

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2894/2015-MARPU

ATA/1122/2015

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 19 octobre 2015

sur effet suspensif

dans la cause

LÉMANVISIO SA

représentée par Me Laurent Maire, avocat

contre

CENTRALE COMMUNE D'ACHATS

et

VISION COLOR SARL, appelée en cause

représentée par Me Olivier Wehrli, avocat

Attendu, en fait, que :

- 1) Le 9 juin 2015, la centrale commune d'achats de l'État de Genève (ci-après : CCA) a publié dans la Feuille d'Avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) un appel d'offres, en procédure ouverte et soumis à l'accord GATT/OMC concernant un marché de fournitures, soit l'acquisition de divers équipements multimédia pour plusieurs salles du bâtiment B de la Haute école de gestion, à l'époque en construction.

La rubrique « délai de livraison » indiquait que les équipements devaient être opérationnels le 15 décembre 2015.

Selon le dossier d'appel d'offres remis aux candidats, les critères d'adjudication seraient, dans un ordre d'importance décroissant :

I. qualité des équipements et des prestations (caractéristiques techniques, durée de la garantie, références, etc.) ;

II. prix ;

III. qualité de l'entreprise :

a) Contribution à la composante sociale du développement durable.

b) Contribution à la composante environnementale du développement durable.

Une visite des locaux était organisée le 23 juin 2015. Les éventuelles questions des soumissionnaires devaient être déposées sur le site internet <http://simap.ch> avant le mardi 30 juin 2015. Tant les questions que leurs réponses seraient diffusées sur ledit site le 3 juillet 2015. Ces éléments faisaient partie intégrante du dossier d'appel d'offres et devraient être pris en compte pour cette dernière.

- 2) Six offres ont été déposées dans le délai, notamment celle de la société Vision Color Sàrl (ci-après : Vision Color) et celle de la société Lémanvisio SA (ci-après : Lémanvisio).

Une des offres reçues a été exclue pour des raisons formelles.

- 3) Lémanvisio a déposé une offre pour un prix total de CHF 324'832.93.

Le 28 juillet 2015, la CCA lui a demandé des compléments d'information concernant l'offre déposée. Cette société y a répondu, transmettant un tableau explicatif, des documents techniques et un schéma de principe, le 30 juillet 2015.

- 4) Le 13 août 2015, la CCA a attribué le marché à Vision Color, pour un prix global de CHF 444'797.-, hors TVA.

Le critère « qualité du matériel » avait été pondérée à 65 %, celui concernant le prix à 25 % et celui portant sur la qualité de l'entreprise à 10 %.

Lémanvisio a été informée de cette attribution et il lui a été précisé que son offre était arrivée au cinquième rang des cinq offres valables.

À cette décision était annexé un tableau d'évaluation des prix.

- 5) Par acte mis à la poste le 27 août 2015 et reçu le 31 août 2015, Lémanvisio a saisi la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours contre la décision précitée, concluant préalablement à ce que l'effet suspensif lié au recours soit restitué.

a. L'autorité intimée avait violé son droit d'être entendue, dès lors que la CCA n'avait pas expliqué de façon détaillée ou pertinente le système d'évaluation des offres mis en place. Elle ne lui avait pas transmis l'intégralité des documents nécessaires pour lui permettre de se déterminer.

Le principe de la transparence avait été violé puisque les critères d'adjudication n'avaient pas été énumérés par ordre d'importance. La pondération de chacun des critères n'avait pas été précisée dans l'appel d'offres. Concrètement, seul le critère « qualité » avait été pris en compte au vu du poids qui lui était donné. De même, la méthode utilisée pour la notation n'avait pas été précisée.

Les principes de la non-discrimination et de l'égalité de traitement avaient également été violés. La CCA avait favorisé, sans motif, une offre nettement plus onéreuse que celle de Lémanvisio, alors que cette société n'était pas certifiée en tant que revendeur des produits qu'elle proposait.

Le principe de l'utilisation parcimonieuse des deniers publics n'avait pas été respecté. Pour des prestations standard, la pondération donnée au critère « prix » devait avoir un poids important, soit de l'ordre de 50 %.

En dernier lieu, la CCA avait abusé de son pouvoir d'appréciation lors de l'évaluation de l'offre de Lémanvisio dès lors qu'une note de 4 lui avait été accordée dans de nombreuses rubriques, sans que des commentaires permettent de comprendre pourquoi la note de 6 n'était pas donnée.

b. Concernant l'effet suspensif, le recours avait, à première vue, de fortes chances de succès et le contrat ne devait pas être conclu avant que le recours ne soit tranché. Il n'y avait pas d'urgence à statuer dès lors que la remise du bâtiment

à l'adjudicataire n'était pas prévue avant le 16 octobre 2015 et la mise en service le 15 décembre 2015.

- 6) Appelée en cause, Vision Color a conclu, le 15 septembre 2015, au rejet tant du recours que de la demande de restitution d'effet suspensif.

L'un de ses associés et deux de ses collaborateurs étaient autorisés à vendre et à garantir les produits proposés.

Le droit d'être entendue de la recourante avait été respecté du fait de la motivation sommaire fournie par l'autorité, ainsi que des explications complémentaires qui lui avaient été données.

L'ordre d'importance des critères d'adjudication avait été mentionné dans l'appel d'offres et ce dernier n'avait pas fait l'objet d'un recours. Les autres principes régissant les marchés publics avaient été respectés.

Les biens fournis ne pouvaient être considérés comme largement standardisés et l'appel d'offres ne tenait pas seulement compte du matériel, mais aussi des services fournis en lien avec l'étude et le suivi du chantier.

De plus, la CCA n'avait pas abusé de son pouvoir d'appréciation et la recourante n'indiquait pas en quoi la note de 6 aurait dû lui être donnée, plutôt que celle de 4, dans un certain nombre de postes.

Au surplus, l'intérêt public à ce que l'école construite puisse être utilisée dès le début de l'année 2016 était prépondérant.

- 7) Le même jour, la CCA a aussi conclu au rejet du recours et à ce que l'effet suspensif ne soit pas restitué à cet acte, pour des motifs similaires à ceux développés par Vision Color.

- 8) Exerçant son droit à la réplique, sur effet suspensif, Lémanvisio a maintenu sa position, le 29 septembre 2015.

La restitution de l'effet suspensif au recours ne l'empêchait pas d'installer le matériel dans le délai prévu.

Vision Color ne bénéficiait pas de la certification suisse du constructeur des produits fournis, ce qui l'obligeait de s'approvisionner à l'étranger.

Lémanvisio offrait une garantie pour une période de cinq ans, alors que sa concurrente n'offrait pas un tel avantage. À cela s'ajoutait un service de maintenance gratuit pendant la même période.

Au surplus, elle maintenait et développait les griefs ressortant de son recours.

- 9) Sur quoi, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant en droit :

- 1) Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est 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) Se posent néanmoins la question de l'intérêt juridique de la recourante, classée en cinquième rang sur cinq offres (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.1 ; arrêt du tribunal fédéral 2C_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2.2), ainsi que celle de la tardiveté de certains griefs. L'examen de la recevabilité du recours sur ces aspects souffrira toutefois d'être réservée en l'état, au vu de ce qui suit.
- 3) 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/701/2013 du 22 octobre 2013 consid. 2 ; ATA/683/2013 du 10 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).

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 1er avril 2011 et la jurisprudence citée).

- 4) a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP). Il vise à harmoniser les règles de passation des marchés et à transposer les obligations découlant de l'accord GATT/OMC ainsi que de l'accord entre la communauté européenne et la Confédération suisse (art. 1 al. 2 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 données publiques (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. Aux termes de l'art. 24 RMP, l'autorité adjudicatrice choisit des critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché ; elle doit les énoncer clairement et par ordre d'importance au moment de l'appel d'offres.

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 ; arrêts du Tribunal fédéral 2P.111/2003 du 21 janvier 2004 consid. 3.3 ; 2P.172/2002 du 10 mars 2003 consid. 3.2). En outre, pour que le recours soit fondé, il faut encore que le résultat, considéré dans son ensemble, constitue un usage abusif ou excessif du pouvoir d'appréciation (décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 29 juin 1998, publiée in JAAC 1999 p. 136 consid. 3a).

- 5) En l'espèce, les chances de succès du recours n'apparaissent pas, à première vue, manifestes. L'ordre d'importance des critères d'adjudication, s'il n'a pas été publié dans la FAO, était mentionné dans le dossier d'appel d'offres.

L'exigence de motivation de la décision litigieuse, laquelle peut se limiter à être sommaire (art. 13 let. h AIMP ; 45 al. 1 RMP) a été respectée : cette dernière indiquait le point donné à chacun des critères et précisait la manière dont les points composant le prix global de l'offre avaient été fixés. De plus, la recourante a été reçue pendant le délai de recours par l'autorité intimée, ce qui permet de retenir, toujours à première vue, qu'elle a pu obtenir les éventuelles informations complémentaires nécessaires.

De plus, le principe de la non-discrimination et celui de l'égalité de traitement apparaissent, à première analyse, être respectés. L'évaluation de chacun des candidats semble avoir été faite sur des critères choisis avec soin et utilisé sans favoriser une offre particulière.

Le poids donné au critère concernant la qualité, est certes important. Il reste cependant dans les limites du pouvoir d'appréciation accordé par le législateur à l'autorité adjudicatrice, étant précisé que le marché qui ne concerne pas uniquement la fourniture de matériel standardisé, mais aussi son entretien et le service après-vente, présente une certaine complexité.

Quant à la pesée d'intérêts à effectuer, la chambre administrative relèvera en premier lieu que, s'il existe un intérêt public important, ce dernier doit cependant être relativisé du fait qu'il appartient à l'autorité de tenir compte des éventuels recours dans son planning, sauf à vider de son contenu les règles régissant ce domaine. L'intérêt privé de la recourante, lequel s'oppose à celui de la société intimée, n'apparaît pas non plus déterminant.

- 6) Au vu des éléments qui précèdent, la restitution de l'effet suspensif sera refusée.

Les frais de la procédure seront réservés jusqu'à droit jugé au fond.

* * * * *

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la requête en restitution de l'effet suspensif au recours interjeté le 27 août 2015 par Lémanvisio SA contre la décision d'adjudication du 13 août 2015 prise par la centrale commune d'achats ;

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 à Me Laurent Maire, avocat de la recourante, à la centrale commune d'achats, ainsi qu'à Me Olivier Wehrli, avocat de Vision Color Sàrl.

Le vice-président :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :