvoir adjudicateur, soit M. Girasoli de VVR, était porté à favoriser indûment la société adjudicataire. L'autorité intimée invoque quant à elle la tardiveté de ce grief, subsidiairement son absence de fondement.

4. a. Conformément à la jurisprudence, les griefs à l'encontre de l'appel d'offres ne peuvent plus être invoqués dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision d'adjudication (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.47/2004 du 6 avril 2004 ; ATA/399/2012 du 26 juin 2012 consid. 3 ; ATA/677/2005 du 12 octobre 2005). Le Tribunal fédéral a en outre déjà jugé qu'il était admissible d'exiger des candidats qu'ils contestent immédiatement les documents d'appels d'offres prétendument incomplets ou entachés d'autres vices de forme lors de la procédure d'appel d'offres déjà et non dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision d'adjudication (cf. ATF 130 I 241 consid. 4.2 ; 129 I 313 consid. 6.2 ; 125 I 203).

b. Par ailleurs, en matière de récusation des membres d'une autorité administrative - notion qui doit être comprise dans un sens fonctionnel, englobant ainsi toutes les personnes agissant pour le compte de l'autorité et directement impliquées dans le processus décisionnel - l'art. 15 al. 3 LPA prévoit que la demande de récusation doit être présentée sans délai à l'autorité. Cette norme concrétise le principe de la bonne foi, tiré des art. 5 al. 3 et 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), et qui vaut également à l'égard des particuliers. La jurisprudence fédérale constante admet en effet que celui qui omet de se plaindre immédiatement de la prévention d'un magistrat ou d'un fonctionnaire et laisse la procédure se dérouler sans intervenir agit contrairement à la bonne foi et voit son droit se périmé (ATF 134 I 20 consid. 4.3.1; 132 II 485 consid. 4.3 ; 130 III 66 consid. 4.3 et les arrêts cités).

c. Le moment de la connaissance du motif de récusation peut se décomposer en deux temps : il faut en effet, d'une part, connaître l'identité de la personne récusable et savoir qu'elle sera appelée à participer à la procédure et, d'autre part, connaître l'origine du possible biais.

5. En l'espèce, il ne suffisait donc pas à la recourante de savoir que VVR allait évaluer les offres - ce qu'elle savait depuis la publication de l'appel d'offres - mais également que Belloni soumissionnerait ou avait soumissionné. Or il n'est pas

exclu que ce moment coïncide avec la réception de la première décision attaquée, rien dans le dossier ne permettant de retenir le contraire ; on relèvera à cet égard que l'ouverture des offres ne s'est pas déroulée en séance publique.

6. S'il résulte de ce qui précède que le grief ne peut être déclaré irrecevable pour cause de tardiveté, il n'en est pas moins infondé.

La recourante invoque en effet de manière toute générale que VVR a « sans nul doute » favorisé, volontairement ou non, Belloni en raison des rapports qu'il entretenait avec cette compagnie, « voire peut-être même des bonnes expériences » qu'il avait eues avec cette dernière. Elle ne donne cependant aucune précision sur la nature concrète de ces rapports « privilégiés », de ces liens « connus » ou encore de ces expériences positives, et ne soumet aucune pièce en rapport avec ces points, pas plus qu'elle ne propose d'administration de preuve précise. Elle n'indique pas même si certains associés ou employés du cabinet d'architectes en question seraient, le cas échéant, plus particulièrement portés à favoriser l'entreprise adjudicataire.

Le grief ne peut dès lors qu'être écarté.

7. La recourante invoque ensuite une inégalité de traitement - non par rapport à la société adjudicataire, mais par rapport à celle classée en troisième position, soit Entegra - du fait qu'elle aurait dû obtenir, pour certains postes, autant ou même davantage de points qu'elle.

8. L'inégalité de traitement, au sens de l'art. 8 al. 1 Cst., consiste à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 137 I 167 consid. 3.5 ; 129 I 346 consid. 6 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2D_63/2011 du 16 février 2012 consid. 3.3). Le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique est spécifiquement garanti à l'art. 27 Cst. En vertu de ce principe, les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les personnes exerçant la même activité économique (concurrents directs) sont prohibées (ATF 130 I 26 consid. 6.3.3.1 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2D_15/20114 consid. 3.3 et 2C_116/2011 du 29 août 2011 consid. 7.1).

9. S'agissant de la différence alléguée dans le montant total de l'offre (pour environ CHF 1'000.-), l'autorité intimée a démontré qu'il s'agissait de la rectification d'une erreur matérielle contenue dans l'offre de la recourante, cette dernière ayant omis pour trois postes de dépenses de faire correspondre un total au nombre de pièces multiplié par le montant unitaire (p. 25 de l'offre de la recourante, premier et deux derniers postes, pour des montants totaux respectifs de CHF 400.-, CHF 150.- et CHF 450.-).

Cette rectification étant conforme à l'art. 39 al. 2 RMP, le grief ne peut qu'être écarté.

10. S'agissant des critères 2 (respect des délais) et 3 (expérience et références), la recourante allègue que son offre était identique à celle d'Entegra, et devait au minimum être notée au même niveau.

Elle ne fait toutefois là que substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, ce qui n'est pas admis (ATF 130 I 241 consid. 6.1 ; encore plus clair, ATF 125 II 86 consid. 6). On doit par ailleurs noter que les références soumises ne peuvent être qualifiées d'identiques, et que si Michel Cona s'est prévalu de chantiers pour des montants plus élevés, Entegra a fait valoir sa participation à deux chantiers plus proches par leur nature de celui à adjuger (Hôpital des enfants et Ecole d'éducateurs du jeune enfant). Quant à l'intégration de Colorimmo, dont le statut dans l'offre de la recourante était à tout le moins mal défini, elle n'était effectivement pas possible au vu de l'art. 34 al. 2 RMP ; le pouvoir adjudicateur n'avait donc pas à prendre en compte son effectif dans le cadre de l'examen du critère 2.

Quant au critère 4 (formation professionnelle), qui ne comptait que pour 5 % du résultat, la recourante n'explique nullement en quoi la méthode utilisée pour l'évaluation - qui n'est pas uniquement fonction du nombre d'apprentis formés mais également d'autres paramètres, en particulier la taille de l'entreprise - aurait été appliquée incorrectement, se contentant de faire valoir qu'elle formait un apprenti de plus qu'Entegra, sans que l'on sache du reste si le nombre d'apprentis se réfère à la seule société Michel Cona ou également à Colorimmo. Ce grief doit également être écarté.

11. Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la société recourante (art. 87 al. 1 LPA), une indemnité de procédure de CHF 1'500.-, à charge de Michel Cona, sera allouée à la fondation, qui y a conclu, s'est fait représenter par un mandataire, et, en tant que fondation communale, ne dispose pas d'un service juridique qui lui soit propre (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 23 janvier 2012 par Michel Cona S.A. contre la décision de la Fondation d'intérêt public communal pour le logement à Confignon du 12 janvier 2012 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Michel Cona S.A. un émolument de CHF 1'500.- ;

alloue à la Fondation d'intérêt public communal pour le logement à Confignon une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à charge de Michel Cona S.A. ;

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 du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics ;

s'il soulève une question juridique de principe ;

- 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 ;

communiquera le présent arrêt à Me Cédric Berger, avocat de la recourante, à Me Bertrand Reich, avocat de la Fondation d'intérêt public communal pour le logement à Confignon et à l'Entreprise Belloni S.A.

Siégeants : Mme Hurni, présidente, M. Thélin, Mme Junod, MM. Dumartheray et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

J. Dentella Giaouque

la présidente siégeant :

E. Hurni

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :