

# **GE\_GERICHTE A/1679/2023 vom 4. Juli 2023**

GE Cour de justice, 2023-07-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_1679\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1679_2023)

FR: GE\_GERICHTE A/1679/2023 du 4 juillet 2023

IT: GE\_GERICHTE A/1679/2023 del 4 luglio 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est prima facie recevable de ces points de vue, en application des art. 15 al. 2 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), 3 al. 1 de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0) et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

### **E. 2**

Aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, en vertu des art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, octroyer cet effet pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose. L'examen de la requête suppose une appréciation prima facie du bien-fondé du recours ; le but est alors de refuser l'effet suspensif au recours manifestement dépourvu de chances de succès, dont le résultat ne fait aucun doute ; inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire mais suppose de constater et de pondérer le risque de préjudice ( ATA/217/2021 du 1<sup>er</sup> mars 2021 consid. 2 ; ATA/1170/2020 du 19 novembre 2020 consid. 3 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, Marchés publics 2010, 2010, 311-341, p. 317 n. 15). L'octroi de l'effet suspensif constitue cependant une exception en matière de marchés publics (arrêt du Tribunal fédéral 2D\_34/2018 du 17 août 2018 consid. 5.2), et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction ( ATA/1170/2020 précité consid. 3).

### **E. 3**

a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP). Il vise à harmoniser les règles de passation des marchés et à transposer les obligations découlant de l'accord GATT/OMC ainsi que de l'accord entre la communauté européenne et la Confédération suisse (art. 1 al. 2 AIMP). Il poursuit plusieurs objectifs, soit assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. a AIMP), garantir l'égalité de traitement entre ceux-ci et assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 3 let. b AIMP), assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) et permettre l'utilisation parcimonieuse des données publiques (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 let. a et b AIMP). b. Aux termes de l'art. 24 RMP, l'autorité adjudicatrice choisit des critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché ; elle doit les énoncer clairement et par ordre d'importance au moment de l'appel d'offres. En

vertu de l'art. 43 RMP, l'évaluation des offres dans les procédures visées aux art. 12 à 14 RMP est faite selon les critères prédéfinis conformément à l'art. 24 RMP et énumérés dans l'avis d'appel d'offres et/ou les documents d'appel d'offres (al. 1). Le résultat de l'évaluation des offres fait l'objet d'un tableau comparatif (al. 2). Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant déposé l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix. Outre le prix, les critères suivants peuvent notamment être pris en considération : la qualité, les délais, l'adéquation aux besoins, le service après-vente, l'esthétique, l'organisation, le respect de l'environnement (al. 3). c. La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 141 II 353 consid. 3). Si elle substitue son pouvoir d'appréciation à celui de l'adjudicateur, l'autorité judiciaire juge en opportunité, ce qui est interdit tant par l'art. 16 al. 2 AIMP (ATF 141 II 14 consid. 2.3 in fine) que par l'art. 61 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). En outre, pour que le recours soit fondé, il faut encore que le résultat, considéré dans son ensemble, constitue un usage abusif ou excessif du pouvoir d'appréciation (ATF 143 II 120 consid. 7.2).

#### **E. 4**

a. Aux termes de l'art. 31 RMP, ne peuvent présenter d'offre les membres de l'autorité adjudicatrice qui participent à la préparation et à l'élaboration des documents d'appel d'offres ou aux procédures de passation des marchés publics (al. 1 let. a) ainsi que les mandataires qui assistent l'autorité adjudicatrice dans l'organisation de la procédure d'appel d'offres ou l'établissement des documents d'appel d'offres (al. 1 let. b). L'autorité adjudicatrice indique, dans les documents d'appel d'offres, si le prestataire ayant effectué une prestation préalable en lien avec le marché à adjuger peut présenter une offre et pour quels motifs (al. 2). b. Il y a préimplication lorsqu'un soumissionnaire a participé à la procédure d'appel d'offres, par exemple en établissant les bases du projet, en élaborant les documents d'appel d'offres ou encore en fournissant au pouvoir adjudicateur des informations sur des données spécifiques techniques concernant les biens à acquérir (arrêt du Tribunal fédéral 2P.164/2004 du 25 janvier 2005 consid. 3.1 ; ATA/265/2022 du 15 mars 2022 consid. 3d et les références citées). 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). c. 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). Il n'y a pas lieu d'exclure un soumissionnaire si l'avantage concurrentiel peut être compensé par le pouvoir adjudicateur. Que la préimplication entraîne un avantage concurrentiel est une présomption légale ; en revanche, établir qu'aucun avantage de ce 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). d. Selon la jurisprudence en matière de marchés publics fédéraux, lorsque le recourant bénéficiait de toutes les connaissances nécessaires au moment de l'appel d'offres pour contester la non-exclusion des entreprises concernées ou pour demander la compensation des avantages en cas d'études effectivement déjà menées par celles-ci (ce qui est le cas lorsque l'appel d'offres précise quels soumissionnaires sont exclus pour cause de préimplication, quels soumissionnaires sont admis malgré leur préimplication et quelles sont les mesures de compensation), son grief est tardif s'il n'a pas fait recours contre l'appel d'offres (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-255/2021 du 30 juin 2021 consid. 2.2).

#### **E. 5**

a. Selon l'art. 2 al. 1 L-AIMP, en cas de violation du droit des marchés publics, pendant la procédure d'adjudication ou l'exécution du contrat, l'autorité adjudicatrice peut infliger les sanctions et/ou ordonner les mesures suivantes : a) l'exclusion de la procédure ; b) la révocation de l'adjudication ; c) une amende administrative pouvant aller jusqu'à 10% du prix total du marché ; d) le rétablissement d'une situation conforme au droit ; la mesure est immédiatement exécutoire. En cas de violation des dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et à l'égalité de traitement entre femmes et hommes, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail peut en outre prononcer à l'encontre des entreprises en infraction les sanctions prévues par la loi sur l'inspection et les relations du travail, du 12 mars 2004 (LIRT – J 1 05 ; art. 2 al. 2 L-AIMP). b. L'art. 42 RMP prévoit que 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 qu'il fait l'objet, à la date du dépôt de l'offre ou en cours de procédure (al. 1 let. f) : d'une sanction entrée en force prononcée en application de l'art. 13 LTN (ch. 1) ou de l'art. 9 al. 2 let. b LDét (ch. 2) ou d'une mesure exécutoire prononcée en application de l'art. 45 al. 1 let. a ou c LIRT (ch. 3).

#### **E. 6**

Statuant sur effet suspensif, l'autorité judiciaire peut procéder à un examen sommaire du droit et se contenter d'une analyse juridique globale (arrêt du Tribunal fédéral 2D\_34/2018 précité consid. 4.4.1). Pour effectuer la pesée des intérêts en présence qu'un tel examen implique, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 145 I 73 consid. 7.2.3.2 ; 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_516/2019 du 22 octobre 2019 consid. 2.2).

#### **E. 7**

En l'espèce, et selon un examen *prima facie* qui prévaut à ce stade, il n'est pas certain que le grief de préimplication – ou d'entente préalable – de E\_\_\_\_\_ SA soit recevable, certains éléments aujourd'hui mis en avant par le recourant étant contenus dans les documents d'appel d'offres, tels que le remplissage liège-coco exigé ; le recourant n'indique à cet égard pas quand précisément il aurait eu connaissance de ce que ces éléments correspondaient aux produits de son concurrent. Quoi qu'il en soit, l'adjudicateur conteste toute préimplication de l'entreprise précitée. En l'état et sur la base des pièces disponibles, on ne décèle à première vue pas une telle préimplication, et le recourant ne décrit du reste nullement le cadre d'une telle collaboration préalable entre E\_\_\_\_\_ SA et le club. Le procès-verbal de la séance du 25 avril 2023 ne retranscrit aucune question qui aurait été posée à ce sujet, ni à

plus forte raison de réponse ou de réaction particulière du mandataire principal du club, et le recourant ne semble pas s'être plaint, avant de déposer son recours, de la teneur dudit procès-verbal ; il ne saurait en tout cas être question, comme semble le suggérer le recourant dans son écriture du 21 juin 2023, d'inférer de cette absence de mention au procès-verbal un indice à charge, quand bien même la question des déclarations du mandataire principal durant la réunion d'« audition/clarification » mériterait d'être instruite le cas échéant. Quant aux éléments mis en avant et cités au paragraphe précédent, ils ne démontrent en tout cas pas à eux seuls la préimplication dénoncée. Quant aux notes attribuées, leur justification par le pouvoir adjudicateur dans sa réponse sur effet suspensif apparaît à première vue satisfaisante, et la comparaison faite par le recourant avec le marché public de 2021 semble *prima facie* vaine vu les différences entre les projets d'une part, et les différents protagonistes d'autre part. Les chances de succès du recours apparaissent ainsi insuffisantes en l'état pour octroyer l'effet suspensif, étant rappelé que l'absence d'un tel effet au recours constitue la règle en matière de marchés publics. Point n'est besoin dès lors d'examiner s'il existe un intérêt public ou privé prépondérant à l'exécution immédiate du marché.

## **E. 8**

Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond. LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE refuse d'octroyer l'effet suspensif au recours ; réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ; dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF-RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ; - par la voie du recours en matière de droit public : si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics ; si elle soulève une question juridique de principe ; - par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi ; communique la présente décision à Me Mathieu SIMONA, avocat du recourant, à Mes Mathias ZINGGELER et Fabio SPIRGI, avocats de C\_\_\_\_\_ SA, à Me Jérôme NICOLAS, avocat du consortium D\_\_\_\_\_ - E\_\_\_\_\_ SA, ainsi qu'à la Commission de la concurrence (COMCO). La vice-présidente : F. PAYOT ZEN-RUFFINEN Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties. Genève, le la greffière :

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