

BGer 2D 6/2020 vom 20. November 2020

Bundesgericht, 2020-11-20, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_6_2020

FR: TF 2D 6/2020 du 20 novembre 2020

IT: TF 2D 6/2020 del 20 novembre 2020

Regeste

Marchés publics | Droit fondamental

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF). Il contrôle donc librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 141 II 113 consid. 1 p. 116).

E. 1.1

L'arrêt attaqué est une décision finale (art. 90 LTF) qui concerne une cause de droit public (art. 82 let. a LTF) et émane d'un tribunal supérieur statuant en dernière instance cantonale, sans qu'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral ne soit ouvert (art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF). Il peut donc a priori faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, à condition que la cause ne tombe pas sous le coup de l'exception figurant à l' art. 83 let. f LTF, ce qui suppose que l'on soit en présence d'un marché public qui atteigne la valeur prévue au ch. 1 de cette disposition et que l'arrêt attaqué soulève une question juridique de principe (ch. 2). Ces deux conditions sont cumulatives (ATF 144 II 184 consid. 1.2 p. 187 et la référence). En l'espèce, la recourante souligne à juste titre que l'arrêt querellé ne soulève pas de question juridique de principe. Il s'ensuit que c'est à bon droit qu'elle a interjeté un recours constitutionnel subsidiaire.

E. 1.2

En sa qualité de partie à la procédure cantonale et de soumissionnaire évincée positionnée au deuxième rang dans le cadre d'une procédure ouverte d'adjudication, la recourante dispose de la qualité pour recourir au sens de l' art. 115 LTF , notamment sous l'angle de l'intérêt juridique. Elle possède également un intérêt actuel à faire constater l'illicéité de l'adjudication, en vue d'une éventuelle action en dommages-intérêts, puisque l'Hospice général a déjà conclu, le 14 novembre 2019, le contrat relatif au marché en cause avec l'adjudicataire (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.6 p. 31 et les références; art. 18 al. 2 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics, modifié le 15 mars 2001 [AIMP; RSGE L 6 05]; art. 9 al. 3 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur [LMI; RS 943.02]).

E. 1.3

Au surplus, le recours a été interjeté 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, sous réserve de ce qui suit.

E. 1.4

Dans la mesure où il ressort de l'arrêt entrepris que le contrat portant sur le marché en cause a été conclu entre l'Hospice général et l'adjudicataire le 14 novembre 2019, la conclusion principale de la recourante, formée postérieurement à cette date et tendant à se faire attribuer le marché, doit être déclarée irrecevable. Les explications de la recourante, contenues dans ses déterminations des 20 avril et 11 juin 2020 et contestant les faits tels que retenus par l'autorité précédente quant à l'existence d'un contrat signé entre l'adjudicateur et l'adjudicataire, ne sauraient permettre de retenir le contraire, faute de démontrer l'arbitraire de ces faits (cf. consid. 3.1 ci-dessous) et d'avoir été formulées dans le délai de recours (cf. ATF 134 II 244 consid. 2.4.2 p. 247 s. et les références). Ainsi, seul le caractère illicite de l'arrêt entrepris, qui confirme l'adjudication, peut encore être constaté par le Tribunal fédéral, conclusion prise à titre subsidiaire par la recourante. En outre, dans la mesure où la conclusion subsidiaire vise à obtenir un montant de 468'930 fr. de dommages-intérêts, plus intérêts, elle doit également être déclarée irrecevable. En effet, cette conclusion sort de l'objet de la contestation (cf. ATF 142 I 155 consid. 4.4.2 p. 156 et les références), puisque lorsque, comme en l'espèce, le contrat portant sur le marché soumissionné est déjà passé, seule l'illicéité peut encore être constatée par le Tribunal fédéral (cf. art. 18 al. 2 AIMP; cf. ATF 141 II 14 consid. 4.6 p. 31 et les références; 125 II 86 consid. 5b p. 97 s. et les références). C'est ainsi dans un second temps que la recourante, le cas échéant, pourra demander des dommages-intérêts, étant néanmoins rappelé que ceux-ci sont limités à des dommages-intérêts négatifs (cf. arrêt 2C_951/2019 du 16 juillet 2020 consid. 1.2 et les références), c'est-à-dire aux dépenses que le recourant a subies en relation avec les procédures de soumission et de recours (cf. art. 3 al. 3 de la loi genevoise du 12 juin 1997 autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics [L-AIMP/GE; RSGE L 6 05.0]).

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 p. 232). 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 p. 352; arrêt 2D_31/2018 du 1 er février 2019 consid. 2.1).

E. 3

Dans un premier grief, la recourante se plaint d'un établissement arbitraire des faits par la Cour de justice.

E. 3.1

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).

E. 3.2

La recourante se prévaut d'établissement arbitraire des faits sous différents points. Elle estime que la Cour de justice a retenu une date erronée quant à l'entrée en vigueur de l'avenant à la convention collective de travail de l'intimée, que cette autorité a faussement apprécié le fait que l'intimée avait violé sa propre convention collective de travail avant et lors de la soumission de son offre, ainsi que lors de l'adjudication, qu'elle a arbitrairement méconnu l'importance de l'annexe 3 du cahier des charges et qu'elle n'a pas relevé des informations trompeuses de l'intimée.

E. 3.2.1

Quant à l'entrée en vigueur de l'avenant à la convention collective de travail de l'intimée, la Cour de justice a retenu que, " conformément à un avenant demandé en 2018 par les syndicats, préparé en février 2019 et adopté le 5 juillet 2019[...], le plafond maximal de 14h de travail par semaine imposé audit personnel a été abrogé". A ce propos, la recourante mentionne qu'il ressort de la réplique de l'intimée, ainsi que des pièces déposées par celle-ci, que cet avenant n'a été envoyé aux syndicats que le 22 juillet 2019 et que les signatures de ceux-ci ont été apposées entre le 22 juillet et le 20 août 2019. La recourante constate donc que l'entrée en vigueur de cet avenant à la convention collective de travail est intervenue postérieurement au dépôt de l'offre de soumission, mais également après l'adjudication et la prise d'effet du marché. La recourante continue en expliquant que l'intimée a ainsi déposé son offre, alors qu'elle savait que ses employés étaient limités à 14h de travail par semaine. Sur cette base, elle estime qu'il est arbitraire de retenir, tel que l'a fait l'autorité précédente, que "le grief de la recourante à teneur duquel il y aurait une contradiction entre le "nombre d'heures moyen par semaine" des interprètes de [l'intimée], autour de 40h selon l'annexe 3 à son offre - 38h pour les interprètes de niveau a (3'088 / 81), 34h30 pour ceux de niveau b (4'324 / 125) et 40h pour le seul de niveau c -, et la convention collective de travail sur le personnel employé à l'heure et à la demande qui lie celle-ci à des syndicats [...], est dénué d'actualité". Selon la recourante, le fait que l'intimée respecte à ce jour sa convention collective de travail n'est nullement pertinent.

E. 3.2.2

En l'occurrence, que l'on retienne la date du 5 juillet 2019, tel que l'a fait l'autorité précédente, ou la date du 20 août 2019, tel que le souhaite la recourante, on constate que l'entrée en vigueur de l'avenant à la convention collective de l'intimée est dans tous les cas postérieure à toutes les étapes du marché en cause (si ce n'est à la signature du contrat). Dans ces conditions, on ne voit pas en quoi la date retenue par la Cour de justice aurait une incidence sur la cause, par rapport à la date invoquée par la recourante, celle-ci ne l'expliquant au demeurant pas à suffisance. Pour le surplus, les autres griefs d'établissement inexact des faits soulevés par la recourante seront traités dans l'examen de l'application du droit constitutionnel, étant étroitement liés à celle-ci.

E. 4

La recourante se plaint d'application arbitraire des art. 1 al. 3 let. b et 11 let. a et e AIMP, ainsi que des art. 16, 20 al. 1 et 42 du règlement genevois du 17 décembre 2007 sur la passation des marchés publics (RMP/GE; RSGE L 6 05.01) et 14 de la loi genevoise du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA/GE; RSGE E 5 10). La recourante fait également grief à l'autorité précédente d'avoir violé le principe de l'égalité de traitement, au sens des art. 8 al. 1 et 27 Cst. Elle soutient en substance que c'est de manière arbitraire

que le pouvoir adjudicateur n'a pas écarté l'offre de l'intimée, dans la mesure où celle-ci ne respectait pas les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, éléments nécessaires pour pouvoir exécuter le mandat.

E. 4.1

Une décision est arbitraire (art. 9 Cst.) lorsqu'elle contredit clairement la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou qu'elle heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une solution autre que celle de l'autorité cantonale semble concevable, voire préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable; il faut encore que cette décision soit arbitraire dans son résultat (ATF 141 III 564 consid. 4.1 p. 566; 140 I 201 consid. 6.1 p. 205).

E. 4.2

En l'occurrence, il ressort des faits retenus par l'autorité précédente, que, jusqu'au 5 juillet 2019, l'intimée disposait d'une convention collective de travail limitant à 14h par semaine le travail de ses employés. Il ressort également de l'arrêt entrepris que, selon l'offre de l'intimée, celle-ci proposait des interprètes de niveau a, b et c pour une moyenne d'un peu moins de 40h de disponibilité par semaine. Comme on l'a déjà vu précédemment, la Cour de justice a considéré en bref que le grief de la recourante, quant au fait que la convention collective de travail de l'intimée limitait à 14h par semaine le travail de ses employée, était dénué d'actualité, dans la mesure où ce plafond a été abrogé le 5 juillet 2019. L'autorité précédente a également expliqué que l'intimée n'avait pas indiqué le nombre d'heures de travail effectif dans son offre, mais le nombre d'heure hebdomadaires moyen pouvant être garanti à l'adjudicateur, respectivement la disponibilité des interprètes.

E. 4.3

Comme l'a récemment rappelé le Tribunal fédéral (pour tout ce qui suit, cf. ATF 145 II 249 consid. 3.3 p. 250 s. et les références), selon la jurisprudence, les critères d'aptitude ou de qualification (" Eignungskriterien ") sont des exigences qui subordonnent l'accès à la procédure. Ces critères servent à s'assurer que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché. Les entreprises soumissionnaires qui ne les remplissent pas voient leur offre exclue d'emblée. Cette conclusion s'impose toutefois uniquement lorsque le vice n'est pas anodin; le motif d'exclusion doit revêtir une certaine gravité. Lorsque les manquements du soumissionnaire aux exigences d'aptitude ne sont que légers, il serait en effet disproportionné de l'exclure de la procédure d'adjudication. Les critères d'aptitude doivent pouvoir être contrôlés par l'adjudicateur avant la décision d'adjudication, ce qui exclut notamment que des éléments essentiels pour l'exécution du mandat ne soient acquis par l'adjudicataire que par la suite. Si l'adjudicateur estime qu'il suffit, pour des raisons pratiques liées à la réalité du marché, que les soumissionnaires se limitent à fournir des garanties, au moment de la décision d'adjudication, qu'ils posséderont les éléments essentiels pour l'exécution du mandat lorsque celui-ci devra être exécuté (ce qui peut se produire s'agissant d'attestations bancaires destinées à prouver la capacité financière des soumissionnaires), alors il doit le mentionner dans l'appel d'offres. S'il ne le fait pas et si une telle volonté ne peut être clairement déduite d'une interprétation de l'appel d'offres, il ne peut, par la suite, attribuer le marché à une entreprise ne remplissant pas un critère d'aptitude au moment de la décision d'adjudication, sous peine de fausser l'attribution du marché. En effet, il n'est pas exclu que d'autres entreprises concurrentes, désireuses de

participer au marché mais n'étant pas en mesure de remplir tous les critères d'aptitude au moment de soumissionner, y aient renoncé compte tenu de la teneur de l'appel d'offres.

E. 4.4

En l'espèce, selon l'art. 1 al. 3 let. a AIMP, l'accord intercantonal poursuit notamment l'objectif d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires. Ainsi, à teneur de l'art. 11 let. a et e AIMP, lors de la passation de marchés, l'adjudicateur doit veiller à respecter le principe de non-discrimination et d'égalité de traitement entre chaque soumissionnaire (let. a) et doit respecter les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail (let. e). A ce propos, l'art. 16 RMP/GE prévoit que toute discrimination des candidats ou des soumissionnaires est interdite, en particulier par la fixation de délais ou de spécifications techniques non conformes à l'art. 28 RMP/GE, par l'imposition abusive de produits à utiliser ou le choix de critères étrangers à la soumission et que le principe de l'égalité de traitement doit être garanti à tous les candidats et soumissionnaires et dans toutes les phases de la procédure. En outre, en application de l'art. 20 al. 1 RMP/GE, pour le personnel appelé à travailler sur le territoire genevois, les soumissionnaires et les entreprises exécutantes doivent respecter les dispositions relatives à la protection sociale des travailleurs et aux conditions de travail applicables à Genève dans leur secteur d'activité. Finalement, l'art. 42 RMP/GE prévoit une liste de situations (critères d'aptitude) dans lesquelles l'adjudicateur doit exclure les offres de la procédure.

E. 4.5

Dans la mesure où le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail constitue un principe général du droit des marchés publics (cf. art. 11 let. e AIMP; cf. également art. 8 al. 1 let. b de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics [LMP; RS 172.056.1]), il représente un critère d'aptitude au sens de la jurisprudence précitée (cf. ATF 140 I 285 consid. 5.1 p. 294). Le respect des conventions collectives de travail constituent également des dispositions (certes conventionnelles) relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail (cf. arrêt 2D_19/2018 du 19 février 2019 consid. 3.3). Le fait que la convention collective en cause ait prévu une limitation du nombre d'heures hebdomadaires de travail des employés de l'intimée démontre d'ailleurs bien qu'elle a trait aux conditions de travail.

E. 4.6

En l'espèce, même si, de prime abord et d'un point de vue purement littéral, il n'est pas arbitraire de distinguer la notion de "disponibilité des interprètes" de celle d'"heures de travail effectif", procéder à une telle distinction dans la présente cause, tel que l'a fait la Cour de justice, n'est cependant en aucun cas soutenable. On relèvera en premier lieu que la notion de "disponibilité des interprètes" peut s'approcher de celle du service de piquet, prévue à l'art. 14 de l'ordonnance fédérale du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 1; RS 822.111). Cette disposition prévoit en effet à son al. 1 qu'est réputé service de piquet le temps pendant lequel le travailleur se tient, en sus du travail habituel, prêt à intervenir, le cas échéant, pour remédier à des perturbations, porter secours en cas de situation d'urgence, effectuer des visites de contrôle ou faire face à d'autres situations particulières analogues. Or, l'art. 15 al. 2 OLT 1 dispose certes que le temps consacré à un service de piquet effectué en dehors de l'entreprise compte comme durée du travail dans la mesure de l'activité effectivement déployée pour l'employeur. Cela étant, rien dans l'arrêt entrepris ne laisse penser que l'adjudicataire ne pourrait pas demander à l'intimée, dans le

cadre de l'exécution du marché, de mettre à sa disposition les interprètes de celle-ci pour un nombre d'heures correspondant au maximum proposé, soit un peu moins de 40h par semaine et par interprète en moyenne ou, à tout le moins, pour un nombre d'heures excédant quatorze. Cela rend déjà difficilement soutenable la différence effectuée par l'autorité précédente. En outre et surtout, l'autorité précédente ne fournit aucune argumentation valable quant à la différence devant être comprise, dans le cas d'espèce, entre "disponibilité" et "travail effectif". Elle se limite à renvoyer à des déterminations du pouvoir adjudicateur et de l'intimée, celle-ci ayant notamment expliqué que son système de réservation des interprètes permettra à ses employés d'accepter ou de refuser une prestation, en fonction de leur disponibilité effective. Or, un tel renvoi à des déterminations ne saurait suffire pour rendre soutenable la différenciation effectuée. Au contraire, cela affaiblit la motivation de l'autorité précédente jusqu'à la rendre manifestement insoutenable. Il n'appartient pas à l'adjudicataire de dire que ses employés pourront refuser des prestations pour lesquelles celui-ci s'est engagé dans le cadre de son offre. La Cour de justice a par ailleurs indiqué que l'annexe devant être remplie par les soumissionnaires en relation avec les disponibilités et les langues des interprètes n'apparaissait que comme un tableau indicatif difficile à remplir. Or, le fait de minimiser cette annexe n'est pas non plus exempt d'arbitraire. Il ressort en effet de l'arrêt entrepris que le cahier des charges mentionnait que l'annexe dont il est question allait être fortement pondérée lors de l'adjudication. Dans ces conditions, sur la base de ce document, on doit retenir que l'offre de l'intimée prévoyait que les employés de celle-ci pouvaient être appelés à travailler jusqu'à 40h par semaine, alors que la convention collective de travail en vigueur lors du dépôt de l'offre limitait ce travail hebdomadaire à 14h.

E. 4.7

On constate donc que, lors du dépôt de l'offre de l'intimée le 21 février 2019, mais également lors de l'adjudication du marché le 5 avril 2019, l'intimée ne remplissait pas l'un des critères d'aptitude prévu par la loi. Par ailleurs, il ne ressort pas de l'arrêt entrepris, respectivement de l'appel d'offres que les soumissionnaires auraient pu se limiter à fournir des garanties quant au respect des conditions légales et conventionnelles de travail applicables à leurs employés. Au demeurant, il n'est de toute façon en aucun cas question de telles garanties en l'espèce. Par conséquent, en application de la jurisprudence précitée (cf. consid. 4.3 ci-dessus), le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas attribuer le marché à l'intimée, qui ne remplissait pas un critère d'aptitude au moment de la décision d'adjudication, sous peine de fausser l'attribution du marché.

E. 4.8

En définitive, sur le vu des considérants qui précèdent, il convient de retenir que la Cour de justice a fait une application arbitraire des dispositions du droit des marchés publics, et en particulier de l'art. 11 let. e AIMP, en considérant que l'intimée n'avait pas d'emblée à être écartée du marché en cause. Néanmoins, dans la mesure où le contrat est déjà conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'intimée adjudicataire, il n'est pas possible d'annuler l'arrêt entrepris et le Tribunal fédéral se doit par conséquent d'en constater le caractère illicite (cf. ATF 125 II 86 consid. 8 p. 103). Partant, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres griefs de la recourante.

E. 5

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours, dans la mesure où il est recevable, et à la constatation de l'illicéité de l'arrêt entrepris. Les frais judiciaires sont mis par moitié à la charge de l'Hospice général, établissement autonome de droit public doté de la personnalité juridique dont l'intérêt patrimonial est en cause, et par moitié à l'intimée, solidairement entre eux (art. 66 al. 1, 4 et 5 LTF). L'Hospice général et l'intimée sont en outre solidairement responsables, chacun pour moitié, de verser à la recourante une indemnité à titre de dépens (cf. art. 68 al. 1, 2 et 4 LTF). La cause est renvoyée à la Cour de justice pour qu'elle procède à une nouvelle répartition des frais et dépens de la procédure qui s'est déroulée devant elle (art. 67 LTF).

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