

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1314/2020-MARPU

ATA/585/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 16 juin 2020

sur effet suspensif

dans la cause

DOMAINE CHÂTEAU-DU-CREST, J. MEYER & CIE
représenté par Me Christian Grosjean, avocat

contre

Monsieur Christophe BAUMGARTNER
représenté par Me Bruno Megevand, avocat

et

GENÈVE AÉROPORT

Attendu en fait que :

- 1) Le domaine du Château-du-Crest, J. Meyer & Cie (ci-après : le domaine du Crest) est une société en nom collectif dont le siège est situé sur la commune de Jussy. Le but social est notamment l'exploitation d'une entreprise agricole et viticole, exécution de tous travaux ayant des liens avec ce domaine d'activités ou offrant des interactions avec ce dernier.
- 2) Le 6 février 2020, Genève Aéroport a publié sur le site www.simap.ch un appel d'offres en procédure ouverte pour un marché de services soumis à l'accord GATT-OMC, respectivement aux accords internationaux relatifs à la prestation de fauche des prairies de Genève Aéroport.

Les critères d'adjudication et leur pondération étaient les suivantes :

- montant de l'offre : 45 %
 - prix par hectare pour une fauche régulière et tardive : 40 %
 - prix par hectare pour une fauche exceptionnelle : 5 %
- moyens mis à disposition : 43 %
 - capacité matériel du soumissionnaire : 30 %
 - moyens de réserve : 13 %
- développement durable : 12 %
 - mesures environnementales : normes d'émissions des véhicules et engins : 5 %
 - mesures environnementales : utilisation des biocarburants et utilisation de ficelles ou filets biodégradables : 7 %

Selon le dossier d'appel d'offres, la sous-traitance était admise.

La création de consortium n'était pas admise (art. 2.3.2).

Des variantes n'étaient pas admises. Le contrat était prévu pour entrer en vigueur le 1^{er} juin 2020 et arriver à échéance le 31 mai 2021. Six mois au moins avant son échéance, les parties s'informaient de leur volonté de renouveler ou non le contrat. En l'absence de communication, celui-ci était renouvelé tacitement aux mêmes conditions pour une durée d'un an, ce d'année en année, mais au maximum quatre fois. Dans tous les cas, le contrat arrivait automatiquement à échéance le 31 mai 2025.

- 3) Dans le délai imparti au 17 mars 2020, le domaine du Crest a soumis son offre.

- 4) Par décision du 23 avril 2020, notifiée le 28 avril 2020, Genève Aéroport a adjugé le marché à Monsieur Christophe BAUMGARTNER pour un montant hors taxe de CHF 727'904.-.

Le domaine du Crest a été classé au deuxième rang sur deux offres évaluées.

La décision d'adjudication contenait en annexe un tableau multicritères valant synthèse des critères d'adjudication indiquant les notes obtenues par les deux soumissionnaires.

Critères et sous-critères	Désignation	Pondération	Domaine du Crest	M. BAUMGARTNER
CRITÈRE B	Montant de l'offre (annexe B)	45 %	1.83	2.15
B1	Prix par hectare pour une fauche régulière et tardive	40 %	1.58	2.00
B2	Prix par hectare pour une fauche exceptionnelle	5 %	0.25	0.15
CRITÈRE C	Moyens mis à disposition (annexe C)	43 %	1.98	1.86
C1	Capacité matériel du soumissionnaire	30 %	1.50	1.50
C2	Moyens de réserve	13 %	0.48	0.3575
CRITÈRE D	Développement durable (annexe D)	12 %	0.53	0.53
D1	Mesures environnementales : normes d'émission des véhicules et engins	5 %	0.25	0.28
D2	Mesures environnementales utilisation des biocarburants et utilisation de ficelles ou filets biodégradables	7 %	0.28	0.28
Récapitulatif			4.34	4.54

- 5) Une vidéoconférence s'est tenue le 5 mai 2020, à la demande du domaine du Crest, avec le pouvoir adjudicateur.
- 6) Par acte du 7 mai 2020, le domaine du Crest a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision d'adjudication.

Il a conclu à l'annulation de celle-ci et à ce que le marché lui soit adjugé. Subsidiairement, la cause devait être renvoyée à Genève Aéroport pour nouvelle décision. Préalablement, l'effet suspensif devait être restitué au recours et il devait être ordonné à Genève Aéroport de produire le dossier d'appel d'offres de M. BAUMGARTNER. Pour le surplus, le recourant devait être autorisé à produire des pièces complémentaires, à compléter son recours et à répliquer.

Au fond, M. BAUMGARTNER avait violé les conditions d'adjudication, notamment les art. 4.3 et 4.15 du dossier d'appel d'offres notamment sur l'intégrité morale. À la suite de la publication de l'appel d'offres, il avait pris contact avec le domaine du Crest. Une séance s'était tenue le 28 février 2020 au cours de laquelle il avait formellement proposé au domaine du Crest de s'associer, dans l'unique but d'augmenter l'offre pour la fauche aéroportuaire et ainsi d'éviter toute concurrence, en vue d'obtenir l'adjudication. Comme cela s'était confirmé lors de l'appel d'offres, ces deux entreprises étaient les seules à même de répondre à l'appel d'offres. Il avait en outre avancé qu'il connaissait les budgets du pouvoir adjudicateur et qu'au vu de ces derniers, le domaine du Crest pratiquait des prix trop bas. Il avait déjà pris contact quelques années auparavant avec le domaine du Crest, lors d'une manifestation à Berne, lui reprochant d'être « beaucoup trop bon marché ». Le domaine du Crest avait refusé la proposition d'association relative au marché querellé. Il s'agissait clairement d'une tentative de création d'une entente illicite afin de supprimer toute concurrence efficace entre leurs entreprises. M. BAUMGARTNER avait en conséquence violé ses engagements de soumissionnaire. Par ailleurs, il serait contraint de faire appel à des sous-traitants, probablement Messieurs Sylvain FAILLETAZ et Nicolas SEILER, présents lors de la séance où M. BAUMGARTNER avait proposé un consortium. Or, tous deux avaient été formés au sein du domaine du Crest. Ils connaissaient donc les prix pratiqués.

Par ailleurs, les engins en possession de M. BAUMGARTNER ne permettaient vraisemblablement pas de travailler avec un biocarburant.

Le recourant critiquait la notation du critère des moyens mis à disposition et du développement durable.

- 7) M. BAUMGARTNER s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif. Il contestait avoir proposé au domaine du Crest de présenter une offre unique afin d'éviter toute concurrence. L'objectif de la réunion était de soumettre au représentant du recourant une offre de sous-traitance. L'un des représentants du recourant avait alors

refusé cette proposition, ayant déjà pris des engagements envers un tiers. Le domaine du Crest avait par ailleurs essayé de dissuader l'intimé et ses sous-traitants de soumissionner.

Il était contesté qu'il ait eu, avec les sous-traitants, accès aux prix appliqués par le recourant. Il avait participé à des précédents appels d'offres et avait, par ce biais, eu connaissance des prix d'adjudication. Il avait précisé dans son offre utiliser un mélange de 40 % de biodiesel et 60 % de diesel traditionnel, et suivait ainsi les renseignements obtenus auprès de tractoristes. Il n'y avait pas de différences significatives entre les machines agricoles mises à disposition par les parties, sous réserve que le recourant disposait de matériel, en moyenne, légèrement plus récent.

Il était urgent qu'il puisse être procédé aux premières fauches : les premières fauches devaient avoir lieu non pas aux alentours du 20 juin, mais la première semaine du mois de juin.

- 8) Dans sa réponse sur effet suspensif et au fond, Genève Aéroport a conclu au rejet du recours. Il n'était pas crédible de soutenir que l'adjudicataire aurait attendu la visite du site pour s'assurer qu'il n'y aurait pas d'autres concurrents avant de faire une proposition de consortium. En effet, la visite n'était pas obligatoire et l'appel d'offres était soumis aux accords internationaux, ce qui laissait la possibilité à d'autres candidats de soumissionner. Le recourant soutenait que l'adjudicataire aurait eu connaissance des prix pratiqués par le passé. Or, même si cela était avéré, rien n'indiquait que le domaine du Crest ne réviserait pas ses prix dans le cadre d'un nouveau marché, ce qu'il avait d'ailleurs fait. De surcroît, l'offre pour le prix par hectare pour la fauche exceptionnelle était plus élevée chez l'adjudicataire que pour le domaine du Crest. Enfin, les budgets de Genève Aéroport étaient confidentiels. Concernant le matériel, les deux soumissionnaires avaient indiqué avoir chacun deux faucheuses capables de faire chacune un andain. Tous deux avaient obtenu la note maximale. Genève Aéroport détaillait l'évaluation pour le biodiesel, la note tenant compte du pourcentage de celui-ci.

La fauche des prairies s'inscrivait dans le cadre de la prévention du péril animalier, en particulier du péril aviaire. L'empêchement d'effectuer la prochaine fauche en juin entraînerait ainsi un risque pour la sécurité aérienne. Le début immédiat de l'exécution du marché correspondait ainsi à un intérêt de sécurité publique. L'adjudicataire avait par ailleurs un intérêt privé à pouvoir organiser le marché et planifier l'occupation de son personnel ainsi que conclure les contrats avec ses sous-traitants. Le domaine du Crest n'avait aucun intérêt privé, son contrat étant arrivé à échéance.

En cas d'octroi de l'effet suspensif, Genève Aéroport concluait à ce que le domaine du Crest soit contraint à fournir des sûretés à hauteur de CHF 100'000.-.

- 9) Dans sa réplique, le domaine du Crest a persisté dans ses conclusions. Les prairies aéroportuaires n'étant pas considérées comme des surfaces exploitées, la fauche de ces prairies devait être qualifiée de travail non agricole. L'utilisation de plaques minéralogiques vertes nécessitait une dérogation de la part de l'autorité cantonale dont l'intimé ne disposait vraisemblablement pas, à l'instar de tracteurs munis de plaques blanches. L'adjudicataire avait donné des informations erronées, s'agissant des normes d'émissions de ses véhicules. Il n'utilisait auparavant pas de biodiesel. Il n'avait fourni aucune preuve que la situation aurait changé.

Le risque pour la sécurité aérienne n'était pas nié. Pour l'année 2019, des fauches avaient été effectuées sur bon de commande. Cette manière de procéder pouvait être renouvelée pour la fauche de juin 2020. Une entreprise tierce pouvait être mandatée à ce titre. Il appartenait pour le surplus à Genève Aéroport d'entamer la procédure de marché public suffisamment tôt pour permettre le déroulement d'une éventuelle procédure de recours avant la signature du marché et s'assurer que la fauche du mois de juin puisse être effectuée par le futur adjudicataire. Le versement de sûretés était contesté. Le pouvoir adjudicateur ne subirait aucun préjudice important du fait de l'octroi de l'effet suspensif puisqu'il était en mesure d'effectuer la fauche de juin par une entreprise tierce sur bon de commande. De surcroît, aucune fauche n'avait été effectuée entre 1999 et septembre 2002, et Genève Aéroport prenait en charge la tonte des six premiers mètres de chaque bord de piste. L'adjudication ne portait qu'au-delà de cette limite.

Le recourant persistait à solliciter la production de l'entier du dossier d'appel d'offres de M. BAUMGARTNER. Il n'était pas justifié que certaines pages ou informations soient caviardées.

M. BAUMGARTNER avait fait au domaine du Crest une proposition de sous-traitance en cherchant à inciter celui-ci à augmenter ses prix. M. BAUMGARTNER aurait ainsi pu aussi tirer profit de cette augmentation. La marge faite par le domaine du Crest aurait été notablement augmentée, permettant son partage fructueux entre le domaine du Crest et M. BAUGMARTNER.

- 10) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

Considérant, en droit, que :

- 1) Interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est de prime abord recevable sur ces points (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). La question de la recevabilité restera pour le surplus indécidée à ce stade de la procédure.
- 2) Le vice-président de la chambre administrative a compétence pour statuer seul 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 mai 2020).

- 3) 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 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).

- 4) 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. 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).

- 5) En l'espèce, il ressort du tableau multicritères qu'un seul sous-critère a été moins bien évalué chez le recourant que pour l'adjudicataire, à savoir le prix par hectare pour une fauche régulière et tardive.

Le recourant allègue que l'adjudicataire aurait connu les prix qu'il pratiquait. Il ressort du dossier que M. BAUMGARTNER avait soumissionné en 2007 pour le même marché avec le groupement d'agriculteurs indépendants. Par décision du 11 mai 2007 adressée audit groupement, il avait été informé que le marché avait été adjugé au domaine du Crest pour un montant de CHF 747'067.-. Or, le prix proposé en 2020 par l'adjudicataire est inférieur au prix auquel avait été adjugé le même marché treize ans auparavant, sans qu'il ne puisse lui être fait grief, à ce stade, d'avoir obtenu cette information par un biais non autorisé.

De même, le recourant ne précise pas à quelle date MM. FAILLETAZ et SEILER auraient effectué leur formation au sein du domaine du Crest et pu connaître par ce biais les prix pratiqués. Il ressort notamment des pièces que M. FAILLETAZ est diplômé depuis 1999. Il est affilié en qualité d'agriculteur de condition indépendante depuis 2000. M. SEILER est diplômé depuis 2014 et a obtenu son titre d'agrotechnicien HF en 2016. À première vue, l'expérience éventuelle desdites personnes au sein du recourant semble trop ancienne pour être pertinente.

Les propos tenus par l'adjudicataire lors de la réunion du 20 février 2020, tels que relatés par le recourant, sont contestés. L'adjudicataire évoque une sous-traitance. L'audition de deux témoins est proposée à la chambre administrative par le recourant. Or, il s'agirait des sous-traitants de l'adjudicataire. L'utilité des enquêtes apparaît ainsi de prime abord relative. La réunion s'est par ailleurs tenue avant le dépôt des soumissions. Les parties ne pouvaient en conséquence pas savoir, ou à tout le moins être certaines, qu'elles seraient seules à soumissionner, ce qui semble relativiser en l'état l'argumentation du recourant, lequel se limite à affirmer que la visite était obligatoire, ce qui, de prime abord, ne ressort d'aucune pièce du dossier.

Pour le surplus, ce dernier remet en cause les évaluations faites par le pouvoir adjudicateur, lequel dispose toutefois d'un large pouvoir d'appréciation. Ce faisant, il apparaît que le recourant substituerait sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, ce qu'il ne serait pas autorisé à faire (ATA/227/2019 du 5 mars 2019 consid. 5 et les références citées).

S'agissant de la pesée des intérêts, il existe un intérêt public prépondérant à la sécurité publique, que le recourant ne nie d'ailleurs pas, à ce qu'il puisse être procédé à la fauche des terrains concernés rapidement au mois de juin.

En définitive, rien ne permet de considérer, à ce stade et sur la base d'un examen sommaire, que les griefs du recourant soient suffisamment fondés pour permettre de restituer l'effet suspensif au recours.

- 6) Le rejet de la requête lève l'interdiction de conclure le contrat d'exécution de l'offre prononcée par la chambre de céans le 8 mai 2020.
- 7) Il sera statué sur les frais de la présente décision avec l'arrêt au fond.

PAR CES MOTIFS
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 Christian Grosjean, avocat du recourant ainsi qu'à Me Bruno Megevand, avocat de Monsieur Christophe BAUMGARTNER et à Genève Aéroport.

Le vice-président :

C. Mascotto

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :