

## **GE\_GERICHTE ATA/358/2009 vom 28. Juli 2009**

GE Cour de justice, 2009-07-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_358\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_358_2009)

FR: GE\_GERICHTE ATA/358/2009 du 28 juillet 2009

IT: GE\_GERICHTE ATA/358/2009 del 28 luglio 2009

### **Regeste**

Résumé: En entretenant sciemment le flou sur la question de la procédure choisie, le département a violé l'un des préceptes essentiels du droit des marchés publics qui veut qu'en application du principe de la légalité, le pouvoir adjudicateur est lié par le numerus clausus des procédures de passation (art. 13 let. b OMP et ses dispositions d'exécution). Il ne peut pas, selon son bon plaisir, mélanger des éléments de différentes procédures ou introduire une nouvelle procédure non prévue par la loi.

### **Erwägungen**

#### **E. 18**

septembre 2008.

L'AIMP, entré en vigueur pour Genève le 9 décembre 1997, s'applique notamment à la passation des marchés publics en matière de constructions dont la valeur-seuil totale estimée s'élève à CHF 9'575'000.- HT pour les ouvrages (art. 7 AIMP ; annexe 1), le département, soit l'Etat de Genève étant une autorité adjudicatrice au sens de l'art. 8 AIMP.

Les modifications du 30 novembre 2006, apportées à la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (LAIMP - L 6 05.0), portant sur l'adhésion à l'AIMP dans sa version du 15 mars 2001 sont entrées en vigueur le 1er janvier 2008, de même que le règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6.05.01) abrogeant le règlement sur la passation des marchés publics en matière de constructions du 19 novembre 1997 (ATA/622/2008 du 11 décembre 2008). La valeur-seuil précitée a été maintenue. En l'espèce, il n'est pas contesté que la valeur estimée totale de l'ouvrage est supérieure, si l'on considère la construction dans son ensemble.

c. Enfin, le recours contre les décisions d'adjudication doit être interjeté auprès du Tribunal administratif dans les dix jours dès la notification de celles-ci (art. 15 al. 2 AIMP ; art. 56 al. 1 RMP ; art. 63 al. 1 let b LPA). Posté le 1er mai 2009 contre une décision du 21 avril 2009, réceptionné par le consortium le

#### **E. 22**

avril 2009, le recours a été déposé en temps utile

De ce point de vue, le recours est donc recevable. 2)

Le consortium, en tant que destinataire de la décision querellée, a qualité pour recourir.

De plus, en matière de marchés publics, les membres d'un consortium sont touchés non pas individuellement par une décision de non-adjudication, mais uniquement en leur qualité d'associés. Aussi bien le droit de recourir contre une

- 17/25 - A/1545/2009 telle décision afin d'obtenir le marché, ne leur appartient qu'en commun et doit être exercé conjointement, à l'instar de Consorts nécessaires dans un procès civil (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.157/2003 du 17 décembre 2004, consid. 5.4 ; ATA/659/2006 du 12 décembre 2006).

En l'espèce, les membres du consortium exercent conjointement leur droit de recours de sorte que le recours est également recevable de ce point de vue là. 3) a. L'AIMP poursuit notamment quatre objectifs énoncés en son art. 1 al. 2, à savoir : ■ assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires ; ■ garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et assurer l'impartialité de l'adjudication ; ■ assurer la transparence des procédures de passation des marchés ; ■ permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics.

b. Selon la jurisprudence constante du Tribunal administratif, le droit du marché public est formaliste (ATA/10/2009 du 13 janvier 2009 et les réf. citées).

C'est à l'aune de ces principes, qu'il convient d'examiner la légalité de la procédure adoptée en l'espèce par le département. 4)

Le choix de la procédure est discuté par le consortium lequel déclare que jusqu'à la décision du 21 avril 2009, il ignorait quel type de procédure avait été engagé par le département. Entendu en audience de comparution personnelle, le consortium a confirmé que c'était à l'occasion de la séance du 18 mars 2009 que le département lui avait dit que d'autres entreprises de la place étaient consultées. Lors d'un entretien téléphonique du 9 avril 2009, il avait su qu'il n'était pas adjudicataire, et c'était finalement par la décision querellée qu'il avait appris l'existence d'une procédure sur invitation, soumise aux accords internationaux et à l'AIMP révisé du 15 mars 2001.

Le consortium a immédiatement réagi en déposant un recours devant le Tribunal administratif, s'élevant notamment sur le choix de la procédure utilisée par le département. Vu la valeur du marché, seule la procédure ouverte ou sélective était envisageable.

Dans sa réponse au recours, l'autorité intimée se réclame d'une erreur de plume, dès lors qu'il s'agissait d'une procédure de gré à gré.

Dans une matière aussi formaliste que celle des marchés publics, un tel argument est spécieux et ne saurait être admis sans autres.

- 18/25 - A/1545/2009

Aux termes de l'art. 12A al. a AIMP et 11 RMP, la procédure sur invitation n'existe pas pour les marchés publics supérieurs aux seuils internationaux.

Rappelons que cette procédure se déroule en deux étapes, similaires à la procédure sélective, sauf qu'il n'y a pas d'appel public à participer. Le pouvoir adjudicateur s'adresse directement aux entreprises de son choix et les invite à déposer une offre.

En l'espèce, c'est exactement ce qui s'est passé : le département a contacté directement deux entreprises de la place les invitant à déposer leurs offres.

Dans la mesure où le marché public litigieux ne pouvait pas être l'objet d'une telle procédure, toute décision qui aurait été prise sur cette base est radicalement nulle.

Or, au moment du dépôt du recours, le consortium n'avait aucune information au sujet de la procédure suivie par le département, malgré ses demandes dans ce sens formulées à la

direction des travaux à plusieurs occasions, notamment le 24 mars 2009. En entretenant sciemment le flou sur la question de la procédure choisie, le département a violé l'un des préceptes essentiels du droit des marchés publics qui veut qu'en application du principe de la légalité, le pouvoir adjudicateur est lié par le *numerus clausus* des procédures de passation instauré par l'art. 13 let. b et ses dispositions d'exécution de l'ordonnance des marchés publics du 11 décembre 1995 (OMP - RS 172.056.11). Il ne peut pas, selon son bon plaisir, mélanger des éléments de différentes procédures ou introduire une nouvelle procédure non prévue par la loi. Il est essentiel que soit toujours clairement reconnaissable quelle procédure de passation est applicable au cas d'espèce (CRM 2004-017 du 8 septembre 2005 in BR 4/05 p. 168).

Il résulte de ce qui précède que le recours du 1er mai 2009 est à cet égard fondé. 5)

L'autorité intimée fait valoir que les impératifs découlant du calendrier de mise en œuvre du TCMC l'empêchait d'utiliser une autre voie que celle présentée comme une procédure de gré à gré pour cause d'urgence.

a. Dans une telle procédure, l'adjudicateur prend contact directement avec un contractant et lui adjuge le marché, à l'exclusion de tous ses éventuels concurrents. Si la valeur-seuil est atteinte, la procédure de gré à gré ne peut se pratiquer que dans certaines circonstances très limitées et il convient à cet égard de se référer au texte de l'art. XV de l'accord sur les marchés publics du 15 avril 1994, entré en vigueur en Suisse le 1er janvier 1996 (AMP - RS 0.632.231.422). Il faut ensuite vérifier que le droit suisse n'a pas introduit une restriction ponctuelle qui irait au-delà de l'accord OMC.

- 19/25 - A/1545/2009

Selon la doctrine, l'expérience enseigne que les adjudicateurs comme les entreprises soumissionnaires ont une tendance naturelle à considérer que dans leur situation concrète, il existe bel et bien un cas de gré à gré, en particulier l'urgence. A l'instar de la jurisprudence européenne et étrangère, les tribunaux suisses interprètent cette clause de manière très restrictive. Ainsi, l'adjudicateur doit établir un rapport justificatif pour avoir choisi la procédure de gré à gré et il doit publier sa décision. Cette publication ouvre la voie du recours à toute entreprise intéressée, à savoir toutes celles qui rendent vraisemblable qu'elles auraient pu déposer une offre si la procédure avait été ouverte ou sélective (H. STÖCKLI et J.-B. ZUFFEREY, *Le droit des marchés publics dans le secteur de la construction* in *La vie économique*, revue de politique économique 10-2002, p. 10 et ss).

b. L'art. XV AMP consacré à l'appel d'offres limité prévoit la possibilité de procéder à une telle procédure notamment lorsque les conditions du chiffre 1 let. c sont remplies, à savoir « pour autant que cela soit strictement nécessaire lorsque, pour des raisons d'extrême urgence dues à des événements qui ne pouvaient être prévus par l'entité, les procédures ouvertes ou sélectives ne permettraient pas d'obtenir les produits ou services en temps voulu ».

La législation fédérale sur les marchés publics reprend cette notion d'évènements imprévisibles et d'urgence (art. 13 al. 2 let. d OMP).

En droit cantonal, on retrouve les mêmes principes.

L'art. 12 al. 1 let. c AIMP définit la procédure de gré à gré en ces termes : « l'adjudicataire adjuge le marché directement à un soumissionnaire, sans procéder à un appel d'offres ».

Le choix de la procédure fait l'objet de l'art. 12A AIMP. Ainsi, « les marchés soumis aux traités internationaux peuvent, au choix, être passés selon la procédure ouverte ou la procédure sélective. Dans des cas particuliers déterminés par les traités eux-mêmes, ils peuvent être passés selon la procédure de gré à gré.

Les marchés publics non soumis aux traités internationaux peuvent en outre être passés selon la procédure sur invitation ou la procédure de gré à gré selon l'annexe 2.

Les cantons ont la faculté d'abaisser les valeurs-seuils non soumis aux traités internationaux, mais ne peuvent pas invoquer la clause de réciprocité ».

Enfin, l'art 15 RMP énumère les cas dans lesquels l'autorité adjudicatrice peut recourir à la procédure de gré à gré : « a) dans le cadre d'un appel d'offres, aucune offre n'est présentée ou aucun soumissionnaire ne remplit les conditions de participation et/ou les critères d'aptitude ;

- 20/25 - A/1545/2009 b) les offres ont été concertées ou ne satisfont pas aux exigences essentielles de l'appel d'offres ; c) un seul prestataire entre en considération en raison des particularités techniques ou artistiques du marché ou pour des motifs relevant du droit de la propriété intellectuelle ; d) en raison d'événements imprévisibles, l'urgence du marché est telle qu'il est impossible de suivre une autre procédure ; e) en raison d'événements imprévisibles, des prestations supplémentaires sont nécessaires pour exécuter ou compléter un marché adjudgé sous le régime de la libre concurrence et elles ne peuvent être séparées du marché initial sans causer des difficultés importantes à l'autorité adjudicatrice pour des raisons techniques ou économiques. La valeur des prestations supplémentaires ne doit pas dépasser la moitié de la valeur du marché initial ; f) les prestations destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des prestations déjà fournies doivent être acquises auprès de l'adjudicataire initial, étant donné que la compatibilité avec du matériel ou des services existants ne peut être garantie que de cette façon ; g) l'autorité adjudicatrice achète des biens nouveaux (prototypes) ou des services d'un nouveau genre qui ont été produits ou mis au point à sa demande dans le cadre d'un marché de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original ; h) l'autorité adjudicatrice adjuge un nouveau marché lié à un marché de base similaire, à condition que les documents d'appel d'offres relatifs au projet de base prévoient la possibilité de recourir par la suite à la procédure de gré à gré pour de tels marchés ; i) l'autorité adjudicatrice achète des biens sur un marché de produits de base ; j) l'autorité adjudicatrice peut acheter des biens à un prix nettement inférieur aux prix usuels, à la faveur d'une offre publique avantageuse limitée dans le temps, notamment dans le cas de liquidations ; k) le marché est adjudgé au lauréat d'un concours ou d'un mandat d'études parallèle, à condition que la procédure suivie respecte les dispositions du présent règlement et que les documents de procédure l'indiquent expressément ».

c. Dans l'un des rares arrêt relatif à ce type de procédure, le Tribunal administratif vaudois a retenu que la législation fédérale, respectivement cantonale, devait être interprétée en conformité à l'art. XV AMP. Ainsi, dans la

- 21/25 - A/1545/2009 mesure où une règle cantonale met en œuvre la disposition de l'AMP, il est exclu de l'interpréter en ce sens qu'elle assouplirait les conditions d'application de l'AMP. Dans le cas de l'arrêt vaudois, il s'agissait précisément des conditions d'application de la clause d'urgence de l'art. XV AMP (Arrêt du Tribunal administratif vaudois du 24 janvier 2001 in RDAF 2002 I p. 142 et ss, consid. 4b.).

Et le Tribunal administratif vaudois de poursuivre en s'inspirant de la jurisprudence des autorités européennes - démarche saluée par Denis Esseiva dans une note relative à cet arrêt publiée in BR 4/2001 p. 160 - que pour admettre la clause d'urgence, trois conditions au moins doivent être réunies, à savoir : la survenance d'un événement imprévisible, la réalisation de la prestation du marché doit revêtir une urgence impérieuse et il doit y avoir un lien de causalité entre cet événement imprévisible et l'urgence.

c.a. Dans le cas d'espèce, le département évoque la découverte d'un bloc de molasse important qui n'avait jamais été relevé par les sondages de reconnaissance géotechnique réalisés dans le cadre du projet initial. Cet élément peut effectivement être assimilé à la survenance d'un événement imprévisible.

c.b. En l'occurrence, les travaux nécessités par la présence du dôme de molasse devaient s'inscrire dans le planning du chantier du TCMC et à ce titre, revêtir un caractère d'urgence, à défaut d'impérieuse, à tout le moins de manifeste. Cela étant, si la mise en circulation du TCMC est certes d'un intérêt public évident, celui-ci, contrairement à ce qu'allègue le département, ne relève pas de l'ordre public. La deuxième condition nécessaire pour admettre la clause d'urgence est donc réalisée.

c.c. L'urgence doit être telle que l'autorité adjudicatrice ne serait pas en mesure d'y faire face si elle procédait par le biais d'un appel d'offres public.

En l'espèce, il résulte de la chronologie des événements que le bloc de molasse a été découvert à la fin de l'année 2008, que le département a très rapidement adopté la solution de soutènement au moyen d'une paroi berlinoise étayée et en a confié les premiers travaux (pose de pieux forés) au consortium. Un planning très précis de remise du descriptif, puis de remise du planning d'exécution des travaux et de listes de prix a été établi le 16 décembre 2008, actualisé le 20 janvier 2009 et pratiquement respecté par les parties. Le département a remis le descriptif avec trois jours de retard sur le planning (12 janvier en lieu et place du 9 janvier) et le consortium a déposé une première offre le 10 février, suivie d'un planning de l'exécution des travaux le 18 février. Après discussion avec la direction des travaux, le consortium a établi une nouvelle offre du 4 mars 2009, soit deux jours ouvrables après le délai fixé par le département.

- 22/25 - A/1545/2009

A ce stade, la découverte du bloc de molasse remontait à plus de quatre mois et depuis le début de l'année 2009 à tout le moins, le département poursuivait les discussions avec le consortium dans le but évident - et avoué dans le cadre de la présente procédure - de lui octroyer le marché des travaux du « secteur molasse ». En ayant pris connaissance de l'offre du 4 mars 2009 du consortium, le département a estimé que les prix étaient trop élevés, voire surfaits. Il a alors pris la décision de procéder à une adjudication des travaux sur la base d'une procédure de gré à gré. Cette décision n'est en soit pas contestable. Ce qui l'est en revanche, c'est le motif de l'urgence invoqué. En effet, celle-ci résulte non pas de la découverte du bloc de molasse en tant que telle, mais bien plutôt de la planification choisie par le département, lequel pendant plus de trois mois a poursuivi des discussions avec le consortium pour finalement avoir recours à la procédure de gré à gré, de surcroît sans en informer son contractant. Le 4 mars 2009, le département a demandé au consortium de stopper les travaux dans le « secteur molasse » mais il ne lui a nullement dit qu'il envisageait de recourir à une procédure de marchés publics. Lors de la séance du 18 mars 2009, le département a informé le consortium que deux autres entreprises de la place avait

été consultées sans donner aucune précision à ce sujet. Il n'a pas donné suite aux interrogations du consortium énoncées lors de la rencontre du 24 mars 2009 et c'est toujours sans aucune autre précision que, par un entretien téléphonique du 9 avril 2009, il a informé le consortium qu'il n'était pas l'adjudicataire des travaux de molasse. Il a fallu encore près de deux semaines au département pour notifier la décision d'adjudication. A cela s'ajoute que le département n'allègue pas avoir examiné la question de savoir si, avant d'envisager l'adjudication de gré à gré, un appel d'offres avec des délais réduits était possible. Or, l'art. 49 al. 3 RMP lui donnait expressément cette possibilité si tant est, qu'à teneur de cette disposition, le délai de remise des dossiers ainsi que le délai de remise des offres peuvent être réduits pour de justes motifs à dix jours au minimum. Dût-on retenir l'argument du département, à savoir que l'offre du 4 mars 2009 du consortium était à ce point inacceptable qu'elle l'a amené à entamer une procédure de marchés publics, force est tout de même de constater que le 4 mars 2009 le département pouvait recourir à une procédure sélective et/ou ouverte avec un délai de dix jours pour la remise des dossiers de candidature puis un délai de dix jours des offres. Ainsi, l'adjudication pouvait intervenir dans un délai de vingt jours, soit dès le 24 mars, c'est-à-dire encore plus rapidement que ce qui s'est passé en réalité.

A ces considérations s'ajoute le délai anormalement long qui s'est écoulé entre le téléphone du 9 avril 2009 au cours duquel le consortium a été informé qu'il n'était pas adjudicataire des travaux de molasse et la décision d'adjudication du 21 avril 2009, soit treize jours plus tard. Cet élément à lui seul s'inscrit en faux contre l'urgence plaidée par le département.

- 23/25 - A/1545/2009

Il sied de rappeler que dans ses instructions, l'office fédéral des constructions et de la logistique (ci-après : OFCL) rappelle que les motifs justifiant l'application exceptionnelle de la procédure de gré à gré doivent être interprétés de manière restrictive (<http://www.gimap.admin.ch/praxis/glossar/f/fvg.htm>).

Quant à Denis Esseiva il relève que le recours en adjudication de gré à gré est une atteinte grave aux principes fondamentaux du droit du marché public et qu'il ne sera admissible que si d'autres mesures moins incisives s'avèrent impossibles (cf. note à propos de l'Arrêt du Tribunal administratif vaudois du

## **E. 24**

janvier 2001 déjà citée).

Il résulte de ce qui précède que l'ensemble des conditions à l'application de la clause d'urgence, lesquelles sont cumulatives, ne sont pas réunies et qu'en définitive c'est à tort que le département a appliqué l'art. 15 al. 3 let. d RMP. Le recours doit ainsi être admis dès lors que l'autorité adjudicatrice a procédé à l'adjudication du 21 avril 2009 par une procédure de passation de marchés publics incorrecte. 6)

Aux termes de l'art. 18 al. 1 AIMP, si le contrat n'est pas encore conclu, l'autorité de recours peut, soit statuer au fond, soit renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur dont elle annule la décision, au besoin avec des instructions impératives.

Dans le cas d'espèce, le contrat n'est pas encore conclu. Il convient donc de renvoyer la cause au pouvoir adjudicataire pour qu'il entreprenne une procédure dans le respect du droit des marchés publics. 7)

Le recours étant admis, il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs dont serait entachée la décision querellée.

Vu la nature du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge du département des constructions et des technologies de l'information. Une indemnité de procédure de CHF 2'500.- sera allouée au consortium à charge conjointe de l'Etat de Genève et de Marti Genève S.A. (art. 87 LPA).

\* \* \* \* \*

- 24/25 - A/1545/2009

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