



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2895/2019-MARPU

ATA/1403/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision sur effet suspensif

du 17 septembre 2019

dans la cause

GROUPEMENT CK PAVILLON, composé de
CONUS & BIGNENS SA
KÜNG ET ASSOCIÉS SA
représenté par Me Nicolas Saviaux, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DU GÉNIE CIVIL

et

GROUPEMENT GEPA, composé de
SOLFOR SA
GVH TRAMELAN SA
SD INGENIERIE GENÈVE SA
représenté par Me Christian Lüscher, avocat

Attendu, en fait, que :

- 1) Le 15 avril 2019, l'office cantonal du génie civil (ci-après : OCGC), faisant partie du département des infrastructures (ci-après : le département), a fait paraître sur la plateforme internet simap (www.simap.ch) un appel d'offres n° 185'511 en procédure ouverte soumise à l'accord GATT/OMC, respectivement aux accords internationaux, portant sur un marché de services portant sur « Architecture, conseils et études techniques, services techniques intégrés, aménagements urbains et architecture passagère ; conseils afférents à caractère scientifique et technique ». Cela visait des : « études de projets et réalisations dans les domaines du génie civil et routier, géotechnique, travaux géométriques, circulation, environnement, sécurité, gestion des déchets et BIM » au Grand Saconnex.

Le marché s'intitulait « PS pavillon - Études et réalisation ». Il portait sur des travaux de construction de ponts routiers, plus précisément la construction d'un pont reliant la route François-Peyrot, situé au sud de l'autoroute A1, et la route des Batailleux, située au nord. Le projet est situé sur la commune du Grand-Saconnex.

La procédure était soumise au droit genevois et tout litige devait être porté devant la chambre administrative de la Cour de justice de Genève (ci-après : la chambre administrative).

La date de l'ouverture des offres était fixée au 5 mai 2019. Le délai de clôture pour le dépôt des offres était fixé au 3 juin 2019 à 11h. Le début du marché était prévu le 1^{er} août 2019 et la fin le 30 juin 2023. L'ouvrage devait être mis en service le 7 décembre 2022 et la durée des travaux prévus était d'environ neuf mois, sans la mise en service.

Les critères d'adjudication étaient :

4.7 Critères d'adjudication

Les critères d'adjudication sont, dans l'ordre d'importance décroissant, les suivants :

CRITERES & ELEMENTS D'APPRECIATION	PONDERATION
1. Organisation pour l'exécution du marché	50 %
Qualification des personnes clés (Annexe R9) :	
1.1 Chef de projet et responsable génie civil et routier + adjoint	
1.2 Projeteur(s) responsable(s)	
1.3 Responsable(s) DLT	
Organisation des ressources et des tâches :	
1.4 Planification des moyens et ressources (Annexe R6)	
2. Qualité économique de l'offre	30 %
2.1 Montant de l'offre en rapport avec le cahier des charges (Annexe R1)	
2.2 Temps consacré pour l'exécution du marché (Annexe R5)	
3. Qualités techniques de l'offre	15 %
3.1 Méthodes de travail pour atteindre les objectifs fixés en matière d'exécution du marché / Degré de compréhension du cahier des charges et des prestations à exécuter (Annexe R7-R14 adaptée)	
4. Formation	5 %
4.1 Formation du personnel par l'entreprise (Annexe Q4-2)	
TOTAL :	100 %

- 2) Le groupement d'études pavillon (ci-après : le groupement GEPA) est constitué de trois sociétés soit Solfor SA, SD Ingénierie SA, Lancy (ci-après : SD) et GVH Tramelan SA (ci-après : GVH).

Solfor SA est une société anonyme de droit suisse ayant son siège à Satigny (GE), dont le but est : « création et exploitation d'un bureau d'ingénieurs et de laboratoires, spécialisée dans l'étude et la direction de travaux de génie civil, d'équipements et d'aménagements, ainsi que de toutes constructions ; acquisition, exploitation et vente de tous brevets, licences, sous licences, tours de main et marques de fabrique ; administration de participations à toutes entreprises de la même branche ».

SD est une société anonyme de droit suisse ayant son siège à Lancy (GE) dont le but est : « exploitation d'un bureau technique, exécution de tous mandats pouvant être confiés à des ingénieurs civils, étude de tous projets ressortissant du domaine technique ou de branches annexes ».

GVH est une société anonyme de droit suisse ayant son siège à Tramelan (BE), dont le but est : « exploitation d'un bureau d'ingénieurs civils ».

- 3) Le groupement CK Pavillon est composé de Kung et associés SA (ci-après : Kung SA) et de Conus & Bignens SA.

Kung SA est une société anonyme de droit suisse ayant son siège à Lausanne et dont le but est : « exploitation de bureaux d'ingénieurs civils ; accomplissement de mandats d'ingénierie intégrée, de direction de travaux, de conseils, d'expertises et de logistique ; réalisation de projets de construction en qualité d'entreprise générale ».

Conus & Bignens SA est une société anonyme de droit suisse ayant son siège à Lausanne dont le but est : « exploitation d'un bureau d'ingénieurs civils ».

- 4) Sept offres ont été déposées dans les délais, dont celle du groupement GEPA pour CHF 3'854'828.- et celle de CK Pavillon pour un montant de CHF 3'812'988.-.

Il ressort du tableau multicritères que les notes obtenues étaient les suivantes :

- s'agissant de la note totale, CK Pavillon a obtenu la note de 4.20 alors que le groupement GEPA a obtenu celle de 4.28 ;
- pour le critère 1, CK Pavillon a obtenu la note de 3.95 et le groupement GEPA la note de 4.10 ;
- pour le critère 4, les recourants avaient obtenu la note de 3.0 et l'intimé celle de 4.03.

Le département a détaillé, dans un tableau intitulé « annexe F – notation détaillée », plusieurs sous-critères. Les sous-critères du critère 1 étaient les suivants :

« chef de projet et responsable génie civil et routier + adjoint », « projeteur (s) responsable (s) », « responsable (s) DLT » et « Planification des moyens et ressources ». Les notes obtenues étaient les suivantes :

- s'agissant du sous-critère 1, CK Pavillon a obtenu la note de 4.00 alors que le groupement GEPA a obtenu celle de 4.40 ;
- s'agissant du sous-critère 2, CK Pavillon a obtenu la note de 3.00 et le groupement GEPA la note de 4.50 ;
- s'agissant du sous-critère 3, les recourants ont obtenu la note de 4.0 et l'intimé celle de 5.0.

5) Par décision du 31 juillet 2019, l'OCCG ont informé CK Pavillon que le marché était octroyé au groupement GEPA pour le montant de CHF 3'569'286.-. L'offre de CK Pavillon était classée au deuxième rang.

6) Par acte mis à la poste le 12 août 2019, CK Pavillon a interjeté recours auprès de la chambre administrative contre la décision précitée, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours, et, principalement, à l'annulation de la décision attaquée et à l'octroi du marché public, et, subsidiairement, à l'annulation de la décision et au renvoi à l'autorité pour nouvelle décision.

Le pouvoir adjudicateur avait violé le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires ainsi que le principe de transparence. CK Pavillon remettait en question les notes qui lui avaient été attribuées pour les critères no 1 relatif à l'« Organisation pour l'exécution du marché » et n° 4, relatif à la « Formation ». S'agissant du premier critère, la note obtenue de 3.95 était contestée et s'agissant du deuxième critère, la note 3.0 était arbitrairement basse. En résumé, les critères avaient été appréciés de manière arbitraire par l'adjudicateur et, en refaisant les calculs, les recourants auraient dû arriver en première place.

7) Le 13 août 2019, la chambre administrative a fait interdiction à l'OCCG de conclure le contrat d'exécution de l'offre jusqu'à droit jugé sur la requête en restitution de l'effet suspensif.

8) Le 29 août 2019, le groupement GEPA a conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif. S'agissant du critère n° 1, le recours et la partie du dossier mis à sa disposition ne démontraient pas que la note attribuée à CK Pavillon, dont le dossier était moins bon que le sien, aurait été arbitraire ; il n'y avait pas de présentation de l'équipe de projets de CK Pavillon, ce qui était une différence notable par rapport à la présentation très détaillée de l'équipe de projets du groupement GEPA, avec ses réalisations passées. En ce qui concernait le critère n° 4, il résultait des formulaires que les trois entreprises formant le groupement GEPA fournissaient de très importants efforts en matière de formation des apprentis, de leurs jeunes diplômés et de formation continue, raison pour laquelle la note qui lui avait été

attribuée était parfaitement justifiée ; le recourant admettait au demeurant lui-même que l'entreprise Conus & Bignens SA ne permettait pas « un encadrement optimal pour la formation de jeunes apprentis, qui est chronophage ». Les chances de succès du recours étaient « toutes relatives », de sorte qu'il n'apparaissait pas suffisamment fondé, et CK Pavillon ne faisait valoir aucun intérêt privé prépondérant par rapport à l'intérêt public visant à décharger le trafic routier et permettant un meilleur accès d'un côté à l'autre de l'autoroute dans le secteur surchargé de Palexpo.

- 9) Le 22 août 2019, l'OCGC a conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif. Les recourants remettaient en question les notes qui leur avaient été attribuées pour les critères d'adjudication n^{os} 1 et 4. La décision de l'adjudicataire n'était pas arbitraire, dans la mesure où le comité d'évaluation – qui avait été choisi dans le respect des recommandations cantonales de la commission consultative cantonale sur les marchés publics pour les appels d'offres pour mandataire – avait procédé à un examen objectif des critères d'adjudication prévus par la grille d'évaluation, pour octroyer les notes à chaque candidat. Les recourants ne pouvaient pas prétendre à une note de 5 alors que les qualifications, leur expérience et les références qu'ils présentaient n'étaient pas en parfaite adéquation avec le cahier des charges ; la réalisation du viaduc sur le Rhône n'étant pas en parfaite adéquation avec un passage supérieur sur une autoroute, la note de 4 attribuée était justifiée. S'agissant en particulier du deuxième sous-critère du critère 1, intitulé « projeteur responsable », l'OCGC relevait que le groupement GEPA avait proposé un ingénieur civil diplômé EPFL, docteur en sciences, pour ce poste, alors que les recourants avaient proposé une dessinatrice en génie civil sans expérience en management ; d'autres candidats avaient proposé des ingénieurs civils pour ce poste ce qui démontrait qu'en matière de génie civil, un projeteur est un ingénieur et que ces derniers avaient eu une compréhension correcte du terme. Enfin, l'intérêt public à une exécution aussi rapide que possible de la décision d'adjudication, dont le report entraînerait des conséquences dommageables importantes, l'emportait sur l'intérêt privé des recourants, dont les chances de succès du recours étaient aléatoires.
- 10) Par réplique sur effet suspensif, CK Pavillon a persisté dans ses conclusions et sa précédente argumentation. Il a insisté sur le fait que le pouvoir adjudicateur avait, notamment, gravement violé le principe de la bonne foi et de la transparence, en privilégiant les candidats qui avaient proposé, pour le poste de « projeteur », un ingénieur, alors que ce poste correspondait à un dessinateur avec CFC ; l'OCGC n'avait dès lors pas respecté les critères annoncés. De plus, il n'y avait pas de situation d'urgence et le calendrier, mentionnant une période allant jusqu'en 2023, était « beaucoup trop vague, incohérent et injustifiable ».
- 11) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était 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, 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).

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/446/2017 précité consid. 2 ; ATA/62/2017 précité consid. 2 ; ATA/793/2015 précité consid. 2 ; ATA/60/2013 du 30 janvier 2013 consid. 5).

À teneur de l'art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 septembre 2017, les décisions sur effet suspensif sont prises par la présidente de ladite chambre, respectivement par la vice-présidente, ou en cas d'empêchement de celles-ci, par un juge.

- 3) a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics (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 derniers 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).

- 4) a. Le principe de la transparence garanti par les art. 1 al. 3 let. c AIMP et 24 RMP exige du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions, en spécifiant clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. Ceux-ci doivent être objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché. Le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères. Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable d'éléments d'appréciation ou de catégories, tels des sous-critères, qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne 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. De la même manière, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et éléments d'appréciation utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul, etc.) ne doivent pas nécessairement être portées par avance à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (ATF 130 I 241 consid. 5.1 ; ATA/695/2015 du 30 juin 2015 ; ATA/368/2015 du 21 avril 2015 ; ATA/972/2014 du 9 décembre 2014).

Ainsi, en vertu de l'art. 43 RMP, l'évaluation 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) ; le résultat de l'évaluation des offres fait l'objet d'un tableau comparatif (al. 2) ; 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 ; 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) ; l'adjudication de biens largement standardisés peut intervenir selon le critère du prix le plus bas (al. 4).

b. 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.

- 5) a. La recourante critique la notation des critères n° 1 relatif à l'« Organisation pour l'exécution du marché » et de ses sous-critères ainsi que du critère no 4, relatif à la « Formation ». Il ressort du tableau multicritères que, s'agissant du critère no 1, la recourante a totalisé 3.950 points alors que sa concurrente en a obtenu 4.095 ; s'agissant du critère no 4, la recourante a totalisé 3.0 points alors que sa concurrente

en a obtenu 4.03. La recourante a obtenu moins de points que l'adjudicataire pour ces deux critères, une note égale de 4.0 pour le critère no 3, soit les « qualités techniques de l'offre » et une note supérieure pour le critère no 2 de la « qualité économique de l'offre ». Toutefois, il y a lieu de garder à l'esprit que le critère n° 1 représentait une pondération de 50 %.

Le département a détaillé, dans un tableau intitulé « annexe F – notation détaillée », plusieurs sous-critères ayant fait la différence. Sur les trois premiers sous-critères du critère 1, l'intimée se voit attribuer des notes supérieures : pour le premier sous-critère, intitulé « chef de projet et responsable génie civil et routier + adjoint » l'intimé s'est vue attribuer la note 4.40 contre 4.00 à la recourante ; pour le deuxième sous-critère, intitulé « projeteur (s) responsable (s) », l'intimée s'est vue attribuer la note 4.50 contre 3.00 à la recourante ; pour le troisième sous-critère, intitulé « responsable (s) DLT », l'intimée s'est vue attribuer la note 5.00 contre 4.00 à la recourante. Cette dernière conteste essentiellement le deuxième sous-critère, en faisant valoir que le poste de « projeteur » correspond à un dessinateur avec CFC et non à un ingénieur, ce à quoi l'adjudicataire répond qu'en matière de génie civil un projeteur est un ingénieur, ce que d'autres candidats avaient également compris.

Les critiques émises par les recourants consistent, prima facie, principalement à substituer, sur chacun des critères et sous-critères décrits, leur propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, ce qui ne peut être admis. On ne voit pas, à première vue, en quoi les éléments d'appréciation dans les deux critères litigieux (et des trois sous-critères du critère n° 1) n'auraient pas fait l'objet d'une pondération correcte par le pouvoir adjudicateur, ce d'autant plus que l'examen des critères d'adjudication prévus par la grille d'évaluation pour octroyer les notes à chaque candidat a été effectué par le comité d'évaluation choisi dans le respect des recommandations cantonales de la commission ad hoc.

L'intérêt public à la réalisation rapide de l'ouvrage prévu allégué par le pouvoir adjudicateur est important pour des motifs de mobilité visant à décharger le trafic routier et permettant un meilleur accès d'un côté à l'autre de l'autoroute dans le secteur surchargé de Palexpo. Il prime l'intérêt privé des recourants à la conclusion du contrat ; ceux-ci ne font, au demeurant, valoir aucun intérêt privé prépondérant.

En l'état, les chances de succès du recours n'apparaissent pas suffisantes pour que la restitution de l'effet suspensif, exception en matière de marchés publics, puisse être accordée. La requête sera rejetée.

- 6) Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer 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), le présent arrêt peut être porté 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 ;

s'il 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. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision à Me Nicolas Saviaux, avocat du Groupement CK Pavillon, à l'office du génie civil, ainsi qu'à Me Christian Lüscher, avocat du Groupement GEPA.

La vice-présidente :

F. Krauskopf

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :