



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1711/2024-MARPU

ATA/842/2024

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 11 juillet 2024

sur effet suspensif

dans la cause

A_____ SA

recourante

représentée par Me Guillaume ÉTIER, avocat

contre

VILLE DE GENÈVE

et

B_____ SA

intimées

représentée par Mes Guillaume FRANCIOLI et Federica PANETTI, avocats

Attendu, en fait, que :

1. A_____ SA (ci-après : A_____) est une société anonyme sise à C_____, inscrite depuis le _____ 1978 au registre du commerce (ci-après : RC) du canton de Vaud. Elle compte parmi ses buts statutaires l'exploitation d'une centrale d'alarme, toutes activités et interventions dans le domaine de la sécurité ainsi que la surveillance de chantiers.
2. B_____ SA (ci-après : B_____) est une société anonyme sise à D_____, inscrite depuis le _____ 2023 au RC du canton de Genève. Elle a pour buts statutaires le conseil, l'étude, la vente, l'installation, l'explicitation, la location, la maintenance de produits, d'appareils et de systèmes dans le domaine de la fermeture, de la sécurité, de la surveillance et de la détection.
3. Le 30 janvier 2024, la Ville de Genève (ci-après : la ville) s'est adressée à quatre entreprises, dont A_____ et B_____ en les invitant à participer à un appel d'offres portant sur la surveillance du E_____ (ci-après : E_____), dans le cadre de l'extension et de la transformation de celui-ci. Les documents d'appel d'offres étaient joints et devaient être retournés au plus tard le 28 février 2024 à 11h00. Le marché était estimé à CHF 140'000.- hors taxes (ci-après : HT).

Parmi les attestations demandées, décrites comme « obligatoires au sens des art. 32 et 33 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) » figurait un extrait du RC « démontrant que l'entreprise est active depuis plus de trois ans ».

Il résultait des documents d'appel d'offres que le seul critère d'adjudication était le prix, qui était ainsi pondéré à 100%. Les soumissionnaires devaient chiffrer la présence de deux agents de sécurité pour la période considérée et prévoir le matériel permettant l'accès au chantier.

4. Seules A_____ et B_____ ont rendu des offres dans le délai imparti, pour des montants respectifs de CHF 329'113.70 et CHF 188'094.-. Après correction, l'offre de A_____ a été ramenée à CHF 201'923.23.
5. Par décisions du 6 mai 2024, la ville a adjugé le marché à B_____ et a communiqué à A_____ que le marché ne lui avait pas été attribué. Il résultait du tableau d'analyses joint que B_____ avait reçu la note de 5 au seul critère d'adjudication, A_____ recevant la note de 3.
6. Par acte du 17 mai 2024, A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours, principalement à l'annulation de la décision attaquée et à l'octroi d'une indemnité de procédure, et subsidiairement à l'attribution du marché.

Le montant de son offre toutes taxes comprises (ci-après : TTC) avait été arrêté à CHF 201'923.23, sans qu'il soit possible de comprendre comment ce chiffre avait été

obtenu. Par ailleurs, B_____ était inscrite au RC, et donc active, depuis moins de trois ans, et ne comptait pas parmi ses buts la surveillance de chantiers.

Les nombreux vices formels dont la procédure était entachée rendaient indispensable l'octroi de l'effet suspensif.

Les offres rendues démontraient qu'une procédure ouverte eût dû être choisie et non une procédure sur invitation. Le pouvoir adjudicateur avait recueilli seulement deux offres et non trois. La prestation visée concernait des services et non des biens standardisés, si bien que le critère du prix n'aurait pas dû être le seul critère d'adjudication. Les administrateurs de la société adjudicataire et l'ancien directeur du E_____ portaient le même patronyme, ce qui pouvait faire suspecter une collusion.

7. Le 3 juin 2024, la ville a conclu au rejet de la demande d'effet suspensif et du recours.

La ville avait demandé aux candidats de chiffrer certains postes sans les inclure dans le montant de l'offre ; c'était ce qui avait justifié la correction du prix de l'offre déposée par la recourante. Celle-ci était forclosée à contester le critère d'adjudication retenu puisqu'elle n'avait pas contesté l'appel d'offres.

La société adjudicataire, bien que récente, déployait des activités non négligeables dans la surveillance de chantiers. Par ailleurs, la référence aux trois ans d'existence était une erreur de plume, cette exigence ne valant que pour les marchés de construction. Enfin, renseignements pris, il n'y avait aucun lien ni de parenté ni économique entre l'ancien directeur du E_____ et les organes de la société adjudicataire.

8. Le 4 juin 2024, B_____ a conclu principalement au rejet de la demande de restitution (*recte* : d'octroi) de l'effet suspensif, subsidiairement à la condamnation de la recourante à verser des sûretés.

La recourante se limitait à faire valoir des griefs liés au seuil pour une procédure sur invitation et au critère d'adjudication choisi, alors que ces griefs auraient dû faire l'objet d'un recours contre l'appel d'offres et les documents de soumission. Le grief d'une prétendue violation de l'égalité de traitement concernant la production de l'extrait du RC procédait d'une lecture manifestement inattentive de l'appel d'offres. Le recours était ainsi irrecevable faute de qualité pour recourir.

Il ressortait du formulaire « attestations à présenter » que le soumissionnaire devait remettre une attestation d'inscription au RC, avec la précision que « pour les marchés de construction, l'inscription au RC doit être supérieure à 3 ans ». Cette condition n'était donc pas applicable au marché en cause, portant sur une prestation de services.

Considérant, en droit, que :

1. Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est *prima facie* recevable, en application des art. 15 al. 1^{bis} let. d et al. 2 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), 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) et 55 let. e et 56 RMP.

2. Les mesures provisionnelles sont prises par le président ou la vice-présidente de la chambre administrative ou, en cas d'empêchement de ceux-ci, par un ou 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).
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, octroyer 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/217/2021 du 1^{er} mars 2021 consid. 2 ; ATA/1170/2020 du 19 novembre 2020 consid. 3 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, *Marchés publics* 2010, 2010, 311-341, p. 317 n. 15).

L'octroi de l'effet suspensif constitue cependant une exception en matière de marchés publics (arrêt du Tribunal fédéral 2D_34/2018 du 17 août 2018 consid. 5.2), et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/1/2024 du 2 janvier 2024).

4. Lorsqu'une autorité judiciaire se prononce sur des mesures provisoires, elle peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit, 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).
5. a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP). Il vise à harmoniser les règles de passation des marchés et à transposer les obligations découlant de l'accord GATT/OMC ainsi que de l'accord entre la communauté européenne et la Confédération suisse (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 données publiques (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 let. a et b AIMP).

- b. Selon l'art. 43 RMP, l'évaluation des offres 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).
- c. En matière d'évaluation des offres, la jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_35/2017 du 5 avril 2018 consid. 5.1 ; ATA/1685/2019 du 19 novembre 2019 consid. 8b et les références citées), y compris s'agissant de la méthode de notation (ATA/676/2020 du 21 juillet 2020 consid. 4b et les références citées).
6. a. Dans le canton de Genève, la procédure sur invitation consiste à inviter directement et sans publication les candidats à présenter une offre. L'autorité adjudicatrice doit demander, dans la mesure du possible, au moins trois offres (art. 14 RMP et 12 al. 1 let. b bis AIMP).
- b. Les autorités adjudicatrices prennent directement contact avec les entreprises participantes à une procédure sur invitation. Dans certains cas, elles disposent de listes permanentes de sociétés à inviter, dans d'autres cas, elles utilisent des bases de données constituées lors d'expériences précédentes. La procédure commence avec une préqualification, durant laquelle l'autorité adjudicatrice désigne le cercle des participants. Le choix de ces derniers se restreint souvent à ceux qu'elle connaît et avec lesquels elle n'a pas fait d'expérience négative. Il arrive cependant aussi que l'autorité invite ceux avec qui elle n'a pas collaboré auparavant, comme de jeunes entreprises (Dominik KUONEN, *Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht*, 2005, p. 69 et 109).
- c. En matière de marchés publics – et pour tous les types de procédure –, on distingue les critères d'aptitude ou de qualification (*Eignungskriterien*), qui servent à s'assurer que le soumissionnaire dispose des capacités suffisantes afin de réaliser le marché (art. 13 al. 1 let. d AIMP), des critères d'adjudication ou d'attribution qui se rapportent en principe directement à la prestation requise et indiquent au soumissionnaire comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée et choisie. Les entreprises soumissionnaires qui ne remplissent pas un des critères d'aptitude posés voient leur offre exclue, sans compensation possible, alors que la non-réalisation d'un critère d'adjudication n'est pas éliminatoire, mais peut être compensée par une pondération avec d'autres critères d'adjudication (ATF 141 II 353 consid. 7.1 et les références citées).

Selon l'art. 33 al. 1 RMP, l'autorité adjudicatrice définit des critères d'aptitude conformément à l'art. 24 RMP. Elle peut exiger des soumissionnaires des justificatifs attestant leur capacité sur les plans financier, économique, technique, organisationnel et du respect des composantes du développement durable.

Pour les marchés de construction, les entreprises doivent être actives depuis plus de 3 ans (art. 33 al. 3 RMP).

d. Selon le Tribunal fédéral, l'invitation présuppose l'aptitude de base des entités invitées ; il n'y a donc pas lieu d'accorder trop d'importance aux preuves correspondantes (arrêt du Tribunal fédéral 2P.184/2005 du 8 décembre 2005 consid. 3.3.3).

Le Guide romand pour les marchés publics (annexe E, let. b ; accessible à l'adresse <https://www.vd.ch/etat-droit-finances/marches-publics/guide-romand/guide-romand>, consulté le 8 juillet 2024) indique que généralement, dans une procédure sur invitation, l'adjudicateur ne fixe pas de critères d'aptitude étant donné qu'il n'invitera que des prestataires qu'il juge aptes à répondre à l'appel d'offres. L'examen de base de l'aptitude du soumissionnaire à fournir les prestations demandées devrait donc, si possible, avoir lieu avant l'appel d'offres, afin que seuls les soumissionnaires aptes soient invités à soumettre une offre (Office fédéral des constructions et de la logistique OFCL, Guide relatif à la procédure sur invitation, II.3).

La chambre de céans a ainsi déjà jugé (ATA/1056/2015 du 6 octobre 2015 consid. 7c) que l'aptitude à exécuter le marché public en cause est en principe tranchée durant la phase de pré-qualification de la procédure sur invitation. Les autorités sont liées par cette phase. Le principe de la bonne foi exige qu'elles n'invitent un participant que si la question de son aptitude à exécuter le marché concerné est déjà réglée. Il serait contraire à ce principe que l'autorité change son opinion à ce sujet. Les autorités ne doivent pas se distancier de leur invitation et exclure un participant invité. Un deuxième examen de l'aptitude des participants au cours de l'évaluation des offres est en outre interdit dans les procédures sur invitation (Dominik KUONEN, *op. cit.*, p. 172 ss).

e. Contrairement aux décisions d'appel d'offre en procédure ouverte ou sélective, l'invitation à présenter une offre n'est pas une décision sujette à recours (art. 15 al. 1^{bis} AIMP *a contrario* ; Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2^e éd., 2023, n. 811 ; Dominik KUONEN, *op. cit.*, p. 103), ce qui vaut donc aussi des documents d'« appel d'offres » y associés. Il s'en ensuit que les griefs qui concerneraient l'invitation peuvent en principe être examinés lors du recours contre la décision d'adjudication (ATA/593/2022 du 7 juin 2022 consid. 4 ; pour l'ancien droit fédéral, Peter GALLI *et al.*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^e éd., 2013, n. 1256).

f. Aux termes de l'art. 13 let. f AIMP, les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir des critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse.

Selon l'art. 43 RMP, 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).

Selon le Tribunal fédéral, l'expression « biens largement standardisés » inclut aussi les prestations de service (arrêt du Tribunal fédéral 2C_802/2021 du 24 novembre 2022 consid. 3.1), conception qui est aussi reprise dans l'AIMP du 15 novembre 2019 (AIMP-2019, non encore en vigueur à Genève : l'art. 29 al. 4 AIMP-2019 parle de prestations largement standardisées).

7. En l'espèce, plusieurs griefs de la recourante sont susceptibles, *prima facie*, d'être irrecevables en raison du défaut d'intérêt pratique à les soutenir, tels le fait que le pouvoir adjudicateur ait organisé une procédure sur invitation plutôt qu'ouverte, celui que seules deux offres aient été reçues et non trois (grief par ailleurs *a priori* infondé puisque les règles applicables prévoient que trois offres soient demandées – et non fournies –, et ce « dans la mesure du possible »), ou encore que son offre ait été corrigée à la baisse, dès lors qu'elle ne soutient pas que le montant à retenir était inférieur à celui proposé par sa concurrente.

Le grief relatif à une éventuelle collusion entre l'ancien directeur du E_____ et les organes de la société adjudicataire est basé sur une simple homonymie et n'est aucunement étayé, si bien qu'il apparaît à première vue infondé.

Le grief ayant trait à la durée d'existence de la société adjudicataire, s'il a un peu plus de consistance, n'est toutefois *a priori* pas plus fondé. En effet, s'agissant d'une procédure sur invitation, l'examen de l'aptitude s'est fait lors de la phase de pré-qualification. En outre, les documents de soumission se référaient aux attestations obligatoires selon les art. 32 et 33 RMP. Or, selon l'art. 33 al. 3 RMP, ce n'est que pour les marchés de construction que les entreprises doivent être actives depuis plus de 3 ans. Il en résulte que, *prima facie*, cette exigence n'était en réalité pas posée pour obtenir le marché.

Contrairement à ce que soutiennent les intimées, la recourante n'est *prima facie* pas forclosée à se plaindre du choix des critères d'adjudication et du fait que – contrairement à ce qui est annoncé dans les documents de soumission – ce n'était pas l'offre économiquement la plus avantageuse qui serait retenue, mais uniquement la moins-disante. En effet, l'invitation à soumissionner et les documents y associés n'étaient pas sujets à recours. On ne peut certes pas encore retenir que le grief est à première vue fondé, dès lors que les intimées se sont contentées de plaider son irrecevabilité, sans préciser en quoi la prestation de service concernée serait standardisée. Il n'en demeure pas moins que la question se pose, si bien que l'effet suspensif mérite d'être octroyé dans le cas d'espèce.

Il convient de considérer en outre que l'urgence alléguée par le pouvoir adjudicateur de conclure le contrat résulte avant tout du retard engendré par la tardiveté de son invitation à soumissionner, et ne saurait justifier le refus d'octroyer l'effet suspensif au recours, étant rappelé que les pouvoirs adjudicateurs doivent tenir compte, dans leurs échéanciers, d'éventuelles procédures de recours

8. Les frais de la procédure seront réservés 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), 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 suisse, av. du Tribunal fédéral 29, 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 Guillaume ÉTIER, avocat de A_____ SA, à la Ville de Genève ainsi qu'à Mes Guillaume FRANCIOLI et Federica PANETTI, avocats de B_____ SA.

La vice-présidente :

F. PAYOT ZEN-RUFFINEN

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

