



POUVOIR JUDICIAIRE

A/4370/2020-MARPU

ATA/217/2021

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 1^{er} mars 2021

sur effet suspensif

dans la cause

ENTREPRISE BELLONI SA

représentée par Me Guillaume Francioli, avocat

contre

ARN, WÜTHRICH & FRIGERIO SA

représentée par Me Benoît Carron, avocat

et

COMMUNE DE CHÊNE-BOUGERIES

représentée par Me Véronique Meichtry, avocate

Attendu, en fait, que :

- 1) Le 5 octobre 2020, la commune de Chêne-Bougeries (ci-après : la commune), a publié sur le site Internet www.simap.ch un appel d'offres en procédure ouverte pour un marché de travaux de construction, soumis aux accords internationaux, portant sur la construction et la rénovation de sept immeubles d'habitation et de commerce.

Le marché était divisé en dix-huit lots. Le lot n° 3 portait sur des travaux d'installation de chantier, de terrassement, de canalisation à l'intérieur du bâtiment, de béton et béton armé, de maçonnerie, d'éléments préfabriqués en béton et de crépis et enduits intérieurs.

Selon le document intitulé « Soumission n° 11 – Projet 731 Chêne-Bougeries Ilôt Nord » soit un modèle vierge figurant parmi les documents d'appel d'offres, les critères d'adjudication étaient :

- critère 1 : « montant de l'offre en rapport avec le cahier des charges (soumission) » (45 %),
 - critère 2 : « quantité et qualité des références » (20 %),
 - critère 3 : « nombre, planification et disponibilité des moyens et des ressources pour l'exécution du marché » (15 %),
 - critère 4 : « qualité et adéquation des solutions techniques proposées pour l'exécution du marché, planning » (15 %),
 - critère 5 : « capacité en personnel et formation de base des personnes-clé de l'entreprise » (5 %).
- 2) Un délai pour poser des questions écrites était fixé au 16 octobre 2020.

Dans ce délai, plusieurs soumissionnaires ont demandé au mandataire de la commune, le bureau d'architectes Personeni Raffaele Architectes Sàrl (ci-après : PRA), s'il fallait remettre l'annexe K2, à quoi PRA a répondu par la négative.

- 3) Le délai de remise des offres était fixé au 16 novembre 2020 à 16h00.

Dans ce délai, neuf entreprises ont déposé une soumission pour le lot n° 3, dont Entreprise Belloni SA (ci-après : Belloni).

Belloni a entre autres déposé le document intitulé « Soumission n° 11 – Projet 731 Chêne-Bougeries Ilôt Nord », portant la signature de son directeur et la date du 13 novembre 2020, et comportant en pages 14 et 15 les critères d'adjudication tels que décrits plus haut.

Sa soumission présentait un montant net de CHF 5'018'671.15 TVA incluse.

- 4) Les trois soumissionnaires les mieux placés pour le lot n° 3 au terme de l'évaluation des offres étaient D'Orlando Entreprise Générale SA (ci-après : D'Orlando), Arn, Wüthrich et Frigerio SA (ci-après : AWF) et Belloni, selon les critères suivants :

Entreprise	D'Orlando	AWF	Belloni
Offre TTC	CHF 4'638'164.70	CHF 4'970'000.-	CH 5'018'671.15
Critère 1	225	186.54	165.70
Critère 2	80	90	90
Critère 3	67.5	75	75
Critère 4	75	75	67.5
Critère 5	25	25	25
Total points	472.50	451.54	423.20

- 5) D'Orlando et AWF ont été invitées par la commune et PRA à une séance de clarification le 16 décembre 2020.

La veille de cette date, D'Orlando a déclaré retirer son offre, qui était affectée d'une erreur de calcul.

Les soumissionnaires les mieux placés demeuraient ainsi AWF (451.54 points ; première place) et Belloni (423.20 points ; seconde place).

- 6) Par décision du 21 décembre 2020, la commune adjudgé le lot n° 3 à AWF pour le montant « hors TVA de CHF 4'990'620.- TTC », et a informé Belloni que son offre avait été classée au deuxième rang sur huit offres évaluées.
- 7) À la suite d'un entretien téléphonique du 23 décembre 2020 avec PRA, Belloni s'est vue remettre le tableau d'analyse multicritères par courriel du même jour.
- 8) Par un second courriel du 23 décembre 2020 à Belloni, qui faisait suite à des entretiens téléphoniques, PRA a indiqué avoir procédé à des vérifications et découvert une erreur, à savoir que le rabais de 70 % que pratiquait Belloni sur les montants de régie n'avait pas été pris en compte.

Les corrections nécessaires avaient été effectuées : le prix corrigé était de CHF 5'018'671.15 TTC et non de CHF 5'191'728.65 TTC comme retenu par erreur, et le total des points passait de 423.20 à 440.93.

La position de Belloni dans le classement ne changeait toutefois pas, et le marché demeurait attribué à AWF.

- 9) Par acte posté le 29 décembre 2020, Belloni a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours, ainsi qu'à la production par la commune de l'intégralité du dossier d'adjudication, à l'autorisation de consulter auprès de la commune le dossier relatif à la décision du 21 décembre 2020, à la production par la commune de l'intégralité du dossier d'AWF, et à l'octroi d'un délai pour compléter ses écritures ; et principalement à l'annulation de la décision du 21 décembre 2020 et à sa désignation comme adjudicataire du marché, subsidiairement au renvoi du dossier à la commune pour nouvelle décision.

S'agissant de l'effet suspensif, ni les critères d'adjudication ni leur pondération n'avaient été portés à sa connaissance, elle n'avait pas signifié son accord par l'apposition de sa signature sur un quelconque document de ce type lors du dépôt de son offre, et les informations contenues dans l'annexe « Q4+ » relatives à la formation professionnelle n'avaient pas été prises en compte dans la notation des offres, de sorte que les chances de succès du recours ne faisaient aucun doute. La situation ne souffrait pas d'une urgence particulière et les contrats n'avaient pas à être conclus immédiatement. La production par la commune de l'intégralité du dossier d'adjudication révélerait vraisemblablement la commission d'un abus du pouvoir d'appréciation dans la notation des critères d'adjudication. Son intérêt à se voir attribuer le marché et conclure les contrats apparaissait prépondérant.

Sur le fond, le principe de transparence avait été violé. Ni les critères d'adjudication ni leur pondération n'avaient été portés à sa connaissance ou à tout le moins elle n'avait pas signifié son accord avec ces éléments par l'apposition de sa signature sur un quelconque document de ce type lors du dépôt de son offre, avec pour corollaire qu'elle avait été contrainte de soumissionner en l'absence des éléments pour le moins essentiels. Elle avait en outre été requise de produire l'annexe « Q4+ » relative à la formation professionnelle, alors que les grilles de notation ne laissaient apparaître aucun critère d'adjudication ni donc aucune notation en lien avec la formation professionnelle des soumissionnaires. Or elle comptait trois cent dix-neuf postes de travail et soixante-et-un apprentis formés au cours des cinq dernières années, de sorte que la note de 5 aurait dû lui être attribuée.

Les griefs d'abus du pouvoir d'appréciation dans la notation des critères, et de violation des principes d'égalité de traitement et d'interdiction de l'arbitraire feraient

l'objet de développement ultérieurs, une fois les productions de pièces requises exécutées.

- 10) Le 4 janvier 2021, le juge délégué a fait interdiction à la commune et à l'adjudicataire de conclure le contrat d'exécution de l'offre.
- 11) Le 19 janvier 2021, AWF a conclu au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif au recours.

PRA n'avait pas intégré l'annexe K2 complétée aux appels d'offre et n'était pas tenu de le faire, mais avait détaillé les critères et leur pondération, que la recourante, qui avait signé l'offre les contenant, ne pouvait ignorer.

Un éventuel déclassement d'AWF en raison du nombre d'apprentis formés devrait faire passer sa note de 5 à 2 pour ce critère pondéré à 5 %, pour que le classement change. Or, cela était inimaginable. Le recours n'avait à première vue pas de chances de succès.

Son offre financière n'avait pas à être produite, car protégée par le secret des affaires. Alternativement, elle devait être caviardée.

- 12) Le 5 février 2021, la commune a conclu au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif au recours.

L'état des bâtiments était très préoccupant et les travaux devaient débiter au plus vite. Leur début était fixé au printemps 2021. L'autorisation de construire était sur le point d'être délivrée. Aucun autre recours n'avait été formé. Sans les installations, le chantier ne pouvait démarrer. Il était donc urgent pour la commune de conclure le marché avec l'adjudicataire.

Les critères et leur pondération figuraient dans le document intitulé « Soumission n° 11 – Projet 731 Chêne-Bougeries Ilôt Nord », soit un modèle vierge figurant parmi les documents d'appel d'offres. Ce même document contenait la mention selon laquelle chaque soumissionnaire certifiait qu'il avait pris connaissance des conditions de la procédure et en acceptait le contenu. La recourante avait produit ce document complété et signé, de sorte qu'elle connaissait ces éléments.

Les informations contenues dans l'annexe « Q4+ » produite par la recourante avaient bien été prises en compte dans l'évaluation du cinquième critère, ayant trait à l'organisation de l'entreprise, pour lequel la recourante avait obtenu la note maximale de 5. D'autres facteurs que le nombre des apprentis avaient été pris en compte.

Aucun élément ne permettait de discerner d'éventuels abus du pouvoir d'appréciation de la commune. L'erreur portant sur les rabais facultatifs avait été corrigée, sans effet sur le classement.

Les indications relatives aux prix unitaires de l'adjudicataire étaient couvertes par le secret des affaires et l'engagement de confidentialité pris par la commune, et n'étaient remises non caviardées qu'à la chambre administrative, de même que le tableau de l'ingénieur civil faisant état des prix unitaires des différents soumissionnaires. Le rapport d'adjudication et le tableau d'analyse multicritères, produits intégralement, permettaient toutefois à eux seuls à la recourante de se prononcer sur l'évaluation de son offre et de celle d'AWF.

- 13) Le 26 février 2021, Belloni a répliqué sur effet suspensif.

L'urgence d'entreprendre les travaux n'était pas établie. Ni le crédit ni l'autorisation de construire n'étaient obtenus. L'office cantonal de l'énergie (ci-après : OCEN) avait préavisé défavorablement le projet le 3 septembre 2020. Le montant de l'offre retenu pour AWF était de CHF 4'990'620.- TTC et non CHF 4'979'000.- TTC.

Elle avait prévu vingt-cinq personnes pour l'exécution du marché alors que l'adjudicataire n'en avait prévu que quinze, ce qui était manifestement insuffisant. Ses ressources étaient clairement détaillées avec les fiches techniques du matériel prévu, alors que tel n'était pas le cas de l'adjudicataire. L'adjudicataire n'expliquait pas ses intentions en matière de sécurité, de propreté et d'environnement, alors qu'il s'agissait d'une exigence claire de l'adjudicatrice. La note 4.0 devait être attribuée à l'adjudicataire sur ce point. La note 5.0 devait lui être attribuée pour le critère n° 4 (remarques techniques et planning). Elle déclarait un taux d'apprentis formés supérieur à celui de l'adjudicataire, ce qui démontrait que l'attribution de la note 5.0 n'avait pas été correctement évaluée et que le prix offert avait influencé le système de notation. Sur le seul critère de la proportion d'apprentis, les annexes à la réplique montraient qu'AWF aurait dû obtenir la note 2.0 et elle la note 5.0.

Les attestations P1 et P6 de l'adjudicataire avaient été signées par une personne dépourvue de pouvoir de signature, alors qu'un tel pouvoir était une condition de validité.

Avec la notation qui devait être effectuée, elle repassait en tête du classement, avec un total de 449.3 points contre 422.89 points pour AWF, et devait se voir adjuger le marché.

Les écarts de notation devant être corrigés constituaient des abus du pouvoir d'appréciation de l'autorité adjudicatrice. Les chances de succès du recours étaient élevées. Il n'y avait aucun intérêt public prépondérant à débiter sans attendre les travaux.

- 14) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

- 1) Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est *prima facie* recevable de ces points de vue, en application des 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).
- 2) 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.

L'examen de la requête suppose une appréciation *prima facie* du bien-fondé du recours ; le but est alors de refuser l'effet suspensif au recours manifestement dépourvu de chances de succès, 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/1170/2020 du 19 novembre 2020 consid. 3 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, *Marchés publics* 2010, Zurich 2010, pp. 311-341, p. 317 n. 15).

L'octroi de l'effet suspensif constitue cependant une exception en matière de marchés publics (arrêt du Tribunal fédéral 2D_34/2018 du 17 août 2018 consid. 5.2), et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/1170/2020 précité consid. 3).

- 3) a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP). Il vise à harmoniser les règles de passation des marchés et à transposer les obligations découlant de l'accord GATT/OMC ainsi que de l'accord entre la communauté européenne et la Confédération suisse (art. 1 al. 2 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 données publiques (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 let. a et b AIMP).
- b. Aux termes de l'art. 24 RMP, l'autorité adjudicatrice choisit des critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché ; elle doit les énoncer clairement et par ordre d'importance au moment de l'appel d'offres.

En vertu de l'art. 43 RMP, l'évaluation des offres dans les procédures visées aux art. 12 à 14 RMP est faite selon les critères prédéfinis conformément à l'art. 24 RMP et énumérés dans l'avis d'appel d'offres et/ou les documents d'appel d'offres (al. 1). Le résultat de l'évaluation des offres fait l'objet d'un tableau comparatif (al. 2). Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant déposé l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix. Outre le prix, les critères suivants peuvent notamment être pris en considération : la qualité, les délais, l'adéquation aux besoins, le service après-vente, l'esthétique, l'organisation, le respect de l'environnement (al. 3).

c. La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 141 II 353 consid. 3), Si elle substitue son pouvoir d'appréciation à celui de l'adjudicateur, l'autorité judiciaire juge en opportunité, ce qui est interdit tant par l'art. 16 al. 2 AIMP (ATF 141 II 14 consid. 2.3 in fine) que par l'art. 61 al. 2 LPA. 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 (ATF 143 II 120 consid. 7.2).

- 4) Statuant sur effet suspensif, l'autorité judiciaire peut procéder à un examen sommaire du droit et se contenter d'une analyse juridique globale (arrêt du Tribunal fédéral 2D_34/2018 précité consid. 4.4.1).
- 5) En l'espèce, l'intérêt public invoqué par la commune, à pouvoir démarrer le chantier au printemps 2021 en raison de l'état préoccupant des immeubles et de la nécessité d'entreprendre sans tarder des travaux conservatoires et de protection, apparaît de prime abord, à ce stade important, et le fait, soulevé par la recourante, qu'elle ne disposait pas encore d'une autorisation ni de crédits, et qu'un préavis défavorable avait été émis en septembre 2020 par une autorité, n'est pas de nature à exclure l'urgence.

La violation alléguée du principe de la transparence n'apparaît pas, prima facie, démontrée à satisfaction. En effet, la recourante apparaît à première vue avoir signé le document intitulé « Soumission n° 11 – Projet 731 Chêne-Bougeries Ilôt Nord » et énumérant les critères d'attribution et leur pondération. Son argument selon lequel elle ignorait ces critères ou n'y avait à tout le moins pas souscrit apparaît ainsi à ce stade de la procédure d'un poids très relatif. La recourante a par ailleurs obtenu la meilleure note (5) pour le critère prenant entre autres en compte la formation d'apprentis, et l'adjudicataire indique que sa propre notation (de 5 également) devrait être réduite si drastiquement pour modifier l'ordre des offres que cette perspective apparaît impossible, de sorte que son grief sur ce point apparaît lui aussi, de prime abord, d'une portée relative.

Enfin, les griefs développés par la recourante dans sa réplique relativement à l'abus du pouvoir d'appréciation n'établissent pas que le recours aurait de bonnes chances de succès, l'autorité adjudicatrice ayant expliqué que la proportion

d'apprentis n'était qu'un facteur parmi d'autres, et la chambre de céans ne pouvant pour le surplus substituer son pouvoir d'appréciation à celui, très large, de l'adjudicateur (ATF 141 II 353 et 141 II 14 cités).

Ainsi, au terme de l'analyse *prima facie* qui prévaut à ce stade, la recourante ne met pas en avant des éléments suffisamment déterminants pour pouvoir envisager que le recours aurait de bonnes chances de succès et que la procédure serait affectée des vices ou que le pouvoir adjudicateur aurait abusé ou excédé son pouvoir d'appréciation dans la notation des offres.

Dès lors que l'octroi de l'effet suspensif constitue une exception en matière de marchés publics, et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction, la présente demande sera rejetée.

- 6) Le rejet de la demande lève l'interdiction de conclure le contrat d'exécution de l'offre prononcée par la chambre de céans le 4 janvier 2021.
- 7) Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse d'octroyer 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 ;

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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision à Me Guillaume Francioli, avocat de la recourante, à Me Véronique Meichtry, avocate de la commune de Chêne-Bougeries ainsi qu'à Me Benoît Carron, avocat de Arn, Wüthrich & Frigerio SA.

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :