

# **BGer 2D\_49/2020 vom 24. März 2021**

Bundesgericht, 2021-03-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2D\\_49\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_49_2020)

FR: TF 2D\_49/2020 du 24 mars 2021

IT: TF 2D\_49/2020 del 24 marzo 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

La présente cause relève du droit public ( art. 82 let. a LTF ). Dans le domaine des marchés publics, un recours en matière de droit public n'est recevable, en vertu de l' art. 83 let. f LTF, qu'à la double condition que la valeur du mandat à attribuer soit supérieure ou égale aux seuils déterminants prévus à cet effet et que la décision attaquée soulève une question juridique de principe ( ATF 141 II 113 consid. 1.2 et les références). Il incombe à la partie recourante de démontrer la réalisation de ces deux conditions (cf. art. 42 al. 2 LTF ; ATF 141 II 113 consid. 1.2 et les références), qui sont cumulatives ( ATF 144 II 184 consid. 1.2). Dès lors que la recourante indique à juste titre que l'arrêt entrepris ne soulève pas de question juridique de principe, c'est à bon droit qu'elle a interjeté un recours constitutionnel subsidiaire (cf. arrêt 2D\_21/2018 du 19 février 2019 consid. 1.2).

### **E. 1.2**

La recourante, qui a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ( art. 115 let. a LTF ), dispose de la qualité pour recourir, dans la mesure où elle a un intérêt juridique à l'annulation ou la modification de l'arrêt entrepris ( art. 115 let. b LTF ). Outre qu'elle conserve le droit d'obtenir un jugement en constatation du caractère illicite de l'adjudication qui ouvre la voie de l'action en dommages-intérêts, la recourante disposait d'une réelle chance au fond d'obtenir l'adjudication (cf. arrêt 2D\_24/2017 du 14 mai 2018 consid. 2.2). En effet, le soumissionnaire évincé qui discute la qualification ou le classement de ses devanciers a qualité pour recourir, lorsque, comme en l'espèce, il réclame un nouvel appel d'offres après invalidation de l'ensemble de la procédure, ce qui lui ouvre la possibilité de présenter éventuellement une nouvelle offre ( ATF 141 II 14 consid. 4.6 et les références; arrêt 2D\_24/2017 du 14 mai 2018 consid. 2.2.1).

### **E. 1.3**

Pour le surplus, le recours est dirigé contre une décision finale ( art. 90 LTF par renvoi de l' art. 117 LTF ). Il a été déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF par renvoi de l' art. 117 LTF ) et dans les formes prescrites ( art. 42 LTF ). Il est par conséquent recevable.

### **E. 2**

Le recours constitutionnel subsidiaire ne peut être formé que pour violation des droits constitutionnels ( art. 116 LTF ). En vertu de l' art. 106 al. 2 LTF , applicable par renvoi de l' art. 117 LTF , les griefs y relatifs doivent être invoqués et motivés par le recourant, à savoir expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée, en précisant en quoi consiste la violation (cf. ATF 139 I 229 consid. 2.2). Celui-ci ne peut donc se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en instance d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition; il ne peut, en particulier, se contenter d'opposer sa thèse à celle de l'autorité cantonale, mais doit remettre en cause les considérants de la décision attaquée

sous des aspects relevant des droits constitutionnels ( ATF 134 II 349 consid. 3; arrêt 2D\_31/2018 du 1er février 2019 consid. 2.1).

### **E. 3**

La recourante fait en premier lieu valoir une violation de son droit d'être entendue.

#### **E. 3.1**

Le droit d'être entendu garanti par l' art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'avoir accès au dossier, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre. L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion ( ATF 145 I 167 consid. 4.1 et les références).

#### **E. 3.2**

Dans son arrêt, la Cour de justice, statuant sur des réquisitions de preuves déposées par la recourante, a tout d'abord jugé que l'audition d'un témoin ayant rédigé une expertise privée déposée par la recourante devant elle n'était pas nécessaire, dans la mesure où ce témoin avait pu faire valoir son point de vue à travers son expertise. Elle a en particulier ajouté que le point de savoir si la décision d'adjudication était conforme au droit ne présentait pas un degré de complexité si élevé qu'elle ne pourrait ni la comprendre, ni en apprécier l'importance, nécessitant de ce fait une expertise. Elle a conclu en constatant que les divers documents figurant déjà au dossier étaient suffisants pour statuer.

La recourante considère que ce refus de la part de l'autorité précédente constitue une violation de son droit d'être entendue. Elle estime que les juges cantonaux, s'ils sont capables de prendre en compte les éléments figurant au dossier, ne sont pas qualifiés pour en tirer les conclusions nécessaires sur la conformité du mobilier. Elle est ainsi d'avis que la Cour de justice ne pouvait pas écarter l'expertise privée qu'elle avait produite sans avoir préalablement cité son auteur en tant que témoin si, comme en l'espèce, elle voulait s'écarter du contenu de ce document.

#### **E. 3.3**

En l'occurrence, la Cour de justice a certes refusé d'auditionner l'auteur de l'expertise privée déposée auprès d'elle par la recourante. Elle a néanmoins à juste titre considéré qu'en possession de cette expertise, une audition complémentaire de son auteur s'avérait superflue. Elle a de plus exclu cette audition en expliquant que d'autres pièces au dossier, en particulier les pièces produites par la recourante, lui permettaient de se prononcer sur la question qui lui était posée. Dans ces conditions, il ne saurait être question de violation du droit d'être entendue de la recourante. Le point de savoir si l'appréciation des moyens de preuve effectuée par l'autorité précédente est exempte d'arbitraire est une autre question, au demeurant également soulevée par la recourante.

### **E. 4**

Dans un deuxième grief, la recourante invoque une appréciation arbitraire des moyens de preuve, respectivement un établissement arbitraire des faits par l'autorité précédente.

#### **E. 4.1**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 118 al. 1 LTF ). Il peut néanmoins rectifier ou compléter les constatations de cette autorité si les faits ont été constatés en violation d'un droit constitutionnel ( art. 118 al. 2 LTF

cum

art. 116 LTF ), ce que le recourant doit démontrer d'une manière circonstanciée et précise, conformément aux exigences de motivation posées à l' art. 106 al. 2 LTF (par renvoi de l' art. 117 LTF ).

Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité; il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat ( ATF 144 I 170 consid. 7.3 et les références), ce qu'il appartient à la partie recourante de démontrer en vertu de l' art. 106 al. 2 LTF ( ATF 138 I 232 consid. 6.2 et les références).

#### **E. 4.2**

La recourante se plaint d'arbitraire sous plusieurs points. Elle estime tout d'abord que le mobilier vendu à l'adjudicateur par l'adjudicataire ne remplissait pas les conditions du marché, car il avait été abusivement certifié FSC 100 % recyclé. Elle est ensuite d'avis que la chaîne de contrôle permettant la traçabilité des produits certifiés FSC avait été rompue et que l'adjudicataire ne pouvait donc pas affirmer que ses meubles étaient certifiés, ce d'autant moins que la Cour de justice avait elle-même constaté que l'un des intermédiaires n'était pas certifié FSC. Finalement, la recourante estime que la Cour de justice n'a arbitrairement pas retenu que le pouvoir adjudicateur avait modifié les conditions de l'appel d'offres.

#### **E. 4.3**

La Cour de justice, dans l'arrêt entrepris, a en premier lieu délimité le litige, retenant à ce propos que celui-ci portait sur la conformité au droit de la décision d'exclusion de la recourante, qui n'est en l'occurrence plus contestée devant le Tribunal fédéral, et de la décision d'adjudication du lot n° 1 uniquement (le lot n° 3 n'ayant pas été adjugé et la recourante n'ayant jamais remis en question l'adjudication du lot n° 2). L'autorité précédente a considéré que l'illicéité de cette dernière décision pourrait amener à une indemnisation de la recourante.

L'autorité précédente a ainsi constaté que, d'après une facture du 10 août 2016 de l'adjudicataire, les panneaux bruts du fournisseur de celle-ci portaient le label FSC 100 % recyclé, alors que les panneaux finis celui de "FSC Mix 99 %

Recycled Wood ". Elle a continué en mentionnant qu'outre le fait qu'un système de transfert était possible entre les différentes terminologies FSC, l'un des représentants de l'adjudicataire avait confirmé en audience que les panneaux recouverts de mélamine restaient des panneaux certifiés FSC recyclé. L'autorité précédente a expliqué que

l'impression, l'application de peinture et les autres types de finitions n'étaient pas considérés comme des critères renseignant sur les caractéristiques du produit. La Cour de justice en a conclu que la mention "FSC Mix 99 %

Recycled Wood " figurant sur les documents commerciaux précités ne suffisait pas, à elle seule, pour retenir que l'adjudicataire aurait usurpé le label FSC. Le fournisseur de celle-ci avait expliqué avoir mentionné "FSC Mix 99 %

Recycled Wood " sur ses factures et bulletins de transport en raison de la mélamine apposée sur les panneaux finis en particules de bois, les panneaux bruts portant la certification FSC 100 % recyclé. Un certificat produit par l'adjudicateur indiquait en outre que le fournisseur précité bénéficiait du label FSC recyclé.

La Cour de justice a continué en retenant que l'intermédiaire entre le fournisseur de l'adjudicataire et celle-ci était un fabricant de meubles. Selon elle, "d'après le contexte global qui se dégage du présent dossier, il n'apparaît pas que son activité consiste à reconditionner, voire à modifier la composition des panneaux en particules de bois reçus [ du fournisseur], mais à les découper aux dimensions souhaitées et à les intégrer dans ou sur les meubles à fabriquer. Cette activité n'est pas une transformation qui exigeait une certification FSC [de l'intermédiaire] au moment de l'élimination de la recourante ou de l'adjudication du marché en cause ". Pour l'autorité précédente, les panneaux en particules de bois produits par le fournisseur de l'adjudicataire gardaient leur label FSC recyclé après leur intégration dans les meubles fabriqués par l'intermédiaire, ce qui avait pour conséquence que la chaîne de contrôle n'avait pas été interrompue par l'activité de cet intermédiaire. L'autorité précédente en a conclu que le pouvoir adjudicateur n'avait pas renoncé à l'exigence de la chaîne de contrôle en se satisfaisant d'une "chaîne de contrats". Elle a ajouté que pour assurer la traçabilité du bois de la production des panneaux en particules à la commercialisation du mobilier en passant par la fabrication, l'adjudicateur pouvait se fier aux factures produites par l'adjudicataire et son fournisseur, car les produits certifiés FSC devaient être marqués comme tels dans les documents de vente. Or, elle a constaté que les factures produites dans la procédure montraient que les panneaux bruts en particules de bois du fournisseur étaient certifiés FSC recyclé. Cela a conduit la Cour de justice à juger que les moyens de preuve produits par la recourante ne lui étaient d'aucun secours, dans la mesure où le pouvoir adjudicateur n'exigeait pas la certification des meubles finis, mais se limitait à demander celle des panneaux en particules de bois.

#### **E. 4.4**

En l'occurrence, la recourante fonde en grande partie sa motivation sur des éléments de fait qui n'ont pas été retenus par l'autorité précédente, sans expliquer en quoi cela constituerait une violation de l' art. 118 al. 2 LTF . Il n'en sera donc pas tenu compte. Pour le surplus, s'agissant des éléments contestés par la recourante, il convient de retenir ce qui suit.

En premier lieu, quant à l'absence de certification FSC conforme à l'appel d'offres du mobilier de l'adjudicataire, il convient de constater que la Cour de justice a relevé que les labels étaient octroyés par un organisme certificateur. Comme on l'a vu précédemment, elle a ajouté qu'il était nécessaire de vérifier la facture d'achat pour s'assurer de la certification, mentionnant de plus que seules les entreprises certifiées FSC étaient contrôlées et pouvaient garantir que le produit acheté porte le label FSC. L'autorité précédente a ensuite constaté que le fournisseur de l'adjudicataire bénéficiait d'une telle certification. Quant à la chaîne de contrôle, la Cour de justice a relevé qu'entre l'adjudicataire et son fournisseur, plusieurs

intermédiaires étaient intervenus, dont au moins un ne bénéficiait pas de certificat FSC (en l'occurrence le constructeur des meubles) au moment de la soumission, puis de l'adjudication. Elle a cependant nié toute rupture de la chaîne de contrôle, car, selon les faits retenus dans son arrêt, la pose de produits finis, le remplissage d'emballage et la découpe des produits aux dimensions souhaitées ne devaient pas être considérés comme une transformation du produit. Or, la Cour de justice a constaté que les meubles en cause étaient certes construits par une entreprise ne bénéficiant pas de certification FSC, mais l'avaient été à partir de panneaux en particules de bois provenant du fournisseur de l'adjudicataire, bénéficiant d'une telle certification. Elle a de plus retenu que rien ne laissait apparaître que cet intermédiaire aurait reconditionné, voire modifié la composition des panneaux reçus du fournisseur de l'adjudicataire. Elle a ainsi exclu toute rupture de la chaîne de contrôle, rappelant à ce propos qu'un revendeur de meubles certifiés FSC n'avait pas besoin d'être lui-même certifié.

Sur le vu de ces éléments, et en rappelant que la recourante fonde la majeure partie de son argumentation sur des faits qui n'ont pas été retenus par l'autorité précédente sans expliquer en quoi cela violerait l' art. 118 al. 2 LTF , on doit retenir que l'argumentation de la Cour de justice n'est en rien arbitraire. Il n'est en effet pas insoutenable de considérer que des meubles construits avec des panneaux en bois certifiés FSC, mais assemblés, respectivement vendus par des entreprises qui ne sont pas certifiées, réunissent les conditions de l'appel d'offres. Les arguments de la recourante, même s'ils ne sont pas dénués de pertinence, ne permettent pas de retenir que la solution préconisée par l'autorité précédente est arbitraire. En outre, on doit également relever que le fournisseur de l'adjudicataire a produit divers documents sur lesquels figurait le certificat FSC des panneaux vendus. En affirmant de manière péremptoire que rien ne permettait de prouver que le mobilier vendu par l'adjudicataire avait été fabriqué à partir de panneaux fournis par une entreprise certifiée, la recourante ne démontre pas en quoi les faits retenus par la Cour de justice l'auraient été de manière arbitraire. Celle-ci s'est au contraire fondée sur les documents précités. Quant à la modification de l'appel d'offres, on ne voit pas où désire en venir la recourante. Cet appel d'offres portait sur la livraison de mobilier administratif devant être labellisé FSC. Or, comme on l'a vu ci-avant, c'est bel est bien ce qu'a proposé l'adjudicataire.

#### **E. 4.5**

Sur le vu des éléments qui précèdent, le grief d'établissement arbitraire des faits doit être écarté.

#### **E. 5**

En définitive, la recourante, citant les art. 8 al. 1 et 27 Cst. , se plaint de violation des principes d'interdiction de discrimination et d'égalité de traitement.

#### **E. 5.1**

L'inégalité de traitement ( art. 8 al. 1 Cst. ) apparaît comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement ( ATF 137 I 167 consid. 3.5; arrêts 5A\_11/2016 du 26 avril 2016 consid. 5.2; 2C\_678/2015 du 13 janvier 2016 consid. 3.2).

Par ailleurs, la liberté économique comprend le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique. Selon ce principe, déduit des art. 27

et 94 Cst. , sont prohibées les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les personnes exerçant la même activité économique. L'égalité de traitement entre concurrents directs n'est pas absolue et autorise des différences, à condition que celles-ci reposent sur une base légale, qu'elles répondent à des critères objectifs et résultent du système lui-même; il est seulement exigé que les inégalités ainsi instaurées soient réduites au minimum nécessaire pour atteindre le but d'intérêt public poursuivi ( ATF 143 I 37 consid. 8.2 et les références).

### **E. 5.2**

La recourante estime avoir fourni une expertise privée qui retient que le label "

FSC 99 % Mix Recycled ", figurant sur la facture du fournisseur de bois de l'adjudicataire, ne correspond à aucun standard reconnu et qu'en passant par un constructeur de meuble qui n'était pas certifié, l'adjudicataire a rompu la chaîne de contrôle du label FSC. La recourante considère ainsi que l'offre de l'adjudicataire était défailante, de sorte que cette offre aurait dû être écartée, à l'instar de la sienne.

### **E. 5.3**

Ici encore, la recourante se fonde essentiellement sur des faits qui n'ont pas été retenus par l'autorité précédente. On peut néanmoins relever que, comme on l'a vu précédemment, c'est sans arbitraire que la Cour de justice a jugé que les panneaux en bois utilisés par l'adjudicataire étaient valablement certifiés et que la chaîne de contrôle n'avait pas été rompue quant à la provenance du bois, la construction des meubles ne nécessitant pas de certification. Or, cette situation de fait diffère de celle ayant conduit le pouvoir adjudicateur à écarter l'offre de la recourante. Comme l'a retenu l'autorité précédente, la recourante a proposé des meubles fabriqués à partir de panneaux certifiés FSC mixte. L'appel d'offres demandant du matériel de bureau labellisé FSC 100 % ou FSC recyclé, la recourante ne pouvait pas proposer un label FCS mixte et ne respectait donc pas l'obligation de certification, au contraire de l'adjudicataire, qui, selon les faits figurant dans l'arrêt entrepris, a proposé des meubles construits à base de panneaux labellisés FSC 100 % recyclé. On ne saurait donc voir une inégalité de traitement dans le fait d'avoir écarté la recourante du marché et adjugé celui-ci à l'adjudicataire.

### **E. 5.4**

Le grief de violation du principe de l'égalité de traitement doit donc être écarté. Quant à celui de l'interdiction de discrimination, il n'est pas motivé en suffisance par la recourante, si bien qu'il doit également être écarté (cf. art. 106 al. 2 LTF ).

### **E. 6**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours constitutionnel subsidiaire. Succombant, la recourante doit supporter les frais judiciaires ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'est pas alloué de dépens ( art. 68 al. 1 et 3 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.