



POUVOIR JUDICIAIRE

A/3046/2021-MARPU

ATA/1106/2021

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 20 octobre 2021

sur effet suspensif

dans la cause

A_____ SA

représentée par Me Christophe Claude Maillard, avocat

contre

COMMUNE DE B_____

D_____

représentées par Me Flavien Valloggia, avocat

et

C_____ SA

représentée par Me Laurent Strawson, avocat

Vu, en fait, l'appel d'offres de la Commune de B_____, « qui représente aussi D_____ », publié sur Simap le 10 juin 2021 portant sur des « Travaux de génie civil comprenant le réaménagement de la chaussée et des espaces piétonniers et le renouvellement du réseaux d'assainissement, nécessitant la reconstruction de réseaux EU et EC ainsi que la construction d'une station de pompage » ; que selon le dossier d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur sont la Commune et D_____ (ci-après : D_____);

vu que sept entreprises, dont A_____ SA (ci-après : A_____) et C_____ SA, ont déposé des offres recevables ; que ces deux sociétés ont été invitées, par courrier du 9 août 2021, à clarifier certains points ; que C_____ SA a donné suite à cette demande, alors que A_____ n'y a pas répondu ; que la demande portait notamment sur des éléments de prix peu cohérents ;

qu'au terme du processus d'évaluation, C_____ a obtenu 392.84 points, alors que A_____ en a obtenu 385.65 ; qu'ainsi, les travaux d'aménagement et raccordement de « SAC » financés par la Commune et ceux relatifs au renouvellement du réseau d'assainissement financés par la D_____ ont été adjugés à C_____ ;

que par décision du 25 août 2021, D_____ a informé A_____ que les travaux de renouvellement du réseau d'assainissement et de raccordements privés avaient été adjugés à C_____ pour un montant de CHF 1'948'950,25 et que A_____ avait été classée en deuxième position sur sept offres évaluées ;

que par décision du 2 septembre 2021 de la Commune, A_____ a été informée que le marché avait été adjugé à C_____ pour le montant de CHF 1'893'323,40 à la charge de la Commune et pour CHF 1'948'950.25 à la charge de D_____ ; l'offre d'C_____ remplissait les conditions d'adjudication et avait été jugée la plus avantageuse, conformément à la grille d'évaluation annexée ; que A_____ avait été classée deuxième sur sept offres évaluées ;

que, dans son recours expédié le 10 septembre 2021 à la chambre administrative de la Cour de justice, A_____ a contesté l'évaluation de trois critères ; selon les explications orales qui lui avaient été données le 7 septembre 2021, elle avait obtenu pour le sous-critère « méthodologie » la note de 2.5, justifiée par l'absence d'indications spécifiques concernant le raccordement sur la route du E_____ et les travaux de la station de pompage (ci-après : STAP) ; or, ces travaux ne concernaient que 7 ou 8 % de la valeur totale du marché public et ne présentaient pas de difficulté ; si elle avait obtenu une note de plus sur ce sous-critère, elle aurait pris la première place ;

que pour le critère « référence », il lui avait été indiqué le 7 septembre 2021 que les références relatives à des chantiers d'un montant inférieur à CHF 4'000'000.- étaient écartées, ce qui ne ressortait toutefois pas de l'appel d'offres ; il en allait de même des références écartées au motif qu'elles concernaient le groupe A_____ et non la succursale ; une amélioration de seulement 0.4 point aurait fait prendre à la recourante la première place ; la note relative à la formation d'apprentis résultait d'un calcul incompréhensible ;

dès lors que son ratio était de 17 %, elle aurait dû obtenir 5 points pour ce critère, la plaçant derechef en première position ;

qu'elle demandait à avoir accès aux annexes R7 (méthodologie), Q9 (références) et Q4/T6 (formation professionnelle) de C_____ se rapportant aux critères précités ;

que dans un courrier du 17 septembre 2021 à la chambre de céans, la recourante a précisé que sous réserve de sa pièce 7 (extrait de la série de prix), elle levait la confidentialité sur les autres pièces, sous réserve de réciprocité ;

que la chambre de céans a ouvert deux causes (A/3046/2021 et A/3110/2021) concernant les deux parties du marché public litigieux ;

que se déterminant sur la requête d'effet suspensif, C_____ a relevé que les travaux présentaient une certaine urgence, dès lors que le planning initial avait déjà été retardé par la pandémie ; les travaux s'inscrivaient dans le prolongement de la mise en conformité de la zone industrielle du E_____ ; elle prévoyait d'affecter en moyenne un taux d'occupation de 14.5 personnes au chantier pendant onze mois, ne sous-traitant que moins de 5 % des travaux ; faute de pouvoir planifier le début des travaux, prévus le 18 octobre 2021, elle avait affecté les équipes concernées à d'autres chantiers ; le report de trois mois du début du chantier aurait un coût de CHF 137'873,40 par mois ;

que la Commune et D_____, s'exprimant dans une seule et même écriture, ont conclu au rejet de la requête d'effet suspensif ; préalablement, elles ont requis la jonction des deux procédures et conclu au refus de l'accès aux pièces désignées confidentielles par leurs soins ;

que le marché public portait sur deux objets : la mise en conformité des canalisations du réseau secondaire par la construction de nouveaux collecteurs d'eaux, la réhabilitation par robotique d'un tronçon de canalisation et la construction d'une nouvelle station de pompage des eaux usées – projet porté et financé par la D_____ ; les aménagements de requalification des espaces publics, y compris paysagers – projet porté et financé par la Commune ; les deux objets étaient liés, raison pour laquelle un seul appel d'offres avait été formulé ; la Commune et D_____ étaient conjointement autorité adjudicatrice, mais la Commune avait agi comme organisatrice de la procédure d'adjudication ;

qu'en raison d'une erreur de coordination, une première décision d'adjudication avait été rendue ; toutefois, seule la décision du 2 septembre 2021 était complète et constituait la décision formelle relative à la procédure d'adjudication, la première étant caduque ;

qu'elle a exposé en détail les critères d'évaluation retenus et leur pondération pour l'adjudicataire et la recourante ; pour le critère « méthodologie », tant C_____ que la recourante avaient obtenu la note 2.5, soit une note jugée insuffisante, du fait que leur dossier respectif était lacunaire ; pour le critère « référence », la recourante avait obtenu la note 2.67 ; pour sa première référence, le maître de l'ouvrage et la direction des travaux avaient indiqué que la gestion des riverains n'avait pas été satisfaisante au regard des

multiples séances de coordination qui avaient été nécessaires afin d'atténuer et de prévenir les tensions survenues durant la réalisation des travaux, le montant des travaux avait été inférieur à CHF 4'000'000.-, donc pas en adéquation avec le marché concerné, les travaux réalisés n'avaient pas comporté la réalisation d'une station de pompage et n'avaient pas nécessité de coordination avec des entreprises extérieures ; pour ses deuxième et troisième références, les travaux concernés ne comportaient pas de travaux de raccordement avec des parcelles privées ni de pompage, étaient inférieurs à CHF 4'000'000.- et n'avaient pas nécessité de coordination avec des entreprises extérieures ; les intimées avaient fait preuve de mansuétude en acceptant les références 2 et 3, qui concernaient des chantiers qui n'avaient pas été réalisés par la succursale qui avait soumissionné ; enfin, même si le résultat du ratio (223 %) du critère « formation » pouvait paraître illogique, il résultait de l'application de la méthode de l'annexe T6 ; par ailleurs, le comité d'évaluation avait demandé des précisions sur des éléments peu cohérents du prix auxquels toutefois la recourante n'avait pas répondu ;

que les autorisations de construire étaient en force et le planning initial avait pris beaucoup de retard en raison de la pandémie ; la réalisation des travaux était d'un intérêt public évident tant au regard de la préservation de l'environnement (réparation de tout le réseau d'eaux pluviales et usées, changement de la STAP afin de supprimer les déversements d'eaux polluées dans le Rhône) et de la sécurité et du bien-être des usagers de la zone (création de trottoirs, d'espaces publics, de zones végétalisées, réfection de l'éclairage public etc.) ; en cas d'octroi de l'effet suspensif, les maîtres de l'ouvrage se trouveraient face à des incertitudes de planification, d'organisation et de respect des budgets votés et des retards conséquents pour tout le réaménagement ;

que, dans sa réplique sur effet suspensif, la recourante a relevé que le sous-critère visant à ce que les références produites concernent un marché public comparable dont le coût s'était élevé à CHF 4'000'000.- n'avait pas été publié ; en rajoutant les 0.5 points ôtés au motif que la référence ne se rapportait pas à la valeur seuil, la recourante remporterait le marché ; les informations relatives aux travaux de collecteurs figuraient sur le rapport technique, de sorte que les intimées ne pouvaient pénaliser la recourante sous l'angle de la méthodologie ; enfin, il n'y avait aucune urgence : les travaux concernaient la réfection d'une route se raccordant à un nouveau tronçon réalisé par la recourante ; il n'y avait aucune réorganisation ou redirection importante du trafic ;

que, sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur effet suspensif ;

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 ; art. 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 vu la connexité entre les deux causes, il convient d'en ordonner la jonction ;

que les mesures provisionnelles sont prises par la présidente ou le vice-président de la chambre administrative ou, en cas d'empêchement de ceux-ci, par une autre juge (art. 21 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - GE - E 5 10 ; art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 mai 2020 ;

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/987/2021 du 24 septembre 2021 ; ATA/217/2021 du 1^{er} mars 2021 consid. 2 ; ATA/1349/2019 du 9 septembre 2019 ; ATA/446/2017 du 24 avril 2017 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 lorsqu'une autorité judiciaire se prononce sur l'effet suspensif ou d'autres mesures provisoires, elle peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit (examen *prima facie*), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles, tout en ayant l'obligation de peser les intérêts respectifs des parties (ATF 139 III 86 consid. 4.2 ; 131 III 473 consid. 2.3) ;

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/1349/2019 précité ; ATA/446/2017 précité consid. 2 ; ATA/62/2017 du 23 janvier 2017 consid. 2 ; ATA/793/2015 du 5 août 2015 consid. 2) ;

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) et assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) ;

que le principe de la transparence garanti par les art. 1 al. 3 let. c AIMP et 24 RMP exige du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions, en spécifiant clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux (ATF 130 I 240 consid. 5.1) ; que ce principe n'exige pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à

concrétiser le critère publié (ATF 143 II 553 consid. 7.7) ; une publication n'est nécessaire que lorsque les sous-critères sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié (ATF 130 I 240 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_1/2021 du 8 mars 2021 consid. 5.3) ;

que savoir si l'on se trouve en présence d'un sous-critère dont la publication serait nécessaire au motif que l'adjudicateur lui accorderait une importance prépondérante et lui conférerait un rôle équivalent à celui d'un critère publié dépend d'une appréciation de l'ensemble des circonstances du cas, soit notamment des documents d'appel d'offres, du cahier des charges et des conditions du marché (ATF 130 I 241 consid. 5.1 ; ATA/695/2015 du 30 juin 2015) ;

qu'en l'espèce, l'intérêt public invoqué par les intimées, à savoir l'urgence à conclure les contrats, n'apparaît pas prépondérant ; s'il est manifeste que les travaux doivent être effectués, aucune urgence à y procéder n'est rendue vraisemblable, notamment pas le fait qu'il y aurait un risque imminent de pollution des eaux ;

que la question de savoir si le sous-critère relatif à la valeur du marché public auquel les références devaient se rapporter devait être publié, respectivement si la déduction de 0.5 point liée au fait que les références produites concernaient des marchés publics d'une valeur seuil inférieure était admissible, est délicate ; qu'il n'apparaît en tout cas pas d'emblée que le grief soulevé à cet égard soit mal fondé ;

que par ailleurs, il apparaît que, prima facie et sans préjudice de l'examen au fond, les informations relatives aux travaux de collecteurs figuraient dans le rapport technique produit par la recourante, de sorte que la perte de points qui lui a été imputée pour manque d'information à cet égard ne paraît, à première vue, pas fondée ;

qu'en outre, le manque d'indication relative à la coordination avec les aménagements extérieurs semble, à priori, s'expliquer par le planning plus court proposé par la recourante, de sorte que la perte de points à ce sujet suscite également des doutes sur sa justification ;

qu'au regard du faible écart de notation globale entre la recourante et l'adjudicataire, une modification mineure de l'évaluation d'un seul critère ou sous-critère est susceptible d'affecter la notation globale et de conduire à l'admission du recours ;

que l'intérêt public au respect des normes régissant la passation de marchés publics conforme au droit l'emporte sur l'intérêt privé de l'adjudicataire à pouvoir conclure le contrat et commencer son exécution ;

qu'au vu de ces éléments, il convient de retenir, prima facie et sans préjudice de l'examen au fond, que les chances de succès du recours et l'absence d'urgence à l'exécution du marché public justifient de donner suite à la requête d'effet suspensif ;

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

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

ordonne la jonction des causes A/3046/2021 et A/3110/2021 sous A/3046/2021 ;

restitue 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 jointes à l'envoi ;

communique la présente décision à Mes Christophe Claude Maillard et Joël de Montmollin, avocats de la recourante, à Me Flavien Valloggia, avocat de Commune de B_____ et de la D_____, Me Laurent Strawson, avocat de C_____ SA, ainsi que la Commission de la concurrence.

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :