

## **GE\_GERICHTE ATA/265/2022 vom 15. März 2022**

GE Cour de justice, 2022-03-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_265\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_265_2022)

FR: GE\_GERICHTE ATA/265/2022 du 15 mars 2022

IT: GE\_GERICHTE ATA/265/2022 del 15 marzo 2022

### **Regeste**

Résumé: S'il est vrai que l'adjudicataire a réalisé une étude pour l'autorité intimée deux ans avant le lancement du marché public, elle n'a toutefois pas bénéficié d'informations privilégiées dans ce domaine ou d'un avantage concurrentiel à ce propos. Les plans en cause ont été communiqués dans le dossier d'appel d'offres, de sorte que la recourante en a aussi bénéficié. Absence de préimplication de l'adjudicataire dans le processus d'appel d'offres. L'autorité intimée aurait néanmoins dû indiquer que l'appelée en cause était l'auteure des plans en cause et les motifs lui permettant de présenter une offre. Violation du principe de la transparence et de l'égalité de traitement entre soumissionnaires. Décision d'adjudication illicite. Indemnité à titre de dommages-intérêts limitée aux dépenses subies en relation avec la procédure de soumission et de recours. Recours partiellement admis.

### **Erwägungen**

#### **E. 25**

septembre 2017 consid. 3.1.5 ; Christoph JÄGER, Direkte und indirekte Vorbefassung im Vergabeverfahren, DC 1/2011 p. 4 ss, not. p. 5). Une telle préimplication est susceptible de porter atteinte au principe de l'égalité de traitement entre concurrents ; le soumissionnaire se trouvant dans une telle situation peut en effet être tenté d'influencer le pouvoir adjudicateur en ce sens que le nouveau marché soit configuré en fonction de son produit ou de sa prestation ; il peut aussi mettre à profit les connaissances acquises durant la préparation de la procédure de passation ou encore tenter d'influencer le pouvoir adjudicateur en se servant des contacts établis avec les personnes (arrêt du Tribunal fédéral 2P.164/2004 précité consid. 3.1 ; Peter GALLI/André MOSER/Elisabeth LANG/Marc STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3ème éd., Zurich 2013, n. 1043 s.). Le soumissionnaire préimpliqué est en outre privilégié par rapport aux autres candidats, dans la

- 12/20 - A/3769/2021 mesure où il bénéficie de meilleures connaissances du projet et par le fait qu'il dispose de plus de temps pour établir son offre (Denis ESSEIVA in DC 2/2007 S9).

Selon la jurisprudence, la préimplication d'un soumissionnaire conduit en principe à son exclusion. Toutefois, le seul fait qu'un soumissionnaire, en exécutant un mandat dans le cadre d'un projet déjà défini, s'est procuré des avantages qu'il peut mettre à profit lors de la mise au concours d'autres étapes du même projet, ne conduit pas nécessairement à son exclusion. Le principe de l'utilisation économique des deniers publics, qui doit être pris en compte à l'instar du principe de non-discrimination, peut même imposer d'exploiter de telles synergies, pour autant que les règles du droit des marchés soient respectées (arrêt du Tribunal fédéral 2P.164/2004 précité consid. 5.7.1). Un soumissionnaire préimpliqué peut ainsi prendre part à la procédure notamment lorsque l'avantage en termes de connaissances

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

Les avis divergent sur la répartition du fardeau de la preuve dans le cas de prétendus avantages concurrentiels résultant d'une implication préalable. Selon la règle générale, la personne qui veut tirer des droits d'un fait allégué doit en prouver l'existence (art. 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 - CC – RS 210) ; en cas de contestation d'une attribution de marché, le soumissionnaire qui prétend avoir de meilleures chances de se voir attribuer le marché en excluant le soumissionnaire prétendument préimpliqué doit prouver la préimplication de même que sa nature et son intensité. Que la préimplication entraîne un avantage concurrentiel est une présomption légale ; en revanche, qu'aucun avantage de ce - 13/20 - A/3769/2021 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).

Le cas du renouvellement d'un mandat antérieur soulève des difficultés analogues à celui de la participation à la préparation de la procédure d'appel d'offres. Il est toutefois généralement admis que l'entreprise précédemment au bénéfice du mandat est habilitée à concourir à nouveau (Etienne POLTIER, *op. cit.*, n. 281 et référence citée ; Cédric HÄNER, in : Hans Rudolf Trüeb [édit.], *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, 2020, n. 9 ad art. 14 LMP et les références). Le seul fait qu'un soumissionnaire a déjà été fournisseur des biens mis en soumission ne constitue pas une préimplication illicite ; il en résulte que l'offre faite par le fournisseur précédent ne peut être considérée comme un avantage concurrentiel que le pouvoir adjudicateur aurait dû divulguer et compenser (ATAF B-5439/2015 précité consid. 3.1.11 et les références citées).

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

d'offres ne peut cependant être considéré comme suffisant à cet égard, même lorsqu'ils indiquent qu'un concurrent a participé à la préparation de l'appel d'offres (Christoph JÄGER, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2009, p. 282 ; contra TA SG B 2018/53 du 1er mars 2018, résumé in DC 1/2019 n. 19). La péremption du droit d'invoquer ce grief n'entre en considération que si l'adjudicateur a respecté son devoir d'information et de transparence, en exposant clairement les faits qui permettaient aux soumissionnaires de se rendre compte aisément du genre et de l'importance de la participation d'un de leurs concurrents à la procédure (Tribunal cantonal FR 602 2011-32 précité).

f. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a fait référence à l'arrêt 2P.122/2000 du 6 novembre 2000 dans lequel la question de préimplication n'a pas été approfondie dès lors que les documents qui avaient été fournis par un soumissionnaire afin de préparer l'appel d'offres avaient été remis à tous les soumissionnaires qui en avaient profité (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_66/2011 du 1er septembre 2011 consid. 2.1.3).

- 14/20 - A/3769/2021

g. Le principe de célérité impose, en matière de marchés publics, à tout soumissionnaire qui constate une irrégularité dans le déroulement de la procédure d'appel d'offres, de la signaler sans attendre à l'adjudicateur, au risque d'adopter un comportement contraire aux principes de la bonne foi et de la sécurité du droit (ATF 130 I 241 consid. 4.3).

h. En l'espèce, il n'est pas contesté que l'adjudicataire a réalisé une étude pour l'autorité intimée deux ans avant le lancement du marché public. Entre le

## **E. 28**

novembre 2018 et le 17 juin 2019, elle a dessiné des plans d'ouvrages appartenant à cette dernière, lesquels ont été annexés au dossier d'appel d'offres afin d'illustrer les normes applicables en matière de sécurité. Alors que l'autorité intimée et l'adjudicataire soutiennent qu'en dépit de cette étude, l'adjudicataire n'a participé ni à l'élaboration ni à la préparation du cahier des charges de l'appel d'offres et n'a retiré aucun avantage concurrentiel de la réalisation de ladite étude, la recourante estime au contraire que l'adjudicataire a été préimpliquée dans le processus d'appel d'offres. Elle considère, d'une part, que l'établissement des plans est une forme de préparation du marché et que, d'autre part, l'adjudicataire a été avantagée de par sa connaissance préalable des particularités des bâtiments.

Il convient dès lors de déterminer si ces faits sont constitutifs de préimplication.

i. En l'occurrence, l'adjudicataire n'a ni été associée ni été impliquée à proprement parler dans la préparation ou l'élaboration même du dossier d'appel d'offres ; une partie de son travail effectué deux ans auparavant a seulement été repris dans les documents de l'appel d'offres.

La situation du présent dossier s'apparente à celle évoquée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 2C\_66/2011 du 1er septembre 2011 consid. 2.1.3 (2P.122/2000 précité), en ce sens que la recourante a également bénéficié des documents établis à l'époque par l'adjudicataire. Elle a ainsi pu se baser, dans une certaine mesure, sur ces plans, lesquels contiennent les particularités conceptuelles et techniques des bâtiments, lorsqu'elle a élaboré sa propre offre. Rien ne démontre que l'étude préalablement effectuée par l'adjudicataire lui aurait conféré un avantage particulier, et encore moins décisif, dans la participation au marché

litigieux. En effet, les documents dont il est question se limitent à des photographies des toits concernés avec les longueurs de ligne de vie, de barrière et le nombre de points d'ancrage nécessaires. Au surplus, selon les explications de l'adjudicataire, son étude avait eu pour but l'établissement d'un budget. Or, la recourante a formulé l'offre la plus avantageuse. Elle a d'ailleurs obtenu la meilleure note possible s'agissant du critère du prix (5).

Le fait qu'elle ait adressé à l'autorité intimée une liste de questions portant sur des détails concernant ces bâtiments, contrairement à l'adjudicataire, n'est pas non plus de nature à démontrer que cette dernière avait une connaissance

- 15/20 - A/3769/2021 préalable des réponses apportées à ces questions. En effet, il s'agit là d'une simple supposition qui ne se fonde sur aucun élément concret.

Ainsi, faute pour la recourante d'avoir démontré la nature et l'intensité de la préimplication de l'adjudicataire dans le marché en cause et dans la mesure où il ne ressort pas du dossier que l'appelée en cause aurait bénéficié d'informations privilégiées dans le domaine de la sécurisation des toitures ou d'un avantage concurrentiel précis à ce propos, la chambre administrative retiendra qu'il n'y a pas eu préimplication de l'adjudicataire devant conduire, pour ce motif, à son exclusion du marché public en cause.

Néanmoins et conformément à l'art. 31 al. 2 RMP, l'adjudicateur devait préciser que les plans figurant au dossier de l'appel d'offres étaient issus d'une étude réalisée deux ans auparavant par l'adjudicataire. Il devait également préciser les motifs permettant à l'adjudicataire de présenter une offre, puisque la prestation effectuée préalablement était en lien avec le marché à adjuger.

Partant, il convient de déterminer les conséquences juridiques rattachées à la violation de l'art. 31 al. 2 RMP. Cette question, à laquelle la loi ne répond pas, ne semble pas avoir été tranchée. 4) a. La chambre de céans s'est toujours montrée stricte au sujet du formalisme qui caractérise le domaine des marchés publics (ATA/437/2019 du 16 avril 2019 consid. 8a et les arrêts cités), ce que le Tribunal fédéral a constaté mais confirmé (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4 ; 2C\_197 et 2C\_198/2010 du 30 avril 2010 consid. 6) pour autant que la même rigueur, respectivement la même flexibilité soit appliquée à l'égard des différents soumissionnaires (ATA/753/2016 du 6 septembre 2016 consid. 4f ; ATA/256/2016 du 22 mars 2016 consid. 6 ; ATA/175/2016 du 23 février 2016 consid. 4 ; Olivier RODONDI, La gestion de la procédure de soumission, in Droit des marchés publics 2008, n. 63 p. 186, n. 64 p. 186 et n. 66 p. 187 ; Olivier RODONDI, Les délais en droit des marchés publics, in RDAF 2007 I 187 et 289). Ledit formalisme permet en effet de respecter notamment le principe d'intangibilité des offres remises, de même que celui de l'égalité de traitement entre soumissionnaires garanti par l'art. 16 al. 2 RMP (ATA/175/2016 précité consid. 4 ; ATA/129/2014 du 4 mars 2014 consid. 7).

b. Le principe de la transparence applicable au droit des marchés publics exige tout d'abord que le pouvoir adjudicateur fasse connaître les principales étapes de la procédure et leur contenu et qu'il indique à l'avance aux soumissionnaires potentiels tous les éléments minimaux et utiles leur permettant de déposer une offre valable et correspondant pleinement aux conditions posées (ATF 125 II 86 consid. 7c). Il est essentiel que l'autorité adjudicatrice décrive soigneusement l'objet du marché et les conditions qui lui sont applicables ; cela suppose qu'elle ait procédé à une définition précise de ses besoins. En présence d'un descriptif

- 16/20 - A/3769/2021 imprécis, la faculté des entreprises de poser des questions au pouvoir adjudicateur ne constituera en règle générale pas un correctif suffisant (arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud GE.2003.0064 du 29 août 2003 consid. 3a ; Peter GALLI/André MOSER/Elisabeth LANG/Marc STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3ème éd., 2013, p. 175 ss).

c. En l'espèce, et comme vu ci-dessus, l'autorité adjudicatrice a violé l'art. 31 al. 2 RMP.

Les obligations contenues dans cet article ne sauraient être éludées au seul motif que l'adjudicataire n'a retiré aucun avantage concurrentiel de la réalisation de son étude en 2019. En effet, le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement implique que les soumissionnaires doivent être informés de tout fait susceptible de faire naître un sentiment de partialité dans le processus de passation des marchés publics, indépendamment de l'existence ou non d'un avantage concurrentiel. Cela est d'autant plus problématique qu'il s'agissait, en l'occurrence, d'une procédure sur invitation limitée à deux offres, alors que l'art. 14 RMP précise que, dans la mesure du possible, trois offres doivent être demandées par l'autorité adjudicatrice.

Il ressort en outre de l'offre de l'adjudicataire que ses plans, au contraire de ceux de la recourante, portent la mention de son auteur, à savoir l'adjudicataire elle-même et l'indication suivante « Ce plan est la propriété de la société B\_\_\_\_\_. Il ne peut être reproduit, communiqué, utilisé sans notre autorisation ». Il n'est ainsi pas impossible que les dossiers d'appel d'offre transmis par l'adjudicateur aux soumissionnaires ne fussent pas identiques.

Dès lors, en n'indiquant pas, dans les documents d'appel d'offres, que l'adjudicataire avait effectué une prestation préalable en lien avec le marché à adjuger et les motifs lui permettant de présenter une offre, le pouvoir adjudicateur a violé les principes de transparence et d'égalité de traitement entre soumissionnaires.

Ces éléments rendent illicite l'adjudication, ce qui sera constaté. 5) a. Une fois le caractère illicite de la décision constaté, la recourante peut demander devant l'autorité compétente la réparation de son dommage, limité aux dépenses qu'elle a subies en relation avec les procédures de soumission et de recours. Le cas échéant, la chambre administrative donne un délai à la recourante permettant à celle-ci de quantifier et de motiver sa prétention (art. 3 al. 3 L-AIMP).

b. Par dépenses « subies en relation avec les procédures de soumission et de recours » au sens de l'art. 3 al. 3 L-AIMP, le législateur visait les dépenses exposées par le soumissionnaire lésé ; les dépenses inutiles ou superflues,

- 17/20 - A/3769/2021 engagées par ce dernier du fait d'une mauvaise gestion ou de circonstances exorbitantes auxdites procédures, en étaient exclues (ATA/437/2019 précité consid. 9b et les références citées). Du point de vue du droit de la responsabilité, il n'est en effet pas possible d'imputer à l'auteur du dommage – fût-ce une collectivité publique – une lésion qui ne se serait pas produite en présence d'une gestion normale et régulière de la société. Cette condition découle du principe de causalité adéquate qui exige qu'il existe un rapport raisonnable entre le dommage subi et l'illicéité de la décision (ATF 131 III 12 consid. 4 et les références citées).

c. La L-AIMP est calquée, de ce point de vue, sur la LMP qui prévoyait, à son art. 34 al. 2 dans sa teneur jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle LMP le 1er janvier 2021, une

limitation de la responsabilité aux dépenses « nécessaires » engagées par le soumissionnaire en relation avec les procédures d'adjudication et de recours. Plus explicitement que dans la loi cantonale, mais de la même manière, la LMP exclut les dépenses subies par le soumissionnaire lésé qui sortent du cadre des dépenses ordinaires consenties par une société régulièrement administrée (ATA/548/2021 du 25 mai 2021 consid. 3d ; ATA/437/2019 précité consid. 9c et les références citées). La réparation des frais relatifs à la procédure de recours au titre de la responsabilité spéciale en matière de marchés publics couvre la différence entre les frais encourus à ce titre et ceux couverts par les dépens. La couverture va au-delà des règles ordinaires en matière de responsabilité de l'État (Evelyne CLERC, L'ouverture des marchés publics : effectivité et protection juridique, 1997, p. 614).

d. Selon la jurisprudence de la juridiction de céans, le dommage que peut donc réclamer un recourant en se fondant sur l'art. 3 al. 3 L-AIMP est limité à la réparation des impenses engagées dans la procédure de soumission, y inclus le remboursement de ses frais d'avocat, à défaut de la réparation du gain manqué, voire d'autres indemnités susceptibles d'être réclamées en raison notamment de la conclusion anticipée du contrat (ATA/476/2015 du 19 mai 2015 consid. 12c) ou de l'interruption de la procédure d'adjudication. Le montant du dommage subi, les frais allégués à ce titre par le recourant doivent être en lien avec la procédure, conformément au principe du lien de causalité (ATA/1355/2018 du 18 décembre 2018 consid. 9d et les références citées).

e. Selon la jurisprudence, l'État et les administrés sont tenus de payer des intérêts moratoires de 5 % lorsqu'ils sont en demeure d'exécuter une obligation pécuniaire de droit public. Il s'agit là d'un principe général du droit, non écrit, auquel la loi peut certes déroger, mais qui prévaut lorsque celle-ci ne prévoit rien, comme c'est le cas en l'espèce (ATF 101 Ib 252 consid. 4b ; 1C\_524/2014 du 24 février 2016 consid. 10.1). La mise en demeure intervient le jour où le lésé demande le paiement de son dommage (ATF 101 Ib 252 consid. 4b ; ATA/476/2015 du 19 mai 2015 consid. 15).

- 18/20 - A/3769/2021

f. En l'espèce, il ressort de l'art. 3 L-AIMP que la chambre de céans, soit l'autorité judiciaire compétente au sens de l'art. 15 al. 1 AIMP, après avoir constaté l'illicéité de l'adjudication, statue directement sur les prétentions en réparation du dommage formulées par la recourante.

La recourante a chiffré ses prétentions le 4 février 2022 à hauteur de CHF 17'620.35, correspondant à ses frais de soumission et ses frais d'avocat.

Le montant de CHF 4'620.35 allégué au titre de frais encourus dans le cadre de la soumission, selon la facture du 26 janvier 2022, doit être réduit du poste « Temps de réserve pour suite de procédure ». En effet et outre le fait que la recourante bénéficie des services d'un avocat, le présent arrêt rend infondé ce temps comptabilisé. Ainsi, le montant admis par la chambre de céans sera de CHF 4'060.30 (CHF 4'290.- - CHF 520.- = CHF 3'770.- ; 7,7 % / CHF 3'770.- = CHF 4'060.30).

La recourante expose également avoir encouru CHF 13'000.- d'honoraires et frais d'avocat pour la procédure de recours. Compte tenu du volume de travail que le contentieux a généré pour son conseil et du tarif horaire de CHF 400.- appliqué, qui est inférieur au tarif usuel pratiqué par les avocats à Genève (CHF 450.-), ce poste de la demande d'indemnisation sera aussi admis, comprenant les CHF 574.80 de frais administratifs, seul devant en être déduit

le montant de l'indemnité de procédure à l'octroi de laquelle la recourante a conclu (ATA/548/2021 précité consid. 5b et l'arrêt cité).

S'agissant des intérêts moratoires, à 5 %, il ressort de la jurisprudence que la mise en demeure intervient le jour où le lésé demande le paiement de son dommage, date qui correspond en l'occurrence à celle du dépôt des conclusions en indemnisation formées par la recourante, soit au 4 février 2022 (ATA/476/2015 du 19 mai 2015 consid. 15).

Il s'ensuit que le recours sera partiellement admis. 6)

Vu ce qui précède, aucun émolument ne sera mis à la charge des SIG, qui en sont dispensés de par la loi (art. 87 al. 1 2ème phr. LPA), ni de l'appelée en cause, qui n'a pris aucune conclusion sur le fond. Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera en revanche allouée à la recourante, à la charge des SIG (art. 87 al. 2 LPA).

Les SIG seront donc condamnés à verser à la recourante la somme de CHF 15'560.30 (soit le montant de CHF 17'060.30 [obtenu par l'addition des montants retenus de CHF 4'060.30 + CHF 13'000.-] dont est soustraite l'indemnité de procédure de CHF 1'500.-), somme portant intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 4 février 2022.

- 19/20 - A/3769/2021 \* \* \* \* \*

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