

GE_GERICHTE ATA/6/2015 vom 6. Januar 2015

GE Cour de justice, 2015-01-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_6_2015

FR: GE_GERICHTE ATA/6/2015 du 6 janvier 2015

IT: GE_GERICHTE ATA/6/2015 del 6 gennaio 2015

Regeste

Résumé: En droit genevois des marchés publics, les cas de collusion susceptibles de se produire le plus fréquemment entre concurrents, jurés et experts sont ceux occasionnés par les rapports de travail et les relations d'affaires. Une personne participant à un concours ne peut être employée, ni en relation de dépendance ou d'association professionnelle avec un membre du jury ou un expert nommé dans le programme de concours. Même si les propositions de concours sont appréciées de manière anonyme, l'exigence de l'impartialité des jurés demeure. La situation de conflit d'intérêt entre un membre du jury et un soumissionnaire n'a pas pour conséquence l'exclusion du candidat au concours, mais la récusation du juré concerné, le RMP ne prévoyant pas de renvoi au règlement SIA, mais à la loi sur la procédure administrative. Les règles sur la récusation étant de nature formelle, leur violation conduit à l'annulation de la « décision » du jury sans qu'une correction ne soit possible.

Erwägungen

E. 12

septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2)

Le litige porte sur la contestation d'une décision d'adjudication d'un marché de construction en raison d'une situation de conflits d'intérêts entre deux membres du jury et le lauréat.

Le concours organisé est soumis à l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0.632.231.422), à la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02), à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) ainsi qu'au règlement des concours d'architecture et d'ingénierie SIA 142 (ci-après : règlement SIA 142), version 2009. 3)

Les diverses règles applicables à une procédure de concours s'organisent selon une hiérarchie déterminée. Conformément au principe de la supériorité du droit international sur le droit interne, les réglementations fédérales et cantonales du concours doivent respecter les principes statué par l'AMP (Jacques DUBEY, Le concours en droit des marchés publics, 2005, p. 24 n. 60). La réglementation privée revêt une grande importance pratique pour le concours, certaines lois cantonales renvoyant aux normes établies par les associations professionnelles. L'applicabilité de ces normes impose de distinguer selon qu'il s'agit d'un renvoi direct à un règlement déterminé ou d'une autorisation à l'adjudicateur à renvoyer indistinctement, dans le règlement qu'il établit pour une procédure, aux règles des organisations professionnelles (Jacques DUBEY, op. cit., p. 38 n. 112 et 113).

À Genève, le RMP ne renvoie pas aux règlements SIA applicables en matière de marchés publics.

- 13/23 - A/3751/2013 4)

L'art. 1 AIMP énonce les principes qui régissent, au niveau cantonal, les marchés publics. Il s'agit notamment d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, de garantir l'égalité de traitement à l'ensemble de ceux-ci, l'impartialité de l'adjudication ainsi que la transparence des marchés publics et, finalement, de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics. Ces principes sont repris à l'art. 16 RMP (ATA/291/2014 du 29 avril 2014 ; ATA/165/2011 du 15 mars 2011).

a. Le respect de l'égalité de traitement entre soumissionnaires oblige l'autorité adjudicatrice à les traiter de manière égale pendant tout le déroulement formel de la procédure (ATA/134/2012 du 13 mars 2012 ; ATA/884/2004 du 26 octobre 2004 ; Benoît BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics, RDAF 2004, p. 241 ; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL [éd.], Droit des marchés publics, 2002, p. 109). La chambre administrative a déjà eu l'occasion de rappeler le caractère formaliste du droit des marchés publics qu'impose le respect de ce principe (ATA/134/2012 précité ; ATA/150/2009 du 14 mars 2009 ; ATA/10/2009 du 13 janvier 2009).

b. L'anonymat des participants à un concours est un autre principe solidement ancré en matière de marchés publics. L'AMP, l'AIMP et le RMP ne consacrent toutefois aucune de leurs dispositions à ce principe, au contraire de l'art. 48 de l'ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995 (OMP - RS 172.056.11 ; JAAC 70.74, p. 1199 consid. 2a.bb), applicable aux marchés publics fédéraux. Par ailleurs, la jurisprudence des cantons dont le droit n'énonce pas expressément le principe de l'anonymat y voit une exigence qui correspond à l'essence de la mise en concurrence ; la doctrine soutient également que le principe de l'anonymat est essentiel dans le domaine des concours (Felix JOST/Claudia SCHNEIDER HEUSI, Architektur- und Ingenieur- wettbewerbe im Submissionrecht, ZBl 2004 p. 352 ; Jacques DUBEY, op. cit., p. 108-109 n. 297).

c. Le règlement SIA 142 prévoit quant à lui expressément que les concours se déroulent dans l'anonymat (art. 1.4).

d. L'anonymat impose une séparation entre la connaissance des prestations de conception mises en concurrence, d'une part, et la connaissance de l'identité de leurs prestataires respectifs, d'autre part. Il s'agit d'une concrétisation des principes de l'égalité, de transparence et de concurrence. Les caractéristiques liées à la personne du prestataire sont des critères étrangers à l'appréciation de propositions de solutions. Compte tenu des critères qui leur sont applicables, celles-ci ne peuvent être appréciées objectivement qu'en faisant abstraction de l'identité de leur auteur (Jacques DUBEY, op. cit., p. 109 n. 299). Le risque d'un « jugement » partial existe, lorsque les membres du jury ont connaissance de l'identité des auteurs des projets soumis aux concours (Felix JOST/ Claudia SCHNEIDER HEUSI, op. cit., p. 358). Dans le cadre d'un concours

- 14/23 - A/3751/2013 partiellement anonyme en deux phases, il existe une apparence de partialité fondée sur les relations professionnelles ponctuelles antérieures entre un participant à un concours et un juré (arrêt du Tribunal administratif de Lucerne V 03 308 consid. 10 et 11, in ZBl 2004, p. 396 ss). En ce qui concerne les concours de marchés publics effectués dans le respect de l'anonymat complet, il est garanti que les jurés ne vont

pas se laisser guider par des considérations égoïstes et étrangères à l'appréciation des projets. Cependant, pour empêcher des abus, les règles de la récusation sont à prévoir (Felix JOST/Claudia SCHNEIDER HEUSI, op. cit., p. 358). 5) a. L'évaluation des propositions des candidats à un concours est confiée à un jury qui est désigné selon les prescriptions des lois cantonales. Le jury est une concrétisation des principes de transparence et d'objectivité motivée par la nature particulière des contributions mises en concurrence, au même titre que l'anonymat. Sa composition doit assurer que l'appréciation des prestations soit indépendante. Les membres doivent être indépendants des concurrents (Jacques DUBEY, op. cit., p. 104 n. 284). L'avis de concours doit indiquer le nom des membres du jury, de leurs suppléants et des experts (Jacques DUBEY, op. cit., p. 213-214 n. 611 à 619).

b. De manière générale, la doctrine et la jurisprudence dénie à l'ensemble des actes du jury la qualité de décision administrative susceptible de recours, en particulier à l'acte par lequel le jury recommande à l'organisateur l'adjudication du marché au lauréat. La recommandation ne déploie aucun effet juridique externe ni sur le lauréat ni sur les concurrents (Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI [éd.], *Marchés publics*, 2012, p. 291). Comparable à un préavis, c'est un acte interne, préalable à la décision qui sera prise ultérieurement (ATA/7/2013 du 8 janvier 2013 ; ATA/340/2010 du 18 mai 2010). Un préavis ne lie en principe pas l'autorité qui le reçoit (Pierre MOOR/Étienne POLTIER, *Droit administratif*, vol. 2, 2011, p. 280 ; Benoît BOVAY, *Procédure administrative*, 2000, p. 148). Par ailleurs, comme acte interne, tant que la décision de l'autorité compétente n'a pas encore été prise, l'autorité de préavis peut toujours le modifier, notamment en cas de changement des circonstances qui l'ont fondé. 6)

En l'espèce, le jury a, dans la même composition et à l'unanimité, modifié à deux reprises son appréciation finale. Le 30 novembre 2011, bien qu'ayant désigné comme lauréat l'auteur du projet « En lieu et place », après avoir pris connaissance du nom de ce participant et des relations professionnelles qui l'unissaient à Favre, il l'a exclu et a procédé à un nouveau « jugement » qui a désigné comme lauréat les concepteurs de « Grand large ». Le jury a ensuite requis un avis de droit de la SIA sur les relations professionnelles entre Favre et Dreier. Celle-ci a rendu une prise de position niant l'existence d'un lien de dépendance entre les deux bureaux d'architecture. Suite à cet avis de droit, le jury a, le 10 janvier 2012, rétabli sa première appréciation et « cassé » celui désignant

- 15/23 - A/3751/2013 les recourants comme lauréats. Il convient dès lors de déterminer la validité des « jugements successifs » du jury à l'aune des dispositions légales qui régissent son activité. 7)

En procédure de concours, les règles sur le jury relèvent du droit public (Jacques DUBEY, op. cit., p. 192).

a. Selon l'art. 11 let. d AIMP, les conditions de récusation des personnes concernées doivent être respectées lors de la passation de marchés et, selon l'art. 19 RMP, les personnes appelées à préparer ou à rendre une décision en matière de marchés publics doivent se récuser aux conditions de l'art. 15 LPA.

b. L'art. 15 al. 2 let. d LPA prévoit notamment que les membres des autorités administratives appelées à rendre ou à préparer une décision doivent se récuser s'ils ont un intérêt personnel dans l'affaire ou s'il existe des circonstances de nature à faire suspecter leur partialité.

c. Selon la chambre de céans, la notion de récusation des membres d'une autorité administrative, qui doit être comprise dans un sens fonctionnel, englobe toutes les personnes agissant pour le compte de l'autorité et directement impliquées dans le processus décisionnel (ATA/535/2012 du 21 août 2012).

Les principes dégagés par la jurisprudence relative à la récusation des juges sont pertinents mutatis mutandis pour les membres des autorités administratives, quand bien même l'admission de causes de récusation concernant ces derniers doit être envisagée de manière plus restrictive (ATF 137 II 431 consid. 5.2 p. 451). La garantie d'impartialité tend notamment à éviter que des circonstances extérieures à la cause ne puissent influencer la décision en faveur ou au détriment d'une partie. Elle n'impose pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective est établie, car les dispositions internes d'un individu ne peuvent guère être prouvées ; il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle. Seules les circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération (ATF 131 I 24 consid. 1.1 p. 25 ; 128 V 82 consid. 2a p. 84 ; 127 I 196 consid. 2b p. 198 ; 126 I 168 consid. 2a p. 169). La récusation doit demeurer l'exception (ATF 116 Ia 14 consid. 4 p. 19). Un risque de prévention ne doit dès lors pas être admis trop facilement, mais doit se justifier par des motifs particulièrement importants (ATF 122 II 471 consid. 3b p. 477 ; arrêt du Tribunal fédéral 1P.267/2006 du 17 juillet 2006 consid. 2.1).

Les règles sur la récusation sont de nature formelle. Leur violation, en première instance, conduit ainsi à l'annulation de la décision, sans qu'une correction soit possible (Pierre MOOR/Étienne POLTIER, op. cit., p. 274). Lorsqu'un grief d'apparence de prévention formé à l'encontre d'un juge apparaît bien fondé, le jugement auquel ce magistrat a participé doit être annulé pour autant que le motif de récusation n'ait pu être invoqué en temps utile ; s'il est

- 16/23 - A/3751/2013 soulevé tardivement, le plaideur est réputé avoir tacitement renoncé à se prévaloir d'un tel moyen (ATF 128 V 85 consid. 2b ; RDAF 2005, p. 65).

d. Appliquée en matière de marchés publics, l'obligation de se récuser concerne non seulement celui qui rend lui-même la décision ou qui y prend part, mais aussi toutes les personnes qui contribuent à l'élaborer (Jean-Baptiste ZUFFEREY/Peter GAUCH/Pierre TERCIER [éd.], Droit des marchés publics, 2002, p. 262-263).

e. Le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires impose notamment au pouvoir adjudicateur de faire preuve d'impartialité tout au long de la procédure de passation. Il en découle qu'un membre d'une autorité adjudicataire a l'obligation de se récuser au cas où son comportement ou sa situation est de nature à faire naître un doute sur son impartialité (Peter GALLI/André MOSER/Elisabeth LANG/Marc STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3ème éd., 2013, p. 497 n. 1077ss ; Peter HÄNNI/Marco SCRUZZI, Zur Ausstandspflicht im Rahmen von Submissionsverfahren, DC 4/1999 p. 134). Les règles applicables n'imposent pas la récusation lorsqu'une prévention effective est établie, mais déjà lorsque des circonstances objectives et raisonnables donnent l'apparence de prévention et font redouter une activité partielle. En tant que procédure de passation, le concours est pleinement assujéti au principe de l'égalité de traitement entre les concurrents comme à celui de l'impartialité de l'adjudicateur (Jacques DUBEY, op. cit., p. 240-241 n. 703-707). 8) a. Les cas de collusion susceptibles de se produire le plus fréquemment entre concurrents, jurés et experts sont ceux

occasionnés par les rapports de travail et les relations d'affaires. Une personne participant à un concours ne peut être employée, ni en relation de dépendance ou d'association professionnelle avec un membre du jury ou un expert nommé dans le programme de concours. Un cas d'association professionnelle est avéré notamment lorsqu'un juré et un participant à un concours de marchés publics ont, par le passé, fait une offre conjointe dans le cadre d'un même concours (arrêt du Tribunal administratif de Lucerne précité consid. 11b.aa). Une collaboration occasionnelle n'est pas suffisante pour créer un cas de collusion, mais elle doit avoir pris fin au jour de la publication de l'avis de concours ; une collaboration durable, même achevée au moment de la procédure, constitue un motif d'empêchement, quelle qu'en soit la forme juridique (Jacques DUBEY, op. cit., p. 244-245 n. 718-721). Un membre du jury qui entretient des relations particulières ou personnelles voire se trouve dans un rapport de dépendance à l'égard d'un soumissionnaire doit se récuser (Felix JOST/Claudia SCHNEIDER HEUSI, op. cit., p. 358). Même si les propositions de concours sont appréciées de manière anonyme, l'exigence de l'impartialité des jurés demeure. L'apparence de collusion est suffisante, de sorte qu'il n'y a pas besoin de prouver que tel ou tel membre du jury a concrètement

- 17/23 - A/3751/2013 exercé une influence déterminante sur la décision en connaissant effectivement l'identité de tel ou tel concurrent (Jacques DUBEY, op. cit., p. 241 n. 707).

b. Le règlement SIA 142 considère que les cas de collusion entre un concurrent et un juré constituent autant de motifs d'exclusion du prestataire. Ce système de l'exclusion s'oppose au droit des marchés publics qui prévoit les cas de collusion comme des motifs de récusation du juré (Jean-Baptiste ZUFFEREY/ Hubert STÖCKLI [éd.], op. cit., p. 257). Ce n'est pas au concurrent dans le chef duquel les circonstances de la collusion sont réunies d'en supporter les conséquences, mais au juré, dont l'impartialité paraît compromise, de se retirer (Jacques DUBEY, op. cit., p. 246 n. 724). En l'état actuel du droit des marchés publics, le recours au système de l'exclusion des concurrents est impossible, tant pour les concours fédéraux et cantonaux assujettis à une législation qui traite de cette question, que pour les concours cantonaux dont la réglementation ou le règlement renvoie aux règles des associations professionnelles. En tant que règle privée, l'art. 12 du règlement SIA ne saurait déroger au droit commun des marchés publics (arrêt du Tribunal administratif de Lucerne précité consid. 17b ; Jacques DUBEY, op. cit., p. 247 n. 729).

c. Chaque fois que l'autorité administrative suit les préavis des commissions consultatives, l'autorité de recours observe une certaine retenue, fonction de son aptitude à trancher le litige (ATA/752/2014 du 23 septembre 2014 ; ATA/726/2012 du 30 octobre 2012 ; ATA/549/2011 du 30 août 2011 ; ATA/330/2009 du 30 juin 2009 ; ATA/129/2003 du 11 mars 2003 ; Stéphane GRODECKI, La jurisprudence en matière d'aménagement du territoire et de droit public des constructions rendue par le Tribunal administratif genevois en 2009, in RDAF 2010 I p. 159 ss, p. 171-172 et p. 177 ; Thierry TANQUEREL, La pesée des intérêts vue par le juge administratif, in Charles-Albert MORAND, La pesée globale des intérêts, Droit de l'environnement et aménagement du territoire, 1996, p. 201). Les autorités de recours se limitent à examiner si l'autorité de décision ne s'écarte pas sans motif prépondérant et dûment établi du préavis de l'autorité technique consultative, composée de spécialistes capables d'émettre un jugement dépourvu de subjectivisme et de considérations étrangères aux buts de protection fixés par la loi (ATA/752/2014 précité ; ATA/549/2011 du 30 août 2011 ; ATA/330/2009 précité). 9) a. En l'espèce, la situation de conflit d'intérêts suspectée ne pouvait avoir pour conséquence que la récusation des

membres du jury concernés et non l'exclusion de Dreier, le RMP ne prévoyant pas de renvoi au règlement SIA 142. En revanche, il renvoie aux règles de la récusation prévues à l'art. 15 LPA.

Ainsi, bien que l'exclusion de Dreier à laquelle concluent les recourants soit conforme au règlement SIA 142 et au programme du concours établi par la commune, elle violerait l'AIMP et le RMP et ne saurait être admise par la chambre de céans.

- 18/23 - A/3751/2013

b. Les membres d'une autorité administrative doivent se récuser s'il existe des circonstances de nature à faire suspecter leur partialité. En matière de concours des marchés publics, le conflit d'intérêts constitue un motif de récusation. Celui-ci se manifeste notamment par une dépendance d'un juré à un participant à un concours ou une association professionnelle entre eux. Les deux conditions sont alternatives. La SIA dont la prise de position est comparable mutatis mutandis à un préavis d'une commission consultative, abordée par le jury à la découverte de la situation suspectée de conflit d'intérêts de M. BEZOS, a estimé que Dreier et Favre n'étaient certes pas en relations contractuelles pendant le concours, mais que leur situation concrète était, de facto, assimilable à une relation contractuelle continue. Cependant, pour elle, la question déterminante pour apprécier l'existence d'un conflit d'intérêts était celle de savoir s'il existait entre les deux bureaux d'architecture une relation de dépendance au sens de l'art. 12.2 b du règlement SIA 142. Elle a retenu que tel n'était pas le cas, les mandats reçus de Dreier par Favre étant modestes par rapport à son chiffre d'affaires.

c. Cette prise de position doit être relativisée.

En effet, d'après les constatations de la chambre de céans lors de l'audience de comparution personnelle du 7 mai 2012, après une collaboration de trois mois d'avril 2011 à juin 2011, Favre n'a pas souhaité poursuivre le mandat avec Dreier, l'offre ne l'intéressant pas. Par la suite, des discussions entre les deux bureaux d'architecture imposées par la FVGLS ont débuté au mois d'octobre 2011 et un nouveau contrat de collaboration entre Dreier et Favre a été signé le 23 décembre 2011. Ce contrat qui confie à Favre une partie de l'exécution du mandat de Dreier dans le cadre du projet de construction de l'éco-quartier de la Jonction établit une relation qu'il convient de qualifier d'association professionnelle d'une intensité telle qu'un conflit d'intérêts peut être retenu entre les deux bureaux d'architecture.

Même si les honoraires prévus de CHF 500'000.- sur trois à quatre ans, considérés comme modestes par la SIA compte tenu du chiffre d'affaires annuel de Favre de CHF 1'800'000.-, ne préjugent pas une relation de dépendance, la nature de l'activité en cause, soit s'assurer du respect du planning, contrôler les coûts dans la phase d'exécution du projet, représenter Dreier auprès de la FVGLS, en d'autres termes l'exécution d'une partie du mandat de Dreier par Favre, est assimilable a posteriori à une offre formée conjointement par deux associés dans un même marché public constitutive d'une association professionnelle. Cette seule condition est suffisante pour fonder la prévention de partialité de M. BEZOS.

De plus, ce mandat confié à Favre par Dreier sur insistance de la FVGLS fait suite, d'une part, à des relations professionnelles antérieures datées d'avril 2011 à juin 2011, alors que la communication de l'avis du concours en cause est intervenue en mai 2011 et, d'autre part, à des négociations, auxquelles ont participé MM. BEZOS et NECKER, qui se sont déroulées en octobre 2011, soit durant la procédure d'adjudication. Ces circonstances objectives

dénotent

- 19/23 - A/3751/2013 l'existence d'une prévention suffisante de conflit d'intérêts de MM. BEZOS et NECKER. Un risque d'abus de leur position de membre du jury faisant redouter une activité partielle de leur part ne pouvait pas être exclu. Dès lors, leur récusation s'imposait.

Certes, lors du premier « jugement » du 30 novembre 2011 prononcé à l'unanimité, aucun cas de conflit d'intérêts n'était connu des différents membres du jury, les projets ayant été jusqu'alors anonymes dans le sens défini par le programme du concours. Selon le rapport final du jury du 10 janvier 2012, à l'ouverture des enveloppes des auteurs des projets primés, le président s'assurait auprès des membres qu'aucun d'entre eux n'était en situation de conflit d'intérêts avec un des concurrents. À l'ouverture de l'enveloppe du lauréat, il est apparu que, durant le déroulement du concours, une relation contractuelle avait lié ce candidat avec un membre du jury. Lors du second « jugement » du même jour qui a suivi l'exclusion du lauréat, le jury s'est prononcé dans la même composition, alors qu'un éventuel cas de récusation faisant redouter la partialité d'un des jurés était déjà connu du jury, de sorte que le membre concerné ne pouvait pas prendre part au vote, une simple apparence de prévention étant suffisante.

Le « jugement » désignant les recourants comme vainqueurs du concours doit ainsi être annulé pour ce motif. Celui du 10 janvier 2012 viole également les règles de la récusation pour les mêmes motifs et doit subir un sort identique. En effet, dans la mesure où depuis la levée de l'anonymat des participants, le 30 novembre 2011, M. BEZOS savait que ses relations d'affaires avec le lauréat pouvaient donner lieu à des doutes quant à son impartialité, il devait, à défaut d'une demande de récusation élevée contre lui, se récuser. Pour les mêmes raisons, M. NECKER dont le rôle dans les relations entre Favre et Dreier a été mis à jour devant la chambre de céans lors de l'audience du 7 mai 2012 devait aussi se récuser. Les deux jurés ne pouvaient participer ni au deuxième « jugement » du 30 novembre 2011 pris à l'unanimité ni à celui du 10 janvier 2012 adopté dans les mêmes conditions.

Par ailleurs, le principe de l'anonymat ne pouvant pas offrir les mêmes garanties que celles d'une composition régulière d'une autorité appelée à statuer, le premier prononcé du jury du 30 novembre 2011 doit être aussi annulé. Au demeurant, pour être conforme à l'art. 19 RMP et partant à l'art. 15 LPA, l'anonymat ne devrait porter que sur les projets soumis au concours, la liste des participants devant être portée à la connaissance des membres du jury en vue d'une récusation en cas de conflits d'intérêts.

Aussi, tous les « jugements » auxquels ont participé MM. BEZOS et NECKER doivent être annulés. 10) La recommandation du jury impose à l'adjudicateur l'obligation d'attribuer le marché au lauréat (Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI [éd.], op. cit.,

- 20/23 - A/3751/2013 p. 287 ; Marchés publics, 2010, p. 187 ; Jacques DUBEY, op. cit., p. 333 n. 1076). Celle-ci ne déploie d'effet que si le jury y est parvenu en respectant les principes et les règles qui gouvernent la passation des marchés publics. Le jury ne doit pas, par exemple, avoir statué dans une composition qui viole les règles de la récusation ou d'exclusion (Jacques DUBEY, op. cit., p. 277-278 n. 837). En cas de recommandation viciée, l'adjudicateur n'est pas tenu de suivre celle-ci. Au cas où le jury ne peut pas procéder à une nouvelle recommandation, en cas de violation des règles de la récusation notamment, l'adjudicateur doit prononcer l'interruption de la procédure (Jacques DUBEY,

op. cit., p. 328-329 n. 1062 à 1064).

En l'espèce, la commune a suivi la recommandation du jury et a décidé d'attribuer le marché public en jeu à Dreier, qui a reçu le mandat d'étude et de réalisation du MPPL. Cette décision n'est cependant pas conforme au droit. 11) a. 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.

b. L'autorité de recours doit ordonner la répétition de la procédure lorsqu'elle n'est pas en mesure d'identifier des lauréats. C'est le cas si le jury aurait dû exclure un candidat recommandé, si un juré aurait dû se récuser ou si un concurrent n'aurait pas dû être exclu de la procédure (Jacques DUBEY, op. cit., p. 363 n. 1201 ; Evelyne CLERC, *L'ouverture des marchés publics : effectivité et protection juridique*, 1997, p. 560). L'autorité de recours qui annule une décision ne statue en règle générale pas elle-même à nouveau sur le fond, mais elle renvoie l'affaire à l'adjudicateur. En effet, le pouvoir de cognition de l'autorité de recours ne porte que sur l'application du droit et la constatation des faits. Le champ de l'opportunité lui est fermé. Aussi, le juge ne saurait substituer sa propre appréciation à celle de l'adjudicateur (Vincent CARRON/Jacques FOURNIER, *La protection juridique dans la passation des marchés publics*, 2002, p. 120).

c. Par ailleurs, la chambre de céans n'est pas compétente pour revoir une décision du jury (ATA/299/2010 du 4 mai 2010). Elle ne peut qu'annuler une décision prise en violation des règles de la récusation. 12) a. La répétition de la procédure est une entorse au principe de l'anonymat de la mise en compétition. Elle est cependant un moindre mal au cas où le jury peut formuler une nouvelle recommandation sur la base de son appréciation initiale. Dans ce cadre, l'autorité de recours peut demander à l'adjudicateur de procéder à une nouvelle appréciation des propositions initiales par un nouveau jury (Jacques DUBEY, op. cit., p. 363 n. 1201). La reprise de la procédure dès son début comporte le risque de provoquer des offres anormalement basses. Pour parer à ce risque, il est préférable de procéder à une nouvelle adjudication sur la

- 21/23 - A/3751/2013 base des offres déjà existantes (ATF 129 I 313 consid. 9.3 p. 328 applicable par analogie).

b. La récusation d'un juré ne s'étend pas sur l'ensemble des membres du jury. Celui-ci peut à nouveau se prononcer dans une composition modifiée, le juré récusé étant remplacé par un nouveau membre. Rien ne permet en effet de supposer que les autres membres du jury subiraient une influence quant à leur nouveau vote (arrêts du Tribunal fédéral 2P.152/2002 du 12 décembre 2002 consid. 4 et 1P.40/1999 du 31 janvier 2000 consid. 3c). Dans le cadre d'un tribunal, le Tribunal fédéral a estimé que le simple principe de collégialité ne constituait pas un motif de récusation. La collaboration entre des juges n'est pas de nature à mettre en doute leur impartialité, [...]. Le grief d'absence d'impartialité est infondé en l'absence d'éléments concrets allant dans ce sens (ATF 139 I 121 consid. 5.3 p. 126 = RDAF 2014 I 314). Dans le cadre de l'admission d'un recours pour motif de récusation, le Tribunal fédéral annule l'arrêt attaqué et renvoie la cause pour une nouvelle décision sans la participation de la personne récusée (arrêt du Tribunal fédéral 4A_425/2012 du 26 février 2013 consid. 3.2.2).

c. En l'espèce, tous les « jugements » du jury sont viciés, en raison de la participation de MM. BEZOS et NECKER, alors qu'une prévention suffisante de conflit d'intérêts mettait

en cause leur impartialité. La procédure d'adjudication n'a cependant pas été viciée depuis le début notamment en raison des critères d'adjudication déterminés par la commune dans le programme du concours. Seul le « jugement » final du jury est remis en cause.

Le dossier sera ainsi renvoyé à l'autorité adjudicatrice en vue de la reprise de la procédure d'adjudication à partir de la phase du « jugement » final. Le nouveau « jugement » du jury, qui siégera sans la participation de MM. BEZOS et NECKER, devra dès lors se limiter à un choix entre les cinq projets classés retenus dans le rapport final du 10 janvier 2012, soit les projets dans leur ordre de classement « En lieu et place », « Grand large », « Pommalo », « Les hauts d'Anières » et « Bacchus », les projets éliminés lors des deux tours de sélection n'ayant pas rempli les critères attendus par l'adjudicateur. 13) Ce qui précède conduit à l'admission partielle du recours, à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi de la cause à la commune pour une nouvelle décision dans le sens des considérants.

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis conjointement à la charge : des recourants, qui obtiennent partiellement gain de cause, à raison de CHF 300.- ; de la commune à raison de CHF 700.- ; et de Dreier à raison de CHF 500.- (art. 87 al. 1 LPA). Deux indemnités de procédure seront allouées au recourants, l'une de CHF 500.- à la charge de la commune et l'autre du même montant à la charge de Dreier (art. 87 al. 2 LPA).

- 22/23 - A/3751/2013

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