

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3865/2018-MARPU

ATA/1375/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 20 décembre 2018

sur effet suspensif

dans la cause

INDUNI & CIE SA ET SCRASA SA

représentée par Me Christian Grosjean, avocat

contre

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE-DGAN

et

COMMUNE DE JUSSY

et

SERVICES INDUSTRIELS DE GENÈVE

représentés par Vallat Partenaires SA

et

PIASIO SA

représentée par Me Olivier Rodondi, avocat

Attendu en fait que :

1. Le 13 juillet 2018, simap.ch a publié un appel d'offres en procédure ouverte pour un marché de travaux de construction non soumis aux accords internationaux, portant sur la sécurisation du franchissement de la route de Monniaz pour la petite faune et l'enfouissement des réseaux aériens. Le projet était composé de trois objets distincts, affiliés à trois maîtres d'ouvrage différents :
 - objet 01 : dossier DT-DGAN comprenant les aménagements pour la petite faune et la réhabilitation des fossés ;
 - objet 02 : dossier commune de Jussy comprenant les enfouissements des deux lignes électricité SIG et Swisscom ;
 - objet 03 : dossier SIG-IPR comprenant les travaux de remise à neuf des réseaux SIG Eau et SIG Électricité.

Le pouvoir adjudicateur était la direction générale de l'agriculture et de la nature (ci-après : DGAN) du département du territoire. Le délai de clôture pour le dépôt des offres était le 30 août 2018 à 11h00. L'ouverture des offres n'était pas publique et devait intervenir le 30 août 2018 à 11h30.

Les critères d'adjudication étaient le prix (pondération 50 %), l'organisation pour l'exécution du marché (30 %), références et personnes clés (pondération 15 %) et formation professionnelle (pondération 5 %).

Des variantes étaient admises avec renvoi aux indications du cahier des charges. Les offres partielles n'étaient pas admises. Chaque candidat avait l'obligation de rendre une offre pour chaque objet.

Selon le cahier des charges, les bureaux ou entreprises portant la même raison sociale et dont l'activité était identique, même issus de cantons différents, ne pouvaient inscrire qu'un seul bureau, succursale ou filiale. Les bureaux et entreprises ne portant pas la même raison sociale, mais dont l'activité était identique et dont l'affiliation commerciale, juridique et décisionnelle pouvait être prouvée, ne pourraient inscrire qu'un seul bureau, succursale ou filiale (ch. 3.2). Les associations de bureaux et les consortiums d'entreprises étaient autorisés (ch. 3.3).

Une variante d'offre était admise, portant uniquement sur le mode de construction (ch. A.2.5.1 des conditions particulières à l'ouvrage), le soumissionnaire pouvant proposer une variante ou des mesures d'optimisation des prestations du dossier d'appel d'offres, une variante d'exécution du marché, une variante de plan de détails d'exécution des variantes de planification pour l'objet n° 1 et des variantes de creuse et de matériaux pour les objets n^{os} 2 et 3. Une variante n'était prise en

considération que si une offre de base conforme aux exigences était déposée (ch. 3.16). Le soumissionnaire avait l'obligation de déposer une offre pour chaque objet et une offre pour l'ensemble du marché (ch. 3.18 et les offres partielles n'étaient pas admises (ch. 3.19). Aucun escompte ne serait accepté (ch. 3.21).

2. Les sociétés Induni & Cie SA et Scrasa SA, dont les sièges sont dans le canton de Genève, agissant en consortium (ci-après : le consortium), ont déposé une offre dans le délai imparti, formulée soit avec un prix unitaire de CHF 4'472'425.65 HT (CHF 4'816'856.30 TTC), soit avec un prix forfaitaire de CHF 4'248'300.- HT (CHF 4'575'419.10 TTC).
3. Quatre autres sociétés ont déposé une offre, dont Piasio SA et Colas Suisse SA.
4. Le 18 octobre 2018, la DGAN a informé le consortium que le marché avait été adjugé à Piasio SA pour un montant de CHF 4'074'583.80 HT. Le consortium avait été classé au troisième rang sur cinq offres évaluées. La grille d'évaluation était annexée et faisait partie intégrante de la décision. Il en ressortait que Piasio SA avait obtenu 452.27 points, Colas Suisse SA, seconde avec 450.56 points et le consortium obtenait 446.75 points.
5. Par acte du 5 novembre 2018, le consortium a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision susmentionnée, concluant à son annulation et à ce que le marché en cause lui soit adjugé. Préalablement, il demandait à ce que l'effet suspensif soit octroyé à son recours.

Il ressortait du tableau des offres que l'autorité adjudicatrice n'avait pas tenu compte de l'offre à prix forfaitaire du consortium, ce qui, sans changer la notation des autres critères, l'aurait classé au premier rang. Le marché n'avait ainsi pas été adjugé à l'offre la plus avantageuse économiquement.

Par ailleurs, Piasio SA et Colas Suisse SA faisaient partie du même groupe Colas, étaient liées commercialement, exerçaient une activité identique et n'étaient pas indépendantes juridiquement l'une de l'autre. Elles présentaient en outre une affiliation décisionnelle, ayant le même administrateur et directeur général avec signature individuelle et plusieurs administrateurs communs avec signature collective à deux. Ces administrateurs occupaient des fonctions identiques au sein des entités du groupe Colas. Piasio SA et Colas Suisse SA n'étaient ainsi pas légitimées à présenter deux offres dans le cadre de l'appel d'offres. Dites offres devaient ainsi être écartées.

6. Le 20 novembre 2018, la DGAN, la commune de Jussy et les SIG – le consortium visant les deux derniers comme auteurs de la décision querellée – ont conclu au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif au recours.

Les variantes de prix n'étaient pas autorisées par les conditions de l'appel d'offres, de sorte que le comité d'évaluation n'avait pas à tenir compte de l'offre à prix forfaitaire du consortium. Le principe d'égalité de traitement imposait en outre d'évaluer les offres selon des bases comparables, soit les prix unitaires.

Par ailleurs, il n'était pas contesté que Piasio SA et Colas Suisse SA appartenaient au même groupe économique, mais le pouvoir adjudicateur avait pu vérifier qu'il n'y avait pas d'affiliation juridique, commerciale et décisionnelle entre elles.

Le recours ne paraissait ainsi pas suffisamment fondé pour que l'effet suspensif lui soit octroyé.

7. Le 20 novembre 2018 également, Piasio SA a conclu au rejet de la demande d'octroi d'effet suspensif.

Les soumissionnaires devaient offrir des prix unitaires, sans variante proposant un prix forfaitaire.

Si Piasio SA et Colas Suisse SA étaient des sociétés sœurs, elles agissaient sur le marché comme si elles ne faisaient pas partie du même groupe. Il n'y avait pas d'affiliation commerciale, juridique ou décisionnelle entre elles. Enfin, l'exclusion automatique en cas d'affiliation n'était pas prévue par le cahier des charges.

8. Le 29 novembre 2018, le consortium a répliqué, persistant dans son argumentation et ses conclusions sur octroi d'effet suspensif.
9. Le 4 décembre 2018, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant en droit que :

1. Interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est recevable sous ces aspects (art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05) 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/1581/2017 du 7 décembre 2017 consid. 2, et les arrêts cités ; 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/1581/2017 précité consid. 2, et les arrêts cités).

3. a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP). Il vise notamment à harmoniser les règles de passation des marchés (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 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. 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.

En vertu de l'art. 43 RMP, l'évaluation des offres dans les procédures visées aux art. 12 à 14 RMP 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).

c. 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). 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).

4. En l'espèce, la recourante se plaint d'une évaluation inexacte de son offre, la variante forfaitaire ayant été écartée d'une part et, d'autre part, du fait que l'offre de l'adjudicataire aurait dû être exclue, de même que celle de Colas Suisse SA, en raison de leur affiliation, non conforme au cahier des charges.

Il ressort toutefois de l'analyse *prima facie* du dossier d'appel d'offres que les variantes autorisées étaient des variantes techniques et non des variantes portant uniquement sur un prix, qu'il soit forfaitaire offert en alternative à l'addition des prix unitaires ou sous toute autre forme.

Par ailleurs, les éléments mis en avant par le recourant pour soutenir que Piasio SA et Colas Suisse SA seraient affiliées ne permettent pas d'entrée de cause d'aboutir à cette conclusion, ce d'autant que l'autorité adjudicatrice indique, pièces à l'appui, avoir procédé à des vérifications qu'elle estime convaincantes. Cela devra faire l'objet d'une instruction. En outre, il ne ressort pas du dossier d'appel d'offres que la sanction en cas d'affiliation non conforme devrait être l'exclusion des offres des soumissionnaires concernés, ce d'autant que le marché n'est pas divisé en lots.

Dans ces circonstances, le recours ne présente pas d'emblée suffisamment de chances de succès pour permettre à la chambre de céans d'octroyer l'effet suspensif au recours.

5. La demande d'octroi d'effet suspensif sera rejetée. Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse d'octroyer 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 joints à l'envoi ;

communiquée la présente décision à Me Christian Grosjean, avocat des recourantes, à Vallat Partenaires SA, mandataire de la commune de Jussy, du département du territoire - DGAN et des services industriels de Genève, ainsi qu'à Me Rodondi, avocat de Piasio SA.

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :