



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1074/2021-MARPU

ATA/537/2021

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 20 mai 2021

sur effet suspensif

dans la cause

A_____ AG

représentée par Me Daniel Kinzer, avocat

contre

TRANSPORTS PUBLICS GENEVOIS

représentés par Me Steve Alder, avocat

et

B_____ SA

représentée par Me Mattia Deberti, avocat

Attendu, en fait, que :

- 1) Le 2 novembre 2020, les Transports publics genevois (ci-après : TPG), soit pour eux leur service achats, ont publié sur le site Internet simap un appel d'offres pour un marché de travaux de construction en procédure ouverte, non soumis aux accords internationaux. Le titre du marché était « Travaux d'entretien et de rechargement par soudage des rails et des appareils de voie du réseau de tramways TPG (rails à gorge – voie métrique) – janvier 2021 à décembre 2024 ».

Le délai de clôture pour le dépôt des offres était fixé au 14 décembre 2020 à 16h00. Au sujet des critères d'adjudication, il était renvoyé aux documents d'appel d'offres, lesquels prévoyaient les critères suivants : qualité économique globale de l'offre : 30 % – Organisation du candidat pour l'exécution du marché et références : 30 % – Qualité technique de l'offre (adéquation de l'offre au cahier des charges) : 30 % – Prescriptions/exigences et critères d'aptitude relatifs au développement durable : 5 %.

Selon les documents de l'appel d'offres, le prix, relevant du critère n° 1 précité, était noté en application de la méthode de notation T2 au carré pour l'« option piquet », et de la méthode T3 au cube pour l'offre de base.

Le début de l'exécution du marché était fixé au 1^{er} janvier 2021, la durée de celui-ci étant de quatre ans.

- 2) A_____ AG (ci-après : A_____) est une société anonyme inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) du canton de Zurich depuis le 23 novembre 1977 et qui a pour but statutaire la fourniture de services dans le domaine de la construction, de l'entretien et de la réparation des lignes ferroviaires, de l'enregistrement et de l'évaluation métrologiques des réseaux ferroviaires ainsi que de l'infrastructure informatique en lien avec ces tâches.

- 3) Par décision du 3 mars 2021, les TPG ont adjugé le marché à B_____ SA (ci-après : B_____), société anonyme sise à C_____ (Vaud), pour un montant de CHF 6'321'836.- hors taxes (ci-après : HT).

Selon la grille d'évaluation jointe, deux offres avaient été évaluées. B_____ avait obtenu au total 75,34 points (critère 1 selon l'ordre indiqué ci-dessus : 27,14 points, critère 2 : 20,80 points, critère 3 : 24,40 points et critère 4 : 3,00 points), contre 72,60 pour A_____ (critère 1 : 35,00 points, critère 2 : 18,80 points, critère 3 : 15,00 points et critère 4 : 3,80 points).

- 4) Par acte posté le 19 mars 2021, A_____ 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 et à l'interdiction de conclure le contrat, et principalement à l'annulation de la décision

attaquée, à l'adjudication en sa faveur du marché public litigieux et à l'allocation d'une indemnité de procédure.

Le recours était suffisamment fondé pour que l'effet suspensif soit octroyé. Dans la mesure où les TPG ne lui avaient pas permis de consulter les documents pertinents, elle ne pouvait exercer son droit d'être entendue que de façon restreinte. Il y avait dès lors lieu de lui accorder l'effet suspensif afin qu'elle puisse s'exprimer sur l'évaluation dans le cadre d'un second échange d'écritures sans perdre ses « droits primaires ». On ne discernait par ailleurs pas d'intérêt public ou privé prépondérant justifiant le rejet de la demande d'effet suspensif. L'entreprise adjudicataire avait déjà effectué auparavant les prestations d'entretien des rails et continuait à le faire. Il y avait enfin un intérêt public de poids à ce que le financement par des deniers publics de prestations d'un prix supérieur à CHF 1'000'000.- fasse l'objet d'une vérification effective.

Sur le fond, elle n'avait pas eu accès au dossier, ni de possibilité de vérifier la décision d'adjudication. Les TPG avaient refusé de lui montrer sa propre évaluation, afin de comprendre les sous-critères utilisés et leur notation. Elle demandait également à avoir accès à l'évaluation de l'offre retenue, sous réserve du caviardage d'un éventuel secret d'affaires.

Dans l'évaluation du prix, celui de l'option avait été évalué à seulement 5 %, alors qu'il avait été annoncé que l'option « faisait partie intégrante de l'offre et sera[it] évaluée au même titre que l'offre de base » (ch. 4.7 du dossier d'appel d'offres). Ce dernier membre de phrase avait pour conséquence que l'option et l'offre devaient constituer chacune 50 % de l'évaluation du prix. Il n'était pas non plus possible de reconstituer en l'état, faute d'informations, quels étaient les prix de l'entreprise adjudicataire que l'autorité avait pris comme base de son évaluation, ni de vérifier comment la correction de prix prétendument purement mathématique du prix de l'option de l'entreprise adjudicataire avait été faite.

De même, il n'était pas possible de reconstituer l'évaluation qualitative, notamment quant au poids donné par le pouvoir adjudicateur à l'absence de certaines informations (annexe R 14, homologation de l'office fédéral des transports ou des Chemis de fer fédéraux, informations au sujet de sous-traitants, indications supplémentaires en matière de sécurité, notamment) dans l'offre d'A_____.

5) Le 7 avril 2021, B_____ a conclu au rejet de la demande d'effet suspensif.

A_____ ne critiquait sérieusement la décision des TPG qu'en ce qui concernait l'évaluation de la qualité économique de l'offre, en particulier la pondération entre l'offre de base et l'option. Les documents d'appel d'offres ne faisaient pourtant aucune référence à la pondération, se contentant d'indiquer que l'option serait aussi prise en compte dans l'évaluation de ce critère. Il était d'autant moins vraisemblable qu'elle ait pu se méprendre sur les sens du ch. 4.7 du dossier

d'appel d'offres que dans sa propre offre, le montant de base s'élevait à CHF 5'232'220.-, et l'option à CHF 84'000.-, soit environ 1,6 % du total. L'argument principal du recours était ainsi sans fondement, et les chances de succès, en conséquences, à peu près nulles.

Pour le surplus, la recourante prétextait du peu d'informations à disposition pour esquisser quelques griefs supplémentaires. Le fait que le prix d'A_____ ait été corrigé vers le bas et celui de B_____ vers le haut n'allait du reste pas dans le sens du recours, renforçant au contraire la décision de l'adjudicateur. A_____ admettait par ailleurs que son offre contenait des lacunes, mais tentait de les minimiser.

Enfin, les travaux d'entretien qui faisaient l'objet du marché ne pouvaient pas être différés jusqu'à droit jugé au fond. Pour des raisons de sécurité évidentes, l'entretien des rails du réseau de tramways devait être effectué selon un planning impératif, et les réparations ne pouvaient être laissées en suspens pour la durée de la procédure.

- 6) Le 7 avril 2021 également, les TPG ont conclu au rejet de la demande d'effet suspensif.

Les deux soumissionnaires étaient quasiment les seules sociétés actives dans le domaine considéré en Suisse. Les TPG collaboraient depuis plus de vingt ans avec B_____. Il leur était également arrivé, mais moins fréquemment, d'avoir recours aux services d'A_____. Par le passé, les marchés passés avec ces deux entreprises l'avaient été de gré à gré, mais les TPG avaient souhaité, en 2020, ouvrir ces marchés et passer par une procédure de sélection.

Aucun soumissionnaire n'avait, avant le dépôt des offres, posé de question relative à la pondération du prix entre l'offre de base et l'option. Après l'adjudication, une séance avait été organisée durant laquelle la recourante avait reçu des explications sur les notes qu'elle avait obtenues.

L'offre de base de B_____ s'élevait à CHF 6'156'356.- hors taxes (ci-après : HT) et son option à CHF 553'617.68, A_____ proposant son offre de base à CHF 5'316'220.- et son option à CHF 84'000.-. Le prix de l'option d'A_____ étant très bas, il lui avait été demandé de confirmer qu'elle serait à même d'offrir toutes les prestations prévues ; ses explications avaient été prises en compte dans l'évaluation des offres.

Le montant des options avait fait l'objet d'une rectification. À l'issue de celle-ci, l'option de B_____ était passée à CHF 604'756.- et avait donc augmenté, et celle d'A_____ à CHF 82'400.-, et avait donc baissé.

Sur le critère n° 1 de la qualité économique de l'offre, A_____ avait reçu 35 points sur 35, et B_____ 27,1368 points sur 35.

Pour ce qui était de l'évaluation du critère n° 2 (organisation du candidat), les membres du comité d'évaluation avaient constaté que la recourante n'avait pas fourni, avec son offre, les curriculums vitae des personnes allouées au projet, tout comme elle n'avait pas détaillé les compétences desdites personnes. Par ailleurs, elle n'avait pas mentionné l'identité et les compétences des effectifs de l'entreprise à laquelle elle entendait sous-traiter une partie non négligeable de l'exécution du marché. La recourante avait également été pénalisée en lien avec les annexes Q2 et R8, car elle avait proposé un organigramme qui n'était pas spécifique au marché à attribuer. Ces manquements expliquaient que la recourante n'eût obtenu que 18,80 points sur les 30 possibles pour ce critère d'évaluation.

S'agissant du critère n° 3, la recourante avait été pénalisée car, en lien avec l'annexe R14, elle avait déposé un mémoire technique qui ne répondait pas aux questions 1 à 3. De plus, pour ce qui était plus spécifiquement des réponses apportées à la question n° 4, la méthode d'intervention proposée par la recourante était générale et sans détails. Par ailleurs, les indications qu'elle avait fournies sur la documentation étaient elles aussi générales, sans détails ou sans adaptation au marché. De plus, la recourante n'avait pas fourni les homologations OFT/CFE alors qu'elles étaient nécessaires. Toujours en lien avec cette annexe, la recourante avait omis d'indiquer les équipements de sécurité qu'elle entendait utiliser. Enfin, la recourante n'avait fourni aucune indication sur son entreprise et sur l'entreprise sous-traitante à qui elle entendait confier tout ou partie de l'exécution du marché. Pour toutes ces raisons, la recourante avait obtenu 15 points sur les 30 possibles s'agissant du critère n° 3.

Le droit d'être entendue de la recourante n'avait pas été violé. La décision d'adjudication était accompagnée d'une grille d'évaluation. La recourante avait été reçue par les TPG le 15 mars 2021, accompagnée de deux de ses conseils. Le rapport d'adjudication et le tableau d'analyses multicritères figuraient désormais au dossier, si bien que toute éventuelle violation du droit d'être entendu serait réparée dans le cadre de la procédure judiciaire.

Le prix avait bel et bien été évalué selon la méthode annoncée (T2 au carré pour l'option, et T3 au cube pour l'offre de base). Le grief lié à la pondération de l'offre de base et de l'option était infondé. Le caractère accessoire de l'option était évident, et ressortait du reste clairement de l'offre de la recourante. La recourante avait quoi qu'il en soit reçu la meilleure note possible pour le critère n° 1, si bien que même à suivre son raisonnement elle n'obtiendrait pas plus de points.

Les erreurs de calcul avaient été corrigées de manière conforme à l'art. 39 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01). Enfin, au vu des manquements relevés, les critères n°s 2 et 3 avaient été dûment notés.

- 7) Le 16 avril 2021, A_____ a persisté dans ses conclusions en octroi de l'effet suspensif. Il n'y avait, contrairement aux allégations de l'entreprise adjudicataire,

aucun intérêt prépondérant à ce que le contrat soit conclu avant l'issue de la procédure judiciaire.

- 8) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur la question de l'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/217/2021 du 1^{er} mars 2021 consid. 2 ; 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 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). 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, le grief principal articulé par la recourante a trait à la pondération du prix entre l'offre de base et l'option. Dans le cadre de l'analyse *prima facie* qui prévaut à ce stade, ce grief apparaît infondé pour diverses raisons. La formulation du ch. 4.7 du dossier d'appel d'offres ne permet à première vue pas de retenir que celui-ci prévoyait une pondération, mais uniquement que l'option serait elle aussi évaluée dans le cadre du critère n° 1 relatif à la qualité économique de l'offre ; la recourante n'a du reste posé aucune question au pouvoir adjudicateur sur la pondération des deux prix. Le caractère subsidiaire de l'option résulte clairement des deux offres déposées, malgré la disparité des montants ; la pondération de l'option à 5 % ne lèse à première vue nullement la recourante, dont le prix de l'option ne représente que 1,6 % du montant total de l'offre. Enfin et surtout, comme le relèvent les TPG, la recourante ayant obtenu le nombre maximum de points au critère n° 1, elle n'a *prima facie* pas d'intérêt pratique à recourir sur ce point.

S'agissant des violations du droit d'être entendu allégués par la recourante, il apparaît aussi à première vue soit que ces allégations sont infondées (la recourante n'ayant pas posé de question sur la pondération des prix, et ayant été reçue par le pouvoir adjudicateur après le prononcé de la décision attaquée), soit que d'éventuelles violations seraient réparées devant la chambre de céans, les TPG ayant apporté des pièces au dossier et fourni dans leur écriture sur effet suspensif des explications circonstanciées.

S'agissant enfin des griefs liés à l'évaluation des critères qualitatifs (organisation du candidat pour l'exécution du marché et références, et qualité technique de l'offre), les explications fournies par les TPG dans leur réponse sur effet suspensif apparaissent *prima facie* convaincantes, et ne sont pas sérieusement remises en question par la recourante, qui invoque seulement un défaut d'information, lequel ne transparait encore une fois pas manifestement du dossier.

Les chances de succès du recours apparaissent ainsi insuffisantes pour octroyer l'effet suspensif, étant rappelé que l'absence d'un tel effet au recours constitue la règle en matière de marchés publics. Point n'est besoin dès lors d'examiner s'il existe un intérêt public ou privé prépondérant à l'exécution immédiate du marché.

- 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 25 mars 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 ;

communiquée la présente décision à Me Daniel Kinzer, avocat de la recourante, à Me Steve Alder, avocat des Transports publics genevois, ainsi qu'à Me Mattia Deberti, avocat de B_____ SA.

Le vice-président :

C. Mascotto

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :