

GE_GERICHTE A/544/2024 vom 9. Juli 2024

GE Cour de justice, 2024-07-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_544_2024

FR: GE_GERICHTE A/544/2024 du 9 juillet 2024

IT: GE_GERICHTE A/544/2024 del 9 luglio 2024

Regeste

MARCHÉS PUBLICS;APPEL D'OFFRES(MARCHÉS PUBLICS);PROCÉDURE D'ADJUDICATION;ANONYMAT | Recours d'un consortium contre l'attribution à un autre consortium par l'office cantonal du génie civil d'un marché portant sur la conception d'une passerelle piétonne. Il a soulevé le grief de violation du principe de l'anonymat de la procédure du fait que la consultation du site internet du second consortium, dont l'adresse figurait sur les références techniques lors de la phase de sélection, aurait permis de visualiser des représentations très semblables et des plans identiques à ceux du projet présenté au jury, et partant d'identifier l'auteur du projet gagnant. Rejet du recours, le principe de l'anonymat étant respecté. | LMI.5.al1; AIMP.1.al3; AIMP.12.al3; LMP.22.al1; RMP.4; RMP.16; OMP.17

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 15 al. 1 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 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 ; art. 55 let. c et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01).

E. 2

Le recourant a conclu préalablement à la production des dossiers complets de candidature et de projet du consortium-1.

E. 2.1

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il y soit donné suite (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 127 I 54 consid. 2b). Ce droit ne s'étend qu'aux éléments pertinents pour l'issue du litige et n'empêche pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2 ; 131 I 153 consid. 3). En outre, il n'implique pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1).

E. 2.2

En l'espèce, l'OCGC a produit les planches soumises par les parties et présentées au jury. Le recourant n'a par la suite plus conclu à la production de pièces. Il a ainsi été donné suite à la conclusion, qui a perdu son objet.

E. 3

Le litige a pour unique objet la violation, alléguée par le recourant, du principe de l'anonymat.

E. 3.1

Le concours 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.

E. 3.1.1

L'AMP n'évoque les concours qu'en matière d'appel d'offres limités pour poser la condition qu'il soit organisé de manière compatible avec les principes de l'AMP et que les participants soient jugés par un jury indépendant (art. XIII al. 1 let. h. ch. i et ii).

E. 3.1.2

Selon l'art. 5 al. 1 LMI, les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal. Ces prescriptions, et les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse d'une manière contraire à l'art. 3 LMI. Lorsque l'adjudication d'un marché ou l'octroi d'une concession de monopole sont fondés sur l'AIMP, les dispositions de la LMI sont présumées respectées.

E. 3.1.3

L'AIMP a entre autres buts d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et assurer l'impartialité de l'adjudication et assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. a-c). Il prévoit que les concours d'études ou les concours portant sur les études et la réalisation doivent respecter les principes de l'AIMP ; pour le surplus, l'organisateur peut se référer aux règles établies par les organisations professionnelles concernées (art. 12 al. 3).

E. 3.1.4

Le RMP réaffirme les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination (art. 16). Lorsque l'autorité adjudicatrice organise un concours ou si elle souhaite attribuer un mandat d'études parallèle, elle doit respecter les dispositions du présent règlement (art. 4 al. 1). Elle peut également se référer aux règles appliquées par les organisations professionnelles en la matière, si ces règles ne sont pas contraires aux dispositions du règlement (art. 4 al. 2).

E. 3.1.5

L'art. 22 al. 1 de la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP - RS 172.056.1) non applicable en l'espèce, mais citée à titre d'illustration, prévoit que l'adjudicateur qui organise un concours d'études ou un concours portant sur les études et la réalisation ou qui attribue des mandats d'étude parallèles définit la procédure au cas par cas,

dans le respect des principes énoncés dans la LMP. Il peut se référer aux règles édictées en la matière par les associations professionnelles. La LMP vise notamment la transparence des procédures d'adjudication (art. 2 let. b et 11 let. a) et l'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires (art. 2 let. c et 11 let. c). L'art. 17 de l'ordonnance sur les marchés publics du 12 février 2020 (OMP - RS 172.056.11) prévoit que dans la procédure de concours, les projets soumis à l'adjudicateur doivent être présentés sous forme anonyme ; les participants qui ne respectent pas la condition de l'anonymat sont exclus du concours (al. 1). L'adjudicateur peut lever l'anonymat de manière anticipée si cette possibilité a été mentionnée dans l'appel d'offres (al. 3).

