RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4043/2021-MARPU **ATA/7/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 7 janvier 2022

sur effet suspensif

dans la cause

A_____
représentée par Me Julien Pacot, avocat

contre

COMMUNE DE B_____
représentée par Me Bertrand Reich, avocat

et

C_____
représentée par Me Joanna Bürgisser, avocate

Vu le recours interjeté le 26 novembre 2021 par A_____ (ci-après : A_____) contre la décision de la commune de B_____ (ci-après : la commune) du 16 novembre 2021 adjugeant le mandat de géomètre pour l'extension du groupe scolaire de B_____ au bureau C_____ (ci-après : C_____) ; vu que le 18 octobre 2021, la commune avait lancé un appel d'offres dans le cadre d'une procédure sur invitation et avait, le même jour, invité A_____ à y participer ; que le document B1 du dossier d'appel d'offres était à remettre complété par le soumissionnaire ; que celui-là comportait le détail des prestations à fournir pour lesquelles le candidat devait préciser le nombre d'heures nécessaires et son tarif horaire net ; que le montant du marché était évalué par le pouvoir adjudicateur à CHF 45'000.- ; que A_____ avait soumissionné dans le délai pour un montant de CHF 53'850.- ; que selon la grille d'analyse « multicritères », le seul critère retenu consistait dans le prix ; que A_____ était deuxième sur les trois entreprises soumissionnaires, avec la note de 4,73 ; que l'adjudicataire avait obtenu une note de 5,00 pour une offre de CHF 40'904.- et la troisième société la note de 4,71 pour une offre ä CHF 55'196.- ; que A_____ a conclu à l'annulation de la décision ; que préalablement l'effet suspensif devait être octroyé au recours ; que les travaux n'étaient pas urgents ; qu'il était prévu que l'avant-projet soit validé en mars 2022 ; que le pouvoir adjudicateur avait violé le principe de transparence ; que le cahier des charges n'indiquait aucun critère d'aptitude ou d'adjudication ; que les noms des membres du comité d'évaluation n'étaient pas mentionnés ; que, compte tenu de la technicité des prestations exigées, d'autres critères tels que la qualité des prestations proposées et de l'offre soumise, l'organisation de l'entreprise, son expérience et ses références notamment auraient été nécessaires ; qu'il ne s'agissait en effet pas d'un bien standardisé ; que, selon les informations en sa possession, le nombre d'heures proposées par l'adjudicataire était inférieur de plus de 20 % par rapport aux autres soumissionnaires, ; que cela était de nature à induire une offre plus basse, mais aussi à prétériter les prestations ;

que la commune a conclu au rejet de la requête sur effet suspensif ; que les griefs de la recourante portaient sur l'appel d'offres et non sur sa mise en œuvre ;

que C_____ a conclu au rejet de la requête sur effet suspensif, le recours apparaissant prima facie mal fondé ; qu'au vu de la valeur du marché, le pouvoir adjudicateur aurait pu utiliser la procédure de gré à gré ; que la différence entre son offre et le prix estimé par la commune était inférieure à 20% et justifiée par la proposition de C_____ de faire le relevé topographique de la zone de projet uniquement et non de l'entier de la parcelle ;

que, dans sa réplique, A_____ a contesté la requête de la commune de lui prohiber l'accès aux offres déposées par les deux autres soumissionnaires (pièces 5 à 7 de la commune) ; que cette restriction violait son droit d'être entendue et diverses dispositions légales ; qu'elle a invoqué des faits nouveaux, à savoir qu'à l'occasion d'une récente rencontre avec le pouvoir adjudicateur le document B1 de C_____ lui avait été soumis ;

qu'elle avait pu constater qu'il ne contenait aucun prix et était seulement signé ; que, dans ses écritures, C_____ avait évoqué un relevé topographique limité à la zone de projet ; que la remarque faite sur le tableau multicritères avec la mention « offre spécifique réalisée pour le projet. Remarque : postes F, G, H et I peuvent être fortement réduits voire supprimés » était probablement en lien ; que toutefois le cahier d'appel d'offres ne donnait aucun renseignement au sujet de conditions particulières relatives aux éventuelles variantes et/ou offres partielles ; qu'en conséquence l'offre de C_____ n'était pas conforme au cahier de charges en termes de prestations proposées ; qu'elle souhaitait répliquer après réception des offres des deux autres soumissionnaires ;

que sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur effet suspensif ;

Considérant, en droit, que, le recours a été interjeté en temps utile devant l'autorité compétente (art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; 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 et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01) ;

que les mesures provisionnelles sont prises par la présidente ou le vice-président de la chambre administrative ou, en cas d'empêchement de ceux-ci, par un autre juge (art. 21 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - GE - E 5 10 ; art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 mai 2020) ;

qu'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 ;

que l'examen de la requête suppose une appréciation prima facie du bien-fondé du recours ; l'effet suspensif doit être refusé au recours manifestement dépourvu de chances de succès et dont le résultat ne fait aucun doute ; inversément, 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/1106/2021 du 20 octobre 2021 ; ATA/987/2021 du 24 septembre 2021 ; ATA/217/2021 du 1er mars 2021 consid. 2 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zurich 2010, p. 317) ;

que lorsqu'une autorité judiciaire se prononce sur l'effet suspensif ou d'autres mesures provisoires, elle peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit (examen prima facie), 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) ;

que la restitution de l'effet suspensif constitue cependant une exception en matière de marchés publics et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/1349/2019 précité ; ATA/446/2017 précité consid. 2 ; ATA/62/2017 du 23 janvier 2017 consid. 2 ; ATA/793/2015 du 5 août 2015 consid. 2) ;

que 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) et assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) ;

que le soumissionnaire qui entend contester la définition, la pondération ou le manque de précisions des critères d'adjudication doit le faire, pour des raisons de bonne foi, dans le cadre de l'appel d'offres et non au moment de la décision d'adjudication, sans quoi il est forclos (ATF 130 I 241 consid 4.2 ; ATA/307/2019 du 26 mars 2019 consid. 6b ; ATA/1443/2017 du 31 octobre 2017 consid. 4e et les références citées).

qu'en l'espèce, les pièces 6 et 7 produites par la commune concernent le soumissionnaire classé troisième et ne sont en l'état pas pertinentes ; que la pièce 5 de la commune consiste dans le document B1 de C_____, de six pages, vide sous réserve de la signature, et d'un document de cinq pages détaillant les prestations et le prix pour un total de CHF 40'904.45, les postes F, G, H et I étant compris ; que l'offre comprend effectivement la mention que ceux-ci pourraient être réduits voire supprimés, remarque reprise sur le tableau multicritères ; que la différence découle prima facie majoritairement de la proposition de C_____ de faire le relevé topographique de la zone de projet uniquement ; qu'en l'état, la production de la pièce 5 ne s'avère en conséquence pas déterminante, la question étant de savoir si cette suggestion est conforme au cahier des charges ;

que toutefois les griefs de la recourante apparaissent de prime abord dirigés contre l'appel d'offres, lequel ne contiendrait ni critère d'adjudication, ni pondération, ni composition du comité, ni renseignements sur les éventuelles possibilités de variantes ;

que la recourante n'a cependant pas posé de question au pouvoir adjudicateur, ne l'a pas interpellé ni n'a interjeté recours dans les dix jours contre l'appel d'offres ;

que de prime abord, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, elle pourrait ainsi être forclose à s'en plaindre ;

que son intérêt à ce que le contrat ne soit pas conclu est important ; qu'il n'est toutefois pas prépondérant compte tenu de l'intérêt public à la construction rapide d'établissements scolaires adaptés aux besoins croissants de la commune au vu de l'augmentation de sa population, situation détaillée dans le document d'appel d'offres ; que

le montant du marché aurait aussi prima facie pu faire l'objet d'une procédure de gré à gré ;

qu'en conséquence, compte tenu de l'intérêt public prépondérant et du fait que les chances de succès du recours ne paraissent pas d'emblée manifestes, la requête en octroi de l'effet suspensif sera rejetée ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la requête d'octroi d'effet suspensif au recours ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF-RS 173.110) la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

- par la voie du recours en matière de droit public :

si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics ;

si elle soulève une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF ;

le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision à Me Julien Pacot, avocat de la recourante, à Me Bertrand Reich, avocat de la commune de B_____, à Me Joanna Bürgisser, avocate de C_____ ainsi qu'à la Commission de la concurrence (COMCO).

Le vice-président :

C. Mascotto

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :