



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1960/2023-MARPU

ATA/167/2024

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 6 février 2024**

dans la cause

**A\_\_\_\_\_ SA**

**B\_\_\_\_\_ SAS**

**C\_\_\_\_\_ SA**

**D\_\_\_\_\_ SA**

**E\_\_\_\_\_ SA**

**recourantes**

représentées par Me Daniel GUIGNARD, avocat

contre

**F\_\_\_\_\_**

représentée par Me Lucien LAZZAROTTO, avocat

**intimée**

---

## EN FAIT

- A.** **a.** A\_\_\_\_\_ SA (ci-après : A\_\_\_\_\_ ) est une société ayant son siège principal à Berne, dont le but est l'exploitation d'un bureau d'architecture et d'une entreprise de conseil et de planification ainsi que l'exécution de mandats de planification générale. Elle dispose d'une succursale à Genève.
- b.** B\_\_\_\_\_ (ci-après : B\_\_\_\_\_ ) est une société par actions simplifiées de droit français, dont le siège est à Paris et qui a notamment pour but l'exploitation d'un bureau d'architecture et d'urbanisme.
- c.** C\_\_\_\_\_ SA (ci-après : C\_\_\_\_\_ ) est une société dont le siège est à G\_\_\_\_\_ et qui a pour but l'exploitation d'un bureau d'ingénieurs et travaux lacustres.
- d.** D\_\_\_\_\_ SA (ci-après : D\_\_\_\_\_ ) est une société dont le siège est à H\_\_\_\_\_, dont le but est notamment la planification, le suivi et la réalisation des installations de chauffage, ventilation, climatisation, sanitaire et électricité.
- e.** E\_\_\_\_\_ Sàrl (ci-après : E\_\_\_\_\_ ) est une société de droit français, dont le siège est à Paris et le but notamment la planification et l'étude de projets en matière d'architecture du paysage.
- f.** I\_\_\_\_\_ SA (ci-après : I\_\_\_\_\_ ) est une société dont le siège est à Lausanne, qui a pour but l'exploitation d'un bureau d'ingénieurs-conseils. Elle dispose de douze succursales, dont une à X\_\_\_\_\_.
- B.** **a.** Le 1<sup>er</sup> juin 2022, la F\_\_\_\_\_ (ci-après : la commune) maître d'ouvrage (ci-après : MO) et adjudicatrice a lancé, par un appel à candidatures sur la plateforme Internet simap.ch, une procédure sélective à deux degrés portant sur la réalisation de mandats d'études parallèles (ci-après : MEP) afin de désigner le groupement qui serait chargée de mener à bien le projet d'équipements sportifs et culturels du futur quartier J\_\_\_\_\_ dénommé : « K\_\_\_\_\_ ». Elle a confié la tâche d'assister le MO dans l'organisation de la procédure au bureau L\_\_\_\_\_ SA (ci-après : L\_\_\_\_\_).

La procédure se déroulerait selon trois étapes : la sélection d'environ dix architectes admis à participer au 1<sup>er</sup> degré des MEP ; un 1<sup>er</sup> degré dans lequel les architectes s'adjoindraient impérativement les compétences d'ingénieurs civils, d'ingénieurs CVSE et d'architectes-paysagistes s'ils ne disposaient pas de cette compétence en interne. Sur la base du rendu du 1<sup>er</sup> degré (étape conceptuelle), le collège d'experts désignerait quatre projets au maximum qui seraient amenés à être développés lors du second degré. Dans le 2<sup>ème</sup> degré, le collège d'experts désignerait le projet lauréat sur la base des avant-projets remis par les équipes encore en lice à l'issue du 1<sup>er</sup> degré.

Des documents régissant les conditions de la sélection des candidatures ainsi que les modalités de la procédure ont été établis par le MO : document A.1 du 17 mai 2022, intitulé « Règlement et programme ; procédure de sélection » (ci-après : A1), indiquait les prescriptions officielles applicables à la procédure. Un document B.1 intitulé « Règlement et programme ; phase MEP » (ci-après : B1) a été établi le 5 septembre 2022.

**b.** Le 20 décembre 2022, le conseil administratif (ci-après : CA) de la commune a informé quatre consortiums d'architectes candidats que leur projet avait été retenu pour le 2<sup>ème</sup> degré de la procédure le 13 décembre 2022, par le collège d'experts, dont un consortium mené par A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ et constitué également par C\_\_\_\_\_, D\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_ (ci-après : le consortium).

Le 21 décembre 2022, des documents personnalisés intitulés complément règlement-programme pour le second degré et recommandations du collège d'experts – projet n° 15 et recommandations des spécialistes conseils – projet n° 15 datés du 20 décembre 2022 ont été transmis au consortium, faisant suite à leur projet du premier degré de la procédure.

**c.** Le 17 janvier 2023, A\_\_\_\_\_, après avoir entamé des discussions avec un collaborateur du I\_\_\_\_\_, M\_\_\_\_\_, lui a fait parvenir les documents du deuxième tour des MEP, en vue d'une séance fixée au 2 février 2023 avec le consortium et portant sur les principes de sécurité incendie à respecter.

Le 21 janvier 2023, le consortium a échangé des courriels avec l'L\_\_\_\_\_, demandant notamment s'il était possible d'avoir des spécialistes supplémentaires dédiés aux sujets spécifiques comme l'OPAM, la sécurité incendie ou la géotechnique. En réponse, l'L\_\_\_\_\_ a précisé que le document B1 le prévoyait et que le consortium était donc libre de mandater des spécialistes supplémentaires, en précisant qu'il fallait faire attention à ce qu'ils ne soient pas en conflit d'intérêts avec un membre du jury. Le consortium a encore demandé s'il pouvait s'adjoindre comme spécialistes supplémentaires des ingénieurs qui avaient participé au premier tour avec d'autres groupements et qui n'avaient pas été retenus, pour le second tour. En réponse, l'L\_\_\_\_\_ a indiqué que cela était possible et de leur responsabilité.

**d.** Le 16 février 2023, l'L\_\_\_\_\_ a confirmé au I\_\_\_\_\_ lui confier le mandat de spécialiste conseil pour les sujets touchant à la protection contre les accidents majeurs (ci-après : OPAM) pour le second degré de la procédure. Les déclarations d'absence de conflit d'intérêts à signer étaient jointes, ainsi que la liste des candidats et de leurs mandataires.

Cette confirmation faisait suite à une demande d'offres, faite le 11 janvier 2023 par l'L\_\_\_\_\_ à trois bureaux d'ingénieurs : I\_\_\_\_\_, N\_\_\_\_\_ SA et O\_\_\_\_\_ SA). Le 16 janvier 2023, N\_\_\_\_\_ SA a informé l'L\_\_\_\_\_ qu'elle retirait son

offre, l'un des quatre candidats participant à la procédure de MEP lui ayant proposé de faire partie de leur groupement.

**e.** Le 20 février 2023, le I\_\_\_\_\_ a renvoyé à la commune les documents d'engagement de confidentialité et les déclarations d'absence de conflits d'intérêts signés. Le 23 février 2023, la commune a transmis à I\_\_\_\_\_ l'ensemble des informations du MEP et des projets des candidats.

**f.** Le 21 avril 2023, le consortium a déposé son projet avec la liste des mandataires sur laquelle figurait, en tant que spécialiste incendie, le I\_\_\_\_\_.

**g.** Le 4 mai 2023, le CA a informé le consortium que le I\_\_\_\_\_ avait été mandaté le 16 février 2023 par le MO en tant que spécialiste conseil OPAM et avait, à ce titre, eu accès aux dossiers du premier tour des équipes retenues. Comme le I\_\_\_\_\_ avait rejoint le consortium pour le traitement des questions de protection incendie, cela pourrait constituer un manquement grave aux engagements de confidentialité et d'absence de conflit d'intérêts rappelés dans les documents de procédure, et donc conduire à l'exclusion de son dossier.

**h.** Le 11 mai 2023, le consortium a exposé au CA que c'était par leur courrier du 4 mai 2023 qu'il avait appris que le I\_\_\_\_\_ avait accepté d'être mandaté par la commune en tant que spécialiste conseil pour le risque OPAM, alors qu'il avait, au début du mois de janvier 2023, décidé d'intégrer dans leur groupement la succursale genevoise du I\_\_\_\_\_ pour les accompagner sur le concept de la protection incendie du projet en développement de 2<sup>ème</sup> tour.

À aucun moment, ils n'avaient pu disposer d'informations confidentielles susceptibles de compromettre la bonne exécution de la procédure ainsi que la poursuite de leur mandat. Leurs seuls contacts avec le I\_\_\_\_\_ avaient été avec M\_\_\_\_\_, ingénieur feu. Afin d'éviter tout risque de collusion pour la suite de la procédure, le mandat avec le I\_\_\_\_\_ avait été résilié avec effet immédiat par courriel du 10 mai 2023 et pli recommandé du 11 mai 2023. Ils avaient été informés que le CA avait également résilié le mandat de spécialiste-conseil pour le risque OPAM du I\_\_\_\_\_.

Ils ont réitéré leurs explications le 22 mai 2023.

**i.** Par décision du 25 mai 2023, la commune a exclu le consortium de la procédure de MEP.

Le mandat confié par le MO pour les sujets touchant à l'OPAM avait donné à I\_\_\_\_\_ un accès aux projets des quatre candidats retenus pour le second degré de la procédure, du fait de sa qualité de spécialiste-conseil. Un chevauchement temporel, antérieur à la remise du projet, d'une durée de plusieurs semaines, voire de plusieurs mois, entre les mandats confiés à I\_\_\_\_\_ devait être constaté. En acceptant ce double mandat, I\_\_\_\_\_ avait objectivement violé les principes

généraux d'égalité de traitement et de saine concurrence applicables à toutes les procédures de marchés publics ainsi que prévus expressément dans les documents « A1 - règlement et programme de la sélection » du 17 mai 2022 et « B1 - Règlement et programme des 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> degrés » du 5 septembre 2022 régissant le MEP et soumettant les candidats et leurs mandataires à des règles strictes en matière de confidentialité et de conflits d'intérêts.

Les observations déposées ne contenaient pas d'éléments concrets permettant d'écarter de manière certaine la possibilité qu'une fuite d'informations relatives aux projets des autres candidats ait eu lieu avant la remise de leur projet. Cette situation faisait peser un risque sur la procédure et son issue, ce qui n'était pas admissible. Par ces motifs, le MO, en accord avec le collège d'experts, constatait que le projet ne répondait plus aux conditions de la procédure des MEP et prononçait l'exclusion du dossier de celle-ci.

Le 31 mai 2023, lors d'une séance réunissant le MO et le consortium, la décision a été discutée et le MO a souligné que celle-ci était également défavorable pour la qualité architecturale du MEP, sa perte représentait une diminution de 25% des propositions architecturales.

- C. a. Par envoi du 12 juin 2023, le consortium a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : chambre administrative) contre la décision d'exclusion du 25 mai 2023, reçue le 31 mai 2023, en concluant à son annulation et, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif au recours.

Il demandait la production par le pouvoir adjudicateur de toute pièce attestant du fait qu'il aurait sollicité des équipes candidates l'annonce de l'identité des spécialistes qu'elles avaient nouvellement mandatés entre leur admission au 2<sup>ème</sup> degré le 20 décembre 2022 et le 16 février 2023. Il requérait la production de toute pièce attestant du fait qu'il aurait informé les équipes candidates de la désignation du I\_\_\_\_\_ comme spécialiste rejoignant le collège d'experts. Il requérait l'audition de P\_\_\_\_\_ et M\_\_\_\_\_, collaborateurs du service de protection incendie du I\_\_\_\_\_.

La décision était infondée et si l'existence d'un motif d'exclusion devait être confirmée, la décision devait être annulée car entachée de violations du principe de la proportionnalité et de l'interdiction du formalisme excessif.

Les faits avaient été constatés de façon manifestement inexacte, en violation du § 2.11 du règlement de la phase MEP. Il n'avait pas bénéficié d'une possible fuite d'informations relatives aux projets des autres candidats. Le I\_\_\_\_\_ l'avait certifié sur l'honneur. Les déclarations de M\_\_\_\_\_ et P\_\_\_\_\_ l'attestaient, comme le fichier des logs répertoriant les accès et activités des collaborateurs du I\_\_\_\_\_ sur le dossier remis par le pouvoir adjudicateur au I\_\_\_\_\_ entre le 20 février 2023 et le 25 mai 2023.

**b.** Le 21 juin 2023, la commune a exposé ne pas s'opposer à l'octroi de l'effet suspensif au recours. Elle avait spontanément pris les dispositions nécessaires à la suspension du processus d'examen des MEP. Les projets finaux des équipes retenues au second tour n'avaient pas été communiqués au conseil d'experts mais confiés à un notaire pour la durée de la procédure.

**c.** Par décision du 4 juillet 2023, la chambre administrative a octroyé l'effet suspensif au recours.

**d.** Le 20 juillet 2023, la commune a conclu au rejet du recours, réfutant point par point les arguments des recourantes.

Si l'on acceptait les arguments des recourantes, il faudrait tolérer un conflit d'intérêts objectif dans les cas où il était involontaire ; admettre qu'une personne ou une société fasse partie à la fois d'une équipe et du jury, moyennant la promesse sur l'honneur de ne pas en parler à ses co-équipiers ; accepter que l'équipe à laquelle appartient cette personne puisse participer à la procédure, moyennant un engagement sur l'honneur de respecter une confidentialité absolue entre ses deux activités. À l'évidence, cela n'était pas acceptable dans le cadre d'une procédure de MEP.

**e.** Le 18 septembre 2023, les recourantes ont répliqué. Le pouvoir adjudicateur ne prétendait pas avoir interpellé les candidats au sujet de l'identité des mandataires auxquels ils pourraient avoir recours pour le 2<sup>e</sup> tour du MEP, ni ne les avait informés du choix de son spécialiste-conseil OPAM. Le principe de la transparence avait été violé.

Les déclarations d'absence de conflit d'intérêts avaient été signées par Q\_\_\_\_\_ ainsi que R\_\_\_\_\_, collaborateurs du service de risque OPAM du I\_\_\_\_\_, en leur nom, et ne traitaient que de leurs intérêts personnels, comme le précisait le document. En effet, le pouvoir adjudicateur avait engagé ces deux personnes et non le I\_\_\_\_\_ en tant que tel. Il n'y avait pas d'attestation rédigée au nom de I\_\_\_\_\_ car elle n'avait pas été demandée. Cette négligence ne pouvait justifier l'exclusion prononcée. L'existence d'un double mandat entre le 16 février 2023 et le 4 mai 2023 au plus tard ne saurait leur être reprochée et encore moins valoir motif justifiant l'exclusion de leur projet. Elles demandaient leur audition.

Ils réitéraient l'affirmation qu'aucune communication concernant la procédure des MEP n'avait eu lieu entre les deux entités du I\_\_\_\_\_, comme pouvaient en attester plusieurs témoins.

Le I\_\_\_\_\_ avait été acquis début 2023 par S\_\_\_\_\_ (ci-après : S\_\_\_\_\_) qui collaborait régulièrement avec deux des bureaux d'architectes concurrents. Il n'existait donc aucun motif d'exclusion.

**f.** Le 3 octobre 2023, la commune a dupliqué.

Aucune annonce officielle n'était nécessaire pour le mandat confié au I\_\_\_\_\_. Du reste, un autre bureau d'ingénieur avait décliné la mission de conseil OPAM au motif qu'elle avait été mandatée par l'une des équipes après le premier tour. Il pouvait être attendu la même bonne foi et diligence de la part des recourantes.

Elle avait mandaté le I\_\_\_\_\_ et non les employés à titre personnel. D'ailleurs, dans ses courriers, R\_\_\_\_\_ utilisait toujours le nous collectif, et à aucun moment il n'avait donné à penser qu'il se voyait confier un mandat à titre personnel, comme expert indépendant.

Les collaborations de S\_\_\_\_\_ n'étaient pas prouvées et celle-ci constituait une société distincte de celle du I\_\_\_\_\_.

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

## EN DROIT

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. e et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01).
2. Les recourantes sollicitent des mesures d'instruction, soit la production de documents par le pouvoir adjudicateur qui attesteraient avoir informé les concurrents de la désignation du I\_\_\_\_\_ en qualité de conseil OPAM ou d'avoir sollicité des concurrents l'identité de leurs mandataires. Elles sollicitent également l'audition de collaborateurs du I\_\_\_\_\_.

2.1 Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour la personne intéressée de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou, à tout le moins, de s'exprimer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre. Il n'empêche toutefois pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient pas l'amener à modifier son opinion (ATF 145 I 167 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_359/2022 du 20 avril 2023 consid. 3.1 et les références citées).

**2.2** En l'espèce, les mesures sollicitées ne sont pas nécessaires à la solution du litige, la question à résoudre ne dépendant pas des informations échangées ou non par l'une ou l'autre partie ni de celles connues des collaborateurs du mandataire, comme cela sera vu ci-dessous.

En conséquence, la chambre de céans renoncera à procéder aux mesures d'instructions sollicitées.

**3.** Le litige porte sur la contestation d'une décision d'exclusion du consortium recourant d'une procédure de MEP à deux degrés en procédure sélective.

**3.1** La procédure de MEP désigne un marché public qui consiste en une mise en concurrence, non anonyme, permettant un dialogue direct et interactif avec les professionnels de l'architecture et de l'ingénierie, qui convient à l'élaboration de solutions devant répondre à des programmes complexes dont les termes de référence ne peuvent être préalablement déterminés de manière suffisante et définitive, selon la définition donnée par la société suisse des ingénieurs et des architectes (ci-après : SIA ; préambule du règlement SIA 143/2009 sur les mandats d'étude parallèles d'architecture et d'ingénierie ; ci-après : règlement SIA 143).

**3.2** Non mentionnée expressément dans l'AIMP entré en vigueur pour le canton de Genève le 1<sup>er</sup> janvier 2008, la procédure des MEP est maintenant prévue par l'art. 22 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019 (RS 731.2-1 – AIMP 2019) qui n'est toutefois pas en vigueur dans le canton de Genève. Selon l'art. 22 AIMP 2019, l'adjudicateur qui organise un concours d'études ou un concours portant sur les études et la réalisation ou qui attribue des MEP définit la procédure au cas par cas, dans le respect des principes énoncés dans l'accord. Il peut se référer aux règles édictées en la matière par les associations professionnelles.

La procédure des MEP figure néanmoins expressément dans la législation genevoise, qui prévoit que le RMP doit être respecté par l'autorité adjudicatrice qui organise un concours ou souhaite attribuer des MEP (art. 4 al. 1 RMP). La chambre de céans a déjà fait application de l'AIMP à cette procédure (ATA/733/2005 du 1<sup>er</sup> novembre 2005 dans une procédure qui n'atteignant toutefois pas la valeur-seuil). Le RMP prévoit que l'autorité peut également se référer aux règles appliquées par les organisations professionnelles en la matière, si ces règles ne sont pas contraires aux dispositions du RMP (art. 4 al. 2 RMP).

Sous l'empire du règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 (RMPC), abrogé par l'adoption du RMP et ne mentionnant pas les MEP, la chambre de céans avait déjà retenu, et cela est confirmé par la doctrine, que même en l'absence de dispositions légales de droit genevois ou fédéral consacrées aux MEP, ceux-ci étaient admissibles et leur

adjudication était assujettie aux règles du droit commun des marchés publics (ATA/733/2005 du 1<sup>er</sup> novembre 2005 consid. 8a ; Olivier RODONDI, in *Marchés publics* 2014, p. 210 ; Jacques DUBEY, note *in* DC 2010 p. 216 ; Jacques DUBEY, *Le concours en droit des marchés publics*, 2005, p. 152 et note *in* DC 2009, p. 80).

En l'espèce, s'appliquent donc à la procédure, ce qui n'est pas contesté par les parties, l'AIMP et le RMP, le règlement SIA 143 et la ligne directrice de la SIA sur les conflits d'intérêts et motifs de renonciation 142i-202f d'août 2005 dans sa version de novembre 2013, à laquelle renvoie le § 2.11 du règlement A1.

**3.3** L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics (art. 1 al. 1 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).

**3.4** En général, la procédure des MEP est assimilée de façon plus ou moins explicite aux concours, en tant que forme de mise en concurrence spéciale ouvrant la voie à une adjudication de gré à gré en faveur du lauréat. Dans les deux cas, la mise en concurrence est faite sur la base de prestations plutôt que d'offres et le maître doit s'entourer de professionnels de la branche concernée pour apprécier les prestations, le jury du concours étant remplacé par un collège d'experts dans la procédure de MEP. Tous les participants sont rémunérés de manière égale en proportion des prestations fournies dans la procédure de MEP. La distinction entre les procédures tient également à l'absence d'anonymat des concurrents en cas de MEP (Jacques DUBEY, *Le nouveau règlement des mandats d'étude parallèles d'architecture et d'ingénierie SIA-143/2009*, *in* DC 4/2009, p. 140 et Jacques DUBEY, *Le concours en droit des marchés publics*, p. 153).

La particularité de la procédure tient au dialogue que les MEP ont pour objectif d'instaurer, soit une communication directe et orale que le collège d'experts et les participants établissent et entretiennent pendant le déroulement des études, permettant de clarifier les points soulevés par les candidats et de préciser les buts recherchés par le MO. Le règlement SIA 143 impose au minimum un dialogue intermédiaire et un dialogue final. Ces échanges doivent être consignés dans un procès-verbal et sont faits dans le respect de la confidentialité et de l'égalité : à la suite d'une étape de dialogue, les données spécifiques à chaque étude ne sont envoyées qu'au candidat concerné, afin de préserver son avantage concurrentiel ; au contraire, les indications générales sont adressées à l'ensemble des candidats, pour éviter toute discrimination (Jacques DUBEY, *op. cit.*, p. 143).

4. La décision d'exclusion litigieuse a été prononcée au motif de l'existence de deux mandats confiés au I\_\_\_\_\_, l'un conclu le 16 février 2023 par l'autorité adjudicatrice en vue d'intégrer le I\_\_\_\_\_ dans le comité d'experts en qualité de spécialiste conseil OPAM et l'autre, conclu le 17 janvier 2023, par les recourantes, en vue d'intégrer le I\_\_\_\_\_ dans le groupement comme mandataire spécialiste incendie.

**4.1** En matière de marchés publics, le droit matériel laisse en principe une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur, en particulier dans la phase de l'appréciation et de la comparaison des offres, l'autorité judiciaire ne pouvant intervenir qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur. L'autorité judiciaire n'a toutefois pas à faire preuve de la même retenue lors du contrôle des règles de procédure en matière de marchés publics (ATF 141 II 353 consid. 3 et les références citées ; ATA/914/2018 du 11 septembre 2018 consid. 3b).

**4.2** Le droit des marchés publics est formaliste. L'autorité adjudicatrice doit procéder à l'examen de la recevabilité des offres et à leur évaluation dans le respect de ce formalisme, qui permet de protéger notamment le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires garanti par l'art. 16 al. 2 RMP. Le respect de ce formalisme est nécessaire pour concrétiser l'obligation d'assurer l'égalité de traitement entre soumissionnaires dans la phase d'examen de la recevabilité des offres et de leur évaluation (ATA/102/2010 du 16 février 2010, confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.4).

**4.2.1** Les principes de transparence et de non-discrimination constituent des valeurs centrales des marchés publics. L'existence du marché et des conditions qui s'y appliquent doivent être connues des concurrents et le pouvoir adjudicateur ne peut pas favoriser des concurrents (Étienne POLTIER, droit des marchés publics, 2023, p. 234). Parmi les principes généraux des marchés publics figurent notamment ceux de non-discrimination et d'égalité de traitement de chaque soumissionnaire, de concurrence efficace, de respect des conditions de récusation des personnes concernées et de traitement confidentiel des informations (art. 11 AIMP).

**4.2.2** Selon la jurisprudence, le principe de la transparence est le principe cardinal et incontournable des marchés publics. Il limite le large pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur (RDAF 2001 I 403). Il permet d'assurer la mise en œuvre du principe de concurrence, lequel permet la comparaison des prestations et de choisir ainsi l'offre garantissant un rapport optimal entre le prix et la prestation ainsi que le contrôle de l'impartialité de la procédure d'adjudication, autre principe qui doit être respecté. Le principe de transparence exige que le pouvoir adjudicateur se conforme aux conditions qu'il a préalablement annoncées. Ce principe se rapproche dans cet aspect du principe de la bonne foi, qui prohibe

les comportements contradictoires de l'autorité (art. 9 Cst.), et du principe de la non-discrimination. En effet, si le pouvoir adjudicateur s'écarte des « règles du jeu » qu'il a fixées, il adopte un comportement qui se rapproche d'une manipulation, typiquement discriminatoire, du résultat du marché (ATF 141 II 353 consid. 8.2.3 et la référence citée ; ATA/1685/2019 du 19 novembre 2019 consid. 4c et les références citées).

**4.2.3** Une violation du principe de transparence n'entraîne l'annulation de l'adjudication que pour autant que les vices constatés aient effectivement influé sur le résultat (ATA/1089/2018 du 16 octobre 2018 consid. 6c). Dans une espèce dans laquelle l'adjudicateur n'avait pas indiqué dans les documents d'appel d'offres qu'une prestation avait préalablement été effectuée en lien avec le marché à adjuger, la chambre de céans a jugé que l'adjudication violait les principes de transparence et d'égalité de traitement. Le fait que le soumissionnaire qui avait réalisé cette prestation n'en retire aucun avantage concurrentiel n'y changeait rien (ATA/265/2022 du 15 mars 2022 consid. 4c).

**4.2.4** Les différents contacts qu'un fournisseur peut avoir avec le pouvoir adjudicateur avant le lancement d'un appel d'offres par exemple, peuvent donner lieu à un avantage concurrentiel qui justifie son exclusion du marché. Il s'agit du problème de la préimplication. Les solutions nuancées dégagées par la jurisprudence pour résoudre ce problème qui sont aujourd'hui codifiées à l'art. 14 AIMP 2019, prévoient notamment des mesures compensatoires appropriées qui doivent être prises par l'entité adjudicatrice pour rétablir une concurrence adéquate malgré l'avantage pouvant résulter des contacts préalables (Étienne POLTIER, *op. cit.* p. 255-256).

**4.2.5** Les règles prévues dans l'AIMP 2019 en matière de MEP concrétisent ces principes en précisant que l'adjudicateur peut prescrire dans l'appel d'offres que les soumissionnaires qui entretiennent avec un membre du jury une relation justifiant la récusation dans les concours et les MEP soient exclus de la procédure (art. 13 al. 4 AIMP 2019). On peut s'en inspirer quand bien même cette version de l'accord n'est pas en vigueur à Genève.

**4.2.6** Le § 12.2 du règlement SIA 143 prévoit qu'est exclue des MEP toute personne employée par le MO, par un membre du collège d'experts ou par un spécialiste-conseil nommé dans le programme des MEP, de même que toute personne proche parente ou en relation de dépendance ou d'association professionnelle avec un membre du collège d'experts, un spécialiste-conseil nommé dans le programme des MEP ou toute personne ayant participé à la préparation du concours.

Les règlements auxquels la présente procédure de MEP est soumise prévoient notamment l'absence de conflits d'intérêts (§ 2.11 règlement A1) et renvoient à la directive SIA 142I-202f sur les conflits d'intérêts. Selon cette dernière, sont en

situation de conflit d'intérêts les personnes qui entretiennent une relation employeur-employé, présentent un lien de parenté, se trouvent dans une relation de dépendance ou d'association professionnelle ou ont été impliquées dans la préparation des MEP. Il y a conflit d'intérêts lorsque ces situations compromettent l'impartialité des facultés de discernement. Cela peut concerner tous les acteurs des MEP, qu'il s'agisse de personnes chargées d'accompagner la procédure mise en concurrence, de membres du jury, de spécialistes-conseils ou de participants.

Selon le règlement SIA 143, c'est aux candidats qu'il incombe de renoncer à participer aux MEP si les relations qu'ils entretiennent avec le MO ou certains membres du jury l'imposent.

**4.3** En l'espèce, bien que la disposition de l'AIMP 2019 ne s'applique pas à la procédure, il découle déjà des principes susmentionnés et de la jurisprudence précitée que l'accès aux documents du premier degré de tous les concurrents, qui a été donné au bureau d'ingénieurs mandaté à la même période par les recourantes dans le cadre de l'élaboration de sa prestation, constitue un vice de procédure dont les conséquences ne sont pas compensables puisque les prestations du second degré ont déjà été réalisées, même si elles n'ont pas encore été communiquées au conseil d'experts.

Quoiqu'en disent les recourantes, les mandats ont été confiés à l'entreprise, c'est-à-dire la personne morale, et non pas à des personnes physiques. En effet, le I\_\_\_\_\_ est une personne morale constituée d'une seule entité juridique, laquelle a accepté simultanément, entre le 16 février et début mai 2023, deux mandats, l'un pour conseiller le collège d'experts et l'autre pour conseiller un candidat, ce qui représente sans conteste une situation de conflit d'intérêts. Les mandats ayant été exécutés de façon concomitante sur une durée de plusieurs mois, il n'est pas possible de considérer que le risque concret de conflit d'intérêts n'ait pas existé. Ainsi, l'organisation interne du I\_\_\_\_\_, qui créerait une étanchéité entre les différents services concernés par les mandats, comme les recourantes le soutiennent, n'est pas démontrée et ne serait de surcroît pas suffisante pour exclure tout risque concret, faute notamment de pouvoir empêcher tout échange. En effet, les communications entre les différentes personnes en charge des deux mandats au sein du bureau d'ingénieurs ne sont pas limitées à la consultation des documents numériques remis, mais ont pu avoir lieu par n'importe quel autre canal de communication. Il faut donc considérer qu'en l'occurrence le risque objectif est déjà réalisé par l'existence d'un double mandat simultané, même s'il peut résulter d'une négligence involontaire d'un membre de fait d'une équipe candidate.

À cet égard, les déclarations sur l'honneur des personnes concernées faites *a posteriori* ne sont pas non plus suffisantes, puisque le règlement de la procédure prévoit, pour éviter cette situation, la signature de documents attestant l'absence

d'un conflit d'intérêts, lesquels ont été établis et signés par les collaborateurs du bureau concerné avant l'acceptation du second mandat, soit celui avec la commune, ce qui n'est pas contesté.

**4.4** Les recourantes invoquent une violation par le MO du principe de transparence, dans la mesure où celui-ci n'aurait pas annoncé aux candidats s'être adjoint le I\_\_\_\_\_ au titre de spécialiste conseil. Or, même si cette violation devait être constatée, elle ne serait pas susceptible de modifier l'issue du litige, qui concerne leur exclusion. Ce reproche tombe également à faux puisque le premier des deux mandats litigieux a été conclu par le I\_\_\_\_\_, comme le soulignent d'ailleurs les recourantes dans leur recours. Finalement, les cautèles que constituent les déclarations signées, qui doivent attester l'absence de conflit d'intérêts, ont été remises par le I\_\_\_\_\_ à l'L\_\_\_\_\_ alors qu'il exécutait les deux mandats en parallèle. À cet égard, il convient de souligner qu'un autre bureau invité à présenter une offre de spécialiste-conseil a renoncé au mandat en faveur de celui qui lui était proposé par un groupement candidat, alors qu'il se trouvait dans la même situation que le I\_\_\_\_\_.

Le grief sera donc écarté.

**4.5** Les recourantes invoquent, sans les documenter, des collaborations régulières qui existeraient entre S\_\_\_\_\_, société qui aurait acquis le capital-actions du I\_\_\_\_\_ et deux autres concurrents dans la procédure de MEP.

Cet argument tombe à faux, dans la mesure où il paraît s'agir d'une société distincte du I\_\_\_\_\_ et que les collaborations invoquées ne sont pas simultanées. Aussi et surtout, cet argument se retourne contre les recourantes s'ils estiment que cette situation est problématique, car *a fortiori*, la leur à l'égard du I\_\_\_\_\_ l'est encore plus.

**4.6** Les recourantes invoquent une violation du principe de la proportionnalité, le motif d'exclusion devant revêtir une certaine gravité, ce qui ne serait pas le cas en l'occurrence, l'avantage concurrentiel de leur projet étant inexistant puisqu'ils n'ont eu accès à aucune information confidentielle qui aurait été remise par le pouvoir adjudicateur au I\_\_\_\_\_.

**4.6.1** Est exclue d'office de la procédure l'offre d'un soumissionnaire qui ne répond pas ou plus aux conditions pour être admis à soumissionner (art. 42 al. 1 let. b RMP).

Il est conforme au but et à la nature de la procédure de marchés publics que la violation de certaines exigences de forme par un soumissionnaire puisse entraîner son exclusion du marché. Une telle conséquence ne se justifie toutefois pas en présence de n'importe quel vice. Il faut en particulier y renoncer lorsque celui-ci

est de peu de gravité ou ne compromet pas sérieusement l'objectif visé par la prescription formelle violée (ATF 141 II 353 consid. 8.2.1).

Ainsi, la chambre de céans a déjà jugé qu'en application du principe d'intangibilité des offres, qui impose d'apprécier celles-ci sur la seule base du dossier remis, une exclusion ne devrait intervenir que si le vice apparaît intrinsèquement grave ou si sa gravité découle du non-respect de conditions essentielles fixées dans l'avis d'appel d'offres ou dans la documentation y relative (ATA/1389/2021 du 21 décembre 2021 consid. 4).

**4.6.2** En l'espèce, les recourantes perdent de vue que l'absence de conflit d'intérêts est une condition essentielle des marchés publics. L'existence d'un tel conflit viole notamment le principe de la concurrence efficace, d'égalité de traitement et de non-discrimination, rappelés à l'art. 11 AIMP.

L'exclusion des recourantes de la procédure de MEP apparaît ainsi comme la seule mesure susceptible de permettre de conserver l'intégrité de la procédure et sa poursuite dans le respect des principes des marchés publics. Le risque d'être confronté à une annulation globale serait réel si la question n'avait été traitée qu'après le choix du lauréat.

En conclusion, vu le formalisme nécessaire au déroulement d'une procédure de marché public, rappelé ci-dessus, la coexistence des mandats conclus simultanément par le I\_\_\_\_\_ constitue à elle seule un motif d'exclusion du consortium recourant.

Les griefs des recourantes doivent être écartés et le recours rejeté.

5. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'300.- sera mis à la charge des recourantes, prises solidairement, qui succombent (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à la commune intimée, qui compte plus de 10'000 habitants, soit une taille suffisante pour disposer d'un service juridique, et est par conséquent apte à assurer la défense de ses intérêts sans recourir aux services d'un avocat (art. 87 al. 2 LPA ; ATA/953/2023 du 5 septembre 2023 consid. 9).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 12 juin 2023 par A\_\_\_\_\_ SA, B\_\_\_\_\_ SAS, C\_\_\_\_\_ SA, D\_\_\_\_\_ SA, E\_\_\_\_\_ SA contre la décision de la F\_\_\_\_\_ du 25 mai 2023 ;

**au fond :**

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'300.- à la charge solidaire de A\_\_\_\_\_ SA, B\_\_\_\_\_ SAS, C\_\_\_\_\_ SA, D\_\_\_\_\_ SA, E\_\_\_\_\_ SA ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

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 de la recourante, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Daniel GUIGNARD, avocat des recourantes, à Me Lucien LAZZAROTTO, avocat de la F\_\_\_\_\_ ainsi qu'à la commission de la concurrence COMCO.

Siégeant : Claudio MASCOTTO, président, Jean-Marc VERNIORY, Francine PAYOT ZEN-RUFFINEN, Eleanor MCGREGOR, juges, Louis PEILA, juge suppléant.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

le président siégeant :

D. WERFFELI BASTIANELLI

C. MASCOTTO

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :