RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1680/2023-MARPU **ATA/717/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 4 juillet 2023

sur effet suspensif

dans la cause

CONSORTIUM A_____ SA et
B_____SA **recourant**
représenté par Me Mathieu SIMONA, avocat

contre

C_____SA
représentée par Mes Mathias ZINGGELER et Fabio SPIRGI, avocats

et

CONSORTIUM D_____ SA - E_____ SA **intimés**
représenté par Me Thibault BLANCHARD, avocat

Attendu, en fait, que :

1) Le 25 février 2023, le C_____SA (ci-après : le club), en tant qu'entité subventionnée, a publié sur la plateforme internet Simap un appel d'offres pour un marché public de travaux de construction en procédure ouverte non soumis aux accords internationaux, sous le titre « Accueil temporaire de la 1ère équipe du F_____ FC au centre sportif de G_____. Construction d'un terrain naturel de football ».

Les communautés de soumissionnaires étaient admises. Les critères d'adjudication figuraient dans le dossier d'appel d'offres. Le délai de dépôt des offres était fixé au 22 mars 2023 à 15h00.

2) Dans le délai précité, trois offres ont été déposées, émanant toutes de consortiums composés d'une société de construction générale et d'une société spécialisée dans les équipements sportifs. L'un d'entre eux, qui a déposé une offre pour un montant de CHF 2'112'280.80, était composé des sociétés A_____ SA et B_____SA (ci-après : A_____ -B_____).

3) Le 25 avril 2023 à 14h45 s'est tenue une séance d'« audition/clarification » en présence de représentants du comité d'évaluation du club et de A_____ -B_____. Un procès-verbal a été tenu.

4) Par décision du 2 mai 2023, le club a attribué le marché au consortium composé de D_____ SA et E_____ SA (ci-après : D_____-E_____) pour un montant de CHF 1'792'024.- toutes taxes comprises (ci-après : TTC), et a communiqué aux deux autres soumissionnaires que leur offre n'avait pas été retenue.

D_____-E_____ avait reçu les notes de 5.00 au critère 1 (prix ; pondéré à 30 %), 3.47 au critère 2 (organisation et qualité technique de l'offre ; pondéré à 45 %), 2.78 au critère 3 (Références et expérience ; pondéré 20 %) et 3 au critère 4 (formation ; pondéré à 5 %).

A_____ -B_____ se classait au deuxième rang, ayant obtenu les notes de 3.60 au critère 1, 3.23 au critère 2, 2.90 au critère 3 et 4.13 au critère 4.

5) Par acte posté le 15 mai 2023, A_____ -B_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision de non-adjudication précitée la concernant, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours, et principalement à l'annulation de la décision attaquée, à l'attribution du marché et à l'allocation d'une indemnité de procédure.

Certaines des notes obtenues étaient, de manière incompréhensible, inférieures à celles obtenues lors de l'attribution du marché public lancé en 2021 dans le projet

précédent concernant la construction de terrains pour le club aux H_____ – projet qui ne s'était pas réalisé.

Il apparaissait, à la lecture de certaines exigences techniques, qu'elles correspondaient en tous points aux produits proposés par l'adjudicataire, notamment l'engrais de marque UFA et le gazon dont la résistance à la traction du brin était exactement de 75 Newton, comme demandé dans les documents d'appel d'offres. Il y avait donc de forts soupçons de préimplication de l'adjudicataire. Lors de la séance d'« audition/clarification », le mandataire principal s'était montré gêné au moment de répondre à certaines questions. Interrogé par une membre du comité d'adjudication travaillant pour l'État de Genève, le mandataire principal du club avait d'abord nié, puis reconnu avoir fait appel à des représentants de D_____ SA ainsi que d'une autre société, adjudicataire dans le marché parallèle ; visiblement mal à l'aise, il s'était empressé d'assurer que tout avait été fait dans les règles de l'art.

S'agissant de l'effet suspensif, il ne faisait aucun doute que le recours était suffisamment fondé, l'adjudicataire devant être exclu pour cause de préimplication. Le club avait également abusé de son pouvoir d'appréciation dans l'attribution des notes. Il n'existait pas d'intérêt privé prépondérant s'opposant à l'octroi de l'effet suspensif.

6) Le 7 juin 2023, le club a conclu au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif.

Il n'y avait pas lieu de comparer les notes obtenues à la suite de l'appel d'offres faisant l'objet de la procédure et à la suite de l'appel d'offres de 2021, qui concernaient des projets différents, ni l'adjudicateur ni le consortium recourant n'étant de plus identiques.

Toute préimplication de l'adjudicataire était contestée. Le recours n'en fournissait du reste aucune preuve ni élément tangible. Le type d'engrais visé était l'un des plus couramment utilisés dans ce type de projets, et à sa connaissance A_____ SA travaillait aussi avec. La résistance de 75 Newton était le minimum admis pour le monobrin, quelle que soit la marque considérée, mais non la seule valeur acceptée.

Les notes attribuées étaient fondées sur des motifs équitables et objectifs. S'agissant du critère 2, il se décomposait en six sous-critères. Les défauts de l'offre présentée par le recourant, au nombre de 25 tous sous-critères confondus, étaient recensés. La note de 1 avait été attribuée pour le critère 3 à B_____SA car aucune expérience ou référence soumise n'avait trait à des terrains de football. Le critère 4 faisait l'objet d'un calcul arithmétique qui ne prêtait pas à discussion.

Il était urgent pour le club de pouvoir commencer le chantier au plus tôt. Il avait d'autant plus été surpris du recours déposé que le recourant avait de son côté

procédé à une manœuvre contraire au droit des marchés publics, en s'adressant directement à un membre du comité d'évaluation – par SMS – pour lui proposer un entretien gratuit du terrain pendant une année.

7) Le 21 juin 2023, le consortium recourant a persisté dans ses conclusions.

L'adjudicatrice tentait de monter en épingle le message à propos de l'entretien du terrain, qui ne constituait qu'une réponse à une question posée la veille. Il était par ailleurs normal qu'il n'ait pu soulever le grief de préimplication qu'au stade du recours, au vu d'une part du faible écart temporel entre la réunion et la décision d'adjudication, et d'autre part de la pression subie par un soumissionnaire lors d'une réunion de ce type peu avant l'adjudication du marché. L'absence de mention des déclarations du mandataire principal – qui était l'auteur du procès-verbal – illustrait les obstacles érigés pour éviter que la question soit traitée comme il se devait.

8) 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/217/2021 du 1er 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, 2010, 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. a. Aux termes de l'art. 31 RMP, ne peuvent présenter d'offre les membres de l'autorité adjudicatrice qui participent à la préparation et à l'élaboration des documents d'appel d'offres ou aux procédures de passation des marchés publics (al. 1 let. a) ainsi que les mandataires qui assistent l'autorité adjudicatrice dans l'organisation de la procédure d'appel d'offres ou l'établissement des documents d'appel d'offres (al. 1 let. b). L'autorité adjudicatrice indique, dans les documents d'appel d'offres, si le prestataire ayant effectué une prestation préalable en lien avec le marché à adjuger peut présenter une offre et pour quels motifs (al. 2).

b. Il y a préimplication lorsqu'un soumissionnaire a participé à la procédure d'appel d'offres, par exemple en établissant les bases du projet, en élaborant les documents d'appel d'offres ou encore en fournissant au pouvoir adjudicateur des informations sur des données spécifiques techniques concernant les biens à acquérir (arrêt du Tribunal fédéral 2P.164/2004 du 25 janvier 2005 consid. 3.1 ; ATA/265/2022 du 15 mars 2022 consid. 3d et les références citées). Une telle préimplication est susceptible de porter atteinte au principe de l'égalité de traitement entre concurrents ; le soumissionnaire se trouvant dans une telle situation peut en effet être tenté d'influencer le pouvoir adjudicateur en ce sens que le nouveau marché soit configuré en fonction de son produit ou de sa prestation ; il peut aussi mettre à profit les connaissances acquises durant la préparation de la procédure de passation ou encore tenter d'influencer le pouvoir adjudicateur en se servant des contacts établis avec les personnes (arrêt du Tribunal fédéral 2P.164/2004 précité consid. 3.1).

c. Le seul fait qu'un soumissionnaire, en exécutant un mandat dans le cadre d'un projet déjà défini, s'est procuré des avantages qu'il peut mettre à profit lors de la mise au concours d'autres étapes du même projet, ne conduit pas nécessairement à son exclusion. Le principe de l'utilisation économique des deniers publics, qui doit être pris en compte à l'instar du principe de non-discrimination, peut même imposer d'exploiter de telles synergies, pour autant que les règles du droit des marchés soient respectées (arrêt du Tribunal fédéral 2P.164/2004 précité consid. 5.7.1). Il n'y a pas lieu d'exclure un soumissionnaire si l'avantage concurrentiel peut être compensé par le pouvoir adjudicateur. Que la préimplication entraîne un avantage concurrentiel est une présomption légale ; en revanche, établir qu'aucun avantage de ce type n'a été obtenu dans le cas d'espèce ou que l'avantage a été suffisamment compensé incombe, selon les circonstances, soit au pouvoir adjudicateur, soit au soumissionnaire préimpliqué (ATAF 2020 IV/6 consid. 3.1.3 et les références citées).

d. Selon la jurisprudence en matière de marchés publics fédéraux, lorsque le recourant bénéficiait de toutes les connaissances nécessaires au moment de l'appel d'offres pour contester la non-exclusion des entreprises concernées ou pour demander la compensation des avantages en cas d'études effectivement déjà menées par celles-ci (ce qui est le cas lorsque l'appel d'offres précise quels soumissionnaires sont exclus pour cause de préimplication, quels soumissionnaires sont admis malgré leur préimplication et quelles sont les mesures de compensation), son grief est tardif s'il n'a pas fait recours contre l'appel d'offres (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-255/2021 du 30 juin 2021 consid. 2.2).

5. a. Selon l’art. 2 al. 1 L-AIMP, en cas de violation du droit des marchés publics, pendant la procédure d’adjudication ou l’exécution du contrat, l’autorité adjudicatrice peut infliger les sanctions et/ou ordonner les mesures suivantes : a) l’exclusion de la procédure ; b) la révocation de l’adjudication ; c) une amende administrative pouvant aller jusqu’à 10% du prix total du marché ; d) le rétablissement d’une situation conforme au droit ; la mesure est immédiatement

exécutoire. En cas de violation des dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et à l'égalité de traitement entre femmes et hommes, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail peut en outre prononcer à l'encontre des entreprises en infraction les sanctions prévues par la loi sur l'inspection et les relations du travail, du 12 mars 2004 (LIRT – J 1 05 ; art. 2 al. 2 L-AIMP).

b. L'art. 42 RMP prévoit que l'offre est écartée d'office notamment lorsque le soumissionnaire ne répond pas ou plus aux conditions pour être admis à soumissionner (al. 1 let. b) ou qu'il fait l'objet, à la date du dépôt de l'offre ou en cours de procédure (al. 1 let. f) : d'une sanction entrée en force prononcée en application de l'art. 13 LTN (ch. 1) ou de l'art. 9 al. 2 let. b LDét (ch. 2) ou d'une mesure exécutoire prononcée en application de l'art. 45 al. 1 let. a ou c LIRT (ch. 3).

6. 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). Pour effectuer la pesée des intérêts en présence qu'un tel examen implique, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 145 I 73 consid. 7.2.3.2 ; 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_516/2019 du 22 octobre 2019 consid. 2.2).

7. En l'espèce, et selon un examen *prima facie* qui prévaut à ce stade, il n'est pas certain que le grief de préimplication – ou d'entente préalable – de A_____ SA soit recevable, certains éléments aujourd'hui mis en avant par le recourant étant contenus dans les documents d'appel d'offres, tels que la marque de l'engrais ou la résistance du brin exigées ; le recourant n'indique à cet égard pas quand précisément il aurait eu connaissance de ce que ces éléments correspondaient aux produits de son concurrent.

Quoi qu'il en soit, l'adjudicateur conteste toute préimplication de l'entreprise précitée. En l'état et sur la base des pièces disponibles, on ne décèle à première vue pas une telle préimplication, et le recourant ne décrit du reste nullement le cadre d'une telle collaboration préalable entre A_____ SA et le club. Le procès-verbal de la séance du 25 avril 2023 ne retranscrit aucune question qui aurait été posée à ce sujet, ni à plus forte raison de réponse ou de réaction particulière du mandataire principal du club, et le recourant ne semble pas s'être plaint, avant de déposer son recours, de la teneur dudit procès-verbal ; il ne saurait en tout cas être question, comme semble le suggérer le recourant dans son écriture du 21 juin 2023, d'inférer de cette absence de mention au procès-verbal un indice à charge, quand bien même la question des déclarations du mandataire principal durant la réunion d'« audition/clarification » méritera d'être instruite le cas échéant. Quant aux éléments mis en avant et cités au paragraphe précédent, ils ne démontrent en tout cas pas à eux seuls la préimplication dénoncée.

Quant aux notes attribuées, leur justification par le pouvoir adjudicateur dans sa réponse sur effet suspensif apparaît à première vue satisfaisante, et la comparaison faite par le recourant avec le marché public de 2021 semble *prima facie* vaine vu les différences entre les projets d'une part, et les différents protagonistes d'autre part. On notera du reste que le plus grand écart entre le consortium recourant et l'adjudicataire concerne le critère du prix, calculé mathématiquement et non mis en cause en l'espèce.

Les chances de succès du recours apparaissent ainsi insuffisantes en l'état 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.

8. 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 ;

si elle 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 jointes à l'envoi ;

communique la présente décision à Me Mathieu SIMONA, avocat du recourant, à Mes Mathias ZINGGELER et Fabio SPIRGI, avocats de C_____SA, à Me Thibault BLANCHARD, avocat du consortium D_____ SA - E_____ SA, ainsi qu'à la Commission de la concurrence (COMCO).

La vice-présidente :

F. PAYOT ZEN-RUFFINEN

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :