

## **GE\_GERICHTE ATA/1064/2017 vom 5. Juli 2017**

GE Cour de justice, 2017-07-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_1064\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1064_2017)

FR: GE\_GERICHTE ATA/1064/2017 du 5 juillet 2017

IT: GE\_GERICHTE ATA/1064/2017 del 5 luglio 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

11) Les 11 et 12 avril 2017, un échange de courriels infructueux est intervenu entre le consortium Martin puis son avocat, d'une part et, d'autre part, les TPG sur l'accès au dossier d'adjudication et en particulier la consultation de l'offre adjudicataire, ainsi que sur une proposition d'entrevue des seconds au premier. 12) Par acte du 18 avril 2017, le consortium Martin a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision d'adjudication précitée, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours, et à ce qu'il soit fait interdiction aux TPG de conclure ou permettre au consortium Constantin de débiter les travaux d'installations sanitaires, et, à titre principal, à l'annulation de la décision attaquée et à ce que le marché litigieux lui soit attribué. Il concluait à l'allocation d'une indemnité de procédure.

La décision violait l'art. 31 al. 1 let. b du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), à teneur duquel les mandataires qui assistaient l'autorité adjudicatrice dans l'organisation de la procédure d'appel d'offres ou l'établissement des documents d'appel d'offres ne pouvaient présenter d'offre, dès lors que M. BERNARD avait participé à l'élaboration des plans sanitaires et de l'appel d'offres en tant qu'employé de Rigot+Rieben et qu'il avait rejoint Tapernoux SA à une époque concomitante avec l'émission de l'appel d'offres. Les TPG n'avaient pas réagi à cette situation et avaient attribué le marché au consortium auquel participait le nouvel employeur de M. BERNARD. Ce consortium avait bénéficié d'un avantage indu non seulement au titre de l'élaboration du prix mais également sur le plan technique. La garantie de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires avait été gravement violée.

Le recours apparaissait d'emblée suffisamment fondé et le marché était important sur le plan financier, de sorte que la violation de la loi causait un préjudice considérable au consortium dont l'offre avait été indûment écartée. 13) Le 20 avril 2017, le juge délégué a appelé en cause le consortium Constantin, et fait interdiction aux TPG de conclure le contrat avec l'adjudicataire jusqu'à ce qu'il soit statué sur la question de l'effet suspensif. 14) Le 5 mai 2017, les TPG ont conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif. Les pièces confidentielles, notamment l'offre du consortium Constantin, le rapport d'évaluation et le PV d'audition du consortium précité du

#### **E. 4**

avril 2017, devaient être soustraites à la consultation du consortium Martin. Celui-ci devait être astreint au versement de sûretés s'élevant à CHF 1'008'000.- dans le délai de deux semaines à compter de la notification de la décision sur effet

- 6/13 - A/1421/2017 suspensif, à défaut de quoi, l'interdiction de conclure le contrat prononcée le 20 avril 2017 par la chambre de céans deviendrait caduque. La demande de restitution d'effet suspensif devait être rejetée, la mesure provisionnelle d'interdiction de conclusion du contrat levée et le sort des frais et des indemnités de procédure réservé au fond. Enfin, en tout état, les TPG devaient être autorisés à faire réaliser sans délai, pour des raisons de sécurité, les travaux de mise hors d'eau de l'ouvrage en cours de construction compris dans le marché querellé, travaux d'une valeur de l'ordre de CHF 150'000.-.

Le recours était dénué de toute chance de succès, dès lors qu'il était fondé sur le seul fait que M. BERNARD, qui travaillait effectivement pour un des mandataires des TPG, avait changé d'emploi pour rejoindre une des entreprises du consortium adjudicataire. Toutefois, ce changement n'était intervenu que plus d'un mois et demi après le dépôt de l'offre dudit consortium et il n'avait pas participé à l'élaboration de celle-ci. Au moment du dépôt de son offre, le consortium Constantin ne se trouvait pas en situation d'incompatibilité visée par l'art. 31 al. 1 let. b RMP et ne l'était pas devenu par la suite.

L'intérêt public à l'exécution des travaux était évident. Le projet querellé visait à permettre aux TPG d'améliorer leur offre en matière de transports publics. La réalisation du CMS permettrait en outre de libérer partiellement la pointe de la Jonction et de la restituer à la collectivité. Le coût de l'ouvrage était considérable, soit CHF 310'000'000.- hors taxes et hors renchérissement, les intérêts intercalaires s'élevant à CHF 252'000.- par mois.

Dès lors que l'effet suspensif avait été, de manière provisionnelle, accordé au recours, son auteur devrait être astreint à des sûretés qui tiennent compte de ce que le seul écoulement du temps était susceptible de provoquer un préjudice supérieur, s'accroissant chaque mois de plusieurs centaines de milliers de francs. Le montant de CHF 1'008'000.- correspondait à quatre mois d'intérêts intercalaires. 15) Le 5 mai 2017, le consortium Constantin a conclu à ce que l'effet suspensif soit refusé au consortium Constantin.

Le recours, qui ne reposait que sur des suppositions, n'avait aucune chance de succès. M. BERNARD avait travaillé pour Rigot+Rieben jusqu'au 30 novembre 2016. Antérieurement à l'ouverture des offres, il avait appris que son futur employeur avait soumissionné. Il s'était aussitôt retiré du dossier pour éviter tout conflit d'intérêts. Il n'avait pas pris part à l'élaboration de l'offre du consortium Constantin. Il y avait en outre un intérêt public prépondérant à ce que les travaux faisant l'objet du marché puissent commencer. 16) Par réplique du 16 mai 2017, le consortium Martin a persisté dans ses conclusions.

- 7/13 - A/1421/2017

L'accès à l'appel d'offres en ligne sur la plate-forme SIMAP avait été ouvert le 30 août 2016. M. BERNARD faisait partie des mandataires pouvant répondre aux questions des candidats soumissionnaires et pouvait connaître le nom des entreprises intéressées à soumissionner dès leur inscription sur la plate-forme. Durant tout le processus préalable au dépôt de l'offre, il avait caché aux TPG qu'il s'était engagé le 25 août 2016 en faveur d'une entreprise intéressée à soumissionner. Son courriel du 25 octobre 2016 était une tentative maladroite, puisque faisant référence à l'ouverture des offres qui n'était pas encore intervenue, de faire croire qu'il venait de découvrir l'intérêt de son futur employeur à soumissionner.

Il ne s'opposait pas à l'exécution des travaux urgents requis par les TPG. Les autres travaux, quant à eux, ne devaient être exécutés que dans plusieurs mois.

La demande de sûretés de ceux-ci devait être refusée, étant sans fondement et exorbitante. 17) Le 23 mai 2017, le consortium Constantin a sollicité de pouvoir répondre à la détermination susmentionnée, ce qui lui a été accordé, avec un bref délai pour ce faire. 18) Le 24 mai 2017, statuant sur mesures provisionnelles, le président de la chambre administrative a autorisé les TPG à entreprendre les travaux indispensables à la mise hors d'eau de la partie de l'ouvrage dont les travaux de gros œuvre étaient achevés, estimés à CHF 150'000.-, en leur faisant interdiction d'en confier la réalisation aux consortiums parties à la présente procédure. Il leur était en outre fait obligation de verser le descriptif desdits travaux à la procédure. 19) Le 29 mai 2017, le consortium Constantin a contesté l'argumentation développée par le consortium Martin en relation avec la plate-forme SIMAP, relevant que M. BERNARD n'avait pas les droits d'administrateur lui donnant accès à l'identité des entreprises intéressées à soumissionner. C'était ainsi à réception des offres, après le 18 octobre 2016, qu'il avait pu se rendre compte que l'entreprise Tapernoux SA avait soumissionné. Il s'était aussitôt retiré. 20) Le 6 juin 2017, le consortium Martin a exercé son droit à la réplique. Sur la plate-forme SIMAP, M. BERNARD avait accès à la page des questions-réponses des différentes entreprises intéressées à soumissionner et, par là-même, à leur identité. 21) Le 9 juin 2017, les dernières écritures ont été transmises aux parties et celles-ci ont été informées que la cause était gardée à juger sur effet suspensif, sans nouvel échange d'écritures et sans admission d'écritures spontanées. 22) Le 16 juin 2017, le juge délégué a retourné au consortium Constantin une écriture spontanée.

- 8/13 - A/1421/2017 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 RMP. 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, restituer 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/446/2017 du 24 avril 2017 consid. 2 ; ATA/62/2017 du 23 janvier 2017 consid. 2 ; ATA/793/2015 du 5 août 2015 consid. 2 ; ATA/701/2013 du 22 octobre 2013 consid. 2 ; 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).

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/446/2017 précité consid. 2 ; ATA/62/2017 précité consid. 2 ; ATA/793/2015 précité consid. 2 ; ATA/60/2013 du 30 janvier 2013 consid. 5). 3) a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (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 données publiques (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).

b. Le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires tout au long du déroulement formel de la procédure (art. 16 RMP ; ATA/1005/2016 du 29 novembre 2016 consid. 3 ; ATA/51/2015 du 13 janvier 2015 et jurisprudence citée ;

- 9/13 - A/1421/2017 Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 109 ; Benoît BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics in RDAF 2004, p. 241).

c. Dans le canton de Genève, la procédure ouverte est une procédure publique à laquelle peuvent participer tous les intéressés. Aux termes de l'art. 12 RMP, les offres sont évaluées en fonction des critères d'aptitude, au sens de l'art. 33 RMP, et des critères d'adjudication, au sens de l'art. 43 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 (art. 24 RMP).

Avant de pouvoir participer à l'évaluation, un concurrent doit respecter les « conditions pour être admis à soumissionner » définies aux art. 31 à 33 composant le chapitre III du RMP. Il ne doit pas se trouver dans une situation d'incompatibilité énoncée à l'art. 31 RMP, établir qu'il remplit les conditions de participation en produisant les attestations de respect de la législation et des usages énoncés à l'art. 32 RMP et remplir les critères d'aptitude de l'art. 33 RMP. À teneur de cette dernière disposition, l'autorité adjudicatrice peut exiger des soumissionnaires des justificatifs attestant leur capacité sur les plans financier, économique, technique, organisationnel et du respect des composantes du développement durable. Suit une liste exemplative de documents (art. 33 RMP).

Aux termes de l'art. 42 al. 1 let. a RMP, l'offre est écartée d'office lorsque, notamment, le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non conforme aux exigences ou au cahier des charges (let. a) ou qu'il ne répond pas ou plus aux conditions pour être admis à soumissionner (let. b). Les offres écartées ne sont pas évaluées. L'autorité adjudicatrice rend une décision d'exclusion motivée, notifiée par courrier à l'intéressé, avec mention des voies de recours (art. 42 al. 3 RMP).

d. Le principe d'intangibilité des offres interdisant la modification de celles-ci après l'échéance du délai de dépôt découle de l'art. 11 let. c AIMP qui proscrit les négociations entre l'entité adjudicatrice et les soumissionnaires (Etienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p 222 n. 354). Il est également lié à la nécessité d'assurer l'égalité de traitement entre soumissionnaires (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_197/2010 du 30 avril 2010, consid. 6.1). Toutefois, l'autorité adjudicatrice est en droit de rectifier d'office les erreurs évidentes de calcul et d'écriture (art. 39 al. 2 RMP). En outre, elle peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre (art. 40 RMP). Néanmoins, elle ne saurait toutefois par ce biais porter atteinte aux principes d'intangibilité des offres et d'égalité de traitement entre soumissionnaires qui limitent le droit de procéder à des corrections ou requêtes de précisions après le dépôt des offres (arrêt du Tribunal

fédéral 2C\_197/2010 précité).

- 10/13 - A/1421/2017 4)

En l'espèce, le recourant met en substance en cause la régularité du processus d'adjudication du marché querellé en raison du fait que l'ingénieur sanitaire responsable pour le compte de l'entreprise en charge de la direction spécialisée sanitaire du projet avait quitté cet employeur pour entrer au service d'une des entreprises du consortium adjudicataire à une période concomitante au processus d'appel d'offres.

À cet égard, prima facie et sur la base des documents produits par les parties, il y a lieu de retenir les éléments suivants : a. M. BERNARD a signé le contrat le liant à Tapernoux SA le 25 août 2016 et a démissionné de son poste le 26 août 2016, avec effet au 30 novembre 2016, étant précisé que le nouvel employeur versait à Rigot+Rieben un montant de plus de CHF 23'000.- au titre de frais de formation de M. BERNARD.

Dans le cours ordinaire des choses, la signature d'un tel contrat est le terme d'un processus de négociation. Le montant, non négligeable, des frais de formation, à ce stade non spécifiés, de M. BERNARD a été établi au moins trois mois auparavant, lors d'une séance du mois de mai 2016, dont les participants ne sont en l'état pas connus. On ne peut ainsi exclure que Tapernoux SA n'y ait pas été représentée ou, à tout le moins, qu'elle n'ait pas été associée à la détermination du montant finalement retenu, étant précisé que la lettre de démission de M. BERNARD comporte une correction manuscrite du chiffre en question. b. Le 30 août 2016, l'appel d'offres pour le lot 13 – CFC 25 installations sanitaires du CMS « En Chardon » a été publié sur la plate-forme SIMAP et dans la FAO. Les documents d'appel d'offres mentionnaient les rôles et responsabilités de Rigot+Rieben et de M. BERNARD dans le cadre du projet. La société Tapernoux SA a eu connaissance de cet état de fait à tout le moins lors qu'elle a pris connaissance de ce document. Elle savait ainsi que le précité était susceptible d'être son interlocuteur en cas de questions sur la plate-forme SIMAP. Ce nonobstant, il n'apparaît pas qu'elle se soit manifestée auprès de M. BERNARD, ni auprès de l'autre société du consortium, ni auprès du Tram's, ni auprès des TPG, alors même que, dans l'appréciation la plus favorable, la situation pouvait susciter d'entrée de cause des interrogations sous l'angle de l'égalité de traitement entre soumissionnaires. c. Le 18 octobre 2016, les deux consortiums ont déposé leur offre respective. d. Le 25 octobre 2016, M. BERNARD a informé le Tram's qu'à l'ouverture des offres, il s'était aperçu que son futur employeur avait soumissionné et qu'en conséquence, il ne procéderait pas à l'évaluation des offres pour la partie sanitaire.

Dans son courriel du même jour aux TPG, le Tram's indique, après avoir rappelé qu'il les avait informés quelques temps auparavant du départ de

- 11/13 - A/1421/2017 M. BERNARD, que ce dernier avait été retiré de l'analyse des offres du lot sanitaire pour éviter tout conflit d'intérêts avec son futur employeur. Ni son nom, ni sa qualité de soumissionnaire ne sont mentionnées. Cela ne permet pas d'exclure que l'un et l'autre aient été connus de plusieurs participants au processus d'adjudication avant le dépôt des offres.

Par ailleurs, s'il est indiqué que M. BERNARD avait été retiré de l'analyse des offres sanitaires, il n'apparaît en l'état nulle part qu'il ait été formellement complètement écarté du processus qui s'est terminé le 6 avril 2017, et aucune information n'a été faite aux soumissionnaires à ce sujet. e. Selon le procès-verbal d'ouverture publique des offres,

celle-ci a eu lieu le 18 novembre 2016. Elle ne devait au demeurant pas être publique selon la teneur de l'appel d'offres tel que publié.

Il est pour le moins étonnant que M. BERNARD, sans être repris par ses interlocuteurs, ait fait expressément référence le 25 octobre 2016 à une phase du processus qui allait intervenir trois semaines plus tard. f. Les TPG ont communiqué à la chambre de céans le dossier de l'offre du consortium Constantin. Force est de constater que le document transmis n'est pas complet, puisqu'il manque en particulier l'annexe R8 (répartition des tâches et des responsabilités), soit la présentation de l'organisation prévue pour l'exécution du marché. Il n'est ainsi pas possible à ce stade de vérifier si la participation de M. BERNARD était déjà prévue en octobre 2016, l'intéressé ayant par ailleurs été présenté, lors de l'audition du consortium Constantin par le comité d'évaluation le 14 mars 2017, pour le marché comme responsable technique/plan de montage dans l'organisation envisagée. 5)

Au vu de la chronologie et des incertitudes soulevées ci-dessus, il n'est pas possible, à ce stade de la procédure, d'exclure que les circonstances du passage de M. BERNARD de Rigot+Rieben à Tapernoux SA aient eu un lien avec le marché en cause et un impact dans le processus d'adjudication, cela en violation des règles garantissant l'égalité de traitement entre soumissionnaires et celles visant à assurer l'impartialité de l'adjudication comme de celles destinées à assurer la transparence des procédures de passation des marchés.

S'il existe un intérêt public important à ce que les travaux puissent être exécutés dans les meilleurs délais, l'intérêt public au respect des règles essentielles en matière d'attribution d'un marché public apparaît prépondérant.

Les chances de succès du recours apparaissent ainsi, à première vue, suffisantes pour permettre à la chambre de céans d'octroyer l'effet suspensif au recours.

- 12/13 - A/1421/2017 6)

Il n'est pas nécessaire de statuer, en l'état de la procédure, sur la demande de conserver confidentielles certaines pièces étant rappelé qu'en application de l'art. 45 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), une pièce dont la consultation est refusée à une partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué par écrit le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de proposer les contre-preuves. 7)

Il n'y a pas lieu d'ordonner des sûretés (art. 17 al. 3 AIMP). En effet, celles-ci ne peuvent en l'état que tendre à garantir les frais de procédure et une éventuelle indemnité de dépens et les développements qui précèdent permettent prima facie de ne pas considérer comme abusive la démarche du recourant.

Pour le surplus, les TPG ne produisent aucune pièce permettant de démontrer le coût allégué des intérêts intercalaires, ni le fait que seul le présent recours serait susceptible d'entraîner un retard général. 8)

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

Vu l'art. 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ;

vu l'art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010 ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE restitue l'effet suspensif au recours ; refuse d'ordonner des sûretés ; 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 ; 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 ;

- 13/13 - A/1421/2017 communique la présente décision, en copie, à Me Bastien Geiger, avocat du consortium Martin Sanitaires SA et Despraz SA, à Me Bertrand Reich, avocat des Transports publics genevois, ainsi qu'à Mes François Canonica et Jeremy Carrat, avocats du consortium Georges Constantin SA et Tapernoux SA, appelé en cause.

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.