RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/2576/2023-MARPU** **ATA/1246/2023**

# COUR DE JUSTICE

## Chambre administrative

## Décision du 17 novembre 2023

### sur effet suspensif

**dans la cause**

**A_____** **recourante**

contre

**SERVICES INDUSTRIELS DE GENÈVE** **intimés**
représentés par Me David BENSIMON, avocat

**B_____** **autre intimée**
représentée par Me Richard CALAME, avocat

Vu, EN FAIT, la publication sur la plateforme simap.ch, le 30 mars 2023, par les Services industriels de Genève (ci-après : SIG) de l'appel d'offres intitulé « Acquisition de câbles MT 240 mm2 Cu pour divers chantiers SIG », en procédure ouverte, prévoyant notamment que le dossier d'appel d'offres pouvait être téléchargé sur la plateforme précitée et que des questions pouvaient être posées jusqu'au 19 avril 2023 ; qu'il était précisé dans le cahier des charges que l'autorité adjudicatrice accorderait « une attention particulière à la durée de vie de ses câbles, à leurs pertes faibles et notamment à leur flexibilité (moment de pliage et angle de retour lors de l'installation de conducteurs de grosses sections) » ; qu'il était précisé que le prix du cuivre était arrêté à CHF 8.39 par tonne et que le prix proposé était ferme et non révisable, sauf en cas de volatilité exceptionnelle du prix du cuivre ; que les critères prix et qualité technique seraient pondérés chacun à 40 % ; que la notation du prix se ferait selon la méthode « asymtotique » $T^{1,5}$ ;

que dans le délai de soumission, B_____ (ci-après : B_____), C_____ et A_____ (ci-après : A_____) ont soumissionné ;

que B_____ a offert un prix de CHF 2'356'012.89, A_____ un prix de CHF 2'324'197.- et C_____ un prix de CHF 2'335'969.80 ; que les sociétés ont obtenu, dans le même ordre, pour le critère prix respectivement la note de 4.90 et 195.96 points, la note de 5.00 et 200 points et la note de 4.96 et 198.49 points ;

que A_____ a obtenu la note de 3.44 et 137.60 points pour le critère technique, étant précisé que les ingénieurs des SIG avaient testé le câble en atelier et observé que « le câble s'est révélé rigide, le dénudage de la gaine est difficile même en chauffant » ; que B_____ avait obtenu pour ce critère la note de 3.58 et 143.20 points ;

qu'au classement final, B_____ a obtenu 418.46 points, A_____ 405.25 points et C_____ 399.49 points ;

que, par décision du 2 août 2023, les SIG ont adjugé le marché public à B_____ ;

que, par acte expédié le 14 août 2023 à la chambre administrative de la Cour de justice, A_____ a recouru contre cette décision, concluant à son annulation et à l'attribution du marché public en sa faveur ; qu'à titre préalable, elle a demandé l'effet suspensif et la production par les SIG du dossier d'appel d'offres, notamment tout document relatif à l'évaluation de la rentabilité des autres offres ;

qu'il convenait, pour le prix des câbles, de distinguer le prix creux du prix du cuivre ; que vu que ce dernier avait été arrêté par l'adjudicatrice, la formule d'évaluation du prix ne tenait pas suffisamment compte de cet élément ; qu'ainsi, le « delta » entre le prix plein et le prix creux était mal pondéré et l'évaluation du prix était « globalement dilué » ; que, de ce fait, le critère du prix, établi sur une base erronée, ne permettait pas de déterminer l'offre la plus avantageuse économiquement ; que la formule $T^{1,5}$ était une formule d'évaluation « asymptotique dégressive », inadaptée in casu ; qu'il était contraire au principe de la transparence que la méthode d'évaluation dilue encore davantage le critère

du prix, déjà pondéré faiblement à 40 % ; qu'il convenait de remplacer la méthode d'évaluation du prix par une méthode plus courante, soit :

$$\frac{\textit{Günstiger Preis + Preisspanne – Angebotspreis}}{\textit{Preisspanne}} \textit{ x 5 = Note}$$

que B_____ a conclu au rejet de la requête d'effet suspensif ; que dès lors que le pouvoir adjudicateur avait accordé de l'importance aux critères techniques, la pondération du prix à moins de 50 % n'était pas critiquable ; que la méthode d'évaluation du prix était courante, comme cela ressortait du Guide romand de la conférence romande des travaux publics ; que cette méthode était particulièrement adaptée lorsqu'un composant était intégré et que l'on devait s'attendre à ce que l'écart entre les offres soit faible ;

que les SIG ont conclu au rejet de la requête d'effet suspensif et s'en sont rapportés quant à l'accès au dossier complet de soumission ; qu'a priori, le recours était irrecevable, faute d'intérêt pratique pour la recourante à son admission ; que la méthode d'évaluation du prix était licite et que le choix de celle-ci aurait dû être contesté lors de la publication de l'appel d'offres ; que, reprenant les prix des soumissions reçues et les notes obtenues pour chaque concurrent, que la méthode choisie n'avait pas abouti à un résultat imprévisible ; que, contrairement à ce que soutenait la recourante, il n'y avait pas de place pour une « fourchette » dans le cadre de la méthode $T^{1,5}$ ; que la méthode choisie tenait dûment compte du rapport qualité/prix ; qu'enfin, si l'effet suspensif était accordé, des sûretés de CHF 10'000.- devraient être déposées par la recourante ;

que les SIG ont conclu au fond, par écritures séparées, au rejet du recours ; qu'ils ont produit les tableaux d'analyse multicritères reportant le détail des notes obtenues par chaque soumissionnaire pour chaque critère ;

que dans sa réplique tant sur effet suspensif que sur le fond, la recourante a fait valoir qu'elle n'était pas forclose pour critiquer la méthode d'évaluation du prix des offres ; qu'elle n'avait d'obligation de recourir contre ce critère au moment de la publication de l'offre qu'en cas d'irrégularités claires ou manifestes ; qu'elle a souligné l'importance d'accorder l'effet suspensif à son recours ; qu'elle s'est opposée à l'obligation de fournir des sûretés et a maintenu sa demande d'accès au dossier ; que sur le fond, elle a repris ses arguments et ajouté que l'évaluation de la qualité technique de ses câbles était arbitraire ; qu'elle a également critiqué la notation du critère « développement durable » ; qu'il n'avait, en particulier, pas été tenu compte du fait qu'elle utilisait ses propres véhicules, contrairement à B_____ qui avait externalisé cette prestation, et que la notation était arbitraire ;

que les parties ont, le 17 octobre 2023, été informées que la cause était gardée à juger sur effet suspensif et sur le fond ;

que par duplique spontanée du 2 novembre 2023, les SIG ont relevé que l'évaluation technique des câbles avait été opérée par quatre électriciens expérimentés et actifs, que l'échantillon de câble à produire était clairement spécifié dans l'appel d'offres ; que les

échantillons reçus avaient été anonymisés et entreposés pendant plusieurs jours dans un local afin qu'ils possèdent une température égale ; que les tests prenaient en compte la souplesse du câble, la facilité de dénudage de la gaine extérieure à température ambiante, la facilité d'enlèvement du ruban gonflant semi-conducteur, du pellage du semi-conducteur et du dénudage de l'isolation ; que chaque « item » avait fait l'objet d'une pondération propre ; que les critères de notation des véhicules utilisés ressortaient clairement du dossier d'appel d'offres ; que les SIG ont produit le tableau Excel utilisé pour la notation des caractéristiques des câbles, comportant le détail des notes obtenues par chaque soumissionnaire ;

que, ayant également déposé une réplique spontanée le 2 novembre 2023, B_____ a souligné l'intérêt public à l'exécution de la décision d'adjudication et a repris et développé les arguments déjà avancés ;

que ces écritures ont été transmises aux parties, les 2 et 6 novembre 2023, la première communication leur rappelant que la cause était gardée à juger sur le fond et sur effet suspensif ;

Considérant, EN DROIT, qu'interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est, a priori, recevable (art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 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) ;

que les mesures provisionnelles sont prises par la présidente ou le vice-président de la chambre administrative ou, en cas d'empêchement de ceux-ci, par un autre juge (art. 21 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA – E 5 10 ; art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 mai 2020) ;

qu'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, octroyer cet effet pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose ;

que l'examen de la requête suppose une appréciation prima facie du bien-fondé du recours ; l'effet suspensif doit être refusé au recours manifestement dépourvu de chances de succès et 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/987/2021 du 24 septembre 2021 ; ATA/217/2021 du 1er mars 2021 consid. 2 ; ATA/1349/2019 du 9 septembre 2019 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zurich 2010, p. 317) ;

que lorsqu'une autorité judiciaire se prononce sur l'effet suspensif ou d'autres mesures provisoires, elle peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit (examen *prima facie*), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles, tout en ayant l'obligation de peser les intérêts respectifs des parties (ATF 139 III 86 consid. 4.2 ; 131 III 473 consid. 2.3) ;

que 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/1349/2019 précité ; ATA/446/2017 précité consid. 2 ; ATA/62/2017 du 23 janvier 2017 consid. 2 ; ATA/793/2015 du 5 août 2015 consid. 2) ;

que l'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics (art. 1 al. 1 AIMP) ; qu'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) et assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) ;

que selon l'art. 45 al. 1 RMP, l'autorité adjudicatrice rend une décision d'adjudication sommairement motivée, notifiée soit par publication sur la plateforme électronique sur les marchés publics gérée par l'association simap.ch (www.simap.ch), soit par courrier à chacun des soumissionnaires, avec mention des voies de recours ;

que le principe de la transparence n'exige pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié (ATF 143 II 553 consid. 7.7) ; qu'une publication n'est nécessaire que lorsque les sous-critères sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié (ATF 130 I 240 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_1/2021 du 8 mars 2021 consid. 5.3) ;

que le soumissionnaire qui entend contester la définition, la pondération ou le manque de précision des critères d'adjudication doit le faire, pour des raisons de bonne foi, dans le cadre de l'appel d'offres et non au moment de la décision d'adjudication, sans quoi il est forclos (ATF 130 I 241 consid 4.2 ; ATA/319/2022 du 29 mars 2022 consid. 6a ; ATA/448/2020 du 7 mai 2020 consid. 7 ; ATA/307/2019 du 26 mars 2019 consid. 6b) ;

que selon l'art. 43 RMP, l'évaluation des offres est faite selon les critères prédéfinis conformément à l'art. 24 RMP et énumérés dans l'avis d'appel d'offres et/ou les documents d'appel d'offres (al. 1) ; que le résultat de l'évaluation des offres fait l'objet d'un tableau comparatif (al. 2) ; que 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 ; qu'outre le prix, les critères suivants peuvent notamment être pris en considération : la qualité, les délais, l'adéquation aux besoins, le service après-vente, l'esthétique, l'organisation, le respect de l'environnement (al. 3) ;

qu'en matière d'évaluation des offres, la jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_35/2017 du 5 avril 2018 consid. 5.1 ; ATA/1685/2019 du 19 novembre 2019 consid. 8b et les références citées), y compris s'agissant de la méthode de notation (ATA/676/2020 du 21 juillet 2020 consid. 4b et les références citées) ;

qu'en l'espèce, il convient, en premier lieu, de relever que la chambre de céans statuera en se fondant uniquement sur les pièces telles qu'elles ont été communiquées à la recourante ;

que cette dernière se plaint de la méthode d'évaluation du prix des offres ; que, toutefois, celle-ci avait clairement été exposée dans l'appel d'offres, qui précisait au point 4.7, de manière circonstanciée, la notation du prix, qui suivait la méthode dite asymptotique $T^{1,5}$ du Guide romand ;

qu'il est ainsi douteux que ce grief puisse être soulevé au stade de l'adjudication ;

que, même si tel était le cas, il n'apparaît pas, sous l'angle de la vraisemblance, que les intimés se seraient écartés de cette méthode d'évaluation et la recourante ne le soutient d'ailleurs pas ;

qu'il n'apparaît pas non plus, a priori et sans préjudice de l'examen au fond, que la méthode choisie était de nature à conduire à des résultats imprévisibles ou choquants, la notation qui en résulte montrant au contraire que les trois concurrents pratiquaient des tarifs très proches ;

qu'il convient également d'observer que, comme exposé ci-avant, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix de la méthode de notation du prix ; qu'il ne peut non plus être déduit de l'arrêt zurichois cité par la recourante qu'une seule méthode s'imposait, étant relevé que dans la cause zurichoise, la méthode (linéaire) choisie n'avait pas été annoncée, contrairement au cas d'espèce ;

que, par ailleurs, le processus d'adjudication visant à retenir l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix, le seul prix ne saurait être déterminant dans l'adjudication, de sorte que la pondération de 40 % retenue pour le critère du prix n'apparaît pas, prima facie, violer un principe de base des lois régissant les marchés publics ;

qu'en outre, les SIG avaient indiqué qu'ils procéderaient à des tests sur les échantillons de câbles que les concurrents devaient fournir ; qu'ainsi, ils accordaient de l'importance aux propriétés desdits câbles, dont le cahier des charges techniques était détaillé dans l'appel d'offres ; que la pondération de ce critère à 40 % n'apparaît, prima facie et sans préjudice de l'examen au fond, pas non plus inadmissible ou contraire aux principes régissant les marchés publics ;

que, pour le surplus, cette pondération était clairement communiquée dans l'appel d'offres et devait ainsi être contestée, s'il y avait lieu, au moment de sa publication ;

qu'il ressort, par ailleurs, du tableau Excel produit par les SIG relatif aux tests effectués en atelier que les échantillons de câbles fournis par les soumissionnaires ont été évalués selon des critères techniques précis et que les SIG ont indiqué, sans être contredits, que les câbles avaient été anonymisés au préalable et que les tests avaient été réalisés par quatre électriciens expérimentés ;

qu'au vu de ces éléments, il n'est pas rendu vraisemblable que les notes obtenues lors des tests techniques soient arbitraires ;

qu'enfin, la recourante fait valoir que l'adjudicataire aurait externalisé la gestion des véhicules de livraison et qu'il aurait ainsi été nécessaire d'évaluer la flotte complète du transporteur pour apprécier le critère « développement durable » ; qu'à ce stade et sans préjudice de l'examen au fond, aucun élément ne rend vraisemblable que l'adjudicataire n'utiliserait pas le type de véhicules indiqué dans sa soumission, étant relevé que la propriété des véhicules en question ne paraît, *a priori*, pas déterminante ;

qu'au vu de ce qui précède, les chances de succès du recours sont insuffisantes en l'état pour octroyer l'effet suspensif, étant rappelé que l'absence d'un tel effet au recours constitue la règle en matière de marchés publics ;

qu'il sera statué ultérieurement sur les frais de la présente décision.

## 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 :

si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics ;

si elle soulève une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF ;

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 jointes à l'envoi ;

communique la présente décision à A_____, à Me Richard Calame, avocat de l'intimée, ainsi qu'à Me David BENSIMON, avocat des SIG.

Au nom de la chambre administrative :

| la greffière : | la présidente : |
| --- | --- |
| Nathalie DESCHAMPS | Valérie LAUBER |

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

| Genève, le | la greffière : |
| --- | --- |