

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3993/2013-MARPU

ATA/124/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 27 février 2014

sur effet suspensif

dans la cause

ERNST SCHWEIZER AG

représentée par Me Micha Bühler, avocat

contre

FONDATION COMMUNALE IMMOBILIÈRE DE LANCY

et

TRIPLAST S. à.r.l. PORTES & FENÊTRES, appelée en cause

Attendu en fait :

- 1) La fondation communale immobilière de la Ville de Lancy (ci-après : la fondation), personne morale de droit public, a entrepris de procéder à la rénovation d'un bâtiment à usage d'habitation dont elle propriétaire, sis aux n^{os} 80, 82 et 84 avenue des Communes-Réunies au Grand-Lancy.

Les travaux prévus comprennent la réfection de l'enveloppe thermique, la transformation des balcons en loggias et le remplacement des colonnes de distribution et de chute d'eau, avec réfection complète des pièces d'eau.

- 2) Un appel d'offres a été publié le 23 avril 2013 dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (FAO) et sur le site SIMAP.ch, sous référence 075COM, afin d'adjuger les travaux susmentionnés. Il s'agissait d'un marché public de travaux de construction, en procédure ouverte, soumis à l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0632.231.422), à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et à leurs dispositions d'application, en particulier le règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

Dans la description détaillée du projet figuraient notamment des fenêtres en aluminium, pour un montant estimé à CHF 562'000.- (CFC 221-4).

Les offres partielles n'étaient pas admises, ni les variantes.

- 3) Dans le cadre de l'appel d'offres susmentionnée, cinq entreprises ont soumissionné pour le lot CFC no 221-4 fenêtres en acier loggias, dont la société Triplast S. à r.l. (ci-après : Triplast) à Payerne et la société Ernst Schweizer AG, Metallbau (ci-après : Ernst Schweizer) à Hedingen.

- 4) Le procès-verbal d'ouverture des offres pour le lot précité mentionne les résultats suivants :

Entreprise 1 : CHF 557'892,15 HT

Triplast : CHF 174'027,00 HT

Entreprise 3 : CHF 717'000,00 HT

Ernst Schweizer : CHF 467'692,00 HT

Entreprise 5 : CHF 638'911,00 HT

A sa demande, Ernst Schweizer a reçu une copie du procès-verbal.

- 5) Le 26 novembre 2013, la fondation a informé Ernst Schweizer que le lot CFC 221-4 avait été adjugé à Triplast pour un montant de CHF 325'570.- HT.

L'offre de celle-ci remplissait pleinement les conditions qui lui permettaient d'être adjudicataire et elle avait été jugée économiquement plus avantageuse.

Selon la grille d'évaluation jointe à cette décision, l'offre d'Ernst Schweizer avait été classée au deuxième rang. Le critère « montant de l'offre et crédibilité du prix », qui valait 50 % de la note finale, avait été déterminant, Ernst Schweizer ayant obtenu des résultats supérieurs à ceux de Triplast pour les deux autres critères, soit l'organisation du chantier (pondéré à 30 %) et les références (pondéré à 20 %).

- 6) Par acte du 9 décembre 2013, Ernst Schweizer a recouru contre la décision d'adjudication auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : chambre administrative). Elle a conclu principalement à l'annulation de la décision querellée et à l'adjudication à elle-même du marché litigieux, et, subsidiairement, au renvoi du dossier à l'adjudicatrice pour nouvel examen après exclusion de Triplast de la procédure.

Selon les indications reçues du responsable du projet de réservation mandaté par la fondation, l'offre de Triplast mentionnée dans le procès-verbal d'ouverture des offres ne prévoyait pas de profils isolés et n'était ainsi pas conforme au cahier des charges. L'adjudicataire avait donc dû soumettre une autre offre, conforme aux exigences du cahier des charges. Qu'il s'agisse d'une variante ou d'une modification de l'offre initiale, cela n'était pas conforme au principe d'égalité de traitement, de transparence et de la bonne foi.

Ernst Schweizer a demandé la restitution de l'effet suspensif à son recours, les chances de succès de celui-ci étant réelles et aucun intérêt public ou privé manifeste ne s'opposant à cette mesure. En particulier, un retard du projet ne serait pas une difficulté dès lors qu'aucun calendrier n'étant indiqué dans les documents d'appel d'offres.

- 7) Le 12 décembre 2013, le juge délégué a appelé en cause Triplast.
- 8) Le 18 décembre 2013, sans se déterminer sur la demande de restitution de l'effet suspensif au recours d'Ernst Schweizer, Triplast a indiqué qu'elle avait fait parvenir un seul dossier de soumission à l'adjudicatrice, dans lequel figuraient deux offres, l'une avec isolant, l'autre sans, cela pour parer à toute éventualité car elle n'était pas certaine du type de construction décrit dans la soumission.
- 9) Le 23 décembre 2013, la fondation a conclu au rejet de la demande de restitution d'effet suspensif.

Lors de l'ouverture des offres, aucune analyse de celle-ci n'avait été faite. Seul le prix figurant sur la première page avait été reporté sur le procès-verbal d'ouverture. Triplast avait présenté deux offres réunies par un trombone, ce dont le responsable du projet s'était rendu compte ultérieurement. La première offre dont le prix avait été indiqué sur le procès-verbal précité ne tenait pas compte des exigences

en matière d'isolation thermique et n'était pas conforme au cahier des charges. Elle n'avait donc pas été prise en compte. La seconde offre était quant à elle conforme aux exigences requises et avait été évaluée. Elle s'était avérée économiquement la plus avantageuse. Il n'y avait pas matière à exclure Triplast, seule son offre non conforme pouvait être écartée. En l'espèce, la variante non conforme avait bien été écartée.

Le recours était ainsi dénué de chances de succès. En outre, il fallait tenir compte de l'attente des locataires des immeubles concernés, qui intervenaient régulièrement pour savoir quand les travaux débuteraient.

Considérant en droit :

- 1) Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est recevable de ce point 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'Etat 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, 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 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 ; B. BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in J.-B. ZUFFEREY / H. 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 1er avril 2011 et la jurisprudence citée).

Ces principes ne sont pas infirmés par l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_203/2013 du 25 mars 2013, invoqué par la recourante.

- 3) L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics (art. 1 al. 1 AIMP). Il vise à harmoniser les règles de passation des marchés ainsi qu'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) Le droit des marchés publics est formaliste, comme la chambre de céans l'a déjà rappelé à plusieurs reprises (ATA/535/2011 du 30 août 2011 consid. 5 ; ATA/10/2009 du 13 janvier 2009 ; ATA/95/2008 du 4 mars 2008 ; ATA/79/2008 du 19 février 2008 ; ATA/250/2006 du 9 mai 2006 ; ATA/150/2006 du 14 mars 2006) et c'est dans le respect de ce formalisme que l'autorité adjudicatrice doit procéder à l'examen de la recevabilité des offres et à leur évaluation (ATA/535/2011 précité consid. 5).

L'interdiction du formalisme excessif, tirée de la garantie à un traitement équitable des administrés énoncée à l'art. 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), interdit d'exclure une offre présentant une informalité de peu de gravité. C'est dans ce sens que des erreurs de calculs et d'écritures peuvent être rectifiées (art. 39 al. 2 RMP) et que des explications peuvent être demandées aux soumissionnaires relatives à leurs aptitudes et à leurs offres (art. 40 et 41 RMP). Le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires impliquent de ne procéder à ce type de questionnement que de manière restrictive, et seulement lorsque l'offre est, au demeurant, conforme aux conditions de l'appel d'offres (J.-B. ZUFFEREY / C. MAILLARD / N. MICHEL, *Droit des marchés publics*, 2002, p. 110 ; O. RODONDI, *La gestion de la procédure de soumission*, *Droit des marchés publics* 2008, p. 185 n. 63, p. 186).

Les principes précités valent également pour la phase d'examen de la recevabilité des soumissions (O. RODONDI, *op. cit.*, p. 186 n. 65). Lors de celle-ci, l'autorité adjudicatrice doit examiner si les offres présentées remplissent les conditions formelles pour participer à la procédure d'évaluation proprement dite et il est exclu d'autoriser un soumissionnaire à modifier la présentation de son offre, à y apporter des compléments ou à transmettre de nouveaux documents. En outre, en matière d'attestation, l'autorité adjudicatrice peut attendre d'un soumissionnaire qu'il présente les documents requis, rédigés d'une manière qui permette de déterminer, sans recherche complémentaire, interprétation ou extrapolation, si celui-ci remplit les conditions d'aptitude ou d'offre conformes à ce qui est exigé dans le cahier des

charges (ATA/535/2011 précité consid. 6 ; ATA/102/2010 du 16 février 2010, confirmé par Arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 et 2C_198/2010 du 30 avril 2010).

La chambre de céans s'est toujours montrée stricte dans ce domaine (ATA/535/2011 précité consid. 6 ; ATA/150/2006 du 14 mars 2006, notamment), ce que le Tribunal fédéral a constaté mais confirmé (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_197 et 198/2010 précité), la doctrine étant plus critique à cet égard (O. RODONDI, *op. cit.*, p. 186 ch. 64).

- 5) En l'espèce, sur la base des éléments du dossier en sa possession, la chambre de céans retiendra que Triplast aurait remis un dossier de soumission contenant deux offres. Seule une de ces offres est mentionnée sur le procès-verbal d'ouverture des offres. Cette dernière offre a été écartée par l'adjudicatrice avant l'évaluation au motif qu'elle n'était pas conforme au cahier des charges. L'autre offre a été évaluée et a obtenu la première place. A aucun moment les concurrents de Triplast n'ont été informés de ces circonstances, dont la seule à être étayée par pièce est l'existence d'une divergence de prix du simple au double entre l'offre de Triplast ouverte et l'offre de Triplast ayant permis à cette dernière de se voir attribuer le marché. L'adjudicatrice n'a fourni aucune explication sur les motifs pour lesquels elle a accepté qu'un concurrent présente, dans des circonstances non établies, deux offres alors que les variantes n'étaient pas admissibles, ni ce qui l'a amenée à décider laquelle des deux offres devait être qualifiée d'offre principale, respectivement de variante. Ces points devront être instruits et examinés sous l'angle du respect des principes de transparence et d'égalité de traitement.

A cela s'ajoute que le prix de l'offre retenue de Triplast est bien plus bas que celui de ses concurrents (31 % inférieur au second disant) et de l'estimation figurant dans l'appel d'offres (plus de 40 % inférieur), de sorte que se pose la question de l'offre anormalement basse et de l'obligation qui en découle pour l'autorité adjudicatrice de demander des renseignements complémentaires (art. 40 RMP ; ATA/458/2013 du 30 juillet 2013).

Dans ces circonstances, on peut envisager que la procédure d'adjudication soit annulée, de sorte que le recours n'est pas dénué de chance de succès.

- 6) L'intérêt public à ce que les travaux de rénovation soient entrepris n'est pas négligeable, mais il ne ressort pas du dossier qu'il y avait urgence à les exécuter. Il ne saurait dès lors l'emporter sur le respect des règles fondamentales susmentionnées en matière de marché public.
- 7) Au vu de ce qui précède, l'effet suspensif sera restitué au recours.

Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

vu l'art. 66 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) ;

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

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

restitue l'effet suspensif au recours interjeté le 9 décembre 2013 contre la décision du 26 novembre 2013 pris par la fondation communale immobilière de Lancy ;

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 Micha Bühler, avocate de la recourante, à Triplast S. à.r.l. Portes & Fenêtres, appelée en cause, ainsi qu'à la Fondation communale immobilière de Lancy.

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :