

# **GE\_GERICHTE ATA/623/2023 vom 13. Juni 2023**

GE Cour de justice, 2023-06-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_623\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_623_2023)

FR: GE\_GERICHTE ATA/623/2023 du 13 juin 2023

IT: GE\_GERICHTE ATA/623/2023 del 13 giugno 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

La chambre de céans examine d'office la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATA/323/2023 du 28 mars 2023 consid. 1 ; ATA/91/2023 du 31 janvier 2023 consid. 1 ; ATA/139/2021 du 9 février 2021 consid. 2).

En l'espèce, l'autorité intimée considère que le recours serait irrecevable à double titre, à savoir dans la mesure où il est dirigé contre un courrier qui ne serait pas une décision attaquant et où la question à trancher ne relèverait pas du droit des marchés publics, mais du droit privé.

### **E. 2.1**

Le marché adjugé à la recourante par décision du 17 juin 2022 est notamment soumis à l'AIMP, à la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'AIMP du 9 août 1997 (L-AIMP - L 6 05.0) et au RMP.

### **E. 2.2**

Selon l'art. 42 RMP, 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 a fourni de faux renseignements (al. 1 let. c).

### **E. 2.3**

L'autorité adjudicatrice rend une décision d'adjudication sommairement motivée, notifiée soit par publication sur la plateforme électronique sur les marchés publics gérée par l'association simap.ch ([www.simap.ch](http://www.simap.ch)), soit par courrier à chacun des soumissionnaires, avec mention des voies de recours (art. 45 al. 1 RMP). Le contrat ne peut être conclu avec l'adjudicataire qu'au terme du délai de recours et, en cas de recours, que si la chambre administrative n'a pas accordé l'effet suspensif au recours (art. 46 RMP).

### **E. 2.4**

Selon l'art. 47 al. 1 RMP, la procédure peut être interrompue pour de justes motifs ou raisons importantes, notamment lorsque l'autorité adjudicatrice a reçu un nombre insuffisant d'offres pour adjuger le marché dans une situation de concurrence efficace (let. a) ; les offres ont été concertées (let. b) ; un abandon ou une modification importante du projet est nécessaire (let. c) ; toutes les offres dépassent le montant du budget prévu ou octroyé pour le marché (let. d).

### **E. 2.5**

L'art. 48 RMP prévoit que l'adjudication peut être révoquée, sans indemnisation, pour l'un des motifs énoncés à l'art. 42 RMP. Il peut notamment s'agir de motifs propres à l'adjudicataire, telles les exigences générales de participation à un marché public, relatives

au respect des conditions sociales de travail, de paiement des impôts et des cotisations sociales. Il doit s'agir de motifs

- 7/12 - A/875/2023 qui rendent la conclusion d'un contrat avec l'adjudicataire impossible, inexigible ou contraire au droit des marchés publics (ATA/232/2016 du 15 mars 2016 consid. 5 ; Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, n. 364 p. 230 ; Martin BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, n. 2738 p. 1501). L'art. 48 RMP utilisant une formule potestative concernant l'exercice du droit de révocation, une liberté d'appréciation est reconnue au pouvoir adjudicateur dans la prise d'une telle décision, que celui-ci exerce à la suite d'une pesée des intérêts pour respecter le principe de la proportionnalité (ATA/490/2017 du 2 mai 2017 consid. 5 ; ATA/232/2016 précité consid. 5 ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2011, n. 2.4.3.1 p. 383). Il est admis que d'autres motifs de révocation peuvent être invoqués, par référence notamment aux cas non exhaustifs d'interruption (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_876/2014 du 4 septembre 2015 consid. 6.2 ; Étienne POLTIER, op. cit., n. 363 p. 230).

#### **E. 2.6**

Selon l'art. 55 RMP, sont réputées décisions sujettes à recours : a) l'appel d'offres ; b) la décision de sélection ; c) l'exclusion de la procédure ; d) l'interruption de la procédure ; e) l'adjudication ; f) la révocation de l'adjudication ; g) la sanction.

#### **E. 2.7**

Selon l'art. XIII § 4 de l'accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0.632.231.422), un marché public ne peut être interrompu que pour des motifs d'intérêt public. Ce point doit être distingué et ne préjuge en rien de l'éventuelle obligation de conclure le contrat après l'adjudication, ou de la possibilité d'y renoncer, questions qui relèvent en principe du droit (privé) des contrats (arrêt du Tribunal fédéral 2P.34/2007 du 8 mai 2007 consid. 6.1), la décision d'adjudication ne créant pas une obligation de contracter à la charge de l'adjudicateur (225 et n. 377 p. 241).

#### **E. 2.8**

Dans la législation fédérale, le droit d'interrompre un marché public est réglé spécifiquement à l'art. 30 de l'ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995 (OMP - RS 172.056.11), à teneur duquel le pouvoir adjudicateur interrompt la procédure s'il n'entend pas réaliser le projet (al. 1), peut interrompre et répéter la procédure quand aucune offre ne satisfait aux critères et aux exigences techniques fixés dans l'appel d'offres et dans les documents qui s'y rattachent (let. a) ou quand il y a lieu de s'attendre à des offres plus avantageuses suite à une modification des conditions générales ou à la disparition de distorsions de concurrence (let. b ; al. 2), et peut engager une nouvelle procédure d'adjudication lorsqu'il décide d'apporter une modification importante au projet (al. 3).

#### **E. 2.9**

Aux termes de l'art. 13 let. i AIMP, les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir la possibilité d'interrompre et de répéter la procédure de passation

- 8/12 - A/875/2023 en cas de justes motifs uniquement. Le texte allemand de cette disposition parle de son côté de motifs importants (« wichtige Gründe ») et le texte italien de motifs sérieux (« gravi »).

#### **E. 2.10**

Dans le canton de Genève, cette question, comme déjà vu, est réglée à l'art. 47 RMP.

#### **E. 2.11**

L'interruption, la répétition ou le renouvellement de la procédure n'est possible qu'à titre exceptionnel et suppose un motif important ; cette règle existe aussi pour les marchés publics soumis au droit fédéral (ATF 141 II 353 consid. 6.1 ; 134 II 192 consid. 2.3 = SJ 2009 I 197). L'interruption du marché – ce qui suppose l'annulation de tous les actes déjà accomplis – apparaît donc comme une *ultima ratio* (ATF 141 II 353 consid. 6.1; Peter GALLI/André MOSER/Élisabeth LANG/Marc STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2013, n. 799 p. 353).

#### **E. 2.12**

Il revient en premier lieu au pouvoir adjudicateur de décider s'il existe des motifs objectifs pour interrompre la procédure d'adjudication en raison d'un intérêt public prépondérant. La question de savoir si les motifs objectifs justifiant l'interruption étaient prévisibles pour l'adjudicateur et si sa responsabilité est de ce fait engagée, peut avoir une incidence sur la question des dommages-intérêts, mais elle est sans pertinence pour juger de l'admissibilité de l'interruption (ATF 134 II 192 consid. 2.3 = SJ 2009 I 197, et les références citées).

#### **E. 2.13**

Sur le plan technique, lorsque l'adjudication a déjà été prononcée, l'interruption de la procédure suppose au préalable une révocation de la décision d'adjudication. La nuance est avant tout juridique, car on admet que les motifs d'interruption du marché peuvent aussi constituer des motifs de révocation de la décision d'adjudication qui, selon leur nature, peuvent avoir pour conséquence une interruption de la procédure et un renouvellement de celle-ci (ATF 141 II 353 consid. 6.2 ; Étienne POLTIER, *op. cit.*, n. 358 p. 226 et n. 363 p. 230 ; ATF 134 II 192 consid. 2.3 = SJ 2009 I 197).

#### **E. 2.14**

La formulation potestative des textes normatifs implique que, même s'il existe un juste motif ou un motif important, il appartient en premier lieu au pouvoir adjudicateur de décider s'il convient d'interrompre ou non la procédure, soit définitivement soit en la répétant ou en la renouvelant. En ce domaine, celui-ci dispose d'un large pouvoir d'appréciation. La solution à adopter dépend des besoins de l'autorité adjudicatrice, qui jouit d'une liberté de manœuvre étendue pour les définir (ATF 141 II 353 consid. 6.3 et les références citées). Une même liberté d'appréciation doit être reconnue au pouvoir adjudicateur en matière de révocation de sa décision d'adjudication (ATA/232/2016 du 15 mars 2016 consid.

#### **E. 2.15**

Concernant l'interruption de la procédure, la liberté d'appréciation de l'adjudicateur dans le choix des conséquences à tirer de l'existence d'un juste motif ou motif important est toutefois limitée par le respect de la bonne foi et des principes généraux applicables au droit des marchés publics, notamment l'interdiction de discrimination entre les soumissionnaires, la proportionnalité, la transparence et l'interdiction de la modification du marché sur des éléments essentiels (ATF 141 II 353 consid. 6.4 ; aussi ATA/501/2016 du 14 juin 2016 consid. 6d).

#### **E. 2.16**

Selon le Tribunal fédéral, la décision à laquelle aboutit la soumission détermine de manière contraignante le candidat avec lequel l'autorité adjudicatrice doit conclure un contrat, mais elle n' « attribue » pas directement l'objet de la procédure d'adjudication au soumissionnaire sélectionné. Après l'adjudication, la collectivité publique doit conclure avec ce dernier un contrat portant sur la fourniture du service requis ou la livraison des marchandises demandées. Contrairement à la procédure d'adjudication précédente, dans laquelle l'autorité compétente agit en tant que puissance publique, le soumissionnaire et la collectivité publique « s'affrontent » en règle générale sur le terrain du droit privé et concluent un contrat de droit privé. Tous les éléments essentiels du futur contrat doivent déjà être fixés au moment de l'adjudication. Les offres déposées par les différents candidats dans le cadre de la procédure de soumission ne constituent pas encore techniquement des offres en vue de la conclusion du contrat. Au contraire, les négociations contractuelles entre l'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire ne commencent qu'après la clôture de la procédure d'adjudication, car les parties contractantes peuvent encore s'entendre librement sur de simples points secondaires même si, en ce qui concerne les éléments essentiels du contrat, aucune divergence n'est admise entre les documents d'appel d'offres et l'offre choisie. Par conséquent, l'adjudication doit être suivie d'une offre et d'une acceptation, comme dans le cas d'une conclusion de contrat indépendante de la procédure de soumission. Dans le cas qu'il a été amené à trancher, le Tribunal fédéral a retenu qu'aucun contrat n'avait été conclu entre les parties. Cela ne signifiait toutefois pas que le pouvoir adjudicateur était libre de décider à qui il souhaitait confier à l'avenir la tâche en cause, de ramassage des ordures. Tant que l'adjudication à l'intimée était encore valable, il ne pouvait pas conclure de contrat avec une autre entreprise sur l'objet de la procédure d'adjudication. Si l'adjudicataire souhaitait attribuer le marché non plus à l'intimée mais à un tiers, il devait annuler formellement sa décision d'adjudication (et éventuellement répéter toute la procédure d'adjudication), afin d'ouvrir la voie à une nouvelle attribution du marché. Même si les négociations contractuelles qui avaient suivi l'adjudication s'étaient avérées difficiles et que le pouvoir adjudicateur avait pu se sentir mis sous pression, on ne voyait pas en quoi le rapport de confiance entre les parties

- 10/12 - A/875/2023 contractantes était à l'époque gravement perturbé au point de justifier une résiliation presque immédiate. Certes, l'intimée avait refusé obstinément d'admettre que ses exigences concernant une éventuelle sous-estimation de la quantité de déchets ne pouvaient pas être satisfaites, ne serait-ce que pour des raisons juridiques. Son comportement à cet égard ne pouvait toutefois pas remettre en question sa fiabilité en ce qui concernait l'enlèvement des ordures. Comme l'adjudicateur ne démontrait pas qu'il aurait eu des raisons de craindre une mauvaise exécution du mandat s'il l'avait résilié dans un délai approprié aux circonstances, il n'y avait pas de raison objective pour une résiliation aussi précipitée. Par ailleurs, il n'était pas possible de craindre sérieusement une mauvaise exécution du mandat, ne serait-ce que parce que la société adjudicataire espérait encore à ce moment-là que le contrat soit conclu, au besoin par voie judiciaire (ATF 134 II 297 consid. 2.1, 4.2, 4.4 et 5.2 et références citées).

### **E. 2.17**

Dans un arrêt 2D\_12/2020 du 18 février 2021, le Tribunal fédéral, au consid. 4.1 a relevé qu'en matière de marché public, si la première phase, qui s'achève par l'adjudication, relève du droit public, celle qui suit et qui conduit à la conclusion du contrat entre la collectivité publique et l'adjudicataire appartient, en principe, au domaine du droit privé (cf. Etienne

POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, nos 456 ss et 458 p. 291 s.; Florence AUBRY GIRARDIN, in Commentaire de la LTF, 2ème éd., 2014, n° 79a ad art. 83 LTF). La liberté contractuelle du pouvoir adjudicateur est limitée. Les éléments du futur contrat, en particulier pour ce qui concerne les points essentiels, se trouvent largement prédéterminés par les exigences requises dans l'appel d'offre. Au stade de la préparation du contrat, seules certaines modalités de détail de celui-ci peuvent encore être réglées (cf. Etienne POLTIER, op. cit., n. 454 s. et 472 ss p. 289 s. et 298 ss.). 3. En l'espèce, la recourante s'est vu adjuger le marché public en cause le 17 juin 2022. Cette décision est en force, ce qu'aucune des parties ne remet en cause. Il ressort des considérants qui précèdent qu'en matière de marchés publics, la dichotomie entre droit public et droit privé n'est pas évidente et dépend de la phase du processus à compter de l'appel d'offres. Il ressort toutefois en particulier du récent arrêt du Tribunal fédéral 2D\_12/2020 que si la première phase, qui s'achève par l'adjudication, relève du droit public, celle qui suit et conduit à la conclusion du contrat entre la collectivité publique et l'adjudicataire appartient, « en principe », au domaine du droit privé. Aucun élément du dossier ne permet de s'éloigner de cette jurisprudence, qui n'est pas contredite par l'ATF 134 II 297, laquelle évoque clairement des négociations contractuelles entre l'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire qui ne commencent qu'après la clôture de la procédure d'adjudication, comme en l'espèce. Durant cette phase, les « parties contractantes » peuvent encore s'entendre librement sur de simples points secondaires même si, en ce qui concerne les

- 11/12 - A/875/2023 éléments essentiels du contrat, aucune divergence n'est admise entre les documents d'appel d'offres et l'offre choisie. Par conséquent, l'adjudication doit être suivie d'une offre et d'une acceptation, comme dans le cas d'une conclusion de contrat indépendante de la procédure de soumission. C'est donc bien de droit privé dont il est question dans cette phase de négociations qui est précisément celle où la recourante et l'intimée ont buté en particulier sur les ressources en personnel de la première pour pouvoir exécuter le marché en question. La recourante ne s'y est d'ailleurs pas trompée quant à la phase de nature civile et précontractuelle dans laquelle les parties se trouvent, puisqu'elle a notamment conclu dans son recours à ce qu'il soit ordonné à l'intimée de négocier de bonne foi avec elle. Les parties n'ont pas encore conclu de contrat, ce qui ne signifie pas encore que l'intimée soit libre de décider à qui elle souhaite confier à l'avenir l'objet du marché en cause, étant toutefois relevé qu'elle a, à compter du courrier litigieux du 24 février 2023, une position qui s'est encore cristallisée durant la procédure de recours, déclarée être fermement décidée à ne pas conclure de contrat avec la recourante. Aussi, tant que l'adjudication à la recourante est encore valable, ce que plaide l'intimée qui considère que le courrier n'est pas une décision de révocation de l'adjudication, elle ne pourra pas conclure de contrat avec une autre entreprise sur l'objet de la procédure d'adjudication. Si elle souhaite attribuer le marché non plus à l'intimée mais à un tiers, alors elle devra formellement révoquer sa décision d'adjudication (et le cas échéant répéter toute la procédure d'adjudication) afin d'ouvrir la voie à une nouvelle attribution du marché. Seule une telle décision de révocation de la décision d'adjudication sera sujette à recours (art. 48 et 55 RMP). La chambre administrative n'est dès lors pas compétente pour connaître du recours contre le courrier de l'autorité intimée du 24 février 2023, recours qui est irrecevable. Conformément à l'art. 64 al. 2 LPA a contrario, elle ne transmettra pas la procédure aux instances civiles. 4. Vu l'issue du recours, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA) et une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à l'intimée, qui y a conclu, à la charge de la recourante (art. 87 al.

2 LPA).

\* \* \* \* \*

**E. 5**

; Étienne POLTIER, op. cit., n. 365 p. 231 s.).

- 9/12 - A/875/2023

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