

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3123/2012-MARPU

ATA/851/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 20 décembre 2012

sur effet suspensif

dans la cause

F. BERNASCONI & CIE S.A.

représentée par Me Alexandre Zen-Ruffinen, avocat

contre

GROUPEMENT IMPLENIA/SORACO, appelé en cause
représenté par Me Olivier Rodondi, avocat

et

SERVICES INDUSTRIELS DE GENÈVE

Attendu en fait que :

1. Par décision du 2 octobre 2012, les Services Industriels de Genève (ci-après : SIG) ont attribué le marché « CAD Tourelle-Lehmann / liaison Coudriers - Palexpo / Lot Pommier - Palexpo » au groupement d'entreprises Implenia/Soraco (ci-après : Implenia/Soraco) pour la somme, hors T.V.A, de CHF 2'486'167,70.

F. Bernasconi & Cie S.A. (ci-après : Bernasconi) a été informée le même jour que son offre, de CHF 2'579'555,60, était écartée.

Selon le dossier d'appel d'offres, le critère « qualité économique de l'offre » avait un poids de 70 % et le critère « planning, références et moyens mis en œuvre » un poids de 30 %.

Ledit dossier précisait qu'« un critère d'adjudication peut être divisé en éléments d'appréciation. Si le nombre et l'ordre d'importance des critères sont définitifs et annoncés préalablement, l'adjudicataire se réserve le droit de fixer autant d'éléments d'appréciation qu'il est nécessaire pour départager les soumissionnaires, ceci en respectant l'égalité de traitement et le principe de la transparence. Des éléments d'appréciation sont en relation directe avec un des critères principaux ».

Bernasconi s'était vu attribuer la note de 4,7 sur 5 pour le premier critère et celle de 3,4 sur 5 pour le second, alors qu'Implenia avait reçu la note de 4,45 sur 5 pour le premier et de 4,5 sur 5 sur le second.

2. Par acte mis à la poste le 15 octobre 2012 et reçu par la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) le 17 octobre 2012, Bernasconi a formé recours contre la décision précitée.

Elle aurait dû se voir attribuer la note maximum pour le premier critère, en application de la méthode dite « T3 au cube » dès lors que son offre était la plus basse. Les SIG avaient recouru à un sous-critère concernant la crédibilité du prix dont la méthode d'évaluation n'était pas connue des concurrents. Ledit sous-critère, qui paraissait avoir un poids du tiers de la note finale du critère et revêtir une importance majeure n'ayant pas été publié, le principe de la transparence était violé.

De plus, la méthode utilisée pénalisait les offres nettement plus basses sans permettre aux soumissionnaires de se justifier, ce qui violait la procédure prévue par l'article 40 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) concernant les offres anormalement basses et le droit d'être entendu de Bernasconi.

Bernasconi concluait préalablement à la restitution de l'effet suspensif.

3. Appelée en cause, Implenla/Soraco s'est déterminée le 26 octobre 2012 au sujet de la restitution de l'effet suspensif. Cette dernière constituait une exception devant être examinée *prima facie*.

La notion de « qualité économique de l'offre » utilisée pour le critère litigieux ne se limitait pas au seul prix et n'était pas équivoque. Les sous-critères ou catégories tendant uniquement à concrétiser les éléments inhérents aux critères publiés n'avaient pas à être détaillés dans l'appel d'offres, selon la jurisprudence.

L'offre d'Implenla/Soraco ne pouvait être qualifiée d'anormalement basse dès lors qu'elle était inférieure de 4 % seulement à celle retenue par les SIG.

4. Le 26 octobre 2012, les SIG se sont aussi opposés à la restitution de l'effet suspensif. Le principe de la transparence n'avait pas été violé, les sous-critères n'ayant pas à être communiqués systématiquement. L'offre d'Implenla/Soraco avait été jugée crédible. La recourante avait été considérée comme étant douteuse sur certains éléments, ce qui avait entraîné une note inférieure pour le sous-critère de la crédibilité du prix.

Le fait que des offres, dans le cadre d'un autre marché, aient été évaluées sans référence à ce sous-critère n'était pas pertinent et ne constituait pas une inégalité de traitement.

Les travaux devaient être réalisés durant les mois de janvier et février, au vu de leur proximité avec Palexpo, et l'octroi de l'effet suspensif reporterait le chantier d'une année.

5. Par courrier daté du 15 octobre 2012 et reçu par la chambre administrative le 13 novembre 2012, Bernasconi a répliqué sur effet suspensif, maintenant et développant sa position. La procédure utilisée pour évaluer la crédibilité du prix demeurait obscure au vu des pièces produites par les SIG. Il n'y avait de plus aucune urgence à ce que le chantier débute.

Considérant en droit que :

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est *prima facie* recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Aux termes des art. 17 al. 1 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et 58 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), le recours n'a pas effet suspensif. Toutefois, 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 (art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP).

« 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 chance 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 » (B. BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in J.-B. ZUFFEREY/H. STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zürich 2010, pp. 311-341, n. 15 p. 317).

La restitution de l'effet suspensif constitue une exception en matière de marchés publics et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/383/2012 du 13 juin 2012 consid. 3 ; ATA/76/2012 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).

3. Par rapport à l'examen *prima facie* qui prévaut dans le cadre de l'estimation des chances de succès du recours, les principaux griefs développés au fond se rapportent aux sous-critères utilisés pour apprécier le critère « qualité économique de l'offre », qui violeraient le principe de la transparence, ainsi qu'à une violation de l'art 41 RMP et du droit d'être entendu de la recourante, liée à l'absence d'interpellation concernant l'offre qualifiée d'anormalement basse.

- a. Le critère en question est, à teneur du dossier, composé pour 30 % du sous-critère « crédibilité du prix » et pour 70 % du prix en lui-même, apprécié selon la méthode « T3 au cube ». La question de la crédibilité du prix apparaît intimement liée au critère principal, dont le nom indique en lui-même qu'il n'englobe pas uniquement le prix. Il représente ainsi 21 % du référentiel. Ces éléments ne permettent pas de retenir, *prima facie*, que le sous-critère litigieux aurait dû constituer un critère principal annoncé dans les documents d'appel d'offres (Arrêt du Tribunal fédéral 2P_172/2002 du 10 mars 2003 ; ATA /94/2005 du 1^{er} mars 2005).

- b. Selon l'art. 41 RMP, l'autorité adjudicatrice doit demander au soumissionnaire de justifier ses prix en présence d'une offre paraissant anormalement basse.

En l'espèce, l'offre de Bernasconi n'est inférieure que de 4 % à celle formulée par Implenla ; elle ne peut donc, à première vue, être qualifiée d'anormalement basse (ATA/337/2010 du 18 mai 2010)

4. Au vu de ce qui précède, force est de constater que les chances de succès du recours sont faibles.

En outre, l'intérêt public à ce que le chantier en question puisse aller de l'avant, au vu des contraintes temporelles liées à son emplacement, l'emporte sur l'intérêt privé de la recourante, principalement de nature pécuniaire (A/1550/2012 du 13 juin 2012).

La restitution de l'effet suspensif sera dès lors refusée (art. 58 RMP, 66 al. 2 LPA et 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010). Le sort des frais de la procédure étant réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la demande de restitution de 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 ; 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, en copie, à Me Alexandre Zen-Ruffinen, avocat de la recourante, à Me Olivier Rodondi, avocat du Groupement Implen/Soraco, appelé en cause, ainsi qu'aux Services Industriels de Genève.

La présidente :

E. Hurni

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :