

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3028/2019-MARPU

ATA/1354/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 9 septembre 2019

sur effet suspensif

dans la cause

ONET (SUISSE) SA

représentée par Me Léonard Bruchez, avocat

contre

AÉROPORT INTERNATIONAL DE GENÈVE

et

TOPNET SA

représentée par Me Claudio Fedele, avocat

Vu le recours interjeté le 5 août 2019 auprès de la chambre administrative de la Cour de justice par Onet (Suisse) SA (ci-après : Onet) contre la décision de l'Aéroport international de Genève (ci-après : AIG) du 24 juillet 2019 excluant Onet de la procédure de marché public relative au lot n° 4 du marché public relatif au nettoyage de l'aéroport et l'informant que ledit lot avait été adjugé à Topnet SA (ci-après : Topnet) ; qu'Onet conclut, préalablement, à la restitution de l'effet suspensif, à la production par AIG du rapport d'analyse des experts ayant évalué les offres ainsi que de la décision relative au lot n° 1 ; principalement, elle conclut à l'annulation des décisions d'exclusion, à ce qu'il soit ordonné à AIG d'évaluer l'ensemble de ses offres et de procéder à une nouvelle adjudication des offres reçues ;

qu'Onet est une société inscrite au registre du commerce du canton de Vaud, active dans les services de nettoyage ;

que AIG a publié sur le site simap, le 8 mai 2019, un appel d'offres, soumis aux accords internationaux intitulé « nettoyage du site de l'aéroport de Genève », divisé en huit lots, l'exécution du marché étant prévue sur une durée de cinq ans, à compter du 1^{er} novembre 2019 ;

que le lot n° 4, intitulé « T1 Autres Locaux » a pour objet « les prestations de nettoyage des locaux de l'aérogare T1 non-inclus dans les lots 1 ou 2 et comprend entre autres les bureaux, salles de conférences, toilettes (collaborateurs), circulations (collaborateurs), cuisinettes ainsi que l'ensemble des guichets du bâtiment » ; le cahier des charges précisait les surfaces à traiter et la nature des sols ;

qu'aux termes des conditions administratives (ci-après : CA), un soumissionnaire ne pouvait déposer qu'une seule offre par lot, mais pouvait soumissionner pour chaque lot ; il ne pouvait remporter qu'un seul lot (ch. 2.2.5) ; les critères d'adjudication et leur pondération étaient détaillés pour chaque lot (ch. 5) ;

que le soumissionnaire devait produire une Annexe A intitulée « aptitude », sensée démontrer une capacité suffisante pour prendre en charge l'un des lots, en indiquant la référence d'un marché en cours assumé « en nom propre (sans recourt à la sous-traitance, ni en tant qu'associé d'autres entreprises) » et dont le montant était d'au moins 70 % du montant de son offre la plus importante parmi les huit lots ; que l'Annexe A précise que la référence d'aptitude est indépendante des références exigées par l'Annexe Q8 ;

que Onet a soumissionné pour l'ensemble des lots ; que dans l'annexe A, elle a indiqué comme client la Cour de justice de l'Union européenne dont le marché en cours avait une valeur de € 3'000'000.- s'étendant sur une période de près de dix ans ;

que, pour l'annexe Q8, « quantité et qualité des références », Onet a, notamment, produit des pièces relatives aux prestations de nettoyage accomplies par elle et d'autres filiales du groupe Onet pour différents aéroports ;

que l'offre d'Onet pour le lot n° 4 s'élevait à CHF 2'123'428.- ;

que le 10 juillet 2019, Prodem Conseils Sàrl (ci-après : Prodem), mandatée par AIG pour l'organisation du marché public, a demandé à Onet de clarifier au sujet de l'annexe A, qui se rapportait à un marché prenant place au Luxembourg, la raison sociale de l'entité qui l'assumait ;

qu'Onet a répondu en fournissant un extrait du registre du commerce relatif à Onet Luxembourg Sàrl ainsi que la lettre et l'avis d'attribution du marché luxembourgeois à cette société ;

que, par décision d'adjudication du 24 juillet 2019 notifiée par pli recommandé, Onet a été informée qu'elle avait été exclue du marché public relatif au lot n° 4 et que celui-ci avait été attribué à Topnet pour un montant de CHF 2'040'000.05 ; l'offre de cette dernière remplissait les conditions et était économiquement plus avantageuse ; l'offre d'Onet ne remplissait pas les conditions d'aptitude de l'Annexe A, la raison sociale figurant dans l'annexe se rapportant à Onet Luxembourg Sàrl, de sorte qu'il ne s'agissait pas d'un marché assumé par Onet en son nom propre tel que l'exigeait l'art. 2.3.3. des CA et la consigne relative à l'annexe A ; par conséquent, Onet était exclue du marché public ;

