

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2838/2019-MARPU

ATA/1357/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 10 septembre 2019

sur effet suspensif

dans la cause

ÉCOSERVICES SA

représentée par Me Guillaume Etier, avocat

contre

AÉROPORT INTERNATIONAL DE GENÈVE

Attendu, en fait, que :

- 1) Écoservices SA (ci-après : Écoservices) est une société anonyme sise à Carouge, inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) du canton de Genève depuis le 13 août 1998. Elle a pour but statutaire l'exploitation d'un bureau de conseil en environnement et sécurité.

Bureau de travaux et d'études en environnement - BTEE SA (ci-après : BTEE) est une société anonyme sise à Sembrancher, inscrite au RC du Bas-Valais depuis le 7 mai 2008. Ses buts statutaires sont multiples, deux d'entre eux étant l'exploitation d'un bureau conseil en écologie appliquée, en ingénierie de l'environnement, en agriculture et en aménagement du territoire, en management environnemental, et en développement durable, ainsi que l'exploitation d'un bureau conseil en sécurité, sûreté, santé, environnement et gestion de crise dans les domaines aéroportuaires, exploitation d'Unité ou de service de Prévention du Péril Animalier pour les aéroports.

- 2) BTEE assure la protection contre le péril animalier pour l'Aéroport international de Genève (ci-après : AIG) depuis environ vingt-cinq ans, le dernier mandat de cinq ans lui ayant été attribué en 2013 à la suite d'un appel d'offres.
- 3) Le 15 janvier 2019, l'AIG a fait paraître sur le site Internet www.simap.ch un appel d'offres en procédure ouverte relatif au marché de services « Prévention du péril animalier » (ci-après : PPA).
- 4) Écoservices a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre l'appel d'offres précité.
- 5) Par décision du 5 février 2019, l'AIG a interrompu la procédure d'appel d'offres en vue de reformuler celui-ci.
- 6) Le 25 juillet 2019, l'AIG a fait paraître un nouvel appel d'offres en procédure ouverte, soumis aux accords internationaux, relatif au marché PPA et suivi environnemental.

Le délai de clôture des offres était fixé au 11 septembre 2019. La durée du marché était fixée à cinq ans, soit du 1^{er} décembre 2019 au 1^{er} décembre 2024.

Les critères d'adjudication et leur pondération avaient été modifiés : le prix passait de 35 % à 30 %, la qualité technique de l'offre de 50 % à 40 %, le critère des personnes-clés était dans les deux cas pondéré à 10 %, et le critère de la formation (5 % dans le premier appel d'offres) disparaissait au profit de celui des références, pondéré à 20 %. Contrairement au premier appel d'offres, une note de 3 ou moins aux deux sous-critères « Méthodologie de gestion du risque animalier » (lié à la

qualité technique de l'offre) et « Référence dans le domaine de la PPA » (lié aux références) était éliminatoire.

Il résultait en outre du document « conditions administratives de l'appel d'offres » que la sous-traitance, qui n'était admise dans le premier appel d'offres que pour les prestations d'entretien des armes et d'experts scientifiques, était désormais admise de manière générale sauf pour une liste de treize prestations expressément recensées.

Les prestations devaient être fournies à partir du 1^{er} décembre 2019 pour une durée de cinq ans, le mandat pouvant être renouvelé deux fois, à chaque fois pour douze mois.

Le marché n'était pas divisé en lots, et des offres partielles n'étaient pas admises. Le délai de remise des offres était fixé au 11 septembre 2019 à 11h00.

- 7) Par acte déposé le 5 août 2019, Écoservices a interjeté recours auprès de la chambre administrative contre l'appel d'offres du 25 juillet 2019, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours et à la prise de diverses mesures d'instruction, et principalement à l'annulation de l'appel d'offres.

Le second appel d'offres demeurait totalement fermé, la seule entreprise pouvant se voir attribuer le marché étant BTEE, déjà en charge du mandat. Ce dernier avait été attribué à une époque où Monsieur Xavier WOHLSCHLAG était directeur d'exploitation à l'AIG, précisément en charge de la gestion du péril animalier. Or, Monsieur Stéphane PILLET, directeur général de BTEE, était le parrain de l'un des enfants de M. WOHLSCHLAG, qui avait certes quitté l'AIG quelques mois plutôt, mais était désormais « conseiller aux affaires aéroportuaires » chez BTEE.

Il devait être fait interdiction à l'AIG de poursuivre la planification de la procédure d'appel d'offres et d'adjudication. La concurrence était totalement faussée dans le cadre de l'appel d'offres litigieux, en ce sens que le marché prétendument ouvert et public était défini pour et autour de BTEE, qui était en charge actuellement et depuis environ vingt ans des tâches qui y étaient décrites. Cette société était notamment la seule à pouvoir se prévaloir de l'expérience et des références nécessaires dans le domaine de la gestion du péril animalier dans une zone aéroportuaire, étant précisé qu'à Lyon ou Zurich ces prestations étaient internalisées et n'avaient pas donné lieu à un appel d'offres.

Aucun intérêt public ne s'opposait à l'octroi de l'effet suspensif, dès lors que BTEE pouvait parfaitement, au gré d'un nouveau mandat ponctuel, continuer à exercer les tâches qui lui étaient dévolues le temps que l'appel d'offres soit reformulé. Aucun intérêt privé autre que celui d'Écoservices n'était touché, et il y avait par

ailleurs un intérêt public à ce que les règles de la procédure soient respectées et à ce que la procédure d'appel d'offres ne soit pas viciée par des exigences alibi.

- 8) Le 23 août 2019, l'AIG a conclu au rejet du recours et de la demande d'effet suspensif.

Le recours était manifestement dépourvu de chances de succès. S'agissant du grief lié à la définition du périmètre du marché et de l'absence de division en lots, les mesures de gestion environnementales étaient étroitement liées, dans le périmètre aéroportuaire, aux mesures relevant de la PPA. Il se justifiait ainsi de confier leur mise en œuvre aux mêmes personnes pour des raisons d'efficacité et d'efficience, ainsi que pour garantir une coordination étroite dans toutes les missions énoncées par le cahier des charges, et il n'y avait donc pas lieu de scinder le marché en différents lots. Si un tribunal venait à lui imposer un « splitting » des différentes composantes du marché, il excéderait son pouvoir de décision.

Il n'y avait pas non plus lieu de permettre le recours à des consortiums d'entreprises ou à admettre de manière encore plus large la sous-traitance, dont les possibilités avaient déjà été élargies dans le second appel d'offres. La liste des prestations exclues de la sous-traitance traçait le contour des responsabilités que l'opérateur PPA devait impérativement maîtriser au sein de sa propre organisation.

Les conditions d'aptitude n'avaient pas été conçues sur mesure en faveur de BTEE. Il n'était pas exigé que l'activité exercée par le soumissionnaire soit absolument identique aux prestations de PPA définies dans le cahier des charges de l'appel d'offres. De plus, il existait en Europe d'autres sociétés indépendantes actives dans le domaine de la PPA.

Le contrat avec BTEE avait été prolongé jusqu'au 31 décembre 2019. Cela étant, une partie des prestations de l'actuel contrat était destinée à être dissociée des prestations de PPA, notamment celles relatives à l'organisation et à la coordination des opérations de fauche des prairies de l'aéroport. L'équilibre actuel avait donc été modifié de manière substantielle et nécessitait la mise en œuvre de mesures opérationnelles qui devaient respecter une planification adaptée au personnel. Si l'effet suspensif devait être accordé, cela retarderait la mise en œuvre de ces mesures à une date indéterminée, causant ainsi des problèmes organisationnels au sein de l'AIG.

Dans l'examen au fond du recours, le grief lié à une éventuelle partialité de l'AIG devait être rejeté. M. WOHLSCHLAG avait pris sa retraite en 2017. Entre 2017 et 2019, le département en charge de la PPA avait été substantiellement remanié. L'appel d'offres avait été organisé par une équipe multidisciplinaire constituée par l'AIG précisément avec le souci de s'assurer de sa totale indépendance à l'égard de BTEE. Il s'agissait de Madame Dominique ANDRÉ, membre du service planification stratégique, coordination et achats dépendant de la direction générale, et

de Monsieur Laurent GORGERAT, chef du département Aviation dépendant de la direction Opérations. L'AIG avait pris soin de ne pas impliquer Monsieur Thomas ROMIG, vu les liens opérationnels qu'il avait pu entretenir avec les responsables et le personnel de BTEE. Dans ces circonstances, les allégations non étayées au sujet d'une prétendue connivence entre MM. PILLET et WOHLSCHLAG étaient dénuées de tout fondement. Quels que soient les liens entre les deux hommes, on ne voyait pas quelles conséquences ils pouvaient avoir, l'appel d'offres ayant été préparé par une nouvelle équipe, M. GORGERAT n'ayant du reste pas été nommé à la tête du département Aviation par M. WOHLSCHLAG mais par son successeur. Le fait que M. WOHLSCHLAG ait par hypothèse choisi d'occuper sa retraite en participant aux activités de BTEE relevait de sa sphère de liberté, et n'impliquait en rien que les actuels collaborateurs de l'AIG soient restés sous son emprise. Les investigations menées par le Ministère public et la police judiciaire n'avaient pas étendu leurs investigations au domaine couvert par l'appel d'offres, si bien que les allusions et autres rapprochements contenus dans le recours étaient déplacés.

- 9) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

- 1) Interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est de prime abord recevable (art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05) et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).
- 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, restituer 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/1581/2017 du 7 décembre 2017 consid. 2, et les arrêts cités ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, *Marchés publics* 2010, Zurich 2010, pp. 311-341, p. 317 n. 15).

La vice-présidente de la chambre administrative a compétence pour statuer seule sur les requêtes de mesures provisionnelles (art. 21 et 66 al. 3 de la loi sur la

procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 26 septembre 2017).

La restitution de l'effet suspensif constitue cependant une exception en matière de marchés publics, et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/1581/2017 précité consid. 2, et les arrêts cités).

- 3) a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP). Il vise notamment à harmoniser les règles de passation des marchés (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 deniers publics (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, notamment 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) ; l'adjudication de biens largement standardisés peut intervenir selon le critère du prix le plus bas (al. 4).

c. La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6), l'appréciation de la chambre administrative ne pouvant donc se substituer à celle de ce dernier, seul l'abus ou l'excès de pouvoir d'appréciation devant être sanctionné (ATF 130 I 241 consid. 6.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2P.111/2003 du 21 janvier 2004 consid. 3.3 ; 2P.172/2002 du 10 mars 2003 consid. 3.2). 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 (décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 29 juin 1998, publiée in JAAC 1999 p. 136 consid. 3a).

d. Le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires tout au long du

déroulement formel de la procédure (art. 16 RMP ; ATA/1005/2016 du 29 novembre 2016 consid. 3 ; ATA/51/2015 du 13 janvier 2015 et la jurisprudence citée ; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 109 ; Benoît BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics, RDAF 2004 p. 241 ss).

- 4) Toute discrimination des candidats ou des soumissionnaires est interdite, en particulier par la fixation de délais ou de spécifications techniques non conformes à l'art. 28 RMP, par l'imposition abusive de produits à utiliser ou le choix de critères étrangers à la soumission (art. 16 al. 1 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 (art. 24 RMP).

- 5) Selon la jurisprudence, les critères d'adjudication (ou d'attribution) se rapportent directement à la prestation elle-même et indiquent au soumissionnaire comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée et choisie. Ils doivent être distingués des critères d'aptitude (ou de qualification) qui visent à évaluer les capacités financières, économiques, techniques et organisationnelles des candidats ; bien qu'ils concernent la personne même du soumissionnaire, les critères d'aptitude doivent toutefois, selon la doctrine et la jurisprudence, également être directement et concrètement en rapport avec la prestation à accomplir, en ce sens qu'ils doivent porter sur des qualifications nécessaires pour mener à bien cette prestation. Dans la pratique, la distinction entre critères d'aptitude et d'adjudication est parfois difficile à opérer, surtout lorsque l'adjudication se déroule en procédure ouverte (ATF 129 I 313 consid. 8.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_91/2013 du 23 juillet 2013 consid. 2.2.1 ; 2P.322/2006 du 14 août 2007 consid. 3.3.1).

- 6) a. La garantie d'indépendance et d'impartialité découlant de l'art. 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) s'applique lors de la passation de marchés publics (art. 11 let. d AIMP ; art. 19 RMP ; art. 15 al. 1 LPA). Un membre d'une autorité administrative doit se retirer et est récusable par les parties s'il a un intérêt personnel dans l'affaire, est parent ou allié d'une partie en ligne directe ou jusqu'au troisième degré inclusivement en ligne collatérale ou s'ils sont unis par mariage, fiançailles, par partenariat enregistré, ou mènent de fait une vie de couple, représente une partie ou ont agi pour une partie dans la même affaire et s'il existe des circonstances de nature à faire suspecter leur partialité (art. 15 al. 1 LPA).

b. 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 (ATA/6/2015 du 6 janvier 2015 consid. 7d ; ATA/134/2012 du 13 mars 2012 consid. 13c et la référence citée).

7) a. Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) rendue en matière de marchés publics fédéraux en application de l'art. 10 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA - RS 172.021) – lequel a une teneur similaire à l'art. 15 al. 1 LPA –, des liens économiques étroits, tels que des relations de travail ou d'autres rapports commerciaux, ou encore une relation de concurrence, peuvent donner l'apparence de la prévention s'ils sont constatés objectivement et présentent une certaine intensité. Plus ces relations ou liens sont étroits et actuels, plus ils sont susceptibles de constituer un motif de récusation. Lorsqu'un ancien employeur est concerné par la procédure, la question de savoir si l'apparence de la prévention est donnée dépend de la durée des rapports de travail, du laps de temps écoulé depuis la résiliation de ceux-ci, ainsi que de la position occupée par l'ancien employé (arrêt du TAF B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 5.4.2 ; décisions incidentes du TAF B-804/2014 du 16 avril 2014 consid. 5.3.2 et B-4852/2012 du 15 novembre 2013 consid. 5.3.2 et les références citées).

b. Le TAF a également constaté que, faute de règles de récusation spéciales relatives aux seuls marchés publics – en particulier pour les marchés très spécialisés ne s'adressant qu'à un petit nombre de spécialistes –, il n'était pas habilité à s'éloigner des règles ordinaires en la matière pour des motifs d'ordre pratique invoqués par le pouvoir adjudicateur (décision incidente du TAF B-804/2014 précitée consid. 6.5).

8) En l'espèce, les griefs contenus dans le recours soulèvent plusieurs questions a priori pertinentes – intérêt du critère des références pour un marché aussi spécifique et importance accordée à ce critère, nécessité éventuelle de la division en lots, et liens entre BTEE et le personnel présent et passé de l'AIG – qu'il conviendra d'élucider au cours de l'instruction du présent recours, lequel n'apparaît en tout cas pas, a priori, dénué de chances de succès à ce stade.

Quant à l'intérêt prépondérant, force est de constater que BTEE exploite déjà le marché et ne subirait aucun inconvénient à ce que le délai de dépôt des offres soit repoussé. Les motifs avancés par l'intimé au sujet de l'urgence à procéder ne sont guère convaincants, car l'on ne voit pas pourquoi le statu quo, qui a été prolongé jusqu'à la fin de l'année 2019, ne pourrait pas l'être encore quelques mois supplémentaires en cas de besoin, ce d'autant que la chambre de céans entend instruire la présente procédure aussi rapidement que possible. Il convient également de rappeler que les pouvoirs adjudicateurs doivent prendre en compte, dans leur planification, une éventuelle procédure de recours.

Il résulte de ce qui précède que l'effet suspensif sera octroyé au recours, cette décision annulant de fait le délai de remise des offres au 11 septembre 2019.

9) Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

octroie 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), le présent arrêt peut être porté 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 ;

s'il 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. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Guillaume Etier, avocat de la recourante ainsi qu'à l'Aéroport international de Genève.

La vice-présidente :

F. Krauskopf

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :