

# **NE\_GERICHTE TA.2004.189 vom 24. August 2005**

NE Tribunal cantonal, 2005-08-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_TA.2004.189](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_TA.2004.189)

FR: NE\_GERICHTE TA.2004.189 du 24 août 2005

IT: NE\_GERICHTE TA.2004.189 del 24 agosto 2005

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est, à cet égard, recevable.

### **E. 2**

Conformément à l'article 41 LCMP, sous réserve des prescriptions particulières de la présente loi, la procédure est régie par la loi sur la procédure et la juridiction administratives ( LPJA ), dont l'article 32 litt.a dispose que, a qualité pour recourir toute personne, corporation et établissement de droit public ou commune touchés par la décision et ayant un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Se fondant sur une disposition semblable de sa procédure administrative, le Tribunal administratif du canton de Genève a dénié la qualité pour recourir d'un membre d'un consortium contre une décision d'adjudication. Il a considéré que celui-ci n'était pas directement touché par la décision contestée au contraire du consortium qu'il formait avec G., que ce dernier n'avait toutefois pas recouru et qu'il avait même expressément déclaré respecter cette décision, si bien que le recourant ne pouvait pas se prévaloir d'un intérêt digne de protection car il ne saurait prétendre se voir adjuger seul un marché pour lequel il avait présenté une offre commune (décision du 29.04.2003 [A 1014 2002]). Dans un arrêt du 17 décembre 2004 proposé à la publication [ 2P.157/2003 ], le Tribunal fédéral a jugé que, ce faisant, le Tribunal administratif du canton de Genève n'était pas tombé dans l'arbitraire. Après avoir rappelé que la qualité pour recourir ne faisait pas l'objet d'une réglementation particulière dans l'Accord intercantonal sur les marchés publics ( AIMP ), mais relevait du droit cantonal de procédure, il a exposé qu'en matière de marchés publics, il est généralement admis que les membres d'un consortium, propriétaires en main commune des créances de la société envers les tiers (art. 544 al.1 CO ), sont touchés non pas individuellement par une décision de non-adjudication, mais uniquement en leur qualité d'associés. Aussi bien, le droit de recourir contre une telle décision afin d'obtenir le marché ne leur appartient qu'en commun et doit être exercé conjointement, à l'instar de consorts nécessaires dans un procès civil ( Esseiva , in DC 4/1999, p.149 ad S52, DC 4/2000, p.127 ad S37, DC 4/2001, p.161 ad S52; Galli/Moser/Lang , Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts : eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, no 640, p.330 s; Carron/Fournier , La protection juridique dans la passation des marchés publics, p.65 s; Zufferey/Maillard/Michel , Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, p.135). Rien n'empêche cependant les membres d'un consortium, conformément aux règles de la représentation (v. art.543 al.2 CO ), de donner une procuration à l'un d'entre eux pour agir seul, au nom et pour le compte de tous. Il est exact, poursuit la Haute Cour, que dans sa jurisprudence, la Commission suisse de recours en matière de marchés publics reconnaît la qualité pour recourir d'un membre d'un consortium dont l'offre n'a pas été retenue, motif pris qu'il a un intérêt digne de protection à obtenir

l'annulation ou la modification de la décision d'adjudication afin de sauvegarder les droits et les intérêts de la société simple. Précisant que ce point de vue semble s'inspirer de la doctrine et de la jurisprudence qui reconnaissent aux membres d'une hoirie la qualité pour agir seuls contre des mesures imposant des charges ou créant des obligations à l'égard de la communauté, le Tribunal fédéral estime qu'une décision d'adjudication n'entraîne cependant aucune conséquence de cet ordre pour le consortium évincé et qu'il ne se justifie donc pas de transposer en droit cantonal la jurisprudence de la commission. Du moins, les juges qui s'en écartent ne versent-ils pas dans l'arbitraire. Il ajoute qu'un soumissionnaire ayant déposé une offre commune ne doit pas être admis à recourir seul et en son propre nom sous prétexte qu'il pourrait accomplir le marché sans le concours de ses associés. Une modification de la composition d'un consortium s'apparente en effet à un changement essentiel de la soumission qui n'est, en principe et sauf circonstances tout à fait exceptionnelles, plus admissible après le délai imparti pour déposer les offres. En résumé, la Haute Cour retient que, aussi longtemps que le contrat entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire n'est pas conclu, les membres d'un consortium sont tenus d'entreprendre de manière conjointe une décision d'adjudication qui leur est défavorable, car ils ne peuvent faire valoir qu'un droit indivisible de la société, soit celui d'obtenir l'attribution du marché.

### **E. 3**

Invitée par l'intimée à présenter une offre, I. SA a constitué, ainsi que les conditions particulières de la soumission le lui permettaient (p.5 ch.8), un consortium avec l'entreprise C. SA, à savoir une société simple au sens des articles 530 ss CO, et a par conséquent déposé une offre commune. La décision litigieuse, qui adjuge les travaux à un autre soumissionnaire, devait donc, au sens de ce qui précède, être entreprise soit conjointement par tous les membres du consortium, soit par l'un d'eux agissant au nom et pour le compte de tous. Tel n'est pas le cas en l'espèce. I. SA interjette recours en son propre nom et ne prétend pas agir également au nom et pour le compte de C. SA. Certes, dans un courrier du 22 juillet 2004, cette dernière a confirmé à son associée que "si vous déposiez un recours et, en cas de succès, nous serions bien entendu disposés à effectuer les travaux en consortium comme nous l'avons convenu". Cependant, son choix de renoncer à déposer un recours, contre une décision qu'elle juge "inacceptable", est justifié par le temps à y consacrer et les frais à engager. Or, cette lettre est datée du même jour que le recours de I. SA devant l'Autorité de céans. On ne comprend dès lors pas ce qui aurait empêché C. SA de s'associer à un recours déjà rédigé. Il lui suffisait pour cela de donner procuration à son associée pour agir également en son nom et de trouver avec elle un arrangement en ce qui concerne les frais à engager. Dans de telles circonstances, exiger des membres d'un consortium qu'ils agissent conjointement n'entraîne aucune restriction inadmissible à l'exercice de leur droit de recours.

### **E. 4**

a) A la question de savoir si, une fois le contrat entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire conclu – comme c'est le cas en l'espèce – l'un des membres du consortium dispose encore de la qualité pour recourir pour faire constater l'illicéité de la décision d'adjudication lorsqu'il agit isolément et en son propre nom, le Tribunal fédéral a répondu par l'affirmative (v. SJ 2001, p.172). Dans cette affaire, le contrat avait toutefois déjà été passé au moment du dépôt d'un recours de droit public qui tendait à faire constater l'illicéité de l'arrêt cantonal. Cette jurisprudence a été approuvée par Esseiva (DC 4/2001 S52) au motif qu'à ce stade, l'intérêt d'un seul membre d'un consortium est fondé sur une créance en

dommages et intérêts divisible et non sur un droit indivisible de la société simple. N'excluant pas que les cantons puissent adopter des solutions plus restrictives à l'échelle de leurs propres juridictions, le Tribunal fédéral relève, dans son arrêt du 17 décembre 2004 proposé à la publication ( 2P.157/2003 cons.6) que le fait d'accorder aux membres d'un consortium la qualité pour recourir isolément et en leur nom propre en vue d'obtenir de la juridiction cantonale la constatation de l'illicéité d'une décision d'adjudication se heurte à un obstacle non négligeable. En effet, lorsqu'un soumissionnaire évincé saisit l'autorité cantonale de recours, la conclusion du contrat n'est en principe pas encore survenue. Le contrat n'étant pas passé, le recours doit tendre à l'annulation de la décision d'adjudication; le soumissionnaire évincé n'est pas autorisé, si ce n'est à titre subsidiaire, à requérir d'emblée la constatation de l'illicéité de celle-ci. Or, une telle requête en annulation doit être formulée conjointement par tous les membres du consortium, sauf circonstances exceptionnelles. Par conséquent, ajoute la Haute Cour, si le recourant consiste en un membre isolé, son recours est irrecevable au moment du dépôt, faute de légitimation suffisante. Autoriser un tel recourant, une fois le contrat conclu, à agir seul en constatation de l'illicéité de la décision d'adjudication, reviendrait ainsi, d'une part, à admettre que la qualité pour agir peut être acquise subséquemment au dépôt du recours et, d'autre part, qu'elle dépend finalement de l'éventuelle passation du contrat pendant la procédure de recours. Si, conclut le Tribunal fédéral, le premier point suscite déjà quelques doutes, le second prête plus encore le flanc à la critique, puisqu'il suffit alors au maître de l'ouvrage, pour éviter la procédure, d'attendre la décision de non-entrée en matière avant de passer le contrat. b) En l'espèce, le 22 juillet 2004, au moment du dépôt du recours de I. SA, le contrat entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire n'était pas encore conclu, sa conclusion n'ayant eu lieu que postérieurement à la décision du 20 août 2004, par laquelle la Cour de céans a rejeté la requête d'effet suspensif de la recourante. Il s'ensuit que I. SA, dont la qualité pour recourir faisait défaut dès l'origine de la procédure, n'a pas acquis cette qualité par la conclusion du contrat, de sorte que le recours qu'elle a formé seule doit être déclaré irrecevable.

## **E. 5**

Les frais de la cause doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe (art.47 al.1 LPJA ). Une indemnité de dépens sera allouée à l'adjudicataire, qui a procédé avec l'aide d'un mandataire professionnel (art.48 LPJA ; RJN 1988, p.251). Il n'en est pas de même de la Fondation X., auteur de la décision attaquée, qui n'a pas droit à des dépens car elle ne peut pas être considérée comme un administré au sens de l'article 48 al.1 LPJA (v. ATA du 16.01.2002 cons.6 [ TA.2001.200 ] publié sur [www.simap.ch](http://www.simap.ch) ).

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