

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1493/2018-MARPU

ATA/544/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 4 juin 2018

sur effet suspensif

dans la cause

INDUNI & CIE SA

contre

VILLE DE LANCY

représentée par Me Bertrand Reich, avocat

et

CONSORTIUM SOGECA SA & BELLONI SA, appelé en cause

et

PERRIN FRÈRES SA, appelée en cause
représentée par Me Gilles Davoine, avocat

Attendu, en fait, que :

- 1) Le 23 janvier 2018, la commune de Lancy (ci-après : la commune) a soumis les marchés « réalisation de collecteurs eaux usées et aux eaux claires et bassin de rétention, étape 1 et étape 2 » du quartier des Semailles à un appel d'offres, en procédure ouverte, non soumis aux accords internationaux. Le marché était séparé en deux étapes. Les travaux étaient prévus de juillet à décembre 2018 pour la première étape et de janvier à décembre 2019 pour la seconde. Les critères de pondération annoncés étaient les suivants :

- prix : 45 %
- organisation de base du soumissionnaire : 10 %
- référence du soumissionnaire : 10 %
- organisation pour l'exécution du marché : 18 %
- qualité technique de l'offre : 17 %

Le délai du dépôt des offres était fixé au 23 février 2018.

Le marché était divisé en deux lots, sans obligation de présenter une offre pour tous les lots. L'examen des offres et l'adjudication du marché intervenaient par lot, sans exclure qu'un soumissionnaire puisse obtenir les deux lots s'il se trouvait être économiquement le plus avantageux pour les deux lots jugés séparément (3.18 de l'appel d'offres).

- 2) Huit entités ont soumissionné, pour chacun des deux marchés, dans les délais, dont Induni & Cie SA (ci-après : Induni), Perrin Frères SA (ci-après : Perrin Frères) et le consortium Sogeca SA et Belloni SA (ci-après : le consortium).
- 3) Par deux décisions distinctes du 20 avril 2018, la commune a décidé de ne retenir les offres d'Induni pour aucun des deux marchés.

L'étape 1 était adjugée au consortium pour un montant TTC de CHF 2'916'702.10. L'offre d'Induni se montait à CHF 3'024'586.15.

L'étape 2 était adjugée à Perrin Frères pour un montant TTC de CHF 3'594'565.-. L'offre d'Induni se montait à CHF 3'655'184.80.

Le tableau des critères était annexé à chacune des deux décisions. Il en ressortait les éléments suivants :

Étape 1 :

	Prix		Organisation		Références		Exécution du marché		Qualité technique		Total des points / Rang
	Note	Points	Note	Points	Note	Points	Note	Points	Note	Points	
Induni	4.21	189.4	3.75	37.5	4.00	40.00	3.00	54.00	3.65	62.00	382.90/2 ^{ème}
Perrin	3.94	177.2	4.00	40.00	3.30	33.00	2.67	48.00	3.41	58.00	356.20/4 ^{ème}
Sogeca	4.64	208.6	3.25	32.50	3.30	33.00	3.00	54.00	3.24	55.00	383.10/1 ^{er}

Étape 2 :

	Prix		Organisation		Références		Exécution du marché		Qualité technique		Total des points / Rang
	Note	Points	Note	Points	Note	Points	Note	Points	Note	Points	
Induni	4.05	182.2	3.75	37.50	4.00	40.00	3.00	54.00	3.59	61.00	374.70/2 ^{ème}
Perrin	4.23	190.2	4.00	40.00	3.30	33.00	3.00	54.00	3.59	61.00	378.20/1 ^{er}
Sogeca	4.44	200.0	3.25	32.50	3.30	33.00	3.00	54.00	3.24	55.00	374.50/3 ^{ème}

- 4) Par acte formé le 4 mai 2018, Induni a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre les décisions du 20 avril 2018. Elle a conclu à l'annulation des deux décisions et à ce que les deux marchés lui soient adjugés.

L'effet suspensif devait être octroyé. La commune devait produire l'intégralité des dossiers d'appels d'offres du consortium. Induni devait être autorisée à produire des pièces complémentaires après la production du dossier. La notation du critère du prix de Induni, tant pour l'étape 1 que 2 était erronée. Le pouvoir adjudicateur avait divisé les prestations en plusieurs lots. Il s'était réservé la possibilité d'attribuer tous les lots à un seul soumissionnaire et avait admis les rabais. Induni avait proposé des prix nets TTC pour l'étape 1 et 2, respectivement pour chacune des étapes avec un rabais de 2 %. Or, Induni avait offert un rabais supplémentaire en cas d'adjudication simultanée des lots de 3 %, soit un rabais total de CHF 316'438.85, qui n'avait pas fait l'objet d'une évaluation. Or, en tenant compte du rabais de 5 % tant pour l'étape

1 que pour l'étape 2, Induni était placée au premier rang pour chacun des deux marchés.

La notation du critère « Références du soumissionnaire » du consortium avait été mal évaluée pour le consortium. Le consortium en tant que tel n'avait aucune référence pour les travaux objets des marchés en cause. Seules les entreprises individuellement pouvaient produire des références en fonction des travaux que chacun d'entre eux exécuterait, à savoir vraisemblablement, pour Sogeca SA, les collecteurs et pour Belloni SA, le bassin de rétention.

- 5) Par décision du 8 mai 2018, le consortium et Perrin Frères ont été appelés en cause.
- 6) Le 22 mai 2018, la commune a conclu au rejet de la demande de restitution d'effet suspensif. Il était exact qu'elle n'avait pas tenu compte du rabais supplémentaire de 3 % proposé en cas d'adjudication conjointe des deux lots. Seul le rabais de 2% offert pour chaque lot avait été pris en compte, conformément aux conditions claires de l'appel d'offres. Celui-ci indiquait qu'elle jugerait les offres par lot et non globalement. Cette démarche était la seule qui ouvrait l'éventail des soumissionnaires potentiels en autorisant la présentation d'une offre pour un des deux lots et non pas nécessairement pour les deux lots. Pour permettre au plus grand nombre possible d'entreprises de présenter une offre, il leur avait été accordé de ne soumissionner que pour un lot. Le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires commandait que chaque offre soit jugée de la même manière, autrement dit en fonction de chaque lot.

Concernant du critère « Références du soumissionnaire », la recourante substituait sa propre appréciation à celle de l'autorité adjudicatrice.

- 7) Perrin Frères s'en est rapportée, tout en insistant sur l'urgence d'une décision. le recours n'était pas, *prima facie*, dépourvu de chances de succès.
- 8) Le consortium ne s'est pas déterminé.
- 9) Le 31 mai 2018, Induni a persisté dans ses conclusions sur effet suspensif. L'urgence alléguée devait être relativisée. Les autorisations de construire nécessaires n'avaient pas encore été délivrées et étaient sujettes à recours.

Il était faux de retenir que tenir compte du rabais supplémentaire en cas d'adjudication conjointe privilégierait les entreprises qui auraient la capacité théorique et la disponibilité effective nécessaires pour assurer les deux marchés au détriment d'entreprises qui ne pourraient assurer qu'un seul lot. À suivre la commune, il faudrait pénaliser les entreprises qui soumissionneraient aux deux marchés. De surcroît, toutes les parties concernées par le présent litige avaient fait des offres pour les deux étapes. Le pouvoir adjudicateur ne contestait pas qu'en tenant compte du rabais global de 5 %, la recourante arrivait au premier rang dans

chacun des deux marchés. De surcroît, les différences de points entre Induni et les adjudicataires étaient minimales : 0,04 % pour l'étape 1 et 0.7 % pour l'étape 2.

Un début des travaux avant le 15 août 2018 n'était pas envisageable. Pour le surplus, l'urgence alléguée était « auto-provoquée » par la commune et ne saurait être prise en compte. Un intérêt public consistait dans le gain, pour la commune, de CHF 35'978.90 d'économies, grâce aux rabais de 5 % sur chacune des deux offres de la recourante si les marchés lui étaient au final adjugés.

L'annexe « Q8 modifié » du consortium ne devait pas être soustraite à la consultation. Un bref délai supplémentaire devait lui être accordé pour se déterminer.

- 10) 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 *prima facie* recevable de ces points de vue, en application des art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), 3 al. 1 de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0) et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).
- 2) Aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, en vertu des art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP, 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.

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 chances 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 (ATA/446/2017 du 24 avril 2017 consid. 2 ; ATA/62/2017 du 23 janvier 2017 consid. 2 ; ATA/793/2015 du 5 août 2015 consid. 2 ; ATA/701/2013 du 22 octobre 2013 consid. 2 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zurich 2010, pp. 311-341, p. 317 n. 15).

- 3) a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP). Il poursuit plusieurs objectifs, soit assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. a AIMP), garantir l'égalité de traitement entre ceux-ci et assurer l'impartialité de l'adjudication

(art. 1 al. 3 let. b AIMP), assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) et permettre l'utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, notamment let. a et b AIMP).

b. Le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires tout au long du déroulement formel de la procédure (art. 16 RMP ; ATA/1005/2016 du 29 novembre 2016 consid. 3 ; ATA/51/2015 du 13 janvier 2015 et la jurisprudence citée ; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 109 ; Benoît BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics, RDAF 2004 p. 241 ss).

c. La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6), l'appréciation de la chambre administrative ne pouvant donc se substituer à celle de ce dernier, seul l'abus ou l'excès de pouvoir d'appréciation devant être sanctionné (ATF 130 I 241 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1).

d. L'art. 11 let. g AIMP prévoit que le traitement confidentiel des informations doit être respecté lors de la passation de marchés. L'art. 22 RMP, intitulé « confidentialité et droit d'auteur », dispose notamment que les informations mises à disposition par les soumissionnaires, en particulier les secrets d'affaires et de fabrication, doivent être traités de façon confidentielle. Par secret d'affaires ou de fabrication, sont visés les procédés ou documents protégés par les dispositions du droit de la propriété intellectuelle, mais également les principes de calcul ou de mesures originaux, ou les profils particuliers de collaborateurs (Peter GALLI/ André MOSER/Élisabeth LANG/ Marc STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^{ème} éd., 2013, p. 565, n. 2575 et la jurisprudence cantonale citée).

Le contentieux administratif des marchés publics est régi par les dispositions de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA-GE - E 5 10), notamment par celles qui garantissent le droit d'être entendu découlant de l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101). Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 138 II 252 consid. 2.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_588/2014 du 22 juin 2015 consid. 2.1 ; 8C_269/2013 du 25 février 2014 consid. 5.2).

La possibilité de faire valoir ses arguments dans une procédure suppose la connaissance préalable des éléments dont l'autorité dispose (ATF 126 I 7 consid. 2b ;

arrêt du Tribunal fédéral 2C_66/2013 du 7 mai 2013 consid. 3.2.2 ; ATA/192/2016 du 1er mars 2016). En particulier, les parties à une procédure de recours ont accès aux pièces qui fonderont l'arrêt à rendre (art. 44 al. 1 LPA), lesquelles incluent les bordereaux de pièces produits par les parties.

En matière de marchés publics, l'obligation pour les États signataires d'assurer le droit de consulter le dossier est rappelée à l'art. XX al. 6 let. c de l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0.632.231.422). Même si ce droit ne fait pas l'objet d'une disposition spécifique dans la législation genevoise relative aux marchés publics, il résulte de l'art. 44 al. 1 LPA et son existence dans ce domaine est reconnue (Evelyne CLERC, L'ouverture des marchés publics : Effectivité et protection juridique, p. 511 ; ATA/528/2016 du 21 juin 2016).

Le refus de transmettre au recourant les contrats dans leur intégralité peut répondre à la nécessité de protéger le secret des affaires, qui l'emporte généralement sur le droit de consulter le dossier du soumissionnaire évincé en matière de marché public (arrêts du Tribunal fédéral 2D_77/2010 du 19 juillet 2011 consid. 2.5 et les références citées).

Le droit de consulter le dossier n'est toutefois pas sans limite. L'accès à tout ou partie du dossier peut être restreint si des intérêts publics ou privés prépondérants l'exigent (art. 45 al. 1 LPA ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 512 n. 1545), ce refus ne pouvant s'étendre qu'aux pièces qu'il y a lieu de garder secrètes (art. 45 al. 2 LPA). Une pièce dont la consultation est refusée à une partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué par écrit le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de proposer les contre-preuves (art. 45 al. 3 LPA). La décision par laquelle la consultation d'une pièce est refusée peut faire l'objet d'un recours immédiat (al. 4).

On doit admettre que, parmi les intérêts privés pouvant être pris en considération, figurent ceux visés par les art. 11 let. g AIMP et 22 RMP. Toutefois, il est insuffisant que l'autorité de recours dispose de l'intégralité du dossier et tranche la cause sur la base d'une appréciation souveraine, sans que le recourant ait pu faire valoir ses arguments sur les aspects décisifs de celui-ci (Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 274, n. 429).

- 4) En l'espèce, il ressort du point 3.18 du dossier d'appel d'offres que « l'adjudicateur a divisé le marché en plusieurs lots. Le soumissionnaire n'a pas l'obligation de donner une offre pour tous les lots (la phrase est soulignée). Le soumissionnaire peut donc choisir le ou les lots pour lesquels il déposera une offre. Le cas échéant, le soumissionnaire le mieux placé par lot, après l'évaluation des offres selon les critères fixés se le verra attribuer. Un soumissionnaire peut donc obtenir deux lots, s'il se trouve être économiquement le plus avantageux sur les deux lots jugés séparément ».

Le pouvoir adjudicateur a retenu le prix avancé par Induni avec le rabais de 2 %, tant pour l'étape 1 que pour l'étape 2. Tant pour l'étape 1 que pour la seconde, l'offre d'Induni n'était pas économiquement la plus avantageuse. Quatre sociétés proposaient les travaux à moins de CHF 3'000'000.- pour l'étape 1 et trois entreprises ont fait des offres meilleur marché pour l'étape 2. Le cahier des charges précise qu'un soumissionnaire peut obtenir les deux lots à la condition d'être économiquement le plus avantageux sur chacun des lots jugés séparément. Rien n'oblige, prima facie, l'autorité adjudicatrice à tenir compte du rabais de 5 %.

Concernant le second grief, il apparaît de prime abord que la recourante substitue sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur.

La consultation de la pièce « Q8 modifiée » sera toutefois autorisée afin que la recourante puisse se prononcer sur son contenu dans son mémoire de réplique au fond. Il s'agit de 12 feuilles (dont deux recto-verso), relatives aux références citées par le consortium. Les pièces ne comportent pas de renseignements qui nécessitent d'être soustraits à la consultation.

Les conditions pour la restitution de l'effet suspensif ne sont pas réalisées. La requête en restitution de celui-ci sera rejetée. Le sort des frais de la procédure sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer l'effet suspensif au recours ;

dit que la pièce « Q8 modifiée » du consortium Sogeca SA & Belloni SA sera envoyée aux parties à la procédure le 10 juin 2018 ;

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 Induni & Cie SA, à Me Bertrand Reich, avocat de la Ville de Lancy, à Me Gilles Davoine, avocat de Perrin Frères SA et au consortium Sogeca SA et Belloni SA.

La vice-présidente :

Ch. Junod

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :