

GE_GERICHTE ATA/123/2011 vom 1. März 2011

GE Cour de justice, 2011-03-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_123_2011

FR: GE_GERICHTE ATA/123/2011 du 1 mars 2011

IT: GE_GERICHTE ATA/123/2011 del 1 marzo 2011

Regeste

Résumé: Lorsqu'un appel d'offres et les directives y relatives mentionnent expressément des spécificités techniques, l'autorité adjudicatrice est tenue d'adjuger le marché public à un soumissionnaire dont l'offre remplit toutes les conditions requises. A défaut, l'adjudication revêt un caractère illicite. Si un contrat est conclu entre le département des constructions et des technologies de l'information et l'entreprise adjudicataire en dépit de l'illicéité, celle-ci ne peut plus qu'être constatée. Toutefois la voie d'une indemnisation à titre de dommages-intérêts du recourant, en l'occurrence un soumissionnaire lésé, est ouverte. En l'espèce, recours admis.

Erwägungen

E. 1

Depuis le 1er janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échu à la chambre administrative de la Cour de justice, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 131 et 132 LOJ).

Les procédures pendantes devant le Tribunal administratif au 1er janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ). Cette dernière est ainsi compétente pour statuer.

E. 1.3

p. 475 [ég. rendu à propos de l'ancienne LOJ] ; Arrêt du Tribunal fédéral I 134/03 du 24 février 2004 ; ACOM/6/2006 du 15 février 2006). Enfin, la simple allégation que la décision attaquée serait erronée est insuffisante, la motivation devant être en relation avec l'objet du litige. Ce n'est que si les conclusions ou la motivation existent, sans avoir la clarté nécessaire, que l'autorité doit impartir un délai de correction au recourant (B. BOVAY, op. cit. p. 388).

En l'espèce, la recourante a, dans un premier temps, agi en personne par devant la juridiction de céans. La décision attaquée, à savoir celle de l'office des bâtiments du DCTI du 26 février 2010, est clairement désignée. Malgré le fait que la recourante ne prenne pas de conclusions formelles, on comprend aisément à la lecture de son courrier qu'elle s'oppose à l'adjudication du marché public litigieux à une autre entreprise, parce qu'elle considère que l'offre de celle-ci ne respecte pas les conditions générales du marché.

Le recours est ainsi recevable à tous points de vue.

E. 2

Le marché offert est soumis notamment à l'AIMP, au RMP et à la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP-L 6 05.0).

E. 3

Selon les art. 15 al. 1 et 2 AIMP, 3 al. 1 L-AIMP et 56 RMP, le recours est adressé à la chambre administrative dans les 10 jours dès la notification de la décision.

Interjeté en temps utile devant la juridiction alors compétente, le recours est recevable de ce point de vue.

E. 4

a. La qualité pour recourir appartient à toute personne touchée directement par une décision et ayant un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 60 let. b LPA). Tel est le cas de celle à laquelle la décision attaquée apporte des inconvénients qui pourraient être évités grâce au succès du recours, qu'il s'agisse d'intérêts juridiques ou de simples intérêts de fait (ATA/517/2009 du 13 octobre 2009).

En l'espèce, le contrat ayant été conclu avec l'adjudicataire (art. 46 RMP), il convient de se demander si la recourante conserve un intérêt digne de protection au maintien du recours.

b. Selon l'art. 18 al. 2 AIMP, lorsque le contrat est déjà conclu, l'autorité qui admet le recours ne peut que constater le caractère illicite de la décision. Si cette illicéité est prononcée, le recourant peut demander la réparation de son dommage, limité aux dépenses qu'il a subies en relation avec les procédures de soumissions et de recours (art. 3 al. 3 L-AIMP). Par ailleurs, selon l'arrêt du Tribunal fédéral 2P.307/2005 du 24 mai 2006, le recourant qui conteste une décision d'adjudication et qui déclare vouloir maintenir son recours après la conclusion du contrat conclut, au moins implicitement, à la constatation de l'illicéité de l'adjudication, que des dommages intérêts soient réclamés ou non.

En tant que soumissionnaire évincée et, bien que le contrat ait été déjà conclu, la recourante conserve un intérêt actuel à recourir contre la décision

- 11/16 - A/840/2010 d'adjudication au sens de l'art. 60 let. b LPA, son recours étant à même d'ouvrir ses droits à une indemnisation (ATF 125 II 86, consid. 5 b p. 96). Elle dispose donc de la qualité pour recourir.

E. 5

Selon l'art. 65 al. 1 LPA, l'acte de recours contient sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant. En outre, il doit contenir l'exposé des motifs ainsi que l'indication des moyens de preuve. Les pièces dont dispose le recourant doivent être jointes. A défaut, un bref délai pour satisfaire à ces exigences est fixé au recourant, sous peine d'irrecevabilité (art. 65 al. 2 LPA).

Compte tenu du caractère peu formaliste de cette disposition, il convient de ne pas se montrer trop strict sur la manière dont sont formulées les conclusions du recourant. Le fait que ces dernières ne ressortent pas expressément de l'acte de recours n'est pas en soi un motif d'irrecevabilité, pourvu que le tribunal et la partie adverse puissent comprendre avec certitude les fins du recourant (ATA/478/2008 du 16 septembre 2008). Une requête en annulation d'une décision doit par exemple être déclarée recevable dans la mesure où le recourant a de manière suffisante manifesté son désaccord avec la décision, ainsi que sa volonté qu'elle ne développe pas d'effets juridiques (P. MOOR, Droit administratif, Vol. II,

Berne 2002, 2ème éd., p. 674 n. 5.7.1.4). Des conclusions conditionnelles sont en revanche irrecevables (ATA/478/2008 précité).

L'absence de conclusions au sens de ce qui précède ne peut être réparée que dans le délai de recours (ATA/19/2006 du 17 janvier 2006). Hors ce délai, le fait d'être autorisé à compléter une écriture de recours ne permet pas de suppléer au défaut de conclusions (art. 65 al. 3 LPA ; ATA/118/2006 du 7 mars 2006).

Quant à l'exigence de motivation de l'art. 65 al. 2 LPA, elle a pour but de permettre à la juridiction administrative de déterminer l'objet du litige qui lui est soumis et de donner l'occasion à la partie intimée de répondre aux griefs formulés à son encontre (ATA/1/2007 du 9 janvier 2007 ; ATA/775/2005 du 15 novembre 2005 ; ATA/179/2001 du 13 mars 2001 ; Société T. du 13 avril 1988 ; P. MOOR, op. cit. pp. 672-674 n. 5.7.1.3). Elle signifie que le recourant doit expliquer en quoi et pourquoi il s'en prend à la décision litigieuse (ATA/23/2006 du 17 janvier 2006 ; cf. ég. ATF 130 I 312 rendu à propos de l'ancien art. 108 al. 2 OJ). Il ne suffit par exemple pas d'affirmer qu'une amende administrative est injustifiée sans expliquer la raison de ce grief, ou de reprocher simplement à une décision de constituer un excès du pouvoir d'appréciation de l'autorité qui l'a rendue (ATA précités). La motivation doit être en relation avec l'objet du litige et le recourant se référer à des motifs qui entrent dans le pouvoir d'examen de l'autorité de recours (B. BOVAY, Procédure administrative, 2000, p. 387). Le Tribunal fédéral a pour sa part confirmé qu'il faut pouvoir déduire de l'acte de recours sur quels points et pour quelles raisons la décision entreprise est contestée, ce que le recourant demande, et sur quels faits il entend se fonder. Une brève

- 12/16 - A/840/2010 motivation est suffisante à condition toutefois que les motifs avancés se rapportent à l'objet de la contestation (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.143/2005 du 21 avril 2005). Encore faut-il que cette motivation soit topique, à savoir qu'il appartient au recourant de prendre position par rapport au jugement (ou à la décision) attaqué et d'expliquer en quoi et pourquoi il s'en prend à ceux-ci (ATF 131 II 470, consid.

E. 6

La législation en matière de marchés publics est fondée sur les principes énoncés à l'art. 1 AIMP. Il s'agit notamment d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, de garantir l'égalité de traitement à l'ensemble de ceux-ci, l'impartialité de l'adjudication ainsi que la transparence des marchés publics et, finalement, de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics.

a. En particulier, le respect de l'égalité de traitement entre soumissionnaires (art. 1 al. 2 let. b et 11 let. a AIMP ; art. 16 RMP) oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires pendant tout le déroulement formel de la procédure (ATA/884/2004 du 26 octobre 2004 ; J.-B. ZUFFEREY / C. MAILLARD / N. MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 109 ; B. BOVAY, La non discrimination en droit des marchés publics in RDAF 2004, p. 241). Le Tribunal administratif a déjà eu l'occasion de rappeler le caractère formaliste du droit des marchés publics qu'impose le respect de ce principe (ATA/150/2009 du 14 mars 2009 ; ATA/10/2009 du 13 janvier 2009).

b. En vertu de ce principe, une offre qui ne correspond pas aux exigences de l'appel d'offres doit être considérée comme incomplète et ne peut être prise en compte. Dans une telle situation, le soumissionnaire doit être exclu du marché (art. 42 RMP ; Arrêt du Tribunal fédéral du 12 avril 2002, résumé in BR/DC 2003 n° 49 p. 156 ; J.-B. ZUFFEREY / C.

MAILLARD / N. MICHEL, op. cit., p. 110.

- 13/16 - A/840/2010 O. RODONDI, La gestion de la procédure de soumission, in J.-B. ZUFFEREY / H. STOECKLI, Droit des marchés publics 2008, p. 185, n° 63, p. 186).

E. 7

a. Selon l'art. 24 RMP, l'autorité adjudicatrice choisit des critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché. Elle doit les énoncer clairement et par ordre d'importance au moment de l'appel d'offres et les faire figurer dans les documents de celui-ci (art. 27 RMP).

b. Aux termes de l'art. 43 RMP, l'évaluation est faite selon les critères prédéfinis conformément à l'art. 24 et énumérés dans l'avis d'appel d'offres et/ou les documents d'appel d'offres (al. 1). Le résultat de l'évaluation des offres fait l'objet d'un tableau comparatif (al. 2). Par ailleurs, le marché est adjugé au soumissionnaire ayant déposé l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix (al. 3).

En l'espèce, il n'y avait pas, de par les conditions générales posées, de nécessité de fournir immédiatement une certification anti-feu. C'est donc à tort que la recourante a invoqué ce grief. Néanmoins, selon le dossier d'appel d'offres, le marché litigieux portait sur la fourniture et la pose d'éléments composés de chants en PU injecté sur quatre côtés. Cette exigence était émise en rapport avec les directives précises fournies par les HUG pour ce type de matériel, intégrées à l'appel d'offres. Les soumissionnaires pouvaient donc comprendre que leur offre devait respecter ces conditions. En l'occurrence, l'entreprise adjudicataire a présenté une autre solution, soit des portes en bois certifiées anti-feu, avec des chants en polyuréthane collé sur trois côtés. Si cette proposition permettait peut-être d'arriver à un résultat plus économique, elle ne respectait pas le cahier des charges imposé. Par ce seul motif, Jos Berchtold AG aurait dû être écartée du marché, ou du moins obtenir une note inférieure lors de l'évaluation. Dès lors, en adjugeant le marché à cette entreprise, l'autorité adjudicatrice a violé le principe de l'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires, en particulier par rapport à Duret S.A. qui proposait un produit conforme aux critères requis. Ce faisant, elle a contrevenu aux art. 1 AIMP et 43 RMP.

E. 8

Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et le caractère illicite de la décision d'adjudication du marché litigieux à Jos Berchtold AG constaté.

a. Aux termes de l'art. 3 al. 3 L-AIMP, si le caractère illicite de la décision est constaté, le recourant peut demander devant l'autorité compétente la réparation de son dommage, limitée aux dépenses qu'il a subies en relation avec les procédures de soumission et de recours.

b. Par dépenses « subies » « en relation » avec ces procédures, le législateur a visé les dépenses exposées par le soumissionnaire lésé ; il a nécessairement exclu les dépenses inutiles ou superflues que celui-ci a engagées du fait d'une mauvaise gestion ou de circonstances exorbitantes auxdites procédures. Du point de vue du

- 14/16 - A/840/2010 droit de la responsabilité, il n'est en effet pas possible d'imputer à l'auteur du dommage - fût-ce une collectivité publique - une lésion qui ne se serait pas produite en présence d'une gestion normale et régulière de la société. Cette condition

découle du principe de causalité adéquate qui exige qu'il existe un rapport raisonnable entre le dommage subi et l'illicéité de la décision (ATF 131 III 12 consid. 4 p. 13 et les références citées).

c. La L-AIMP est calquée, de ce point de vue, sur la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP – RS 172.056.1) qui prévoit, en son art. 34 al. 1, une limitation de la responsabilité aux dépenses « nécessaires » engagées par le soumissionnaire en relation avec les procédures d'adjudication et de recours. Plus explicitement que dans la L-AIMP, mais de la même manière, la loi fédérale exclut les dépenses subies par le soumissionnaire lésé qui sortent du cadre des dépenses ordinaires consenties par une société régulièrement administrée.

d. Selon la jurisprudence de la chambre de céans, le dommage que peut donc réclamer la recourante en se fondant sur l'art. 3 al. 3 L-AIMP est limité à la réparation des impenses engagées dans la procédure de soumission, inclut le remboursement de ses frais d'avocat, à défaut de la réparation du gain manqué, voire d'autres indemnités susceptibles d'être réclamées en raison de la conclusion anticipée du contrat (ATA/626/2009 du 1er décembre 2009 ; ATA/409/2005 du 7 juin 2005).

En l'espèce, la recourante affirme avoir engagé un montant de CHF 1'630,15 à titre de frais encourus pour établir sa soumission. Ce montant n'est pas discuté par l'intimé et paraît raisonnable au regard de l'importance de la procédure d'adjudication. Il sera donc admis. Elle allègue également avoir exposé CHF 6'287,10 de frais d'avocat au 7 juillet 2010. Ce montant n'est pas davantage contesté. Compte tenu du volume de travail que le contentieux a généré pour son conseil et du tarif horaire appliqué par celui-ci pour établir la note d'honoraires qui correspond au tarif usuel pratiqué par les avocats, ce poste de la demande d'indemnisation sera également admis.

E. 9

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'Etat et les administrés sont tenus de payer des intérêts moratoires de 5 %, lorsqu'ils sont en demeure d'exécuter une obligation pécuniaire de droit public. Il s'agit là d'un principe général du droit, non écrit, auquel la loi peut certes déroger, mais qui prévaut lorsque celle-ci ne prévoit rien, comme c'est le cas en l'espèce (ATF 101 Ib 252 consid. 4b p. 259 ; 95 I 263 consid. 3 p. 262).

La mise en demeure intervient le jour où le lésé demande le paiement de son dommage (ATF 101 Ib 252 consid. 4b p. 259). En l'espèce, cette date correspond à celle du dépôt de sa réplique, dans laquelle la recourante a conclu à la réparation de son dommage, soit le 7 juillet 2010.

- 15/16 - A/840/2010

E. 10

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge du DCTI. En outre, une indemnité de procédure de CHF 500.- sera allouée à la recourante, à la charge de l'Etat de Genève (art. 87 LPA). * * * * *

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