



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Les développements récents de la pratique genevoise en matière de marchés publics

François Bellanger, Professeur à l'Université de Genève, avocat

Une jurisprudence peu nombreuse

Evolution depuis 2013

2013: 43
2014: 42
2015: 45
2016: 43
2017: 35
2018: 54
2019: 55
2020: 41
2021: 34
2022: 23
2023: 16

Sur 2023

8 Décisions sur effet suspensif
7 refus
1 octroi, car le pouvoir adjudicateur ne s'est pas opposé
8 Jugements
1 partiellement admis
1 irrecevable
6 rejets
1 seul recours au Tribunal fédéral

Les enjeux principaux

Irrecevabilité du recours car le litige relève du droit privé (623 et 380 ES)

Accès au dossier des offres (1164)

Contestation tardive d'un critère évaluation (ES 1246)

Secret d'affaires – Accès aux offres – 22 RMP (1164)

Offre incomplète – 32 al. 1 let. a RMP (80/297 ES - 1207 - 1273)

Offre anormalement basse – 41 RMP (871)

Décision d'exclusion – 42 RMP (87 ES - 181 - 1298)

Préimplication – 31 RMP (717 et 718 ES, 733 ES)

ATA/623/2023 du 13 juin 2023 / Irrecevabilité

- Appel d'offres en procédure sélective pour le marché intitulé « B – solution informatique pour la gestion des effectifs assurés – actifs et pensionnés ».
- Adjudication en faveur de A le 17 juin 2022.
- Par courrier du 24 février 2023, B informe A de sa « décision ferme et irrévocable » de ne pas conclure de contrat avec elle en raison de son incapacité à mettre en œuvre son offre dans le respect des conditions de l'appel d'offres et de ses ressources ne répondant pas aux exigences clairement énoncées dans l'appel d'offres portant sur le marché public relatif à une solution de gestion des effectifs des assurés, actifs et pensionnés.
- Recours de B.
- B affirme que sa lettre du 24 février 2023 n'est pas une révocation de l'adjudication et que :
 - Elle est libre de conclure ou non le contrat après l'adjudication.
 - Si elle ne conclut pas, une décision de révocation serait fondée.

ATA/623/2023 du 13 juin 2023 – 2

- La décision d'adjudication 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.
- Tous les éléments essentiels du futur contrat doivent déjà être fixés au moment de l'adjudication. Mais, les offres déposées par les différents candidats dans le cadre de la procédure de soumission ne constituent pas encore techniquement des offres en vue de la conclusion du contrat.
- Par conséquent, l'adjudication doit être suivie d'une offre et d'une acceptation, comme dans le cas d'une conclusion de contrat indépendante de la procédure de soumission.
- Les parties n'ont pas encore conclu de contrat, ce qui ne signifie pas encore que l'intimée soit libre de décider à qui elle souhaite confier à l'avenir l'objet du marché en cause, étant toutefois relevé qu'elle a, à compter du courrier litigieux du 24 février 2023, une position qui s'est encore cristallisée durant la procédure de recours, déclarée être fermement décidée à ne pas conclure de contrat avec la recourante.
- Aussi, tant que l'adjudication à la recourante est encore valable, ce que plaide l'intimée qui considère que le courrier n'est pas une décision de révocation de l'adjudication, elle ne pourra pas conclure de contrat avec une autre entreprise sur l'objet de la procédure d'adjudication. Si elle souhaite attribuer le marché non plus à l'intimée mais à un tiers, alors elle devra formellement révoquer sa décision d'adjudication (et le cas échéant répéter toute la procédure d'adjudication) afin d'ouvrir la voie à une nouvelle attribution du marché. Seule une telle décision de révocation de la décision d'adjudication sera sujette à recours (art. 48 et 55 RMP).
- La chambre administrative n'est dès lors pas compétente pour connaître du recours contre le courrier de l'autorité intimée du 24 février 2023, recours qui est irrecevable. Conformément à l'art. 64 al. 2 LPA a contrario, elle ne transmettra pas la procédure aux instances civiles.

ATA/1164/2023 du 31 octobre 2023 / Accès au dossier

- Appel d'offres d'une commune en procédure ouverte, soumis aux accords internationaux, portant sur un marché de prestations de nettoyage de dix EVE.
- Grief relatif à l'accès au dossier :
 - Refus de la commune de fournir les dossiers complets des offres.
 - Elle communique uniquement :
 - Dans son de son mémoire de réponse des explications quant à la notation du critère litigieux relatif à l'« Organisation du soumissionnaire », notamment concernant les désavantages que l'offre de la recourante présentait sur ce point.
 - Un bordereau de pièces comprenant un extrait de son dossier soumis au pouvoir adjudicateur, dans lequel les parties du dossier portant sur l'aspect litigieux ne sont pas caviardées.
 - Pas de violation de l'article 22 RMP admise :
 - « Ainsi, l'intéressée a disposé de tous les éléments nécessaires pour faire valoir ses droits en toute connaissance de cause s'agissant du point contesté. Elle le reconnaît d'ailleurs dans sa réplique, puisqu'elle explique « (être) désormais en mesure – grâce notamment aux documents produits par B – de se déterminer non seulement en fonction de ses propres prérogatives, mais également en fonction de celles de l'adjudicataire ».

ATA/1246/2023 du 17 novembre 2023 / Contestation tardive

- Marché de fournitures : Acquisition de câbles MT 240 mm² Cu pour divers chantiers SIG.
- 3 offres :
 - A avec un prix de CHF 2'324'197.-.
 - B avec un prix de CHF 2'356'012.89.
 - C avec un prix de CHF 2'335'969.80.
- Les soumissionnaires ont obtenu pour le critère prix :
 - A la note de 5.00 et 200 points.
 - B la note de 4.90 et 195.96 points.
 - C la note de 4.96 et 198.49 points.
- Refus d'effet suspensif
 - La contestation de la méthode de calcul appliquée pour le critère du prix est tardive.

ATA/1207/2023 du 7 novembre 2023 / Offre incomplète

- Appel d'offres de la direction générale des finances, des ressources humaines et des affaires extérieures (DGFE), agissant par la Centrale commune d'achats (ci-après : CCA) en procédure ouverte, non soumis aux accords internationaux, portant sur des prestations de formation en gestion de projet selon la « méthode Hermès » destinées à l'ensemble du personnel de l'Etat de Genève.
- Le poste L.c.4 de l'appel d'offres était désigné comme impératif et éliminatoire et précisait : « le soumissionnaire indiquera dans son offre les honoraires forfaitaires horaires qu'il pratiquera pour les prestations de préparation d'une formation sur mesure, décrites de manière exhaustive, sous rubriques I.5, I.6, I.8 et I.9 ci-dessus. Ce prix doit être indiqué en francs suisses, hors TVA et doit inclure les charges sociales et tous autres frais inhérents à la prestation ». Suivait une case à remplir, intitulée « prix forfaitaire horaire, hors TVA en CHF ».
- A a présenté une offre ; dans la rubrique L.c.4 relative à un prix horaire forfaitaire pour les prestations de préparation à une formation sur mesure, elle a renvoyé aux rubriques I.5, I.6, I.8 et I.9. Dans ces dernières, elle indiquait pour les trois premières prestations qui y étaient décrites un tarif horaire de CHF 45.- et pour la dernière un tarif horaire de CHF 60.-.
- Offre écartée car non conforme au cahier des charges.
- Malgré l'invite par deux fois par l'autorité adjudicatrice à indiquer un prix forfaitaire unique pour la rubrique L.c.4, la recourante n'a pas fourni d'indication à ce sujet, ni en particulier clarifié quel prix horaire forfaitaire elle entendait pratiquer pour ses prestations liées à la préparation de formations sur mesure.
- Pas de formalisme excessif.

ATA/1273/2023 du 28 novembre 2023 / Offre incomplète

- Appel d'offres de l'OCBA pour le changement de 1300 cylindres de serrures dans l'établissement pénitentiaire de la Brenaz.
- Offre écartée à juste titre car les attestations LAA de deux des cinq sous-traitants d'un soumissionnaire manquaient.
- Pas de formalisme excessif.

ATA/871/2023 du 22 août 2023 / Offre anormalement basse

- Appel d'offres en procédure ouverte, soumis aux accords internationaux, portant sur un marché de services de mise à disposition de personnel d'ingénierie.
- Le marché serait partagé entre plusieurs adjudicataires, trois au maximum.
- Pas d'effet suspensif accordé.
- Les contrats sont conclus.
- Un soumissionnaire évincé recourt alors qu'il est en quatrième place.
 - L'adjudicataire arrivé en première position aurait dû être exclu de la procédure.
 - La recourante aurait dû obtenir la note maximale pour les critères n^{os} 1, 3 et 4.
 - Vu le faible écart des points obtenus entre la recourante et le dernier adjudicataire, soit 2,33%, l'admission de l'un ou l'autre de ces griefs aurait eu ou du moins aurait pu avoir pour effet de modifier sa place dans le classement final, celle-ci passant à tout le moins du quatrième au troisième rang, de sorte que le marché, attribué en l'occurrence à trois soumissionnaires, lui serait également adjugé.
- Qualité pour recourir admise.

ATA/871/2023 du 22 août 2023 / Offre anormalement basse - 2

- Offre anormalement basse de l'adjudicataire :
 - Prix inférieur de plus de 30% à la moyenne des offres présentées, soit 41%.
 - Il y a eu uniquement une séance de clarification entre les représentants de cette société et ceux du Pouvoir adjudicataire.
 - Cette séance n'a pas fait l'objet d'un procès-verbal, tel qu'exigé par la loi.
- Le pouvoir adjudicateur a donc violé les art. 40 al. 2 et 41 RMP.
- Conséquences :
 - Les obligations contenues aux art. 40 al. 2 et 41 RMP ne sauraient être éludées au seul motif que les explications données pendant la séance litigieuse auraient été subséquemment fournies au cours de la procédure de recours.
 - Le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement implique que le soumissionnaire évincé qui interjette recours contre l'adjudication doit pouvoir s'exprimer en toute connaissance de cause, sur la base d'un procès-verbal détaillé, sur les éléments qui ont amené le pouvoir adjudicateur à admettre une offre anormalement basse à la suite d'une séance de clarification.
 - Il s'agit aussi de s'assurer que l'opération de clarification n'a pas entraîné de modifications matérielles des offres et d'empêcher des comportements interdits, qui, pour le moins, éveillent le soupçon que certains soumissionnaires bénéficient d'avantages indus.
 - Le résultat est un constat d'illicéité de l'adjudication.

ATA/181/2023 du 28 février 2023 / Décision d'exclusion

- Appel d'offres de l'OBA, en procédure ouverte, non soumis aux accords internationaux, intitulé « Campus – Battelle – infothèque CFC 221 Fenêtres et portes extérieur en métal ».
- Sous « objet et étendue du marché », il était indiqué : « remplacement de fenêtres acier et aluminium sur un bâtiment d'intérêt patrimonial, pour lequel il est important d'apporter attention aux détails et aux finitions ».
- Admission de variantes en plus de l'offre de base.
- Soumissionnaire offre exclusivement des fenêtres en aluminium.
- Offre écartée valablement sur la base de l'article 42 al. 1 let. a RMP.

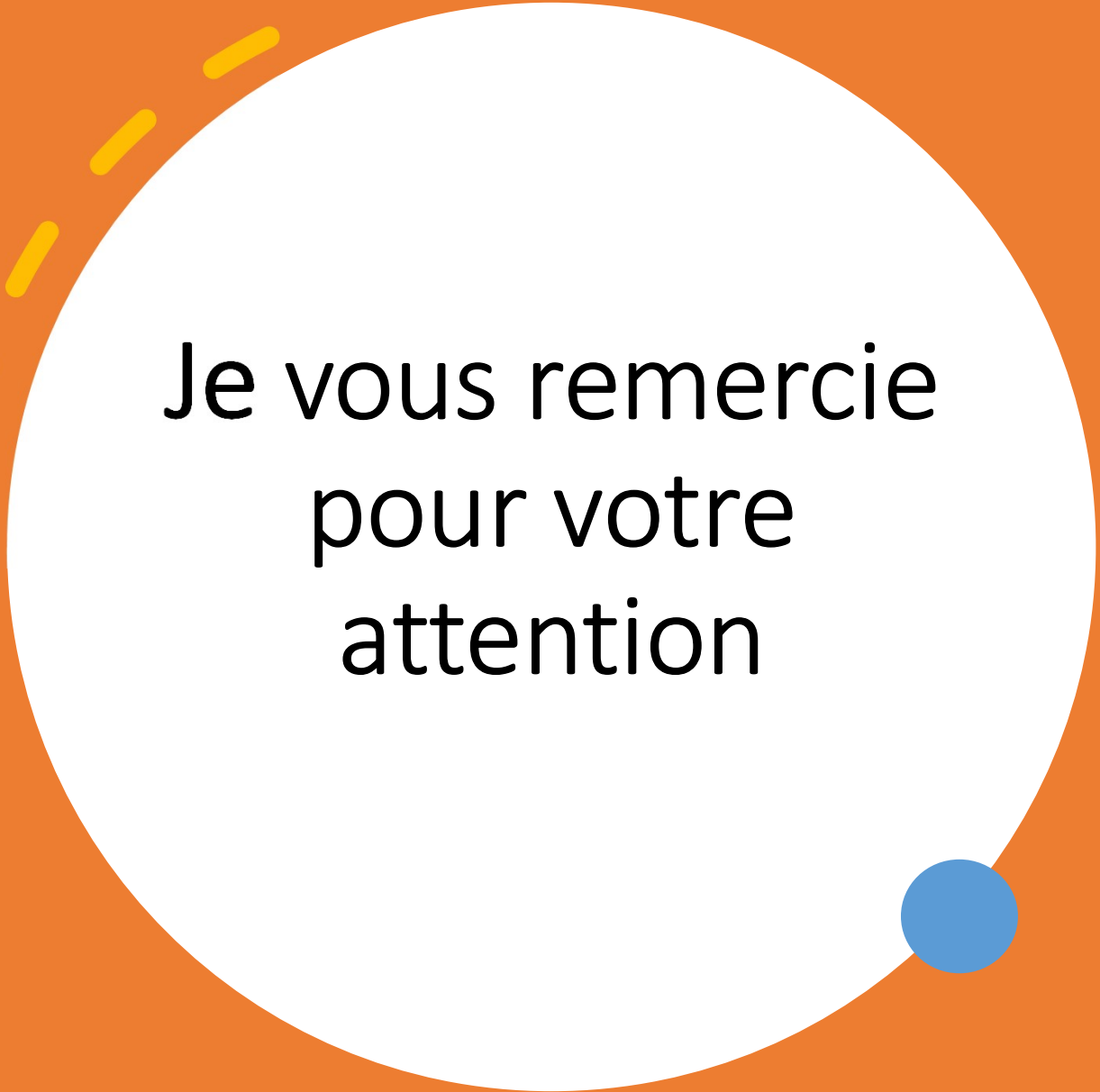
ATA/1298/2023 du 5 décembre 2023 / Décision d'exclusion

- Recours contre une décision d'exclusion et une décision d'adjudication.
- Qualité pour recourir niée contre la décision d'adjudication :
 - «**7.2** En l'espèce, l'offre de la recourante ayant été valablement écartée, elle n'a pas été évaluée. La question de savoir s'il y a malgré tout lieu de considérer que la recourante a été partie à la procédure qui a abouti à la décision d'adjudication pourra demeurer indécise. Elle n'est en effet pas touchée directement par la décision d'adjudication, celle-ci ne lui causant aucun inconvénient. Même si son recours devait sur ce point être admis, cela ne changerait rien au fait que son offre ayant préalablement été écartée, le marché ne pourrait pas lui être octroyé. Elle a ainsi perdu tout intérêt personnel digne de protection à ce que celle-ci soit modifiée ou annulée, de sorte qu'elle n'a pas la qualité pour recourir contre cette décision. Cette conclusion est ainsi irrecevable ».

ATA/717/2023 du 4 juillet 2023

ATA/718/2023 du 4 juillet 2023 / Préimplication

- Appel d'offres d'un privé (subvention à plus de 50%) pour des travaux de construction :
 - Soupçons de préimplication d'un soumissionnaire.
 - Effet suspensif refusé, car préimplication pas avérée.



Je vous remercie
pour votre
attention