

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2035/2016-MARPU

ATA/821/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 4 octobre 2016

dans la cause

DEFIMETAL SA

et

TSCHOPP-ZWISSIG SA

représentées par Me Marc-Alec Bruttin, avocat

contre

ERNE SA

représentée par Me François Bellanger, avocat

et

FACETEC SA

représentée par Me Emmanuel Ducrest, avocat

et

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

EN FAIT

1. La Ville de Genève (ci-après : la ville) a publié dans la Feuille d'avis officiel de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 12 janvier 2016 un appel d'offres en procédure ouverte soumise aux traités internationaux concernant les travaux de construction des façades des étages 1 à 9 (CFC 112-213-215-2'221-228) des immeubles 1 à 7 rue des Minoteries et 100 et 102 rue de Carouge. Les travaux étaient estimés à CHF 12'150'000.- hors taxes. Le marché n'était pas divisé en lots. Les variantes étaient admises. Les offres partielles, en revanche, ne l'étaient pas. L'adjudicateur n'acceptait aucune question par téléphone.
2. a. La première page du cahier d'appel d'offres comportait notamment le tableau suivant :

Détail des lots	Prix arrêté net TVA comprise
Lot 1 : CFC (façade des étages et attiques) : CFC 213, 215, 221 Lot 2 : CFC (stores) : CFC 228 Lot 3 : CFC (embrasure intérieure) : CFC 273	
Montant en cas d'adjudication de plusieurs lots (préciser les lots concernés)	
Variante éventuelle (à préciser)	

L'art. II.4.6 des conditions générales de l'offre, intitulé « marché divisé en lots » avait la teneur suivante : « le maître de l'ouvrage se réserve le droit d'adjuger les travaux à un ou plusieurs entrepreneurs ». L'art. II.4.9 précisait que les offres partielles étaient admises.

- b. Il ressortait de plus du cahier technique que quatre lots avaient été établis pour réaliser les façades, soit le CFC 221.1 « façade des étages & attiques », le CFC 228 « stores », le CFC 221.1 « embrasures intérieures » et le CFC 221.2 « façades rez-de-chaussée », ce dernier lot devant être publié ultérieurement. Une adjudication en un seul lot, pour les trois premiers, était souhaitée, mais le maître de l'ouvrage se réservait d'adjuger par lot les travaux soumissionnés à une ou plusieurs entreprises.
3. Lors de l'ouverture des offres, quatre entreprises avaient remis des dossiers :

- le consortium d'entreprises Defimetal SA et Tschopp-Zwissig SA (ci-après : le consortium) avait déposé une offre concernant l'intégralité du lot 1 (CHF 14'523'154.-), du lot 2 « stores » (CHF 487'165.-) et du lot 3 (CHF 1'223'681.-) soit au total CHF 16'234'000.- ;

- Erne SA avait déposé une offre concernant le lot 1, CFC 221.1 « fenêtres » uniquement, pour CHF 5'010'120.- ;

- Facetec SA avait déposé une offre pour le lot 1 215.2 « construction métallique et façade ventilée » (CHF 6'655'725.-) et le lot 2 « stores » (CHF 609'435.-). Si les deux lots lui étaient adjugés, le prix arrêté net serait de CHF 7'265'160.- ;

- l'entreprise Ray SA avait déposé une offre concernant le lot 1 CFC 215.2 « construction métallique et façade ventilée » pour CHF 9'664'999.80 ainsi que pour le lot 2 « stores » pour CHF 626'155.-.

4. Les 6 et 7 juin 2016, la ville a rendu plusieurs décisions d'adjudications :

a. le lot 1, CFC 112 « démontage », était adjugé au consortium pour la somme de CHF 769'694.25 ;

le lot 1, CFC 215.2 « construction métallique et façade ventilée », était adjugé à Facetec SA pour la somme de CHF 6'478'501.24 ;

le lot 1 CFC 221 « fenêtres », était adjugé à Erne SA pour la somme de CHF 4'603'804.93.

b. Le lot 2, CFC 228 « stores » était attribué au consortium pour la somme de CHF 528'924.04.

c. Le lot 3, CFC 273 « embrasures », était alloué au consortium pour la somme de CHF 1'358'061.53.

Les entreprises dont les offres n'avaient pas été retenues ont été informées de ce rejet.

5. Le 20 juin 2016, le consortium a saisi la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) de deux recours, l'un visant l'adjudication à Erne SA du lot 1, CFC 221 fenêtre (cause n° A/2035/2016) et l'autre l'adjudication à Facetec SA du lot 1, CFC 215.2 construction métallique et façade ventilée (cause n° A/2036/2016). L'effet suspensif lié aux recours devait être restitué.

L'appel d'offres publié interdisait la division en lots et le dépôt d'offres partielles ; seul le consortium avait respecté cette exigence.

Les autres offres auraient dû être écartées d'office pour ce motif.

De plus, l'offre de Facetec SA pour le lot 1, CFC 215.2 « construction métallique et façade ventilée », d'un montant de CHF 6'478'501.24, soit CHF 2'150'000.- de moins que celle déposée par le consortium et par Ray SA, était étonnamment basse.

6. Le 14 juillet 2016, Erne SA a conclu au rejet du recours. Il y avait une contradiction relative entre la publication dans la FAO et la documentation de l'appel d'offres, dont le consortium avait largement eu le temps de se rendre compte dans le délai de recours contre l'appel d'offres. L'intérêt public à la réalisation des travaux et l'intérêt privé de Erne SA à la réalisation de ces derniers primaient ceux des recourantes.

Le fait de déposer une offre impliquait que le soumissionnaire avait lu et approuvé l'ensemble de ses dispositions, notamment celle prévoyant que le marché était divisé en lots et que le maître de l'ouvrage se réservait d'adjuger les travaux à un ou plusieurs entrepreneurs, de même que celle indiquant que les offres partielles étaient admises.

7. a. Le 15 juillet 2016, la ville a conclu au rejet tant de la restitution de l'effet suspensif que, au fond, du recours.

Les griefs concernant l'adjudication par lots ou fraction de lots, non prévus dans la publication de la FAO, étaient tardifs au vu de la clarté du dossier d'appel d'offres dont la recourante avait pris connaissance. Les adjudications partielles qui avaient été effectuées étaient admissibles.

De plus, le directeur de l'une des sociétés du consortium avait téléphoné au bureau d'ingénieurs mandaté par la ville pour s'occuper de cette soumission. Ce dernier avait confirmé les termes figurant dans les documents d'appel d'offres ainsi que le fait que la ville souhaitait adjuger l'ensemble des travaux à un seul soumissionnaire mais se réservait de les adjuger par lots.

L'offre de Facetec SA, certes moins dispendieuse que celle de la recourante, avait été analysée par le bureau mandaté pour piloter l'appel d'offres et n'était pas apparue particulièrement basse, notamment au vu du montant estimé pour le marché.

- b. Il ressortait notamment des pièces produites que le classement des candidats concernant le CFC 215.2 « construction métallique et façade ventilée » était le suivant :

- | | |
|------------------|----------------|
| 1. Facetec SA | 438.75 points |
| 2. Ray SA | 338.76 points |
| 3. le consortium | 338.30 points. |

8. Le 9 août 2016, Facetec SA a conclu au rejet du recours. La possibilité de confier le chantier à plusieurs sociétés ressortait du dossier d'appel d'offres. La ville avait seulement souhaité qu'une seule entreprise effectue l'ensemble des travaux sans qu'il ne s'agisse d'une obligation. Le partage de marché était en tout état toujours autorisé, la disposition réglementaire pertinente prévoyant qu'un soumissionnaire pouvait refuser une adjudication partielle si la possibilité de partager le marché n'avait pas été prévue dans les documents d'appel d'offres.

Facetec SA était spécialisée dans le domaine de la façade ventilée, ce qui lui avait permis de faire une offre moins chère que celle de ses concurrents sans qu'elle puisse être qualifiée d'anormalement basse.

9. Le 22 août 2016, le consortium a exercé, au fond, son droit à la réplique.

Seule la publication dans la FAO faisait foi et les offres déposées devaient être globales, le marché ne pouvant être divisé en lots. Même si l'on devait considérer que les conditions de l'appel d'offres étaient applicables, les candidats devaient déposer un dossier concernant au minimum l'intégralité de l'un des trois lots, et non une partie de l'un de ces derniers.

Il était exact qu'un entretien téléphonique avait eu lieu entre un représentant d'une entreprise du consortium et un membre du bureau d'ingénieurs. Ce dernier avait indiqué que la ville souhaitait éviter des problèmes de coordination et qu'il choisirait les candidats déposant une offre unique même si cela revenait plus cher qu'une attribution par lots.

Au surplus, le recours devait être admis, le consortium reprenant et développant les éléments ressortant de ces écritures précédentes.

10. Sur quoi, la cause a été gardée à juger, tant sur effet suspensif qu'au fond.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction 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 ; art. 2 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) ; art. 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) ; 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. En vertu de l'art. 70 al. 1 LPA, l'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation identique ou à une cause juridique commune.

En l'espèce, les causes n^{os} A/2035/2016 et A/2036/2016 se rapportent au même complexe de faits et sont intimement liées, s'agissant de l'attribution du même marché public à une ou plusieurs entreprises. Il se justifie dès lors, également par souci d'économie de procédure, d'ordonner la jonction des deux causes sous la cause n^o A/2035/2016.

3. Selon l'art. 16 al. 1 et 2 AIMP, le recours contre une décision d'adjudication peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, et pour constatation inexacte ou incomplète de faits pertinents. Le grief d'inopportunité ne peut pas être invoqué.

4. Conformément à la jurisprudence, les griefs à l'encontre de l'appel d'offres ne peuvent plus être invoqués dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision d'adjudication (ATF 130 I 241 consid. 4.2 ; 125 I 203 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.47/2004 du 6 avril 2004 ; ATA/360/2014 du 20 mai 2014 ; ATA/399/2012 du 26 juin 2012 ; ATA/677/2005 du 12 octobre 2005). Le Tribunal fédéral a en outre déjà jugé qu'il était admissible d'exiger des candidats qu'ils contestent immédiatement les documents d'appels d'offres prétendument incomplets ou entachés d'autres vices de forme lors de la procédure d'appel d'offres déjà et non dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision d'adjudication (ATF 130 I 241 consid. 4.2 ; 129 I 313 consid. 6.2 ; 125 I 203).

5. En l'espèce, les documents fournis par la ville aux entreprises intéressées à soumissionner mentionnaient sans ambiguïté que le marché était divisé en lots et que les offres partielles étaient admises.

Les termes employés impliquaient que les entreprises intéressées étaient autorisées non seulement à déposer une offre pour un lot, mais aussi pour une partie d'un lot, soit une « offre partielle » dans un marché divisé en lots.

En revanche, la publication de cet appel d'offres dans la FAO indiquait le contraire, dès lors qu'il était précisé que le marché n'était pas divisé en lots et que les offres partielles n'étaient pas admises. Le consortium s'est rendu compte de cette contradiction puisqu'elle indique qu'un représentant d'une de ses sociétés avait contacté par téléphone un représentant de la ville à ce sujet.

En conséquence, le consortium devait saisir la chambre administrative d'un recours contre l'appel d'offres lorsqu'elle s'est rendu compte que le marché était divisé en lots et que des offres partielles étaient admises, s'il entendait contester cette situation. Les renseignements téléphoniques qui lui ont été donnés à ce sujet, lesquels confirmaient d'une part la possibilité de diviser les offres et d'autre part

la préférence de la ville pour une offre unique n'ont à cet égard pas de pertinence, ce d'autant que ces éléments ne font que confirmer ce qui était indiqué dans les documents de l'appel d'offres.

Partant, ce grief, formé tardivement, sera écarté.

6. Le consortium évoque la possibilité que l'offre de Facetec SA soit anormalement basse.

a. En présence d'une offre qui serait anormalement basse, l'autorité adjudicatrice a l'obligation, selon l'art. 41 RMP de demander des renseignements complémentaires au soumissionnaire concerné (arrêt du Tribunal fédéral 2D_44/2009 du 30 novembre 2009 consid. 4 ; ATA/633/2008 du 16 décembre 2008). C'est seulement si le soumissionnaire n'a pas justifié les prix d'une telle offre, conformément à l'art. 41 RMP, que son offre doit être écartée d'office et qu'elle ne participe pas à la phase d'évaluation des offres (art. 42 al. 1 let. e RMP). Une offre particulièrement favorable, le cas échéant même si elle est inférieure au prix de revient, n'est pas impérativement à exclure si les renseignements fournis par le soumissionnaire permettent de conclure qu'il est capable d'exécuter à satisfaction les travaux mis en soumission (ATF 141 II 353 consid. 8.3.2 ; ATF 130 I 241 consid. 7.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_44/2009 précité, consid. 3.2.1 ; 2P_70/2006 et 2P_71/2006 du 23 février 2007 consid. 4.3 ; Etienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 195 n. 313 ; Peter GALLI/André MOSER/Elisabeth LANG/Marc STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht, 2013, p. 517).

b. En l'espèce, la ville indique que son mandataire n'a pas eu de doute au sujet de l'offre en question. Facetec SA justifie son prix par sa connaissance du domaine et annexe l'intégralité de son offre à sa réponse. Malgré la production de ces éléments, le consortium, dans son écriture de réplique, n'apporte pas d'éléments concrets permettant d'asseoir le soupçon qu'elle a formé dans son recours.

Il sera aussi relevé que le coût de l'ensemble des lots attribués est de CHF 13'765'984.-, soit CHF 1'615'984.- de plus que l'estimation initiale de l'ensemble du marché.

Dans ces circonstances, le fait que la ville de Genève n'ait pas interpellé Facetec SA afin que cette dernière justifie son offre ne prête pas le flanc à la critique, et le grief sera écarté.

7. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté, étant précisé que le prononcé du présent arrêt rend la demande d'effet suspensif sans objet.

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge conjointe et solidaire des membres du consortium, qui succombent (art. 87

al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1500.- sera allouée à Facetec SA et une indemnité de même montant sera accordé à Erne SA, toutes deux à la charge conjointe et solidaire des membres du consortium (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

préalablement :

ordonne la jonction des causes n^{os} A/2035/2016 et A/2036/2016 sous le n^o A/2035/2016 ;

constate que la demande de restitution de l'effet suspensif est devenue sans objet ;

à la forme :

déclare recevables les recours interjetés le 20 juin 2016 par Defimetal SA et Tschopp-Zwissig SA contre les décisions d'adjudications de la Ville de Genève du 6 juin 2016 ;

au fond :

les rejette ;

met à la charge conjointe et solidaire de Defimetal SA et de Tschopp-Zwissig SA un émolument de CHF 1'500.- ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à Facetec SA, à la charge conjointe et solidaire de Defimetal SA et de Tschopp-Zwissig SA ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à Erne SA, à la charge conjointe et solidaire de Defimetal SA et de Tschopp-Zwissig 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 ;

- sinon, 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 Marc-Alec Bruttin, avocat de Defimetal SA et de Tschopp-Zwissig SA, à la Ville de Genève - département des constructions et de l'aménagement, à Me François Bellanger, avocat de Erne SA, à Me Emmanuel Ducrest, avocat de Facetec SA, ainsi qu'à la commission fédérale de la concurrence (COMCO), pour information.

Siégeants : M. Thélin, président, MM. Dumartheray et Verniory, Mme Payot
Zen-Ruffinen, M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :