

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/658/2019-MARPU

ATA/338/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 1^{er} avril 2019

sur effet suspensif

dans la cause

ARTEFERRO SUISSE SA

représentée par Me Bénédicte Fontanet, avocat

contre

**VILLE DE GENÈVE - DÉPARTEMENT DES CONSTRUCTIONS ET DE
L'AMÉNAGEMENT**

et

**GENERAL DE METALISTERIA, MAQUETAS Y DISENOS SL DE
VALENCINA (ESPAGNE)**

représentée par atelierd21, mandataire

Vu que, le 8 juin 2018, la Ville de Genève - département des constructions et de l'aménagement a publié sur simap.ch un appel d'offres portant sur « les ouvrages métalliques courants CF 272.2 » pour la Nouvelle Comédie ;

qu'à l'ouverture des offres, la Ville de Genève s'est rendu compte que celles-ci étaient supérieures à l'évaluation initiale et que son appel d'offres était, en partie, inadéquat dès lors qu'il avait comporté un regroupement de postes (vitrages intérieurs et plafonds suspendus), qui ne pouvaient être exécutés par la même entreprise ; elle avait alors interrompu ce marché public, par décision notifiée aux soumissionnaires le 3 septembre 2018 ;

qu'un nouvel appel d'offres « ouvrages métalliques courants (serrurerie) CF 272.2 » a été publié le 19 octobre 2018 sur le site simap.ch, qui n'a porté que sur des ouvrages métalliques, les éléments de vitrages intérieurs ayant notamment été écartés ;

que le coût du marché public, soumis aux traités internationaux, était devisé à CHF 800'000.- ; les critères de d'appréciation étaient pondérés de la manière suivante : prix 30 %, références 25 %, organisation 25 %, qualité technique 20 %. Le prix était évalué conformément à la méthode « T2 » ;

que trois offres sont parvenues à la Ville de Genève, à savoir celles de General de Metalisteria, Maquetas y Disenos SL de Valencina (Espagne) (ci-après : Metalisteria) pour CHF 713'531.89 ; d'Arteferro Suisse SA (ci-après : Arteferro) pour CHF 1'150'238.- et de Metaloid SA pour CHF 1'778'572.53 ;

que, par décision d'adjudication du 6 février 2019, la Ville de Genève a adjugé le marché à Metalisteria, dont l'offre était économiquement la plus avantageuse ;

que, par acte expédié le 18 février 2019, reçu le 20 février 2019, par la chambre administrative de la Cour de justice, Arteferro a recouru contre cette décision.

qu'elle a conclu, à titre principal, à l'annulation de la décision d'adjudication et à l'adjudication en sa faveur du marché public ; préalablement, elle a sollicité la production par la Ville de Genève de l'intégralité de l'offre déposée par Metalisteria, en caviardant au besoin les éléments relevant du secret d'affaires et de lui octroyer un délai pour compléter ensuite son recours ; subsidiairement, elle a conclu, la décision querellée, au renvoi à la Ville de Genève pour adjudication en sa faveur, plus subsidiairement encore, au constat de l'illicéité de l'adjudication et à ce qu'un délai lui soit imparti pour formuler ses prétentions en indemnisation ;

qu'elle a fait valoir que le seul le critère du prix avait marqué la différence de points globaux obtenus par chaque entreprise ; or, si elle avait pu consulter les documents accompagnant l'offre de l'adjudicataire, elle n'avait pas eu accès à l'offre, de sorte qu'il lui était ainsi impossible de comprendre comment l'adjudicataire avait pu fournir un prix si

bas et comment elle l'avait calculé ; en outre, un délai de quinze jours ayant été imparti à cette dernière pour fournir l'attestation par laquelle elle s'engageait à respecter l'égalité entre hommes et femmes, il apparaissait que ce document n'avait pas été produit dans le délai de soumission ; par ailleurs, aucun élément au dossier ne montrait que l'entreprise espagnole avait été interpellée sur ses prix particulièrement bas ; enfin, le critère des références avait été, de manière inadmissible, scindé en deux sous-critères, à savoir « références » et « qualité des références », respectivement « adéquation des références » et « qualité des références » ;

qu'Arteferro a encore conclu, à titre préalable, à l'octroi de l'effet suspensif ; les travaux devaient être terminés au mois de septembre 2019 ; elle était en mesure de les réaliser en quatre mois, de sorte qu'il n'y avait pas d'urgence à les commencer ; en ne publiant l'appel d'offres litigieux que neuf mois avant la fin des travaux en soumission, le pouvoir adjudicateur avait pris le risque de créer l'urgence dont il viendrait à sa prévaloir en cas de recours ; une telle manière de faire n'était pas acceptable, dès lors qu'elle validerait la politique du fait accompli ;

que, par décision du 20 février 2019, la chambre de céans a octroyé l'effet suspensif au recours à titre superprovisionnel et fait interdiction à la Ville de Genève de conclure le contrat d'exécution de l'offre ;

que, se déterminant le 1^{er} mars 2019 sur effet suspensif et sur le fond, la Ville de Genève a conclu au rejet tant du recours que de la requête d'effet suspensif ; l'essentiel des ouvrages devait être fait sur mesure, notamment des garde-corps, des mains courantes, des exutoires de désenfumage de dimensions exceptionnelles ; les éléments à réaliser se rapportaient à la sécurité du bâtiment et protégeaient du risque de circulation (garde-corps) et d'incendie ; ces dispositions étaient soumises à l'approbation de la police du feu ;

que, par ailleurs, les éléments de serrurerie devaient être installés de façon coordonnée avec l'avancement du chantier ; certains éléments devaient être posés en mars 2019, afin d'éviter des retards pour le chantier ; il convenait donc de refuser l'octroi de l'effet suspensif ;

qu'elle n'avait pas estimé l'offre de Metalisteria comme étant particulièrement basse, dès lors que celle-ci correspondait à sa propre estimation, que la partie la plus importante du marché devait être effectuée en atelier et qu'il était notoire que les salaires en Espagne étaient inférieurs à ceux prévus par les conventions collectives en vigueur à Genève ; que la Ville de Genève avait néanmoins requis des explications quant au prix de son offre et qu'une rencontre avait eu lieu à Genève entre elle et des représentants de Metalisteria, dont elle produisait le compte-rendu ; il en ressortait que cette dernière s'engageait à respecter les salaires prévus par la convention collective pour tous les travaux à effectuer à Genève ; la société avait également confirmé qu'en tenant compte du démarrage des études en janvier 2019, les travaux de serrurerie pourraient être terminés en novembre 2019 ; elle estimait le planning prévisionnel « serré, mais faisable » ;

que la Ville de Genève a encore exposé que Metalisteria avait produit la liste de ses employés et de leurs salaires bruts, dont il ressortait que le salaire moyen brut était de € 1'700.- par mois ; enfin, lorsqu'elle avait adjugé les travaux, la Ville de Genève avait, selon la pratique du Guide romand, requis à nouveau certaines attestations (preuve du paiement des cotisations sociales, des impôts et de l'assurance responsabilité civile) ; que ces documents avaient toutefois tous été produits avec l'offre ;

que Metalisteria a indiqué qu'elle estimait infondées les critiques de la soumissionnaire évincée ;

qu'Arteferro ne s'est pas manifestée dans les délais impartis pour répliquer ni sur effet suspensif, ni sur le fond ;

que, par courrier du 28 mars 2019, les parties ont ainsi été informées que la cause était gardée à juger ;

Considérant, en droit, que, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est recevable (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) ;

que la présidente de la chambre administrative a compétence pour statuer seule (art. 21 et 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - GE - E 5 10 ; art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 26 septembre 2017) ;

qu'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, octroyer cet effet pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose ;

que l'examen de la requête suppose une appréciation *prima facie* du bien-fondé du recours ; l'effet suspensif doit être refusé au recours manifestement dépourvu de chances de succès et 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/446/2017 du 24 avril 2017 consid. 2 ; ATA/62/2017 du 23 janvier 2017 consid. 2 ; ATA/793/2015 du 5 août 2015 consid. 2 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zurich 2010, p. 317) ;

que 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/446/2017 précité consid. 2 ; ATA/62/2017 précité consid. 2 ; ATA/793/2015 précité consid. 2 ; ATA/60/2013 du 30 janvier 2013 consid. 5) ;

que l'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics (art. 1 al. 1 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) ;

que 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) ;

qu'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) ;

qu'en l'espèce, il convient en premier lieu de considérer, avec la recourante, que l'urgence alléguée par le pouvoir adjudicateur, qui résulte du retard engendré par la tardiveté de son appel d'offre, ne saurait justifier le refus d'octroyer l'effet suspensif au recours ;

que, cela étant, il apparaît, prima facie et sans préjudice de l'examen au fond, que celui-ci ne présente que de faibles chances de succès ;

qu'en effet, à première vue, contrairement à ce que soutient la recourante, les documents requis ont été fournis par l'adjudicataire avec son offre ; qu'en particulier, l'engagement de l'adjudicataire à respecter l'égalité entre hommes et femmes, signé le 20 novembre 2018, a été produit avec l'offre ;

que par ailleurs, le pouvoir adjudicateur n'avait pas à considérer le prix de la soumission particulièrement bas, puisqu'il n'était que légèrement inférieur à sa propre estimation ;

qu'en outre, la Ville de Genève a exposé, sans être contredite, que l'adjudicataire allait réaliser dans ses propres ateliers et par ses propres employés les pièces de serrurerie ; que ce mode de faire explique, également, sous l'angle de la vraisemblable à tout le moins, le prix de l'offre plus économique ;

que, par ailleurs, la Ville de Genève a spécifiquement interpellé l'adjudicataire sur les implications de certaines exigences légales tant techniques que sur les obligations relatives à la convention collective applicable à Genève pour les travaux qui y seront effectués, points que l'adjudicataire a confirmé avoir pris en considération dans son offre et dont il a confirmé son engagement à les respecter ;

qu'il ne peut, en outre, pas être retenu, à ce stade, que le pouvoir adjudicateur aurait violé le principe de la transparence en introduisant deux sous-critères d'évaluation des références ; qu'en effet, il n'apparaît à première vue pas qu'en sous-divisant ce critère en une partie portant sur l'adéquation des références et l'autre sur la qualité de celles-ci, l'adjudicateur ait introduit de critères étrangers à celui de l'évaluation des références ; au contraire, ceux-ci semblent, *prima facie*, concrétiser cette évaluation au moyen de sous-critères en adéquation avec les références requises, qui devaient comporter le nom du maître de l'ouvrage, l'année le lieu, le coût des travaux du lot et le coût total des opérations ainsi qu'une description des travaux ;

qu'au vu de ces éléments, en l'état et à première vue, les griefs formés par la recourante n'apparaissent pas suffisamment fondés pour autoriser la chambre administrative à octroyer l'effet suspensif lié au recours ;

qu'ainsi, la requête sera rejetée ;

qu'il sera statué sur les frais de la présente décision avec l'arrêt au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la requête d'octroi de l'effet suspensif ;

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 Bénédicte Fontanet, avocate de la recourante, à atelierd21, mandataire de General Metalisteria, Maquetas y Disenos SL, à la Ville de Genève - département des constructions et de l'aménagement, ainsi qu'à la Commission de la concurrence (COMCO).

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :