

GE_GERICHTE A/840/2010 vom 1. März 2011

GE Cour de justice, 2011-03-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_840_2010

FR: GE_GERICHTE A/840/2010 du 1 mars 2011

IT: GE_GERICHTE A/840/2010 del 1 marzo 2011

Regeste

; MARCHÉS PUBLICS ; APPEL D'OFFRES(MARCHÉS PUBLICS) ; ADJUDICATION(MARCHÉS PUBLICS) ; POUVOIR D'APPRÉCIATION ; ILLICÉITÉ ; PRINCIPE DE LA TRANSPARENCE(EN GÉNÉRAL) ; ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ; CONCLUSION DU CONTRAT ; DOMMAGES-INTÉRÊTS | Lorsqu'un appel d'offres et les directives y relatives mentionnent expressément des spécificités techniques, l'autorité adjudicatrice est tenue d'adjuger le marché public à un soumissionnaire dont l'offre remplit toutes les conditions requises. A défaut, l'adjudication revêt un caractère illicite. Si un contrat est conclu entre le département des constructions et des technologies de l'information et l'entreprise adjudicataire en dépit de l'illicéité, celle-ci ne peut plus qu'être constatée. Toutefois la voie d'une indemnisation à titre de dommages-intérêts du recourant, en l'occurrence un soumissionnaire lésé, est ouverte. En l'espèce, recours admis. | AIMP.1 ; AIMP.15.al1 ; AIMP.15.al2 ; AIMP.18.al2 ; L-AIMP.3.al1 ; L-AIMP.3.al3 ; RMP.16 ; RMP.24 ; RMP.27 ; RMP.42 ; RMP.43 ; RMP.46 ; RMP.56 ; LPA.60.letb ; LPA.65

Erwägungen

E. 1

L'entreprise Duret S.A. est une société anonyme active dans la charpente et la menuiserie, inscrite au registre du commerce genevois et sise à Thônex.

E. 2

Par publication sur le site Internet simap.ch et dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 23 novembre 2009, l'office des bâtiments (ci-après : l'office des bâtiments) rattaché au département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : DCTI) a publié un appel d'offres pour l'adjudication de travaux de menuiserie dans le cadre de la transformation intérieure de l'Hôpital des enfants. Cette procédure ouverte était soumise à l'accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1996 (accord GATT/OMC - RS 0.632.231.422), à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1997, entré en vigueur pour Genève le 9 décembre 1997 (AIMP - L 6 05), ainsi qu'au règlement cantonal sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01). Le marché, dont le montant total était estimé à CHF 793'416.- TTC, était divisé en trois sous-marchés, soit : - fourniture et pose de portes intérieures en bois, à battants ou coulissantes, revêtues de stratifié, pour un montant estimé à CHF 217'800.- TTC (CFC 273.00) ; - fourniture et pose d'armoires murales, de rayonnages et de tablettes, revêtus de stratifié, pour un montant estimé à CHF 120'600.- TTC (CFC 273.10) ; - fourniture et pose de mobilier fixe médical pour un montant estimé à CHF 455'017.- TTC (CFC 782.00). Des offres étaient possibles pour plusieurs marchés. Les critères et éléments d'appréciation retenus lors de l'examen des offres en vue de l'adjudication étaient les suivants : le montant

et la crédibilité du prix (pondération 50 %), la capacité à respecter les délais d'exécution (pondération 30 %), les références et expériences (pondération 15 %), ainsi que la formation professionnelle (pondération 5 %).

E. 3

Dans le premier des trois sous-marchés précités, les portes coulissantes automatiques en bois (CFC 272.10) et les portes intérieures également en bois (CFC 273.00) à fournir étaient décrites : elles devaient, conformément aux directives des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après: HUG), en particulier aux schémas y figurant, ainsi qu'au descriptif de la soumission, présenter certains critères techniques précis, notamment des propriétés de résistance au feu selon les tests EI 30 de l'association des établissements cantonaux d'assurance incendie (ci-après : AEAI), ainsi que des chants en résine polyuréthane injectée (ci-après : PU injecté) sur quatre côtés. Une certification du type AEAI - EMPA (Laboratoire fédéral d'essai des matériaux et de recherche) devait être transmise au maître de l'ouvrage, avant la pose de l'ouvrage sur le chantier.

E. 4

Le 4 janvier 2010, Duret S.A. a transmis son dossier complet de soumission au DCTI, proposant l'exécution des travaux de portes en bois (CFC 272.10 et 273.00) pour le montant de CHF 473'440.- TTC. Jos Berchtold AG en a fait de même le 8 janvier 2010, pour un montant de CHF 443'095,65 TTC. Selon le procès-verbal d'ouverture des offres du 14 janvier 2010, quatre autres entreprises ont répondu à l'appel d'offres.

E. 5

Le 26 février 2010, l'autorité adjudicatrice, soit l'office des bâtiments a notifié à Duret S.A. la décision du DCTI d'adjuger le marché des travaux de portes de l'Hôpital des enfants à Jos Berchtold AG. Après évaluation des dossiers et suite à l'analyse de la soumission par rapport aux critères d'adjudication, la proposition de Duret S.A. avait été classée au second rang, sur cinq candidats ayant présenté une offre recevable. L'entreprise dont l'offre avait été retenue remplissait pleinement les conditions pour être admise comme adjudicataire selon le RMP. Elle avait de plus présenté l'offre économiquement la plus avantageuse relative aux critères d'adjudication énoncés dans l'appel d'offres.

E. 6

Le 10 mars 2010, Duret S.A. a interjeté recours auprès du Tribunal administratif (ci-après : Tribunal administratif), devenu le 1^{er} janvier 2011 la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice, contre la décision précitée, réceptionnée le 2 mars 2010. Elle émettait des doutes quant à l'homologation anti-feu EI 30 des portes avec chants en PU proposées par Jos Berchtold AG, dans la mesure où aucun test n'était enregistré par cette entreprise avec de telles caractéristiques sous le répertoire suisse de la protection incendie sur internet (ci-après : RPI online). Le DCTI refusait en outre de lui montrer ces certificats, ce qu'elle souhaitait dans le but de constater leur exactitude. Duret S.A. attendait dès lors une « prise de position [du Tribunal] à ce sujet ».

E. 7

Le 6 avril 2010, le contrat d'entreprise entre le DCTI et Jos Berchtold AG portant sur les travaux de portes à l'Hôpital des enfants a été conclu.

E. 8

Le 12 avril 2010, l'office des bâtiments a transmis sa réponse, concluant principalement à l'irrecevabilité du recours et subsidiairement à son rejet. Alors que l'acte de recours contre une décision administrative devait contenir, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant, Duret S.A., dans son courrier du 10 mars 2010, ne prenait pas de conclusions. Elle se contentait de remettre en cause l'homologation des produits de Jos Berchtold AG, sans indiquer les conséquences qui en découlaient par rapport à la décision d'adjudication du 26 février 2010. Son recours devait donc être déclaré irrecevable. Cependant, dans l'hypothèse où la recevabilité du recours était admise, il convenait de le rejeter. Lors du contrôle des offres, le maître de l'ouvrage devait effectivement vérifier que les prestations offertes correspondaient au descriptif du cahier des charges. A défaut, les offres n'étaient pas comparables et leur examen violait le principe de l'égalité de traitement. A l'issue de l'évaluation des offres selon les critères d'adjudication annoncés, l'offre de Jos Berchtold AG était classée en première position avec 491,25 points. Celle de Duret S.A. arrivait en deuxième position avec 444,95 points. Jos Berchtold AG avait présenté une offre complète avec un descriptif précis des portes fournies correspondant aux exigences de la soumission (matériaux, qualité acoustique, résistance au feu, etc.). Elle proposait des portes coulissantes de type Firegliss, des portes en bois sur cadre aluminium de type Stbug et des portes en bois sur cadre en bois de type Blockrahmen. Les certificats de protection incendie y relatifs étaient également produits, toutefois ces documents n'étaient pas exigés au moment du dépôt de l'offre. Ils devaient être fournis au maître de l'ouvrage avant la pose des éléments. Par conséquent, même s'il devait manquer une homologation, ce qui ne semblait pas être le cas, l'offre de l'adjudicataire était conforme au cahier des charges, raison pour laquelle l'argument de la recourante n'était pas pertinent.

E. 9

Le 20 mai 2010, Duret S.A. a mandaté une avocate pour la défense de ses intérêts.

E. 10

Le 21 mai 2010, le juge délégué a tenu une audience de comparution personnelle des parties. Duret S.A. a maintenu son recours, contestant la décision du DCTI d'adjuger le marché litigieux à Jos Berchtold AG dans la mesure où son offre ne respectait pas les conditions posées par l'appel d'offres s'agissant du type de chant (revêtement de l'épaisseur de la porte) qui devait être utilisé. L'appel d'offres et les directives des HUG précisait que celui-ci devait être revêtu d'une résine en polyuréthane injectée. Elle avait constaté, après vérification dans le RPI online, que les modèles de portes proposés par l'adjudicataire n'avaient fait l'objet d'aucune homologation EI 30 pour des portes avec chants en PU injecté. D'après les documents produits par le DCTI dans le cadre de la procédure, les portes proposées par Jos Berchtold AG étaient collées avec un chant de 3 mm d'épaisseur sur trois côtés. Cela ne correspondait pas à ce qui était requis dans l'appel d'offres, à savoir un chant en PU injecté devant être exécuté sur les quatre côtés de la porte. Pour sa part, Duret S.A. avait proposé des portes conformes à l'appel d'offres. Elle venait d'ailleurs d'exécuter le chantier de la maternité avec ce même type de portes. Elle ne comprenait pas comment le DCTI pouvait adjuger les travaux sans vérifier, dans le cadre de l'évaluation des offres, la conformité de la proposition des œuvres livrées avec le cahier des charges. Enfin, s'il était exact qu'il n'était pas nécessaire de fournir, au stade de la soumission, le certificat de conformité anti-feu des portes à livrer, des doutes pouvaient être émis quant à la capacité de l'adjudicataire de le présenter au moment de la livraison. En effet, ces documents étaient enregistrés dans le registre AEAI et publiés sur leur site Internet. Or, aucun n'avait été

délivré à ce jour à Jos Berchtold AG pour des produits avec chants en PU injecté. Le DCTI a persisté dans ses conclusions. Le contrat d'entreprise avec l'adjudicataire avait été conclu. La recourante ne posait pas les faits correctement et ouvrait un débat prématuré. Il ne s'agissait pas d'un marché consistant à acheter des portes, mais d'un marché portant sur un contrat d'entreprise visant à la livraison de portes correspondant à des caractéristiques spécifiées dans l'appel d'offres. Jos Berchtold AG avait présenté dans son offre des modèles de portes remplissant les critères décrits dans la documentation annexée. Cependant, le marché ne lui avait pas été adjugé en fonction desdits modèles, mais parce qu'elle avait proposé une soumission pour la livraison de portes correspondant au cahier des charges. Ce dernier précisait que les portes à livrer devaient être conformes aux exigences des normes EI 30 et que la certification y relative devait être fournie par l'adjudicataire au moment de la livraison. En l'occurrence, Jos Berchtold AG, si elle ne respectait pas ces exigences, allait se trouver dans une situation de défaut de l'œuvre livrée, c'est-à-dire dans un litige de droit privé ressortant du contrat d'entreprise. L'appel en cause de Jos Berchtold AG était demandé.

E. 11

Par décision du Tribunal administratif du 8 juin 2010, la requête d'appel en cause a été rejetée. Dans la mesure où le contrat d'entreprise entre Jos Berchtold AG et le DCTI semblait avoir été déjà conclu, l'objet de la procédure devenait le constat du caractère illicite ou licite de la décision d'adjudication, ce qui donnait le droit, cas échéant, à une indemnisation du concurrent évincé à tort. Il n'y avait dès lors plus aucun intérêt juridique à appeler l'adjudicataire en cause afin qu'il ait la qualité de partie et que le jugement lui soit opposable, son audition pouvant se faire à titre de témoin si nécessaire. Au surplus, un second échange d'écritures était ordonné.

E. 12

Le 7 juillet 2010, Duret S.A., par l'intermédiaire de son conseil, a répliqué, concluant à la recevabilité de son recours, au constat du caractère illicite de l'adjudication du 26 février 2010 en faveur de Jos Berchtold AG, ainsi qu'à la réparation du dommage subi à hauteur de CHF 7'917,25 et à une indemnité de procédure. L'adjudicataire avait proposé des portes ne remplissant pas les critères techniques exigés dans l'appel d'offres et demandait au Tribunal administratif de prendre position à ce sujet. Il était compréhensible pour le lecteur que Duret S.A. affirmait que le marché avait été attribué à Jos Berchtold AG en violation des règles établies par le DCTI et par conséquent de la loi. Le recours déposé en personne devait dès lors être considéré comme recevable. Les spécificités techniques requises, en particulier les chants en PU injecté, figuraient à de nombreuses reprises dans le dossier d'appel d'offres. Cela consistait à injecter à chaud une résine en polyuréthane sur les quatre côtés de la porte, ce sur une certaine épaisseur. Les directives HUG comprenaient une coupe montrant bien que cette résine devait être injectée sur les quatre côtés de la porte dont l'épaisseur était de 40 mm, la couche de polyuréthane étant elle-même de 5 mm. L'appel d'offres précisait en outre qu'en cas de contradiction avec le descriptif de la soumission, le contenu des directives HUG faisait foi. Cela signifiait que toutes les portes faisant l'objet du marché litigieux devaient comprendre cette couche de résine injectée sur les quatre côtés. Le dossier d'appel d'offres indiquait encore que la construction devait se faire selon les prescriptions de l'AEAI et qu'une certification de l'EMPA devait être transmise à la direction des travaux et au maître de l'ouvrage avant la pose des éléments. Jos Berchtold AG avait certes produit divers certificats AEA I pour des portes ou battants de portes T30 (résistant au feu durant 30

minutes, EI 30) de sa fabrication, mais dont la protection anti-feu ne consistait pas en des chants en PU injecté à chaud. Il ressortait notamment du certificat d'un laboratoire autrichien, fourni par l'adjudicataire et produit par l'office des bâtiments, que la protection incendie des portes concernées consistait en un revêtement présenté en rouleaux de 3 mm d'épaisseur collés sur trois côtés. Or, n'importe quelle menuiserie équipée d'une encolleuse pouvait exécuter ce travail, beaucoup plus simple que l'injection à chaud de résine qui n'était exécutée que par de rares spécialistes en Europe. En milieu hospitalier, les chants injectés présentaient des avantages particulièrement recherchés par rapport aux chants collés, à savoir une résistance accrue aux chocs, un meilleur classement hygiénique et aucun joint entre la porte et le chant. Le coût des chants en rouleaux collés était bien sûr inférieur à celui des chants en PU injecté à chaud. Contrairement à ce qu'alléguait le DCTI, le descriptif des portes proposées par Jos Berchtold AG ne correspondait pas aux exigences du cahier des charges. L'AEAI publiait, y compris sur Internet, les certificats octroyés aux fabricants de portes anti-feu après que l'EMPA les ait testées. Or, l'adjudicataire ne pouvait pas, au moment de remplir son dossier d'appel d'offres, se prévaloir d'un tel certificat pour des portes avec chants en PU injecté. Le RPI online, lequel tenait la liste des matériaux et produits homologués par l'AEAI, montrait que Jos Berchtold AG avait fait enregistrer de nombreuses portes anti-feu de sa propre fabrication ou fabriquées par des entreprises étrangères qu'elle vendait en Suisse. Néanmoins, aucune de ces portes ne comportait de chants en PU injecté. Duret S.A. se fournissait quant à elle en portes et battants de portes auprès de l'entreprise Eurodoor AG à Bâle. Ce fournisseur avait fait enregistrer plusieurs portes anti-feu sur la liste de l'AEAI qui figurait sur le RPI online. Elle versait à la procédure ces certificats dont il ressortait que les portes qu'elle proposait comportaient des chants en PU injecté. L'examen de la conformité de l'offre avec les exigences techniques entrainait dans le premier des quatre critères pris en considération pour l'adjudication du marché, à savoir celui du montant et de la crédibilité des prix, puisqu'il était nécessaire pour les examinateurs de comparer le rapport qualité-prix des produits proposés. Il apparaissait toutefois qu'il n'avait pas été procédé à un tel examen et que les notes liées à ce critère pesant pour 50 % dans la note finale avaient été attribuées de manière prépondérante en fonction du prix total des diverses offres. Dans la mesure où le DCTI avait déjà conclu un contrat d'entreprise avec Jos Berchtold AG, les conclusions de la recourante ne pouvaient plus tendre à l'annulation de la décision querrellée mais uniquement au constat de son illicéité, ce qui ouvrait la possibilité de chiffrer le dommage devant être réparé. Duret S.A. produisait un état de frais relatif aux dépenses liées à la procédure de soumission et au recours déposé en personne le 10 mars 2010. Il tenait compte, d'une part, du temps consacré à étudier l'appel d'offres et à remplir la soumission et, d'autre part, du temps consacré à la lettre de recours ainsi que des frais de secrétariat engagés dans ces opérations. Le total s'élevait à CHF 1'630,15. Elle produisait en outre une note d'honoraires de son conseil arrêtée au 7 juillet 2010 de CHF 6'287,10, soit un montant total de CHF 7'917,25. La législation en matière de marchés publics avait notamment pour but d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, de garantir l'égalité de traitement entre eux, d'assurer l'impartialité de l'adjudication et d'assurer la transparence des marchés publics. Dans le cas particulier, le DCTI n'avait pas respecté ces principes, de telle sorte que l'adjudication litigieuse revêtait un caractère illicite. En effet, dans la mesure où l'autorité avait formulé des exigences techniques particulièrement élevées de protection anti-feu, telles que des chants en PU injecté, les soumissionnaires devaient pouvoir s'attendre à ce que ce critère soit examiné de manière rigoureuse afin d'assurer l'égalité de traitement et la

transparence entre les candidats. Or, il était manifeste que l'autorité avait procédé à un examen superficiel des pièces remises par Jos Berchtold AG car il ressortait des pièces que les modèles de portes figurant dans la documentation fournie ne respectaient pas les normes de protection anti-feu requises par le DCTI. En d'autres termes, le département avait adjugé un marché sans même se poser la question de savoir si l'entreprise était en mesure de réaliser l'ouvrage en respectant les critères techniques exigés pour certains matériaux, qui n'étaient pas construits sur place mais livrés déjà fabriqués comme des portes. Le DCTI était dans l'impossibilité de démontrer que les portes proposées par Jos Berchtold AG étaient conformes à ses propres exigences techniques et acceptait l'hypothèse, qu'à réception de l'ouvrage, il apparaisse que le marché avait été attribué à une entreprise ayant proposé des portes ne répondant pas aux critères fixés. Ce faisant, il contrevenait aux exigences d'impartialité, d'égalité et de transparence, ce qui constituait une violation de la loi et entraînait l'illicéité de la décision. Le département avait de plus attribué le marché à une entreprise dont l'offre ne correspondait pas aux exigences de l'appel d'offres, alors qu'elle aurait dû la considérer comme incomplète et ne pas la prendre en compte. A cet égard également, les principes susmentionnés n'étaient pas respectés. Il résultait de toutes ces explications que le marché avait été attribué à Jos Berchtold AG de manière illicite, raison pour laquelle Duret S.A. demandait la réparation du dommage subi.

E. 13

Le 6 août 2010, l'office des bâtiments a dupliqué, persistant dans les conclusions prises dans ses écritures antérieures. L'argumentation de Duret S.A., qui prétendait que l'offre de Jos Berchtold AG n'était pas conforme aux prescriptions de l'appel d'offres au motif que les portes proposées n'étaient pas au bénéfice d'une certification anti-feu avec chants en polyuréthane injecté, frisait la mauvaise foi. Elle n'avait en effet elle-même produit avec sa soumission aucune attestation de conformité des portes offertes et n'avait pas indiqué le nom de son fournisseur, ni les références de celui-ci. Ce n'était qu'à la lecture de la dernière écriture que ces informations avaient été données. Elle avait d'ailleurs reconnu, lors de l'audience de comparution personnelle, qu'il n'était pas nécessaire au stade de la soumission de remettre de certificat de conformité anti-feu des portes à livrer. Le marché en question était un marché de construction et non un marché de fournitures, ce qui semblait être confus dans l'esprit de la recourante. L'appel d'offres devait permettre au maître de l'ouvrage de recevoir des propositions d'entreprises pour la construction et la pose de différents types de portes répondant à certaines caractéristiques, notamment une résistance anti-feu de type EI 30. Afin de vérifier la conformité de son produit à cette prescription, le soumissionnaire devait produire une certification avant la pose des éléments, sous-entendu après la fabrication des portes. Il apparaissait dès lors inutile de s'attarder sur les griefs portant sur le contenu des descriptifs et certificats produits par Jos Berchtold AG en annexe à son offre. Il convenait au contraire d'admettre qu'à l'examen des offres, le DCTI ne pouvait pas préjuger si les entreprises étaient ou non en mesure de fournir des portes répondant aux prescriptions, ni écarter l'une ou l'autre offre pour ce motif. Dans le cas où une entreprise avec des références adéquates proposait un prix pour l'exécution d'une prestation, il fallait considérer qu'elle était en mesure de l'exécuter. Quant à l'exécution de son contrat par Jos Berchtold AG, le DCTI tenait à préciser quelques points, bien que ceux-ci ne fussent pas pleinement pertinents dans le cadre de la présente procédure. L'adjudicataire était une entreprise de menuiserie spécialisée dans la fabrication d'éléments coupe-feu. Il ressortait des extraits du RPI online produits par Duret S.A. que l'intéressée avait obtenu la certification pour de nombreux produits, en particulier des portes, avec ou sans vitrage, coulissantes ou non.

Dans le cadre de son contrat pour l'Hôpital des enfants, elle avait fait tester les portes fabriquées par l'institut IBS Linz en juin 2010. Celui-ci avait considéré, au regard des précédents certificats délivrés, que la fabrication des chants en matière plastique (ABS, PE, PU, PVC ou KH) n'influait pas la résistance de la porte au feu. Il avait également confirmé la classification T 30 du produit. Ainsi, Jos Berchtold AG avait rempli l'exigence de produire avant la pose des éléments une certification garantissant la résistance des portes fournies.

E. 14

Sur quoi, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 1. Depuis le 1^{er} janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échu à la chambre administrative de la Cour de justice, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 131 et 132 LOJ). Les procédures pendantes devant le Tribunal administratif au 1^{er} janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ). Cette dernière est ainsi compétente pour statuer. 2. Le marché offert est soumis notamment à l'AIMP, au RMP et à 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). 3. Selon les art. 15 al. 1 et 2 AIMP, 3 al. 1 L-AIMP et 56 RMP, le recours est adressé à la chambre administrative dans les 10 jours dès la notification de la décision. Interjeté en temps utile devant la juridiction alors compétente, le recours est recevable de ce point de vue. 4. a. 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 (art. 60 let. b LPA). Tel est le cas de celle à laquelle la décision attaquée apporte 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 avec l'adjudicataire (art. 46 RMP), il convient de se demander si la recourante conserve un intérêt digne de protection au maintien du recours. b. 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 soumissions et de recours (art. 3 al. 3 L-AIMP). Par ailleurs, selon l'arrêt du Tribunal fédéral 2P.307/2005 du 24 mai 2006, 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 été déjà 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 p. 96). Elle dispose donc de la qualité pour recourir. 5. Selon l'art. 65 al. 1 LPA, l'acte de recours contient sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant. En outre, il doit contenir l'exposé des motifs ainsi que l'indication des moyens de preuve. Les pièces dont dispose le recourant doivent être jointes. A défaut, un bref délai pour satisfaire à ces exigences est fixé au recourant, sous peine d'irrecevabilité (art. 65 al. 2 LPA). Compte tenu du caractère peu formaliste de cette disposition, il convient de ne pas se montrer trop strict sur la manière dont sont formulées les conclusions du recourant. Le fait que ces dernières ne ressortent pas expressément de l'acte de recours n'est pas en soi un motif d'irrecevabilité, pourvu que le

tribunal et la partie adverse puissent comprendre avec certitude les fins du recourant (ATA/478/2008 du 16 septembre 2008). Une requête en annulation d'une décision doit par exemple être déclarée recevable dans la mesure où le recourant a de manière suffisante manifesté son désaccord avec la décision, ainsi que sa volonté qu'elle ne développe pas d'effets juridiques (P. MOOR, Droit administratif, Vol. II, Berne 2002, 2^{ème} éd., p. 674 n. 5.7.1.4). Des conclusions conditionnelles sont en revanche irrecevables (ATA/478/2008 précité). L'absence de conclusions au sens de ce qui précède ne peut être réparée que dans le délai de recours (ATA/19/2006 du 17 janvier 2006). Hors ce délai, le fait d'être autorisé à compléter une écriture de recours ne permet pas de suppléer au défaut de conclusions (art. 65 al. 3 LPA ; ATA/118/2006 du 7 mars 2006). Quant à l'exigence de motivation de l'art. 65 al. 2 LPA, elle a pour but de permettre à la juridiction administrative de déterminer l'objet du litige qui lui est soumis et de donner l'occasion à la partie intimée de répondre aux griefs formulés à son encontre (ATA/1/2007 du 9 janvier 2007 ; ATA/775/2005 du 15 novembre 2005 ; ATA/179/2001 du 13 mars 2001 ; Société T. du 13 avril 1988 ; P. MOOR, op. cit. pp. 672-674 n. 5.7.1.3). Elle signifie que le recourant doit expliquer en quoi et pourquoi il s'en prend à la décision litigieuse (ATA/23/2006 du 17 janvier 2006 ; cf. ég. ATF 130 I 312 rendu à propos de l'ancien art. 108 al. 2 OJ). Il ne suffit par exemple pas d'affirmer qu'une amende administrative est injustifiée sans expliquer la raison de ce grief, ou de reprocher simplement à une décision de constituer un excès du pouvoir d'appréciation de l'autorité qui l'a rendue (ATA précités). La motivation doit être en relation avec l'objet du litige et le recourant se référer à des motifs qui entrent dans le pouvoir d'examen de l'autorité de recours (B. BOVAY, Procédure administrative, 2000, p. 387). Le Tribunal fédéral a pour sa part confirmé qu'il faut pouvoir déduire de l'acte de recours sur quels points et pour quelles raisons la décision entreprise est contestée, ce que le recourant demande, et sur quels faits il entend se fonder. Une brève motivation est suffisante à condition toutefois que les motifs avancés se rapportent à l'objet de la contestation (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.143/2005 du 21 avril 2005). Encore faut-il que cette motivation soit topique, à savoir qu'il appartient au recourant de prendre position par rapport au jugement (ou à la décision) attaqué et d'expliquer en quoi et pourquoi il s'en prend à ceux-ci (ATF 131 II 470, consid. 1.3 p. 475 [ég. rendu à propos de l'ancienne LOJ] ; Arrêt du Tribunal fédéral I 134/03 du 24 février 2004 ; ACOM/6/2006 du 15 février 2006). Enfin, la simple allégation que la décision attaquée serait erronée est insuffisante, la motivation devant être en relation avec l'objet du litige. Ce n'est que si les conclusions ou la motivation existent, sans avoir la clarté nécessaire, que l'autorité doit impartir un délai de correction au recourant (B. BOVAY, op. cit. p. 388). En l'espèce, la recourante a, dans un premier temps, agi en personne par devant la juridiction de céans. La décision attaquée, à savoir celle de l'office des bâtiments du DCTI du 26 février 2010, est clairement désignée. Malgré le fait que la recourante ne prenne pas de conclusions formelles, on comprend aisément à la lecture de son courrier qu'elle s'oppose à l'adjudication du marché public litigieux à une autre entreprise, parce qu'elle considère que l'offre de celle-ci ne respecte pas les conditions générales du marché. Le recours est ainsi recevable à tous points de vue. 6. La législation en matière de marchés publics est fondée sur les principes énoncés à l'art. 1 AIMP. Il s'agit notamment d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, de garantir l'égalité de traitement à l'ensemble de ceux-ci, l'impartialité de l'adjudication ainsi que la transparence des marchés publics et, finalement, de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics. a. En particulier, le respect de l'égalité de traitement entre soumissionnaires (art. 1 al. 2 let. b et 11 let. a AIMP ; art. 16 RMP) oblige l'autorité

adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires pendant tout le déroulement formel de la procédure (ATA/884/2004 du 26 octobre 2004 ; J.-B. ZUFFEREY / C. MAILLARD / N. MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 109 ; B. BOVAY, La non discrimination en droit des marchés publics in RDAF 2004, p. 241). Le Tribunal administratif a déjà eu l'occasion de rappeler le caractère formaliste du droit des marchés publics qu'impose le respect de ce principe (ATA/150/2009 du 14 mars 2009 ; ATA/10/2009 du 13 janvier 2009). b. En vertu de ce principe, une offre qui ne correspond pas aux exigences de l'appel d'offres doit être considérée comme incomplète et ne peut être prise en compte. Dans une telle situation, le soumissionnaire doit être exclu du marché (art. 42 RMP ; Arrêt du Tribunal fédéral du 12 avril 2002, résumé in BR/DC 2003 n° 49 p. 156 ; J.-B. ZUFFEREY / C. MAILLARD / N. MICHEL, op. cit., p. 110. O. RODONDI, La gestion de la procédure de soumission, in J.-B. ZUFFEREY / H. STOECKLI, Droit des marchés publics 2008, p. 185, n° 63, p. 186). 7. a. Selon l'art. 24 RMP, l'autorité adjudicatrice choisit des critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché. Elle doit les énoncer clairement et par ordre d'importance au moment de l'appel d'offres et les faire figurer dans les documents de celui-ci (art. 27 RMP). b. Aux termes de l'art. 43 RMP, l'évaluation est faite selon les critères prédéfinis conformément à l'art. 24 et énumérés dans l'avis d'appel d'offres et/ou les documents d'appel d'offres (al. 1). Le résultat de l'évaluation des offres fait l'objet d'un tableau comparatif (al. 2). Par ailleurs, le marché est adjugé au soumissionnaire ayant déposé l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix (al. 3). En l'espèce, il n'y avait pas, de par les conditions générales posées, de nécessité de fournir immédiatement une certification anti-feu. C'est donc à tort que la recourante a invoqué ce grief. Néanmoins, selon le dossier d'appel d'offres, le marché litigieux portait sur la fourniture et la pose d'éléments composés de chants en PU injecté sur quatre côtés. Cette exigence était émise en rapport avec les directives précises fournies par les HUG pour ce type de matériel, intégrées à l'appel d'offres. Les soumissionnaires pouvaient donc comprendre que leur offre devait respecter ces conditions. En l'occurrence, l'entreprise adjudicataire a présenté une autre solution, soit des portes en bois certifiées anti-feu, avec des chants en polyuréthane collé sur trois côtés. Si cette proposition permettait peut-être d'arriver à un résultat plus économique, elle ne respectait pas le cahier des charges imposé. Par ce seul motif, Jos Berchtold AG aurait dû être écartée du marché, ou du moins obtenir une note inférieure lors de l'évaluation. Dès lors, en adjugeant le marché à cette entreprise, l'autorité adjudicatrice a violé le principe de l'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires, en particulier par rapport à Duret S.A. qui proposait un produit conforme aux critères requis. Ce faisant, elle a contrevenu aux art. 1 AIMP et 43 RMP. 8. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et le caractère illicite de la décision d'adjudication du marché litigieux à Jos Berchtold AG constaté. a. Aux termes de l'art. 3 al. 3 L-AIMP, si le caractère illicite de la décision est constaté, le recourant peut demander devant l'autorité compétente la réparation de son dommage, limitée aux dépenses qu'il a subies en relation avec les procédures de soumission et de recours. b. Par dépenses « subies » « en relation » avec ces procédures, le législateur a visé les dépenses exposées par le soumissionnaire lésé ; il a nécessairement exclu les dépenses inutiles ou superflues que celui-ci a engagées du fait d'une mauvaise gestion ou de circonstances exorbitantes auxdites procédures. Du point de vue du droit de la responsabilité, il n'est en effet pas possible d'imputer à l'auteur du dommage - fût-ce une collectivité publique - une lésion qui ne se serait pas produite en présence d'une gestion normale et régulière de la société. Cette condition découle du

principe de causalité adéquate qui exige qu'il existe un rapport raisonnable entre le dommage subi et l'illicéité de la décision (ATF 131 III 12 consid. 4 p. 13 et les références citées). c. La L-AIMP est calquée, de ce point de vue, sur la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP – RS 172.056.1) qui prévoit, en son art. 34 al. 1, une limitation de la responsabilité aux dépenses « nécessaires » engagées par le soumissionnaire en relation avec les procédures d'adjudication et de recours. Plus explicitement que dans la L-AIMP, mais de la même manière, la loi fédérale exclut les dépenses subies par le soumissionnaire lésé qui sortent du cadre des dépenses ordinaires consenties par une société régulièrement administrée. d. Selon la jurisprudence de la chambre de céans, le dommage que peut donc réclamer la recourante en se fondant sur l'art. 3 al. 3 L-AIMP est limité à la réparation des impenses engagées dans la procédure de soumission, inclut le remboursement de ses frais d'avocat, à défaut de la réparation du gain manqué, voire d'autres indemnités susceptibles d'être réclamées en raison de la conclusion anticipée du contrat(ATA/626/2009 du 1 er décembre 2009 ; ATA/409/2005 du 7 juin 2005) . En l'espèce, la recourante affirme avoir engagé un montant de CHF 1'630,15 à titre de frais encourus pour établir sa soumission. Ce montant n'est pas discuté par l'intimé et paraît raisonnable au regard de l'importance de la procédure d'adjudication. Il sera donc admis. Elle allègue également avoir exposé CHF 6'287,10 de frais d'avocat au 7 juillet 2010. Ce montant n'est pas davantage contesté. Compte tenu du volume de travail que le contentieux a généré pour son conseil et du tarif horaire appliqué par celui-ci pour établir la note d'honoraires qui correspond au tarif usuel pratiqué par les avocats, ce poste de la demande d'indemnisation sera également admis. 9. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'Etat et les administrés sont tenus de payer des intérêts moratoires de 5 %, lorsqu'ils sont en demeure d'exécuter une obligation pécuniaire de droit public. Il s'agit là d'un principe général du droit, non écrit, auquel la loi peut certes déroger, mais qui prévaut lorsque celle-ci ne prévoit rien, comme c'est le cas en l'espèce (ATF 101 Ib 252 consid. 4b p. 259 ; 95 I 263 consid. 3 p. 262). La mise en demeure intervient le jour où le lésé demande le paiement de son dommage (ATF 101 Ib 252 consid. 4b p. 259). En l'espèce, cette date correspond à celle du dépôt de sa réplique, dans laquelle la recourante a conclu à la réparation de son dommage, soit le 7 juillet 2010. 10. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge du DCTI. En outre, une indemnité de procédure de CHF 500.- sera allouée à la recourante, à la charge de l'Etat de Genève (art. 87 LPA). * * *

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