

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3769/2021-MARPU

ATA/1381/2021

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Décision du 21 décembre 2021**

**sur effet suspensif**

dans la cause

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

représentée par Me Raphaël Quinodoz, avocat

contre

**SERVICES INDUSTRIELS DE GENÈVE**

et

**B**\_\_\_\_\_, appelée en cause

---

Vu la décision des Services industriels de Genève (ci-après : SIG) du 21 octobre 2021 informant A\_\_\_\_\_ (ci-après : A\_\_\_\_\_) de ce que le marché – portant sur la mise en sécurité de toitures – pour lequel elle avait déposé une offre, avait été attribué à B\_\_\_\_\_ (ci-après : B\_\_\_\_\_), pour un montant de CHF 82'678.25 ;

que la décision précise que l'offre de celle-ci remplissait pleinement les conditions qui permettaient d'être adjudicataire et qu'elle avait été jugée économiquement la plus avantageuse, conformément à la grille d'évaluation annexée faisant partie intégrante de ladite décision ;

vu le recours interjeté par A\_\_\_\_\_ par devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) le 4 novembre 2021 contre cette décision, dont elle a demandé l'annulation, concluant à ce que la cause soit renvoyée aux SIG afin qu'une nouvelle décision soit rendue au sujet de son offre ;

qu'elle a exposé que les plans du dossier d'appel d'offres avaient très vraisemblablement été établis par B\_\_\_\_\_, qui n'aurait ainsi pas dû être invitée à participer au marché ; en outre, les SIG avaient abusé de leur pouvoir d'appréciation dans l'attribution des notes à A\_\_\_\_\_ s'agissant des critères d'adjudication « adéquation et qualité technique de l'offre » et « références du soumissionnaire », ce qui rendait la décision arbitraire ;

que A\_\_\_\_\_ a conclu, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif et à ce qu'il soit fait interdiction aux SIG de conclure avec B\_\_\_\_\_ tout contrat en lien avec le marché public, exposant qu'aucun intérêt public important ne s'y opposait ; il n'y avait pas d'urgence à commencer les prestations en question et son intérêt à ce que les SIG soient empêchés de conclure un contrat avec B\_\_\_\_\_ était important ; l'admission de son recours, dont les chances de succès étaient manifestes, aurait pour conséquence de lui donner la possibilité de se voir attribuer le marché ;

vu le courrier du 4 novembre 2021 de la juge déléguée au terme duquel elle a fait, à titre superprovisionnel, interdiction aux SIG de conclure le contrat d'exécution de l'offre jusqu'à droit jugé sur la requête en restitution de l'effet suspensif ;

vu la détermination des SIG du 15 novembre 2021, lesquels ont conclu au rejet de la requête d'effet suspensif ; l'intérêt public à la réalisation des travaux primait sur l'intérêt privé de A\_\_\_\_\_ à leur interruption le temps de la procédure de recours [sic] ; les ouvrages mentionnés dans la soumission abritaient des postes de transformation « moyenne tension » ainsi que des installations spécifiques pour la distribution de l'eau potable pour les foyers et les entreprises du canton ; l'entretien annuel de ces toitures était obligatoire pour des raisons de sécurité ; or, ces ouvrages n'avaient pas encore fait l'objet de cet entretien annuel en raison de l'absence de sécurisation de la toiture ; il était dès lors impératif d'y procéder dès la fin du mois de novembre 2021 afin de parer aux intempéries de la saison hivernale, sans quoi il existait un risque que l'eau s'infiltrât dans les ouvrages ainsi que dans les postes de transformation, ce qui pouvait engendrer un danger de mort par

électrocution pour les collaborateurs présents dans les ouvrages ainsi qu'un endommagement des installations techniques, provoquant le blocage de la distribution d'eau potable dans tout le canton ; au demeurant, les chances de succès du recours étaient faibles ;

que les SIG ont également précisé qu'B\_\_\_\_\_ n'avait participé ni à l'élaboration ni à la préparation du cahier des charges pour l'appel d'offres, mais avait réalisé pour eux, deux ans auparavant, une étude portant sur la sécurisation des toitures de certains de leurs ouvrages ; ils avaient utilisé le résultat de cette expertise pour élaborer le cahier des charges de l'appel d'offres ; en outre, ils n'avaient ni excédé ni abusé de leur pouvoir d'appréciation dans l'attribution des notes à A\_\_\_\_\_ ; s'agissant du critère « adéquation de l'offre au cahier des charges », l'offre de cette dernière avait été jugée bonne [sic], sans avantage particulier par rapport à celle d'B\_\_\_\_\_ ; le document relatif à son organigramme était trop générique par rapport à la prestation demandée et aucune cordonnée n'y figurait pour chaque contact ; en recourant à un sous-traitant, A\_\_\_\_\_ n'offrait pas un avantage particulier car il y avait ainsi sur le chantier deux intervenants au lieu d'un seul ; au demeurant, les références qu'elle avait présentées étaient bonnes, mais moins avantageuses que celles d'B\_\_\_\_\_, lesquelles démontraient que celle-ci était plus à même de faire face à des projets de grande envergure ;

vu la réplique sur effet suspensif de A\_\_\_\_\_ du 29 novembre 2021 qui a exposé que l'argumentaire des SIG relatif à l'urgence de procéder aux travaux de sécurisation à fin novembre 2021 n'était démontré par aucune pièce ; au vu de l'état des toitures et compte tenu du fait que la plupart des bâtiments avaient été construits de nombreuses années auparavant, il n'était pas « crédible » de prétendre que les toits des immeubles n'avaient pas déjà fait l'objet d'un entretien de leur étanchéité ; ainsi, la sécurisation des toitures préalablement à leur entretien n'était ni indispensable ni urgente ; B\_\_\_\_\_ avait été préimpliquée dans le processus d'appel d'offres car l'établissement des plans des bâtiments visés par les travaux commandés devait être considéré comme une forme de préparation du marché public ; en raison de sa connaissance préalable des particularités conceptuelles et techniques des bâtiments, elle avait été avantagée ; par ailleurs, si les SIG avaient voulu fixer des exigences particulières sur le contenu de l'organigramme de chaque soumissionnaire, ils auraient dû le mentionner dans le dossier d'appel d'offres ; la sous-traitance, qui ne portait que sur une part minimale du marché (12 %), n'équivalait pas à un consortium, de sorte que les SIG n'auraient qu'un seul intervenant, à savoir A\_\_\_\_\_ ; les références communiquées par A\_\_\_\_\_ correspondaient en tout point au marché en concurrence ;

vu la réponse d'B\_\_\_\_\_ du 7 décembre 2021 qui a expliqué que l'étude qu'elle avait effectuée pour les SIG en 2019 avait été réalisée, compte tenu de la simplicité des dispositifs de protection antichute à installer, sur la base de vues aériennes « 3D » et avait pour seul but l'établissement d'un budget ; elle avait répondu à l'appel d'offres des SIG en septembre 2021, soit deux ans après la réalisation de cette étude, avec un dossier complet

sur la base duquel le pouvoir adjudicateur lui avait accordé le marché public ; elle n'avait en aucun cas été avantagée ;

qu'B\_\_\_\_\_ a recommandé la reprise des travaux dans les plus brefs délais dans la mesure où elle avait constaté un manque d'entretien manifeste sur toutes les zones situées à moins de deux mètres du bord des ouvrages, ceci en raison de l'absence de protections « antichute » ; ce défaut d'entretien engendrait la dégradation prématurée de l'étanchéité des toits ;

que, sur ce, les parties ont été informées, le 9 décembre 2021, que la cause était gardée à juger sur effet suspensif ;

Considérant, en droit, qu'interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est recevable (art. 15 al. 2 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. 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01) ;

que les mesures provisionnelles sont prises par la présidente ou le vice-président de la chambre administrative ou, en cas d'empêchement de ceux-ci, par une autre juge (art. 21 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 mai 2020) ;

qu'aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif ; toutefois, en vertu des art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, octroyer cet effet pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose ;

que l'examen de la requête suppose une appréciation *prima facie* du bien-fondé du recours ; l'effet suspensif doit être refusé au recours manifestement dépourvu de chances de succès et dont le résultat ne fait aucun doute ; inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire, mais suppose de constater et de pondérer le risque de préjudice (ATA/217/2021 du 1<sup>er</sup> mars 2021 consid. 2 ; ATA/1349/2019 du 9 septembre 2019 ; ATA/446/2017 du 24 avril 2017 consid. 2 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, *Marchés publics* 2010, 2010, p. 317) ;

que, lorsqu'une autorité judiciaire se prononce sur l'effet suspensif ou d'autres mesures provisoires, elle peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit (examen *prima facie*), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles, tout en ayant l'obligation de peser les intérêts respectifs des parties (ATF 139 III 86 consid. 4.2 ; 131 III 473 consid. 2.3) ;

que 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/1349/2019 précité ; ATA/446/2017 précité consid. 2 ; ATA/62/2017 du 23 janvier 2017 consid. 2 ; ATA/793/2015 du 5 août 2015 consid. 2) ;

que l'on se trouve en présence d'un marché public lorsque la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que « demandeur », acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques (ATF 145 II 252 consid. 4.1 et les références citées ; Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, n. 138 p. 283) ;

que les marchés publics cantonaux et communaux font l'objet d'une réglementation intercantonale, à savoir l'AIMP, auquel tous les cantons de la Confédération suisse ont adhéré (Étienne POLTIER, op.cit., n. 39 p. 18) ;

que l'AIMP vise l'ouverture des marchés publics (art. 1 al. 1 AIMP) ; il poursuit plusieurs objectifs, notamment 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) et assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) ;

que ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, notamment let. a et b AIMP).

que les autorités compétentes de chaque canton édictent des dispositions d'exécution, qui doivent être conformes à l'AIMP (art. 3 AIMP) ;

que, dans le canton de Genève, les dispositions d'exécution de l'AIMP sont du ressort du Conseil d'État (art. 4 L-AIMP, art. 3 AIMP), lequel a adopté, le 17 décembre 2007, le RMP, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008 ;

qu'il y a préimplication lorsqu'un soumissionnaire a collaboré à l'élaboration de l'appel d'offres. Il doit s'agir d'une collaboration, aux côtés du pouvoir adjudicateur, à la planification ou à la préparation du marché public, par exemple en préparant les documents d'appel d'offres (ATA/492/2018 du 22 mai 2018 consid. 8d et les références citées) ;

qu'en l'absence de dispositions dans l'AIMP, la question de la préimplication relève du droit cantonal de procédure des marchés publics. Cette question est susceptible de poser des problèmes au regard du droit à l'égalité de traitement garanti à tous les soumissionnaires d'un marché public (ATA/492/2018 du 22 mai 2018 consid. 8c et les références citées) ;

que les membres de l'autorité adjudicatrice qui participent à la préparation et à l'élaboration des documents d'appel d'offres ou aux procédures de passation des marchés publics ne peuvent présenter d'offre (art. 31 al. 1 let. a RMP) ;

que l'autorité adjudicatrice indique, dans les documents d'appel d'offres, si le prestataire ayant effectué une prestation préalable en lien avec le marché à adjuger peut présenter une offre et pour quels motifs (art. 31 al. 2 RMP) ;

que, sur le plan fédéral, une étude de marché requise par l'adjudicateur préalablement à l'appel d'offres n'entraîne pas la préimplication des soumissionnaires mandatés. L'adjudicateur publie les résultats de l'étude de marché dans les documents d'appel d'offres (art. 14 al. 3 de la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 - LMP - RS 172.056.1).

qu'en cas de contestation d'une attribution de marché, le soumissionnaire qui prétend avoir de meilleures chances de se voir attribuer le marché en excluant le soumissionnaire prétendument préimpliqué doit prouver la préimplication de même que sa nature et son intensité. Le fait que la préimplication entraîne un avantage concurrentiel est une présomption légale ; en revanche, le fait qu'aucun avantage de ce type n'a été obtenu ou que l'avantage a été suffisamment compensé incombe selon les constellations soit au pouvoir adjudicateur soit au soumissionnaire préimpliqué (ATAF 2020 IV/6 consid. 3.1.1 et les références citées).

que l'évaluation des offres dans les procédures visées aux articles 12 à 14 est faite selon les critères prédéfinis conformément à l'article 24 et énumérés dans l'avis d'appel d'offres et/ou les documents d'appel d'offres (art. 43 al. 1 RMP) ;

que 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) ;

qu'en l'espèce, la recourante allègue que l'adjudicataire aurait établi les plans du dossier d'appel d'offres et, de la sorte, collaboré à l'élaboration de l'appel d'offres, ce qui aurait dû empêcher le pouvoir adjudicateur de l'inviter à participer au marché ;

qu'en autorisant l'adjudicataire, malgré cela, à présenter une offre, le pouvoir adjudicateur aurait violé la garantie de la concurrence efficace entre soumissionnaires et le principe d'égalité de traitement de chacun d'eux ;

que les précités ont reconnu que l'adjudicataire avait réalisé, deux ans avant le lancement de l'appel d'offres, une expertise pour le pouvoir adjudicateur, précisant toutefois qu'elle n'avait participé ni à l'élaboration ni à la préparation du cahier des charges ;

qu'ils ont expliqué à cet égard que les résultats de l'expertise avaient été repris dans le dossier d'appel d'offres afin d'illustrer, au travers de plans, les normes applicables en matière de sécurité ;

que, dès lors, la question de la préimplication de l'adjudicataire peut se poser ;

qu'il semble toutefois a priori douteux que la reprise, dans le dossier d'appel d'offres, des résultats de ladite expertise soit constitutive d'une préimplication ;

qu'il incombait néanmoins au pouvoir adjudicateur d'indiquer, dans les documents d'appel d'offres, si l'adjudicataire, dans la mesure où elle avait effectué une prestation préalable en lien avec le marché à adjuger, pouvait présenter une offre et pour quels motifs, ce qu'il n'a pas fait ;

que le grief de la recourante selon lequel le pouvoir adjudicateur a évalué de façon arbitraire son organigramme, lequel a été pris en compte dans la notation du critère « adéquation et qualité technique de l'offre », ne paraît, prima facie et sans préjudice de l'examen au fond, pas d'emblée dépourvu de fondement ;

qu'au vu des éléments qui précèdent, le recours ne semble, prima facie et sans préjudice de l'examen au fond, pas dénué de chances de succès ;

que le pouvoir adjudicateur invoque toutefois l'urgence à la conclusion du contrat et au démarrage des travaux, afin de garantir, d'une part, la sécurité de ses collaborateurs présents dans les ouvrages dits « sensibles » et, d'autre part, la distribution pérenne d'eau potable dans les foyers et entreprises du canton ;

que l'adjudicataire confirme l'urgence à procéder aux travaux de sécurisation des toitures afin de procéder à leur entretien et de stopper la dégradation de leur étanchéité ;

que la recourante a manifesté son intérêt pour le marché en cause et a reconnu qu'un traitement le plus rapidement possible du dossier [sic] était souhaitable pour une réalisation des travaux dans des conditions optimales, la mauvaise saison approchant ;

qu'elle ne saurait dès lors se prévaloir du fait que la sécurisation des toitures préalablement à leur entretien ne serait ni indispensable ni urgente ;

que cette sécurisation doit permettre aux ouvriers de procéder à l'entretien annuel des toitures en toute sécurité, lequel a pour but de prévenir une infiltration d'eau susceptible de mettre en danger les collaborateurs présents dans les bâtiments et de provoquer un endommagement des installations techniques des SIG ;

qu'il existe ainsi manifestement un intérêt public prépondérant à la conclusion du contrat et à la réalisation des travaux ;

qu'au vu de l'ensemble de ces éléments, il convient de refuser la requête d'octroi de l'effet suspensif, l'intérêt public et privé des intimés à la conclusion du contrat primant sur l'intérêt de la recourante ;

qu'enfin, il sera statué sur les frais de la présente décision dans l'arrêt au fond.

## LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la requête d'octroi d'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 ;

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. La présente décision et les pièces en possession de la recourante, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision à Me Raphaël Quinodoz, avocat de la recourante, aux Services industriels de Genève, ainsi qu'à B\_\_\_\_\_, appelée en cause.

Le vice-président :

C. Mascotto

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.



Genève, le

la greffière :