qu'était jointe à la décision la grille multicritères relative à l'offre de Topnet ;

que treize sociétés ont soumissionné pour le lot n° 4, dont trois n'ont d'emblée pas rempli les conditions formelles, étant arrivées hors délai ;

que dans son recours concernant l'ensemble des huit lots, Onet expose qu'elle est détenue par Onet (France) SA, elle-même détenue par Holding Reinier, et qu'elle fait partie du groupe Onet présent dans de nombreux pays ; que selon un « contrat d'assistance technique et administrative » liant Onet (France) SA à Onet, la première procède à des études financières, techniques et commerciale en faveur de la seconde et met, dans la limite de ses propres objectifs et disponibilités, les moyens humains et matériels nécessaires à disposition de celle-ci ; qu'Onet fait ainsi valoir que son exclusion viole le principe selon lequel lorsqu'un soumissionnaire est membre d'un groupe de société, il doit faire l'objet d'une appréciation d'ensemble, ce qui implique que les prestations et références des autres membres du groupe sont également valables ; Onet Cleaning and Services (Luxembourg) était détenue, comme elle, par Onet (France) SA ;

qu'elle ignorait comment le comité d'évaluation des offres avait procédé aux évaluations et si tous les membres du comité avaient été consultés sur son exclusion ; elle n'avait pas encore pu accéder au procès-verbaux d'ouverture des offres et réservait ses droits à cet égard ; de même, elle ignorait si les membres du comité d'évaluation avaient été interrogés sur de possibles conflits d'intérêts ; elle s'étonnait de ce que les sociétés CTA Services SA et TN Technique du Nettoyage SA, qui appartenaient au même groupe, aient pu obtenir deux lots alors qu'elles auraient dû être exclues ; une entrevue avec AIG était prévue le 5 août 2019 pour obtenir des éclaircissements ;

qu'elle réclamait la restitution de l'effet suspensif, faisant valoir ses bonnes chances de succès au regard de la jurisprudence éprouvée voulant que pour l'appréciation de l'aptitude d'une société membre d'un groupe, il convenait de tenir comptes des compétences mobilisables par la société-mère si la société soumissionnaire pouvait démontrer que les ressources de la société-mère lui étaient disponibles pour l'exécution de la prestation en cause ; les certificats qu'elle avait produits démontraient qu'elle avait l'aptitude nécessaire pour exécuter le mandat ; en outre, qu'elle n'avait pas reçu le tableau des résultats ; le principe de transparence et le droit d'être entendu avaient ainsi été violés ;

qu'AIG a conclu au rejet de la demande de mesures provisionnelles ; qu'il expose qu'afin d'éviter tout conflit d'intérêt avec son responsable du service des prestations d'entretien, il avait décidé de l'écarter de sa procédure d'appel d'offre et d'en confier l'organisation à un mandataire expert externe ; qu'en vue de s'assurer que le soumissionnaire soit apte à assumer le lot mis au concours, il avait, notamment, requis une référence d'un marché en cours assumé en son nom et dont le montant équivalait au moins au 70% de son offre la plus importante ; qu'AIG avait répondu à 23 questions posées sur le forum simap, dont celle de la recourante consistant à savoir si une référence pouvait concerner un marché exécuté hors de la Suisse ; qu'il y avait répondu que cela était possible, mais que le marché en question devait être exécuté « par le soumissionnaire en tant que société distincte [...] toute référence concernant une autre société qu'elle appartienne ou non au même groupe de société sera irrecevable » ;

qu'AIG a exposé que lors de la rencontre, le 5 août 2019, avec le directeur d'Onet, celui-ci avait reconnu qu'elle n'avait pas joint à son offre une référence qualifiante ; à aucun moment, le directeur précité ou un autre représentant d'Onet n'avait sollicité la production des procès-verbaux d'ouverture des offres ou les rapports d'évaluation de celles-ci ;

qu'AIG a notamment produit l'ensemble des offres reçues, les procès-verbaux d'ouverture des offres, comprenant également les déclarations des personnes présentes indiquant qu'elles n'avaient pas de conflit d'intérêts ;

que par courrier du 23 août 2019, AIG a précisé que l'identité du client cité par l'adjudicataire du lot n°1 dans son Annexe A ne devait pas être divulguée ; qu'il en allait de même des documents contractuels joints par l'adjudicataire du lot n° 8 à l'échange électronique lié à son Annexe A ; les rapports annuels des comptes 2016 et 2017 des sociétés adjudicataires des lots n° 3 et 8 étaient également confidentiels ainsi que les données relatives à la composition de la masse salariale de l'adjudicataire du lot n° 4 ;

que Topnet a conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif ; qu'elle a insisté sur les conséquences financières importantes que pourrait avoir pour elle le report de l'entrée en vigueur du contrat qui lui a été adjugé ;

que pour des raisons tant de confidentialité que de simplification, la chambre de céans a ouvert des procédures distinctes pour chaque lot ;

que les déterminations d'AIG et de Topnet ont été transmises à la recourante, avec l'indication qu'elle pouvait venir consulter les pièces non confidentielles transmises par les intimés ;

que dans sa réplique, la recourante a pris note que la chambre de céans avait ouvert une procédure distincte pour chaque lot ; elle a insisté sur son aptitude à assumer le marché, notamment le lot n° 4 ; la soumission « en nom propre » visait à garantir la transparence de la soumission et non l'aptitude au marché ; par ailleurs, le fait que AIG ait attendu le mois de mai 2019 avant de lancer l'appel d'offres ne pouvait servir de motif justifiant l'absence d'effet suspensif au recours ;

que la recourante a, encore, fait valoir qu'afin de pouvoir vérifier que de Topnet satisfaisait aux conditions du chiffre 2.3.2/4 des CA, elle devait avoir accès à tout le dossier de Topnet, notamment l'Annexe A produite par celle-ci ;

que, par courrier du 30 août 2019, la chambre de céans a informé les parties que la cause était gardée à juger sur effet suspensif ;

Considérant, en droit, que, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est 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 la présidente de la chambre administrative a compétence pour statuer seule (art. 21 et 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - GE - E 5 10 ; art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 26 septembre 2017) ;

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/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 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zurich 2010, p. 317) ;

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/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) ;

que 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 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) ;

qu'aux termes de l'art. 42 al. 1 let. a RMP, l'offre est écartée d'office lorsque le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non-conforme aux exigences ou au cahier des charges ;

que 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) ;

qu'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) ;

qu'en l'espèce, il convient en premier lieu de considérer, avec la recourante, que l'urgence alléguée par le pouvoir adjudicateur, qui résulte du retard engendré par la tardiveté de son appel d'offre, ne saurait justifier le refus d'octroyer l'effet suspensif au recours ;

que, cela étant, il apparaît, prima facie et sans préjudice de l'examen au fond, que celui-ci ne présente que de faibles chances de succès ;

qu'en effet, en tant que l'appel d'offres prévoyait la possibilité pour un soumissionnaire de postuler pour plusieurs lots, les griefs de la recourante quant au fait que des sociétés filiales ou appartenant au même groupe auraient postulé pour différents lots, apparaît, à première vue, tardif, dès lors que ce grief aurait dû être formé contre l'appel d'offres ;

qu'en outre, les CA ne prévoient pas les mêmes conditions que celles décrites dans l'ATA/1355/2018 cité par la recourante, qui précisaient que le soumissionnaire ne pouvait présenter une offre que pour un des trois lots mis au concours et abordaient la situation des

succursales et filiales, de sorte que cette jurisprudence n'apparaît pas directement applicable au présent cas ;

que, par ailleurs, le chiffre 2.3.2 des CA prévoit sous son chiffre 4 que le soumissionnaire doit démontrer une capacité suffisante pour prendre en charge le lot « par la référence d'un marché en cours qu'il assume en son nom propre et dont le montant hors TVA équivaut à au moins 70 % du montant de son offre la plus importante parmi les huit lots » ; interpellé par la recourante à ce sujet, AIG a précisé dans le forum de questions que la référence pouvait concerner un marché exécuté hors de Suisse, mais devait obligatoirement concerner un marché exécuté par le soumissionnaire en tant que société distincte ; AIG précisait que toute référence à une autre société, qu'elle appartienne ou non au même groupe, n'était pas recevable ;

que la recourante a indiqué, dans l'annexe A relative à l'aptitude à exécuter le marché comme nom du client la Cour de justice de l'Union européenne ; qu'il ressort cependant des explications et pièces qu'elle a fournies que ce marché a été obtenu par Onet Luxembourg Sàrl, dont le siège se trouve au Luxembourg ; qu'elle reconnaît ce fait, mais expose qu'en tant que membre d'un groupe de sociétés, elle pouvait se prévaloir de l'aptitude d'une autre société du groupe dès lors qu'elle pouvait démontrer que les ressources de cette société lui étaient disponibles pour l'exécution du marché en cause ;

que la question de savoir si cette manière de faire est admissible est délicate ; que, quoi qu'il en soit, la recourante n'a pas rendu vraisemblable qu'Onet Luxembourg Sàrl n'aurait pas assumé seule le mandat précité ; qu'elle ne rend, à ce stade, pas non plus vraisemblable que la société luxembourgeoise aurait assumé ledit mandat grâce à l'aide apportée par Onet (France) SA ; ainsi, prima facie et sans préjudice de l'examen au fond, le fait qu'il existe une collaboration entre Onet (France) SA et la recourante ne permet pas de retenir que l'aptitude démontrée d'Onet Luxembourg Sàrl à assumer le mandat qui lui a été confié au Luxembourg serait transposable telle quelle à la recourante ;

qu'en outre, l'organisateur du marché avait expressément demandé à la recourante de fournir plus d'informations sur le marché référencé dans l'annexe A, notamment l'extrait du registre du commerce de la société luxembourgeoise démontrant le rattachement à 100 % de cette filiale à la recourante ; qu'il ressort toutefois de l'extrait produit par celle-ci que, sous réserve d'une action, la société luxembourgeoise est détenue à 100 % pour Onet (France) SA ;

qu'en outre, il n'apparaît pas, à première vue, que les explications et documents fournis dans le recours quant à la possibilité pour Onet de s'appuyer sur les moyens et ressources de sa société-mère auraient été exposés précédemment à l'autorité adjudicatrice ; que, toutefois, est déterminante, dans l'examen du bienfondé de la décision, la situation telle qu'elle se présentait au moment de la décision d'adjudication et non celle qui ressortirait d'un éventuel recours (ATF 143 I 177 consid. 2.5.3) ; que pour ce motif également, il est douteux que la recourante puisse se prévaloir, au titre du critère d'aptitude, d'une référence concernant une société appartenant au même groupe ;

que, par ailleurs, le critère de l'aptitude n'est pas négligeable, celui-ci devant permettre d'évaluer la capacité du soumissionnaire à assumer le marché en question ; qu'il ressort d'ailleurs des rapports d'évaluation relatifs aux lots n° 1 à 4 et 7 que ce critère a également conduit à écarter d'autres sociétés qui avaient soumissionné pour ces lots ;

qu'il apparaît, de plus, que d'autres sociétés ont également été invitées à fournir des précisions au sujet du mandat cité dans leur Annexe A, comme cela ressort notamment des pièces 15, 18, 19 de l'intimé ;

qu'ainsi, le reproche d'une inégalité de traitement entre soumissionnaires n'apparaît, prima face, pas fondé ;

qu'en outre, l'intimé a produit les attestations des personnes ayant assisté à l'ouverture des offres indiquant qu'elles n'avaient pas de conflit d'intérêts, les procès-verbaux d'ouverture des offres ainsi que les évaluations détaillées de ces dernières ;

qu'au regard des pièces produites, aucun vice de forme ne semble, à première vue et sans préjudice de l'examen au fond, avoir été commis ; la recourante ne l'a d'ailleurs plus soutenu dans sa réplique ;

qu'au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de restituer l'effet suspensif au recours ;

qu'il sera statué sur les frais de la présente décision avec l'arrêt au fond ;

que pour le surplus, une copie de l'Annexe A relative à Topnet, produite par l'intimé avec son dossier, sera adressée à la recourante, celle-ci en ayant expressément requis la production dans sa réplique ;

qu'il est rappelé à la recourante, comme cela lui a déjà été indiqué par courrier de la chambre de céans du 23 août 2019, qu'elle peut venir consulter les pièces du dossier au greffe de celle-ci, sur demande préalable par téléphone.

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](#)), 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 Me Léonard Bruchez, avocat de la recourante, à Me Claudio Fedele, avocat de Topnet SA, à l'Aéroport international de Genève, ainsi qu'à la Commission de la concurrence.

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :