

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1294/2018-MARPU

ATA/841/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 21 août 2018

dans la cause

SERBECO SA

représentée par Me Pierre Gabus, avocat

contre

SERVICES INDUSTRIELS DE GENÈVE

et

TRANSVOIRIE SA, appelée en cause

représentée par Me Marc Balavoine, avocat

EN FAIT

1. Le 27 février 2018, les Services industriels de Genève (ci-après : SIG) ont soumis le marché du « transport de bennes des déchets des sites d'épuration des eaux » (ci-après : STEP) à l'usine d'incinération des Cheneviers à une procédure d'appel d'offres en procédure ouverte. Le marché devait commencer le 30 avril 2018, pour douze mois. Le contrat était renouvelable deux fois douze mois.

Les critères de pondération annoncés étaient les suivants : prix (70 %), organisation, compétence et expérience (20 %) et « références, trois minimum, de moins de cinq ans dont la réalisation est terminée de la taille et du domaine équivalent » (10 %).

Le délai de dépôt des offres était fixé au 27 mars 2018 à 10h00.

Les éventuelles questions devaient parvenir au plus tard le 9 mars 2018 à Monsieur Daniel FRIEDEN aux SIG. L'adjudicateur répondrait uniquement aux questions arrivées dans le délai fixé, posées par écrit et transmises sous forme électronique (site internet : www.simap.ch). L'adjudicateur ne traiterai aucune demande par téléphone ou par courriel. Les questions devaient être précises et concises, avec référence à un chapitre et/ou à un document remis par l'adjudicateur. L'adjudicateur se réservait le droit de refuser de répondre aux questions sans rapport avec le marché mis en concurrence (point 4.3 du dossier d'appel d'offres).

2. a. Serbeco SA (ci-après : Serbeco) a, valablement, posé trois questions :
 - Est-ce qu'une visite des différentes STEP est prévue ?
 - Il n'y a pas l'annexe Q8 pour les références dans votre dossier, sous quelle forme devons-nous la rendre ?
 - « Références de moins de cinq ans dont la réalisation est terminée de la taille et du domaine équivalent » : ce qui veut dire que des mandats équivalents et en cours sont exclus ? Pouvez-vous préciser ce point ?
 - b. Les SIG n'ont pas répondu.
3. Trois entités ont soumissionné dans les délais dont :
 - Serbeco pour CHF 57'267.- comme offre de base et CHF 81'025.- pour la variante 1 ;
 - Transvoirie SA (ci-après : Transvoirie) pour CHF 57'724.70 comme offre de base et CHF 82'582,90 pour la variante 1.

4. Par un courrier non daté, reçu le 11 avril 2018 par Serbeco, les SIG ont informé Serbeco qu'ils avaient adjudgé le marché à Transvoirie pour le montant de CHF 57'724.70 hors TVA.

Il ressortait du tableau récapitulatif les notes suivantes :

Critères	Serbeco		Transvoirie	
	Prix	5	350 pts	4.92
Organisation	3.33	66.60 pts	4.04	80.80 pts
Références	3	30 pts	3	30 pts
Rang	2	446.6 pts	1	455.27 pts

5. Les SIG n'ont pas donné suite aux demandes d'entretien de Serbeco afin d'obtenir des explications sur les résultats.
6. Par acte formé le 20 avril 2018, Serbeco a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision non datée reçue le 11 avril 2018.

Elle a conclu à l'annulation de la décision d'adjudication à Transvoirie et à l'adjudication à elle-même du marché. Subsidiairement, si le marché ne lui était pas octroyé, une indemnité de trois fois CHF 57'724.70 correspondant au chiffre d'affaires du marché devait lui être allouée.

L'effet suspensif devait être octroyé. Il devait être ordonné aux SIG de produire tous documents utiles concernant le marché, notamment l'offre de Transvoirie. L'audition des parties devait être ordonnée.

Son droit d'être entendue avait été violé, par l'absence de réponse aux questions posées et d'entretien. La décision n'était en conséquence pas motivée. Les principes de transparence et d'égalité de traitement avaient été violés. Le pouvoir adjudicateur avait abusé de son pouvoir d'appréciation dans l'évaluation du critère organisation. Outre que la recourante ignorait quels sous-critères avaient été employés, il n'était pas possible, compte tenu des carences de la société adjudicataire, qu'elle obtienne une meilleure note que la recourante. Transvoirie n'avait pas été à même d'assurer le piquet et le prélèvement des bennes le samedi de Pâques. Les SIG avaient dû faire appel à Serbeco.

7. Par décision du 23 avril 2018, Transvoirie a été appelée en cause.
8. Le 3 mai 2018, les SIG ont conclu au rejet de la demande d'effet suspensif.

Contrairement à ce que soutenait la recourante, le mandat était actuellement assuré par le service de la maintenance des routes cantonales de l'État de Genève. Transvoirie avait le même degré de connaissances de l'organisation que Serbeco. Il était exact que Serbeco était intervenue le samedi de Pâques, pour suppléer les employés de l'État.

Serbeco avait posé trois questions. Il n'y avait pas été répondu à la suite d'une mauvaise manipulation informatique d'un collaborateur des SIG. Ils s'en excusaient. Les réponses aux trois questions n'auraient rien changé quant au contenu de l'offre de la recourante. Serbeco n'avait pas demandé de visiter, mais si une visite était prévue. La date de la décision correspondait à celle du timbre postal, soit le 10 avril 2018.

La recourante n'avait pas obtenu le marché en raison de l'absence des certifications ISO 9001 et 18001 et du fait que le champ d'application de la certification 14001 de la recourante était moins étendu que celui de l'adjudicataire.

L'effet suspensif ne pouvait être restitué, sauf à laisser des bennes s'accumuler, ce qui n'était pas tolérable pour des questions de santé et sécurité publics, et de protection de l'environnement.

9. Le 3 mai 2018 aussi, Transvoirie a conclu au rejet de la requête en restitution d'effet suspensif et à l'interdiction pour la recourante de consulter son offre.

Elle assurait le marché litigieux depuis cinq ans. Elle faisait partie du groupe Hevetia Environnement (ci-après : le groupe), un des leaders suisses de la collecte des déchets et des services associés. Serbeco l'avait remplacée, à une reprise, le samedi de Pâques, d'entente avec les SIG, avertis longtemps à l'avance.

Les éléments de son offre étaient couverts par le secret d'affaires.

Aucune pièce n'était produite.

10. Serbeco a demandé à consulter les pièces du dossier. S'y trouvait une clé USB, produite par les SIG, comprenant les offres, notamment de Transvoirie.
11. Serbeco a répliqué le 14 mai 2018.
12. Par courrier spontané du 22 mai 2018, Transvoirie a relevé que l'entier de son offre avait été soumise à la recourante. Cette manière de procéder, qui ne pouvait que résulter d'une erreur, était illicite. Son offre ne devait pas être utilisable par Serbeco dans le cadre d'une procédure de recours. Les éléments nouveaux sur lesquels la recourante s'était fondée devaient être écartés par une application analogique des règles relatives aux preuves obtenues par des moyens

illégaux. L'unique manière de rétablir une situation conforme au droit consisterait à ordonner à Serbeco de restituer l'offre de Transvoirie, de déclarer sa réplique sur effet suspensif irrecevable et d'inviter la recourante à déposer une nouvelle écriture faisant abstraction de l'offre de l'appelée en cause.

13. Par courrier spontané du 24 mai 2018, Serbeco s'est opposée aux conclusions prises par Transvoirie le 22 mai 2018.
14. Dans le délai imparti, Transvoirie a produit une copie de son offre caviardée des éléments qu'elle estimait devoir être soustraits à la consultation et une duplique sur effet suspensif.
15. Par décision sur mesures provisionnelles du 11 juin 2018, la présidence de la chambre administrative a soustrait à consultation les éléments caviardés par Transvoirie dans son offre, à l'exception de l'annexe 5h relative aux références, fait interdiction à Serbeco, sous les menaces des peines prévues à l'art. 292 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) de faire utilisation de toute information ou éventuelle copie ou reproduction des éléments tels que caviardés dans l'offre de Transvoirie ou de les communiquer à l'exception de l'annexe 5h relative aux références, déclaré irrecevable la réplique sur effet suspensif de Serbeco du 14 mai 2018 et restitué l'effet suspensif au recours.
16. a. Dans sa réponse au fond du 29 juin 2018, Transvoirie a conclu au rejet du recours. L'absence de réponse aux questions posées par Serbeco n'avait eu aucun impact sur la décision attaquée. Le fait que les références produites par Transvoirie étaient différentes, dans leur mise en page ou dans leur contenu, de celles produites par Serbeco provenait du fait que le cahier des charges ne fournissait aucun modèle. Chaque soumissionnaire était donc libre d'utiliser le document qu'il souhaitait.

S'agissant de la question relative à la visite des sites, l'appel d'offres ne prévoyait pas cette visite. Transvoirie ne bénéficiait pas de connaissances particulières que Serbeco n'avait pas ou n'aurait pas pu obtenir. L'adjudicataire n'avait pas une connaissance plus étendue du marché litigieux que Serbeco, ce d'autant moins que, dans son propre aveu, la recourante avait effectué le service de piquet pour certaines prestations du marché litigieux.
- b. Transvoirie concluait à la reconsidération de la décision rendue sur mesures provisionnelles le 11 juin 2018 et au retrait de l'effet suspensif.
17. Par réplique du 26 juillet 2018, Serbeco a persisté dans ses conclusions au fond et conclu au rejet de la demande de reconsidération susmentionnée notamment au motif que le délai de recours devant le Tribunal fédéral n'était pas échu.

18. Par déterminations du même jour, les SIG ont conclu à la reconsidération de la décision sur effet suspensif.
19. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. a. Le marché public litigieux est principalement soumis à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), à 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), au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) ainsi qu'à la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

b. En l'espèce, interjeté en temps utile, devant la juridiction compétente (art. 3 L-AIMP ; 56 al. 1 RMP ; art 132 al. 1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05) par un soumissionnaire exclu du marché (art. 60 al. 1 let. a et b LPA) le recours contre la décision d'exclusion (art. 15 al. 1 et al. 1bis let. d AIMP ; art. 55 let. c RMP) est recevable.
2. a. Dans un premier grief, la recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue par l'absence de réponses du pouvoir adjudicateur aux questions qu'elle avait valablement posées.

b. À teneur de l'art. 29 RMP, l'autorité adjudicatrice répond dans les plus brefs délais aux questions ayant trait aux documents d'appel d'offres. Les renseignements importants pour l'élaboration des offres, transmis à un soumissionnaire, sont simultanément communiqués aux autres soumissionnaires. Les soumissionnaires ont l'obligation d'informer immédiatement l'autorité adjudicatrice de toute erreur manifeste dans les documents d'appel d'offres.

Le § 16 des directives d'exécution de l'AIMP (ci-après : DEMP) de l'autorité intercantonale pour les marchés publics qui, même si elles n'ont pas de force contraignante, constituent un texte important pour comprendre les principes auxquels les cantons se sont astreints et en définir la portée (ATF 129 I 313 consid. 8.2) énonce les mêmes principes que l'article précité.

c. En l'espèce, la recourante a posé trois questions selon les formes voulues, à savoir dans le délai échéant le 9 mars 2018, auprès de la personne mentionnée dans le dossier d'appel d'offres, par écrit et transmises sous forme électronique. Les questions étaient précises et concises, avec référence à un chapitre et/ou à un document remis par l'adjudicateur. Enfin, elles étaient en rapport avec le marché mis en concurrence. Le pouvoir adjudicateur ne conteste d'ailleurs pas ces faits.

De même, le pouvoir adjudicateur ne conteste pas ne pas avoir répondu aux trois questions posées. Dans ses premières écritures, il invoque d'ailleurs des problèmes techniques, a reconnu une erreur de sa part et s'en est excusé.

En ne répondant pas aux questions posées par le soumissionnaire, l'autorité intimée a violé l'art. 29 RMP et a violé, notamment, le droit d'être entendue de la recourante.

3. a. La jurisprudence a tiré de l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), et de l'obligation d'agir de bonne foi à l'égard des justiciables (art. 5 et 9 Cst.), le principe de l'interdiction du déni de justice formel qui comprend la prohibition de tout formalisme excessif. Un tel formalisme existe lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique sans raison objective la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (ATF 142 V 152 consid. 4.2 ; 135 I 6 consid. 2.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_254/2016 du 9 mai 2016 consid. 5.2 ; 2D_32/2015 du 24 septembre 2015 consid. 4.1). L'excès de formalisme peut résider soit dans la règle de comportement imposée au justiciable, soit dans la sanction qui lui est attachée (ATF 132 I 249 consid. 5 ; 130 V 177 consid. 5.4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_382/2015 du 21 mai 2015 consid. 5.1 ; ATA/417/2015 du 5 mai 2015). Ainsi en va-t-il lorsque la violation d'une règle de forme de peu d'importance entraîne une sanction grave et disproportionnée, telle par exemple une décision d'irrecevabilité (ATF 133 V 402 consid. 3.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_328/2014 du 8 mai 2014 consid. 4.1 ; 2C_1022/2012 du 25 mars 2013 consid. 5.1 ; Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3^{ème} éd., 2011, p. 261 n. 2.2.4.6 et les références citées).
- b. Comme la chambre de céans l'a rappelé à plusieurs reprises, le droit des marchés publics est formaliste 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/1216/2015 du 10 novembre 2015 consid. 5 ; ATA/586/2015 du 9 juin 2015 consid. 11b ; ATA/361/2014 du 20 mai 2014 consid 6b).

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 (arrêts du Tribunal fédéral 2C_418/2014 précité consid. 4.1; 2C_197 et 198/2010 précité), la doctrine étant plus critique à cet égard (Olivier RODONDI, op. cit., p. 186 n. 64, et p. 187 n. 66).

Ainsi, le fait d'accepter une offre accompagnée d'attestations mises à jour postérieurement à l'ouverture des offres créerait une inégalité de traitement avec les autres soumissionnaires ayant respecté les exigences posées (ATA/150/2006 du 14 mars 2006). De même, la chambre administrative a retenu qu'en retardant

délibérément le début de la séance d'ouverture des offres pour attendre celle dont l'une des adjudicataires lui avait annoncé l'arrivée par fax le matin même, le pouvoir adjudicateur ne respecte pas le principe d'égalité de traitement puisqu'il aurait dû écarter les offres parvenues en mains de l'autorité adjudicatrice après 09h15, selon les règles que celle-ci avait elle-même posées, et en tous les cas après 09h30, favorisant ainsi des entreprises qui n'avaient pas respecté lesdites exigences comme les recourantes l'avaient fait. Annuler une adjudication faite dans ces conditions n'était pas constitutif de formalisme excessif (ATA/10/2009 consid. 6 du 13 janvier 2009). Dans un autre cas, le département, en entretenant sciemment le flou sur la question de la procédure choisie, avait violé l'un des préceptes essentiels du droit des marchés publics qui veut qu'en application du principe de la légalité, le pouvoir adjudicateur est lié par le *numerus clausus* des procédures de passation. Il ne pouvait pas, selon son bon plaisir, mélanger des éléments de différentes procédures ou introduire une nouvelle procédure non prévue par la loi (ATA/358/2009 du 28 juillet 2009).

c. En l'espèce, les parties intimées allèguent que l'absence de réponses aux questions a été sans incidence sur la décision querellée.

Il n'appartient pas à l'autorité de recours de déterminer, a posteriori, sur les allégations des parties, quel aurait été le contenu de l'offre de la recourante, comment le pouvoir adjudicateur l'aurait alors évaluée et de déterminer respectivement si les réponses aux questions auraient eu de l'influence et si oui laquelle.

Tout au plus, il peut être constaté que la troisième question portait sur les références, notamment sur la problématique de mandats « en cours ou terminés ». Or l'adjudicataire n'a donné que trois références, soit le nombre minimum requis. Sur les trois, la première fait état, sous « période du marché » de « marché annuel » sans autre précision. La deuxième entreprise mentionne « 2013 – 2018 ». En conséquence, la réponse, notamment à la question trois, était pertinente.

Annuler une adjudication faite dans ces conditions ne saurait être constitutif de formalisme excessif (ATA/10/2009 consid. 6 du 13 janvier 2009), compte tenu de la gravité du vice de procédure. Une telle sanction est principalement justifiée par des motifs d'égalité de traitement et par un intérêt public lié à une bonne administration de la justice et à la sécurité du droit.

Le résultat est identique avec une analyse sous l'angle de la violation du droit d'être entendu, une réparation de celle-ci devant la chambre de céans n'étant pas envisageable, la chambre administrative n'ayant pas le même pouvoir d'examen que le pouvoir adjudicateur (ATF 138 I 97 consid. 4.1.6.1 ; 137 I 195 consid. 2.3.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_780/2016 du 6 février 2017 consid. 3.3).

4. Aux termes de l'art. 18 al. 1 AIMP, si le contrat n'est pas encore conclu, l'autorité de recours peut, soit statuer au fond, soit renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur dont elle annule la décision, au besoin avec des instructions impératives.

Dans le cas d'espèce, le contrat n'est pas encore conclu. Il convient donc de renvoyer la cause au pouvoir adjudicataire pour qu'il reprenne la procédure dans le respect du droit des marchés publics.

5. Le recours étant admis, il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs dont serait entachée la décision querellée.

Au vu du présent arrêt, la demande de reconsidération de la décision sur mesures provisionnelles est sans objet.

6. Vu la nature du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA).

Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à la recourante à la charge conjointe des SIG pour CHF 1'000.- et de Transvoirie, qui a pris des conclusions, pour CHF 500.- (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 20 avril 2018 par Serbeco SA contre la décision, non datée mais reçue par Serbeco SA le 11 avril 2018 d' « adjudication/offre non retenue » des Services industriels de Genève ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule la décision non datée mais reçue par Serbeco SA le 11 avril 2018 d' « adjudication/offre non retenue » des Services industriels de Genève ;

renvoie la cause aux Services industriels de Genève au sens des considérants ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à Serbeco S.A. à la charge des Services industriels de Genève ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 500.- à Serbeco S.A. à la charge de Transvoirie 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 ;

- 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 la présente décision, en copie, à Me Pierre Gabus, avocat de la recourante, aux Services industriels de Genève, à Me Marc Balavoine, avocat de l'appelée en cause, ainsi qu'à la commission de la concurrence (COMCO), pour information.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, M. Thélin, Mme Cramer, MM. Pagan et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :