

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3267/2014-MARPU

ATA/1037/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 19 décembre 2014

sur effet suspensif

dans la cause

IMPLENIA SUISSE SA

représentée par Me Olivier Rodondi, avocat

contre

COMMUNE DE LANCY

représentée par Me Bertrand R. Reich, avocat

et

MARTI CONSTRUCTION SA, appelée en cause

représentée par Me Alain Maunoir, avocat

Vu l'art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010 ;

Attendu qu'il ressort du dossier les faits suivants :

- 1) En date du 4 mars 2014, dans le cadre d'un projet intitulé « Le Megaron - construction d'un parking - déplacement voies tram et construction d'un centre associatif à Lancy » (d'une part, centre associatif de 18'000 m² permettant de regrouper sous le même toit une salle de cours et d'informatique, une ludothèque, une salle polyvalente, plusieurs associations et des maisons de quartier, un arrêt de tramway, quelques terrains de jeux et de pétanque et un parking souterrain de deux niveaux, d'autre part, un centre sportif et culturel de 3'470 m² qui accueillera une bibliothèque-médiathèque et une salle omnisport), devisé à environ CHF 30'000'000.- au total, la commune de Lancy (ci-après : la commune) a publié un appel d'offres, avec délai de dépôt au 15 avril 2014, en procédure ouverte, soumis aux accords internationaux, divisé en plusieurs marchés.

L'entité organisatrice de cet appel d'offres était l'atelier d'architecte Brodbeck-Roulet SA, sis à Carouge. La commune était en outre conseillée pour plusieurs points - dont la structure - par BG Ingénieurs Conseils SA (ci-après : BG), sise à Lausanne (VD).

Le premier marché portait sur des « travaux spéciaux et terrassement » (CFC 201), dont le début de l'exécution était prévue le 3 novembre 2014 et qui comprenaient : les installations de chantier et pistes de chantier nécessaires à la réalisation des parois moulées et des pieux, les palissades et clôture de chantier ; les travaux de défrichage ; le décapage de la terre végétale ; la démolition des réseaux présents sur le site ; la réalisation des parois moulées en deux étapes ; la réalisation des poteaux-préfondés qui soutiennent la dalle de couverture du parking ; la préparation de la surface pour le bétonnage de la dalle sur sous-sol -1 ; le terrassement en taupe en deux étapes ; la démolition des voies de tramway et de l'arrêt de tramway ; la mise en place de boulets drainants et de béton maigre sur le fond de fouille.

Les critères d'évaluation étaient les suivants :

1. montant et crédibilité de l'offre (pondéré à 50 %) ;
2. organisation du candidat pour l'exécution du marché (pondéré à 30 %) ;
3. références du candidat (pondéré à 20 %).

D'après le ch. 2.5 du dossier d'appel d'offres, « à la remise de l'offre, le soumissionnaire [devait] indiquer le type et la part des prestations qui [seraient] sous-

traitées, ainsi que le nom et le domicile - ou le siège - de ses sous-traitants » et « l'autorité adjudicatrice [pouvait] exiger des soumissionnaires qu'ils fournissent, pièces justificatives à l'appui, toutes indications utiles quant aux conditions envisagées pour leur appel à sous-traitants » ; en outre, « si le sous-traitant [n'était] pas connu lors du dépôt d'une offre, il [serait] soumis à l'approbation expresse du Maître d'Ouvrage avec présentation des attestations exigées sous chiffre 7, préalablement à son intervention sur le chantier ».

Selon le ch. 4.1 du dossier d'appel d'offres, le critère « références » serait jugé sur la base des renseignements fournis par le candidat et des expériences antérieures du maître de l'ouvrage avec celui-ci.

À teneur de l'annexe 1 aux conditions particulières du marché CFC 201 établie par BG, les références de projets seraient évaluées sur la base des sous-critères suivants : rapport avec le type de marché à exécuter (paroi moulée, pieux, fouille en milieu urbain) ; montant des travaux ; date de réalisation. « Les références des personnes clés (CVs) [seraient] évaluées en fonction de leur expérience (en années et en nombre de projets) pour des projets similaires. La note [pouvait] être majorée si une des références [concernait] un projet de fouille réalisé en taupe. La note [pouvait] être majorée si une des références [concernait] un projet de fouille comprenant des poteaux profonds. La note [pouvait] être diminuée selon l'expérience du Maître de l'ouvrage avec l'entreprise. »

En p. 7 du dossier d'appel d'offres, les soumissionnaires devaient mentionner des « réalisations/références » aux caractéristiques suivantes : « d'affectation et d'ampleur analogue à la présente offre » ; « effectué (sic) au cours des cinq dernières années » ; « mise en évidence de réalisations pour la Ville de Lancy » ; « trois références minimum, et cinq maximum - tout document graphique supplémentaire à la liste ci-dessous ne sera pas pris en compte ».

- 2) Le 15 avril 2014, Implenia Suisse SA, « Construction Suisse romande », sise à Onex, a déposé son offre pour le marché CFC 201, pour un montant total de CHF 5'979'829.50 hors TVA, CHF 6'458'215.85 TVA comprise.

Le même jour, Marti Construction SA, succursale de Meyrin de Marti Construction SA, sise à Lausanne (VD), a déposé son offre pour ledit marché, pour un montant total de CHF 5'913'532.75 hors TVA, CHF 6'386'615.35 TVA comprise.

Quatre autres sociétés ont chacune déposé une offre.

- 3) Dans son rapport d'analyse des offres du marché CFC 201 du 1^{er} octobre 2014, BG a attribué, pour le critère « montant et crédibilité de l'offre », la note de 5,00 à Marti Construction SA et celle de 4,84 à Implenia Suisse SA, pour le critère « organisation du candidat pour l'exécution du marché », la note de 3,00 à chacune de ces deux sociétés, enfin, pour le critère « références du candidat », la note de 4,00

également à chacune des deux, soit au total la note de 4,20 pour Marti Construction SA et celle de 4,12 pour Implenia Suisse SA.

Sur la base de ce rapport et de ses annexes, BG a proposé à la commune de mandater, pour l'exécution de ce marché, Marti Construction SA, qui présentait l'offre économiquement la plus avantageuse.

- 4) Par décision du 13 octobre 2013, reçue le lendemain par Implenia Suisse SA, la commune a informé cette dernière de ce qu'elle avait adjugé le marché CFC 201 à Marti Construction SA pour un montant de CHF 5'913'532.75 hors TVA, offre jugée économiquement la plus avantageuse, conformément à la grille d'évaluation annexée et qui faisait partie intégrante de la décision. Implenia Suisse SA était classée en 2^{ème} place.
- 5) Par acte expédié le 24 octobre 2014 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), Implenia Suisse SA a formé recours contre cette décision, concluant, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif au recours, au fond, principalement à ce que ladite décision devait être réformée en ce sens que le marché CFC 201 devait lui être adjugé, subsidiairement à l'annulation de celle-ci et au renvoi du dossier à l'adjudicateur.
- 6) Par lettres du 29 octobre 2014, le juge délégué de la chambre administrative a interdit à la commune de conclure le contrat d'exécution de l'offre jusqu'à droit jugé sur la requête de restitution de l'effet suspensif, ordonné l'appel en cause de Marti Construction SA et imparti des délais à cette dernière et à la commune pour se déterminer sur effet suspensif, et sur le fond.
- 7) Dans leurs déterminations sur effet suspensif du 6 novembre 2014, respectivement du 7 novembre 2014, la commune intimée et la société appelée en cause ont conclu au rejet de la requête de restitution dudit effet.
- 8) Après plusieurs échanges de courriers et à la suite d'une décision concernant la consultation des pièces, rendue par le juge délégué le 18 novembre 2014, Implenia Suisse SA et Marti Construction SA ont toutes deux, le 25 novembre 2014, produit un nouveau chargé de pièces concernant leurs offres respectives.
- 9) Par réplique du 1^{er} décembre 2014 complétée le lendemain, portant en particulier sur l'effet suspensif et accompagnée de nouvelles pièces, Implenia Suisse SA a persisté dans toutes ses conclusions.
- 10) Marti Construction SA a dupliqué le 5 décembre 2014.
- 11) Par lettre du 8 décembre 2014, le juge délégué a informé les parties de ce que la cause était 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) 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 n. 15, p. 317).

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 1^{er} avril 2011 et la jurisprudence citée).

- 3) 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).

4) a. La recourante soutient en premier lieu que l'appelée en cause n'a pas clairement annoncé la sous-traitance de Marti AG Bern, sise à Moosseedorf (BE), de sorte que son offre devrait être exclue en application des art. 35 et 42 let. c RMP.

b. Dans le document « cahier des conditions générales à l'ouverture de l'architecte », l'appelée en cause a, sous le ch. 3 (« sous-traitance »), écrit, à la place de « la liste des sous-traitants auxquels il [avait] l'intention de recourir » : « voir Rapport technique ». Selon le ch. 4.2 du « cahier technique », les deux principaux intervenants (« personnes clés prévues pour le chantier ») pour les travaux spéciaux étaient le conducteur David VERNEY et le contremaître Manuel MORENO, dont les curriculum vitae (ci-après : CV) annexés à l'offre figuraient dans des fiches à l'entête et avec les coordonnées de Marti AG Bern. En outre, les fiches techniques relatives aux pieux (installation, mises en fiches, forages, équipement), aux risques spécifiques au chantier ainsi qu'à l'analyse des risques pour l'exécution des parois moulées, ont été réalisées par Marti AG Bern, avec l'entête de cette dernière.

c. Dans son écriture, l'intimée a exposé avoir, sur la base de ces éléments, considéré que l'offre de l'appelée en cause impliquait à l'évidence une intervention de Marti AG Bern pour les travaux spéciaux, précisant que l'adjudicataire avait ainsi bien annoncé un sous-traitant, soit une société faisant partie du même groupe. Une lecture de bonne foi de l'offre ne pouvait qu'aboutir à la conclusion que les travaux spéciaux seraient supervisés et réalisés aussi par des salariés de Marti AG Bern.

d. C'est prima facie en vain que la recourante fait valoir que ni le type, ni la part des prestations qui seraient sous-traitées par Marti AG Bern n'ont été indiquées dans l'offre de l'appelée en cause, qui se limiterait à « noyer » dans son offre l'intervention de cette société. En effet, il semble douteux que le statut qu'aurait Marti AG Bern dans le cadre de l'exécution du marché litigieux serait celui d'un sous-traitant, étant donné, d'une part, que l'appelée en cause ne l'a pas précisé, alors qu'elle a mentionné ses futurs sous-traitants - parmi lesquels ne figure pas Marti AG Bern - au ch. 4.4 du « cahier technique », et, d'autre part, que le seul lien avec Marti AG Bern dans son offre paraît avoir trait exclusivement à la collaboration des deux « personnes clés » susmentionnées. Au demeurant, l'appelée en cause allègue, pièces à l'appui, avoir engagé M. VERNEY en qualité d'employé salarié à partir du 1^{er} janvier 2014, et il ne paraît pas contesté que d'autres intervenants importants du chantier - dont le chef de chantier - sont des employés de l'appelée en cause.

On ne voit prima facie pas ce qu'il y a en l'occurrence de choquant ou problématique à ce que des employés d'une société-sœur de l'adjudicataire soient employés par celle-ci sous sa propre responsabilité dans le cadre d'un chantier. Ce d'autant moins que, selon la lettre adressée le 6 novembre 2014 au conseil de l'appelée en cause par Monsieur Rudolf MARTI, président du Groupe Marti, les plus de 80 entreprises du Groupe Marti, y compris Marti Construction SA, appartiennent à 100 % à la famille MARTI et procèdent à un échange régulier entre elles permettant de réaliser de manière efficace d'ambitieux projets de construction.

Interdire une telle collaboration d'employés d'une société-sœur pourrait revenir à empêcher toute synergie ou mutualisation des ressources et n'être pas dans l'intérêt des maîtres d'ouvrage. De telles collaborations ne paraissent pas exclues par la loi ou la jurisprudence, pas même par l'arrêt du Tribunal administratif B-1600/2014 du 2 juin 2014 cité par la recourante.

Ce grief de la recourante paraît donc, sur la base d'un examen sommaire, infondé.

- 5) a. La recourante estime en second lieu que les cinq références dont elle s'est prévaluée dans son offre auraient dû lui valoir une note de 4,50, alors que Marti Construction SA aurait fourni de faux renseignements en indiquant des expériences qu'une autre entité juridique, Marti AG Bern - ayant agi soit en qualité de sous-traitante, soit dans le cadre d'une association d'entreprises avec Implenia Construction SA, aujourd'hui Implenia Suisse SA -, aurait eues. Selon les allégations de la recourante, l'appelée en cause ne pouvait pas se prévaloir des références données faute d'avoir personnellement exécuté des parois moulées ou des pieux profondés, lorsque de tels travaux avaient été entrepris, ce qui n'était du reste pas le cas de toutes les références annoncées ; en outre, trois des cinq références que l'appelée en cause avait fournies montraient que celle-ci n'avait jamais travaillé seule sur les chantiers, mais toujours en consortium.
- b. Cela étant, l'appelée en cause ne semble pas avoir trompé l'intimée dans les indications qu'elle a fournies relativement à ses références.

Par exemple, elle a clairement indiqué entre parenthèses, pour le chantier « BAM Lancy » et au point 3,4 de son « cahier technique » (« références de l'entreprises relatives à ce type de travaux »), « pieux de paroi berlinoise », et non paroi moulée. Concernant ce même chantier, l'allégation de la recourante selon laquelle le travail de pose de pieux aurait été réalisé par Marti AG Bern en tant que sous-traitant ne repose sur aucun début de preuve, étant relevé que la fiche de l'appelée en cause indique que les travaux ont été réalisés par elle-même. On ne voit au demeurant et prima facie pas en quoi le fait - non établi - que l'appelée en cause ne posséderait pas des machines pour de tels travaux serait pertinent.

Par ailleurs, contrairement à ce que semble soutenir la recourante, la possibilité pour le maître de l'ouvrage de diminuer la note selon son expérience avec l'entreprise soumissionnaire, selon l'annexe 1 aux conditions particulières du marché CFC 201 établie par BG, ne saurait prima facie exclure une augmentation de la note, ce d'autant moins que le ch. 4.1 du dossier d'appel d'offres - clause plus générale - fait des expériences antérieures du maître de l'ouvrage avec cette société un élément à prendre en considération.

Le fait que des travaux (« Tranchée couverte de Vézenaz », « CEVA - halte de Champel », « Travaux de génie civil et ferroviaire pour la réalisation du lot 1b de la

ligne de tram Cornavin-Onex-Bernex [TCOB - lot 1b IMMACO] » aient été effectués par une association ou un consortium d'entreprises ne devrait prima facie pas exclure que l'appelée en cause puisse les mentionner comme références. Paraît en revanche discutable la référence « Gare de Zurich », ces travaux spéciaux et en taube ayant été réalisés à 50 % par Marti AG, Bauunternehmung, Zurich, et à 50 % par Implenia Bau AG, Zurich, et l'appelée en cause n'ayant pas mentionné sa propre raison sociale dans sa fiche, mais le Groupe Marti.

c. Quant à la recourante, elle se prévaut du fait que tous les travaux spéciaux mentionnés dans ses cinq références de la p. 7 du dossier d'appel d'offres, ont été réalisés par elle-même, sans implication de sociétés tierces à l'exception du « CEVA - halte de Champel ». Selon elle, elle se devait de mentionner le chantier « Flon les Merciers », ouvrage de référence, bien qu'il se soit terminé en 2007, soit il y avait plus de cinq ans au moment de la soumission.

Il n'y a pas lieu d'investiguer, au stade des présentes mesures provisionnelles, la mention de « Tunnelling & Civil Engineering » aux côtés d'Implenia Suisse SA. Tout au plus peut-on relever que sur internet (<http://www.implenia.com/fr/implenia/organisation/divisions.html>), « Tunnelling & Civil Engineering » est l'une des six divisions, avec « Construction Suisse romande », d'Implenia SA, sise à Dietlikon (ZH). Selon le registre du commerce, cette dernière est différente d'Implenia Suisse SA, également sise à Dietlikon. Ce point n'est donc pour l'instant pas complètement éclairci.

d. Au vu des considérations qui précèdent, il ne paraît en l'état pas possible de retenir qu'en fixant la note de 4,00 tant pour la recourante que pour l'appelée en cause, l'intimée aurait abusé ou excédé le large pouvoir d'appréciation qui lui revient. Cette note, qui n'est pas la meilleure possible puisque le maximum est de 5,00, signifie « bon et avantageux » (dossier d'appel d'offres, p. 5 et 6). On ne voit prima facie pas ce qui empêchait l'appelée en cause de mentionner dans son offre des travaux auxquels elle n'avait pas seule participé. Le fait que la référence « Gare de Zurich » paraisse discutable ne permet en l'état pas à lui seul de retenir que la note 4,00 pour l'appelée en cause serait arbitraire.

6) En définitive, rien ne permet de considérer, à ce stade et sur la base d'un examen sommaire, que les griefs de la recourante soient suffisamment fondés, voire puissent avoir une portée telle qu'ils fassent apparaître sa note sous le 3^{ème} critère comme insuffisante et/ou celle de l'appelée en cause comme trop élevée. Il est au surplus relevé que l'évaluation a été effectuée par un tiers, le cabinet d'ingénieurs civils, dont l'objectivité et le professionnalisme ne paraissent en tant que tels pas remis en cause.

7) Par surabondance, s'agissant des intérêts public et privé en cause, l'intimée indique que l'ouverture du chantier a été reportée au mois de février 2015, afin de permettre aux entreprises de s'organiser. Par ailleurs, le crédit de construction de

CHF 30'400'000.- (1^{ère} étape) a été accepté par le conseil municipal de la commune lors de sa séance du 25 septembre 2014. Enfin, si une autorisation de construire, suite à la requête publiée le 9 mai 2014 dans la Feuille d'avis officielle (FAO) n'a pas encore été délivrée, il n'en demeure pas moins que tous les préavis nécessaires ont été recueillis, même si un complément d'instruction aurait été demandé par le service du bruit, de sorte que ladite autorisation pourrait intervenir à relativement brève échéance.

Dans ces circonstances, au regard notamment des problèmes organisationnels et financiers que pourrait le cas échéant poser un report du chantier au-delà de février 2015, des intérêts intercalaires que l'intimée allègue devoir supporter et de l'intérêt incontestable des habitants de celle-ci de disposer dès que possible de l'espace culturel et associatif ainsi que du parking prévus, l'intérêt public - légitime et important - à ce que le marché puisse être attribué et le contrat conclu rapidement prime en tout état de cause l'intérêt privé de la recourante à s'y opposer.

- 8) En définitive, la restitution de l'effet suspensif sera refusée, le sort des frais de la procédure étant 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), 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 Olivier Rodondi, avocat de la recourante, à Me Bertrand R. Reich, avocat de l'intimée, ainsi qu'à Me Alain Maunoir, avocat de l'appelée en cause.

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :