

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3003/2018-MARPU

ATA/1080/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 11 octobre 2018

sur effet suspensif

dans la cause

SOGETRI SA

représentée par Me Marc Balavoine, avocat

contre

SERVICES INDUSTRIELS DE GENÈVE

et

HECOR SÀRL, appelée en cause

Attendu, en fait, que :

1. Sogetri SA (ci-après : Sogetri) est une société anonyme de droit suisse inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) du canton de Genève ayant son siège à Carouge, et qui a pour but statutaire l'étude, la conception, la construction, l'exploitation et la gestion de centres de tri des déchets de chantier et assimilés ainsi que le financement de sociétés du groupe et l'émission de garanties.
2. En janvier 2009, les Services industriels de Genève (ci-après : SIG) ont mis en service, sur le site de la route du Bois-de-Bay à Satigny, une halle de traitement des mâchefers issus de l'incinération des déchets de l'usine des Cheneviers en vue de leur tri et de leur valorisation.
3. La société Hecor Sàrl (ci-après : Hecor), société à responsabilité limitée inscrite au RC du canton des Grisons, exploite depuis lors ce site après s'être vu adjuger, pour la dernière fois en 2015, ce marché.
4. Le 8 février 2017, les SIG ont fait paraître dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) et sur la plateforme internet simap (www.simap.ch) un appel d'offres en procédure ouverte, non soumis aux accords internationaux, portant sur un marché de services « Gestion du centre de traitement des mâchefers du Bois-de-Bay » (ci-après : le marché). Il était renvoyé aux documents d'appel d'offres s'agissant de la description des tâches, du lieu de la fourniture du service, des critères d'adjudication ou de la possibilité de proposer des variantes ou des offres partielles. La durée du marché, reconductible, était de douze mois depuis la signature du contrat. Le délai pour poser des questions par écrit était fixé au 22 février 2017, celui du dépôt des offres au 7 mars 2017 à 14h00.
5. Le 6 mars 2017, Hecor a soumis son offre aux SIG pour le marché pour un montant de CHF 388'333.-, toutes taxes comprises (ci-après : TTC).
6. Le 7 mars 2017, Sogetri a également soumis son offre aux SIG pour le marché pour un montant de CHF 279'316.18 TTC.
7. Le 7 mars 2017, les SIG ont procédé à l'ouverture des offres. Deux entreprises avaient soumissionné, à savoir Hecor et Sogetri.
8. À une date indéterminée, les SIG ont procédé à la notation des offres d'Hecor et de Sogetri pour le marché.

Hecor arrivait en tête du classement, avec 340,36 points, obtenant les notes de 2,81 pour le critère du prix (112,36 points), de 2,93 pour le critère de l'organisation (88 points) et de 4,67 pour le critère des références (140 points).

Sogetri était deuxième du classement, avec 336 points, obtenant les notes de 5 pour le critère du prix en tenant compte du prix corrigé (200 points), de 3,2 pour le

critère de l'organisation (96 points) et de 1,33 pour le critère des références (40 points).

9. Par décision non datée mais renvoyant à la date du timbre postal et intitulée « décision d'exclusion - offre non retenue », les SIG ont informé Sogetri qu'elle n'avait pas été retenue pour le marché, se basant sur l'art. 42 al. 1 let. a du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01). Elle n'avait pas respecté la rétribution de 5 % indiquée sur le contrat, qui faisait partie intégrante du dossier d'appel d'offres, en présentant une offre contenant un pourcentage supérieur, de 10 %. Son courriel du 20 mars 2017 ne pouvait, dans ce cadre, pas être pris en considération, à défaut d'avoir été signé par les personnes autorisées selon le RC, étant en outre précisé qu'il s'agissait d'une modification de son offre intervenue après la date de clôture de dépôt des soumissions.
10. Par une autre décision également non datée mais renvoyant à la date du timbre postal et notifiée exclusivement à Hecor, les SIG ont attribué le marché à cette dernière société pour un montant de CHF 388'333.- au motif que son offre remplissait pleinement les conditions lui permettant d'être adjudicataire.
11. Par acte expédié le 12 juin 2017, enregistré sous cause n° A/2571/2017, Sogetri a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision prononçant son exclusion du marché, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours et à l'octroi de mesures provisionnelles et, principalement, à l'annulation de la décision entreprise, à l'adjudication du marché en sa faveur, subsidiairement au renvoi du dossier aux SIG pour nouvelle décision au sens des considérants, plus subsidiairement à ce qu'il soit constaté que la décision était illicite et à la réserve de ses droits s'agissant de l'indemnisation du préjudice subi, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure.
12. Le 21 juillet 2017, Sogetri a formé un recours, enregistré sous cause n° A/3116/2017, auprès de la chambre administrative contre la décision des SIG adjugeant le marché à Hecor, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours, principalement à l'annulation de la décision entreprise et à l'attribution du marché en sa faveur, subsidiairement au renvoi de la cause aux SIG pour nouvelle décision au sens des considérants, plus subsidiairement à ce que l'illicéité de la décision soit constatée et à ce que ses droits en vue de réclamer l'indemnisation de son préjudice soient réservés.
13. Le 3 août 2017, le juge délégué a ordonné la jonction des causes n^{os} A/2571/2017 et A/3116/2017 sous la cause n° A/2571/2017 ainsi que l'appel en cause d'Hecor.
14. Par décision du 15 août 2017, la présidence de la chambre administrative a octroyé l'effet suspensif aux deux recours de Sogetri et réservé le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond.

15. Par arrêt du 20 février 2018 (ATA/148/2018), la chambre administrative a admis les recours, a annulé les décisions entreprises et a renvoyé le dossier aux SIG pour nouvelle décision d'adjudication après nouvelle évaluation au sens des considérants, à savoir que tant Sogetri que Hecor devaient à nouveau être évaluées dans ce cadre.

16. Par décision rendue à une date indéterminée en août 2018, les SIG ont attribué le marché à Hecor.

Selon le tableau d'analyse multicritères joint en annexe, Hecor arrivait en tête du classement, avec 353,96 points, obtenant les notes de 2,97 pour le critère du prix (118,76 points), de 3,17 pour le critère de l'organisation (95,10 points) et de 4,67 pour le critère des références (140,10 points).

Sogetri était deuxième, avec 350 points, obtenant les notes de 5 pour le critère du prix en tenant compte du prix corrigé, soit CHF 299'244.- (200 points), de 3,67 pour le critère de l'organisation (110,10 points) et de 1,33 pour le critère des références (39,90 points).

17. Par acte posté le 3 septembre 2018, Sogetri a interjeté recours auprès de la chambre administrative contre cette décision, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours, et principalement à l'annulation de la décision d'adjudication et à l'octroi du marché, ainsi qu'à l'allocation d'une indemnité de procédure.

Les SIG avaient considéré à tort que les références qu'elle avait fournies ne correspondaient pas, ou seulement partiellement, aux attentes, étant précisé qu'elle obtenait de meilleures notes que sa concurrente pour les deux autres critères. Sa première référence concernait un centre de tri mécanisé à La Praille ; la deuxième concernait la gestion d'un centre de traitement des mâchefers et tri des ferrailles et métaux en Seine-et-Marne, pour EUR 2'440'000.- par année, et la troisième la gestion d'un centre de traitement des mâchefers dans les Yvelines, soit également dans la région parisienne, pour un montant annuel de EUR 1'800'000.-. Hecor avait quant à elle cité sept références, qui concernaient en réalité trois marchés, à savoir le site du Bois-de-Bay, les Cheneviers, et Crer-Roveredo.

L'effet suspensif devait être octroyé. L'écart entre les deux sociétés était minime, et le recours avait de fortes chances de succès ; il suffisait que la note de 1,33 attribuée pour le critère des références passe à 1,5 pour qu'elle remporte le marché. L'intérêt de Sogetri à une adjudication conforme à la loi ainsi que ses intérêts financiers et commerciaux l'emportaient par ailleurs sur celui à une exécution rapide de la décision d'adjudication. Il n'existait aucune urgence justifiant une telle exécution, ce d'autant que les SIG avaient mis plus de six mois à rendre une nouvelle décision d'adjudication.

18. Le 21 septembre 2018, les SIG ont conclu au rejet de la demande d'effet suspensif.

L'évaluation des offres avait été réalisée par Monsieur Serge MOSER, du bureau MR Conseils, mandataire externe aux SIG. Aucun collaborateur des SIG n'avait participé.

Les deux références de Sogetri qui concernaient les deux centres de traitement des mâchefers en France n'étaient pas les siennes, mais uniquement celles d'un de leurs employés depuis 2015, Monsieur Vincent SPERANDIO ; tandis que celles d'Hecor étaient bien des références de cette société. La note de 1 pour les deux références qui n'étaient en fait pas celles de la société était parfaitement justifiée.

La troisième référence de Sogetri ne concernait pas les mâchefers, qui étaient l'objet du marché mis en soumission, donc la note de 2 était justifiée.

19. Hecor ne s'est quant à elle pas manifestée.
20. Le 8 octobre 2018, Sogetri a répliqué spontanément à l'écriture précitée, persistant dans les conclusions de son recours.

Les membres des SIG qui avaient participé à la première évaluation auraient dû se récuser, car les erreurs commises lors de la première procédure étaient lourdes. Quand bien même les SIG prétendaient que l'évaluation avait entièrement été effectuée par un mandataire externe, on pouvait en douter car c'étaient exactement les mêmes notes qui avaient été attribuées pour le critère des références. De plus, Monsieur Thierry GAUDREAU avait signé la décision attaquée.

Les deux références concernant des marchés exécutés par M. SPERANDIO devaient être prises en considération au bénéfice de Sogetri. Des jurisprudences cantonales, l'une vaudoise, l'autre tessinoise, avaient reconnu que les références personnelles des membres de la direction de l'entreprise devaient profiter à celle-ci. Les SIG citaient certes un arrêt jurassien, mais ce dernier n'était pas pertinent, et ne retenait nullement que les références personnelles d'une personne-clef du soumissionnaire ne devaient pas profiter à ce dernier.

21. Sur ce, la cause a été gardée à juger sur la question de l'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 RMP.

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).

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* in RDAF 2004, p. 241).

4. 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.

- 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).
- b. 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).
5. a. Bien que les références puissent constituer un critère d'aptitude, ou de qualification (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7208/2014 du 13 mars 2016 consid. 3.1), elles sont utilisées dans le cas d'espèce comme critère d'adjudication, ce qui est admissible (ATF 139 II 489 consid. 2.2.4 = JdT 2014 I 84, 88), et explique qu'elles aient fait l'objet d'une notation.
- b. La question de l'attribution des références d'une personne-clef du personnel d'une entreprise soumissionnaire à cette dernière n'a pas encore été expressément traitée par le Tribunal fédéral. En particulier, l'ATF 139 II 489 précité ne traite pas cette question, mais plutôt celle de la prise en compte de références non données spontanément par le soumissionnaire et de la possibilité pour ce dernier de se déterminer sur les renseignements obtenus. La chambre de céans n'a pour l'instant pas davantage traité ce problème.

Il existe cependant des jurisprudences cantonales, qui semblent à première vue aller plutôt dans le sens d'une prise en compte des références personnelles des personnes-clefs et non seulement des références d'entreprise (arrêt du Tribunal administratif tessinois du 6 décembre 2012 cité in DC 2013 205 ss, n. 276 ; arrêt de la cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois du 2 novembre 2015, cité in RDAF 2017 I 517 s. ; plus réservé, du moins dans la mesure où les références concernées ne mentionnaient pas tous les aspects utiles : arrêt du Tribunal administratif des Grisons, U 17 15 du 4 mai 2017, cité in DC 1/2018 52 n. 53).

6. Dès lors, en l'état et à première vue – en raison de ces références jurisprudentielles et dans la mesure où il n'est apparemment pas contesté que M. SPERANDIO soit toujours une personne-clef chez la recourante, et qu'il soit impliqué le cas échéant dans le marché litigieux –, le recours apparaît comme doté d'assez bonnes chances de succès, qu'il convient en outre de mettre en relation avec le très faible écart de notation globale qui sépare les deux offres soumises.

Il apparaît par ailleurs – comme déjà constaté dans l'ATA/1179/2017 du 15 août 2017 – que dans la mesure où le marché concerne un processus d'exploitation, et que celle-ci est effectuée actuellement par l'adjudicataire désigné par les SIG et contesté par la recourante, aucun intérêt prépondérant ne s'oppose à l'octroi de l'effet suspensif au présent recours. L'exploitation du site selon les modalités prévalant jusqu'à présent peut en effet se poursuivre sans entraîner aucun préjudice particulier ni pour les SIG, ni pour l'appelée en cause.

Il découle de ce qui précède que l'effet suspensif sera octroyé au présent recours.

7. Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

restitue 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, en copie, à Me Marc Balavoine, avocat de la recourante, aux Services industriels de Genève, ainsi qu'à Hecor Sarl, appelée en cause.

La vice-présidente :

F. Krauskopf

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :