

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1313/2014-MARPU

ATA/496/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 26 juin 2014

sur effet suspensif

dans la cause

ANDRÉ SA

représentée par Me Pierre-Yves Bosshard, avocat

contre

OFFICE DES BÂTIMENTS

et

G. SCIBOZ SA, appelée en cause

Attendu, en fait, que :

- 1) Le 10 décembre 2013, l'office des bâtiments (ci-après : l'office) du département de l'urbanisme (ci-après : DU), entretemps transféré au sein du département des finances (ci-après : DF) a publié 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 intitulé «HUG – Bâtiments des lits 2 et requalification de l'espace public de la rue Alcide-Jentzer ». La description plus détaillée du projet était libellée comme suit : « Construction d'un nouveau bâtiment hospitalier avec 3 niveaux de sous-sol, un socle de 4 niveaux, les étages des lits de 7 niveaux et un local technique en toiture – Travaux de transformation dans un bâtiment annexe ». Le marché était « caractérisé par les travaux suivants : travaux de serrurerie, portes métalliques, portes CF, portes automatiques, portes vitrées, etc. ».

Le marché public, qui visait des travaux de construction, était en procédure ouverte ; l'appel d'offres publié indiquait qu'il était soumis à l'accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0.632.231.422) et aux traités internationaux, de même qu'au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01). Le délai de clôture pour le dépôt des offres venait à échéance le 20 janvier 2014.

Des variantes étaient possibles, aux conditions posées par le chapitre 3.16 du dossier d'appel d'offres K2 (ch. 2.8 de l'appel d'offres).

La pondération des critères d'adjudication était la suivante (ch. 3.9 de l'appel d'offres) : Prix 50 % – Organisation du candidat et qualité technique de l'offre 25 % – Références et expériences 20 % – Formation professionnelle 5 %.

Le montant estimé du marché, toutefois non indiqué expressément dans l'appel d'offres, s'élevait à CHF 2'328'705.-.

- 2) André SA est une société anonyme sise à Yens, dans le canton de Vaud. Elle a pour but statutaire notamment l'achat, la production, la restauration et la vente sans limitation géographique, de tous produits en bois, principalement de menuiserie intérieure, d'agencement, d'ébénisterie, de fenêtres contemporaines et à l'ancienne, de façades, ainsi que la construction par éléments, la conception, la fabrication et la pose de charpentes, ainsi que le commerce de tous produits ou l'exécution de tous services associés.
- 3) Elle a soumis à l'office une offre pour le marché public susmentionné le 17 janvier 2014, pour un montant de CHF 4'406'349,15. Cette offre contenait également une variante pour un montant de CHF 4'177'372.-.

- 4) Par décision du 29 avril 2014, l'office a attribué le lot du marché public en cause concernant les « portes menuiserie » à la société G. Sciboz SA, dont l'offre s'élevait à CHF 2'886'435,65.

Le même jour, il a informé les autres soumissionnaires, dont André SA, que leur offre n'avait pas été retenue, étant précisé qu'André SA se classait à la deuxième place parmi les 5 offres évaluées. Un tableau d'analyse multicritères était joint, selon lequel la société adjudicataire n'était mieux notée qu'André SA qu'en ce qui concernait le critère du prix.

- 5) Par acte posté le 9 mai 2014, André SA a interjeté recours contre la décision précitée auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant préalablement à ce que l'effet suspensif soit prononcé et principalement à l'annulation de la décision attaquée.

L'effet suspensif devait être accordé, le recours n'étant nullement dénué de chances de succès, tant sous l'angle des attentes minimales que devaient respecter les offres que sous l'angle du prix manifestement trop bas.

À cet égard, le cahier des charges demandait la pose de portes munies d'une huisserie aluminium « type Küffner ». Ce type de portes n'était fourni que par une seule société. Or le seul prix total d'achat des portes auprès de cette société représentait déjà le 97 % du montant total de l'offre de G. Sciboz SA.

De plus, selon le ch. 4.17 de l'appel d'offres (recte : du dossier d'appel d'offres K2), le pouvoir adjudicateur aurait dû écarter les offres ne remplissant pas les critères d'aptitude ou, en cas de notation des critères d'aptitude, les offres qui n'avaient pas reçu au moins la note 2 sur l'un ou l'autre des critères d'aptitude. Or la société adjudicataire avait reçu la note de 1,50 sur 5 pour le critère de l'organisation pour l'exécution du marché et la qualité technique de l'offre et 1 sur 5 pour le critère portant sur les références et expériences. Son offre aurait dès lors dû purement et simplement être écartée.

- 6) Le 12 mai 2014, le juge délégué a appelé en cause G. Sciboz SA et l'a invitée à se déterminer.
- 7) Le 23 mai 2014, l'office a conclu au rejet de la demande en restitution de l'effet suspensif.

G. Sciboz SA avait obtenu 331 points malgré des notes insuffisantes sur les critères de l'organisation et de la qualité technique de l'offre et sur les références et expériences. André SA avait obtenu 230 points avec sa variante et 218 points avec son offre de base ; suite à une erreur dans les additions, c'était en fait des totaux de 248 points pour la variante et 236 points pour son offre de base, mais cela ne modifiait pas sa seconde place dans l'évaluation des différentes offres.

L'absence d'effet suspensif était la règle en matière de marchés publics.

S'agissant de l'obligation d'écarter des offres ne remplissant pas les critères d'aptitude, elle n'existait que s'il était indiqué dans le dossier un ou plusieurs critères pour lesquels une note minimale était exigée. Tel n'était pas le cas en l'espèce.

S'agissant du prix prétendument trop bas de l'offre de la société adjudicataire, il était certes au-dessous de la moyenne des offres reçues, mais se situait au-dessus du montant estimé et n'était donc pas anormalement bas. Cela étant, le pouvoir adjudicateur avait procédé à une comparaison avec les prix unitaires reçus dans le cadre d'un appel d'offres récent pour des prestations similaires (dossier « Opéra »), avait posé des questions écrites à l'entreprise et l'avait auditionnée. Après analyse des réponses, l'évaluateur avait conclu que le nombre de poseurs, le tarif horaire et le prix des matériaux semblaient conformes au marché et n'étaient pas sous-enchéris.

Le recours avait dès lors peu de chances de succès, si bien que l'effet suspensif ne pouvait pas être restitué.

Enfin, il fallait prendre en compte dans la pesée d'intérêts à effectuer l'intérêt à la poursuite du chantier selon le planning établi.

- 8) Le 3 juin 2014, André SA a usé de son droit à la réplique en persistant dans ses conclusions sur effet suspensif.

Le dossier présenté par G. Sciboz SA à la date de clôture des offres n'était pas complet. Il manquait en effet trois attestations, soit celle de l'autorité fiscale, celle de la caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (ci-après : SUVA) pour l'assurance-accidents et surtout celle de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) quant au respect des usages professionnels. Ces attestations n'avaient été produites qu'à la demande du pouvoir adjudicateur, le mercredi 22 janvier 2014. Selon le document d'appel d'offres P2, cela aurait dû conduire à son exclusion immédiate.

L'offre de G. Sciboz SA n'était de plus pas conforme au cahier des charges. Ce dernier exigeait en effet une huisserie aluminium de type Küffner, or l'adjudicataire n'avait proposé qu'une huisserie métallique. Elle-même avait en revanche soumis une offre conforme. Il en allait de même pour les portes coulissantes, à propos desquelles G. Sciboz SA avait admis lors de l'audition du 6 mars 2014 que les portes mentionnées dans son offre ne correspondaient pas au cahier des charges.

Enfin, l'urgence invoquée par l'office n'était pas aussi impérieuse que ce dernier le soutenait. En effet, le pouvoir adjudicateur avait récemment suspendu l'appel d'offres relatif aux faces de gaines et revêtements et relancé une nouvelle procédure, ce qui allait retarder le chantier.

- 9) Le 10 juin 2014, invité à répondre à ces nouveaux arguments, l'office a également persisté dans ses conclusions.

Il était exact que l'entreprise adjudicataire avait fourni trois attestations complémentaires le 24 janvier 2014. Cela ne signifiait pas pour autant que son offre initiale n'était pas recevable. Elle avait en effet fourni une attestation de la SUVA datée du 13 septembre 2013, et l'adjudicateur lui avait demandé une plus récente par formalité ; une attestation de l'association fribourgeoise des entrepreneurs de son affiliation à la convention collective romande du second œuvre, et l'adjudicateur lui avait demandé en complément une attestation de l'OCIRT ; et une attestation du service cantonal des contributions datée du 13 septembre 2013, mais valable jusqu'au 28 février 2014.

S'agissant du respect du cahier des charges, il était vrai que le chiffre R 510.900 de la soumission décrivait les éléments de portes avec une huisserie aluminium ; en revanche, sur tous les plans de détail des portes, qui étaient joints à l'appel d'offres, il était spécifié « huisserie métal thermolaqué ». Il existait donc une petite contradiction dans les indications fournies aux entreprises. L'offre de G. Sciboz SA ne donnait pas d'indications sur la nature des huisseries, mais lors de son audition l'entreprise avait indiqué que les huisseries fournies étaient métalliques, ce qui n'avait pas été considéré comme déterminant, le soumissionnaire ne pouvant être pénalisé pour le non-respect d'une indication peu claire du descriptif.

Le cahier des charges contenait enfin une erreur s'agissant des portes coulissantes. En effet, la porte Dorma ES 410 citée dans les éléments descriptifs, n'était pas homologuée coupe-feu. G. Sciboz l'avait mentionné lors de son audition, tout en indiquant le supplément qu'il fallait compter pour un produit répondant aux exigences coupe-feu.

Enfin, les travaux de portes intérieures étaient urgents, quand bien même l'appel d'offres pour les faces de gaines avait été récemment interrompu. En effet, dans le planning d'exécution, lesdites faces de gaines n'étaient posées qu'après le passage des entreprises de chauffage, ventilation, sanitaires et électricité. Le recours déposé par André SA avait eu pour conséquence que la construction des cloisons en placoplâtre avait dû être arrêtée, en raison de la connexité des travaux y relatifs avec ceux liés aux portes intérieures.

- 10) Le 12 juin 2014, André SA a répliqué en persistant dans ses conclusions.

L'annexe P2 requérait explicitement que les attestations à produire datent de moins de trois mois, or l'attestation de la SUVA datait de plus de quatre mois, et il en allait de même de l'attestation fiscale.

La contradiction concernant le matériau des portes – acier ou aluminium – n'était pas « petite », mais avait des conséquences importantes, soit notamment presque CHF 300'000.- de différence sur le montant total.

Quant aux portes coulissantes, l'exigence posée par le cahier des charges quant à leur homologation EI30, soit leur caractère coupe-feu, entraînait un surcroît de pas moins de CHF 156'000.-. Il y avait encore d'autres points sur lesquels l'offre de G. Sciboz SA n'était pas conforme au cahier des charges.

- 11) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

- 1) Le recours, interjeté dans les dix jours par-devant l'autorité compétente, est *prima facie* recevable (art. 15 al. 2 et 2bis de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 56 al. 1 du RMP ; art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) Aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, restituer cet effet pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP).

« L'examen de la requête suppose une appréciation *prima facie* du bien-fondé du recours ; le but est alors de refuser l'effet suspensif au recours manifestement dépourvu de chance de succès, dont le résultat ne fait aucun doute ; inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire mais suppose de constater et de pondérer le risque de préjudice » (B. BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in J.-B. ZUFFEREY/H. STÖCKLI, *Marchés publics* 2010, Zurich 2010, pp. 311-341, n. 15 p. 317).

La restitution de l'effet suspensif constitue cependant une exception en matière de marchés publics et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/60/2013 du 30 janvier 2013 consid. 5 ; ATA/85/2012 du 7 février 2012 consid. 2 ; ATA/752/2011 du 8 décembre 2011 ; ATA/614/2011 du 28 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/214/2011 du 1^{er} avril 2011, et la jurisprudence citée).

- 3) Par rapport à l'examen *prima facie* qui prévaut dans le cadre de l'estimation des chances de succès du recours, l'office a exposé de façon *a priori* pertinente, pourquoi les attestations fournies par l'adjudicataire n'avaient pas provoqué l'exclusion de son offre, et pourquoi des attestations complémentaires avaient été demandées – et fournies. À cet égard, il doit être rappelé que l'art. 32 al. 3 RMP prévoit que pour être valables, les attestations ne doivent pas être antérieures de plus de trois mois à la date fixée pour leur production, sauf dans les cas où elles ont, par leur contenu, une durée de validité supérieure ; or il apparaît à première vue que les attestations en matière

fiscale et d'assurance-accidents avaient un tel contenu. Quant à l'attestation d'affiliation à une convention collective, la jurisprudence retient qu'un soumissionnaire confédéré qui produit une attestation de son canton ne doit à tout le moins pas forcément se voir exclu de la procédure (ATA/361/2014 du 20 mai 2014 consid. 5e et ATA/291/2014 du 29 avril 2014 consid. 6 a contrario).

- 4) S'agissant des griefs liés au montant anormalement bas de l'offre et au respect du cahier des charges par l'entreprise adjudicataire, l'office a là aussi exposé de manière *prima facie* convaincante, qu'il avait procédé à des vérifications circonstanciées concernant une éventuelle sous-enchère et n'avait pas constaté un tel problème dans l'offre de l'entreprise adjudicataire – offre dont le montant était au demeurant encore supérieur au devis estimatif ; et que les divergences entre le cahier des charges et le descriptif plus précis contenu dans les autres documents de l'appel d'offres ne permettaient pas de retenir que G. Sciboz SA s'était écartée de manière notable des exigences posées par le pouvoir adjudicateur. À cet égard, on relèvera que les contradictions dont la recourante fait maintenant grand cas n'ont pas fait l'objet de sa part de questions à l'adjudicateur, ni d'une variante, ce alors même qu'elle a déposé une offre de base et une seconde à titre de variante, comme cela était possible.

Enfin, s'agissant de l'obligation d'écarter des offres ne remplissant pas les critères d'aptitude, il n'apparaît *a priori* pas qu'étaient indiqués dans le dossier un ou plusieurs critères pour lesquels une note minimale était exigée.

- 5) Les chances de succès du recours apparaissent ainsi en l'état insuffisantes pour restituer l'effet suspensif au recours, sans qu'il y ait besoin de procéder en sus à une pesée des intérêts. Le sort des frais de la procédure sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

Vu l'art. 66 al. 2 LPA ;

Vu l'art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010 ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse d'octroyer l'effet suspensif au recours ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Me Pierre-Yves Bosshard, avocat de la recourante, à l'office des bâtiments, ainsi qu'à G. Sciboz SA, appelée en cause.

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :