RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/444/2022-MARPU **ATA/1162/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 16 novembre 2022

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 SAS
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) Pour être admises à soumissionner, 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 être un mandataire externe à l'ET.

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

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

- « D_____ » (recte : « D_____ Grands Projets SA » ; ci-après : D_____), ET, les architectes étant H_____ AG et I_____ Sàrl, et le bureau d'ingénierie aéroportuaire J_____ SAS ;

- B1_____ SA (pilote) et B2_____ SAS (ci-après : B_____), ET, les architectes étant K_____ 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.

5) 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 B1_____ et à la sélection de la sienne propre, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Parmi d'autres arguments, il était soulevé que la décision de sélection de B1_____ devait être révoquée, car tant B2_____ SAS que M_____ SA étaient sous le coup de sanctions de la Banque mondiale. De plus, K_____ 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) Dans une « réplique spontanée complémentaire » du 17 mars 2022, A_____ a soulevé deux nouveaux éléments, à savoir l'inaptitude de C_____ – en lien avec les références présentées par cette dernière – ainsi que la notation erronée de sa propre offre et de celle de C_____.

7) Par décision du 1er avril 2022 (ATA/337/2022), la présidence de la chambre administrative a refusé d'octroyer l'effet suspensif au recours et réservé le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond.

Il n'était pas certain que le grief de préimplication de K_____ soit recevable. S'agissant du grief en lien avec les sanctions de la Banque mondiale à l'encontre de deux sociétés associées à B1_____, les explications données par le pouvoir adjudicateur apparaissaient a priori fondées. Le maintien du grief lié à la dénomination de l'adjudicataire D_____ n'était prima facie guère de bonne foi, la société ayant soumissionné étant bien « D_____ Grands Projets SA ».

Les exigences légales et jurisprudentielles concernant la publication et la prévisibilité des critères et sous-critères apparaissaient par ailleurs, à première vue, remplis. Enfin, le grief présenté dans la réplique complémentaire en lien avec l'exclusion de l'adjudicataire C_____ posait 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.

8) Les parties se sont prononcées sur le fond du recours, ayant pour ce faire un délai au 8 avril 2022.

9) La procédure a dans un premier temps été gardée à juger le 22 juin 2022, après que les parties se furent vu donner un délai pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, que l'AIG eut communiqué une écriture spontanée et qu'un délai final fut donné aux autres parties pour exercer éventuellement leur droit à la réplique.

10) Par courrier du 19 août 2022, l'AIG a confirmé l'information selon laquelle C_____ avait décidé de se retirer du processus en ne participant pas plus avant au MEP. L'AIG entendait en tirer les conséquences et informerait la chambre administrative.

11) Le 1er septembre 2022, l'AIG a communiqué les nouvelles décisions rendues, qui entérinait la sélection de A_____ en lieu et place de C_____. Ces décisions avaient été notifiées aux parties concernées le 31 août 2022. A_____ avait ainsi perdu tout intérêt à recourir, et la cause devait être rayée du rôle. Dans la mesure où l'attitude de C_____ équivalait à un acquiescement aux conclusions du recours, les frais et dépens de la procédure devaient être mis à sa charge, étant précisé que l'AIG ne réclamait pas d'indemnité.

12) Le 2 septembre 2022, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 16 septembre 2022 pour se déterminer sur les frais et indemnités et, le cas échéant, sur la perte d'objet du recours.

13) Le 12 septembre 2022, D_____ s'en est rapportée à justice quant à l'opportunité de rayer l'affaire du rôle ainsi que sur la répartition des frais de justice induits par le recours, étant précisé que ceux-ci ne pouvaient être mis à sa charge, n'étant à l'origine ni du recours ni du fait qu'il devienne a priori sans objet.

Ses honoraires d'avocat s'élevaient à environ CHF 9'000.- correspondant à vingt heures de travail pour l'examen des très nombreux documents produits, la prise de connaissance des nombreuses écritures, les déterminations sur effet suspensif et sur le fond et les autres prises de position.

14) Le 15 septembre 2022, C_____ s'est déterminé sans prendre de conclusions ni se référer expressément à des conclusions prises antérieurement.

Elle insistait sur le fait que sa décision de se retirer du MEP ne concernait en rien la première phase objet du recours, mais la deuxième phase du projet dont les conditions avaient changé. Elle n'avait à aucun moment adhéré aux conclusions de la recourante et avait conclu à leur rejet.

Par ailleurs, la révocation complète de la décision du 24 janvier 2022 était un choix unilatéral que l'AIG devait assumer. Il pouvait en effet selon les conditions de l'appel d'offres se limiter à ne garder que deux équipes soumissionnaires, ou rendre une décision complémentaire se limitant à intégrer A_____ en complément aux deux groupes déjà désignés.

15) Le 16 septembre 2022, B1_____ s'est déterminé sans prendre de conclusions ni se référer expressément à des conclusions prises antérieurement.

Elle était d'avis que la procédure était devenue sans objet. Les dépens de la procédure devraient néanmoins tenir compte de la décision sur effet suspensif ayant débouté la recourante et devant dès lors rester pleinement à la charge de celle-ci.

16) Le 16 septembre 2022, A_____ a conclu à ce que les frais et dépens soient mis à la charge de C_____.

En l'espèce, l'issue probable de la procédure ne pouvait être déterminée sans plus ample instruction, la décision sur effet suspensif ayant été rendue sur la base d'une analyse sommaire. Les frais et dépens devaient dès lors être mis à la charge de la partie chez laquelle étaient intervenues les causes ayant rendu la procédure sans objet, soit C_____.

17) Sur ce, la cause a été gardée à juger.

Considérant, en droit, que :

1) Aux termes de l'art. 60 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), ont qualité pour recourir toutes les personnes qui sont touchées directement par une décision et ont un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée.

Selon la jurisprudence, le recourant doit avoir un intérêt pratique à l'admission du recours, soit que cette admission soit propre à lui procurer un avantage, de nature économique, matérielle ou idéale (ATF 138 II 162 consid. 2.1.2 ; ATA/1272/2017 du 12 septembre 2017 consid. 2b). L'existence d'un intérêt actuel s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours (ATF 137 I 296 consid. 4.2 ; 136 II 101 consid. 1.1) ; si l'intérêt s'éteint pendant la procédure, le recours, devenu sans objet, doit être simplement radié du rôle (ATF 125 V 373 consid. 1) ou déclaré irrecevable (ATF 123 II 285 consid. 4 ; ATA/322/2016 du 19 avril 2016 ; ATA/308/2016 du 12 avril 2016).

2) En l'espèce, la recourante a conclu dans son recours, à titre principal, à l'annulation de la décision attaquée, à l'exclusion de l'offre de B1_____ et à la sélection de la sienne propre. Il résulte des circonstances décrites ci-dessus que l'adjudicateur a finalement, à la suite de la renonciation de l'un des adjudicataires à poursuivre le MEP, annulé la décision attaquée et retenu l'offre déposée par la recourante.

La conclusion en éviction d'un autre adjudicataire étant à l'évidence un objectif intermédiaire et un préalable à sa propre sélection, il en résulte que le recours est devenu sans objet, ce qui n'est du reste pas contesté par la recourante. La cause sera dès lors rayée du rôle.

3) a. La juridiction administrative qui rend la décision statue sur les frais de procédure et émoluments (art. 87 al. 1 LPA). La chambre administrative peut, sur requête, allouer à la partie ayant eu entièrement ou partiellement gain de cause, une indemnité pour les frais indispensables causés par le recours (art. 87 al. 2 LPA). En dépit de sa formulation potestative, l'art. 87 al. 2 LPA confère aux parties un véritable droit à l'allocation de dépens (arrêts du Tribunal fédéral 2C_479/2022 du 16 août 2022 consid. 3.2 ; 2C_1010/2021 du 17 décembre 2021 consid. 8.2).

b. La juridiction concernée statue sur les frais de procédure, indemnités et émoluments dans les limites établies par règlement du Conseil d'État et conformément au principe de la proportionnalité (art. 87 al. 1 et 3 LPA ; ATA/446/2022 du 27 avril 2022 consid. 3a). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les décisions des tribunaux en matière de frais et dépens n'ont pas à être motivées, l'autorité restant néanmoins liée par le principe général de l'interdiction de l'arbitraire (ATF 114 Ia 332 consid. 2b ; 111 Ia 1).

c. L'art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03), intitulé « indemnité », prévoit que la juridiction peut allouer à une partie, pour les frais indispensables occasionnés par la procédure, y compris les honoraires éventuels d'un mandataire, une indemnité de CHF 200.- à CHF 10'000.-. La juridiction saisie dispose d'un large pouvoir d'appréciation également quant à la quotité de l'indemnité allouée et, de jurisprudence constante, celle-ci ne constitue qu'une participation aux honoraires d'avocat (ATA/334/2018 du 10 avril 2018 ; ATA/1484/2017 du 14 novembre 2017), ce qui résulte aussi, implicitement, de l'art. 6 RFPA dès lors que ce dernier plafonne l'indemnité à CHF 10'000.-. La garantie de la propriété (art. 26 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101) n'impose nullement une pleine compensation du coût de la défense de la partie victorieuse (arrêt du Tribunal fédéral 2C_152/2010 du 24 août 2010).

d. La fixation des dépens implique une appréciation consciencieuse des critères qui découlent de l'esprit et du but de la réglementation légale (ATF 107 Ia 202 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_35/2016 du 21 avril 2017 consid. 5). Elle s'effectue en fonction des circonstances particulières de chaque cas d'espèce, tenant compte notamment de la nature et de l'importance de la cause, du temps utile que l'avocat lui a consacré, de la qualité de son travail, du nombre d'audiences auxquelles il a pris part, des opérations effectuées et du résultat obtenu (ATF 122 I 1 consid. 3a ; arrêts du Tribunal fédéral 2D_35/2016 précité consid. 6.2 ; 2C_825/2016 du 6 février 2017 consid. 3.1).

e. Dans un cas d'assurances sociales où il s'est référé aux dispositions du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272), le Tribunal fédéral a jugé que le tribunal pouvait s'écarter des principes de répartition selon l'art. 106 CPC (mise à la charge de la partie qui succombe, principe également valable en procédure administrative genevoise, ATA/779/2022 du 9 août 2022 consid. 2c) et répartir les frais judiciaires selon son appréciation si la procédure était classée sans objet et que la loi n'en disposait pas autrement. Pour la répartition des frais, il convenait de tenir compte, selon la situation du cas d'espèce, de la partie qui avait donné lieu à l'action, de l'issue présumée du procès, de la partie chez laquelle s'étaient produits les motifs qui avaient conduit à ce que le procès soit devenu sans objet et de la partie qui avait occasionné des frais inutiles. Le Tribunal fédéral lui-même, dans les procédures devenues sans objet chez lui et à base juridique équivalente (art. 71 de la la loi

fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 - LTF-RS 173.110) en relation avec l'art. 72 de la loi fédérale de pcodéure civile fédérale (PCF - RS 273), se basait en premier lieu sur l'issue présumée du procès en ce qui concerne la charge des frais. Il ne s'agissait pas d'examiner en détail les perspectives de procès et de provoquer ainsi des tracasseries supplémentaires, mais plutôt de se contenter d'une appréciation succincte et sommaire de la situation du dossier, un jugement matériel ne devant pas être rendu par le biais de la décision sur les frais (ATF 142 V 551 consid. 8.2).

4) En l'espèce, la recourante n'a pas retiré son recours, si bien qu'il n'y a pas lieu de renoncer à la perception d'un émolument. Ce dernier sera en revanche limité à la procédure sur effet suspensif, qui est allée jusqu'à son terme. Un émolument de CHF 1'300.- sera ainsi mis à la charge de la recourante, qui a succombé sur ce point, au vu notamment de l'ampleur du travail fourni.

S'agissant des dépens, dans la mesure où les circonstances ont changé entre le premier échange d'écritures et l'issue de la procédure, et où les parties ont été invitées à se déterminer spécifiquement sur la question des frais et des indemnités en fin de procédure, il sera tenu compte principalement de leurs dernières écritures à ce sujet.

L'AIG, C_____ et la recourante n'ont pas sollicité d'indemnité de procédure, au contraire de D_____ et de B1_____. Contrairement à ce que soutient la recourante, point n'est besoin de compléter l'instruction pour se déterminer – sommairement – sur les chances de succès du recours, et l'on peut ainsi reprendre l'analyse faite à ce sujet dans la décision sur effet suspensif, à savoir au final que lesdites chances de succès n'étaient à tout le moins pas prépondérantes. On peut toutefois aussi prendre en compte que le recours est devenu sans objet en raison du désistement de C_____, qui a eu lieu après même la clôture de la procédure ; à cet égard, on ne saurait retenir que l'AIG est responsable du fait que la procédure soit devenue sans objet, ayant dû au contraire adapter ses décisions aux circonstances. Il convient ainsi que la recourante et C_____ prennent en charge la moitié des indemnités de procédure qui doivent être allouées à D_____ et B1_____.

En sus de la prise de connaissance des assez nombreuses écritures figurant au dossier, D_____ et B1_____ ont toutes deux produit une réponse sur effet suspensif et une réponse sur le fond, les écritures de B1_____ étant toutefois moins succinctes ; étant précisé qu'il ne sera pas tenu compte des dernières écritures uniquement consacrées, précisément, à la question du sort des frais et indemnités. Il se justifie donc d'allouer à D_____ une indemnité de CHF 1'800.- et au consortium B_____ une indemnité légèrement plus élevée de CHF 2'200.-, étant rappelé que selon la jurisprudence constante ces indemnités ne constituent qu'une participation forfaitaire aux frais encourus pour leur défense, et en particulier des honoraires d'avocat.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

raye la cause du rôle ;

met à la charge de A_____ SA un émolument de CHF 1'300.- ;

alloue au consortium B_____ une indemnité de procédure de CHF 2'200.-, à la charge pour moitié de A_____ SA et pour moitié, solidairement, de C_____ AG et C_____ GmbH ;

alloue à D_____ Grands Projets SAS une indemnité de procédure de CHF 1'800.-, à la charge pour moitié de A_____ SA et pour moitié, solidairement, de C_____ AG et C_____ GmbH ;

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 A_____ SA, 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 Jean-Yves Rebord, avocat de D_____ Grands Projets SAS ainsi qu'à Me Pierre-Alexandre Schlaeppi, avocat de C_____ AG et C_____GmbH.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :	le juge délégué :
Christine Ravier	Jean-Marc Verniory

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le	la greffière :