

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3865/2018-MARPU

ATA/916/2019

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 21 mai 2019**

dans la cause

**INDUNI & CIE SA**

représentée par Me Christian Grosjean, avocat

**SCRASA SA**

représentée par Me Christian Grosjean, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE-DGAN**

et

**COMMUNE DE JUSSY**

représentés par Vallat Partenaires SA, mandataire

et

**PIASIO SA**

représentée par Me Olivier Rodondi, avocat

et

**SERVICES INDUSTRIELS DE GENÈVE**

---

## EN FAIT

1. Le 13 juillet 2018, la direction générale de l'agriculture et de la nature (ci-après : DGAN) du département du territoire 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 le DGAN. 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 %), les références et personnes clés (pondération 15 %) et la 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<sup>os</sup> 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, développant des griefs concernant le rejet de son offre forfaitaire et la violation des chiffres 3.2 et 3.3 du cahier des charges.
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.
7. Le 20 novembre 2018 également, Piasio SA a conclu au rejet de la demande d'octroi d'effet suspensif.
8. Par décision du 20 décembre 2018 sur effet suspensif, la présidente de la chambre administrative a refusé d'octroyer l'effet suspensif au recours.

Il ressortait 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.

Les éléments mis en avant par le recourant pour soutenir que Piasio SA et Colas Suisse SA seraient affiliés ne permettaient pas d'entrée de cause d'aboutir à

cette conclusion, ce d'autant que l'autorité adjudicatrice indiquait, pièces à l'appui, avoir procédé à des vérifications qu'elle estimait convaincantes. Ainsi, le recours ne présentait pas d'emblée suffisamment de chances de succès pour permettre l'octroi de l'effet suspensif.

9. Par courrier du 23 janvier 2019, les Services Industriels de Genève (ci-après : SIG) ont informé la chambre administrative que le contrat entre l'adjudicataire, la société Piasio SA et les SIG avait été conclu en date du 22 janvier 2019. Copie dudit contrat était jointe au courrier. La commune de Jussy et la DGAN avaient également conclu le contrat avec Piasio SA.
10. Par courrier du 24 janvier 2019, la chambre administrative a demandé à Induni & Cie SA et Scrasa SA si, vu la conclusion des contrats avec l'adjudicataire, ces derniers maintenaient leur recours.
11. Par courrier du 4 février 2019, Induni & Cie SA et Scrasa SA ont déclaré maintenir leur recours. Elles sollicitaient la reprise de la procédure, indiquant qu'elles prendraient de nouvelles conclusions tendant à la réparation du dommage subi conséquemment à la décision d'adjudication.
12. Par courrier du 7 février 2019, le mandataire de la commune de Jussy a porté à la connaissance de la chambre de céans que le département du territoire, par l'intermédiaire de l'office cantonal de l'agriculture et de la nature, ainsi que la commune de Jussy avaient conclu des contrats avec Piasio SA en date des 25 et 31 janvier 2019, dont il annexait les extraits.
13. Par courrier du 28 février 2019, le conseil de Scrasa SA a informé la chambre de céans que « le 20 février 2019, l'entreprise Scrasa SA m'a informé ne plus vouloir poursuivre dite procédure par-devant la Cour de céans ». Ce même conseil, également mandaté par Induni & Cie SA, ajoutait que cette dernière pouvait poursuivre la procédure en son nom propre, le principe de la consorité nécessaire étant sauvegardé.

Par mémoire du même jour, Induni & Cie SA a donc répliqué sur le fond. Compte tenu de la conclusion des contrats, la recourante faisait désormais également valoir son dommage dans la présente procédure. S'agissant de la recevabilité, Induni & Cie SA restait partie à la procédure en tant qu'unique recourante et ce malgré le retrait de Scrasa SA. Au fond, la recourante concluait à ce que la chambre administrative constate l'illicéité de la décision du département du territoire et des SIG du 18 octobre 2018 et à ce que ledit département, la commune de Jussy et les SIG soient condamnées à lui payer la somme de CHF 17'600.- et de CHF 16'356.- portant intérêt à 5 %.

14. Le 20 mars 2019, les SIG ont conclu, principalement, à ce que le recours d'Induni & Cie SA soit déclaré irrecevable et à ce qu'elle soit déboutée de toutes conclusions. Subsidiairement, ils ont conclu au rejet du recours.  
  
S'agissant de la recevabilité, un arrêt de la chambre administrative avait dénié la qualité pour recourir à une société membre d'un consortium composé de deux sociétés en application de la LPA. En effet, seul le consortium pouvait se prévaloir d'un intérêt digne de protection, à savoir l'annulation de la décision d'adjudication dans le but de se voir adjuger le marché. Cet arrêt avait été confirmé par le Tribunal fédéral.
15. Par déterminations du 20 mars 2019, Piasio SA a répliqué. Elle a également conclu à l'irrecevabilité du recours d'Induni & Cie SA, faisant valoir les mêmes arguments que précédemment énoncés et se référant à la même jurisprudence.
16. Le 21 mars 2019, Vallat Partenaires s'en est rapporté à justice s'agissant des conséquences du retrait de Scrasa SA de la procédure.
17. Le 5 avril 2019, Induni & Cie SA a répliqué, persistant dans son argumentation s'agissant de la recevabilité de son recours. Elle a, à nouveau, conclu au versement de dommages-intérêts, lesquels recouvraient les dépenses liées aux procédures de soumission et de recours. Les sommes de CHF 17'600.- et CHF 16'356.- indiquées dans sa réplique du 28 février 2019 étaient respectivement réduites à CHF 8'750.- et augmentée à CHF 17'364.-.
18. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

## **EN DROIT**

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Scrasa SA ayant indiqué qu'elle se retirait de la procédure, il lui en sera donné acte.
3. Se pose néanmoins la question de la qualité pour recourir d'Induni & Cie SA.
  - a. La qualité pour recourir ne fait pas l'objet d'une réglementation particulière dans l'AIMP mais relève du droit cantonal de procédure (Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_337/2010 du 26 juillet 2010 consid. 5.1). Dans le canton de Genève, la qualité pour recourir en matière de marchés publics se définit en fonction des critères de l'art. 60 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre

1985 (LPA - E 5 10), par renvoi de l'art. 3 al. 4 LAIMP. Sur ce point, l'art. 60 let. a et b LPA doit se lire en parallèle. La qualité pour agir appartient aux parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée, mais chacune de celles-ci doit être touchée directement par la décision et avoir un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée.

b. En matière de marchés publics, les membres d'un consortium, qui forment une société simple au sens des art. 530 ss de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO – RS 220), sont touchés non pas individuellement par une décision de non-adjudication mais uniquement en leur qualité d'associés. Aussi, le droit de recourir contre une telle décision ne leur appartient qu'en commun et doit être exercé conjointement, à l'instar de consorts nécessaires dans un procès civil (ATF 131 I 153 ; ATA/899/2011 du 17 mai 2011 ; ATA/124/2010 du 2 mars 2010 confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_337/2010 précité).

c. En l'espèce, dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, Induni & Cie SA s'est unie à Scrasa SA pour déposer une offre commune, formant entre elles une société simple. Le recours a initialement été déposé par les deux sociétés susvisées par acte du 5 novembre 2018. Le 24 janvier 2019, la chambre de céans, ayant appris que le contrat entre l'adjudicataire, la société Piasio SA et les SIG avait été conclu en date du 22 janvier 2019, a demandé aux recourantes si elles entendaient maintenir leur recours, ce à quoi ces dernières ont répondu de manière positive. Toutefois, par courrier du 28 février 2019, le conseil de Scrasa SA a finalement écrit à la chambre de céans que, le 20 février 2019, l'entreprise Scrasa SA l'avait informé ne plus vouloir poursuivre ladite procédure.

Ainsi et à ce jour, le recours n'émane plus que d'Induni & Cie SA, sans que son associée ne recoure à ses côtés. Le recours n'émanant que d'un seul des membres du consortium il est donc irrecevable.

4. Le recours sera donc déclaré irrecevable.

5. Vu l'issue du litige, un émoulement de CHF 1'300.- sera mis à la charge d'Induni & Cie SA et une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée à Piasio SA à la charge d'Induni & Cie SA.

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

donne acte à Scrasa SA de son retrait de la procédure ;

déclare irrecevable le recours interjeté le 5 novembre 2018 par Induni & Cie SA contre la décision du 18 octobre 2018 du département du territoire.

met à la charge d'Induni & Cie SA un émolument de CHF 1'300.- ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à Piasio SA à la charge d'Induni & Cie SA ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté 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 ;

s'il 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. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Christian Grosjean, avocat des recourantes, à Vallat Partenaires SA, mandataire du département du territoire – DGAN et de la commune de Jussy, à Me Olivier Rodondi, avocat de Piasio SA, aux Services industriels de Genève, ainsi qu'à la commission de la concurrence (COMCO).

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, MM. Thélin, Pagan et Verniory,  
Mme Cuendet, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :