

GE_GERICHTE ATA/733/2005 vom 1. November 2005

GE Cour de justice, 2005-11-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_733_2005

FR: GE_GERICHTE ATA/733/2005 du 1 novembre 2005

IT: GE_GERICHTE ATA/733/2005 del 1 novembre 2005

Regeste

Résumé: Mandat d'études parallèles portant sur la transformation d'un bâtiment communal. Les mandats d'études parallèles sont admissibles, et sont assujettis aux règles du droit commun des marchés publics. Au vu du caractère relativement limité du marché en cause et n'atteignant pas, au demeurant, les valeurs-seuils fixées par l'AIMP, il n'est pas « de grande importance » au sens de l'article 5 al.2 LMI. Seules les garanties de l'article 5 al. 1 LMI sont donc invocables. En l'espèce, s'il ressort effectivement du dossier que la domiciliation de l'architecte ayant obtenu le marché a été évoquée lors des débats, cet élément n'a pas été décisif, de sorte que le grief de violation de la LMI est mal fondé. La décision attaquée, sans motivation, viole l'article 29 al. 2 Cst. La procédure devant le TA, qui dispose d'un plein pouvoir d'examen, a toutefois réparé ce vice formel.

Erwägungen

E. 1

L'autorité intimée mettant en doute la recevabilité du présent recours, il convient de trancher cette question préalablement.

E. 2

Conformément à l'article 69 alinéa 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), le Tribunal de céans est lié par les conclusions des parties. Il n'est en revanche pas lié par les motifs que les parties invoquent.

E. 3

Dans un premier moyen, la commune prétend qu'elle aurait conclu de simples contrats de gré à gré, lesquels échapperaient donc à tout contrôle juridictionnel. Il convient donc de qualifier juridiquement les accords passés avec les recourants ainsi que leur montant, afin de déterminer quel sera le droit applicable.

- 7/14 - A/2650/2005

E. 4

La notion de marché public désigne communément l'ensemble des contrats passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires privés, portant sur l'acquisition de fournitures, de constructions ou de services, moyennant un prix que l'Etat s'engage à payer (ATF 125 I 209 consid. 6b p. 212). Le marché public est donc un contrat à caractère onéreux, doté d'un caractère synallagmatique, en ce sens qu'il faut qu'une rémunération soit versée à l'adjudicataire en échange d'une prestation de celui-ci (E. CLERC, Commentaire romand du droit de la concurrence, note 55 ad art. 5 LMI).

En l'espèce, l'autorité intimée a contacté six bureaux d'architectes afin qu'ils effectuent chacun une étude de viabilisation du bâtiment nommé « Maison Bianchi ». Chaque bureau a reçu, pour réaliser cette étude, une somme de CHF 5'000.-. En outre, les offres ont été remises à l'autorité intimée dans le délai imparti, soit au 25 février 2005. Force est donc de constater que l'ensemble des éléments constitutifs d'un marché public sont réalisés in casu.

E. 5

Cela étant, il convient de qualifier le type de marché public en cause. Pour les recourants, il s'agirait d'un mandat d'étude parallèle, alors que pour l'autorité intimée de simples contrats de gré à gré auraient été conclus.

Les mandats d'études parallèles désignent une forme de mise en concurrence au cours de laquelle un mandant confie parallèlement à plusieurs mandataires une mission d'étude portant sur la même tâche, afin d'obtenir plusieurs propositions de solutions à un problème donné (J. DUBEY, *Le concours en droit des marchés publics*, p. 151 ; cf. également le ch. 13 de l'annexe 1 de l'ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995 - OMP - RS 172.056.11). Contrairement à la procédure de concours, celle du mandat d'étude parallèle n'est pas anonyme (D. ESSEIVA in DC 4/2001 p.157).

Ces conditions sont réunies en l'espèce. En effet, aux termes du courrier qu'elle a envoyé le 29 novembre 2004 aux six bureaux d'architectes invités à participer à cette étude, l'autorité intimée laissait toute liberté concernant la réhabilitation du bâtiment « Maison Bianchi ». Elle précisait en outre qu'elle orienterait son choix entre une formule « logements », une formule mixte « logements / bureaux / arcade commerciale », cela en fonction des propositions remises. Il était au demeurant clair que ces six bureaux étaient mis en concurrence et que le projet le plus intéressant serait retenu à l'issue de la procédure.

Il y a donc lieu de qualifier le marché public litigieux de mandat d'études parallèle.

E. 6

L'autorité intimée avance également que la LMI ne serait pas applicable au cas d'espèce, le marché en cause ne dépassant pas le montant de CHF 100'000.-, somme qui correspond à la limite maximale des marchés de gré à gré.

- 8/14 - A/2650/2005

Cette opinion ne saurait être suivie. En effet, il est unanimement reconnu par la jurisprudence et la doctrine que la LMI est applicable indépendamment des valeurs seuils et des types de marché (E. CLERC, *L'ouverture des marchés publics : effectivité et protection juridique*, Fribourg 1997, p. 435-6). Certes, la valeur seuil joue un rôle pour l'obligation de publication. Celle-ci n'est toutefois statuée, à l'article 5 alinéa 2 LMI, que pour les marchés « de grande importance » (E. CLERC, *op. cit.*, note 64 ad art. 5 LMI). Au vu du caractère du marché litigieux, relativement limité et n'atteignant pas, au demeurant, les valeurs-seuils fixées par l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) (cf. *infra* pt. 6), il y a lieu de constater que le marché public en cause n'est pas « de grande importance » (J. DUBEY, *op. cit.*, p. 198).

La LMI est donc applicable au cas particulier, et les recourants disposent des garanties posées aux articles 5 alinéa 1 et 9 LMI en matière de marchés publics.

E. 7

Au demeurant, le Tribunal administratif est compétent pour connaître des recours relatifs à une violation de la LMI (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 ; ATA/864/2004 du 26 août 2004).

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). Interjeté dans le délai légal de 30 jours (art. 63 al. 1 let. a LPA), le recours est à cet égard recevable.

Il convient donc d'entrer en matière.

E. 8

a. Aucune disposition légale de droit genevois ou fédéral n'est consacrée aux mandats d'étude parallèle. Ceux-ci sont toutefois admissibles et leur adjudication est assujettie aux règles du droit commun des marchés publics (J. DUBEY, op. cit., p. 152).

Il sied donc, afin d'arrêter le droit applicable au cas d'espèce, de déterminer le montant du marché en cause. A ce sujet, il convient de prendre en compte non seulement la valeur des honoraires versés aux concurrents pour l'établissement de l'étude, mais également les honoraires des prestations complémentaires que l'entité adjudicatrice entend adjuger ultérieurement au concurrent dont le projet aura été jugé le meilleur (art. 5 al. 2 RMPC ; D. ESSEIVA in DC 4/2001 p.157).

b. A teneur de l'article 7 alinéa 1 lettre b AIMP, ce dernier s'applique si le marché en cause atteint la valeur-seuil de CHF 383'000.-, s'agissant de fournitures et de services.

- 9/14 - A/2650/2005

c. Il ressort de la jurisprudence du Tribunal administratif, que la valeur-seuil n'est pas tant la valeur estimée par l'appel d'offres que celle des offres effectivement enregistrées (ATA/615/2000 du 10 octobre 2000).

En l'espèce, chacun des six bureaux d'architectes mandatés a reçu la somme de CHF 5'000.- pour réaliser l'étude litigieuse, soit CHF 30'000.- au total. Les recourants ont en outre effectué une étude complémentaire pour CHF 5'000.-. S'agissant du mandat subséquent, il ressort des offres déposées par les trois bureaux d'architectes retenus en phase finale de la procédure que le coût total du projet s'élevait en moyenne à environ CHF 2'200'000.- hors taxes. Les parties se querellent quant à savoir si celui-ci portait sur la totalité des prestations de l'architecte pour ce projet, soit 100%, où seulement sur la réalisation du projet de l'ouvrage au sens du chiffre 4.32 de la norme SIA 102, soit 21% (chiffre 7.8 SIA 102). Le Tribunal relève que, le 29 novembre 2004, la commune a mandaté six bureaux d'architectes pour réaliser une étude de viabilisation de la maison « Bianchi ». Le cadre de cette étude était particulièrement large (logements, bureaux, arcade commerciale, etc.) et les modalités subséquentes étaient alors encore à définir. De surcroît, ainsi que le relève l'autorité intimée à raison, le conseil municipal n'a pu encore être saisi du projet, ni, a fortiori, donner son assentiment à la réalisation du projet retenu en votant un crédit sous la forme d'une délibération. Il ressort de ces constatations qu'à l'évidence la commune ne désirait pas adjuger, au terme de cette étude de viabilisation, la mandat complet d'architecte au bureau qui serait choisi. Même si l'on retient les 21% des prestations de l'architecte, sur la base de l'estimation produite par les recourants, le valeur-seuil pertinente de CHF 383'000.- n'est de loin pas atteinte.

Il s'ensuit que l'AIMP n'est pas applicable au cas d'espèce, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté par les parties. 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).

E. 9

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 (E. CLERC, op. cit., p. 432-438). 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-

- 10/14 - A/2650/2005 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 indique à quelles conditions 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. Dans le domaine des marchés publics, la discrimination se définit comme le traitement défavorable d'une certaine catégorie de soumissionnaires, en raison de son origine étrangère ou extérieure au cercle des soumissionnaires locaux ou nationaux (B. BOVAY, La non discrimination en droit des marchés publics, in RDAF 2004 I 227-243, 239). Il y aurait notamment une pratique discriminatoire si les spécifications techniques exigées étaient propres au cercle des entreprises locales et excluaient de fait les entreprises extérieures en raison du type de produits spécifiés, de normes très locales ou d'exigences quant au lieu de production ou d'achat des matériaux (B. BOVAY, op. cit., p. 239).

d. La préférence locale est admise en présence d'offres jugées équivalentes (DC 2/2001 p. 71 ss.)

E. 10

Selon les recourants, l'article 5 LMI imposerait au pouvoir adjudicateur d'énumérer par avance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération, avec indication de leur importance relative. La manière dont l'évaluation a été effectuée devrait pouvoir en outre être retracée par l'autorité de recours.

Les exigences que les recourants prêtent à l'article 5 LMI ne sont en réalité posées que pour les marchés « de grande importance » au sens de l'alinéa 2 de cette disposition. Or, ainsi que le Tribunal de céans l'a déjà constaté supra (cf. point 4, let. b), tel n'est manifestement pas le cas in casu.

C'est donc à la lumière des principes dégagés de l'article 5 alinéa 1 LMI qu'il faut examiner les griefs du recourant.

- 11/14 - A/2650/2005

E. 11

Les recourants reprochent à l'autorité intimée d'avoir « repêché » en cours de procédure le bureau Bonnet, ne respectant pas, ce faisant, les règles initiales indiquées dans son courrier du 29 novembre 2004.

En l'espèce, au regard des principes énoncés supra, l'on peine à voir en quoi l'autorité intimée les aurait violés en retenant trois candidats au lieu des deux initialement annoncés pour la phase finale de la procédure de choix. Les recourants ont en effet été invités à déposer une offre – et même à la compléter contrairement à ses concurrents –, cela sans entrave en raison de leur origine.

En revanche, il ressort effectivement du dossier que la domiciliation de l'animateur du bureau Bonnet sur la commune de Vandoeuvres a été évoquée lors des débats au sein de la commission et du conseil municipal. Il n'apparaît toutefois pas que ce critère ait été déterminant quant à l'éviction du groupement. En effet, il a été fait référence au caractère « innovateur » et « moderne » du projet du bureau Bonnet. En outre, s'agissant du groupement, c'est suite à sa mauvaise présentation, à la « légèreté » de son deuxième projet et à un budget « aléatoire » que la commission a décidé d'écarter sa candidature. Par ailleurs, quand bien même il faudrait retenir que tel a été le cas, le Tribunal de céans observe qu'en vertu du large pouvoir d'appréciation dont bénéficie l'autorité adjudicatrice s'agissant de l'analyse des particularités de chaque projet présenté – dans le cadre, au demeurant, d'un mandat d'études parallèles –, il ne lui appartient pas de comparer ces deux offres, afin d'en déterminer, cas échéant, le taux d'équivalence (cf. consid. 9 let. d supra ; du même avis : J. DUBEY, *Le concours en droit des marchés publics*, p. 202). Du reste, in casu, rien n'indique rien que l'autorité aurait mésusé de ce large pouvoir. Enfin, le Tribunal relève que si la commune avait réellement décidé de favoriser le bureau Bonnet en raison du domicile local de son animateur, elle n'aurait pas choisi, dans un premier temps, de demander au groupement une étude complémentaire. Dans ces circonstances, il n'apparaît pas que l'offre du bureau Bonnet ait bénéficié d'un avantage contraire à l'article 5 alinéa 1 LMI, ni plus que les recourants aient été discriminés.

E. 12

Les recourants soutiennent ensuite que l'absence de critères d'adjudication serait constitutive d'une violation du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires.

Ainsi que le Tribunal administratif l'a relevé supra, l'article 5 alinéa 1 LMI ne pose pas une telle exigence, de sorte que le grief des recourants est manifestement mal fondé.

E. 13

Enfin, les recourants se plaignent de l'absence de rapports d'évaluation et de motivation de la décision attaquée, laquelle rendrait illégale cette dernière. Leur droit d'être entendu aurait donc été violé.

- 12/14 - A/2650/2005

a. Le droit à la motivation d'une décision est une garantie constitutionnelle de caractère formel qui est un aspect du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale – Cst. féd. – RS 101 ; ATF 126 I 97 consid. 2 pp. 102-103 ; 120 Ib 379 consid. 3b p. 383; 119 Ia 136 consid. 2b p. 138 et les arrêts cités). Cette exigence vise à ce que le justiciable puisse comprendre la décision dont il est l'objet et exercer ses droits de recours à bon escient. Elle vise également à permettre à l'autorité de recours d'exercer son contrôle. Il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle fonde sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Elle n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut se limiter à ceux qui, sans arbitraire, apparaissent pertinents (ATF 124 II 146 consid. 2 p. 149; 122 IV 8 consid. 2c p. 14 ; ACOM/24/2004 du

E. 15

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'500.- sera mis à la charge des recourants (art. 87 LPA).

La commune de Vandoeuvres n'étant pas une ville de plus de 10'000 habitants (ATA/813/2003 du 4 novembre 2003), une indemnité de CHF 2'000.- lui sera allouée, à charge des recourants.

- 13/14 - A/2650/2005

Il ne sera alloué aucune indemnité à Monsieur Pierre Bonnet, appelé en cause, qui s'en est remis à l'appréciation du Tribunal de céans.

* * * * *

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.