E. 3.1.6

Selon la norme SIA 142, dans sa version en vigueur en 2009 applicable à la présente cause, les travaux du concours, rendus de manière anonyme, sont jugés par un jury qualifié et compétent. Le maître de l'ouvrage garantit l'anonymat jusqu'à ce que le jury ait jugé les propositions, les ait classées et primées, ait prononcé une recommandation pour la suite des opérations et formulé définitivement son rapport de jugement. Chaque concurrent a droit à l'égalité de traitement de son travail. Les résultats du concours et du jugement sont publiés (préambule). Les concours se déroulent dans l'anonymat. Le maître de l'ouvrage, les membres du jury, les participants et les professionnels mandatés se portent garants de l'anonymat des travaux de concours, jusqu'à ce que le jury ait jugé et classé les travaux de concours, attribué les prix et mentions et prononcé une recommandation pour la suite de l'opération (art. 1.4). Le jury reste identique dans les concours à deux degrés (art. 5.2). Le programme du concours doit mentionner, entre autres, la façon de désigner les travaux de concours et l'obligation de mentionner l'auteur du projet et ses collaborateurs, uniquement sous pli fermé (art. 13.3 let. n). Selon l'art. 16.1, le rapport du jury mentionne notamment : (a) ses considérations générales relatives au concours, son appréciation des propositions dans le contexte global et la consignation du déroulement général du jugement ; (b) la description approfondie des propositions de concours retenues en vue de leur attribuer un prix ou une éventuelle mention en prenant en considération tous les domaines professionnels requis ; (c) les décisions prises au sujet des propositions, relatives aux exclusions, aux prix et aux éventuelles mentions et indemnités, ainsi que leur justification. L'art. 19.1 prévoit qu'une proposition doit être exclue : (a) du jugement si elle a été livrée en-dehors du délai ou de manière incomplète dans ses parties essentielles, si elle est incompréhensible, laisse supposer des intentions déloyales ou si son auteur a enfreint la règle de l'anonymat ; (b) de la répartition des prix, si elle s'écarte des dispositions du programme sur des points essentiels. L'art. 24.2 prévoit qu'après le jugement et la signature du rapport, l'anonymat est levé en suivant l'ordre du classement et, si nécessaire, en vérifiant le droit de participation. Selon l'art. 4.3 des lignes directrices pour les normes SIA 142 et 143 de février 2009, les données numériques doivent être rendues anonymes lors du concours. Dans la mesure du possible, le participant veille à ce que les données du projet numérique remises soient exemptes d'éléments d'identification. Néanmoins, les données numériques peuvent contenir des informations cachées liées à l'auteur du projet (p. ex. métadonnées, chemins de stockage). Il incombe au maître de l'ouvrage d'écarter ces informations du processus de jugement. Selon l'art. 4.3.1, le maître de l'ouvrage se charge de faire anonymiser les données de projets numériques par un tiers. Celui-ci doit être indépendant du maître de l'ouvrage et des membres du jury et ne doit pas intervenir dans l'examen préalable. Selon l'art. 4.3.2, les participants veillent à ce que les supports de données portent uniquement la devise du projet rendu et qu'ils soient exempts d'éléments

d'identification visibles. Les noms des fichiers et, dans la mesure du possible, les propriétés de document des données de projet doivent être exempts d'informations liées à l'auteur. En cas de violation intentionnelle de l'obligation d'anonymat (p. ex. nom du bureau d'études sur l'enveloppe, sur le support de données, etc.), les projets en question seront exclus du jugement.

E. 3.1.7

En 2015, le Tribunal cantonal de Saint-Gall a jugé que l'indication sur le paquet d'un projet de l'adresse de l'amie de l'auteur – distincte de celle de ce dernier – ne permettait pas d'identifier celui-ci et ne constituait pas une violation du principe d'anonymat (TC-SG B_2015/133 du 17 décembre 2015 consid. 2.4). En 2020, le Tribunal cantonal de Glaris a examiné si la mention, dans le pied de page d'un document de données soumis au jury, du prénom Theodor, permettait de faire le lien avec le bureau Thomas Fischer Architekt GmbH lauréat du concours, et portait ainsi atteinte à l'exigence d'anonymat. Il a jugé que l'anonymat au sens de la norme SIA 142 et de la disposition de droit cantonal signifie la séparation conséquente entre la proposition de solution d'une part et son auteur d'autre part. Ce qui est déterminant, c'est que le jury puisse juger objectivement et avec impartialité, ce qui n'est manifestement plus le cas lorsque l'auteur peut être reconnu grâce au projet. Il s'ensuit que la violation du principe d'anonymat doit toujours être admise lorsque des informations figurant dans le projet permettent de tirer des conclusions sur son auteur. En outre, il faut également retenir une violation du principe d'anonymat lorsque les indications font naître un soupçon fondé quant à l'identité de l'auteur du projet, même si ce soupçon ne se confirme pas par la suite. Même dans un tel cas il existe le risque que le jury ne peut plus établir son jugement de manière objective et indépendante. À l'inverse, l'exigence d'anonymat n'est pas violée lorsqu'il n'existe qu'abstraitement la possibilité qu'un lien puisse être établi entre un projet et son auteur. Dans le cas examiné, faute d'avoir établi à quel bureau respectivement à quel collaborateur le prénom de Theodor pouvait être relié, il n'y avait pas de soupçon fondé. Les juges ont encore relevé que la documentation d'autres concurrents comportait en pied de page des références autrement explicites à leurs auteurs (TC-GL VG.2020.00006 du 30 avril 2020 consid. 7 et 8). En 2023, le Tribunal cantonal de Lucerne a jugé que la cause ne pouvait plus être renvoyée au jury une fois l'anonymat levé (TC-LU 7H22 293-295/197/199 du 9 mai 2023 consid. 4.3.2).

E. 3.2

En l'espèce, il n'est pas contesté qu'aucune indication ni mention écrite permettant d'identifier le consortium ■1 – telles que des raisons sociales, des logos, des noms d'architectes, d'ingénieurs ou de collaborateurs – ne figurait sur la documentation papier et électronique que celui-ci a remise de manière anonyme lors du concours. Le consortium-2 soutient dans son recours que la consultation d'un sous-répertoire du site internet du consortium-1, dont l'adresse figurait sur les références techniques lors de la phase de sélection, permettait cependant de visualiser des représentations très semblables et des plans pour ainsi dire identiques à ceux du projet présenté au jury, et partant d'identifier l'auteur du projet gagnant. En cela, le cas d'espèce se distingue des précédents cantonaux susévoqués, qui portent sur des marques ou des signes présents sur les enveloppes ou les documents eux-mêmes, qui permettent le cas échéant un rapprochement immédiat. Le consortium-1 objecte, sans être contredit : que le site internet de D_____ présentait 54 photos de réalisations, dont 11 ponts ou passerelles ; que celui d'E_____ affichait 37 réalisations différentes, la page vonmises.eu/fr laissant apparaître une animation graphique

où se succédaient rapidement un modèle puis des coupes et des plans ; que le site de F_____ présentait 58 réalisations dont 9 ponts ; que les sites des participants présentaient 822 réalisations au total. L'OCGC objecte que huit mois s'étaient écoulés entre la phase de sélection et le concours. Les enquêtes ont montré que la mention du site internet devait permettre à l'organisateur du concours de procéder à des vérifications, que la consultation du site n'était pas du ressort des jurés et n'avait pas intéressé ceux-ci et qu'aucun lien avec le consortium-1 n'avait à aucun moment été évoqué par les jurés lors des discussions, des questions ou des échanges avec les organisateurs ou les spécialistes-conseils. Dans ses conclusions après enquêtes, le consortium-2 fait valoir que le prototype de pont « bicontentio » présenté par le consortium-1 lors de la phase de sélection ressemblait quoi qu'il en soit en tous points au projet soumis aux jurés pour le concours. Les critères de sélection énoncés par le programme du concours (ch. 3.7) prescrivaient la présentation de deux références par candidature en adéquation avec les thèmes faisant l'objet du concours, à propos desquelles seraient appréciées notamment l'insertion paysagère et environnementale ainsi que la qualité statique et architecturale. Il n'est ainsi pas surprenant que les candidats aient présenté lors de la première phase des références proches des projets qu'ils soumettraient s'ils étaient sélectionnés pour le concours, et aucune déloyauté ne peut leur être reprochée. Il ressort des pièces fournies par l'OCGC que le consortium-1 a présenté lors de la phase de sélection cinq passerelles réalisées : (1) la passerelle du la Thièle à Yverdon-les-Bains ; (2) la passerelle Martutene sur le Urumea à San Sebastian en Espagne ; (3) la passerelle sur la Trême ; (4) la passerelle de la Joux-Verte et (5) la passerelle Miguel Laboa. Seule la passerelle n° 2, soit l'une des deux références en grand format, présente une ressemblance avec les images du projet par son apparence et son concept – à l'exception toutefois de la couleur, ocre pour la réalisation et bleu-vert pour le projet, et éventuellement de la structure des garde-corps. Compte tenu de tous ces éléments, soit notamment du nombre important des images soumises aux jurés lors de la phase de sélection et du temps relativement long écoulé entre la sélection et le concours, il paraît peu vraisemblable qu'un juré ait fait ou même simplement pu faire un rapprochement entre le projet gagnant et le consortium-1. Il n'est certes pas exclu que le projet lauréat ait pu provoquer chez l'un ou l'autre des jurés un sentiment de « déjà vu ». Cependant, la probabilité que ce juré ait pu ensuite rattacher avec certitude le projet à l'un des sept concurrents retenus paraît insignifiante compte tenu du nombre des candidatures et des illustrations présentées lors de la phase de sélection. En effet, en raison des contraintes spécifiques liées au site et des exigences du maître de l'ouvrage, rappelées par celui-ci, telles notamment l'absence de piliers centraux ou encore la synergie avec le pont existant, les réalisations mises en avant par l'ensemble des candidats lors de la phase de sélection et les projets soumis par les sept concurrents lors du concours proprement dit présentaient entre eux des similitudes suffisamment importantes et nombreuses pour qu'il paraisse pour ainsi dire impossible pour un juré d'attribuer, de mémoire, tel ouvrage à tel concurrent. Certes, le consortium-1 fait valoir dans sa réponse que chaque bureau possède un style et que ses œuvres révèlent sa « patte », et le consortium-2 se plaint précisément de la similitude du projet lauréat avec un prototype du consortium-1. Le fait que le consortium-1 aurait pu produire un prototype et le réaliser au moins une, deux ou même trois fois auparavant ne paraît pas de nature à modifier le raisonnement tenu ci-avant au sujet du risque qu'un juré ait pu relier le projet lauréat à son auteur. Il a été vu par ailleurs qu'il n'y avait rien de déloyal à présenter en phase de sélection une référence adaptée aux exigences du concours. En outre, dans le cas d'espèce, le consortium-1 a relevé non sans raison que les réalisations présentées par le consortium-2

présentaient elles aussi à tout le moins une similitude du point de vue de la couleur ocre – choisie pour les tabliers des réalisations présentées respectivement la structure et le tablier du projet soumis. Cela dit, de manière générale, il paraît douteux que la proximité d'un projet avec le style caractéristique d'un auteur (par exemple le style « Le Corbusier » ou « Frank Gehry ») ou encore des productions en série (par exemple les ensembles d'habitation « Honegger et Dumonthay ») puisse être constitutive en soi de violation de l'exigence d'anonymat, à peine de limiter excessivement la liberté de création et le droit des concurrents de participer aux concours, compte tenu notamment de la possibilité qu'un style ou une technique soient copiés ou imités par un concurrent ou inspirent plus généralement la création à une époque donnée. La question du style ou de la « patte » doit enfin être relativisée, dès lors qu'elle ne constitue, de loin, pas le critère déterminant dans un concours. Le rapport du jury à l'appui de son verdict a retenu en l'espèce, à propos du projet lauréat, l'attitude contemporaine respectueuse des enjeux qui le caractérisent, avec une retenue laissant au paysage naturel et bâti le premier rôle. Il a valorisé la solution proposée, notamment le non-alignement et l'inscription perpendiculaire de l'ouvrage à la courbe de la rivière. Il a salué le caractère remarquable de l'insertion du projet dans le paysage, en particulier les ancrages élevés contre les berges garantissant la stabilité de l'ouvrage lors de la crue centennale et préservant la vision sur les arches du pont existant tout en assurant une vision d'ensemble calme et contenue. Il a enfin apprécié les pliages du caisson structurel laissant lire les abords des berges pour se transformer en parapet protecteur lorsque les usagers se trouvent au milieu de l'Arve, saluant un choix structurel en relation presque organique avec l'expression architecturale et le paysage qui l'entoure. Enfin, l'usage d'une seul matériau, l'acier, accentuait le sentiment d'abstraction. Le jury a ensuite apprécié les qualités statiques et matérielles de l'ouvrage ainsi que les modalités de sa réalisation. Il suit de là que c'est conformément à la loi que le jury a désigné comme lauréat le projet du consortium-1, sans retenir ni même envisager de violation de l'exigence d'anonymat. Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté. Vu l'issue du litige, les conclusions sur mesures provisoires ont perdu leur objet.

E. 4

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'000.-, tenant compte de la décision sur mesures préprovisionnelles et de l'audience d'instruction, sera mis à la charge des recourantes (art. 87 al. 1 LPA), et une indemnité de procédure de CHF 2'000.-, sera allouée aux intimés, qui y ont conclu (art. 87 al. 2 LPA).

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