

## **GE\_GERICHTE ATA/1179/2017 vom 15. August 2017**

GE Cour de justice, 2017-08-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_1179\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1179_2017)

FR: GE\_GERICHTE ATA/1179/2017 du 15 août 2017

IT: GE\_GERICHTE ATA/1179/2017 del 15 agosto 2017

### **Volltext**

RÉPUBLIQUE ET

CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE A/2571/2017-MARPU ATA/1179/2017

COUR DE JUSTICE Chambre administrative Décision du 15 août 2017 sur effet suspensif et mesures provisionnelles

dans la cause

SOGETRI SA représentée par Me Marc Balavoine, avocat contre SERVICES INDUSTRIELS DE GENÈVE et HECOR SÀRL, appelée en cause

- 2/9 - A/2571/2017

Attendu, en fait, que : 1)

Le 8 février 2017, les Services industriels de Genève (ci-après : SIG) ont fait paraître dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) et sur la plateforme internet simap ([www.simap.ch](http://www.simap.ch)) un appel d'offres en procédure ouverte, non soumis aux accords internationaux et portant sur un marché de services.

Le marché s'intitulait « Gestion du centre de traitement des mâchefers du Bois de Bay ». S'agissant des exigences formelles, de la description détaillée des tâches, le lieu de la fourniture du service, des critères d'adjudication ou encore de la possibilité de proposer des variantes ou des offres partielles, il était renvoyé aux documents de l'appel d'offres. Le délai pour poser des questions par écrit était fixé au 22 février 2017, celui de dépôt des offres au 7 mars 2017 à 14h00. 2)

Les documents remis aux entreprises intéressées étaient au nombre de quatre : le dossier d'appel d'offres (document K3 contenant les conditions générales), un cahier des charges, une proposition de contrat et un plan d'hygiène, de sécurité et de protection de l'environnement du site.

Sous ch. 3.3 du document K3, intitulé « recevabilité de l'offre », il était indiqué que : « L'adjudicateur ne prendra en considération que les offres provenant de soumissionnaires invités [sic] qui respectent les conditions de participation, à savoir les offres qui sont arrivées dans le délai imposé, signées et datées, présentées dans la langue imposée, accompagnées des annexes P et Q dûment complétées, des attestations demandées, dans la forme et à l'adresse fixées. En cas de doute sur la recevabilité d'une offre, l'adjudicateur procédera à une vérification plus approfondie ».

Le ch. 4.6 du même document, intitulé « audition des soumissionnaires », avait la teneur suivante : « Aucune audition n'est envisagée. Toutefois, l'adjudicateur se réserve le droit de poser des questions à un soumissionnaire dont le dossier possède des informations

douteuses ou imprécises. Le cas échéant, le soumissionnaire ne pourra pas apporter d'éléments nouveaux ou modifier son offre, au risque de se voir exclu de la procédure ». Le principe de non-modification de l'offre était repris au ch. 4.12. Le ch. 4.14 (« Interdiction des négociations ») mentionnait que l'adjudicateur pouvait inviter chaque soumissionnaire concerné à fournir des clarifications relatives à son aptitude ou à son offre. Selon le ch. 4.15 (« contrôle et explications de l'offre »), seules les erreurs évidentes de calcul seraient corrigées ; il y était expressément indiqué que « dans le cadre de la vérification des prix auprès du soumissionnaire, l'adjudicateur prendra également une décision d'exclusion si le soumissionnaire ne confirme pas ses prix ou si ce dernier annonce fermement et de manière définitive une modification de ses prix ».

- 3/9 - A/2571/2017

Selon le ch. 4.7, les critères d'adjudication étaient le prix (40 %), l'organisation du soumissionnaire (30 %) et les références du soumissionnaire (30 %).

Au point 4 du cahier des charges, il était indiqué que « les matériaux triés issus des mâchefers sont récupérés par les entreprises selon la liste fournie avec l'offre. Le prestataire organise avec ces entreprises l'évacuation des matériaux (...). Le prestataire facture ces entreprises et perçoit les recettes provenant de la vente de ces matériaux. (...) Les sommes perçues sont partiellement reversées à SIG, selon une clé de répartition prestataire/SIG proposée par le prestataire et fixée lors de la signature du contrat d'exploitation ».

La proposition de contrat contenait un art. 7 intitulé « prix des prestations » et stipulant que « La rémunération que reçoit le Prestataire comporte les sommes permettant au Prestataire de remplir complètement les obligations liées au présent contrat et est uniquement composée : - d'une partie forfaitaire F, payable mensuellement ; - d'un intéressement I1 sur les recettes provenant de la vente de matériaux. La partie forfaitaire F est fixée à ..... CHF HT/mois. Le Prestataire perçoit les recettes provenant de la vente des matériaux récupérés et reverse trimestriellement la totalité de ces recettes à SIG, déduction faite de l'intéressement I1. Celui-ci est fixé à 5 % des recettes provenant de la vente des matériaux ». Sur le même sujet, le point 4 du cahier des charges prévoyait que « les sommes perçues sont partiellement reversées à SIG, selon une clé de répartition Prestataire/SIG proposée par le Prestataire et fixée lors de la signature du contrat d'exploitation ». De fait, les 5 % prévus par la proposition de contrat concernent le montant devant être reversé aux SIG. 3)

Sogetri SA (ci-après : Sogetri) est une société anonyme sise à Carouge, inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) genevois depuis le 11 février 1991. Son but statutaire est l'étude, la conception, la construction, l'exploitation et la gestion de centres de tri des déchets de chantier et assimilés ; ainsi que le financement de sociétés du groupe et l'émission de garanties. 4)

Lors de l'ouverture des offres qui a eu lieu le 7 mars 2017, il a été constaté que deux entreprises ont soumissionné, à savoir Sogetri et Hecor Sàrl (ci-après : Hecor, actuelle exploitante du site), pour des montants respectifs de CHF 279'316.18 et CHF 388'333.-. 5)

L'offre de Sogetri prévoyait d'intéresser les SIG à hauteur de 10 % et non de 5 %, sur la base des chiffres d'exploitation 2015 figurant en annexe du cahier des charges. 6)

Par courriel du 15 mars 2017, les SIG se sont adressés à Sogetri. Pour être certains d'avoir bien compris l'offre soumise, ils souhaitaient obtenir des précisions sur trois points.

- 4/9 - A/2571/2017

Les coûts des énergies leur semblaient sous-évalués au vu de la consommation 2015 en eau et en électricité. Pour la valorisation des fers et métaux, les SIG ont demandé que leur soit présentée une offre complémentaire tenant compte d'une rémunération globale de 5 %, et ainsi répondre à la question de la rétribution, selon l'exemple du cahier des charges transmis. Enfin, concernant la variante sur la valorisation des fers et métaux, ils ont demandé à Sogetri si, en cas de hausse de la quantité de ferraille mais de baisse de celle d'aluminium, la rétribution de 90 % serait diminuée, avec des exemples chiffrés. 7)

Le 20 mars 2017, Sogetri a répondu aux SIG, également par courriel.

Une erreur s'était effectivement glissée dans le calcul du montant de la consommation. Avaient été pris comme base de calcul leur abonnement pour leur site de Satigny (pour l'électricité) et de La Praille (pour l'eau). Le montant de l'offre forfaitaire était ainsi augmenté de CHF 17'333.- par an, à CHF 298'035.72 toutes taxes comprises (ci-après : TTC).

Des tableaux comparatifs étaient proposés pour une rétribution de 5 %. Pour la variante, une rétribution de 90 % serait due quelles que soient les quantités valorisées. 8)

À une date indéterminée, mais probablement le 31 mai 2017, les SIG ont notifié à Sogetri une décision d'exclusion du marché public, avec les motifs suivants : « Suite à la vérification et à l'évaluation de votre dossier, par rapport aux conditions de participation et aux critères annoncés dans le dossier d'appel d'offres, vous n'avez pas été retenu [sic] pour la/les raison/s suivante/s : - Non-respect de la rétribution indiquée sur le contrat faisant partie intégrante du dossier d'appel d'offres (art. 42 al. 1 let. a RMP). Votre offre contient une rétribution de 10 % au lieu de 5 %. Votre mail du 20 mars 2017 ne peut être pris en considération au motif qu'il n'est pas signé par les personnes autorisées selon le registre du commerce et, au surplus, il s'agit d'une modification de votre offre intervenu [sic] après le délai de dépôt des offres ». 9)

Par acte posté le 12 juin 2017, Sogetri 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 et à l'octroi de mesures provisionnelles (interdiction d'adjuger le marché et de conclure un contrat avec un autre soumissionnaire), et principalement à l'annulation de la décision attaquée et à l'octroi du marché public en cause, ainsi qu'à une indemnité de procédure. Le recours a été enregistré sous numéro de cause A/2571/2017.

Le recours n'était pas dénué de chances de succès. En effet, dans les documents de l'appel d'offres, il n'était aucunement indiqué qu'une rétribution de 5 % aux SIG était obligatoire ; au contraire, ce document prévoyait que le montant de la rétribution devait être proposé par le soumissionnaire. Une seconde offre avait été

- 5/9 - A/2571/2017 formulée suite à l'interpellation des SIG, mais ceux-ci avaient refusé de la prendre en considération au motif qu'il s'agissait d'un courriel non signé par les personnes autorisées pour ce faire ; ce qui démontrait bien que les SIG cherchaient par n'importe quel moyen à exclure Sogetri de la procédure. 10) Le 14 juin 2017, la chambre administrative a fait interdiction aux SIG de conclure le contrat d'exécution de l'offre jusqu'à droit jugé sur la requête en restitution de l'effet suspensif. 11) Le 7 juillet 2017, les SIG ont conclu au rejet de la demande d'effet suspensif.

L'offre de Sogetri n'était pas recevable pour deux raisons, à savoir le non-respect des 5 % d'intéressement contenu dans la proposition de contrat, et la modification du prix de l'offre après le délai de remise des offres, ayant pour conséquence que l'offre initiale n'était pas complète en raison d'une omission de la part de Sogetri dans les coûts relatifs aux énergies.

S'agissant de la première raison, il était vrai que les documents d'appel d'offres, à savoir le cahier des charges et la proposition de contrat, n'étaient pas clairs. Le cahier des charges aurait dû être corrigé en ce sens que le taux d'intéressement était fixé par les SIG dans le contrat et non proposé par le soumissionnaire. Sogetri n'avait cependant pas signalé cette erreur, alors qu'elle avait paraphé la proposition de contrat dans l'offre qu'elle avait remise.

S'agissant de la seconde raison, suite à interpellation de la part des SIG le 15 mars 2017, Sogetri avait admis le 20 mars 2017 s'être trompée de CHF 17'333.- dans le montant relatif au coût des énergies, ce qui faisait une différence non négligeable quant au montant total de ce poste, et constituait une erreur qui ne pouvait être corrigée. 12) Le 21 juillet 2017, Sogetri a répliqué sur effet suspensif en maintenant ses conclusions.

Les SIG reconnaissaient que leur appel d'offres était contradictoire. La rétribution proposée était la plus avantageuse économiquement pour les SIG.

Ces derniers ne pouvaient pas l'exclure en raison d'une erreur de calcul qui avait été rectifiée et qui n'était pas mentionnée dans la décision d'exclusion. Par ailleurs, il n'existait aucun intérêt public prépondérant pouvant s'opposer à l'octroi de l'effet suspensif. 13) Sogetri ayant également interjeté recours, le 21 juillet 2017, contre la décision des SIG d'adjuger le marché à Hecor, une décision de jonction des procédures et d'appel en cause de Hecor a été rendue en date du 3 août 2017 (ATA/1158/2017).

- 6/9 - A/2571/2017 14) Par observations du 9 août 2017, Hecor a conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif. L'adjudication était entrée en force en l'absence de recours dans le délai. La société avait pris d'ores et déjà pris des dispositions pour exécuter le contrat. 15) Le 11 août 2017, Sogetri a répliqué et persisté dans ses conclusions. Le recours du 21 juillet 2017 n'était pas tardif. Interdiction avait été faite, par la chambre administrative, de conclure le contrat d'exécution de l'offre. 16) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que : 1)

Les recours, interjetés en temps utile devant l'autorité compétente, sont *prima facie* recevables 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, restituer 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/446/2017 du 24 avril 2017 consid. 2 ; ATA/62/2017 du 23 janvier 2017 consid. 2 ; ATA/793/2015 du 5 août 2015 consid. 2 ; ATA/701/2013 du 22 octobre 2013 consid. 2 ; 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).

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/446/2017 précité consid. 2 ; ATA/62/2017 précité consid. 2 ; ATA/793/2015 précité consid. 2 ; ATA/60/2013 du 30 janvier 2013 consid. 5).

- 7/9 - A/2571/2017 3) a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (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), assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) et permettre l'utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, notamment let. a et b AIMP).

b. Le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires tout au long du déroulement formel de la procédure (art. 16 RMP ; ATA/1005/2016 du 29 novembre 2016 consid. 3 ; ATA/51/2015 du 13 janvier 2015 et la jurisprudence citée ; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 109 ; Benoît BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics in RDAF 2004, p. 241). 4)

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.

a. 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. Ceux-ci doivent être objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché. Le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères. Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable d'éléments d'appréciation ou de catégories, tels des sous-critères, qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne 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. De la même manière, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et éléments d'appréciation utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul, etc.) ne doivent pas nécessairement être portées par avance à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (ATF 130 I 241 consid. 5.1 ; ATA/695/2015 du 30 juin 2015 ; ATA/368/2015 du 21 avril 2015 ; ATA/972/2014 du 9 décembre 2014).

b. Ainsi, en vertu de l'art. 43 RMP, l'évaluation 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

- 8/9 - A/2571/2017 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) ; l'adjudication de biens largement standardisés peut intervenir selon le critère du prix le plus bas (al. 4). 5)

En l'état, et à première vue, les recours apparaissent comme dotés de bonnes chances de succès.

a. S'agissant de la rémunération des SIG, le point 4 du cahier des charges prévoyait très clairement que l'intéressement des SIG était proposée par le prestataire et fixée lors de la signature du contrat, ce qui apparaît de plus conforme au bon sens. Le fait que la proposition de contrat prévoie un intéressement de 5 % n'apparaît même pas comme une contradiction, dès lors que, conformément à son intitulé, il ne pouvait de bonne foi s'agir que d'une proposition. Il n'y avait dès lors à première vue pas matière à exclure la société recourante pour avoir proposé davantage, exclusion d'autant moins compréhensible que la divergence par rapport à la proposition de contrat était à l'avantage des SIG.

b. S'agissant du second motif d'exclusion que constituerait la modification de l'offre suite à la demande d'explication des SIG et à la rectification du montant lié à la consommation d'énergie, force est de constater qu'il n'en est nullement fait mention dans la décision attaquée. 6)

Il apparaît par ailleurs que dans la mesure où le marché concerne un processus d'exploitation, et que celle-ci est effectuée actuellement par l'adjudicataire désigné par les SIG et contesté par la recourante, aucun intérêt prépondérant ne s'oppose à l'octroi de l'effet suspensif au présent recours. L'exploitation du site selon les modalités prévalant jusqu'à présent peut en effet se poursuivre sans entraîner aucun préjudice particulier ni pour les SIG, ni pour l'appelée en cause. 7)

Il découle de ce qui précède que l'effet suspensif sera octroyé aux présents recours. 8)

Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

Vu les recours interjetés les 12 juin et 21 juillet 2017 par Sogetri SA contre deux décisions non datées des Services industriels de Genève ;

vu l'art. 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ;

vu l'art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010 ;

- 9/9 - A/2571/2017 LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE octroie l'effet suspensif aux deux 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 ; 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, en copie, à Me Marc Balavoine, avocat de la recourante, aux Services industriels de Genève, ainsi qu'à Hecor Sàrl, appelée en cause.

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.