RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/444/2022-MARPU **ATA/337/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 1er avril 2022

sur effet suspensif

dans la cause

A_____ SA
représentée par Me Théo Meylan, avocat

contre

AÉROPORT INTERNATIONAL DE GENÈVE
représenté par Me Nicolas Wisard, avocat

B1_____ et B2_____
représentées par Maîtres Amanda Burnand Sulmoni et Yves Jeanrenaud, avocats

C_____ AG et C_____ GmbH
représentées par Me Pierre-Alexandre Schlaeppi, avocat

D_____ GRANDS PROJETS
représentée par Me Jean-Yves Rebord, avocat

Attendu, en fait, que :

1) Durant le dernier trimestre de l'année 2021, l'aéroport international de Genève (ci-après : AIG) a lancé la première phase du marché « CAP 2030, plateforme multimodale et galerie commerciale [chemins de fer fédéraux - ci-après : CFF », marché public de construction soumis aux accords internationaux en procédure sélective à deux tours. Lors du premier tour, l'AIG devait sélectionner trois entreprises totales (ci-après : ET) admises à participer aux mandats d'études parallèles (ci-après : MEP), sur la base des critères de sélection. Le second tour correspondait aux MEP permettant à l'AIG de désigner l'ET amenée à réaliser les différents projets.

2) Selon le document « Conditions administratives de l'appel à candidatures », dans sa version du 1er novembre 2011 (ci-après : CAAC), ce marché portait sur la conception, la construction et la maintenance partielle de trois projets, à savoir : a) CAP2030, qui correspond à l'adaptation et à l'extension du terminal passagers ainsi que les accès (maîtrise d'ouvrage AIG) ; b) plateforme multimodale, qui correspond à l'adaptation et l'extension de la zone d'accès et de dépose pour le terminal, incluant le gros-œuvre d'une extension au nord de la galerie commerciale CFF (maîtrise d'ouvrage AIG) ; et c) galerie commerciale de la gare CFF, correspondant au second œuvre pour le réaménagement de l'existant et l'aménagement de l'extension au nord (hors maintenance, maîtrise d'ouvrage CFF).

Ce marché, dont les deux premières phases devaient se dérouler de 2023 à 2032, serait adjugé à l'ET recommandée par le jury, deux contrats distincts étant signés. La valeur totale indicative du marché était de CHF 520'000'000.-, hors taxes, incluant l'option mais hors coûts de maintenance (point 2.2). Il n'était pas divisé en lots (ibid.).

Les CAAC décrivaient les conditions pour être admis à soumissionner (point 2.3). À cet égard, les équipes candidates devaient impérativement être constituées d'une ET (candidat), d'un architecte (sous-traitant) et d'un bureau spécialisé en ingénierie aéroportuaire (sous-traitant si l'ET ne disposait pas de cette compétence en interne) ; l'architecte devait nécessairement un mandataire externe à l'ET.

Le candidat devait fournir pour lui-même et ses sous-traitants les attestations liées à son intégrité sociale et fiscale ainsi qu'au respect des usages professionnels et des conditions de base relatives à la protection des travailleurs ; il ne devait pas être sous le coup d'une décision en vigueur le plaçant sur les listes de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) ou du secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) (points 2.3.1.7 et 2.3.1.8).

Le point 2.3.5 recensait 29 personnes physiques et morales pré-impliquées ayant été autorisées à participer à la procédure. Parmi elles figuraient les bureaux d'architecte E_____ SA (ayant participé à l'étude de faisabilité B) (ci-après :

E_____), F1_____ SA et F2_____ SA (ayant toutes deux participé à l'étude de faisabilité plateforme CFF). Il était également indiqué qu'en cas de participation à la procédure, la personne physique ou morale concernée doit être prête à faire la démonstration qu'elle ne possède pas d'avantage prépondérant, particulier ou déterminant, par rapport aux autres candidats, qui pourrait fausser le jeu de la concurrence ; et que les documents visés (dont les études de faisabilité mentionnées) n'étaient pas pertinents pour l'appel à candidatures, mais étaient consultables par les entreprises s'y inscrivant, sur simple demande par courriel. Le point 2.3.6 recensait 6 personnes physiques et morales préimpliquées ne pouvant, en sus des sociétés dont faisaient partie des membres du jury, pas participer à la procédure. Le point 3.3 désignait les 15 membres du jury.

Les questions éventuelles devaient parvenir avant le 22 octobre 2021. Le délai pour la remise des candidatures était fixé au lundi 6 décembre 2021 à 11h00.

Les critères de sélection et leur pondération étaient prévus au point 5.1. Les références étaient pondérées à 55 %, l'organisation pour le MEP à 30 % et la compréhension des enjeux du projet à 15 %. Ces trois critères étaient subdivisés en sous-critères. Les critères envisagés au stade des MEP étaient mentionnés au point 6.7.

Les CAAC ont été publiées sur le site simap.ch, et mentionnaient la possibilité d'interjeter recours à leur encontre (point 8). Aucun recours n'a toutefois été déposé.

3) Le 6 décembre 2021, A_____ SA (pilote) et A_____ Renovation SA (ci-après : A_____), ET, se sont portées candidates, avec comme architectes G_____ et F3_____ SA, et comme bureau en ingénierie aéroportuaire H_____.

4) Le 25 janvier 2022, l'AIG a publié sur la plateforme simap.ch l'identité des trois candidats/équipes retenus, à savoir :

- « D_____ Construction » (sic ; ci-après : D_____), ET, les architectes étant I_____ AG et J_____ Sàrl, et le bureau d'ingénierie aéroportuaire K_____ SAS ;

- B1_____ SA (pilote) et B2_____ SAS (ci-après : B_____), ET, les architectes étant E_____ AG et L_____ SA, et le bureau d'ingénierie aéroportuaire M_____ SA ; et

- C_____ AG (pilote) et C_____ GmbH (ci-après : C_____), ET, les architectes étant N_____ GmbH et O_____ SA, et le bureau d'ingénierie aéroportuaire P_____ GmbH.

Cette décision avait été adressée la veille, soit le 24 janvier 2022, aux différents candidats.

5) Le 31 janvier 2022, A_____ a écrit à l'AIG en l'invitant à révoquer la décision de sélection de B1_____. En effet, tant B2_____ SAS que M_____ SA étaient sous le coup de sanctions de la Banque mondiale. De plus, E_____ participait comme sous-traitante, alors même que cette entreprise était préimpliquée et avait joué un rôle décisif dans le projet objet du marché litigieux, sans que sa préimplication ait été compensée.

6) Le 2 février 2022, l'AIG a refusé de donner suite à cette demande.

7) Par acte posté le 4 février 2022, A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours, et principalement à l'annulation de la décision attaquée, à l'exclusion de l'offre de B_____ et à la sélection de la sienne propre, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure.

S'agissant de l'octroi de l'effet suspensif, un examen sommaire des griefs développés dans le recours permettait d'admettre que ce dernier n'était « manifestement pas dépourvu de chances de succès, bien au contraire ». Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur n'encourait aucun préjudice, le marché devant se réaliser « du 2 janvier 2023 au 31 décembre 2032 ».

Sur le fond, A_____ reprenait les arguments de sa demande du 31 janvier 2022. Les deux sociétés associées à B_____ avaient été sanctionnées par la Banque mondiale dans le cadre de procédures de marchés publics. B_____ ne l'ayant probablement pas mentionné dans son offre, elle devait être exclue pour avoir donné de faux renseignements au sens de l'art. 42 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), et parce qu'elle ne respectait pas la condition de la « correction en affaires » prévues par l'art. 42 al. 2 RMP.

La préimplication d'E_____ était admise par les CAAC, mais ces dernières ne mentionnaient pas pour quels motifs elle pouvait être autorisée à participer à la procédure, en violation des exigences de l'art. 31 al. 2 RMP. Elle n'aurait pas pu recourir à cet égard contre les CAAC, car au moment de leur publication, rien ne permettait de penser qu'E_____ participerait à la procédure, et un recours préventif basé sur des faits hypothétiques aurait été irrecevable. De plus, un recours n'aurait été possible que si les raisons pour lesquelles cette société pouvait participer à la procédure avaient été publiées. La préimplication d'E_____ avait été centrale et décisive dans la conception du projet, puisque c'est sur la base de l'étude réalisée par cette entreprise que l'AIG avait décidé d'engager le projet CAP2030. L'avantage concurrentiel n'avait pas été compensé.

En outre, la décision attaquée laissait apparaître un changement de candidat, puisque le tableau de sélection indiquait comme adjudicataire 2 la société D_____

Grands Projets, tandis que la publication sur simap.ch faisait référence à la société D_____ Construction, qui n'était pas la même entité juridique.

La décision attaquée violait le principe de transparence en lien avec la pondération des critères et sous-critères. L'AIG avait accordé une importance démesurée aux « atouts » évoqués dans les « annexes liées à l'appréciation de la candidature », la note aux critères 1.1 à 1.3 et 2.2 étant de 3 sur 5 si les cinq ou six exigences posées étaient remplies, les notes de 3.5 à 5 étant réservées aux bonus (références portant sur une gare ferroviaire ou un aéroport, et capacité d'accueil de passagers importante). Il n'était pas contesté que ces atouts étaient mentionnés dans lesdites annexes, mais leur importance prépondérante n'avait pas été communiquée dans les CAAC. Les grilles de notation devaient être modifiées afin de ne plus conférer que 0.5 point sur 5 aux bonus.

8) Le 24 février 2022, l'AIG a conclu au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif ainsi qu'au rejet du recours sur le fond, et à l'octroi d'une indemnité de procédure.

L'octroi de l'effet suspensif se faisait le cas échéant à l'issue d'un examen prima facie du cas, mais un tel octroi ne devait être accordé que de manière restrictive en droit des marchés publics. En l'espèce, le recours était manifestement dépourvu de chances de succès.

La qualité pour recourir de A_____ était remise en cause par la nouvelle affectation du directeur de projet pour la phase MEP. A_____ devait en effet, pour pouvoir recourir, ne pas devoir être exclue au regard des conditions administratives régissant la procédure. Or l'AIG avait appris, postérieurement à la décision attaquée, que M. Q_____, proposé par A_____ comme directeur de projet pour la phase MEP, avait été affecté à la direction de la succursale A_____ de R_____, poste qui n'était pas compatible avec les responsabilités et le degré d'engagement requis pour le MEP, soit 100 % selon l'offre de A_____. Cette dernière, si la chose était avérée, ne serait plus en mesure d'être sélectionnée pour les MEP et n'aurait donc pas la qualité pour recourir.

S'agissant de la dénomination exacte de D_____, la référence dans la décision attaquée à « D_____ Constructions » avait été faite pour des raisons de pure convenance et de simplification. La raison sociale exacte de la société candidate avait toujours été « D_____ Grands Projets SA », si bien que le grief était infondé.

Le grief relatif à la préimplication d'E_____ était également infondé. Seul l'art. 31 al. 2 RMP pouvait trouver application en l'espèce. La préimplication d'un soumissionnaire ne devait conduire à son exclusion de la procédure que si l'avantage concurrentiel acquis avait atteint une telle importance qu'elle excluait toute mesure visant à compenser l'avantage concurrentiel. Dans les autres cas, la participation à la procédure d'appel d'offres peut être autorisée moyennant l'adoption de mesures

compensatoires appropriées par le pouvoir adjudicateur, parmi lesquelles la transmission par l'adjudicateur de tous les documents et indications pertinents préalablement élaborés aux autres soumissionnaires, ainsi que la communication du nom du soumissionnaire préimpliqué. Selon la recommandation cantonale du 7 août 2018 de la commission consultative instituée par le RMP, était admissible la participation d'un bureau ayant réalisé une prestation particulière avant le lancement de la procédure, pour autant que cette prestation ne fasse pas partie du marché mis en concurrence, ce qui était le cas d'une étude de faisabilité. En l'espèce, le nom d'E_____ avait été communiqué dans les CAAC, et il était mentionné que l'étude de faisabilité à laquelle elle avait participé était disponible sur simple demande, qu'A_____ n'avait jamais présentée. A_____ n'avait pas recouru contre les CAAC, rendant ainsi les dispositions liées à la préimplication définitives. Force était aussi de constater qu'A_____ s'était aussi adjoint les services d'une société préimpliquée, puisque F3_____ faisait partie du groupe F_____, l'architecte clef présenté par A_____ pour le marché convoité siégeant au conseil d'administration des sociétés F2_____ SA et F1_____ SA désignées comme préimpliquées au point 2.3.5 des CAAC. Ainsi, si le grief d'A_____ devait être admis, cela impliquerait également son exclusion du marché.

Le grief de violation du principe de transparence dans la notation des références était lui aussi infondé. Il n'existait pas d'obligation légale d'annoncer à l'avance la méthode de notation jusque dans les moindres détails. L'AIG était allé bien au-delà des exigences jurisprudentielles puisqu'il avait publié non seulement ses critères et leur poids respectif, mais fait de même pour les sous-critères et sous-sous-critères. Les facteurs d'analyse des références et les notes y relatives définis – de manière précise et égalitaire – par le jury avaient le rang de sous-sous-sous-critères, et il n'y avait pas d'obligation de les communiquer aux candidats, l'énoncé du critère des références étant parfaitement visible. Les atouts pris en compte étaient ainsi expressément mentionnés, et l'on ne pouvait donc être plus clair. La pondération desdits atouts n'était nullement excessive (2 points sur 5), se rapportant à des qualités directement pertinentes pour le marché (ouvrage aéroportuaire ou ferroviaire, travaux en site exploité, nombre important de passagers). A_____ présentait sa propre méthode d'appréciation et cherchait ainsi à se substituer au pouvoir adjudicateur, ce qui n'était pas possible. Elle n'étayait du reste aucunement son affirmation selon laquelle des bonus ne pouvaient jamais se voir accorder plus que 0.5 points sur 5. Enfin, conformément à la jurisprudence, l'AIG n'avait pas à analyser des références supplémentaires, seules deux références ayant été demandées.

S'agissant de la prétendue inaptitude de B2_____ SAS et de M_____ SA en lien avec des sanctions prononcées par la Banque mondiale, de telles mesures ne relevaient pas du périmètre des conditions d'aptitude définies par les CAAC. L'intégrité sociale (protection des travailleurs et égalité des sexes) et fiscale mentionnée dans celles-ci ne concernait que la Suisse, comme en témoignait le renvoi aux listes de l'OCIRT et du SECO. Il n'était pas demandé de preuve de la

probité internationale des candidats. L'appel à l'intégrité morale concernait uniquement le marché en cause, et ne faisait pas référence à des mesures prises par une institution internationale (pour des faits survenus en 2014 et 2015 en S_____ [Europe] et à T_____ [Afrique]) dans le cadre de son propre dispositif de sélection des prestataires. A_____ n'avait pas fait recours contre les CAAC, et n'était donc forclose à s'en plaindre. En vertu de l'art. 2 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), l'IAG ne pouvait prononcer une exclusion de la procédure que pour des manquements commis pendant la procédure d'adjudication. En toute hypothèse, les sanctions prononcées contre les deux sociétés visées ne permettaient pas de retenir la commission de faits suffisamment graves pour prononcer l'exclusion à Genève d'un candidat.

Enfin, l'intérêt public commandait une poursuite rapide du projet, qui avait notamment été retardé pendant la pandémie.

9) Le 25 février 2022, B_____ a conclu au rejet de la demande d'effet suspensif et à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Les sanctions prononcées par la Banque mondiale avaient pour conséquence une participation sous conditions aux projets financés par la Banque mondiale (pour B2_____ SAS) et une interdiction temporaire de participation aux projets financés par la Banque mondiale (pour M_____). Or le marché en cause n'était en rein financé par la Banque mondiale. Aucune des sociétés de leur équipe n'était visée par une mesure figurant à l'art. 42 al. 1 let. f RMP ou dans les CAAC. De plus, B2_____ SAS respectait les conditions qui avaient été posées par la Banque mondiale.

S'agissant de la préimplication d'E_____, il n'y avait, selon une jurisprudence vaudoise, pas de préimplication du seul fait d'avoir participé à une étude de faisabilité. La société précitée était de plus mentionnée au point 2.3.5 des CAAC, et l'étude concernée était disponible sur simple demande. La jurisprudence citée dans le recours concernait un marché public fédéral.

Les critères liés aux références mélangeaient en l'occurrence critères d'aptitude et d'adjudication, ce qui était courant. Les « atouts » contestés étaient mentionnés, et leur prise en compte pour 2 points sur 5 relevaient du pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur. A_____ avait choisi de fournir quatre références d'architecte alors que deux étaient demandées, et ne pouvait reprocher au pouvoir adjudicateur de n'avoir évalué que les deux premières. Il n'était pas démontré que la notation des deux dernières aurait été meilleure que celle des deux premières.

10) Le 25 février 2022, D_____ s'en est rapporté à justice sur la question de l'effet suspensif.

C'était bien la société « D_____ Grands Projets » qui avait soumissionné, même si elle avait indiqué sur la page de garde de son offre elle avait indiqué « D_____ Construction ». cette dernière raison sociale était du reste une holding n'ayant pas d'activité opérationnelle. La raison sociale exacte était toutefois bien indiquée dans son offre, sous la rubrique « coordonnées du candidat ».

11) Le 1er mars 2022, C_____ s'en est aussi rapporté à justice sur la question de l'effet suspensif.

12) Le 15 mars 2022, A_____ a répliqué sur effet suspensif, persistant dans les conclusions et termes de son recours.

La préimplication de F3_____ n'avait été que mineure, car elle avait participé à l'« étude de faisabilité Plateforme CFF », ce qui ne représentait qu'une partie de l'ouvrage mis au concours, l'« étude Plateforme CFF » ayant été réalisée par une autre entreprise, U_____. La plateforme CFF était du restte un volet encore conditionnel. À l'inverse, la participation d'E_____ avait été décisive dans la conception du cœur du projet visé par le MEP, ce que le pouvoir adjudicateur admettait en p. 7 des CAAC, et allait au-delà d'une simple étude de faisabilité. Malgré la mention selon laquelle la personne morale concernée devait être prête à faire la démonstration de son absence d'avantage indu, c'était au pouvoir adjudicateur d'examiner si la préimplication d'E_____ était suffisamment compensée.

Il n'était pas contesté que M. Q_____ fût en charge de la direction de la succursale de R_____. Cela ne contrevenait nullement aux CAAC, qui n'exigeaient pas que les personnes clefs demeurent affectées à leur projet en cours au moment du dépôt des offres tout au long de la procédure de sélection. En l'occurrence, le fait que M. Q_____ ne soit plus engagé sur le chantier de l'aile est de l'aéroport ne changeait rien à sa disponibilité immédiate pour participer au MEP en cas de sélection.

On constatait à l'examen des pièces produites que c'était effectivement « D_____ Grands Projets » qui avait soumissionné, mais les explications des intéressés sur le changement de nom dans la décision n'étaient pas crédibles. Dans la mesure où la décision attaquée se référait aux « noms exacts des candidats sélectionnés » et citait « D_____ Constructions », elle avait retenu un autre candidat que celui qui avait soumissionné. Rectifier cette situation n'était possible que par le biais d'une révocation de la décision attaquée.

L'urgence à poursuivre la procédure évoquée par l'AIG n'était pas telle qu'elle commande de refuser l'effet suspensif, la mise en service visée devant intervenir entre 2027 et 2032. Quoi qu'il en soit, il appartenait à l'AIG de prévoir un délai suffisant pour la protection juridique primaire en cas de recours.

13) Le 17 mars 2022, A_____ a déposé une « réplique spontanée complémentaire ».

Le dossier produit par l'AIG avait révélé deux nouveaux éléments, à savoir l'inaptitude de C_____ ainsi que la notation erronée de l'offre d'A_____.

La référence 1 d'ET présentée par C_____ était celle du « V_____ » de W_____ (Autriche). C_____ avait indiqué dans l'annexe B qu'il s'agissait d'un marché de conception-construction, alors qu'il s'avérait que C_____ GmbH n'avait assumé que la construction dans ce projet, sa plaquette mentionnant un rôle d'entreprise générale et non totale (contrairement à la référence 2 qu'elle invoquait). Or la référence devait impérativement être relative à un marché de conception-construction. Pour la référence 2, le montant des travaux annoncé ne paraissait pas réaliste par rapport aux surfaces mentionnées, ce qui faisait douter de ce que C_____ GmbH ait assumé à la fois la conception et la construction du projet. Des doutes étaient également apparus quant à la notation de la candidature de C_____.

Pour le critère 1.1.1 (référence 1 ET), A_____ avait reçu la note de 3.5. Aucun bonus n'avait ainsi été alloué, alors que la référence « X_____ » portait sur une gare ferroviaire, car une station de métro faisait partie de l'ouvrage. Quant au critère 1.2, la jurisprudence citée par l'AIG précisait uniquement que le pouvoir adjudicateur pouvait ne pas prendre en compte toutes les références présentées, et non qu'il pouvait se contenter des premières. En l'espèce, l'AIG ne les avait pas interpellés sur les deux références à prendre en compte au titre de l'art. 40 al. 1 RMP, alors qu'il avait interpellé B_____ pour lui demander un extrait de registre du commerce pour établir le lien entre une société-mère et sa filiale. Sa note pour le critère 1.1.1 devait ainsi passer de 3.5 à 4, et celle pour le critère 1.2 de 2.5 à 3.5, ce qui la ferait passer en troisième position.

14) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur la question de l'effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

1) Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est prima facie recevable de ces points de vue, en application des art. 15 al. 2 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), 3 al. 1 de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0) et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

2) Aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, en vertu des art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, octroyer cet effet pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.

L'examen de la requête suppose une appréciation prima facie du bien-fondé du recours ; le but est alors de refuser l'effet suspensif au recours manifestement dépourvu de chances de succès, dont le résultat ne fait aucun doute ; inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire mais suppose de constater et de pondérer le risque de préjudice (ATA/217/2021 du 1er mars 2021 consid. 2 ; ATA/1170/2020 du 19 novembre 2020 consid. 3 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zurich 2010, pp. 311-341, p. 317 n. 15).

L'octroi de l'effet suspensif constitue cependant une exception en matière de marchés publics (arrêt du Tribunal fédéral 2D_34/2018 du 17 août 2018 consid. 5.2), et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/1170/2020 précité consid. 3).

3) a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP). Il vise à harmoniser les règles de passation des marchés et à transposer les obligations découlant de l'accord GATT/OMC ainsi que de l'accord entre la communauté européenne et la Confédération suisse (art. 1 al. 2 AIMP). Il poursuit plusieurs objectifs, soit assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. a AIMP), garantir l'égalité de traitement entre ceux-ci et assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 3 let. b AIMP), assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) et permettre l'utilisation parcimonieuse des données publiques (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 let. a et b AIMP).

b. Aux termes de l'art. 24 RMP, l'autorité adjudicatrice choisit des critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché ; elle doit les énoncer clairement et par ordre d'importance au moment de l'appel d'offres.

En vertu de l'art. 43 RMP, l'évaluation des offres dans les procédures visées aux art. 12 à 14 RMP est faite selon les critères prédéfinis conformément à l'art. 24 RMP et énumérés dans l'avis d'appel d'offres et/ou les documents d'appel d'offres (al. 1). Le résultat de l'évaluation des offres fait l'objet d'un tableau comparatif (al. 2). Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant déposé l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix. Outre le prix, les critères suivants peuvent notamment être pris en considération : la qualité, les délais, l'adéquation aux besoins, le service après-vente, l'esthétique, l'organisation, le respect de l'environnement (al. 3).

c. La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 141 II 353 consid. 3). Si elle substitue son pouvoir d'appréciation à celui de l'adjudicateur, l'autorité judiciaire juge en opportunité, ce qui est interdit tant par l'art. 16 al. 2 AIMP (ATF 141 II 14 consid. 2.3 in fine) que par

l'art. 61 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). En outre, pour que le recours soit fondé, il faut encore que le résultat, considéré dans son ensemble, constitue un usage abusif ou excessif du pouvoir d'appréciation (ATF 143 II 120 consid. 7.2).

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

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

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

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

5) Selon la jurisprudence de la chambre de céans, le grief de ne pas avoir pris en compte une troisième référence n'est pas fondé lorsque les documents d'appel d'offres décrit sans ambiguïté les informations qui devaient être mentionnées, en précisant que les références produites, au nombre de deux, devaient concerner des projets exécutés successivement par les personnes en question en précisant le délai de recouvrement maximum qui était toléré ; la recourante, en indiquant trois références, dont les deux premières se chevauchaient pendant plus de six mois, pouvait s'attendre à ce que ces éléments aient un effet négatif sur les notes qui lui seraient attribuées (ATA/1443/2017 du 31 octobre 2017 consid. 8).

6) a. Selon l'art. 2 al. 1 L-AIMP, en cas de violation du droit des marchés publics, pendant la procédure d'adjudication ou l'exécution du contrat, l'autorité adjudicatrice peut infliger les sanctions et/ou ordonner les mesures suivantes : a) l'exclusion de la procédure ; b) la révocation de l'adjudication ; c) une amende administrative pouvant aller jusqu'à 10% du prix total du marché ; d) le rétablissement d'une situation conforme au droit ; la mesure est immédiatement exécutoire. En cas de violation des dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et à l'égalité de traitement entre femmes et hommes, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail peut en outre prononcer à l'encontre des entreprises en infraction les sanctions prévues par la loi sur l'inspection et les relations du travail, du 12 mars 2004 (LIRT – J 1 05 ; art. 2 al. 2 L-AIMP).

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

7) Statuant sur effet suspensif, l'autorité judiciaire peut procéder à un examen sommaire du droit et se contenter d'une analyse juridique globale (arrêt du Tribunal fédéral 2D_34/2018 précité consid. 4.4.1).

8) En l'espèce, et selon un examen prima facie qui prévaut à ce stade, il n'est pas certain que le grief de préimplication d'E_____ soit recevable, les principaux éléments relatifs à cette question étant contenus dans les CAAC. Quoi qu'il en soit, il apparaît à première vue que la société en question a participé à une étude de faisabilité, ce qui n'emporte généralement pas préimplication, et surtout que les CAAC mentionnaient son implication préalable, avec référence à l'étude en cause et à la possibilité d'obtenir celle-ci sur simple que demande, que la recourante n'a toutefois pas formulée.

S'agissant du grief en lien avec les sanctions de la Banque mondiale à l'encontre de deux sociétés associées à B_____, les explications données par le pouvoir adjudicateur apparaissent a priori fondées. On ne voit en effet pas que les CAAC aient pu se référer à une intégrité morale universelle, se référant bien plutôt à d'éventuelles sanctions prononcées en Suisse, et tant le caractère géographiquement et temporellement lointain des faits que la gravité toute relative de la sanction qui y était associée ne plaident pas pour une exclusion de la présente procédure relative aux MEP.

Le maintien du grief lié à la dénomination de l'adjudicataire D_____ n'est prima facie guère de bonne foi, la société ayant soumissionné étant bien « D_____ Grands Projets SA » – la société « D_____ Constructions » n'ayant pas d'activités opérationnelles –, et le principe d'économie de la procédure permettant à l'évidence de se dispenser d'une révocation formelle de la décision attaquée dès lors que ce point est clarifié.

Les exigences légales et jurisprudentielles concernant la publication et la prévisibilité des critères et sous-critères apparaissent par ailleurs, à première vue, remplis s'agissant des critères 1.1 à 1.3 ainsi que 2.2. Si le pouvoir adjudicateur semble effectivement avoir accordé aux « atouts supplémentaires » une forte plus-value en termes de notes, il avait indiqué expressément en quoi ces atouts consistaient – il s'agit du reste d'éléments pertinents au regard du marché –, et il disposait d'un large pouvoir d'appréciation auquel la recourante souhaite à première vue vouloir se substituer sans invoquer de motifs impératifs le lui permettant. Quant au complément de grief avancé dans sa dernière écriture, la note de 3.5 indiquait déjà que la recourante avait reçu un demi-point à titre de bonus, la note de 3 étant attribuée aux soumissionnaires remplissant sans plus toutes les conditions minimales. Dès lors, seule l'instruction au fond de la présente cause permettra de vérifier si cette note de 3.5 était justifiée ou devait encore être rehaussée d'un demi-point. Quant à la présentation de trois références pour le critère 1.2, la jurisprudence citée par le pouvoir adjudicateur et rappelée ci-dessus semble plutôt aller, prima facie, dans le sens d'un rejet du grief, étant rappelé le principe d'intangibilité des offres et le

caractère très clair sur ce point des CAAC, que la recourante a en toute connaissance de cause choisi de ne pas respecter en présentant trois références au lieu de deux.

Enfin, le grief présenté dans la réplique complémentaire en lien avec l'exclusion de l'adjudicataire C_____ pose a priori un problème sérieux de recevabilité, le recours ne contenant aucune conclusion tendant à l'éviction de cet adjudicataire, et les conclusions nouvelles prises après l'échéance du délai de recours étant irrecevables en procédure administrative genevoise (ATA/1270/2021 du 23 novembre 2021 consid. 2a et les arrêts cités) – la conclusion tendant à la sélection de la recourante ne saurait a priori pallier l'absence de conclusion spécifique à l'éviction d'un adjudicataire, puisque seuls les griefs ayant pour conséquence d'améliorer sa propre notation seraient propres à y donner suite.

Les chances de succès du recours apparaissent ainsi insuffisantes en l'état pour octroyer l'effet suspensif, étant rappelé que l'absence d'un tel effet au recours constitue la règle en matière de marchés publics. Point n'est besoin dès lors d'examiner s'il existe un intérêt public ou privé prépondérant à l'exécution immédiate du marché.

9) Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse d'octroyer l'effet suspensif au recours ;

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

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

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

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

si elle soulève une question juridique de principe ;

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

le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral,

1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi ;

communique la présente décision à Me Théo Meylan, avocat de la recourante, à Me Nicolas Wisard, avocat de l'Aéroport international de Genève, à Mes Amanda Burnand Sulmoni et Yves Jeanrenaud, avocats de B1_____ SA et B2_____, à Me Pierre-Alexandre SCHLAEPPI, avocat du consortium C_____, ainsi qu'à Me Jean-Yves Rebord, avocat de D_____ Grands Projets.

Le vice-président :

C. Mascotto

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :