RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/185/2022-MARPU** **ATA/624/2022**

# COUR DE JUSTICE

## Chambre administrative

## Arrêt du 14 juin 2022

dans la cause

**A_____ SA**
et
**B_____ SA**
et
**C_____ SA**
en consortium, représentées par Me Guillaume Francioli, avocat

contre

**VILLE DE GENÈVE**

et

**D_____**

représentée par Me Daniel Guignard, avocat

## EN FAIT

1) Le 5 octobre 2021, la ville de Genève (ci-après : la ville), soit pour elle le département de l'aménagement, des constructions et de la mobilité (ci-après : le département), a publié sur le site internet Simap (ci-après : Simap) un appel d'offres en procédure ouverte pour un marché public soumis aux accords internationaux de construction intitulé « Pavillons scolaires modulables (1799TI) constructions légères préfabriquées », estimé à CHF 17'053'000.-.

2) Cet appel d'offres portait sur des prestations en entreprise générale en vue de la réalisation de six pavillons modulaires, « clé en main », sur quatre sites scolaires, à savoir les écoles de E_____, des F_____, des G_____ et de H_____.

Selon la ville, ces constructions modulaires devaient être déplaçables cinq fois pendant une durée d'utilisation totale de 50 ans et répondre notamment aux standards énergétiques THPE (très haute performance énergétique). Les quatre sites scolaires sont censés être en activité durant l'exécution du marché.

3) Il ressort de l'appel d'offres que les travaux objet du marché comprennent l'étude, sur la base des projets définis par le mandataire, architecte, de la ville préalablement à l'appel d'offres, la réalisation et la mise en service des pavillons scolaires, les travaux préparatoires (fondations, introductions, collecteurs, réfection de la toiture de l'école des F_____ en vue de la surélévation) ainsi que la direction des travaux.

4) Le bureau I_____ SA (ci-après : I_____) s'est vu adjuger le 1er mars 2021 le mandat d'architecte.

5) Selon le dossier d'appel d'offres, les délais respectifs pour le dépôt des questions et des offres étaient fixés aux 18 octobre et 17 novembre 2021. Le délai d'exécution était de janvier 2022 à août 2023.

La sous-traitance était admise et les critères d'adjudication étaient les suivants :

| Critères | Pondération |
|---|---|
| N° 1 : Prix | 30 % |
| N° 2 : Fiabilité et pertinence du planning | 10 % |
| N° 3 : Organisation | 10 % |

| | |
|---|---|
| N° 4 : Qualité technique | 25 % |
| N° 5 : Références | 25 % |

Il était précisé qu'un critère d'adjudication pouvait être divisé en éléments d'appréciation. Si le nombre et l'ordre d'importance des critères étaient définitifs et annoncés préalablement, l'adjudicateur se réservait le droit de fixer autant d'éléments d'appréciation qu'il était nécessaire pour départager les soumissionnaires, ceci en respectant l'égalité de traitement et le principe de la transparence. Les éléments d'appréciation étaient en relation directe avec un des critères principaux.

L'adjudication serait attribuée à l'offre représentant le meilleur rapport qualité/prix. Le barème des notes était de 0 à 5 (5 constituant la meilleure note) et le prix serait calculé selon la « formule linéaire T1 pondérée ».

6) Le comité d'évaluation était composé du directeur et du chef de projet du département, d'une représentante des écoles et de deux architectes de I_____.

7) Seule l'entreprise D_____ (ci-après : D_____) a posé des questions à l'adjudicateur relativement au marché considéré, lesquelles ont été publiées, avec les réponses, sur Simap et rendues accessibles de façon anonyme à tous les soumissionnaires intéressés.

8) Deux offres ont été déposées, à savoir par D_____ et par A_____ SA (ci-après : A_____), B_____ SA (ci-après : B_____) et C_____ SA (ci-après : C_____), ces trois sociétés s'étant associées sous la forme d'un consortium pour participer à la procédure d'appel d'offres (ci-après : le consortium), pour des prix respectifs de CHF 32'257'759.25 et CHF 24'663'300.-, toutes taxes comprises.

9) I_____ a procédé à une analyse préliminaire desdites offres après leur réception et a constaté, dans un courrier adressé à la ville le 6 décembre 2021, que les informations livrées par le consortium nécessitaient des clarifications. Le descriptif technique relatif à l'ossature et à la façade était approximatif, « pour ne pas dire inexistant », et jetait un doute sur le respect des contraintes architecturales et structurelles fixées dans l'appel d'offres. Une série de questions avait donc été transmise aux participants avant les auditions du 2 décembre 2021. L'audition du consortium avait permis de valider la recevabilité de son offre.

S'agissant de la qualité générale des offres, après auditions, I_____ relevait que :

L'offre de D_____ était claire, complète, les aspects de délai et qualité étant parfaitement intégrés. L'ensemble des critères d'adjudication était bien renseigné et les documents remis correspondaient au cahier des charges de l'appel

d'offres. L'entreprise démontrait un savoir-faire et des compétences avérées dans ce type de réalisation dont elle était aguerrie. Le cahier technique remis était exhaustif, les détails fournis étant en concordance avec le cahier des charges demandé. S'agissant des installations techniques, les modèles chiffrés correspondaient à ceux décrits dans l'appel d'offres.

En comparaison, l'offre du consortium était qualitativement bien en deçà de celle de son concurrent. En outre, l'analyse des documents remis mettait en évidence que le niveau de compréhension de la problématique était inférieur à celui de son rival. Le manque de clarté de l'offre avait nécessité une audition qui avait permis de lever le doute sur d'éventuelles variantes. Malgré cela, les documents remis laissaient à penser que le travail de conception des modules demandés dans l'appel d'offres n'avait pas été engagé, contrairement à son concurrent. De manière générale, l'offre était moins qualitative et le niveau d'inconnues en cas d'adjudication était à relever. Il était noté le manque de compréhension du consortium lors de l'audition au sujet du rôle de l'architecte après l'adjudication. Malgré les explications à cette occasion, une relecture du document « délimitation des prestations » relevant les charges de l'entreprise générale et le rôle de l'architecte, le consortium semblait maintenir un doute sur le bien-fondé de la démarche. Enfin, surpris de l'écart entre les deux offres, le consortium informait que le prix avait été vérifié dans l'intervalle et maintenu.

Dans l'attente d'une réunion du comité d'évaluation, I_____ avait procédé à la notation des critères d'adjudication selon le barème convenu et annoncé. Selon le résultat de l'évaluation globale, à savoir le prix et les critères d'adjudication, D_____ remporterait l'appel d'offres avec une note finale de 3.62, malgré un examen plutôt sévère. L'offre du consortium obtiendrait la note de 3.42 avec une notation plutôt généreuse, selon le tableau d'évaluation des offres versé en annexe. Bien conscients que l'offre d'D_____ dépassait largement la cible fixée par le crédit accordé au projet, il était constaté que l'écart de la note du prix était compensé par les critères d'adjudication.

Il ressort du rapport de pré-évaluation du 30 novembre 2021, joint au courrier à la ville du 6 décembre 2021, que le consortium a obtenu les notes de 5 au critère N° 1, de 2.94 au critère N° 2, de 2.96 au critère N° 3, de 2.58 au N° 4 et de 2.85 au N° 5 ; D_____ s'est vu attribuer celles de 3 au critère N° 1, de 3.25 au N° 2, de 3.33 au N° 3, de 4.04 au N° 4 et de 4.20 au N° 5.

I_____ a également joint à son courrier un tableau comportant les remarques tant positives que négatives pour les deux offres, pour chacun des critères et sous critères. Il en ressort que, pour l'offre du consortium, les remarques étaient toutes négatives à l'exception du critère du prix, alors que pour celle d'D_____, les remarques positives étaient nombreuses.

10) Par décision du 22 décembre 2021, la ville a informé le consortium que le marché avait été attribué à D_____ pour un montant, toutes taxes comprises, de CHF 32'257'759.25.

Cette offre remplissait pleinement les conditions qui lui permettaient d'être adjudicataire, selon le règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), conformément à la grille d'évaluation annexée (tableau de synthèse de l'analyse multicritères) qui en faisait partie intégrante.

Le tableau de synthèse de l'analyse multicritères peut se résumer ainsi :

| Nom du candidat | Montant de l'offre (CHF) | Critère n° 1 | Critère n° 2 | Critère n° 3 | Critère n° 4 | Critère n° 5 | Total des points |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| D_____ | 32'257'759.25 | 3 | 3.5 | 3.5 | 4.75 | 4.25 | 385 |
| Consortium | 24'663'300.00 | 5 | 3 | 3 | 3 | 3 | 360 |

11) Par acte expédié le 17 janvier 2022 à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), le consortium a formé recours contre cette décision. Il a conclu préalablement à ce que l'effet suspensif soit accordé au recours, à ce qu'il soit fait interdiction à la ville de conclure tout contrat en lien avec le marché public litigieux, à ce qu'il soit ordonné à la ville de produire la totalité de l'appréciation relative à l'attribution des notes pour chacun des deux candidats pour les critères « fiabilité et pertinence du planning », « organisation », « qualité technique », « références », apparaissant dans le tableau comparatif des offres, à ce que soient ordonnées les auditions de Mesdames J_____ et K_____ (de la ville) et Messieurs L_____ et M_____ (de I_____), ainsi que des personnes impliquées dans la soumission de l'offre au sein de D_____, à ce qu'il soit ordonné à la ville et à I_____ de clarifier si des discussions avaient eu lieu avec D_____ préalablement à la parution de l'appel d'offres, à ce que le consortium soit autorisé à consulter le dossier complet relatif à la décision d'adjudication auprès de la ville, à ce qu'il soit ordonné à cette dernière de produire l'intégralité de la soumission d'D_____, à ce qu'il soit autorisé à compléter son recours une fois les documents produits. Principalement, le consortium a conclu à l'annulation de la décision d'adjudication et, cela fait, à ce qu'un jugement réformatoire le désignant en tant qu'adjudicataire du marché soit rendu, subsidiairement à ce que le caractère illicite de la décision soit constaté et à la condamnation de la ville à lui payer des dommages-intérêts équivalents aux

dépenses engagées en relation avec la préparation et la remise de son offre, dont le montant serait précisé ultérieurement.

A_____ était une société anonyme ayant notamment pour but social « entreprise générale du bâtiment, construction et transformation de bâtiments, achat, vente, courtage et mise en valeur de tous biens immobiliers ». B_____ était une société anonyme ayant pour but social « exploitation d'un atelier de charpente ; commerce et représentation de bois en général et d'articles et accessoires s'y rapportant ». C_____ était une société anonyme ayant notamment pour but social « fabrication exécution de travaux en bois, en bois – béton et mixte. La société [pouvait ] en outre exécuter tous travaux en entreprise générale ou totale ». A_____ effectuerait le 53 % des travaux, C_____ 42 % et B_____ 5 %. Le siège de A_____ et de B_____ se trouvant dans le canton de Genève, près de 60 % des travaux seraient effectués par des entreprises locales.

La décision d'attribution publiée sur Simap le 5 janvier 2022 précisait que la ville avait retenu « le concurrent ayant déposé l'offre économiquement la plus avantageuse selon les critères d'adjudication, et ayant obtenu le nombre de points maximum ». La grille d'évaluation annexée mentionnait uniquement, pour chacun des critères, les notes attribuées aux deux candidats, la pondérations desdits critères, le nombre de points en découlant et le classement, sans plus amples explications ni motivation. Ainsi, ni la décision qui lui avait été notifiée, ni celle parue sur Simap ne satisfaisaient aux exigences de motivation minimum, de sorte que l'art. 45 RMP était violé.

En désignant D_____ comme adjudicataire sans avoir établi que son offre était économiquement plus avantageuse que la sienne, la ville avait également violé l'art. 43 RMP.

L'offre de l'adjudicataire était de CHF 7'594'459.25 supérieure à la sienne, d'un montant de CHF 24'663'300.-, soit 30,8 %, étant relevé que les travaux avaient été estimés à CHF 17'053'000.- dans l'appel d'offres. Le montant de l'adjudication, de CHF 32'257'759.25, était de près de 90 % supérieur à cette estimation. En fonction de ces montants, il était mathématiquement juste que le consortium ait obtenu la note de 5 pour ce critère et que l'adjudicataire se soit vu attribuer celle de 3.

En revanche, la notation ne semblait dans son cas pas prendre en compte à leur juste valeur les quatre autres critères d'évaluation, pour lesquels il avait invariablement et sans autre motivation reçu la note de 3, alors que les notes attribuées à l'adjudicataire avaient été nuancées pour chacun des critères au quart de point près, ce qui éveillait la suspicion, tant elles semblaient totalement décorrélées de ce qui ressortait du procès-verbal de clarification établi à la suite de la séance du 21 décembre 2021, au cours de laquelle pas moins de cinq responsables du consortium étaient présents. Il en était ressorti une bonne

compréhension de la problématique, des réponses pertinentes aux questions de planning, des références en adéquation et la confirmation de sa capacité à réaliser les travaux à satisfaction. Chacun des intervenants du consortium avait pu apporter les réponses en lien avec la part des travaux concernant son entreprise.

La totalité de ses choix techniques, architecturaux et esthétiques avait été approuvée et confirmée lors de cette séance. Il voyait mal quelle réponse était attendue de lui en vue de justifier la qualité technique de son offre, une réponse détaillée ayant été apportée sur chacun des points. Plus surprenant, aucune question ne lui avait été posée en lien avec les structures en bois proposées, alors qu'il s'agissait d'un élément essentiel de son dossier. Il privilégiait l'utilisation de bois local, d'un ciment écologique réduisant drastiquement les émissions de gaz à effet de serre (GES), et de béton écologique, ce qui limitait drastiquement les transports de matériaux et de main-d'œuvre et aurait dû être valorisé. Son offre était indéniablement meilleure sur ce point et il était dès lors pour le moins troublant que celle de l'adjudicataire ait reçu une note de 4.75, alors que domiciliée à plus de 250 km du chantier, et que lui-même n'ait reçu que la note de 3 pour le critère « qualité technique ». Le fait qu'D_____ dispose d'un bureau dans le canton de Vaud, sans aucun site de production, ne modifiait pas cette analyse.

Il avait fourni des références « solides » répondant totalement aux demandes de la ville, parmi lesquelles, par exemple, la construction de 180 logements modulaires préfabriqués réalisés par C_____ pour une valeur de marché de CHF 7'900'000.- pour l'Hospice général. En ce qui concernait le critère «fiabilité et pertinence du planning », il avait notamment expliqué que le montage se passant en usine, « la réservation des créneaux de production sur des chaînes de montage déjà opérationnel [était] la clé pour le maintien du planning ».

En conclusion, la différence en sa défaveur par rapport à l'adjudicataire des quatre notes, de 3, attribuées pour ces critères (fiabilité et pertinence du planning, organisation, qualité techniques, références), ne se justifiait pas. À titre d'exemple, l'attribution en sa faveur d'une note égale à celle de l'adjudicataire aux critères « références » ou « qualité technique », lui permettrait de se voir attribuer le marché.

Il existait par ailleurs une suspicion de préimplication. Le délai pour le dépôt de l'offre, de six semaines à compter du 5 octobre 2021, avait été extrêmement bref pour un marché d'une telle ampleur et il était pour le moins étonnant que seuls deux soumissionnaires aient répondu et, en définitive, que seule l'offre de l'adjudicataire ait été jugée suffisamment aboutie pour qu'elle se voie adjuger le marché. Selon le document de synthèse du dossier de demande d'autorisation de construire de I_____, « étant donné l'urgence et les délais courts pour la réalisation de ces pavillons modulaires, la Ville de Genève a[vait] lancé un appel d'offres en procédure ouverte à un tour pour les prestations d'architecte en

novembre 2020. Ce mandat a[vait] été attribué à I_____ en mars 2021 ». Dans ce contexte, il était fort probable que l'adjudicataire ait été consultée par I_____ lors de la phase de préparation de l'appel d'offres, de sorte qu'elle aurait disposé d'un avantage concurrentiel majeur, en temps et en informations, imposant dans un tel cas la prise de mesures compensatrices (art. 14 de la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 - LMP – RS 172.056.1), ce qui n'avait nullement été le cas.

Seules les auditions des personnes concernées au sein de la ville, de I_____ et d'D_____, ainsi que l'accès au dossier permettraient de clarifier ces points.

12) Par courrier du 20 janvier 2022, la juge déléguée a fait, à titre superprovisionnel, interdiction à la ville de conclure le contrat d'exécution de l'offre jusqu'à droit jugé sur la requête en restitution de l'effet suspensif.

13) Le 2 février 2022, la ville a transmis à la chambre administrative copie du procès-verbal caviardé d'audition d'D_____ du 2 décembre 2021 puis, le 3 février 2022, avec l'accord de celle-ci, les documents fournis à l'appui de son offre.

14) Dans sa réplique sur effet suspensif du 10 février 2022, le consortium a encore exposé, en lien avec l'art. 43 RMP, que la ville reconnaissait expressément (dans sa détermination sur effet suspensif du 1er février 2022) ne pas avoir attribué les notes du consortium sur la base de l'accomplissement des critères affichés dans son appel d'offres, mais d'une comparaison subjective des offres entre elles. Si ce principe de comparaison était en soi admissible, il ne pouvait être détourné en éloignant artificiellement deux concurrents pour compenser un retard et en privilégiant une offre incomplète. Autrement dit, les notes tout juste suffisantes qui lui avaient été attribuées découlaient principalement d'une comparaison subjective des offres, largement infondée et non d'une notation fondée sur les critères établis dans l'appel d'offres. Ceci était d'autant plus surprenant que la ville s'était prévalue d'avoir traité les critères au moyen du barème de la conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage public (KBOB) décrivant précisément une notation fondée sur l'analyse individuelle des offres.

Il ressortait des pièces déposées par la ville que I_____ avait procédé par deux fois à la notation des deux soumissionnaires, soit avant et après la séance de clarification des offres, dont le procès-verbal faisait partie intégrante des offres. Après cette séance, toutes les notes des soumissionnaires, mis à part celles attribuées aux critères « prix », avaient été augmentées, les siennes pour un total de 0.67 et celles d'D_____ pour 1.18 point. Or, rien n'expliquait la faible augmentation de ses notes ni l'importante augmentation des notes attribuées à D_____ et encore moins l'écart final entre leurs notes, « bien au contraire ».

En lien avec le critère « planning », c'était à tort que I_____ avait estimé que son offre ne tenait pas compte de la sécurité des usagers, à savoir des enfants, ni des spécificités du site. Il avait au contraire défini son emprise de travail, soit la zone interdite aux usagers, et fourni un plan par site d'installation du chantier. Il n'avait de même, en lien avec le module N_____ 31, « évidemment pas prévu d'installer une grue sur des arbres existants. Si le poste de pilotage avait, à dessein été placé sous l'arbre, la tourelle de la grue passait en dessus. Il n'y avait donc aucun contact entre cet arbre et la grue. Pour le module N_____ 32, la grue devait être positionnée à 80 cm sur le bâtiment des services industriels de Genève (SIG) et non pas « à cheval » sur ledit bâtiment. La séance de clarification avait permis d'écarter les critiques en lien avec « la construction métallique » sur tous les sites et la réfection de la toiture des F_____.

S'agissant du critère « organisation », l'appel d'offres requérait que seuls deux curriculum vitae (ci-après : CV) soient fournis. Or, l'adjudicataire avait valorisé le fait qu'D_____ ait fourni davantage de références, soit un nombre supplémentaire de CV par rapport à celui demandé, ce qui aurait dû la pénaliser et non l'avantager, puisque cela était contraire au principe d'intangibilité de l'appel d'offres. Ainsi, la notation d'D_____ comme la sienne devaient se faire sur la base de deux CV uniquement. Par ailleurs, le fait d'avoir proposé un nombre supérieur de CV créait une distorsion d'appréciation, car le pouvoir adjudicateur pouvait en sélectionner deux à sa guise parmi ceux produits. La chambre administrative avait déjà considéré que si l'autorité adjudicatrice avait indiqué que seules les références terminées seraient prises en compte mais qu'elle avait finalement retenu des références en cours, cela violait le principe de transparence et de bonne foi qui prohibait les comportements contradictoires de l'autorité. En tenant compte d'un nombre supérieur de CV que celui requis, l'autorité avait adopté un comportement constituant une manipulation discriminatoire du marché, contraire aux principes de la transparence, de l'égalité de traitement et de la non discrimination.

À propos du critère « qualité technique », et des sous critères « modularité » et « qualité », les points négatifs soulevés par I_____ avaient été « balayés » lors de la séance de clarification. I_____ avait relevé à juste titre que contrairement aux exigences de l'appel d'offres, D_____ n'avait pas proposé de « prototype 1:1 », correspondant à une véritable construction d'un module en trois dimensions, méthodologie évidemment onéreuse. Lors de son audition, D_____ avait justifié ne pas faire de prototype en invoquant un manque de temps. Elle avait fait une modélisation 3D qui pourrait être assimilée à un « prototype dématérialisé ». Le consortium produirait nécessairement une modélisation 3D avant sa réalisation du prototype 1:1, mais ne s'arrêtait pas à mi-chemin avec la production d'un simple prototype dématérialisé. Il était incompréhensible qu'aucune remarque négative n'ait été formulée à ce titre et que l'adjudicataire se soit vu ce nonobstant attribuer

la note de 4.75. Une notation identique aux deux concurrents aurait conduit à lui attribuer le marché.

Ainsi, les explications et documents produits avaient permis de démontrer, une par une, que les critiques négatives de la ville étaient infondées. Il en allait de même de la remarque de I_____ quant au rôle de l'architecte après l'adjudication. L'appel d'offres était imprécis à cet égard et l'audition du 2 décembre 2021 avait permis de comprendre que les plans d'exécution étaient à la charge non pas de l'entreprise générale mais, conformément à la « phase SIA " plan d'exécution" », de l'architecte.

Eu égard encore au critère « qualité », il était incompréhensible qu'D_____ obtienne 3.25 au sous-critère « écologie », là où lui-même n'obtenait que 3.5, alors qu'il avait insisté sur l'utilisation de béton écologique mais également de bois suisse pour le bardage. Or, D_____ avait fait le choix de l'épicéa du Nord, d'origine scandinave.

Quant à la préimplication de l'adjudicataire, la ville et cette dernière s'accordaient à dire qu'il avait existé un contact préalable entre I_____ et D_____. On voyait toutefois mal comment des renseignements techniques auraient pu être donnés par l'adjudicataire sans que des informations sur le projet en cours d'élaboration lui soient fournies. Le caviardage de l'offre de l'adjudicataire confirmait cette suspicion, la partie « garantie délai » de l'annexe ADJ4 permettant en effet de comprendre qu'D_____ était déjà prête pour débuter une adjudication en décembre 2021, avec une équipe de projet déjà constituée. D'autre part, il n'était pas réaliste qu'elle ait eu le temps de dessiner l'intégralité des bâtiments et leurs détails au vu du temps à disposition. Ni I_____, ni D_____ ne produisait de documents attestant des propos échangés. Or, tous deux étaient des professionnels connaissant parfaitement la problématique de la préimplication et l'enjeu d'exclusion qui planait sur le soumissionnaire. La demande de production de ces documents, à savoir courriels, notes, factures ou notes d'honoraires, y compris antérieurement à la publication de l'appel d'offres, était réitérée, de même que celle portant sur les auditions des différents interlocuteurs de la ville, de I_____ et de D_____.

En substance, I_____ s'était vu confier en mai 2021 le soin de préparer un appel d'offres pour octobre 2021, soit un temps extrêmement court. I_____ était entré en contact avec D_____, qui avait nécessairement bénéficié d'informations contextuelles, autres que simplement techniques, afin d'orienter la préparation de l'appel d'offres. Malgré des prix bien au-delà du budget voté par la ville et la possibilité de renouveler l'appel d'offres évoquée dans le dossier de suivi, le choix avait été maintenu d'engager près de CHF 7'000'000.- de deniers publics supplémentaires. Une telle différence de prix ne pouvait s'expliquer que par le fait que l'entreprise adjudicataire se sente extrêmement bien placée techniquement pour compenser son déficit de notation sur le critère « prix » pour emporter le

marché. Dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres conforme aux principes du droit des marchés publics anticipant correctement des besoins du pouvoir adjudicataire, l'offre aurait été annulée et relancée. Le fait que seules deux sociétés participent à l'appel d'offres en disait long sur l'absence d'intérêt suscité par cette procédure puisque biaisée, extrêmement contraignante techniquement et favorisant outre mesure la partie pré-impliquée dans la préparation du projet.

15) Après avoir également recueilli les écritures de la ville et d'D_____ sur la demande d'effet suspensif, lesquelles s'y sont opposées, la vice-présidence de la chambre administrative, a, par décision du 11 février 2022, rejeté cette demande.

16) La ville a conclu les 1er février (dans le cadre de sa détermination sur effet suspensif) et 22 mars 2022 (sur le fond) au rejet du recours.

Elle n'avait pas violé le droit d'être entendu du consortium. Les exigences prévues par l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), le RMP et la jurisprudence avaient été parfaitement respectés en l'espèce, aussi bien par l'annexion du tableau comparatif des offres à la décision de non adjudication que par la séance d'explications du 11 janvier 2022.

Les raisons de l'attribution du marché à D_____ étaient simples et avaient été expliquées au consortium, à savoir que son offre avait été jugée clairement meilleure – une différence très nette – sur les autres critères que celui du prix, en particulier de la qualité technique et des références. Le contenu du courriel de Monsieur O_____, directeur de A_____, adressé au directeur de la direction du patrimoine bâti le lendemain de la séance du 11 janvier 2022 démontrait que les explications nécessaires avaient été données. Ainsi, le dossier du consortium n'avait pas permis de lui attribuer de meilleures notes. L'aspect écologique de l'offre avait bien été pris en compte dans la notation. En particulier, le ciment écologique proposé par A_____ et la filière bois local proposée par C_____ n'avaient pas permis de revaloriser davantage la notation attribuée au consortium. Malgré les précisions apportées lors de l'audition de clarifications, la ville avait jugé que la qualité technique du dossier ne valait pas plus que 3/5, en comparaison du dossier technique d'D_____ évalué à 4.75/5. Les trois références proposées par le consortium étaient bien en deçà de la qualité des références proposées par D_____.

L'art. 43 RMP supposait qu'il y ait une comparaison entre les offres. C'était bien par rapport aux autres offres qu'une offre pouvait être plus avantageuse. Les conditions d'appel d'offres précisaient ainsi que « si le nombre et l'ordre d'importance des critères [étaient] définis et annoncés préalablement, l'adjudicateur se réserv[ait] le droit de fixer autant d'éléments d'appréciation qu'il [était] nécessaire pour départager les soumissionnaires, ceci en respectant l'égalité de traitement et le principe de la transparence ».

Si le comité d'évaluation avait bien pris connaissance des propositions de notes formulées par I_____, il avait procédé à sa propre évaluation, de manière collective. Dans ce cadre, il avait décidé de ne pas noter séparément les sous- critères comme l'avait proposé I_____, mais d'attribuer une note globale à chaque critère, en comptant les sous-critères ressortant tant de la description générale des critères que des éléments précisés et demandés pour chacun d'eux dans le cahier de soumission. Les notes finalement attribuées sur cette base s'étaient toutes avérées légèrement plus hautes que celles proposées par I_____. L'écart final entre les offres était toutefois resté à peu près le même, puisque l'adjudicataire s'était vu finalement attribuer 385 points et le consortium 363, alors que dans la proposition initiale de I_____, la note finale était de 3.62 pour D_____ et de 3.42 pour le consortium. Il était au surplus relevé que I_____ avait indiqué avoir procédé à un examen plutôt sévère de l'offre d'D_____, respectivement plutôt généreux de celle du consortium, sous-entendant qu'il aurait pu noter plus avantageusement D_____ et mettre des notes un peu plus basses pour le consortium.

La ville discutait ensuite un par un les critères de l'offre et leurs notations en lien avec les griefs formulés par le consortium.

S'agissant du grief d'une prétendue préimplication d'D_____, I_____ avait certes pris quelques renseignements auprès de celle-là, dans la phase initiale de conception du projet, soit bien avant le dépôt de demandes d'autorisation de construire et la rédaction du dossier d'appel d'offres, pour vérifier que certains aspects qu'elle souhaitait intégrer dans le projet ne posaient pas de problème de faisabilité, soit des renseignements généraux sur l'état de la technique dans le domaine de modules tridimensionnels préfabriqués, autrement dit un dialogue technique jugé licite par la jurisprudence, pour autant qu'il ne porte pas atteinte à l'égalité de traitement et ne supprime pas la concurrence. Dans ce cadre, I_____ n'avait apporté aucune information à D_____ ni transmis quelconque document qui lui aurait permis de préparer son offre de manière anticipée.

17) D_____ a conclu les 2 février (dans le cadre de sa détermination sur effet suspensif) et 9 mars 2022 (sur le fond) au rejet du recours, qui ne paraissait pas suffisamment fondé.

C'était à l'issue d'un examen approfondi, pratiqué en toute objectivité, que la notation des offres était intervenue, conformément aux dispositions applicables en matière de marchés publics. Son résultat ne pouvait être qualifié d'abusif.

Elle relevait son expérience en matière de constructions légères préfabriquées, qui représentaient le cœur de son modèle d'affaires, dont la réalisation d'écoles modulaires dans toute la Suisse depuis quinze ans, mais également à l'étranger, soit en Allemagne et au Luxemburg, depuis son site de production argovien.

Le grief d'une préimplication était infondé. Au printemps 2021, I_____ l'avait interpellée pour connaître quelques éléments techniques, soit la faisabilité de l'intégration d'une dalle mixte bois-béton dans un module bois ainsi que sur la possibilité de créer de grandes ouvertures vitrées afin de maximiser l'apport de lumière naturelle. Elle ne s'était dans ce cadre pas vu confier l'élaboration de l'appel d'offres ni du moindre document le composant. Elle n'avait pas bénéficié, antérieurement à la mise en soumission du marché, d'informations qui lui auraient permis d'élaborer son offre, ni de devancer la publication de l'appel d'offres en connaissant à l'avance les besoins du pouvoir adjudicateur et les caractéristiques du marché à venir. Le consortium n'apportait pas le commencement d'une preuve qu'elle-même aurait bénéficié d'un quelconque avantage et pour cause, puisqu'elle n'avait pas été préimpliquée dans la procédure d'appel d'offres.

18) Dans sa réplique sur le fond du 27 avril 2022, le consortium a exposé en complément que les coûts engagés pour la préparation de la remise de son offre de soumission s'élèvaient à CHF 49'457.- pour A_____, CHF 9'713.- B_____ et CHF 25'854 pour C_____, soit un total de CHF 85'024.-, selon tableau récapitulatif détaillé.

Il réaffirmait qu'en désignant D_____ comme adjudicataire sans démontrer que son offre était économiquement plus avantageuse que la sienne, la ville avait violé l'art. 43 RMP.

Le dialogue qui s'était déroulé entre I_____ et D_____ avait permis de toute évidence à celle-ci de comprendre les besoins de l'autorité et d'orienter l'appel d'offres afin de le faire correspondre à son produit. I_____ souhaitait vérifier que ses idées conceptuelles étaient réalisables d'un point de vue technique, sous-entendu qu'il lui fallait entrer dans le cadre du produit proposé par l'adjudicataire. Il apparaissait difficilement concevable que le questionnement de la ville n'ait pas éveillé fortement l'attention d'D_____ quant aux besoins de l'adjudicatrice et les caractéristiques du marché projeté, à savoir des pavillons modulaires. La position de leader d'D_____ sur le marché des constructions légères préfabriquées lui permettait également de maintenir des prix élevés, ce qui pouvait se constater avec le différentiel nettement significatif entre le montant de l'offre et celui du consortium. Il reprenait pour le reste ses précédentes explications, y compris les demandes d'auditions, de production des échanges entre I_____ et l'adjudicataire, à ce qu'il soit autorisé à consulter le dossier complet auprès de la ville et à ce que celle-ci produise l'intégralité de la soumission d'D_____, après quoi un délai devait lui être donné pour compléter son recours.

Une fois le caractère illicite de la décision d'adjudication constaté, la ville devait être condamnée à lui payer des dommages-intérêts équivalents aux dépenses engagées en relation avec la préparation à la remise de l'offre.

19) La ville a informé la chambre administrative le 5 mai 2022 de la conclusion la veille, avec D_____, du contrat portant sur la construction des pavillons scolaires objets de l'adjudication du 22 décembre 2021.

20) Le 17 mai 2022, le consortium (ci-après : le recourant) a transmis à la chambre de céans un tirage d'un article paru dans la Tribune de Genève le 10 mai 2022 intitulé « faute de pavillons livrés à temps, pas de salles de classe pour la rentrée ». Il en ressortait que la ville mentionnait avoir demandé la construction des écoles en dix-huit mois, alors que cela prenait habituellement six à huit ans. L'article pointait une planification en extrême urgence, pour faire face à la hausse des effectifs scolaires, ce qui renforçait encore la suspicion de contacts préalables entre I_____ et D_____. Ainsi, la préimplication était nécessaire pour respecter des délais « intenables ».

21) La ville a dupliqué le 25 mai 2022 sur les questions de la préimplication et des dommages et intérêts sollicités.

22) Les parties ont été informées, le 30 mai 2022, que la cause était gardée à juger.

23) Il sera revenu ci-dessous plus avant sur la teneur des pièces versées à la procédure, de même que les arguments des parties, dans la mesure nécessaire pour trancher le litige.

## EN DROIT

1) Le recours a été interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 15 al. 1 AIMP; art. 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 ; art. 55 let. e et 56 al. 1 RMP).

2) Le recourant a sollicité diverses auditions de personnes ayant participé au processus d'appel d'offres au sein de la ville, de I_____ et de la société adjudicataire, la production par le pouvoir adjudicateur de la totalité de l'appréciation relative à l'attribution des notes pour chacun des deux candidats, pour tous les critères autres que le prix, apparaissant dans le tableau comparatif des offres, de l'intégralité de la soumission de l'adjudicataire, ainsi que des échanges intervenus entre I_____ et la société adjudicataire.

Il entend par ces actes d'instruction démontrer une préimplication de la société adjudicataire et une notation de son offre et de celle de l'adjudicataire non conformes, avec pour conséquence qu'il aurait dû se voir adjuger le marché litigieux.

a. Le droit de faire administrer des preuves sur des faits pertinents, tel que la jurisprudence l'a déduit du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), n'empêche pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient pas l'amener à modifier son opinion (ATF 145 I 167 consid. 4.1 ; 140 I 285 consid. 6.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_376/2020 du 4 décembre 2020 consid. 3.3).

b. En l'espèce, l'autorité adjudicatrice a produit en lien avec l'appel d'offres le dossier de soumission, les conditions particulières d'ouvrage, les descriptifs architecte, ingénieur civil et ingénieurs spécialisés, les plans, les questions et réponses publiées, le procès-verbal d'ouverture des offres du 22 novembre 2021, le rapport de pré-évaluation du 30 novembre 2021 et le courrier de l'architecte du 6 décembre suivant, le rapport d'évaluation du 16 décembre 2021 établi suite à la séance d'évaluation des offres réunissant le comité d'évaluation, le tableau multicritères des offres valant proposition d'adjudication ainsi que l'offre de la société adjudicataire dont les éléments considérés comme relevant du secret d'affaires ont été caviardés. Le recourant n'a pas précisé, à la suite de la production de cet ensemble de pièces par la ville en février 2022, quelles pièces seraient encore nécessaires et pertinentes pour trancher le litige qui ne figureraient pas déjà à la procédure. Il a de son côté pu produire toutes pièces utiles, à savoir trois bordereaux de pièces. Ainsi la chambre de céans dispose des éléments nécessaires pour trancher le litige en lien avec l'évaluation de chacune des offres.

Il en est de même s'agissant des offres de preuve concernant le grief d'une préimplication. La production des pièces et les auditions requises ne s'avèrent pas nécessaires pour l'issue du litige, compte tenu de ce qui suit.

Il ne sera en conséquence pas donné suite aux requêtes d'actes d'instruction du recourant.

3) Dans un premier grief, le recourant se plaint d'une motivation insuffisante de la décision adjudication.

a. Le droit d’être entendu tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit d’obtenir une décision motivée. Il suffit que les parties puissent se rendre compte de sa portée à leur égard et, le cas échéant, recourir contre elle en connaissance de cause (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; 138 I 232 consid. 5.1 ; 136 I 184 consid. 2.2.1).

b. En matière de marchés publics, cette obligation se manifeste par le devoir qu’a l’autorité d’indiquer au soumissionnaire évincé les raisons du rejet de son offre (Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, Le

droit des marchés publics, 2002, p. 256). Ce principe est concrétisé par les art. 13 let. h AIMP et 45 al. 1 RMP, qui prévoient que les décisions d'adjudication doivent être sommairement motivées (ATA/1192/2021 du 9 novembre 2021 consid. 2 ; ATA/1089/2018 du 16 octobre 2018 consid. 4b).

Pour les procédures ouvertes et sélectives, si la décision est notifiée par courrier, elle doit également être publiée selon les exigences figurant à l'art. 52 al. 2 RMP (art. 45 al. 2 RMP).

À teneur de cette disposition légale, si la décision d'adjudication a été notifiée par courrier, l'autorité adjudicatrice fait paraître sur la plateforme Simap, septante-deux jours au plus tard après la notification de l'adjudication, un avis d'adjudication indiquant le nom et l'adresse de l'autorité adjudicatrice, le type de procédure, l'objet et l'importance du marché, le nom et l'adresse de l'adjudicataire, le montant de l'adjudication ou le montant de l'offre la plus élevée et la plus basse dont il a été tenu compte dans la procédure d'adjudication, la date de l'adjudication (al. 2).

c. Selon la doctrine, les règles applicables en matière d'adjudication de marché prévoient que l'autorité peut, dans un premier temps, procéder à une notification individuelle, voire par publication, accompagnée d'une motivation sommaire ; sur requête du soumissionnaire évincé, l'autorité doit lui fournir des renseignements supplémentaires relatifs notamment aux raisons principales du rejet de son offre ainsi qu'aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue. L'ensemble des explications de l'autorité (fournies le cas échéant en deux étapes) doit être pris en considération pour s'assurer qu'elles sont conformes aux exigences découlant du droit d'être entendu. La pratique admet assez généreusement la réparation d'une motivation insuffisante dans la procédure de recours subséquente. Toutefois, la notification d'une adjudication, accompagnée d'une motivation sommaire, suffit à faire courir le délai de recours ; ainsi, le soumissionnaire évincé peut se trouver dans une situation inconfortable de devoir former recours, alors que son information est encore largement incomplète (Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 250 n. 392 et les références citées).

d. Dans la phase finale de l'évaluation des offres, le pouvoir adjudicateur attribue des notes aux offres qui n'ont pas été exclues, au regard de chacun des critères d'adjudication. L'entité adjudicatrice opère ensuite la synthèse de ces évaluations en les intégrant dans un tableau comparatif, regroupant l'ensemble des offres et les notes retenues auxquelles sont appliqués les facteurs de pondération pour les différents critères (Étienne POLTIER, op.cit., p. 213 n. 338).

e. En l'espèce, la décision d’adjudication indique qui est l'adjudicataire du marché, le montant du marché adjugé et mentionne que le marché a été attribué au soumissionnaire ayant déposé l'offre remplissant pleinement les conditions selon le RMP, conformément à la grille d'évaluation annexée faisant partie intégrante de

cette décision. De plus, le recourant a été reçu par l'adjudicatrice entre le moment de l'adjudication et le dépôt du recours, soit le 11 janvier 2022. Le représentant du recourant a d'ailleurs résumé l'essentiel de cet entretien dans un courriel du lendemain adressé au directeur de la direction du patrimoine bâti.

Le recourant a donc disposé de toutes les informations nécessaires à la compréhension de la décision d'adjudication. Il a pleinement pu faire valoir ses arguments devant la chambre de céans, tant dans le cadre de son recours que de ses écritures subséquentes, sur effet suspensif et sur le fond, y compris après le dépôt des pièces par l'adjudicatrice.

Son grief d'une violation du droit d'être entendu sera rejeté.

4) Selon l'art. 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). Les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (al. 2).

5) L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics (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).

6) Le recourant conteste la notation, à commencer par la méthode utilisée par le pouvoir adjudicateur, à savoir une comparaison subjective des deux offres entre elles.

a. Selon 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 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).

b. En matière d'évaluation des offres, la jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6 ; arrêt du

Tribunal fédéral 2D_35/2017 du 5 avril 2018 consid. 5.1 ; ATA/1685/2019 du 19 novembre 2019 consid. 8b et les références citées), y compris s'agissant de la méthode de notation (ATA/676/2020 du 21 juillet 2020 consid. 4b et les références citées). Le juge doit veiller à ne pas s'immiscer de façon indue dans la liberté de décision de l'autorité chargée de l'adjudication (arrêt du Tribunal fédéral 2D_35/2017 précité consid. 5.1). L'appréciation de la chambre administrative ne saurait donc se substituer à celle de ladite autorité. Seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation doit être sanctionné (ATF 130 I 241 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_35/2017 précité consid. 5.1 ; ATA/1685/2019 du 19 novembre 2019 consid. 8b et les références citées). 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 (décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 29 juin 1998, publiée in JAAC 1999, p. 136, consid. 3a ; ATA/1389/2019 du 17 septembre 2019 consid. 5).

c. En l'espèce l'appel d'offres mentionnait expressément les critères d'adjudication, à savoir le prix (30 %), la fiabilité et la pertinence du planning (10 %), l'organisation (10 %), la qualité technique (25 %) et les références (25 %). Le pouvoir adjudicateur indique avoir procédé à l'appréciation des critères selon le barème KBOB, tel qu'annoncé dans les documents d'appel d'offres. Il explique que l'évaluation a effectivement consisté à comparer les offres entre elles et non à les évaluer pour elles-mêmes dans l'absolu. Elles ont été évaluées par rapport à l'objet du marché et aux exigences du cahier des charges. À cet égard, le recourant ne remet pas en cause le fait qu'il est question de construction d'éléments modulaires tridimensionnels entièrement préfabriqués devant ensuite être assemblés sur les sites dans un temps limité. Dès lors, le pouvoir adjudicateur a considéré que les critères de la qualité technique et des références étaient particulièrement pertinents pour juger de la capacité du soumissionnaire à fournir les ouvrages attendus avec la qualité souhaitée.

Ni la méthode appliquée, ni les critères considérés comme particulièrement pertinents pour le cas d'espèce, ne violent l'art. 43 RMP qui prévoit la notion d'offre la plus avantageuse et suppose qu'il y ait une comparaison entre les offres, étant encore rappelé la grande liberté d'appréciation laissée au pouvoir d'adjudication, y compris s'agissant de la méthode de notation.

7) Le recourant critique chacune des notes, de 3, qui lui ont été attribuées et les raisons pour lesquelles elles ne seraient, selon lui, pas le reflet de la qualité de son offre, à l'exception de celle du prix, de 5, soit le maximum selon le barème KBOB. Il s'étonne de n'avoir reçu aucune notation au quart de point, contrairement à l'adjudicataire. De plus, si toutes les notes des deux soumissionnaires avaient été augmentées entre la pré-évaluation de l'architecte et

la notation par le comité d'évaluation, celles de l'adjudicataire l'auraient été, pour une raison inexpliquée, de manière plus importante que les siennes.

Sur ce dernier point, il ressort des explications du pouvoir adjudicateur que le comité d'évaluation a considéré qu'une différence très nette était apparue, lors de sa réunion le 16 décembre 2021, entre les deux offres sur les critères de la qualité technique et des références. Il était parvenu, après les pondérations fixées pour chaque critère de l'appel d'offres, au classement final de 360 points pour le recourant et de 385 points pour l'adjudicataire. Si le comité d'évaluation avait bien pris connaissance des propositions de notes formulées par le mandataire au terme de sa pré-évaluation, il avait procédé à sa propre évaluation de manière collective et décidé alors de ne pas noter séparément les sous-critères comme proposé, mais d'attribuer une note globale à chaque critère en prenant en compte les sous critères ressortant tant de la description générale des critères que des éléments précisés et demandée pour chacun d'eux dans le cahier de soumission.

Aucun élément ne permet de remettre en cause l'explication ainsi donnée quant à la différence des notes attribuées par le mandataire puis par le comité d'évaluation aux deux offres en cause, respectivement leur augmentation à toutes deux entre ces phases, mais aussi que celles de l'adjudicataire l'aient été de manière plus importante.

Quant aux deux autres griefs en lien avec les notes attribuées, ils reviennent à analyser les notes pour chacun des critères autres que le prix à l'aune des critiques émises spécifiquement par le recourant.

8) S'agissant du critère N° 2 « fiabilité et pertinence du planning », le recourant considère que c'est à tort que le pouvoir adjudicateur lui reproche l'absence de prise en compte de la sécurité des usagers et les spécificités des sites.

Selon le pouvoir adjudicateur, il n'était pas possible, sur la base des documents fournis par le recourant, de comprendre comment il entendait assurer la sécurité des usagers. Le descriptif général n'en faisait pas mention. Les plans d'installation de chantier par site, s'ils définissaient des zones de chantier, ne faisaient état d'aucune mesure quant aux utilisateurs des écoles ; seule la circulation piétonne des ouvriers y était définie et non celle des usagers. Le planning différenciant les différents sites ne traitait pas davantage de cette problématique. Ainsi, la critique formulée par le mandataire dans son rapport de pré-évaluation, reprise dans le rapport d'évaluation était fondée.

Le recourant soutient, sur ce point, avoir donné des réponses pertinentes aux questions de planning lors de la séance de clarification du 2 décembre 2021. Il avait tenu compte des spécificités de chacun des sites en définissant l'emprise de travail, soit la zone interdite aux usagers.

Ainsi, le pouvoir adjudicateur doit être suivi lorsqu'il soutient qu'à part cette zone interdite, le recourant n'a pas défini de mesures spécifiques relatives à la sécurité des usagers. Il en va ainsi, à teneur du rapport de pré-évaluation, de l'absence de prise en compte des horaires/vacances scolaires et des spécificités des sites, alors que s'agissant de l'offre de l'adjudicataire, ces dernières ont été prises en compte et des travaux étaient envisagés le jour de l'Ascension et durant les vacances scolaires, soit en l'absence en particulier des enfants.

Selon le pouvoir adjudicateur, le recourant n'avait pas fourni avec son offre les détails et explications donnés devant la chambre administrative en lien avec l'installation de la grue sur le site G_____ 31. Son offre contenait uniquement un plan d'installation de chantier sur lequel ne figuraient pas les arbres où la grue était censée prendre place. Sur la base de ce plan, deux hypothèses étaient venues à l'esprit du comité d'évaluation, à savoir soit que le recourant n'avait pas tenu compte de la présence de l'arbre, de sorte que le plan projeté n'était pas réalisable, soit qu'il envisageait l'abattage de l'arbre, ce qui n'était nullement prévu par les conditions d'appel d'offres. Outre que cette explication n'avait pas été donnée en temps utile pour évaluer son offre, la solution désormais proposée semblait particulièrement compliquée. Aussi, si l'intention du recourant de positionner le poste de pilotage sous l'arbre et la tourelle de la grue au-dessus avait été clairement annoncée, cette proposition n'aurait de toute manière pas été jugée comme particulièrement pertinente ni opportune. La notation n'aurait donc pas été influencée.

Le recourant ne remet pas en cause le fait d'avoir donné, sur cette problématique, des explications après l'évaluation de son offre. Il ne critique ensuite pas la remarque du pouvoir adjudicateur selon laquelle la solution offerte ne serait de toute façon ni pertinente ni opportune et ne modifierait pas la note obtenue.

S'agissant du positionnement de la grue pour le site G_____ 31, le pouvoir adjudicateur considère que l'assertion du recourant selon laquelle cet engin serait positionné sur le plan à environ 80 cm sur le bâtiment SIG, en soi une marge suffisante, était contradictoire dans ses termes, puisque si la grue était positionnée sur ledit bâtiment, même pour seulement 80 cm, il ne resterait plus de marge, au contraire. Si la faisabilité du projet n'était pas remise en cause en raison du positionnement de ces grues, que ce soit sur des arbres ou sur un bâtiment, le recourant confondait la faisabilité et l'évaluation de l'offre par l'attribution d'une note. Dans ce cadre, le positionnement des grues sur ces deux sites ne pouvait donner qu'une impression défavorable et le sentiment qu'il n'avait pas complètement appréhendé tous les aspects du projet avant de formuler son offre. Le recourant n'amène aucun élément pertinent pour remettre en cause cette « impression défavorable » qui a conduit le comité d'évaluation à attribuer la note critiquée.

Selon le pouvoir adjudicateur, cette remarque valait également en lien avec le temps supposé être dédié à la construction métallique sur l'ensemble des sites ainsi que pour la réfection de la toiture du site des F_____. Si la séance de clarification avait permis de s'assurer que le recourant avait bien pris en compte ces étapes, garantissant la faisabilité du projet, sous l'angle de l'évaluation des offres, en vertu du principe de leur intangibilité, c'était bien le contenu de l'offre qui avait été jugé. Or, il n'en ressortait pas à quel moment la réalisation de ces éléments était planifiée. L'autorité adjudicatrice avait en conséquence retenu que le recourant ne s'était pas suffisamment approprié le projet.

Le recourant concède que c'est la séance de clarification qui a permis d'écarter ces deux dernières critiques. Il ne remet donc pas en cause le fait que son offre n'ait pas contenu les éléments nécessaires à cet égard.

9) S'agissant du critère N° 3, « organisation », le recourant reproche au pouvoir adjudicateur d'avoir favorisé l'adjudicataire en prenant en compte davantage que les deux CV requis dans l'appel d'offres et ainsi violé les principes de l'intangibilité de l'offre, de la transparence, de l'égalité de traitement et de la non-discrimination.

Selon le pouvoir adjudicateur, le cahier de soumission demandait, concernant la qualification et la disponibilité du personnel clé, un des deux aspects jugés dans le cadre de ce critère, la fourniture d'un CV pour le chef de projet entreprise générale et d'un CV pour le responsable direction des travaux entreprise générale. Or, le recourant n'avait fourni que celui du responsable de la direction des travaux. Il n'avait donc pas fourni tous les documents demandés, ce qui avait joué en sa défaveur. Le contenu des documents fournis avait également été pris en compte. Or, une des deux personnes clé de l'offre de l'adjudicataire faisait état d'une référence équivalant parfaitement avec les travaux demandés. Les notes attribuées au recourant et à l'adjudicataire étaient assez proches, puisque de respectivement 3.5 et 3, ce qui était plutôt clément pour ce dernier vu l'absence d'un des deux CV demandés.

Le recourant n'a formulé aucune remarque venant contredire ces éléments et l'appréciation du pouvoir adjudicateur. On discerne ainsi mal en quoi ce dernier aurait à tort favorisé l'adjudicataire. Il apparaît plutôt qu'il a été sanctionné pour ne pas avoir fourni le nombre de CV requis pour deux personnes clé du projet.

10) Concernant le critère N° 4, « qualité technique », le recourant considère que tous les points négatifs soulevés par l'architecte dans son rapport de pré-évaluation auraient été « balayés » lors de la séance de clarification.

Le pouvoir adjudicateur relève que ce critère était essentiel pour s'assurer que les soumissionnaires avaient bien compris les exigences du cahier des charges et proposaient des solutions adéquates pour atteindre les objectifs fixés. Or, le

recourant avait rendu un descriptif minimal, voire lacunaire, dont plusieurs éléments ne correspondaient pas à l'appel d'offres. La trame proposée de 3'450 mm ne correspondait pas à la partition demandée. Il y avait une incohérence entre le schéma proposé et le nombre de modules nécessaires. Les ouvertures de façade dans les schémas ne correspondaient pas à l'appel d'offres, ni les systèmes de poutraison /poteau. Le descriptif d'assemblage ne répondait pas aux spécificités des sites et des projets de l'appel d'offres. Le schéma du mur extérieur présentait des finitions intérieures et extérieures qui ne correspondaient pas à l'appel d'offres. Aucune description détaillée ne permettait d'attester de la qualité des finitions. Ces divers éléments démontraient que la problématique posée n'avait pas été complètement appréhendée par le recourant qui avait établi son offre rapidement, sans entrer dans les détails attendus. En revanche, le comité d'évaluation avait pris en compte le choix d'un béton à moindres émissions de CO2 et de bois en circuit court, relevant que la question écologique ne constituait toutefois qu'une petite partie du critère. Au final, la note de 3 semblait plutôt généreuse.

En comparaison, l'adjudicataire avait fourni pour ce critère des documents comportant de nombreuses explications et plans de détail répondant très largement aux attentes. Sous l'angle de la clarté générale de l'offre, des explications étayées des différents concepts des bâtiments étaient données ; le descriptif propre à l'entreprise était très bien réalisé avec la résolution de tous les détails-type selon les exigences du cahier d'architecte. Le dossier contenait le détail de toutes les couches entre les modules ; l'assemblage entre les modules était détaillé, de même que les finitions intérieures ainsi que les détails d'assemblage pris en compte pour garantir le démontage. En lien avec la garantie des délais, la situation actuelle, en particulier de pénurie de certains matériaux, était expliquée et prise en compte ; les ressources en personnel étaient pré-réservées. Quant à la qualité, différents dessins de détail étaient fournis. Le bois était traité selon les exigences de l'appel d'offres et conforme au label demandé. Les éléments ainsi apportés étaient donc largement supérieurs à ceux figurant dans l'offre du recourant, d'où l'attribution d'une note de 4.75.

Le recourant ne remet pas en cause le fondement des points négatifs soulevés par l'architecte avant de rendre son rapport de pré-évaluation et reconnaît que c'est à l'occasion de la séance de clarification du 2 décembre 2021 qu'il a pu apporter une réponse détaillée sur chacun des points. C'est dire que ces réponses ne ressortaient pas de son offre, ce qui précisément a motivé les auditions du 2 décembre 2021, précédées de l'envoi de questions. Or, si le procès-verbal de clarification de l'offre fait partie intégrante de l'offre et lie le soumissionnaire, l'audition de clarification ne permet pas de modifier son offre. Qui plus est, selon le pouvoir adjudicateur qui n'a pas été contredit sur ce point, la séance en question lui a permis de comprendre que les documents fournis dans l'offre du recourant sur la qualité technique n'avaient pour beaucoup pas été réalisés pour l'appel d'offre en cause, mais provenaient d'autres projets. Après l'audition du 2 décembre

2021, l'offre du recourant s'est avérée, aux yeux du comité d'évaluation, être qualitativement bien en deçà de celle de son concurrent. Le recourant explique cette différence de qualité en raison des seulement six semaines séparant la date de publication de l'appel d'offres du délai de dépôt et par le fait que l'adjudicataire aurait eu plus de temps pour préparer la sienne, dans la mesure où il y aurait eu préimplication. Ce faisant, il ne remet pas en cause la moindre qualité de son offre, sans qu'il soit nécessaire d'entrer encore plus avant dans les détails, en particulier le chapitre « délimitation des prestations », justifiant une note inférieure à celle attribuée à l'adjudicataire.

11) Le recourant, encore en lien avec le critère N° 4, « qualité technique », soutient que l'adjudicataire aurait dû se voir sanctionné pour ne pas avoir, contrairement aux exigences de l'appel d'offres, proposé de prototype 1:1.

Sans être contredit, le pouvoir adjudicateur indique que cet aspect a bien été pris en compte comme un élément négatif et noté comme tel dans le tableau, en défaveur de l'adjudicataire. Cela étant, après avoir obtenu les explications de l'adjudicataire sur ce point, il s'était rangé à son avis à savoir que, du fait des délais de commande de matériaux actuels et du temps nécessaire à la réalisation d'un prototype, la livraison finale à la date demandée serait compromise. Il avait donc accepté cette modification qualifiée de mineure par rapport à l'ensemble du marché. Les solutions alternatives proposées, à savoir une modélisation 3D, des détails en coupe et un extrait du « BIM », des échantillons de matériaux et d'assemblage, garantissaient la possibilité pour le maître d'ouvrage de valider les différents aspects du projet en connaissance de cause.

En définitive, il ressort de ce qui précède que rien ne permet de retenir que le pouvoir adjudicateur aurait abusé ou excédé son pouvoir d'appréciation en évaluant les quatre critères litigieux, ce qui vaut pour les deux offres présentées.

12) Le recourant soutient que l'adjudicataire aurait dû être exclue du marché, dans la mesure où elle aurait eu connaissance du marché en cause avant la publication de l'appel d'offres et bénéficié de davantage de temps pour préparer la sienne que d'autres potentiels soumissionnaires qui n'avaient eu que six semaines pour ce faire.

a. La liberté économique, telle que consacrée par l'art. 27 Cst., a pour but de protéger toute activité économique privée tendant à la production d'un gain, soit toute activité exercée par une personne dans un but lucratif. Elle garantit l'existence d'un ordre économique fondé sur le marché et sur un minimum de concurrence (Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER/Maya HERTIG RANDALL/ Alexandre FLÜCKIGER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 2021, n. 960 et 1035 et les arrêts cités).

L'art. 27 Cst. consacre, selon la jurisprudence, le principe d'égalité de traitement dans un domaine spécifique, celui des rapports entre des personnes en concurrence directe. Selon le Tribunal fédéral, cette disposition offre une protection qui va au-delà de celle qu'assure l'art. 8 Cst. (Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER/Maya HERTIG RANDALL/Alexandre FLÜCKIGER, op.cit., n. 1114 et les arrêts cités ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2ème éd., 2018, n. 589).

b. En droit fédéral des marchés publics, l'art. 14 LMP entrée en vigueur le 1er janvier 2021 prévoit que les soumissionnaires qui ont participé à la préparation d'une procédure d'adjudication ne sont pas autorisés à présenter une offre lorsque l'avantage concurrentiel ainsi acquis ne peut être compensé par des moyens appropriés et que l'exclusion ne compromet pas la concurrence efficace entre soumissionnaires (al. 1). Les moyens appropriés pour compenser un avantage concurrentiel sont en particulier la transmission de toutes les indications essentielles concernant les travaux préalables (al. 2 let. a), la communication des noms des participants à la préparation du marché (al. 2 let. b), la prolongation des délais minimaux (al. 2 let. c). Une étude de marché requise par l'adjudicateur préalablement à l'appel d'offres n'entraîne pas la préimplication des soumissionnaires mandatés. L'adjudicateur publie les résultats de l'étude de marché dans les documents d'appel d'offres (al. 3).

Dans son message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la LMP, le Conseil fédéral indique que le but d'un appel d'offres public est d'acquérir des prestations, non d'analyser le marché. L'adjudicateur est tenu de se faire une idée des solutions proposées sur le marché avant de lancer un appel d'offres. Il peut donc être amené à procéder à une étude de marché ou à confier cette tâche à un tiers indépendant. Du moment que ses résultats sont communiqués lors de la remise des documents d'appel d'offres, une telle étude de marché n'entraîne pas la préimplication des prestataires contactés avant l'appel d'offres. Si la communication de ces résultats permet de compenser l'avantage en matière d'information acquis par le tiers chargé d'effectuer l'étude et que ce dernier est nommé dans les documents d'appel d'offres, ce tiers n'est pas préimpliqué non plus. Cela vaut en particulier dans les cas où une exclusion aurait pour conséquence une absence objective de concurrence résiduelle (FF 2017 1695, p. 1763).

c. 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).

d. 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 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral [ci-après : TAF] B-4602/2019 du 4 mars 2020 consid. 3.1.2 ; B-6708/2017 du 9 mai 2019 consid. 3.1.2 ; B-5439/2015 du 25 septembre 2017 consid. 3.1.5 ; Christoph JÄGER, Direkte und indirekte Vorbefassung im Vergabeverfahren, DC 1/2011 p. 4 ss, not. p. 5). 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 ; Peter GALLI/André MOSER/Elisabeth LANG/Marc STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3ème éd., Zurich 2013, n. 1043 s.). Le soumissionnaire préimpliqué est en outre privilégié par rapport aux autres candidats, dans la mesure où il bénéficie de meilleures connaissances du projet et par le fait qu'il dispose de plus de temps pour établir son offre (Denis ESSEIVA in DC 2/2007 S9).

Un dialogue technique entre le pouvoir adjudicateur et un futur soumissionnaire est licite dans la mesure où il ne porte pas atteinte à l'égalité de traitement des soumissionnaires et ne supprime pas la concurrence (RDAF 2017 I p. 508).

Selon la jurisprudence, la préimplication d'un soumissionnaire conduit en principe à son exclusion. Toutefois, 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). Un soumissionnaire préimpliqué peut ainsi prendre part à la procédure notamment lorsque l'avantage en termes de connaissances par rapport aux concurrents est peu important ou que sa contribution à la préparation de l'appel d'offres apparaît comme mineure ; il en

va de même lorsque seul un petit nombre de soumissionnaires peuvent offrir la prestation mise en soumission ou encore quand les concurrents sont informés en toute transparence de la contribution du soumissionnaire concerné et de son avantage en termes de connaissances (arrêt du Tribunal fédéral 2P.164/2004 précité consid. 3.3 ; ATAF 3013/2012 du 31 août 2012 consid. 3.6). Il n'y a pas lieu d'exclure un soumissionnaire si l'avantage concurrentiel peut être compensé par le pouvoir adjudicateur. Celui-ci, qui dispose d'un pouvoir d'appréciation, examinera dans le respect du principe de la proportionnalité les moyens à ordonner (décision incidente du TAF B-6653/2016 du 29 novembre 2016 consid. 7.2 in fine ; Peter GALLI/André MOSER/Elisabeth LANG/Marc STEINER, op. cit., n. 1045 ; Etienne POLTIER, Droit des marchés publics, Berne 2014, n. 280). La jurisprudence sur le devoir de récusation des juges, qui naît de l'apparence de partialité objective, n'est pas applicable au soumissionnaire préimpliqué ; il n'y a pas lieu d'exclure celui-ci tant et aussi longtemps que la preuve de l'existence d'un avantage concurrentiel résultant de sa participation à la configuration du marché n'est pas apportée ; le fardeau de cette preuve incombe aux autres soumissionnaires (arrêt du Tribunal fédéral 2P.164/2004 précité consid. 5.7.3).

Les avis divergent sur la répartition du fardeau de la preuve dans le cas de prétendus avantages concurrentiels résultant d'une implication préalable. Selon la règle générale, la personne qui veut tirer des droits d'un fait allégué doit en prouver l'existence (art. 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 - CC - RS 210) ; en cas de contestation d'une attribution de marché, le soumissionnaire qui prétend avoir de meilleures chances de se voir attribuer le marché en excluant le soumissionnaire prétendument préimpliqué doit prouver la préimplication de même que sa nature et son intensité. Que la préimplication entraîne un avantage concurrentiel est une présomption légale ; en revanche, 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).

e. Le grief ayant trait à la préimplication d'un soumissionnaire doit, par analogie avec les règles sur les demandes de récusation, être soulevé immédiatement, c'est-à-dire en principe lorsque l'intéressé prend connaissance de faits à partir desquels une préimplication peut être déduite (ATAF B-1958/2013 du 23 juillet 2013 consid. 2.3). Celui qui laisse se dérouler la procédure d'attribution du marché et attend pour agir de voir si l'adjudication lui est favorable contrevient aux règles de la bonne foi ; il est alors forclos pour se plaindre de la préimplication (Tribunal cantonal FR 602 2011-32 du 28 juillet 2011, résumé in DC 1/2013 n. 16). Le simple fait d'avoir pris connaissance de l'avis de concours et du dossier d'appel d'offres ne peut cependant être considéré comme suffisant à cet égard, même lorsqu'ils indiquent qu'un concurrent a participé à la préparation de l'appel d'offres (Christoph JÄGER, Die

Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2009, p. 282 ; contra TA SG B 2018/53 du 1er mars 2018, résumé in DC 1/2019 n. 19). La péremption du droit d'invoquer ce grief n'entre en considération que si l'adjudicateur a respecté son devoir d'information et de transparence, en exposant clairement les faits qui permettaient aux soumissionnaires de se rendre compte aisément du genre et de l'importance de la participation d'un de leurs concurrents à la procédure (Tribunal cantonal FR 602 2011-32 précité).

f. Dans un arrêt ATA/265/2022 du 15 mars 2022, la chambre administrative a eu à connaître d'un cas où l'adjudicataire avait réalisé une étude pour le pouvoir adjudicateur deux ans avant le lancement du marché public. Elle avait dessiné des plans d'ouvrages appartenant à ce dernier, lesquels avaient été annexés au dossier d'appel d'offres afin d'illustrer les normes applicables en matière de sécurité. Alors que le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire soutenaient qu'en dépit de cette étude, l'adjudicataire n'avait participé ni à l'élaboration ni à la préparation du cahier des charges de l'appel d'offres et n'avait retiré aucun avantage concurrentiel de la réalisation de ladite étude, le soumissionnaire évincé estimait au contraire que l'adjudicataire avait été préimpliquée dans le processus d'appel d'offres et avantagée de par sa connaissance préalable des particularités des bâtiments.

La chambre administrative a retenu que l'adjudicataire n'avait été ni associée ni impliquée à proprement parler dans la préparation ou l'élaboration même du dossier d'appel d'offres ; une partie de son travail effectué deux ans auparavant avait seulement été reprise dans les documents de l'appel d'offres. Cette situation s'apparentait à celle évoquée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 2C_66/2011 précité, en ce sens que la soumissionnaire évincée avait également bénéficié des documents établis à l'époque par l'adjudicataire. Elle avait ainsi pu se baser, dans une certaine mesure, sur ces plans, lesquels contenaient les particularités conceptuelles et techniques des bâtiments, lorsqu'elle avait élaboré sa propre offre. Rien ne démontrait que l'étude préalablement effectuée par l'adjudicataire lui aurait conféré un avantage particulier, et encore moins décisif, dans la participation au marché litigieux. En effet, les documents dont il était question se limitaient à des photographies des toits concernés avec les longueurs de ligne de vie, de barrière et le nombre de points d'ancrage nécessaires. Au surplus, selon les explications de l'adjudicataire, son étude avait eu pour but l'établissement d'un budget. Or, l'adjudicataire avait formulé l'offre la plus avantageuse et obtenu la note maximum s'agissant du critère du prix.

Le fait que la soumissionnaire évincée ait adressé à l'autorité intimée une liste de questions portant sur des détails concernant ces bâtiments, contrairement à l'adjudicataire, n'était pas non plus de nature à démontrer que cette dernière avait une connaissance préalable des réponses apportées à ces questions.

Ainsi, faute pour la recourante d'avoir démontré la nature et l'intensité de la préimplication de l'adjudicataire dans le marché en cause, et dans la mesure où il

ne ressortait pas du dossier que celle-ci aurait bénéficié d'informations privilégiées dans le domaine de la sécurisation des toitures ou d'un avantage concurrentiel précis à ce propos, la chambre administrative avait retenu qu'il n'y avait pas eu préimplication de l'adjudicataire devant conduire, pour ce motif, à son exclusion du marché public en cause.

Néanmoins et conformément à l'art. 31 al. 2 RMP, l'adjudicateur devait préciser que les plans figurant au dossier de l'appel d'offres étaient issus d'une étude réalisée deux ans auparavant par l'adjudicataire. Il devait également préciser les motifs permettant à l'adjudicataire de présenter une offre, puisque la prestation effectuée préalablement était en lien avec le marché à adjuger. La conséquence de la violation de cette obligation, ayant pour conséquence une violation des principes de transparence et d'égalité de traitement entre soumissionnaires, rendait illicite l'adjudication, de sorte que la soumissionnaire avait droit à la réparation du dommage subi, limité aux dépenses subies en relation avec les procédures de soumission et de recours correspondant.

g. Le Tribunal cantonal vaudois a déjà eu l'occasion de trancher qu'il n'y avait pas de préimplication lorsqu'un bureau ayant effectué une étude préalable de faisabilité pour le pouvoir adjudicateur ne disposait, d'une part, pas d'informations privilégiées et, d'autre part, qu'il n'avait pas participé à l'élaboration du dossier d'appel d'offres (RDAF 2017 I p. 508).

13) En l'espèce, il est établi que le mandataire du pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire ont eu des contacts à un moment où le projet n'était encore pas arrêté. Il s'agissait, selon le pouvoir adjudicateur, pour le mandataire de vérifier si ses idées conceptuelles relevaient de la technique ordinaire en matière de pavillons modulaires tridimensionnels ou si au contraire elles pourraient poser des difficultés particulières d'exécution. Ainsi, la question de la taille des fenêtres avait été posée, de même que l'utilisation de dalles mixtes bois/béton. Aucun contrat n'avait été conclu dans ce cadre, ni de rémunération versée, ni facture ou note d'honoraires établies. Aucune information sur le projet en cours d'élaboration n'avait été fournie, pour la raison déjà qu'aucun choix conceptuel n'était encore arrêté. Les échanges intervenus constituaient un dialogue technique au sens de la jurisprudence et n'avaient en aucun cas favorisé l'adjudicataire qui n'avait reçu aucune information concrète sur la conception du projet, ni de documents précisant l'objet du marché. Seule une connaissance précise de l'objet du marché et en particulier des plans et du cahier des charges, composé des différents descriptifs de l'architecte et des mandataires spécialisés ainsi que des rapports techniques propres à chaque spécialité permettaient à une entreprise de commencer à préparer une offre. Cela n'avait aucunement été le cas en l'espèce.

Selon l'adjudicataire, elle ne s'était pas vu confier l'élaboration de l'appel d'offres, ni du moindre document le composant. Elle n'avait reçu aucun document de l'appel d'offres ni de projets de documents d'appel d'offres avant la publication.

Elle n'avait bénéficié, antérieurement à la mise en soumission du marché, d'aucune information qui aurait permis d'élaborer son offre. Elle n'avait pas davantage reçu d'informations qui lui auraient permis, par exemple, de devancer la publication de l'appel d'offres en connaissant à l'avance les besoins du pouvoir adjudicateur et les caractéristiques du marché que ce dernier projetait d'organiser. Elle contestait l'assertion du recourant, nullement démontrée, selon laquelle elle aurait participé à l'élaboration de l'appel d'offres aux côtés du mandataire. Dès la publication, elle avait su, tout comme le recourant, que l'ouverture des offres était prévue pour le 22 novembre 2021 tandis que les travaux devaient débuter en janvier 2022. Elle-même aurait pu être prête à certaines opérations ou travaux préliminaires en décembre 2021 déjà, ce qui ne voulait pas encore dire qu'elle ait participé à l'élaboration de l'appel d'offres. Cela témoignait simplement d'une très bonne compréhension des contraintes temporelles auxquelles l'exécution des travaux serait soumise. La disponibilité de ses équipes n'était pas surprenante, puisque la réalisation de constructions légères préfabriquées représentait le cœur de son modèle d'affaires. C'était cette expérience également qui lui avait permis de « dessiner l'intégralité des bâtiments et leurs détails », pour reprendre les termes de la réplique du 10 février 2022, dans le délai de six semaines. Dans ces conditions, si le pouvoir adjudicataire l'avait exclu de la procédure d'appel d'offres, il l'aurait fait injustement et arbitrairement, ce qui aurait constitué une atteinte injustifiée à sa liberté du commerce et au principe de libre concurrence.

Le recourant ne remet nullement en cause le fait que l'adjudicataire dispose d'une grande expérience dans la fabrication de pavillons modulaires préfabriqués, en particulier scolaires, ce qui au demeurant est démontré également par les références fournies dans son offre. Si naturellement, à l'occasion des questions sur les deux problématiques susmentionnés que le mandataire du pouvoir adjudicateur a été amené à lui poser préalablement à la préparation du dossier d'appel d'offres, l'adjudicataire a bien dû comprendre qu'il s'agissait d'une construction future d'à tout le moins un pavillon scolaire, nul élément ne démontre qu'elle a reçu alors d'autres précisions lui ayant accordé un avantage certain sur ses potentiels concurrents. Certes, le délai de soumission s'est avéré être bref. Cet élément peut avoir joué en faveur de l'adjudicataire, dans la mesure où, seule, elle est en mesure de proposer des pavillons modulaires en question, alors que le recourant était composé en consortium de trois sociétés pour les besoins du marché, ce qui a dû engendrer la difficulté supplémentaire de coordination entre les entreprises concernées.

Il découle des éléments sus-décrits qu'aucune préimplication n'est démontrée en l'espèce et que la qualité de l'offre présentée par l'adjudicataire n'est pas en lien avec les quelques questions qui lui ont été posées en amont de l'appel d'offres, mais bien de la spécialisation et du savoir-faire, tels que ressortant de la qualité de l'offre soumise.

Ce constat rend les conclusions du recourant en indemnisation sans objet.

Le recours est infondé et doit être rejeté.

14. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'500.-, tenant compte de la décision sur effet suspensif, sera mis à la charge du recourant (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée à D_____, qui y a conclu, à la charge du recourant (art. 87 al. 2 LPA). La ville disposant de son propre service juridique, aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA ; ATA/899/2016 précité consid. 11).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS**
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 17 janvier 2022 par A_____ SA, B_____ SA et C_____ SA, en consortium, contre la décision de la Ville de Genève du 22 décembre 2021 ;

**au fond :**

le rejette ;

met à la charge solidaire de A_____ SA, B_____ SA et C_____ SA un émolument de CHF 2'500.- ;

alloue à D_____ une indemnité de procédure de CHF 2’000.-, à la charge solidaire de A_____ SA, B_____ SA et C_____ SA ;

dit qu'aucune indemnité de procédure ne sera allouée à la Ville de Genève ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté 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 ;

s’il soulève une question juridique de principe ;

- sinon, 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. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Guillaume Francioli, avocat du recourant, à la Ville de Genève et à Me Daniel Guignard, avocat de D_____, ainsi qu'à la Commission de la concurrence (COMCO).

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mme Krauskopf, M. Verniory, Mmes Lauber et Michon Rieben, juges.

Au nom de la chambre administrative :

| la greffière-juriste : | la présidente siégeant : |
|---|---|
| F. Cichocki | F. Payot Zen-Ruffinen |

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :