

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2535/2012-MARPU

ATA/309/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt sur partie du 14 mai 2013

dans la cause

RENGGLI AG

représentée par Me Ludovic Tirelli, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE L'URBANISME

et

WALDNER S.A., appelée en cause

EN FAIT

1. Le 11 avril 2011, l'Etat de Genève, soit pour lui le département des constructions et des technologies de l'information, devenu le département de l'urbanisme (ci-après : le département), a fait paraître dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO), ainsi que sur le système d'information sur les marchés publics en Suisse (ci-après : SIMAP) un appel d'offres intitulé "Université de Genève – Sciences II et III - installations sanitaires" portant sur :

- la transformation de 4 laboratoires existants en 8 laboratoires, travaux d'installations de mobilier de laboratoire, SC II (lot 1) ;

- la transformation de locaux en 4 laboratoires, travaux d'installations de mobilier de laboratoire SC III (lot 2).

Il s'agissait d'un marché public portant sur des travaux de construction, non soumis aux accords internationaux, devant se dérouler à la faculté des sciences de l'Université de Genève (ci-après : la faculté des SES) 30, quai Ernest-Ansermet. Les variantes étaient admises, de même que la sous-traitance, selon l'art. 35 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

Sous chiffre 3.9, les critères d'adjudication mentionnés étaient les suivants :

- montant de l'offre : pondération 45 % ;
- organisation du candidat et qualités techniques de l'offre : pondération 30 % ;
- références et expériences : pondération 20 % ;
- formation professionnelle : pondération 5%.

La validité de l'offre était de six mois à partir de la date limite d'envoi. Le dossier d'appel d'offres était disponible du 11 avril au 9 mai 2011. Selon le planning d'intervention prévisionnelle, la décision d'adjudication devait avoir lieu le 16 mai 2011. Pour le lot 1, le montage du mobilier devait intervenir dès le 1^{er} août 2011 et pour le lot 2 dès le 18 juillet 2011.

2. Renggli AG, société anonyme de droit suisse ayant son siège à Risch, est inscrite dans le registre du commerce du canton de Zoug depuis 1970. Elle est notamment active dans la fabrication et la distribution d'installations pour laboratoires de toute sorte.

3. Le 9 mai 2011, Renggli AG a déposé son dossier auprès du département, soit pour lui l'office des bâtiments, non sans avoir relevé qu'il lui serait probablement difficile de respecter les délais précités pour la fabrication et la pose du mobilier de laboratoire, la nature de certains composants nécessitant un délai minimum de sept à huit semaines pour leur obtention.
4. Le 23 mai 2011, il a été procédé à l'ouverture des offres pour les 2 lots. Seules 3 offres avaient été présentées, une par Martin Sanitaires S.A., rendue en blanc, l'autre par Renggli AG et une troisième par Waldner S.A. Pour le lot 1, l'offre de Renggli AG s'élevait, toutes taxes comprises (ci-après : TTC), à CHF 827'746.- alors que l'offre de Waldner S.A. se montait à CHF 662'737.-. Pour le lot 2, celle de Renggli AG était de CHF 474'728.- et celle de Waldner S.A. de CHF 329'702.-.
5. Ce procès-verbal d'ouverture des offres a été communiqué le 27 mai 2011 à Renggli AG, à sa demande, par le pouvoir adjudicateur.
6. Le 6 juin 2011, Monsieur Pierre Palais, chef de projet de Renggli AG à Renens, a adressé un courrier électronique à Monsieur Samuel Hug au département. Il le remerciait de lui avoir adressé le procès-verbal d'ouverture des offres et s'étonnait des différences de prix entre celle de Waldner S.A. et la sienne. Il se demandait si une interprétation différente des choses pouvait expliquer une telle différence. Ce message est resté sans réponse.
7. Par courrier électronique du 25 avril 2012, le collaborateur alors en charge du dossier au sein du département, Monsieur Alain Chèvre, a confirmé à Waldner S.A. l'adjudication dans les termes suivants : "dans le cadre du déménagement du DCTI, mes outils informatiques ont été débranchés plus vite que prévu. Ceci implique que ce message vous parvient de mon adresse privée. Je vous confirme donc l'adjudication des travaux de fourniture et pose en ce qui concerne les lots de SC II et SC III selon la réception de votre offre et le traitement de celle-ci. La commande vous parviendra dès que possible. L'ingénieur mandataire prendra très vite contact avec vous pour plus de précisions. Veuillez agréer ...".
8. Par pli recommandé du 6 août 2012, le département a signifié à Renggli AG que, pour le marché pour lequel elle avait déposé une offre le 9 mai 2011, soit pour les 2 lots précités, le département avait adjugé le marché à Waldner S.A., son offre ayant été jugée économiquement la plus avantageuse par rapport aux critères d'adjudication énoncés dans l'appel d'offres. Cette décision était susceptible de recours dans les dix jours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) de Genève.

Etaient annexés 2 tableaux d'analyses multicritères, aux termes desquels les offres de Waldner S.A. avaient été classées au premier rang et celles de Renggli AG au second. Selon l'évaluation des offres annexée intervenue le 30 mai 2011,

les offres étaient soumises aux traités internationaux et celles des 2 concurrentes avaient été évaluées de la manière suivante :

"Pour le lot I, la société Waldner SA a totalisé 405 points obtenant les notes :

- 5 pour le premier critère concernant le montant de l'offre,
- 3 pour le deuxième critère correspondant à l'organisation du candidat et la qualité technique de l'offre,
- 4 pour le troisième critère correspondant aux références à l'expérience de la soumissionnaire,
- 2 pour le cinquième critère relatif à la formation professionnelle.

De son côté, la recourante obtenait 309.02 points avec les notes :

- 2.64 pour le premier critère concernant le montant de l'offre,
- 3 pour le deuxième critère correspondant à l'organisation du candidat et la qualité technique de l'offre,
- 4 pour le troisième critère correspondant aux références à l'expérience de la soumissionnaire,
- 4 pour le cinquième critère relatif à la formation professionnelle.

Pour le lot II, la société Waldner arrivée en tête avec 405 points obtenant les notes :

- 5 pour le premier critère concernant le montant de l'offre,
- 3 pour le deuxième critère correspondant à l'organisation du candidat et la qualité technique de l'offre,
- 4 pour le troisième critère correspondant aux références à l'expérience de la soumissionnaire et
- 2 pour le cinquième critère relatif à la formation professionnelle.

De son côté, la recourante obtenait 207.83 points avec les notes :

- 1.73 pour le premier critère concernant le montant de l'offre,
- 3 pour le deuxième critère correspondant à l'organisation du candidat et la qualité technique de l'offre,

- 4 pour le troisième critère correspondant aux références à l'expérience de la soumissionnaire et

- 4 pour le cinquième critère relatif à la formation professionnelle".

9. Malgré la requête de Renggli AG aux fins de comprendre les notes qui lui avaient été attribuées, la séance agendée le 17 août 2012 a été annulée.

10. Le 20 août 2012, Renggli AG a recouru contre la décision précitée auprès de la chambre administrative, en concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif. Le département devait se voir ordonner de produire le dossier original et complet s'agissant du marché public portant sur les lots 1 et 2, ensuite de quoi la chambre de céans devait ordonner un second échange d'écritures. Principalement, Renggli AG concluait à l'admission du recours et à la constatation que la décision rendue le 6 août 2012 par le département était illicite. Il aurait dû rendre une décision d'interruption de la procédure, ce qu'il n'avait pas fait.

En conséquence, ladite décision d'adjudication devait être annulée et le département condamné en tous les frais. Subsidiairement, la chambre de céans devait se déclarer compétente pour statuer sur le montant du dommage à lui allouer et ouvrir une instruction à cette fin.

11. Le 22 août 2012, le juge délégué a impartit au département, ainsi qu'à Waldner S.A., appelée en cause, un délai au 3 septembre 2012 pour se déterminer sur effet suspensif, et au 28 septembre 2012 sur le fond. De plus, il était fait interdiction aux intéressées de conclure le contrat jusqu'à droit jugé sur la requête en restitution de l'effet suspensif.

12. Le 31 août 2012, le département a répondu qu'après réception des offres de Waldner S.A. et de Renggli AG, le mandataire du département en charge du projet avait proposé dans son rapport du 30 mai 2011 d'adjuger les travaux à Waldner S.A. Le projet avait toutefois été suspendu pour des raisons budgétaires et n'avait pu redémarrer qu'au début 2012. Il avait alors été confié à un autre collaborateur du département, M. Chèvre. Ce dernier avait pensé que les décisions d'adjudication avaient été notifiées en 2011 et s'était contenté de confirmer celles-ci par courrier électronique le 25 avril 2012.

Le mobilier de laboratoire faisant l'objet de l'appel d'offres litigieux ayant été mis en fabrication en mai 2012 avait été livré en juillet 2012 et les laboratoires devaient être remis à leurs utilisateurs courant septembre 2012. Au moment de s'acquitter du paiement, les services financiers du département s'étaient rendu compte que la décision d'adjudication faisait défaut et il avait alors pris la décision querellée du 6 août 2012. Le contrat entre le département et Waldner S.A. ayant été conclu tacitement et les prestations exécutées, la requête d'effet suspensif n'avait plus d'objet.

13. Waldner S.A. ne s'est pas déterminée.
14. Invitée à se prononcer, cas échéant, sur cette réponse, Renggli AG, par le biais de son conseil, a répondu le 14 septembre 2012 en maintenant sa demande d'effet suspensif. La réponse du département démontrait que l'attribution du marché à Waldner S.A. n'avait été confirmée que par un courrier électronique adressé à cette société uniquement, et non pas par publication ou courrier, avec indication des voies de recours, à l'autre soumissionnaire. De plus, ce courriel n'avait été envoyé que le 25 avril 2012. Quant aux laboratoires, objets du marché litigieux, ils auraient été mis en fabrication en mai 2012 et livrés en juillet 2012, soit avant même la décision d'adjudication. Enfin, selon le département lui-même, le contrat avec Waldner S.A. aurait été conclu tacitement, avant la décision d'adjudication et partant, avant l'échéance du délai de recours. Cette chronologie démontrait le bien-fondé de ce dernier, plusieurs dispositions du RMP, et notamment l'art. 46, ayant été violées. Ce comportement abusif contrevenait au principe de transparence et l'autorité adjudicatrice n'avait pas démontré que lesdits laboratoires seraient effectivement remis à leurs utilisateurs à mi-septembre 2012.
15. Par décision du 17 septembre 2012, la présidente de la chambre administrative a constaté que la requête en restitution de l'effet suspensif était sans objet, le contrat ayant été conclu tacitement et les travaux réalisés et achevés en juillet 2012.
16. Le 27 septembre 2012, le département a conclu au rejet du recours. En application de l'art. 18 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), une fois le contrat conclu, seul le caractère illicite de la décision d'adjudication pouvait être constaté. Il convenait donc d'examiner si l'adjudication était conforme au droit. La décision signifiée aux parties le 6 août 2012 était accompagnée des tableaux multicritères des offres. Celles-ci avaient été évaluées normalement et Renggli AG avait pu comprendre les raisons pour lesquelles le marché avait été adjugé à Waldner S.A., le critère déterminant ayant été celui du prix. La recourante avait d'ailleurs reçu des notes équivalentes, voire supérieures à celles de sa concurrente pour les autres critères. La recourante considérait que l'autorité adjudicatrice aurait dû interrompre la procédure et la renouveler, compte tenu du délai important qui s'était écoulé entre la procédure d'appel d'offres et la décision d'adjudication. Si l'art. 47 RMP prévoyait certes l'interruption pour justes motifs d'une procédure d'adjudication et le renouvellement de celle-ci, la suspension d'un projet pour raisons budgétaires ne constituait pas un tel juste motif. Le département contestait avoir tardé à statuer ou commis un déni de justice formel, puisqu'il ne pouvait, sans violer le principe de la bonne foi, rendre une décision d'adjudication alors qu'il ne disposait pas des ressources financières pour réaliser le projet.

Enfin, la recourante alléguait une violation de l'art. 41 RMP au motif que l'offre de Waldner S.A. aurait dû paraître anormalement basse au département, et

que celui-ci n'avait pas interpellé l'adjudicataire à ce sujet. Or, ni le règlement, ni la jurisprudence ne définissaient ce qu'il fallait entendre par là. Comme seules 2 entreprises avaient répondu à l'appel d'offres, il n'était pas possible d'établir une moyenne des prix. De plus, l'offre de Waldner S.A. correspondait bien à la valeur de la prestation demandée et n'était pas anormalement basse. L'adjudication à Waldner S.A. n'avait pas été arbitraire. Le critère du prix ayant été pris en considération à hauteur de 45 %, Waldner S.A. avait obtenu la note de 5, alors que Renggli AG obtenait 2,28. Les 2 sociétés étaient à égalité pour les critères 2 et 3 et pour le quatrième point, Renggli AG était mieux notée que Waldner S.A., mais cet avantage pour ce critère-ci ne suffisait pas à compenser l'avantage de Waldner S.A. s'agissant du prix. Le recours devait être rejeté et la recourante condamnée aux frais de la procédure.

17. Invitée à répliquer, Renggli AG s'est déterminée le 30 novembre 2012 en reprenant son argumentation. L'adjudication à Waldner S.A., confirmée à cette dernière seulement par un courrier électronique le 25 avril 2012, constituait une violation des principes de procédure en matière de marchés publics et du principe de la bonne foi. L'autorité adjudicatrice aurait dû considérer qu'un écart de prix de l'ordre de 20 % était considérable et s'interroger sur le caractère de l'offre anormalement basse. De plus, l'offre de Waldner S.A. n'était pas conforme à l'appel d'offres du fait que l'adjudicataire s'était contentée de proposer un modèle standard de son catalogue, alors que pour répondre à l'appel d'offres, elle-même avait soumis une offre dans laquelle les cellules proposées devaient être créées sur mesure.

Le procédé de l'autorité adjudicatrice tendant à conclure un contrat avec le soumissionnaire choisi et à faire livrer le matériel avant toute adjudication formelle en dehors des règles applicables avait eu pour effet de rendre la conclusion de la recourante tendant à organiser un nouvel appel d'offres sans objet. Néanmoins, Renggli AG devait être indemnisée. Elle avait consacré 290 heures de travail à CHF 140.- l'heure, soit un total de CHF 40'600.- hors taxes (ci-après : HT). A cela s'ajoutaient les frais relatifs à la préparation de la procédure de recours, représentant 107 heures à CHF 140.- de l'heure, soit CHF 14'980.-. Au jour du dépôt de cette écriture, les honoraires du conseil de la recourante s'élevaient à CHF 10'584.-, plus la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après : TVA), mais un décompte détaillé serait produit ultérieurement, dans le cadre de la procédure d'indemnisation.

Quant aux frais judiciaires, ils s'étaient élevés à CHF 1'000.-. En conséquence, l'indemnité due à la recourante ne pouvait être inférieure à CHF 67'164.-. Il convenait d'ouvrir une procédure distincte s'agissant de l'indemnisation en question.

18. Le 18 décembre 2012, le département s'est déterminé sur ces conclusions en indemnisation. Il ne contestait pas que le contrat ait été conclu avant la

notification formelle de la décision d'adjudication. Renggli AG n'exposait cependant pas en quoi elle aurait été lésée par cette irrégularité. L'adjudication avait été faite en faveur de l'offre économiquement la plus avantageuse. L'évaluation remontait à mai 2011, "seule la notification de la décision a [avait] été oubliée".

Pour un autre projet concernant Biopôle à Epalinges et portant également sur du mobilier de laboratoire, l'offre de Renggli AG était de 17 % moins élevée que celle de Waldner S.A. et 25 % moins élevée que la plus-disante. Des écarts de l'ordre de 20 % n'étaient donc pas considérables. Il n'avait ainsi aucune raison de considérer en l'espèce que l'offre de l'adjudicataire était anormalement basse.

Les allégués de Renggli AG selon lesquels l'offre de Waldner S.A. ne serait pas conforme à l'appel d'offres ne reposaient sur aucun élément concret. Le département mettait en doute le fait que Renggli AG ait consacré 290 heures à l'élaboration de son offre, ce qui représentait plus de sept semaines de travail pour une personne à plein temps, alors que les entreprises disposaient de quatre semaines après la publication pour rendre leur dossier. Or, elle n'avait certainement pas travaillé uniquement sur cet appel d'offres. De telles prétentions étaient manifestement abusives. Il en était de même des 107 heures, soit deux semaines et demie de travail à temps complet, passées à préparer la procédure de recours, alors que le délai de celui-ci était de dix jours. Le conseil de la recourante devrait en effet produire une note d'honoraires justifiant ses prétentions. Le département citait à titre de comparaison les sommes allouées dans divers arrêts en 2005, 2009 et 2011, qui s'étaient élevées à CHF 20'000.- au plus.

19. Le 24 décembre 2012, Renggli AG a réitéré ses explications et son argumentation, ajoutant que son conseil avait consacré 34 heures de travail, y compris ses dernières écritures, "au modeste tarif vaudois de CHF 350.-/heure". Une note d'honoraires serait produite dans le cadre de la procédure d'indemnisation.
20. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Le marché offert en procédure ouverte n'est, à teneur de la décision querellée, pas soumis aux accords internationaux mais à l'AIMP révisé du 15 mars 2001 (L 6 05), au RMP et à 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).

Le recours, interjeté le 20 août 2012 auprès de la juridiction compétente (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05), est dirigé contre la décision du département du 6 août 2012

et respecte le délai de dix jours institué par les art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), 15 al. 2 AIMP et 56 RMP.

Enfin, l'offre de l'entreprise la moins-disante étant respectivement de CHF 669'431.- et CHF 333'032.- pour les lots 1 et 2, les valeurs seuils prévues par l'annexe 2 du RMP sont atteintes.

En conséquence, le recours est recevable.

2. En l'espèce, il est établi et non contesté que le département a de fait adjudgé le marché à Waldner S.A. en omettant - pour les raisons exposées ci-dessus - de rendre une décision formelle d'adjudication avant le 6 août 2012, alors que le contrat était en cours d'exécution et que l'adjudication n'avait été confirmée à l'appelée en cause que par un courrier électronique du 25 avril 2012.

Ce mode de procéder contrevient aux dispositions procédurales énoncées aux art. 11 ss AIMP et notamment aux dispositions d'exécution cantonales citées à l'art. 13 AIMP, le contrat ne pouvant être conclu avec l'adjudicataire qu'après l'écoulement du délai de recours, comme le prévoit expressément l'art. 14 al. 1 AIMP.

3. L'art. 47 RMP prévoit que la procédure d'adjudication peut être interrompue pour de justes motifs, notamment lorsqu'un abandon ou une modification importante du projet est nécessaire (art. 47 al. 1 let. c RMP).

Rien n'empêchait le département de rendre une décision sommairement motivée, dans le respect de l'art. 47 al. 2 RMP, pour informer les soumissionnaires qu'il devait interrompre la procédure d'adjudication, ne disposant alors pas du budget nécessaire.

Or, le département a préféré suspendre de fait la procédure puis - par méconnaissance ou oubli de l'un de ses fonctionnaires - la reprendre une année plus tard sans respecter les droits procéduraux du soumissionnaire évincé, puisque seules 2 entreprises avaient déposé des offres.

Sans qu'il soit nécessaire d'examiner si le département devait interpellier Waldner S.A. sur son offre particulièrement basse, alors que le critère du prix avait un critère de pondération de 45 %, force est de constater que la décision d'adjudication communiquée à Renggli AG le 6 août 2012 est illicite (art. 18 al. 2 AIMP). Même si les parties se sont déjà déterminées sur le dommage et le montant allégué de celui-ci, aucune pièce n'a été produite pour justifier de ces prétentions, raison pour laquelle il conviendra d'ouvrir formellement une instruction à cette fin (ATA/927/2004 du 26 octobre 2004).

4. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis dans cette mesure. Un délai sera fixé aux parties pour se déterminer sur le montant du dommage et pour produire toutes pièces probantes à cet effet. Le sort des frais sera réservé jusqu'au prononcé de l'arrêt final de la chambre de céans.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 20 août 2012 par Renggli AG contre la décision du département de l'urbanisme du 6 août 2012 ;

au fond :

l'admet ;

constate l'illicéité de la décision d'adjudication communiquée le 6 août 2012 à la recourante ;

cela fait :

ouvre une instruction sur le montant du dommage occasionné à la recourante ;

fixe à Renggli AG un délai au 14 juin 2013 pour justifier son dommage et produire toutes pièces probantes à cet effet ;

fixe au département de l'urbanisme et à Waldner S.A., appelée en cause, un délai au 30 juin 2013 pour répondre ;

réserve le sort des frais jusqu'au prononcé de l'arrêt final de la chambre de céans ;

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 Renggli AG, à Me Ludovic Tirelli, au département de l'urbanisme, ainsi qu'à Waldner S.A., appelée en cause.

Siégeants : Mme Hurni, présidente, M. Thélin, Mme Junod, MM. Dumartheray et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

E. Hurni

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :