

La procédure du marché pour le réaménagement de l'Aéroport international de Genève : 2021 (et avant) – 2025 (et au-delà)

Une offre peut-elle être exclue lorsqu'elle ne respecte pas une exigence de l'appel d'offres qui était objectivement essentielle ? Quel est le moment du dépôt de l'offre lorsque la livraison des éléments qui la constituent dure plusieurs minutes ? Quelle est la conséquence d'une violation des exigences de récusation ?

Kann ein Angebot ausgeschlossen werden, wenn es eine objektiv wesentliche Anforderung der Ausschreibung nicht erfüllt? Wann gilt das Angebot als eingereicht, wenn die Übermittlung seiner Bestandteile mehrere Minuten dauert? Was sind die Folgen einer Verletzung der Ausstandsvorschriften?

Arrêt du TF 2C_54/2025 du 16 septembre 2025 ainsi que divers arrêts cantonaux

Jean-Baptiste Zufferey, professeur à l'Université de Fribourg, président de l'Institut du droit de la construction
William Bayiha, MLaw, assistant à l'Université de Fribourg

I. Les étapes marquantes de la procédure

A La sélection des candidats

(4) Après des mois de préparation, l'Aéroport international de Genève (AIG) a publié le 27 septembre 2021 un concours portant sur la conception, la construction et la maintenance du projet «CAP 2030, plate-forme multimodale et galerie commerciale CFF». Ce projet représente la première étape d'un réaménagement plus large de l'aéroport qui consiste à délocaliser une partie des activités de l'actuel Terminal 1 dans une extension, afin d'en renouveler la partie existante lors d'une seconde étape (hors du concours en question). Ce dernier s'est déroulé en deux tours : d'abord un appel à candidatures au terme duquel trois candidats ont été sélectionnés ; ensuite un mandat d'études parallèle (MEP) en vue d'adjudger la réalisation du projet à l'un des trois candidats.

Le 25 janvier 2022, l'AIG a publié sur la plateforme simap.ch l'identité des trois candidats retenus. Le candidat B., non retenu, a alors adressé une demande à l'AIG tendant à la révocation de la décision de sa non-sélection et de sélection du consortium A. ; l'offre de ce dernier intégrait D. comme associé et G. comme sous-traitant, tous deux sanctionnés par la Banque mondiale au titre de la lutte contre la fraude, la corruption et les pratiques collusives dans un contexte de projets aéroportuaires. Suite au rejet de sa demande de révocation par l'AIG, B. a recouru en vain devant la dernière instance cantonale (chambre administrative de la Cour de justice) ; celle-ci a considéré que les explications de l'AIG paraissaient a priori fondées : la clause d'intégrité morale contenue dans les conditions administratives de l'appel à candidatures (CAAC) se réfère à d'éventuelles sanctions prononcées en Suisse ; de ce fait, tant le caractère géographiquement et temporellement lointain des faits que la gravité toute relative de la sanction qui y était associée ne plaident pas pour une exclusion de la procédure (arrêt ATA/337/2022 du 1^{er} avril 2022).

Nonobstant ce prononcé, l'AIG a communiqué le 1^{er} septembre 2022 de nouvelles décisions, entérinant la sélection de B. (en lieu et place de la société Y., sélectionnée mais qui avait décidé de se retirer). Le MEP a ainsi commencé avec les candidats suivants : le consortium A., l'entreprise B. et la société C.

B L'exclusion d'une offre

Les CAAC précisaient que le prix de la tranche 1 ferme (études et planification) ne peut, en principe, pas dépasser la somme de CHF 24,6 millions CHF ; les conditions administratives du MEP (CA-MEP) traitaient du « coût maximum admissible » en ces termes : « Le prix des deux tranches fermes pour la conception et la planification totale des projets CAP2030 et plate-forme multimodale de GA (tranche 1) ne pourra pas dépasser CHF 24.6 millions. »

La société C. a présenté une offre d'un montant global de CHF 658,9 millions dont CHF 37,5 millions pour la tranche 1. Les deux autres soumissionnaires ont rendu une offre chiffrée pour un montant global de CHF 712 millions pour A. respectivement CHF 653 millions pour B. La tranche 1 était de CHF 24,6 millions dans ces deux offres.

Par décision du 1^{er} novembre 2023, l'AIG a informé C. que son offre était déclarée irrecevable et qu'elle était exclue de la procédure ; C. a interjeté recours contre cette décision. La Cour de justice a rappelé que les CAAC dataient de septembre 2021 tandis que les CA-MEP dataient d'avril 2023. C. ne pouvait en conséquence rien tirer du fait que les termes « en principe » figuraient dans les CAAC, qui n'étaient plus applicables lors du MEP. Les termes de l'art. 1.5 CA-MEP étaient suffisamment précis et le pouvoir adjudicateur n'avait pas à attirer davantage l'attention des candidats sur les conséquences d'un dépassement du prix plafond de la tranche 1. La Cour de justice a rejeté le recours de C. en date du 19 mars 2024 (ATA/388/2024) ; son jugement n'a pas été déféré au Tribunal fédéral.

C L'adjudication

En vertu des CA-MEP, les offres devaient parvenir à l'AIG soit par voie postale, soit par dépôt en mains propres au plus tard le lundi 28 août 2023 à 11h00 directement à la réception de l'Aéroport (5^e étage); à défaut, l'offre serait déclarée irrecevable. Le consortium A. a déposé les premiers cartons de son offre à 10h55; l'offre était composée de «15 cartons + 4 tubes».

L'AIG a adjugé le marché au consortium A., avec une note globale de 3,89; l'entreprise B. a été informée qu'elle était classée deuxième sur les deux offres évaluées, avec une note globale de 3,49. B. a recouru contre ce résultat.

D., membre du consortium A., est une filiale du groupe E., entreprise de construction présente dans 60 pays. La société E., présentée dans les CAAC en tant que «programmiste», est un groupe international de conseil, d'ingénierie de la construction et d'exploitation. Durant la procédure de recours, B. a notamment relevé que E. et F. forment un «groupement adjudicataire» pour l'aéroport Paris-Beauvais et qu'ils avaient signé durant l'été 2024 un contrat de concession à cet effet.

La Cour de justice a rejeté le recours de B. (arrêt ATA/1478/2024 du 17 décembre 2024); le Tribunal fédéral déclare le recours en matière de droit public de B. recevable et il l'admet.

II. Une question juridique de principe

Le Tribunal fédéral reconnaît que la décision attaquée soulève une question juridique de principe au sens de l'art. 83 lit. f ch. 1 LTF et il statue donc à cinq juges au lieu de trois habituellement (art. 20 al. 2 LTF): la Cour de justice a confirmé la décision de l'AIG d'adjuger un projet de construction de grande envergure après avoir pourtant constaté que la procédure de MEP était entachée d'une violation du devoir de récusation; en effet, un tel vice de procédure ne doit pas forcément conduire à l'annulation de la décision attaquée et peut donc rester sans conséquence dans la mesure où il n'a pas influé sur le classement final. Or, le Tribunal fédéral ne s'est encore jamais penché en détail sur la question de savoir s'il est possible de renoncer à l'annulation d'une décision rendue en violation des règles de récusation dans le domaine des marchés publics, où la réglementation impose en principe un respect strict des exigences d'impartialité.

On connaît les conditions de recevabilité exigeantes que le Tribunal fédéral impose à la «QJP» (question juridique de principe): elle doit n'avoir jamais été tranchée ou mériter un nouvel examen; il doit être nécessaire, pour juger du cas d'espèce, de résoudre une question de droit qui donne lieu à une incertitude caractérisée, laquelle appelle de manière pressante un éclaircissement de la part du Tribunal fédéral; s'il s'agit d'une question de procédure, elle doit être spécifique au domaine des marchés publics (et non pas une question de droit public général comme l'est la qualité pour recourir). Il est toujours satisfaisant que le Tribunal fédéral admette l'existence d'une QJP dans un cas concret, puisse ainsi faire connaître son opinion, de manière détaillée, et fournisse par

ce biais un guide pour les futures décisions des autres juridictions. Le problème demeure par contre pour les plaideurs: il est difficile pour le conseiller juridique de la partie qui succombe dans l'instance précédente de prédire si son recours en matière de droit public au Tribunal fédéral serait reçu; le recours constitutionnel subsidiaire – simultané (art. 119 LTF) – n'offre ici qu'une consolation très partielle: il n'est pas ouvert contre les arrêts du Tribunal administratif fédéral et contre les arrêts de dernière instance cantonale, il n'est recevable que pour violation des droits constitutionnels.

III. L'arrêt «des cartons»

On peut déjà prédire que l'arrêt commenté ici restera connu de tous les praticiens des marchés publics en raison du scénario de réception de l'offre de l'adjudicataire et de la question qu'elle a posée: quel est le moment à retenir lorsque la livraison de l'offre dure plusieurs minutes? La recourante soutenait que l'offre était tardive et qu'elle aurait ainsi dû être exclue de la procédure.

La juridiction cantonale a estimé que l'offre du consortium intimé avait été déposée dans le délai. Pour elle, il était acquis que les premiers cartons contenant l'offre étaient arrivés à 10 heures 55 à la réception de l'aéroport. Il importait peu de savoir si tous les cartons et annexes de l'offre avaient été déposés à la réception à 11 heures ou si certains d'entre eux se trouvaient peut-être encore dans le camion de livraison à ce moment-là et n'avaient été acheminés qu'après 11 heures (trente minutes de temps supplémentaire nécessaire, selon la recourante). L'essentiel était que les représentants du consortium soient arrivés avec l'entier de l'offre à l'aéroport et qu'ils avaient ensuite porté les premiers cartons à sa réception avant 11 heures. L'éventuel dépassement de délai résultait uniquement du temps nécessaire au déplacement des cartons restants, ce qui excluait toute modification de l'offre dans l'intervalle. Le Tribunal fédéral ne voit pas en quoi le raisonnement qui précède serait entaché d'arbitraire; malgré l'importance de respecter le délai de remise des offres, il n'était pas manifestement insoutenable de retenir que l'offre de l'adjudicataire avait été déposée dans le délai. La décision de la juridiction cantonale n'était pas arbitraire dès lors qu'il était établi que le soumissionnaire avait débuté son processus de remise à la réception de l'aéroport avant 11 heures et que l'éventuel dépassement de temps allégué découlait tout au plus du temps nécessaire au déchargement du reste du contenu du véhicule déjà stationné à l'aéroport.

Cet arrêt ne remet nullement en cause la règle selon laquelle le délai de remise des offres doit être strictement respecté. On peut se demander pourquoi un soumissionnaire dont les équipes ont travaillé d'arrache-pied pendant des semaines pour élaborer une offre finale avec un prix si énorme l'achemine à l'adjudicateur cinq minutes avant que le couperet éliminatoire tombe. Comme avait coutume de dire un avocat à succès à la fin de sa carrière: «il y a deux catégories d'avocats, ceux qui n'ont pas de problème de délais et ceux qui ont des clients; j'ai été ravi de faire partie de la seconde catégorie...». Les recourants n'hésitent jamais à soulever les éventuels pro-

blèmes de délai et les juges les examinent sans retenue, car il s'agit d'une question de procédure administrative, qu'ils maîtrisent naturellement. In casu, on ne sait pas trop ce qui s'est réellement passé; connaissant la configuration concrète de l'aéroport, on peut se demander comment acheminer 15 cartons et 4 tubes aurait vraiment pris tant de temps; les juridictions des deux instances ont cependant laissé la question des faits ouverte dès lors que les premiers cartons avaient été acheminés à temps, qu'ainsi il était certain que l'offre était complètement élaborée dans le délai et que l'égalité de traitement entre les deux soumissionnaires était ainsi respectée. Peut-on donner un conseil aux organisateurs des futurs marchés importants: préciser dans leurs conditions administratives que l'offre doit parvenir «entièrement» ou «munie de tous ses éléments constitutifs» dans tel délai à tel endroit.

IV. La récusation

A Le régime

La recourante soutenait que la Cour de justice avait violé le droit à une procédure équitable que garantit l'art. 29 al. 1 Cst. en refusant d'annuler la décision d'adjudication de l'AIG, pourtant prise en violation des exigences de récusation.

La jurisprudence du Tribunal fédéral sur ce thème peut se résumer comme suit; l'arrêt commenté ici la confirme:

1. Eu égard à la nature formelle des règles sur la récusation, l'autorité de recours doit en principe annuler toute décision qui les viole; cela indépendamment des chances de succès du recours au fond et sans que le recourant n'ait à démontrer que la décision aurait été différente en cas de respect des prescriptions.
2. Toutefois, une autorité de recours peut exceptionnellement renoncer à invalider l'acte vicié lorsque la violation du devoir de récusation constatée n'est pas grave et si l'on peut pratiquement exclure qu'elle ait eu une influence sur le contenu de la décision. Cette dernière condition, dont la preuve incombe avec un haut degré à l'adjudicateur et/ou à l'adjudicataire, ne doit toutefois être admise que restrictivement; renoncer trop facilement à sanctionner le non-respect des règles de récusation reviendrait à affaiblir l'obligation de principe d'attribuer les marchés publics d'une manière transparente et impartiale. Le Conseil fédéral et les cantons semblent s'être implicitement ralliés à cette ancienne jurisprudence dans le cadre de l'élaboration du nouveau droit des marchés publics. Dans le contrôle de ce régime, le Tribunal fédéral est certes lié par les constatations de fait de l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), mais lorsque le raisonnement de cette dernière repose sur des considérations générales issues de l'expérience de la vie, le Tribunal fédéral en vérifie le bien-fondé comme une question de droit.

Dans le cas d'espèce, tant la juridiction cantonale que le Tribunal fédéral retiennent que l'existence de contrats en cours entre E. et F. ainsi que leur appartenance au même consortium d'exploitation de l'aéroport parisien constituaient

des éléments objectifs propres à éveiller des doutes sur l'impartialité des employés de F. lorsqu'il s'était agi d'évaluer l'offre du consortium adjudicataire, dont l'un des membres appartient à E. Ainsi, l'intervention de collaborateurs de F. comme experts mandatés par l'AIG violait effectivement le droit à une procédure équitable au sens de l'art. 29 al. 1 Cst. et les exigences de récusation qui en découlent.

B Les conséquences

La juridiction cantonale a estimé que ce non-respect des règles de récusation n'imposait pas d'annuler l'adjudication opérée en faveur du consortium A. Elle s'est fondée sur le fait que F. et ses collaborateurs avaient participé aux côtés d'autres experts à l'évaluation uniquement de deux sous-critères «2.1» et «2.3» et en plus sans les noter ni être membre du jury du MEP. En outre, la recourante aurait conservé de toute manière une note finale inférieure au consortium A. si l'on admettait ses conclusions au sujet de la notation litigieuse.

Le Tribunal fédéral reconnaît que la violation de l'obligation de se récuser n'est pas particulièrement grave. Pour autant, de tels éléments ne suffisent pas à démontrer qu'une récusation de F. et de ses collaborateurs n'aurait assurément rien changé au résultat final de la procédure. Il est indéniable que l'appréciation d'un expert peut avoir une influence importante sur la notation finale des offres. Ainsi, la juridiction cantonale ne pouvait pas considérer comme elle l'a fait que la recourante aurait de toute manière été classée derrière le consortium adjudicataire, même si F. n'avait pas participé à l'évaluation initiale des offres. Il en serait allé autrement si l'offre du consortium adjudicataire avait reçu une évaluation globale très nettement supérieure à celle de la recourante ou si le jury avait apprécié de manière critique l'expertise effectuée par les collaborateurs de E. et s'en était distancié au moment de noter les offres des soumissionnaires.

Il faut se garder d'émettre une opinion sur le bien-fondé de cette appréciation sans avoir accès au dossier de la procédure. Quelques remarques in abstracto: (1) Genève est en passe d'adhérer au nouvel AIMP – on parle de l'été 2026 – de sorte que l'art. 13 n'était pas applicable à la présente procédure. Le Tribunal fédéral a cependant décidé d'en tenir compte comme «expression de la réalité juridique et des exigences pratiques au moment d'apprécier la portée et les implications concrètes du droit à une procédure équitable consacré par l'art. 29 al. 1 Cst.». Il s'agit de l'art. 13 AIMP al. 1 lit. e: doivent se récuser les personnes qui «ne disposent pas, pour toute autre raison, de l'indépendance nécessaire pour participer à la passation de marchés publics». Selon les législateurs des LMP/AIMP nouveaux, il ne devrait pas être possible d'invoquer cette literalité, lorsque les facteurs qui remettent en question l'indépendance de la personne concernée n'ont pas influé sur le résultat de la procédure (Mess. LMP, FF 2017 p. 1695 ss, p. 1761 et Message-type relatif à la révision de l'AIMP 2019, version 1.3 du 8 septembre 2022, p. 48); on peine à voir cette précision dans le libellé de la disposition légale, qui est strict et ne reprend pas l'échappatoire auquel la jurisprudence du Tribunal fédéral dit tenir (absence de sanction si la non-récusation s'avère sans

effet sur la décision). (2) En vertu de l'art. 13 al. 4 AIMP nouveau – mais pas dans la LMP – l'adjudicateur peut prescrire dans son programme de concours ou de MEP que les soumissionnaires soient exclus de la procédure en cas de motif de récusation. Ce régime inverse était celui qui se pratiquait habituellement sous l'ancien AIMP (1994/2001) et il est toujours celui des règlements SIA 142 (concours) et 143 (MEP); déclarer ces normes applicables à la procédure est donc une façon de mettre en œuvre l'art. 13 al. 4 AIMP nouveau. (3) La sanction de la non-récusation est en principe l'annulabilité de la décision d'adjudication, et non pas sa nullité; un motif de récusation non invoqué par le soumissionnaire évincé dans le délai de recours sera donc guéri. C'est ce que rappelle l'art. 13 al. 2 LMP/AIMP nouveau qui impose de le signaler immédiatement. Dans la même perspective de cette sanction « light », le Tribunal fédéral in casu annule l'adjudication et renvoie la cause à l'AIG avec l'instruction suivante, destinée à réparer le vice de procédure résultant de la participation de F. comme expert : nommer un autre expert externe chargé de procéder à une appréciation des sous-critères 2.1 et 2.3, en remplacement de l'expert précité, et demander au jury du MEP de procéder à

une nouvelle évaluation des offres; l'AIG pourra ensuite rendre une nouvelle décision d'adjudication, sans qu'il faille répéter la phase des ateliers thématiques du MEP ni celle des critiques intermédiaires et finales, quand bien même certains collaborateurs de F. y avaient également participé.

La procédure de désignation du lauréat du projet de l'aéroport CAP 2030 s'avère un parcours du combattant : sa préparation a commencé bien avant 2021 et elle s'achèvera au plus tôt en 2026 ; il faudra ensuite finaliser le contrat avec l'adjudicataire. En sus, viennent s'y ajouter les processus de décision interne nécessaires pour un investissement si important ainsi que la PAP (procédure fédérale d'approbation des plans) puis le temps de la réalisation ; en définitive, il s'agira peut-être de CAP 2040. Voilà qui rappelle aux Romands le sort d'un autre projet : « Léman 2030 » pour la gare de Lausanne. Faut-il en conclure que c'est le lot commun de tous les grands projets d'infrastructure ? Avis aux décideurs et aux politiques.

ZBI | Schweizerisches
Zentralblatt
für Staats- und
Verwaltungsrecht



Das gesamte Öffentliche Recht laufend im Blick

Das Schweizerische Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBI) ist seit mehr als 125 Jahren die führende Fachzeitschrift für den Gesamtbereich des Öffentlichen Rechts. Zu den redaktionellen Schwerpunkten zählen fundierte und praxisbezogene Aufsätze zu Themen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, die die aktuelle Diskussion bestimmen, sowie neueste Rechtsprechung auf Bundes- und kantonaler Ebene, inklusive Kommentierungen. Ausgewiesene Praktiker und namhafte Wissenschaftler stehen für die Qualität der Beiträge, die vom renommierten Redaktionskollegium sorgfältig ausgewählt werden.

Jetzt kostenfrei testen

2 ZBI-Ausgaben + 2 Monate unlimitierter
Zugang zu ZBI Digital

