

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/171/2025-MARPU

ATA/189/2025

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 18 février 2025

sur effet suspensif et mesures provisionnelles

dans la cause

A_____ SA

représentée par Me Pascal AEBY, avocat

recourante

contre

COMMUNE B_____

représentée par Me Steve ALDER, avocat

intimée

Attendu, en fait, que :

1. Par avis du 8 novembre 2017, la commune B_____ (ci-après : la commune) a publié sur la plateforme SIMAP un appel d'offres intitulé « Mandats d'études parallèles en procédure sélective pour entreprise totale constituée en *pool* pluridisciplinaire » portant sur la transformation et l'agrandissement de l'école de C_____ (ci-après : l'école), sise sur la parcelle n° 3'611 de la commune B_____. Le début des travaux était prévu pour le printemps 2019.
2. Au terme de la procédure, la commune a, le 6 juillet 2018, adjudgé le marché pour un montant de CHF 22'654'037.- hors taxes (ci-après : HT) à l'entreprise générale A_____S SA (ci-après : A_____).
3. Une autorisation de construire (DD 1_____) a été délivrée le 10 septembre 2024 à A_____ sur la base d'un second projet de rénovation et agrandissement de l'école.
4. Par décision du 7 janvier 2025, déclarée exécutoire nonobstant recours, la commune a révoqué la décision d'adjudication du 6 juillet 2018.

Ce n'était que le 8 novembre 2024 qu'A_____ avait remis un devis général chiffrant le nouveau coût du projet à CHF 32'305'941.- HT, ce qui représentait une augmentation de 42% du coût initial. La commune ne saurait par ailleurs appliquer l'art. 15 al. 3 let. e ou f du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) et adjudger à A_____ un marché complémentaire *via* une procédure de gré à gré. Un nouvel appel d'offres serait organisé dans les meilleurs délais, auquel A_____ pourrait participer.

5. Par acte déposé le 25 janvier 2025, A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, concluant principalement à son annulation et à ce qu'il soit ordonné à la commune de recourir à la procédure de gré à gré pour les prestations complémentaires au marché initial. À titre préalable, elle a demandé l'octroi de l'effet suspensif au recours, et qu'interdiction soit faite à la commune d'organiser un nouvel appel d'offres et d'adjudger de gré à gré un marché en lien avec la transformation et/ou l'agrandissement de l'école à une autre entreprise que la recourante.

En obtenant la note de 4.20 sur 5, l'offre de la recourante avait largement devancé celle de ses deux concurrentes, et ce sur la quasi-totalité des critères d'évaluation, de sorte qu'il était faux de prétendre que l'attribution de ce marché public à la recourante se fondait principalement sur la qualité économique de son offre.

L'augmentation du prix avec celui de base s'expliquait notamment par le renchérissement des coûts sur la période de 2018 à 2024 et par les modifications qui avaient dû être apportées au second projet de construction, de même que par les demandes complémentaires de la commune. Cette dernière n'avait soulevé la problématique de l'évolution des coûts qu'en novembre 2024 alors qu'elle en avait une parfaite connaissance depuis juin 2023. Elle pouvait par ailleurs parfaitement prévoir que les modifications qui avaient dû être apportées au second projet et ses demandes complémentaires augmenteraient les coûts. Ce n'était que le 19 novembre 2024, soit

seulement deux mois avant le début des travaux, que la commune avait informé la recourante de son intention de mettre fin à cette collaboration professionnelle de six ans.

Ces adaptations et ajouts étaient des prestations supplémentaires nécessaires indissociables du marché initial, de sorte que le pouvoir adjudicateur pouvait poursuivre le marché public en recourant à la procédure de gré à gré.

Le recours apparaissait suffisamment fondé car la décision querellée ne se fondait sur aucun motif justificatif et ne respectait pas les principes généraux de bonne foi et de proportionnalité. Il existait par ailleurs un intérêt public important à ce que la décision d'adjudication du 6 juillet 2018 ne soit pas révoquée et, partant, à un démarrage des travaux dans les plus brefs délais, afin que les citoyens puissent bénéficier au plus vite de la transformation et de l'agrandissement de l'école.

6. Le 30 janvier 2025, la commune a conclu au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif et de mesures provisionnelles.

Elle avait fréquemment rappelé à la recourante – soit depuis le mois de juin 2023 – que l'augmentation des coûts constituerait un réel problème et il ne faisait aucun doute qu'une telle augmentation constituait une modification importante d'un élément essentiel du marché initial. Au regard du principe de l'utilisation parcimonieuse des deniers publics, la commune ne saurait décemment accepter une pareille augmentation. La décision querellée respectait donc le principe de la bonne foi, mais également les principes de l'interdiction de discrimination entre les soumissionnaires ainsi que celui de la transparence en refusant une telle augmentation. Le principe de proportionnalité était par ailleurs respecté car il n'existait pas de mesure moins incisive que la commune aurait pu prendre qui lui aurait permis d'atteindre le même but, étant précisé que les conditions pour recourir à la procédure de gré à gré comme le suggérait la recourante n'étaient manifestement pas remplies.

L'intérêt public à la bonne application des principes des marchés publics – et notamment à la bonne utilisation des deniers publics – l'emportait sur l'intérêt privé, purement économique, de la recourante au maintien de la décision d'adjudication, étant précisé qu'en cas de validation de la décision querellée, la recourante serait indemnisée pour l'entier du travail accompli. Par ailleurs, la recourante pourrait participer au nouvel appel d'offres organisé par la commune et il n'était pas démontré à ce stade qu'elle ne remporterait pas le marché. Faire droit à la requête d'effet suspensif formée par la recourante reviendrait à lui accorder, à titre provisionnel, ce qu'elle demandait au fond, à savoir la poursuite de ses travaux en vue de l'exécution de l'ouvrage. Par ailleurs, accorder l'effet suspensif au recours pourrait être source de problèmes insolubles dans le futur, dans l'hypothèse où le recours serait finalement rejeté, puisqu'il était difficilement imaginable de stopper immédiatement les travaux, résilier le contrat d'entreprise avec A_____ et « refaire un nouveau marché ». Pour ce qui était des autres mesures provisionnelles sollicitées, à savoir l'interdiction qui lui était faite de publier un appel d'offres, il y avait également un intérêt public à ce que la procédure puisse aller de l'avant, dans la mesure où beaucoup de retard avait déjà été

pris dans l'avancement des travaux et qu'il était notoire que le canton de Genève manquait de places d'école. Il était donc important que la commune puisse rapidement trouver un nouveau prestataire.

7. Par réplique du 12 février 2025, A_____ a persisté dans ses conclusions.

La bonne foi de l'autorité adjudicatrice avait fait défaut dans sa prise de décision dès lors que l'augmentation des coûts, soit le motif invoqué pour la justifier, n'était que la conséquence des importantes modifications apportées au premier projet d'autorisation de construire et à l'élaboration du second pour répondre aux exigences de la commission d'architecture (ci-après : CA). La recourante s'était conformée aux études de faisabilité, ainsi qu'aux exigences imposées par le cahier des charges de ce marché public et elle ne pouvait être tenue pour seule responsable du préavis négatif de la CA. La commune ne pouvait ignorer, dès le classement de la première autorisation de construire, respectivement en date du 14 juillet 2022, que le projet n° 1 devrait être intégralement modifié pour obtenir une autorisation de construire. La recourante avait également prévenu la commune de l'augmentation des coûts liés au projet notamment lors de la séance COPIL du 11 octobre 2022. Cette dernière avait donc agi de manière contraire à la bonne foi en ne révoquant pas en temps voulu la décision et en insistant à de nombreuses reprises pour que la recourante continue de déployer d'importants efforts pour permettre le début du chantier en janvier 2025.

Annuler la décision d'adjudication dans le but de mieux maîtriser les dépenses publiques pourrait paradoxalement entraîner de nouveaux frais supplémentaires, liés notamment à la relance de la procédure. De plus, recommencer l'ensemble du processus pourrait retarder de manière significative le « démarrage des travaux ». Face à une population en forte croissance, qui nécessitait d'urgence des infrastructures supplémentaires pour accueillir un nombre toujours plus important d'élèves, ce retard pourrait avoir des conséquences négatives sur l'ensemble du projet et sur les besoins immédiats de la population.

Enfin, si la commune prétendait qu'accorder l'effet suspensif serait une source de problèmes insolubles car cela permettrait à la recourante de poursuivre ses prestations, elle l'avait invitée lors de la séance COPIL du 9 janvier 2025, à « mettre à jour le dossier de phase 32, notamment la partie de l'ingénieur civil avec cette implantation et dimensions de trappes confirmées à ce jour (09.01) en séance par les SIG » et à « vérifier l'implantation du conteneur pour la chaufferie provisoire ». Ce comportement laissait penser que la commune ne voyait pas d'inconvénient à ce que la recourante poursuive son travail.

8. Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif et mesures provisionnelles.

Considérant, en droit, que :

1. Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est *prima facie* recevable, en application des art. 15 al. 1^{bis} let. e et 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 55 let. f et 56 RMP.

2. Les mesures provisionnelles sont prises par le président ou la vice-présidente de la chambre administrative ou, en cas d'empêchement de ceux-ci, par un ou une autre juge (art. 21 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 – LPA - E 5 10 ; art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 mai 2020).
3. 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. Elle peut également ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés (art. 21 al. 1 LPA applicable par renvoi de l'art. 3 al. 4 L-AIMP).
4. 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/852/2024 du 17 juillet 2024 consid. 3 ; ATA/217/2021 du 1^{er} mars 2021 consid. 2; 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/1/2024 du 2 janvier 2024).

Lorsqu'une autorité judiciaire se prononce sur des mesures provisoires, elle peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit, en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles, tout en ayant l'obligation de peser les intérêts respectifs des parties (ATF 139 III 86 consid. 4.2 ; 131 III 473 consid. 2.3).

La décision sur mesures provisionnelles n'est revêtue que d'une autorité de la chose décidée limitée et peut être facilement, et en tout temps, modifiée en cas de changement de circonstances (ATF 139 I 189 c. 3.5 ainsi que les références citées ; ATA/129/2018 du 7 février 2018 ; ATA/430/2014 du 13 juin 2014).

5. 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).

6. L'art. 48 RMP prévoit que l'adjudication peut être révoquée, sans indemnisation, pour l'un des motifs énoncés à l'art. 42 RMP. Il doit s'agir de motifs qui rendent la conclusion d'un contrat avec l'adjudicataire impossible, inexigible ou contraire au droit des marchés publics (ATA/852/2024 précité consid. 5c ; ATA/232/2016 du 15 mars 2016 consid. 5 ; Étienne POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2^e éd., 2023, n. 364 ; Martin BEYELER, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, 2012, n. 2738).
7. L'art. 48 RMP utilisant une formule potestative concernant l'exercice du droit de révocation, une liberté d'appréciation est reconnue au pouvoir adjudicateur dans la prise d'une telle décision, que celui-ci exerce à la suite d'une pesée des intérêts pour respecter le principe de la proportionnalité (ATA/623/2023 du 13 juin 2023 consid. 2.5 ; ATA/490/2017 du 2 mai 2017 consid. 5).

L'interruption, la répétition ou le renouvellement de la procédure n'est possible qu'à titre exceptionnel et suppose un motif important (ATF 134 II 192 consid. 2.3). L'interruption du marché – ce qui suppose l'annulation de tous les actes déjà accomplis – apparaît donc comme une *ultima ratio* (ATF 141 II 353 consid. 6.1; Peter GALLI/André MOSER/Élisabeth LANG/Marc STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2013, n. 799).

Sur le plan technique, lorsque l'adjudication a déjà été prononcée, l'interruption de la procédure suppose au préalable une révocation de la décision d'adjudication. La nuance est avant tout juridique, car on admet que les motifs d'interruption du marché peuvent aussi constituer des motifs de révocation de la décision d'adjudication qui, selon leur nature, peuvent avoir pour conséquence une interruption de la procédure et un renouvellement de celle-ci (ATF 141 II 353 consid. 6.2 ; Étienne POLTIER, *op. cit.*, n. 358 p. 226 et n. 363 p. 230 ; ATF 134 II 192 consid. 2.3).

Concernant l'interruption de la procédure, la liberté d'appréciation de l'adjudicateur dans le choix des conséquences à tirer de l'existence d'un juste motif ou motif important est toutefois limitée par le respect de la bonne foi et des principes généraux applicables au droit des marchés publics, notamment l'interdiction de discrimination entre les soumissionnaires, la proportionnalité, la transparence et l'interdiction de la modification du marché sur des éléments essentiels (ATF 141 II 353 consid. 6.4 ; ATA/501/2016 du 14 juin 2016 consid. 6d).

Certes, les soumissionnaires pourront à nouveau déposer une offre si la procédure est répétée, mais cela engendre des coûts supplémentaires et, selon les circonstances, une diminution des chances d'obtenir le marché dans cette seconde procédure au cas où le nombre de soumissionnaires serait plus important ou si de nouvelles exigences les désavantageraient. S'ajoute à cela que la mise en oeuvre d'une seconde procédure peut produire des effets contraires aux règles sur les marchés publics et à l'objectif de libre concurrence poursuivi, notamment parce que les précédents soumissionnaires auront

pu (à tout le moins partiellement) prendre connaissance des premières offres formulées par leurs concurrents (ATF 129 I 313 consid. 10).

Il existe un intérêt public à ce que la procédure de marché public puisse se dérouler avec toute la célérité requise, ce que confirment notamment l'instauration de délais de recours relativement brefs et l'absence d'effet suspensif automatique à différents recours, tandis que la réorganisation d'une procédure d'appel d'offres et d'adjudication *ab ovo* a pour conséquence de fortement retarder l'avancement d'un marché public et d'entraîner des coûts supplémentaires. Or, ces intérêts publics militent eux aussi en faveur d'un maniement très restrictif de la possibilité de réinitier *ab ovo* les procédures d'appel d'offres et d'adjudication (ATF 141 II 353 consid. 6.1).

8. En l'espèce et sans préjudice de l'examen au fond, le recours n'apparaît pas, à première vue, manifestement dénué de chances de succès, compte tenu notamment de l'écoulement du temps depuis l'adjudication et aux principes jurisprudentiels énoncés ci-devant, les raisons pour justifier la révocation de l'adjudication devant être exceptionnelles, l'annulation de la procédure du marché – initiée en 2018 déjà, – apparaissant comme une *ultima ratio*.

L'intérêt privé de la recourante à pouvoir poursuivre la réalisation de l'ouvrage est évident.

L'intérêt public à ce que les travaux puissent se dérouler dans les meilleurs délais apparaît important afin que les élèves puissent bénéficier au plus vite de la transformation et de l'agrandissement de l'école.

Il existe toutefois, à première vue, aussi un intérêt public à ce que les travaux engagés par la recourante ne puissent pas aller de l'avant si la décision d'interruption de la procédure d'adjudication devait être fondée et une autre entreprise mandatée. Par ailleurs, l'intérêt à la bonne gestion des deniers publics est important. Une interruption de la procédure et nouvelle adjudication à moindres coûts comme l'évoque la commune pourrait, de prime abord, y contribuer. Toutefois, annuler la décision d'adjudication dans le but de mieux maîtriser les dépenses publiques entraînerait, *prima facie*, également de nouveaux frais, liés à la relance de la procédure notamment.

En l'état de la procédure toutefois et dans les conditions très particulières du cas d'espèce, l'intérêt public à la bonne gestion des deniers publics et à la réalisation sans tarder de l'établissement scolaire doit primer. Il est toutefois difficile, à ce stade de la procédure, de définir quelle solution sur effet suspensif le sert le mieux, ce d'autant plus qu'il dépendra de l'issue de la présente procédure. Il convient également de tenir compte de l'intérêt public tendant à protéger les autres entreprises qui consacraient du temps et dépenseraient de l'argent pour répondre à l'appel d'offres que lancerait la commune, lesquels le seraient à perte si le recours devait être admis.

Il convient en conséquence d'interdire en l'état à la recourante de poursuivre les travaux, et à l'intimée d'organiser un nouvel appel d'offres et de trouver un nouveau prestataire, le temps que la chambre administrative puisse trancher le dossier au fond.

Elle devrait être en mesure de rendre un arrêt à relativement brève échéance, l'intimée devant notamment répondre au fond d'ici au 21 février 2025.

Au vu de ce qui précède, l'effet suspensif ne sera pas octroyé au présent recours, conformément aux principes usuels en droit des marchés publics, et, dans le cas d'espèce, afin que les travaux ne puissent pas aller de l'avant. En parallèle, en application notamment de l'art. 21 LPA, il sera fait interdiction à la commune d'organiser un nouvel appel d'offres sur la transformation et l'agrandissement de l'école de C_____.

9. Les frais de la procédure seront réservés jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse d'octroyer l'effet suspensif au recours ;

fait interdiction à la commune B_____ d'organiser un nouvel appel d'offres sur la transformation et l'agrandissement de l'école de C_____ ;

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 ; et 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 suisse, av. du Tribunal fédéral 29, 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 Pascal AEBY, avocat de la recourante, ainsi qu'à Me Steve ALDER, avocat de la commune B_____.

La vice-présidente :

F. PAYOT ZEN-RUFFINEN

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :