

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/144/2013-MARPU

ATA/170/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 13 mars 2013

sur effet suspensif

dans la cause

PROP, SERVICE DE VOIRIE S.A.

représentée par Me Pierre Gabus, avocat

contre

**VILLE DE GENÈVE - CENTRALE MUNICIPALE D'ACHAT ET
D'IMPRESSION**

et

SERCONET S.A., appelée en cause

et

TOP-NET SERVICES S.A., appelée en cause

Attendu, en fait, que :

1. Le 18 septembre 2012, la Ville de Genève (ci-après : la ville) a publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) ainsi que sur le site www.simap.ch, un appel d'offres pour un marché de services en procédure ouverte intitulé « netdop_12 » et désigné « CPV : 90910000 - services de nettoyage », portant sur des prestations de nettoyage de 28 espaces publics de la ville d'une surface d'environ 1,34 km².

La ville était l'autorité adjudicatrice, l'organe d'exécution dudit marché étant la centrale municipale d'achat et d'impression (ci-après : CMAI).

2. L'appel d'offres indiquait qu'il était soumis à l'accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0.632.231.422), à la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02), à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), ainsi qu'au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

3. a. Le marché s'élevait à CHF 667'000.- au total hors TVA sur 24 mois et était subdivisé en 7 lots, en fonction de la nature des prestations de nettoyage et de leur répartition géographique, les lots étant composés d'un ou plusieurs chantiers.

Le lot n° 1 était estimé à CHF 220'000.-, le lot n° 2 à CHF 131'200.-, le lot n° 3 à CHF 90'500.-, le lot n° 4 à CHF 74'500.-, le lot n° 5 à CHF 49'400.-, le lot n° 6 à CHF 66'700.- et le lot n° 7 à CHF 35'200.-. Les montants indiqués dans les documents d'appel d'offres étaient des valeurs estimatives et ne représentaient pas un engagement ferme de nombre ou de quantité de la part de l'autorité adjudicatrice.

b. Le dossier d'appel d'offres comportait un cahier de soumission, définissant les conditions générales auxquelles la ville lançait l'appel d'offres, un cahier des charges, décrivant le cadre et les exigences techniques de l'appel d'offres et définissant les besoins liés au marché, un formulaire d'offre, précisant les exigences de rendu des offres par les soumissionnaires et le détail des prestations attendues par lot et par chantier, ainsi que les annexes.

c. Le marché était conclu pour une durée initiale de 24 mois, reconductible d'année en année, pour une durée totale maximale de 48 mois. Le nettoyage des espaces publics incluait une prise en charge complète, comprenant le nettoyage complet des lieux, la collecte, la vidange des corbeilles à déchets, le tri, la valorisation et le recyclage des déchets. Les prestations incluaient notamment la fourniture de tous les matériels nécessaires, y compris les réceptacles à déchets, l'exploitation, l'entretien, le remplacement et le renouvellement de cet ensemble de matériel, la mise à disposition du personnel nécessaire, la fourniture de tous produits

consommables nécessaires et le transport des résidus du nettoyage au centre de traitement adéquat.

Toutes les prestations et les fournitures y compris celles d'éventuels sous-traitants, non spécifiées dans le cahier des charges mais implicitement nécessaires à la bonne exécution du contrat, étaient comprises dans les prix indiqués. Si le soumissionnaire estimait que des services, des travaux ou des fournitures non indiqués dans la soumission étaient nécessaires pour l'exécution, il était tenu de le mentionner dans son offre.

d. Les candidats n'avaient pas l'obligation de soumissionner pour tous les lots, mais pouvaient choisir ceux pour lesquels ils souhaitaient déposer une offre. Un soumissionnaire pouvait obtenir plusieurs lots, voire la totalité de ceux-ci. Ces derniers étaient adjugés au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse en fonction des critères énoncés dans un ordre d'importance décroissant, à savoir :

- performance environnementale et équité sociale (poids = 40 %) ;
- prix (poids = 30 %) ;
- organisation, qualification, expérience (poids = 30 %).

Chaque critère d'adjudication pouvait être divisé en autant d'éléments d'appréciation qu'il était nécessaire pour départager les candidats. Les critères étaient notés de 0 à 5, la note maximale étant 5 et des notes intermédiaires pouvant être attribuées. Les notes étaient attribuées de la manière suivante :

Note	Appréciation	Description
5	Très intéressant	Candidat qui a fourni l'information ou les documents demandés par rapport au critère fixé, dont le contenu répond aux attentes avec beaucoup d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats
4	Bon et avantageux	Candidat qui a fourni l'information ou les documents demandés par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes et qui présente un minimum d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats
3	Suffisant	Candidat qui a fourni l'information ou les documents demandés par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes minimales, mais ne présente peu ou pas d'avantage particulier par rapport aux autres candidats
2	Partiellement suffisant	Candidat qui a fourni l'information ou les documents demandés par rapport à un critère fixé, mais dont le contenu ne répond que partiellement aux attentes
1	Insuffisant	Candidat qui a fourni l'information ou les documents demandés par rapport à un critère fixé, mais dont le contenu ne répond pas aux attentes
0		Candidat qui n'a pas fourni l'information non éliminatoire demandée par rapport à un critère fixé

Le critère du prix était évalué sur le montant global TTC par lot tel qu'il était calculé dans le formulaire d'offre. L'offre la meilleure du marché obtenait la note 5. La différence relative entre l'offre considérée et l'offre la meilleure du marché était calculée en soustrayant le montant de l'offre la moins chère du montant de l'offre considérée, dont le total était divisé par le montant de l'offre la moins onéreuse.

L'adjudication se faisait sur la base de la note globale pondérée obtenue en additionnant les notes de chaque critère, elles-mêmes obtenues en multipliant la note obtenue par son poids.

e. Une erreur de calcul manifeste ou un prix manifestement trop bas devait être vérifié par l'autorité adjudicatrice auprès du soumissionnaire concerné, notamment si les prix proposés par ce dernier n'avaient aucun rapport avec ceux pratiqués habituellement ou offerts par les autres candidats. Le soumissionnaire concerné devait apporter tout justificatif utile à la compréhension de ses prix.

f. Les documents d'offre devaient être en possession de la CMAI au plus tard le 1^{er} novembre 2012 à 16 heures. La phase d'analyse des offres s'étendait du 5 novembre au 5 décembre 2012, période au cours de laquelle l'autorité adjudicatrice pouvait demander des précisions aux soumissionnaires, faisant partie intégrante de l'appel d'offres. L'exécution des contrats était prévue pour le 1^{er} avril 2013.

Une offre déposée ne pouvait pas être modifiée ou complétée après la date de dépôt fixée par l'adjudicateur. Après la décision d'adjudication, l'adjudicateur n'accepterait aucune sous-évaluation de prestations, aucun oubli de prestations ou mauvaise compréhension des prestations à exécuter. Il appartenait au soumissionnaire de poser toutes les questions durant la période prévue à cet effet. Dès réception de la décision d'adjudication, tout soumissionnaire non adjudicataire du marché pouvait solliciter des explications en vue d'obtenir des éclaircissements sur la manière dont les notes lui avaient été attribuées et sur les appréciations émises sur son offre.

g. Le répondant de l'appel d'offres devait avoir le pouvoir de représenter et d'engager l'entreprise.

4. Le 2 novembre 2012, la CMAI a procédé à l'ouverture des offres du marché netdop_12. Les différents soumissionnaires y avaient indiqué les prix totaux TTC suivants en CHF, pour 12 mois :

Soumissionnaires	Lot n° 1	Lot n° 2	Lot n° 3	Lot n° 4	Lot n° 5	Lot n° 6	Lot n° 7
IB Services S.à r.l.	92'656,14	59'972,72	54'636,01	52'404,63	20'956,51	36'599,47	14'938,56
ProP, service de voirie S.A.	173'612,46	100'043,10	128'603,67	85'108,19	41'228,63	51'240,05	32'974,91
Serconet S.A.	81'722,18	41'797,20	102'638,53	78'726,25	38'976,41	52'046,49	33'600,68
Net Inter S.A.	85'424,98	58'403,18	55'396,81	51'476,61	20'866,54	31'716,92	14'702,69
Top-Net Services S.A.	18'219,06	40'138,60	70'663,78	58'202,62	32'289,05	20'373,97	13'531,19
Réalise	-	-	-	-	-	-	24'283,02

5. a. La société ProP, service de voirie S.A. (ci-après : ProP S.A.) a pour but l'exploitation d'une entreprise de services dans le domaine de la voirie, notamment les prestations de balayage industriel, de maintenance des espaces publics et industriels, ainsi que toute activité analogue.
- b. Serconet S.A. a pour but l'exploitation d'une entreprise de nettoyage, notamment le ponçage et le traitement de sols, le nettoyage de tapis, l'organisation de l'entretien des locaux, la dératisation avant démolition, la désinsectisation et le commerce d'appareils et de produits de nettoyage.
- c. Top-Net Services S.A. a pour but l'exploitation d'une entreprise de nettoyage, ainsi que les activités dans le domaine de la sécurité et de la surveillance. Il ressort du registre du commerce (ci-après : RC) que Monsieur Cyrille Pinget, directeur de Top-Net Services S.A., dispose de la signature collective à deux. Le formulaire d'offre pour le marché netdop_12 a été signé le 26 octobre 2012 uniquement par M. Pinget.
6. Par décisions du 7 janvier 2013, la ville a exclu Serconet S.A., s'agissant du lot n° 2, ainsi que Top-Net Services S.A. s'agissant des lots n° 1, 2 et 6, ces deux sociétés n'ayant pas justifié les prix anormalement bas des offres y relatives.
7. Par décision du 7 janvier 2013, publiée dans la FAO du 8 janvier 2013, la ville a attribué le lot n° 1 à Serconet S.A., les lots n° 2 et 6 à ProP S.A, les lots n° 3, 4, 5 et 7 à Top-Net Services S.A.

Elle avait attribué les lots aux entreprises ayant présenté une offre respectant le cahier des charges et étant économiquement la plus avantageuse au regard des critères d'adjudication.

Les tableaux d'évaluation suivants étaient joints à la décision :

Lot n° 1 Critères	Poids	IB Services S.à r.l.	ProP S.A.	Serconet S.A.	Net Inter S.A.
Performance environnementale et équité sociale	40 %	2,46	3,61	2,46	0,81
Prix	30 %	4,06	0,11	5,00	4,76
Organisation, qualification, expérience	30 %	0,52	4,18	3,32	2,97
	Note finale pondérée	2,36	2,73	3,48	2,64
	Rang	4	2	1	3

Lot n° 2 Critères	Poids	IB Services S.à r.l.	ProP S.A.	Net Inter S.A.
Performance environnementale et équité sociale	40 %	2,46	3,61	0,81
Prix	30 %	4,87	0,42	5,00

Organisation, qualification, expérience	30 %	0,52	4,18	2,97
	Note finale pondérée	2,60	2,82	2,71
	Rang	3	1	2

Lot n° 3 Critères	Poids	IB Services S.à r.l.	ProP S.A.	Serconet S.A.	Net Inter S.A.	Top-Net Services S.A.
Performance environnementale et équité sociale	40 %	2,46	3,61	2,46	0,81	4,14
Prix	30 %	5,00	0,07	0,24	4,93	2,44
Organisation, qualification, expérience	30 %	0,52	4,18	3,32	2,97	3,46
	Note finale pondérée	2,64	2,72	2,05	2,69	3,42
	Rang	4	2	5	3	1

Lot n° 4 Critères	Poids	IB Services S.à r.l.	ProP S.A.	Serconet S.A.	Net Inter S.A.	Top-Net Services S.A.
Performance environnementale et équité sociale	40 %	2,46	3,61	2,46	0,81	4,14
Prix	30 %	4,91	0,53	0,89	5,00	4,09
Organisation, qualification, expérience	30 %	0,52	4,18	3,32	2,97	3,46
	Note finale pondérée	2,61	2,86	2,24	2,71	3,92
	Rang	4	2	5	3	1

Lot n° 5 Critères	Poids	IB Services S.à r.l.	ProP S.A.	Serconet S.A.	Net Inter S.A.	Top-Net Services S.A.
Performance environnementale et équité sociale	40 %	2,46	3,61	2,46	0,81	4,14
Prix	30 %	4,98	0,17	0,24	5,00	0,82
Organisation, qualification, expérience	30 %	0,52	4,18	3,32	2,97	3,46
	Note finale pondérée	2,63	2,75	2,05	2,71	2,94
	Rang	4	2	5	3	1

Lot n° 6 Critères	Poids	IB Services S.à r.l.	ProP S.A.	Serconet S.A.	Net Inter S.A.
Performance environnementale et équité sociale	40 %	2,46	3,61	2,46	0,81
Prix	30 %	2,88	0,62	0,56	5,00
Organisation, qualification,	30 %	0,52	4,18	3,32	2,97

expérience					
	Note finale pondérée	2,01	2,88	2,15	2,71
	Rang	4	1	3	2

Lot n° 7 Critères	Poids	IB Services S.à r.l.	ProP S.A.	Serconet S.A.	Net Inter S.A.	Top-Net Services S.A.	Réalise
Performance environnementale et équité sociale	40 %	2,46	3,61	2,46	0,81	4,14	4,10
Prix	30 %	4,33	0,06	0,05	4,47	5,00	0,31
Organisation, qualification, expérience	30 %	0,52	4,18	3,32	2,97	3,46	4,10
	Note finale pondérée	2,44	2,71	1,99	2,55	4,19	2,96
	Rang	5	3	6	4	1	2

La décision pouvait faire l'objet d'un recours dans les dix jours à compter de la publication dans la FAO auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative).

8. Par acte posté le 18 janvier 2013, ProP S.A. a recouru auprès de la chambre administrative contre la décision précitée. Préalablement, elle sollicitait la restitution de l'effet suspensif et, sur le fond, elle concluait à l'annulation de ladite décision s'agissant de l'attribution des lots n^{os} 1, 3, 4, 5 et 7 aux sociétés Serconet S.A. et Top-Net Services S.A., ainsi qu'à la constatation du caractère illicite de la décision d'adjudication de la ville. Elle se réservait le droit de faire valoir le dommage subi dans l'hypothèse où les marchés seraient attribués aux sociétés précitées.

Pour tous les lots, elle avait obtenu les notes les plus élevées pour les critères « performance environnementale et équité sociale » et « organisation, qualification, expérience », mais avait obtenu des notes proches de zéro pour le critère « prix », ses prix étant largement supérieurs à ceux de ses concurrents. La ville avait attribué les lots n^{os} 1, 3, 4, 5 et 7 à des prix largement inférieurs aux prix estimés, le prix total du lot tel qu'attribué correspondait approximativement au prix d'une seule des cinq prestations prévues par le cahier des charges, à savoir le transport des résidus de nettoyage à un centre de traitement adéquat. La prestation avait vraisemblablement été omise, voire sous-estimée par les adjudicataires des lots n^{os} 1, 3, 4, 5 et 7.

La décision litigieuse violait les principes de non-discrimination, d'égalité de traitement et de concurrence efficace. Les critères d'attribution ne permettaient pas d'adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse.

Dans son offre, elle-même avait tenu compte des quantités de déchets à évacuer sur chaque site et du coût de la taxe des déchets ménagers ordinaires pour l'incinération dans des centres agréés, ainsi que du coût du transport des déchets. Le coût de ces deux prestations expliquait la raison pour laquelle elle avait offert des

services à des prix nettement supérieurs à ceux de ses concurrents, qui n'avaient pas tenu compte desdites prestations.

9. Le 21 janvier 2013, le juge délégué a ordonné l'appel en cause de Serconet S.A. et Top-Net Services S.A., en impartissant à ces dernières un délai au 1^{er} février 2013 pour se déterminer sur la demande d'octroi de l'effet suspensif formulée par ProP S.A., ainsi qu'un délai au 22 février 2013 pour présenter leurs observations sur le fond du litige.

Le juge délégué a accordé les mêmes délais à la ville pour se déterminer, lui défendant de conclure le contrat d'exécution de l'offre jusqu'à droit jugé sur la requête en restitution de l'effet suspensif.

10. Le 1^{er} février 2013, la ville a conclu au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif, le recours étant manifestement dénué de chances de succès.

ProP S.A. avait indiqué à la CMAI, par téléphone du 16 janvier 2013, qu'elle s'était trompée dans l'établissement et la valorisation de ses offres s'agissant des lots querellés, ce qui avait été confirmé dans un courriel adressé le 18 janvier 2013 par le responsable de l'unité achat de la CMAI au service des espaces verts et de l'environnement de la ville (ci-après : SEVE).

Le principe de transparence avait été respecté : les prestations du projet netdop_12 avaient été décrites de manière très précise dans les documents d'appel d'offres pour l'ensemble des lots. La ville avait répondu aux questions des candidats, en communiquant ses réponses à tous les soumissionnaires, qui avaient établi leurs offres en connaissance de cause s'agissant des prestations attendues. En déposant leurs offres, les intéressés s'étaient engagés à prendre connaissance de l'ensemble des conditions du marché. Les offres se situaient dans les valeurs annoncées, les montants mentionnés dans les documents d'appel d'offres étant des valeurs estimatives et non un engagement ferme de la part de la ville. Disposant d'une description précise des prestations attendues, les soumissionnaires connaissaient l'ampleur du marché.

En attribuant les lots aux soumissionnaires ayant déposé les offres économiquement les plus avantageuses, au regard des critères d'évaluation prédéfinis dans le cahier de soumission, la ville avait respecté la législation en vigueur ainsi que les principes d'égalité de traitement et de concurrence efficace. Les montants des offres des différents soumissionnaires étaient proches, à l'exception de ceux de ProP S.A., plus élevés. Cette dernière ne pouvait donc pas prétendre à une sous-estimation des prestations offertes par les adjudicataires des lots n^{os} 1, 3, 4, 5 et 7. ProP S.A. connaissait le cahier des charges de netdop_12, puisqu'elle était l'adjudicataire des lots n^{os} 2 et 6, ce dernier lot se situant dans les valeurs annoncées et ne constituant pas l'offre la plus onéreuse.

La ville avait un intérêt public prépondérant à bénéficier immédiatement des prestations de nettoyage afin de garantir l'ordre et la sécurité publics. Les lots devaient être exécutés le 1^{er} avril 2013. ProP S.A. avait un intérêt à ce que les prestations contractuelles qu'elle effectuait pour le compte de la ville - d'une valeur d'environ CHF 143'000.- en 2012 et CHF 160'000.- actuellement - soient maintenues sans être attribuées à des tiers. L'intérêt public de la ville primait l'intérêt privé purement financier de ProP S.A. de remporter les lots querellés. Serconet S.A. et Top-Net S.A. avaient un intérêt privé prépondérant à ce que le marché leur soit attribué vu que les adjudications étaient conformes à la législation sur les marchés publics.

11. Serconet S.A. et Top-Net Services S.A. n'ont pas donné suite à l'invite du juge délégué leur impartissant un délai pour se déterminer sur la question de l'effet suspensif.
12. Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

1. Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est recevable de ce point de vue (art. 15 al. 2 AIMP et 56 al. 1 RMP).
2. Le recours n'a pas d'effet suspensif (art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP). 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 31 janvier 2013 ; ATA/85/2012 du 7 février 2012 ; ATA/752/2011 du 8 décembre 2011 ; ATA/614/2011 du 28 septembre 2011 ; ATA/214/2011 du 1^{er} avril 2011 et la jurisprudence citée).

3. En l'espèce, seul M. Pinget a signé le formulaire d'offre du marché netdop_12 pour la société Top-Net Services S.A., alors qu'il ressort du RC que l'intéressé

dispose de la signature collective à deux pour pouvoir représenter et engager valablement l'entreprise.

A priori, vu l'existence de doutes s'agissant de la validité de l'offre déposée par Top-Net Services S.A., adjudicataire des lots n^{os} 3, 4, 5 et 7, le recours n'est pas dénué de chances de succès, étant précisé que la chambre administrative est liée par les conclusions de la recourante et non par la motivation du recours.

4. L'octroi de l'effet suspensif sera dès lors admis partiellement s'agissant des lots n^{os} 3, 4, 5 et 7 et refusé pour le surplus. Le sort des frais de la procédure est réservé jusqu'à droit jugé au fond.

Vu le recours interjeté le 18 janvier 2013 par ProP, service de voirie S.A. contre la décision de la Ville de Genève du 7 janvier 2013 ;

Vu l'art. 66 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ;

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

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

admet partiellement la requête en octroi de l'effet suspensif au recours, s'agissant des lots n^{os} 3, 4, 5 et 7 du marché netdop_12 ;

refuse d'octroyer l'effet suspensif au recours pour le surplus ;

autorise la Ville de Genève à conclure le contrat pour tous les autres lots, à savoir les lots n^{os} 1, 2 et 6 du marché netdop_12 ;

invite la Ville de Genève, Top-Net Services S.A. et ProP, service de voirie S.A. à se déterminer sur la question de la validité de l'offre de Top-Net Services S.A. munie de la seule signature de Monsieur Cyrille Pinget, d'ici le 27 mars 2013 à 12h00 ;

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 ;

communiqué la présente décision, en copie, à Me Pierre Gabus, avocat de la recourante, à la Ville de Genève, ainsi qu'à Serconet S.A. et Top-Net Services S.A., appelées en cause.

La présidente :

E. Hurni

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :