

# **GE\_GERICHTE A/682/2009 vom 2. April 2009**

GE Cour de justice, 2009-04-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_682\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_682_2009)

FR: GE\_GERICHTE A/682/2009 du 2 avril 2009

IT: GE\_GERICHTE A/682/2009 del 2 aprile 2009

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Dans la feuille d'avis officielle du canton de Genève (ci-après : FAO) du 23 septembre 2008, la Ville de Genève a publié un avis d'appel d'offres relatif à un projet WCpub\_08, ayant pour objet des prestations de nettoyage relatives aux WC et urinoirs publics fixes et mobiles de la Ville de Genève. Il s'agissait d'une procédure ouverte, soumise aux traités internationaux (Accord GATT/OMC (AMP) sur les marchés publics du 15 avril 1994). L'organe chargé de l'exécution du marché était la centrale municipale d'achat et d'impression (ci-après : CMAI). Le marché était divisé en deux lots, le premier, d'une valeur estimée à CHF 4'000'000.- sur quarante huit mois (soit CHF 1'000'000.- par année) portait sur le nettoyage des édifices publics et conteneurs saisonniers ainsi que, sur demande, des édifices de manifestations. Le deuxième, évalué à CHF 60'000.- sur quarante huit mois, portait sur le nettoyage et la vidange des WC chimiques et le traitement écologique des boues. Le délai pour la remise des offres était fixé au 10 novembre 2008 à 16h00.

### **E. 2**

Il résultait du cahier des charges que : - l'entreprise devait fournir un plan de travail indiquant le nombre de ses interventions et ses horaires sur les sites, ainsi que le personnel disponible (nombre de tournées, rotation des équipes, planning, etc.) (art. 5) ; - l'offre devait porter sur le nettoyage de 18 lieux d'aisance situés sur la rive droite et 21 lieux d'aisance sur la rive gauche. Le nettoyage était prévu sept jours sur sept. selon un régime différencié pour les 6 mois d'hiver et les 6 mois d'été. Selon les saisons, les différents lieux d'aisance étaient classifiés en lieux très fréquentés (TF) exigeant 5 nettoyages par jour ; normalement fréquentés (NF) exigeant 3 nettoyages par jour (art 9).

### **E. 3**

C. Messerli S.A., entreprise de nettoyage sise à Genève, est en charge de ce marché depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1998. Le contrat qu'elle a signé le 4 novembre 1997 portait sur les nettoyages de 24 lieux d'aisance situés sur la rive droite et de 34 lieux d'aisance sur la rive gauche. Le nettoyage était prévu sept jour sur sept selon un régime différencié pour les 6 mois d'hiver et les 6 mois d'été. Selon les saisons, les différents lieux d'aisance étaient classifiés en lieux très fréquentés (TF) exigeant 3 nettoyages par jour ; normalement fréquentés (NF) exigeant 2 nettoyages par jour ; peu fréquentés (PF) exigeant 1 nettoyage par jour.

### **E. 4**

C. Messerli S.A a transmis une offre le 10 novembre 2008 d'un montant de CHF 492'098,15 par année pour le lot no 1. Cette offre complétait une première offre déposée le 3 novembre 2008.

### **E. 5**

Le 10 novembre 2008, il a été procédé à l'ouverture des offres, selon procès-verbal portant cette date.

#### **E. 6**

Six entreprises ont soumissionné pour le lot n° 1, ceci pour les montants annuels suivants : NET INTER S.A : CHF 780'059. - UNS SERVICES S.A : CHF 888'721. - C. Messerli S.A : CHF 488'675. - ONET (Suisse) S.A : CHF 813'447. - TopNet S.A : CHF 485'640. - ISS Facility Services S.A : CHF 870'509. -

#### **E. 7**

Le 11 décembre 2008, la Ville de Genève a écrit à tous les soumissionnaires pour les aviser du report à courant février de la décision de l'adjudication. La mise en œuvre des prestations était reportée au 1<sup>er</sup> mars 2009. Le contrat avec C. Messerli S.A., qui échéait le 30 décembre 2008, a été prolongé jusqu'au 31 mars 2009.

#### **E. 8**

Le 17 décembre 2008, la CMAI a adressé un courrier à l'administration de C. Messerli S.A. Les représentants de la société étaient convoqués pour une audition le 9 janvier 2009. La CMAI désirait obtenir quelques précisions relatives à l'offre présentée par la société, notamment en ce qui concernait la planification des interventions et les ressources mises à disposition.

#### **E. 9**

L'audition en question s'est tenue le jour-dit en présence de quatre personnes de la CMAI et deux représentants de C. Messerli S.A. A teneur du procès-verbal d'audition signé par le directeur de la soumissionnaire, ses représentants ont, d'une part, précisé que dans le calcul du temps prévu pour chaque intervention, celui nécessaire au déplacement entre les édifices n'avait pas été pris en compte car le temps d'intervention était une moyenne globale. D'autre part, ils ont admis qu'il y avait une correction à apporter à l'offre. Affecter 3 personnes et 2 remplaçants à l'exécution des prestations était insuffisant. Il fallait cinq personnes à raison de huit heures par jour, plus les remplaçants, pour la réalisation du marché. Ils reconnaissaient que la force de travail proposée n'était pas en adéquation avec le planning proposé.

#### **E. 10**

Le 20 février 2009, la CMAI a notifié à C. Messerli S.A. une décision d'exclusion prise en application de l'article 42 alinéa 1 lettres a et e du règlement genevois sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01). Aucun plan d'intervention détaillé ne figurait dans l'offre alors qu'il s'agissait d'une exigence de l'appel d'offre. Le temps prévu pour chaque intervention, s'il était adapté, ne comptabilisait pas le temps nécessaire pour le déplacement entre les installations. Les ressources prévues pour la réalisation du marché soit 3 personnes à raison de 8 heures par jour représentaient une force de travail de 8'760 heures, n'étaient pas en adéquation avec le nombre d'heures prévu dans l'offre, soit 15'119 heures, ce qui ne garantissait pas la réalisation des prestations. L'audition effectuée le 9 janvier 2009 n'avait pas permis de répondre de manière satisfaisante, par les documents et réponses fournies lors de l'audition, aux interrogations de l'adjudicateur au sujet de l'offre présentée.

#### **E. 11**

C. Messerli S.A. a pris connaissance de cette décision en consultant le site internet [simap.ch](http://simap.ch).

#### **E. 12**

Le 2 mars 2009, C. Messerli S.A. a recouru contre la décision d'exclusion du 20 février 2009, concluant notamment à son annulation. L'exclusion litigieuse était fondée sur le caractère prétendûment anormalement bas de son offre, ce dont elle n'avait pas été informée avant l'audition, de sorte que son droit d'être entendue avait été violé. Les éléments avancés par l'intimé pour justifier l'exclusion étaient inexacts et contredits par les pièces du dossier. C. Messerli S.A. était en mesure, pour le prix offert, de fournir l'ensemble des prestations requises, ce qu'elle faisait déjà pour un prix similaire à satisfaction de la Ville de Genève. Son offre comportait un plan d'intervention détaillé qui prenait en considération le temps de nettoyage et de déplacement. Si cet élément était avéré, il ne justifierait pas une exclusion, mais l'application du principe du plus haut prix fixé par les concurrents. Affecter 3 personnes à ce contrat représentait une force de travail suffisante. La décision d'adjuger le marché à une autre entreprise ayant offert ses prestations à un prix supérieur violait le principe d'utilisation parcimonieuse des deniers publics A titre provisionnel, C. Messerli conclut à la restitution de l'effet suspensif. Non seulement, elle invoquait des griefs fondés contre la décision d'exclusion, mais la restitution de l'effet suspensif constituait la seule solution permettant une mise en concurrence honnête et loyale. Il n'y avait pas d'intérêt public s'opposant à l'octroi de l'effet suspensif puisqu'elle était elle-même actuellement en charge des prestations faisant l'objet du marché et pouvait continuer son activité, ce qu'elle était disposée à faire.

#### **E. 13**

Sur effet suspensif, la Ville de Genève conclut au rejet de la requête dans ses observations du 23 mars 2009. En matière de marché public, la restitution de l'effet suspensif ne pouvait être accordée qu'à des conditions restrictives non-réalisées en l'espèce. La décision d'exclure la recourante était justifiée et le recours manifestement mal-fondé. Cette dernière n'avait pas présenté une offre respectant le cahier des charges et la procédure conduisant à une décision d'exclusion avait été respectée. Par l'audition organisée le 9 janvier 2009, la possibilité avait été donnée à C. Messerli S.A. de clarifier son offre. Il y avait un intérêt public prépondérant à ce que les WC publics se trouvant sur le territoire de l'intimée soient nettoyés après le 31 mars 2009, date à laquelle prenait fin le contrat signé avec la recourante. L'intérêt privé prépondérant à préserver n'était pas celui de cette dernière, mais celui de la société à laquelle les travaux avaient été adjugés.

#### **E. 14**

Par décision du 20 février 2009, le marché a été adjugé à la société Onet (Suisse) S.A. pour un montant de CHF 3'253'788.-.

#### **E. 15**

Le 2 mars 2009, par acte séparé, C. Messerli S.A. a également recouru contre la décision d'adjudication sollicitant également la restitution de l'effet suspensif (cause A/603/2009). Aucune décision n'a été prise dans ladite cause. Considérant, en droit, que : 1. Interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est, prima facie, recevable (art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 3 al. 1 et 2 lettre 1 de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L - AIMP - L 6 05.0) art. 56 al. 1

RMP) ; 2. En tant que destinataire de la décision d'exclusion, la recourante a qualité pour recourir contre celle-ci (art. 15 al. 1bis let. d AIMP ; art. 55 al. 1 let. c RMP ; art. 60 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) ; 3. Le recours n'a pas d'effet suspensif (art. 17 al. 1 AIMP), celui-ci pouvant être restitué par l'autorité de recours, d'office ou sur demande, pour autant qu'il paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP), cette formulation s'inspirant de celle de l'article 66 alinéa 2 de la LPA ( ATA/858/2005 du 15 décembre 2005) ; 4. En matière de marché public, la restitution de l'effet suspensif en cas de recours constitue cependant une exception ( ATA/572/2008 du 6 novembre 2008 ; ATA/473/2008 du 12 septembre 2008 ; A/376/2008 du 17 juillet 2008 et les références citées) et représente par conséquent une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restrictions. 5. Après l'ouverture des offres, l'autorité adjudicatrice peut demander aux soumissionnaires des explications par une procédure écrite ou par le biais d'une audition relative à leur aptitude et à leur offre (art. 40 al. 2 RMP). Si elle procède par la voie de l'audition, un procès-verbal est établi qui est signé par les personnes présentes. 6. Un soumissionnaire peut être exclu de la procédure d'adjudication s'il a rendu une offre incomplète ou non conforme aux exigences du cahier des charges (art. 42 al. 1 let. a RMP) ou s'il n'a pas justifié les prix d'une offre anormalement basse au sens de l'article 41 RMP (art. 42 al. 1 let. e RMP). Prima facie, la législation genevoise sur les marchés publics autorise qu'une telle décision soit prise après la phase d'évaluation des offres, voire peu avant le moment où une décision d'adjudication est prise. 7. Il n'y a pas lieu d'exclure une offre pour le seul motif qu'elle est anormalement basse. Ce qui est déterminant, c'est que le soumissionnaire soit en mesure de remplir les conditions de participation et apte à satisfaire aux modalités du marché en question (RJN 2003 p. 315, consid 3b, p. 317). Un soumissionnaire nettement moins cher que ses concurrents doit avoir l'occasion de justifier le prix avantageux qu'il offre avant d'être pénalisé pour ce motif (ATF 130 I 241 , consid. 7. 3 p. 255). 8. A l'instar de ce qui prévaut pour la procédure d'épuration des offres (Arrêt du Tribunal fédéral administratif du 13 mars 2007, B-1774/2006 in JT 2007 I p. 469, consid. 3.4), la tenue d'une audition n'autorise pas le soumissionnaire concerné à compléter son offre. 9. La recourante conteste toute inaptitude et allègue n'avoir pu se justifier correctement devant les représentants de l'organe d'exécution. Ses allégations seront examinées dans le cadre de l'instruction au fond. 10. En l'espèce, à lire la décision d'exclusion , la mise à l'écart de la recourante est consécutive aux imprécisions de son offre et à son incapacité d'apporter les précisions nécessaires au cours de l'audition organisée, plutôt qu'au prix qu'elle a formulé, bien inférieur à celui de quatre des six autres soumissionnaires. Cet élément a constitué un indice qui a amené l'adjudicateur à solliciter des compléments d'information. 11. Au stade de l'examen de l'effet suspensif, il sera tout d'abord retenu que la décision attaquée a été prise en fin de procédure d'évaluation des offres mais avant celle d'adjuger le marché à une autre société, ce qui est, prima facie le droit de l'adjudicateur. D'autre part, le droit d'être entendu de la recourante a été prima facie respecté puisqu'avant de prendre sa décision, l'intimée lui a donné la possibilité de justifier les éléments de son offre en rapport avec le prix offert et son aptitude à exécuter le marché. Un premier examen des pièces versées aux débats par les parties, met en évidence que la recourante n'a pas transmis de plan de travail détaillé au sens de l'article 5 du cahier des charges et un planning d'intervention (hormis pour janvier 2009), permettant, d'évaluer son aptitude à exécuter les prestations demandées, en fonction des exigences saisonnières. En outre, selon ce que ses représentants ont eux-mêmes admis le 9 janvier 2009, la recourante n'a pas tenu compte des temps effectifs

de déplacement entre les édicules dans le calcul du temps d'intervention, mais a surtout sous-évalué le nombre de collaborateurs nécessaires pour mener à bien le mandat. Or, l'absence de ces informations et précisions a eu pour effet d'empêcher la comparaison de l'offre de la recourante avec celles des autres soumissionnaires. L'adjudicateur était, *prima facie*, fondé à l'exclure du marché, si bien que le recours contre cette décision n'a que peu de chance de succès. 12. En considération de cela, mais aussi de l'intérêt public, lié à des impératifs d'hygiène et de santé publique, imposant que la Ville de Genève puisse prendre toutes dispositions afin que les lieux d'aisance situés sur son territoire soient nettoyés et désinfectés, la restitution de l'effet suspensif sera refusée. LA PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF rejette la requête en restitution de l'effet suspensif au recours contre la décision d'exclusion de la Ville de Genève de l'exclure du marché WCpub\_08 ; réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ; dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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'article 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 Bertrand Reich, avocat de la recourante ainsi qu'à la Ville de Genève. La présidente du Tribunal administratif : L. Bovy 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.