

## **GE\_GERICHTE ATA/370/2012 vom 12. Juni 2012**

GE Cour de justice, 2012-06-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_370\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_370_2012)

FR: GE\_GERICHTE ATA/370/2012 du 12 juin 2012

IT: GE\_GERICHTE ATA/370/2012 del 12 giugno 2012

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable à cet égard (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

#### **E. 2**

Sauf dispositions contraires contenues dans l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), la procédure en matière de marchés publics est réglée par la LPA et par l'art. 3 al. 4 de la loi autorisant le

- 7/12 - A/2596/2011 Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0).

Selon l'art. 49 al. 1 LPA, l'autorité peut, d'office ou sur demande, constater par une décision l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations fondés sur le droit public. Cependant, lorsque le justiciable peut obtenir en sa faveur un jugement condamnatore, la voie de l'action en constatation n'est pas admise par le Tribunal fédéral (ATF 119 V 11 consid. 2 p. 12 ; ATA/770/2010 du 9 novembre 2010 confirmé par Arrêt du Tribunal fédéral 2D\_77/2010 du 19 juillet 2011 ; ATA/768/1998 du 1er décembre 1998).

En vertu du principe de subsidiarité, une décision de constatation ne sera prise qu'en cas d'impossibilité d'obtenir une décision formatrice, dès lors que celui qui prétend à une prestation doit réclamer son dû, plutôt que faire constater son droit (A. GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel, 1984, p. 867). En d'autres termes, lorsque la question litigieuse peut être réglée par une décision positive ou négative, l'intérêt juridique personnel, concret et digne de protection nécessaire à la recevabilité de l'action, fait défaut (P. TSCHANNEN / U. ZIMMERLI / M. MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3ème éd., Berne, 2009, p. 243).

#### **E. 2.1**

et arrêts cités).

Tel qu'il est garanti par cette dernière disposition, le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 135 II 286 consid. 5.1.p. 293 ; Arrêts du Tribunal fédéral 8C.866/2010 du 12 mars 2012 c. 4.1.1 ; 8C.643/2011 du 9 mars 2012 c. 4.3 et références citées ; 1C.161/2010 du 21 octobre 2010 consid. 2.1 ; 5A.150/2010 du 20 mai 2010 consid. 4.3 ; ATA/276/2012 du 8 mai 2012 consid. 2 et les arrêts cités).

Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 ;

- 10/12 - A/2596/2011 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 p. 158 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2D.2/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3 ; 2D.51/2011 du 8 novembre 2011 ; 2C.58/2010 du 19 mai 2010 consid. 4.3 ; 4A.15/2010 du 15 mars 2010 consid.

### **E. 3**

En l'espèce, Alltitude a, le 29 août 2011, agissant en personne, déclaré interjeter recours contre la décision litigieuse, mais dans les conclusions figurant en dernière page, elle a prié la chambre de céans de constater un certain nombre de faits, sans conclure à l'annulation de la décision attaquée, ni à l'octroi du marché.

C'est seulement dans la réplique déposée le 16 décembre 2011 par le conseil de ladite société que ces mêmes conclusions ont été reprises et qu'en outre, il était requis de constater l'illicéité de la décision d'adjudication, le contrat ayant été conclu dans l'intervalle, et de condamner l'adjudicatrice à lui payer, à titre de réparation du dommage subi, un montant qu'elle préciserait après que ladite illicéité aura été constatée, les frais d'avocat ne pouvant être connus dans leur intégralité avant une telle décision.

Il convient ainsi de déterminer préalablement si, comme le soutiennent l'intimée et l'appelée en cause, cette action constatatoire doit être déclarée irrecevable, puisqu'un recours aurait pu être déposé le 29 août 2011 par Alltitude et que ladite action en constatation est subsidiaire, comme indiqué ci-dessus.

Or, le 29 août 2011, le contrat n'était pas encore conclu et rien n'empêchait Alltitude de déposer un recours contre la décision querellée du 18 août 2011, en concluant à l'annulation de celle-ci et à ce que le marché lui soit octroyé. La juridiction de céans est en effet liée par les conclusions des parties et non par les motifs invoqués (art. 69 al. 1 LPA).

- 8/12 - A/2596/2011

En conséquence, l'action en constatation sera déclarée irrecevable.

### **E. 3.2**

et les arrêts cités ; ATA/432/2008 du 27 août 2008 consid. 2b). Le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les griefs et moyens de preuve du recourant ; il suffit que le juge discute ceux qui sont pertinents pour l'issue du litige (ATF 133 II 235 consid. 5.2 p. 248 ; 129 I 232 consid. 3.2 p. 236 ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C.424/2009 du 6 septembre 2010 consid. 2 ; 2C.514/2009 du 25 mars 2010 consid. 3.1).

En l'espèce, il sera renoncé aux auditions sollicitées, car le dossier est suffisamment complet pour permettre à la chambre de céans de statuer.

### **E. 4**

L'une ou l'autre des écritures ultérieures de la recourante peut-elle être considérée comme un recours ? Alltitude a indiqué le 29 août 2011 avoir reçu la décision attaquée le 19 août 2011, soit un vendredi. Le délai de recours de dix jours venait ainsi à échéance le lundi 29 août 2011 à minuit.

En intervenant le 2 novembre 2011 seulement pour le compte de la recourante et en demandant à cette date à compléter l'acte de recours ou à déposer une réplique, le conseil d'Alltitude, alors qu'il ignorait que le contrat avait été signé entre les parties le 21 septembre 2011, ne pouvait plus prendre de conclusions nouvelles sans que celles-ci ne soient tardives et partant, irrecevables.

Demeure réservée la possibilité, une fois le contrat conclu, de faire constater l'illicéité de la décision d'adjudication du 18 août 2011 et de réclamer la réparation du dommage allégué, pour autant qu'un recours ait été valablement déposé (art. 3 al. 3 L-AIMP). En prenant des conclusions à cet effet à l'occasion de sa réplique le 15 décembre 2011, soit dans le délai qui lui avait été octroyé pour ce faire le 16 novembre 2011 - la date de la signature du contrat lui ayant été communiquée par courrier du 7 novembre 2011 - la recourante pourrait avoir agi en dehors du délai de recours. Cette question peut souffrir de rester ouverte, au vu de ce qui suit.

### **E. 5**

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 actuel et digne de protection au maintien du recours.

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 AIMP). Par ailleurs, 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 (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.307/2005 du 24 mai 2006).

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 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.

Alltitude allègue que la décision d'adjudication était illicite au motif que Telios ne disposerait notamment pas de l'autorisation de pratiquer au sens de la

- 9/12 - A/2596/2011 LSE et que les critères d'adjudication n'auraient pas été respectés. Elle a sollicité le 15 décembre 2011 l'audition de MM. Battier et Petroff « afin d'obtenir de plus amples informations sur l'organisation de la centrale d'appels et l'intégration des employés mis à disposition par Telios SA ainsi que sur les modalités de paiement en cas d'absence d'un des employés mis à disposition par Telios SA ».

### **E. 6**

Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle dont la violation entraîne, lorsque sa réparation par l'autorité de recours n'est pas possible, l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 137 I 195 consid. 2.2 p. 197 ; 133 III 235 consid. 5.3 p. 250 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2D.5/2012 du 19 avril 2012 ; 2C.552/2011 du 15 mars 2012 consid. 3.1 ; 8C.104/2010 du 29 septembre 2010 consid. 3.2 ; ATA/276/2012 du 8 mai 2012 consid. 2 et arrêts cités). Sa portée est déterminée en premier lieu par le droit cantonal (art. 41 ss LPA) et le droit administratif

spécial (ATF 124 I 49 consid. 3a p. 51 et les arrêts cités ; Arrêts du Tribunal fédéral 5A.11/2009 du 31 mars 2009 ; 2P.39/2006 du 3 juillet 2006 consid. 3.2). Si la protection prévue par ces lois est insuffisante, ce sont les règles minimales déduites de la constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) qui s'appliquent (art. 29 al. 2 Cst. ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A.15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.1 ; T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genève-Zurich-Bâle 211, p. 509 n. 1526 ; A. AUER / G. MALINVERNI / M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Berne 2006, Vol. 2, 2ème éd., p. 603 n. 1315 ss). Quant à l'art. 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), il n'accorde pas au justiciable de garanties plus étendues que celles découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. (Arrêts du Tribunal fédéral 6B.24/2010 du 20 mai 2010 consid. 1 ; 4P.206/2005 du 11 novembre 2005 consid.

### **E. 7**

Allitude, dans l'argumentation qu'elle a développée, remet en question les conditions de l'appel d'offres, en les interprétant à sa manière, et substitue son appréciation à celle de l'autorité adjudicatrice, ce qu'elle n'a pas le pouvoir de faire.

Les intimées ont démontré que le marché ne portait pas sur la location de services et qu'une autorisation exigée par cette loi n'était pas requise. Le fait que Telios ne soit pas au bénéfice d'une telle autorisation est ainsi sans pertinence et ce grief sera écarté.

La note relative à l'adéquation fonctionnelle a avantageé Telios qui, contrairement aux allégués de la recourante, dispose d'une expérience dans le domaine hospitalier.

Enfin, pour le dernier critère concernant la pérennité du soumissionnaire, la recourante a obtenu une meilleure note pondérée que Telios. Cependant, ce critère ne comptant que pour 25 %, Telios a néanmoins obtenu le meilleur résultat global.

La recourante n'a, sur ces deux points, pas davantage démontré que l'adjudication aurait été illicite.

### **E. 8**

Enfin, la correction de l'erreur matérielle à laquelle le groupe de travail d'évaluation des offres a procédé résultait de la réaction spontanée de MJI, qui avait suscité une demande ponctuelle de renseignements adressée par M. Petroff à Telios. Ces deux soumissionnaires ayant annoncé un prix forfaitaire journalier pour deux personnes, la correction a consisté à diviser par deux ces prix pour rendre les offres de ces deux sociétés comparables à celles des autres soumissionnaires.

Il s'agit typiquement d'une erreur matérielle, que l'art. 39 al. 2 RMP permet de corriger, l'autorité adjudicatrice étant habilitée à solliciter des explications si nécessaire, par application de l'art. 40 al. 1 RMP.

- 11/12 - A/2596/2011

En l'espèce, il n'en est pas résulté une violation des principes d'égalité de traitement ou de transparence, de sorte que ce grief sera rejeté également.

### **E. 9**

En conséquence, le recours sera rejeté dans la mesure où il est recevable. La recourante ne sera donc pas invitée à chiffrer son dommage. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF

1'000.- sera mis à la charge de la recourante. Il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure à la CAIB VD-GE, conformément à la jurisprudence de la chambre de céans (ATA/79/2011 du 8 février 2011). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à Telios, qui n'y a pas conclu (art. 87 LPA).

\* \* \* \* \*

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