



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2178/2024-MARPU

ATA/852/2024

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Décision du 17 juillet 2024**

**sur effet suspensif et mesures provisionnelles**

dans la cause

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

représenté par Me Baptiste FAVEZ, avocat

**recourant**

contre

COMMUNE DE B\_\_\_\_\_

représenté par Me Stéphane GRODECKI, avocat

**intimée**

\_\_\_\_\_

Attendu, en fait, que :

1. La commune de B\_\_\_\_\_ (ci-après : la commune) est propriétaire des parcelles 1\_\_\_\_\_ et 2\_\_\_\_\_ du cadastre communal, sis aux 3\_\_\_\_\_ et 4\_\_\_\_\_, rue de B\_\_\_\_\_.
2. Le 23 mars 2023, le conseil municipal a voté un crédit de CHF 8'240'000.- toutes taxes comprises (ci-après : TTC) afin de financer la rénovation des bâtiments sis sur ces deux parcelles.
3. Le \_\_\_\_\_ 2023, la commune a publié sur le portail www.simap.ch un appel d'offres en procédure ouverte portant sur les prestations d'architecte en lien avec cette rénovation, sans indiquer de montant estimé pour les prestations concernées par l'appel d'offres.
4. Au terme de la procédure, elle a, le 11 décembre 2023, adjugé le marché pour un montant de CHF 570'000.- hors taxes (ci-après : HT) au A\_\_\_\_\_ SA (ci-après : A\_\_\_\_\_), société anonyme sise à C\_\_\_\_\_ et dont D\_\_\_\_\_ est l'administrateur. Cette décision a été publiée sur la plateforme www.simap.ch le \_\_\_\_\_ 2024.
5. Par courriel du 14 mars 2024, D\_\_\_\_\_ a informé la commune que l'un des architectes qui devaient travailler dans le cadre du marché, soit E\_\_\_\_\_, avait démissionné avec effet au 1<sup>er</sup> avril 2024. Il piloterait lui-même le projet et cherchait activement un successeur à E\_\_\_\_\_.
6. Le 27 mars 2024, lors d'un entretien en présence d'un conseiller administratif, du secrétaire général de la commune et d'un responsable de service, D\_\_\_\_\_ a indiqué avoir trouvé un architecte expérimenté pour succéder à E\_\_\_\_\_.
7. Le 18 avril 2024, la commune a informé A\_\_\_\_\_ qu'elle n'entendait plus conclure le contrat lié au marché public adjugé le 11 décembre 2023, estimant que « les conditions d'exécution n'[étaient] plus réunies pour poursuivre ce mandat sur la base de l'attribution initiale ». Il était prévu de lancer une nouvelle procédure ouverte intégrant « les modifications de projet nécessaires, notamment en ce qui concerne la planification et la coordination ».
8. Par courrier du 2 mai 2024, A\_\_\_\_\_ s'est élevé contre cette prise de position. Il se tenait à disposition pour clarifier tout aspect relatif à l'exécution du marché, et invitait la commune, si elle entendait maintenir sa position, à révoquer sa décision d'adjudication.
9. Après un échange de correspondances, la commune, qui avait initialement considéré qu'une telle décision n'était pas nécessaire, a rendu une décision d'interruption du marché et de révocation de l'adjudication le 11 juin 2024, sans indemnisation.

Trois motifs « alternatifs » étaient donnés. À titre principal, la commune avait décidé de changer la stratégie d'organisation des mandats en privilégiant désormais l'attribution d'un mandat unique à un groupement pluridisciplinaire de mandataires (soit architecte + ingénieur civil + ingénieurs spécialisés en chauffage-ventilation-

sanitaire-électricité). En effet, le conseil administratif (ci-après : CA) avait décidé d'adopter la stratégie déjà appliquée dans un autre chantier de la commune. Par ailleurs, une personne clef de A\_\_\_\_\_, annoncée dans l'offre comme fortement impliquée dans le projet, ne travaillait plus pour l'entreprise. Enfin, le CA envisageait de procéder à des modifications du projet qui pourraient nécessiter un ajustement du profil du mandataire recherché.

Un nouvel appel d'offres serait lancé en juillet ou août 2024.

10. Par acte déposé le 27 juin 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 principalement (uniquement) à son annulation, subsidiairement au constat de l'illicéité de celle-ci et à la fixation d'un délai pour chiffrer et motiver ses prétentions en indemnisation. À titre préalable, il demandait l'octroi de l'effet suspensif au recours, et qu'interdiction soit faite à la commune de publier ou de préparer tout nouvel appel d'offres.

Selon la jurisprudence, aussi longtemps que la décision d'adjudication existait, le pouvoir adjudicateur ne pouvait lancer un nouvel appel d'offres, et en cas de refus d'octroi de l'effet suspensif et des mesures provisionnelles, l'adjudicataire subissait un dommage irréparable. Le recours était fondé et devait conduire à l'annulation de la décision attaquée. Enfin, aucun intérêt public ne s'opposait à l'octroi de l'effet suspensif, dès lors que les bâtiments en cause menaçaient de s'effondrer et qu'il convenait que les travaux de rénovation fussent entamés dès que possible, alors qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres déboucherait sur la signature d'un contrat au plus tôt en 2025.

L'argument lié au mandat d'un groupement interdisciplinaire était nouveau, et donc manifestement soulevé à des fins stratégiques. De plus, il était infondé, puisque le recours à un groupement de mandataires ne permettait pas de réduire le montant des honoraires des mandataires en question, dont le cahier des charges demeurait inchangé qu'ils fussent mandatés individuellement ou collectivement. Le lancement d'un nouveau marché public entraînerait aussi d'importants coûts supplémentaires, ce à quoi s'opposait une utilisation rationnelle des deniers publics. Enfin, l'octroi des mesures sollicitées n'anticiperait pas le jugement définitif.

11. Le 10 juillet 2024, la commune a conclu au rejet de la demande de restitution (*recte* : d'octroi) de l'effet suspensif et de mesures provisionnelles.

Elle avait déjà mandaté un autre bureau d'architectes en 2023, ce qui avait conduit au dépôt de l'autorisation de construire le 17 août 2023, soit une semaine avant le lancement de l'appel d'offres litigieux. Ladite demande d'autorisation était toujours en cours d'instruction.

Une éventuelle annulation de la décision de révocation de l'adjudication ne pouvait en soi la contraindre à conclure le contrat, cet aspect relevant selon la jurisprudence de la liberté contractuelle et du droit privé. Le recourant ne pouvant

obtenir plus ou autre chose qu'une décision constatatoire d'illicéité de la décision contestée, il n'avait aucun intérêt au maintien du régime juridique antérieur.

La décision de révocation et la nouvelle procédure envisagée ne portaient pas sur les mêmes marchés, la seconde concernant des prestations beaucoup plus étendues, plus spécialisées et coordonnées. Il s'agissait donc d'un marché radicalement différent. Elle disposait donc d'un motif suffisant pour révoquer l'adjudication sans indemniser l'entreprise recourante. S'y ajoutait la démission d'une personne clef pour la réalisation du mandat.

12. Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif et mesures provisionnelles.

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<sup>bis</sup> 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<sup>er</sup> 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. 47 al. 1 RMP, la procédure peut être interrompue pour de justes motifs ou raisons importantes, notamment lorsque l'autorité adjudicatrice a reçu un nombre insuffisant d'offres pour adjuger le marché dans une situation de concurrence efficace (let. a) ; les offres ont été concertées (let. b) ; un abandon ou une modification importante du projet est nécessaire (let. c) ; toutes les offres dépassent le montant du budget prévu ou octroyé pour le marché (let. d).
- c. L'art. 48 RMP prévoit que l'adjudication peut être révoquée, sans indemnisation, pour l'un des motifs énoncés à l'art. 42 RMP. Il peut notamment s'agir de motifs propres à l'adjudicataire, telles les exigences générales de participation à un marché public, relatives au respect des conditions sociales de travail, de paiement des impôts et des cotisations sociales. Il doit s'agir de motifs qui rendent la conclusion d'un contrat avec l'adjudicataire impossible, inexigible ou contraire au droit des marchés publics (ATA/232/2016 du 15 mars 2016 consid. 5 ; Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2<sup>e</sup> éd., 2023, n. 364 ; Martin BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, n. 2738).
- L'art. 48 RMP utilisant une formule potestative concernant l'exercice du droit de révocation, une liberté d'appréciation est reconnue au pouvoir adjudicateur dans la prise d'une telle décision, que celui-ci exerce à la suite d'une pesée des intérêts pour respecter le principe de la proportionnalité (ATA/623/2023 du 13 juin 2023 consid. 2.5 ; ATA/490/2017 du 2 mai 2017 consid. 5). Il est admis que d'autres motifs de révocation peuvent être invoqués, par référence notamment aux cas non exhaustifs d'interruption (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_876/2014 du 4 septembre 2015 consid. 6.2).
- d. Selon l'art. 42 al. 1 RMP, l'offre est écartée d'office lorsque le soumissionnaire a) a rendu une offre tardive, incomplète ou non-conforme aux exigences ou au cahier des charges ; b) ne répond pas ou plus aux conditions pour être

admis à soumissionner ; c) a fourni de faux renseignements ; d) a conclu un accord qui porte atteinte à une concurrence efficace ; e) n'a pas justifié les prix d'une offre anormalement basse ; f) fait l'objet, à la date du dépôt de l'offre ou en cours de procédure, d'une sanction.

L'al. 2 prévoit que l'autorité adjudicatrice peut également écarter l'offre d'un soumissionnaire qui : a) n'est pas à jour dans le paiement de ses impôts ; b) ne respecte pas les prescriptions concernant la santé et la sécurité au travail ; c) ne remplit pas les garanties de bienfaisance, de solvabilité et de correction en affaires ; d) ne respecte pas les obligations légales en matière de protection de l'environnement ; e) a commis des infractions graves dans le cadre de son activité professionnelle ; f) ne respecte pas la liberté d'association ou le droit de grève.

e. L'interruption, la répétition ou le renouvellement de la procédure n'est possible qu'à titre exceptionnel et suppose un motif important ; cette règle existe aussi pour les marchés publics soumis au droit fédéral (ATF 141 II 353 consid. 6.1 ; 134 II 192 consid. 2.3 = SJ 2009 I 197). L'interruption du marché – ce qui suppose l'annulation de tous les actes déjà accomplis – apparaît donc comme une *ultima ratio* (ATF 141 II 353 consid. 6.1; Peter GALLI/André MOSER/Élisabeth LANG/Marc STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2013, n. 799).

f. Sur le plan technique, lorsque l'adjudication a déjà été prononcée, l'interruption de la procédure suppose au préalable une révocation de la décision d'adjudication. La nuance est avant tout juridique, car on admet que les motifs d'interruption du marché peuvent aussi constituer des motifs de révocation de la décision d'adjudication qui, selon leur nature, peuvent avoir pour conséquence une interruption de la procédure et un renouvellement de celle-ci (ATF 141 II 353 consid. 6.2 ; Étienne POLTIER, *op. cit.*, n. 358 p. 226 et n. 363 p. 230 ; ATF 134 II 192 consid. 2.3 = SJ 2009 I 197).

g. Concernant l'interruption de la procédure, la liberté d'appréciation de l'adjudicateur dans le choix des conséquences à tirer de l'existence d'un juste motif ou motif important est toutefois limitée par le respect de la bonne foi et des principes généraux applicables au droit des marchés publics, notamment l'interdiction de discrimination entre les soumissionnaires, la proportionnalité, la transparence et l'interdiction de la modification du marché sur des éléments essentiels (ATF 141 II 353 consid. 6.4 ; aussi ATA/501/2016 du 14 juin 2016 consid. 6d).

h. Selon le Tribunal fédéral, la décision à laquelle aboutit la soumission détermine de manière contraignante le candidat avec lequel l'autorité adjudicatrice doit conclure un contrat, mais elle n'« attribue » pas directement l'objet de la procédure d'adjudication au soumissionnaire sélectionné. Après l'adjudication, la collectivité publique doit conclure avec ce dernier un contrat portant sur la fourniture du service requis ou la livraison des marchandises demandées. Contrairement à la procédure d'adjudication précédente, dans laquelle l'autorité compétente agit en tant que puissance publique, le soumissionnaire et la collectivité publique « s'affrontent » en règle générale sur le terrain du droit privé et concluent un contrat de droit privé (ATF 134 II 297 consid. 2.1).

Le fait qu'après l'ouverture des offres, le pouvoir adjudicateur doit, en principe, adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, et ne peut y renoncer que pour des motifs d'intérêt public, doit être distingué et ne préjuge en rien de l'éventuelle obligation de conclure le contrat après l'adjudication, ou de la possibilité d'y renoncer, questions qui relèvent en principe du droit (privé) des contrats (ATF 129 I 410 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.34/2007 du 8 mai 2007 consid. 6.1).

6. En l'espèce, en l'état et sous réserve d'arguments nouveaux, les chances de succès du recours, ou du moins des conclusions subsidiaires de ce dernier, apparaissent bonnes. En effet, les raisons invoquées par la commune apparaissent, *prima facie*, insuffisantes pour justifier tant l'interruption du marché que la révocation de l'adjudication. En effet, aucune des causes prévues aux art. 42 et 47 RMP n'est *a priori* remplie. La commune n'a en outre pas, du moins à ce stade de l'instruction, expliqué pourquoi la réflexion au sujet de l'extension des prestations demandées – qui n'en fait *prima facie* pas un marché « radicalement différent » – n'a pu intervenir qu'après l'adjudication et n'a pas été menée au moment de définir l'appel d'offres, étant observé que la commune avait auparavant déjà mandaté un bureau d'architecture et déposé la demande d'autorisation de construire. La référence à des « modifications du projet qui pourraient nécessiter un ajustement du profil du mandataire recherché », outre qu'elle est mise au conditionnel dans la décision attaquée, n'a pas davantage, pour l'instant, fait l'objet d'explications circonstanciées. Enfin, on ne voit pas, *prima facie*, en quoi la démission de E\_\_\_\_\_ serait susceptible de justifier la révocation de l'adjudication, dès lors qu'il a été remplacé, très peu de temps après l'annonce de son départ, par un architecte expérimenté et que l'intimée n'explique pas en quoi la bonne exécution du marché serait intrinsèquement liée à sa personne.

Cela étant, le recourant demande à titre principal uniquement l'annulation de la décision attaquée, sans prétendre que ladite annulation obligerait l'intimée à conclure avec lui le contrat de mandat. Comme remarqué à juste titre par l'intimée, tel n'est pas le cas, la jurisprudence ne consacrant pas d'obligation de conclure dès lors que la conclusion du contrat ressortit au droit privé. Dans ces conditions, seule une indemnisation entre *a priori* en ligne de compte, et ni l'octroi de l'effet suspensif ni l'interdiction de publier ou de préparer un appel d'offres ne seraient à même de permettre au recourant de conclure le contrat de mandat convoité. La demande d'effet suspensif et de mesures provisionnelles sera dès lors rejetée.

7. Les frais de la procédure seront réservés jusqu'à droit jugé au fond.

## LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse d'octroyer l'effet suspensif au recours ainsi que les mesures provisionnelles sollicitées ;

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 ; et 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 ;

communiquée la présente décision à Me Baptiste FAVEZ, avocat du recourant ainsi qu'à Me Stéphane GRODECKI, avocat de la commune de B\_\_\_\_\_.

Le président :

C. MASCOTTO

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :