

GE_GERICHTE ATA/371/2013 vom 13. Juni 2013

GE Cour de justice, 2013-06-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_371_2013

FR: GE_GERICHTE ATA/371/2013 du 13 juin 2013

IT: GE_GERICHTE ATA/371/2013 del 13 giugno 2013

Erwägungen

E. 1

Fin 2012, la commune d'Onex (ci-après : la commune), par le biais de son service des infrastructures publiques et de l'environnement, a envoyé à au moins cinq entreprises une invitation à participer à un marché public de construction portant sur une place de jeux et de sport dans le cadre de la restructuration du parc du Gros-Chêne.

La ville a ainsi notamment invité à participer à ce processus d'adjudication les entreprises RealSport GE S.A. (ci-après : RealSport ou la société ; devenue depuis le 23 avril 2013 RealSport Group GE S.A.) et Jacquet S.A. (ci-après : Jacquet).

RealSport est une société anonyme sise à Troinex, inscrite au registre du commerce de Genève (ci-après : RC) depuis 1992, et dont le but statutaire est la conception et construction d'aires de sport, l'aménagement de travaux extérieurs et l'assistance aux architectes et ingénieurs en ce domaine.

Jacquet est une société anonyme sise à Genève, inscrite au RC depuis 1978, dont le but statutaire est : entreprise du bâtiment, préfabrication, génie civil, travaux publics, parcs, jardins, terrains de sport et pépinières, ainsi qu'achat et vente de tous biens.

E. 2

Le délai de clôture pour le dépôt des offres venait à échéance le 28 février 2013 à 12h00.

Le dossier d'appel d'offres était joint à l'envoi. Il y était indiqué la pondération des critères d'adjudication au nombre de trois, soit : prix 60 % ; références 20 % ; et organisation 20 %.

Dans les annexes, les soumissionnaires étaient invités, au moyen d'un formulaire spécifique, à communiquer trois références significatives et récentes dans le domaine de l'objet.

E. 3

Le 26 février 2013, RealSport a soumis une offre pour le marché en cause, pour un montant total net, toutes taxes comprises de CHF 191'100,15.

E. 4

Le 22 avril 2013, le pouvoir adjudicateur a procédé à l'évaluation des cinq offres présentées. A l'issue de l'analyse multicritères, l'offre de Jacquet recevait 499.08 points, celle de RealSport 480 points, tandis que celles des trois autres entreprises ayant soumissionné recevaient respectivement 434.48, 414.55 et 309.02 points.

Les notes attribuées à Jacquet étaient de 4.98 (sur 5) pour le prix, de 5 pour les références et de 5 pour l'organisation. Celles attribuées à RealSport étaient de 5 pour

- 3/8 - A/1655/2013 le prix (offre la plus basse, à CHF 195,20 près), de 4 pour les références et de 5 pour l'organisation.

E. 5

Le 14 mai 2013, la commune a informé Jacquet de sa décision de lui attribuer le marché.

Le même jour, elle a signifié leur éviction aux autres soumissionnaires, dont RealSport. La grille d'évaluation était annexée, sans indication toutefois des noms des soumissionnaires.

E. 6

Par acte posté le 24 mai 2013, RealSport a interjeté recours contre la décision précitée auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours et principalement à l'annulation +-de la décision d'adjudication du 14 mai 2013 ainsi qu'à l'octroi du marché.

L'effet suspensif devait être accordé. Le bien-fondé du recours était manifeste, les griefs d'abus du pouvoir d'appréciation du critère des références, d'inégalité de traitement et d'absence de motivation de la décision d'adjudication devant conduire à son admission. La commune, qui devait prévoir dans son planning la possibilité d'un recours, ne pouvait pas se prévaloir de l'urgence éventuelle à exécuter les travaux. L'octroi de l'effet suspensif ne causait pas de dommage à la commune et n'entraînait pour elle aucun inconvénient majeur.

Sur le fond, seul le critère des références départageait les deux soumissionnaires les mieux notés. RealSport avait fourni trois références hautement pertinentes, de même qu'une liste de 223 autres travaux de même genre exécutés dans toute la Suisse, dont 52 à Genève. En tant que leader en Suisse de ce type de travaux, elle ne pouvait comprendre pourquoi trois autres soumissionnaires avaient reçu la note maximale, mais pas elle. Par ailleurs, la motivation de la décision était inexistante ; à cet égard, l'envoi par le pouvoir adjudicateur de son tableau de notation n'était pas suffisant.

E. 7

Le 28 mai 2013, le juge délégué a ordonné l'appel en cause de Jacquet.

E. 8

Le 4 juin 2013, cette dernière a conclu au rejet de la demande d'effet suspensif

En matière de marchés publics, la restitution de l'effet suspensif constituait l'exception. Jacquet n'était en possession que d'une partie de l'offre de RealSport, si bien qu'elle s'en remettait principalement à l'appréciation de la chambre administrative et de la commune s'agissant de l'évaluation des chances de succès du recours. Cela étant, les trois références données par RealSport concernaient des ouvrages très inférieurs en termes de prix voire de complexité par rapport à la place de jeux à construire ; ces références étaient imprécises s'agissant du délai d'exécution du marché et de la description de celui-ci. Les références en question n'étaient dès lors ni significatives, ni suffisamment détaillées. Si RealSport était spécialisée dans

- 4/8 - A/1655/2013 le domaine en cause, Jacquet en était le grand spécialiste à Genève, avec 104 chantiers réalisés dans le canton entre 2005 et 2012. La motivation de la décision d'adjudication était sommaire mais suffisante. Enfin, son propre intérêt à la conclusion du contrat était tout aussi légitime et digne de protection que celui de RealSport.

Elle faisait part de son opposition à la transmission de toute information qu'elle avait communiquée au pouvoir adjudicateur. Lors de la passation de marchés publics, le traitement confidentiel des informations devait être respecté.

E. 9

Le 4 juin 2013, la commune s'en est rapportée à justice quant à la restitution de l'effet suspensif.

Elle a communiqué son dossier, incluant les offres tant de RealSport que de Jacquet, mais n'a donné aucune information supplémentaire sur l'appréciation du critère litigieux.

E. 10

Il ressort de l'offre présentée par Jacquet que celle-ci a présenté, dans son annexe Q8, les trois références suivantes pour le critère n° 2 : – Crèche et Parc de St-Jean : Aménagements extérieurs (plantation d'arbres, engazonnement, cheminements, place de jeux et sols souples) ; Pouvoir adjudicateur : Ville de Genève ; montant du marché : CHF 530'000.- hors taxes ; début de l'exécution du marché 11.2006 ; date de fin de l'exécution du marché 04.10.2006 (sic) ; marché exécuté en équipe pluridisciplinaire de mandataires ou entreprise générale : – Centre sportif du Grand-Donzel : Aménagements extérieurs (démolition des anciens jeux, canalisations et drainage, infrastructure et pose de 850 m² de sol souple, plantation, prairie et installation d'un arrosage automatique) ; Pouvoir adjudicateur : Commune de Veyrier ; montant du marché : CHF 614'110.- hors taxes ; début de l'exécution du marché 13.01.2009 ; date de fin de l'exécution du marché 20.06.2009 ; – Demi-groupe scolaire de la Vigne Rouge : Aménagements extérieurs (mise en œuvre d'une chape de support béton, pose de 177 m² de sol souple, montage et installation des jeux) ; Pouvoir adjudicateur : Ville de Carouge ; montant du marché : CHF 65'780.- hors taxes ; début de l'exécution du marché : 03.08.2012 ; fin de l'exécution du marché : 28.08.2012. Ces trois références démontraient des compétences en matière de protection de l'environnement, d'utilisation des énergies renouvelables ou de recherche des performances énergétiques, ainsi que des expériences d'application des préceptes écologiques et du développement durable.

E. 11

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

- 5/8 - A/1655/2013 Considérant, en droit, que : 1.

Le recours, interjeté dans les dix jours par-devant l'autorité compétente, est *prima facie* recevable (art. 15 al. 2 et 2bis de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01 ; art. 62 al. 1 let. b LPA). 2.

Aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, 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 (art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP).

« 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 chance 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 » (B. BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in J.-B. ZUFFEREY/ H. STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zurich 2010, pp. 311-341, n. 15 p. 317).

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/60/2013 du 30 janvier 2013 consid. 5 ; ATA/85/2012 du 7 février 2012 consid. 2 ; ATA/752/2011 du 8 décembre 2011 ; ATA/614/2011 du 28 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/214/2011 du 1er avril 2011, et la jurisprudence citée). 3.

Par rapport à l'examen *prima facie* qui prévaut dans le cadre de l'estimation des chances de succès du recours, celles-ci ne peuvent guère être estimées en l'état. Seule l'appréciation de l'un des trois critères utilisés est controversée, mais elle est toutefois susceptible de modifier le résultat final des deux offres. En l'absence de tout renseignement donné à ce stade par le pouvoir adjudicateur, la note attribuée à la recourante ne peut être considérée en l'état et a priori comme justifiée. A cet égard, les arguments invoqués par l'appelée en cause dans son écriture ne constituent pour l'instant que des supputations sur les motivations du pouvoir adjudicateur, et ne peuvent dès lors être prises en compte. On ne peut ainsi admettre en l'état que le recours serait manifestement dépourvu de chances de succès. 4.

Il convient dès lors de procéder à une pesée des intérêts en présence. Or, en s'en rapportant à justice, la commune d'une part n'invoque aucun intérêt public prépondérant, et d'autre part admet implicitement qu'il n'y a pas d'urgence particulière à procéder aux travaux. Comme par ailleurs les intérêts privés des deux soumissionnaires à l'adjudication du marché sont équivalents – ce que l'appelée en cause reconnaît lorsqu'elle décrit son intérêt privé à la conclusion du contrat comme

- 6/8 - A/1655/2013 tout aussi légitime et digne de protection que celui de la recourante –, aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'oppose à la restitution de l'effet suspensif au recours. 5.

La demande de restitution l'effet suspensif sera dès lors acceptée. Le sort des frais de la procédure sera réservé jusqu'à droit jugé au fond. 6.

Enfin, il y a lieu de faire droit à la demande de l'appelée en cause visant à ce que son offre (pièce n° 7 du chargé de la commune) soit soustraite à la consultation de la recourante. En effet, lors de la passation de marchés, le traitement confidentiel des informations doit être respecté (art. 11 let. g AIMP). Les informations mises à disposition par les soumissionnaires, en particulier les secrets d'affaires et de fabrication, sont traitées de façon confidentielle (art. 22 al. 1 RMP). Une telle disposition concrétise la règle générale de l'art. 11 let. g AIMP et respecte par ailleurs le droit et le devoir de l'adjudicateur de limiter l'accès au dossier pour garantir l'intérêt de la société adjudicataire de ne pas dévoiler à sa concurrente évincée des secrets d'affaires ou de fabrication (Arrêts du Tribunal fédéral 2D_15/2011 du 31 octobre 2011 consid. 4.2.1 ; 2C_890/2008 du 22 avril 2009 consid. 5.3.3).

Par réciprocité et en application des mêmes principes, il se justifie de soustraire également à la consultation de Jacquet l'offre de la recourante (pièces n° 1 à 6 du chargé de la commune), étant précisé que la partie utile à la solution du litige, soit les références présentées par la recourante, figurent en pièces nos 5 et 6 du chargé de pièces de celle-ci, lesquelles ont d'ores et déjà été transmises à toutes les parties. 7.

Par ailleurs, les autorités ne peuvent fonder leurs décisions sur des pièces auxquelles une partie n'a pas eu accès que si celle-ci a été informée de leur contenu essentiel, à rang constitutionnel (art. 45 al. 3 LPA ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_34/2011 du 30 juillet 2011

consid. 4.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral in ZBl 1991 543 consid. 7b).

Sur ce point, quels que soient les moyens de preuve sur lesquels se fondera le jugement au fond – et qui sont à l'évidence encore indéterminés – le contenu essentiel de l'offre de l'appelée en cause relativement au point litigieux en l'espèce doit être considéré comme communiqué à la recourante, ce contenu essentiel étant décrit dans la présente décision sous point 10 de la partie en fait.

- 7/8 - A/1655/2013

Vu l'art. 66 al. 2 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 ; LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE restitue l'effet suspensif au recours ; soustrait à la consultation de RealSport Group GE S.A. la pièce n° 7 du chargé de la commune d'Onex ; soustrait à la consultation de Jacquet S.A. les pièces n° 1 à 6 du chargé de la commune d'Onex ; 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 Jean-Michel Brahier, avocat de la recourante, à la commune d'Onex, ainsi qu'à Me Clarence Peter, avocat de Jacquet S.A., appelée en cause.

La présidente :

E. Hurni

- 8/8 - A/1655/2013 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.