

# **GE\_GERICHTE A/142/2009 vom 29. September 2009**

GE Cour de justice, 2009-09-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_142\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_142_2009)

FR: GE\_GERICHTE A/142/2009 du 29 septembre 2009

IT: GE\_GERICHTE A/142/2009 del 29 settembre 2009

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Par avis publié le 27 octobre 2008 dans la Feuille d'Avis Officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO), la Ville de Genève (ci-après : la Ville) a lancé un appel d'offres selon la procédure ouverte, portant sur l'achat en ligne de fournitures de bureau comprenant des articles de papeterie, le papier destiné à l'impression, le papier hygiénique et essuie-mains, selon les besoins de l'ensemble des services de l'administration municipale. L'appel d'offres était soumis à l'accord sur les marchés publics du 15 avril 1994, entré en vigueur en Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 1996 (accord GATT/OMC - RS 0.632.231.422), à la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02), à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

### **E. 2**

Le marché, estimé à CHF 900'000.- hors TVA, était divisé en deux lots : le lot n° 1 portait sur les articles de papeterie pour un montant de CHF 700'000.-. le lot n° 2 visait la fourniture de papier (papier d'impression, essuie-mains et papier de toilette) pour un montant de CHF 200'000.-. Il était possible de soumissionner pour un seul lot. L'avis publié spécifiait que les documents destinés aux soumissionnaires tels que notamment le cahier de soumission et le cahier des charges étaient accessibles sur internet dès le 27 octobre 2008. Les questions relatives à l'appel d'offres pouvaient être posées du 27 octobre au 27 novembre 2008. Enfin, l'appel d'offres était susceptible de recours dans les dix jours devant le Tribunal administratif.

### **E. 3**

Le 30 octobre 2008, la société AFA Organisation S.A. (ci-après : AFA) s'est adressée à l'adjudicatrice. Disposant de 25'000 références livrables en 48 heures, elle souhaitait savoir de quels articles la Ville avait besoin et comment l'adjudicatrice procéderait pour comparer les différentes offres.

### **E. 3.5**

4.801 Critères d'adjudication Poids Prix 0.75 Qualité du portail informatique 0.2 Qualité et présentation de l'offre 0.05

### **E. 3.7**

4.777 Lyreco S.A. 2.54 3.64

### **E. 4**

La Ville a répondu le 4 novembre 2008 qu'elle avait décidé de ne pas limiter le choix des marchandises dès lors qu'elle ne disposait pas de statistiques détaillées concernant la

consommation de fournitures par son administration. Les offres seraient comparées sur la base des articles communs à l'ensemble des offres.

#### **E. 4.7**

2.871 Inapa 5 4.38

#### **E. 5**

AFA n'a pas recouru contre l'appel d'offres.

#### **E. 6**

Trois entreprises ont déposé leur offre pour le lot n° 1 dans le délai imparti, à savoir AFA, Inapa Suisse S.A. (ci-après : Inapa) et Lyreco S.A.

#### **E. 7**

Par courriel du 16 décembre 2008, la Ville a demandé à AFA de lui faire parvenir d'ici au 18 décembre 2008, la liste complète des marchandises proposées dans une version informatique. Seul un répertoire d'environ 400 articles comprenant les prix détaillés lui avait été communiqué alors que la société en disposait de plus de 25'000. Le 17 décembre 2008, AFA a transmis le document requis à la Ville.

#### **E. 8**

Le 18 décembre 2008, AFA a indiqué à l'autorité adjudicatrice qu'elle était prête à lui offrir un rabais général de 33 % sur l'ensemble de son assortiment de bureau, à l'exception de certaines références (environ 10 % de son assortiment). Afin d'être en mesure de lui proposer les articles représentant une dépense importante aux meilleures conditions, il convenait que la Ville les détermine précisément.

#### **E. 9**

Après avoir analysé les offres, la Ville a établi un tableau comparatif des différentes soumissions : Soumissionnaires Critères d'adjudication Prix Qualité du portail informatique Qualité et présentation de l'offre Total pondéré AFA 4.96 4.36

#### **E. 10**

Par décision du 9 janvier 2009, la Ville a informé AFA que le marché relatif au lot n°1 avait été attribué à Inapa. Cette entreprise avait fourni une offre conforme aux exigences du cahier des charges, présentant le meilleur rapport qualité-prix (offre économiquement la plus avantageuse) au regard des critères d'adjudication et elle avait respecté toutes les exigences administratives. Dite décision était susceptible d'un recours auprès du Tribunal administratif dans un délai de dix jours.

#### **E. 11**

La Ville a publié l'avis d'adjudication du marché en faveur d'Inapa dans la FAO du 12 janvier 2009.

#### **E. 12**

Par courrier du 13 janvier 2009 déposé à un office de l'entreprise La Poste le 17 janvier 2009, AFA a recouru contre la décision du 9 janvier 2009 sans toutefois solliciter l'effet suspensif. Elle a demandé la "révocation" de l'adjudication et que le marché soit attribué à un partenaire ayant fait ses preuves dans ce type de "contrat-cadre" (sic) et en mesure d'honorer le marché avec sa propre logistique. L'adjudicataire ne possédait pas de stocks des

fournitures de papeterie dans ses locaux et devait sous-traiter toutes les commandes ainsi que la logistique contrairement à ce que prévoyait le cahier de soumission. Par ailleurs, l'appel d'offres ("demande d'offres" sic) ne contenait aucune précision concernant les articles. Dans ces circonstances, elle n'avait pas été en mesure de proposer ses produits aux meilleures conditions. Aussi, elle sollicitait de pouvoir examiner l'offre déposée par l'adjudicataire, ce qui lui permettrait de prouver que ses prix étaient les plus avantageux.

#### **E. 13**

La Ville s'est déterminée le 16 mars 2009. Le recours devait être déclaré irrecevable au motif qu'il ne contenait ni exposé des motifs ni conclusions. Sur le fond, il devait être rejeté. L'absence de stocks n'était pas une condition d'obtention du marché. La prestation à fournir consistait à mettre en œuvre un portail électronique permettant le choix et la commande d'articles de papeterie en ligne ainsi que la livraison de la marchandise dans un délai maximal de 48 heures. Par ailleurs, il était irrelevait qu'Inapa doive sous-traiter "la logistique". Le cahier des charges prévoyait expressément que la livraison pouvait être effectuée soit par poste, soit par camionnage. La recourante avait du reste elle-même indiqué dans son offre que le transport de la marchandise se ferait par la poste et le train. Le grief de la recourante selon lequel l'appel d'offres ne contenait aucune précision concernant les articles à proposer, ce qui l'avait empêché de présenter l'offre la plus avantageuse, n'était pas fondé. L'intimée avait évalué les différentes offres de manière objective. Concernant le critère du prix, elle avait comparé les articles identiques proposés par les trois soumissionnaires. Puis, elle avait pondéré les prix en fonction de la consommation d'un service représentatif de la Ville, à savoir la centrale municipale d'achat et d'impression (ci-après : centrale d'achat). Enfin, le principe de l'égalité de traitement avait été respecté, tous les soumissionnaires ayant dû faire face à la même situation, avaient été évalués sur la même base.

#### **E. 14**

Le 17 mars 2009, le tribunal de céans a ordonné l'appel en cause d'Inapa et lui a fixé un délai au 15 avril 2009 pour présenter ses observations.

#### **E. 15**

Le 29 avril 2009, Inapa a répondu qu'elle était spécialisée dans le commerce en gros de papier graphique et bureautique ainsi que revendeur d'articles et de fournitures de bureau en Suisse romande depuis de nombreuses années. Elle ne souhaitait pas entrer en matière sur le présent litige.

#### **E. 16**

Le 15 mai 2009, l'autorité intimée a produit, sur demande du Tribunal administratif du 30 avril, les offres de Lyreco S.A. et d'Inapa.

#### **E. 17**

Le 22 juillet 2009, le juge délégué a invité l'intimée à lui préciser la valeur des offres d'AFA, d'Inapa respectivement de Lyreco S.A.

#### **E. 18**

La Ville a répondu le 14 août 2009 que la valeur du marché relative au lot n° 1 avait été estimée à CHF 700'000.-. S'agissant du premier appel d'offres en la matière, il lui avait été impossible d'en déterminer la valeur exacte. En effet, ne disposant pas de statistiques à ce

sujet, elle ne savait pas, au moment de lancer la procédure, quelle était la consommation des fournitures de bureau par ses services. Pour comparer les différentes offres, elle avait établi une liste commune de tous les articles parfaitement identiques proposés par les trois soumissionnaires. Elle avait, ensuite, pondéré cette liste en fonction de la consommation, sur plusieurs années, des fournitures par la centrale d'achat. C'était sur cette base qu'elle avait évalué les offres, tenant également compte des rabais proposés par chacun des soumissionnaires. Elle joignait à son courrier le tableau comparatif des prix établi par la centrale d'achat. Enfin, la Ville n'était pas en mesure de communiquer la valeur des trois offres, aucun des soumissionnaires n'ayant indiqué de montant global, mais une liste de produits avec leurs prix respectifs et leurs rabais.

## **E. 19**

Le 16 septembre 2009, le juge délégué a entendu, en audience de comparution personnelle, les représentants de la recourante, de la Ville et d'Inapa. a. La recourante a précisé avoir consulté l'offre d'Inapa. Elle reprochait essentiellement à l'adjudicataire de faire de la sous-traitance ce qui contrevenait aux exigences du cahier de soumission. Alors qu'elle-même traitait entièrement les commandes de ses clients, celles des clients d'Inapa parvenaient directement chez le fournisseur, par le biais du portail électronique, celui-ci étant chargé de préparer la marchandise et de l'expédier soit aux clients soit chez Inapa. b. Inapa a exposé qu'elle commercialisait les produits du fournisseur Waser par le biais de son propre catalogue. C'était bien elle qui se chargeait du suivi et de l'exécution des commandes. c. Selon la Ville, l'adjudicataire ne faisait pas de sous-traitance dès lors qu'il n'y avait pas d'intermédiaire entre le fournisseur et le revendeur. De plus, la recourante et Inapa avaient le même fournisseur. L'intimée a encore indiqué que le contrat avec Inapa avait été conclu trois ou quatre semaines après l'adjudication. Enfin, en complément au document transmis au tribunal de céans le 14 août 2009, elle versait aux débats la version originale du tableau de comparaison des offres. Celle-ci portait sur vingt-et-un articles identiques. Sur quoi la cause a été gardée à juger. EN DROIT 1. Le Tribunal administratif est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05). Il examine d'office et librement sa compétence ( ATA/10/2009 du 13 janvier 2009 consid. 3 ; ATA/124/2005 du 8 mars 2005 consid. 1). 2. Jusqu'au 31 décembre 2008, le recours en matière de marchés publics n'était recevable que dans la mesure où une disposition légale, réglementaire ou statutaire spéciale le prévoyait (art. 56B al. 4 litt c LOJ). Cette disposition a cependant été abrogée depuis le 1er janvier 2009 par la nouvelle du 18 septembre 2008. L'AIMP, entré en vigueur pour Genève le 9 décembre 1997, s'applique notamment à la passation des marchés publics en matière de marchés de fournitures dont la valeur-seuil totale estimée s'élève à CHF 383'000.- HT (art. 7 AIMP ; annexe 1), la Ville étant une autorité adjudicatrice au sens de l'art. 8 AIMP. Les modifications du 30 novembre 2006, apportées 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), portant sur l'adhésion à l'AIMP dans sa version du 15 mars 2001 sont entrées en vigueur le 1er janvier 2008, de même que le RMP. Enfin, le recours contre une décision d'adjudication doit être interjeté auprès du Tribunal administratif dans les dix jours dès la notification de celle-ci (art. 15 al. 2 AIMP ; art. 3 al. 1 L-AIMP ; art. 56 al. 1 RMP ; art. 63 al. 1 litt b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le présent recours est recevable sur ce point (art. 56A LOJ ; 15 al. 2 AIMP ; 56 al. 1 RMP ; 63 al. 1 let. b LPA précités). 3. La Ville conclut à l'irrecevabilité du recours au motif que celui-ci ne

contiendrait ni exposé des motifs ni conclusions. a. 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/496/2008 du 23 septembre 2008 ; ATA/1/2007 du 9 janvier 2007 ; ATA/118/2006 du 7 mars 2006 ; ATA/775/2005 du 15 novembre 2005 et la jurisprudence citée). 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, 2<sup>ème</sup> éd., p. 674 n. 5.7.1.4). b. 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/496/2008 ; ATA/1/2007 ; ATA/775/2005 déjà cités ; 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 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. 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 bien que la recourante n'ait pas pris de conclusions formelles, la lecture de son recours, même fort succinct, permet de comprendre qu'elle conclut à l'annulation de la décision qui adjuge le marché à Inapa ainsi que les motifs invoqués. Il s'ensuit que le recours est recevable. 4. A ce stade, il convient de relever que la recourante n'a pas sollicité l'effet suspensif à son recours. En outre, l'intimée a indiqué, lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 16 septembre 2009, que le contrat entre la Ville et l'adjudicataire avait été conclu quelques semaines après l'adjudication. La

Ville aurait dû en informer immédiatement le tribunal de céans comme le prévoit l'art. 14 al. 2 AIMP. Cela étant, le Tribunal administratif ne pourra qu'examiner si la décision d'adjudication revêt un caractère illicite (art. 18 al. 2 AIMP). 5. Selon l'art. 16 al. 1 et 2 AIMP, le recours contre une décision d'adjudication peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus de pouvoir d'appréciation, et pour constatation inexacte ou incomplète de faits pertinents. Le grief d'inopportunité ne peut pas être invoqué. 6. La recourante critique tout d'abord le fait que le marché a été conclu avec une entreprise qui ne disposait pas de stocks de marchandises et qui devait sous-traiter les commandes ainsi que la logistique. Ainsi, les commandes des clients de l'adjudicataire parvenaient directement chez le fournisseur, par le biais du portail électronique, ce fournisseur étant chargé de préparer lui-même la marchandise et de l'expédier. Le cahier de soumission prévoit à son art. 10 que les soumissionnaires ne sont pas autorisés à sous-traiter l'exécution du marché. Selon les explications de l'intimée, cette disposition a pour but d'éviter les intermédiaires entre le fournisseur et le revendeur, afin d'assurer les meilleurs prix. En l'espèce, force est de constater d'une part, que la recourante recourt au même fournisseur qu'Inapa et que d'autre part, aucun autre intermédiaire n'apparaît dans l'exécution du marché. Par ailleurs, aucune des clauses du cahier de soumission ne contraint le soumissionnaire à disposer de stocks et il est expressément prévu que les livraisons peuvent être effectuées soit par poste soit par camionnage. Partant, le grief soulevé est irrelevante et doit être rejeté. 7. La recourante se plaint du fait que l'appel d'offres ne donne aucune description des articles souhaités par l'intimée. a. L'art. 27 let. a RMP mentionne que les documents d'appel d'offres doivent contenir tous les renseignements nécessaires à l'établissement de l'offre, notamment, l'objet et l'importance du marché avec un descriptif détaillé des prestations attendues et/ou des spécifications techniques (cahier des charges). b. Le principe de transparence applicable au droit des marchés publics exige tout d'abord que le pouvoir adjudicateur fasse connaître les principales étapes de la procédure et leur contenu et qu'il indique à l'avance aux soumissionnaires potentiels tous les éléments minimaux et utiles leur permettant de déposer une offre valable et correspondant pleinement aux conditions posées (ATF 125 II 86). Il est essentiel que l'autorité adjudicatrice décrive soigneusement l'objet du marché et les conditions qui lui sont applicables ; cela suppose qu'elle ait procédé à une définition précise de ses besoins. Concrètement, le cahier des charges doit contenir, en principe à tout le moins, un descriptif des prestations demandées, qui doit être clair et complet ; à défaut, des problèmes surgiront dans la suite de la procédure de soumission, notamment sur le plan de la comparabilité des offres en présence. En présence d'un descriptif imprécis, la faculté des entreprises de poser des questions au pouvoir adjudicateur ne constituera en règle générale pas un correctif suffisant (cf. arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud GE.2003.0064 du 29 août 2003, consid. 3a, et les réf. citées). c. En vertu de l'art. 15 al. 1 bis let. a AIMP, l'appel d'offres constitue une décision sujette à recours de sorte que, conformément à la jurisprudence, les griefs sur ce point ne peuvent plus être invoqués dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision d'adjudication (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.47/2004 du 6 avril 2004 ; ATA/677/2005 du 12 octobre 2005). Le Tribunal fédéral a en outre déjà jugé qu'il était admissible d'exiger des candidats qu'ils contestent immédiatement les documents d'appels d'offres prétendument incomplets ou entachés d'autres vices de forme lors de la procédure d'appel d'offres déjà et non dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision d'adjudication (cf. ATF 130 I 241 consid 4.2 ; 129 I 313 consid. 6.2 ; 125 I 203). En l'espèce, l'appel d'offres se limite à indiquer que le marché porte sur l'achat de fournitures de bureau, sans aucune description des articles que

l'autorité adjudicatrice souhaitait mettre à disposition de ses services. Ce faisant, la Ville a sans nul doute méconnu le principe de transparence rappelé ci-dessus. Néanmoins, s'il est exact que la recourante a soulevé cette irrégularité au cours de la procédure d'adjudication, celle-ci n'a pas recouru contre l'appel d'offres qui, conformément à la jurisprudence précitée, ne saurait être remis en cause dans le cadre de l'examen de la décision d'adjudication. Ce grief doit lui aussi être rejeté en tant qu'il est recevable. 8. Dans ses écritures, la recourante a sollicité de pouvoir consulter l'offre de l'adjudicataire afin de procéder à la comparaison des prix proposés par celle-ci avec les siens. Comme elle l'a reconnu lors de l'audience de comparution personnelle des parties, ce point n'est plus litigieux. 9. Enfin, lors de cette même audience, la recourante a déploré que la comparaison opérée par l'intimée n'ait porté que sur vingt-et-un articles. Elle n'a toutefois pas remis en cause le résultat de l'analyse effectuée. Pour apprécier l'offre la plus avantageuse, l'intimée a en effet comparé les articles identiques aux trois offres dans le but de respecter le principe de l'égalité de traitement. Dans sa jurisprudence constante le Tribunal fédéral a souligné la grande liberté d'appréciation du maître de l'ouvrage quant au choix de la méthode de notation du prix, le juge ne devant sanctionner que l'abus ou l'excès de ce pouvoir (ATF 103 I 241 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2P.111 2003 du 21 janvier 2004 consid. 3.3 ; 2P.172/2002 du 10 mars 2003 consid. 3.2 ; 2P.268/2002 du 8 août 2003 consid. 9). Dans le cadre du présent marché public, les critères d'adjudication et leur pondération ont été mentionnés dans le cahier de soumission. En outre, suite à une question de la recourante sur ce point, la Ville lui a expressément répondu que pour déterminer l'offre la plus avantageuse, elle procéderait à la comparaison des articles identiques aux différentes offres. Bien que la comparaison n'ait été effectuée que sur un maigre échantillonnage, comparativement aux très nombreux articles offerts par la recourante, force est toutefois de considérer qu'en adoptant cette méthode objective l'intimée n'est pas tombée dans l'arbitraire. 10. Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté. Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe. Il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure à l'appelée en cause, faute de conclusion en ce sens, ni à la Ville qui dispose de son propre service juridique (art. 87 al. 2 LPA ; ATA/312/2004 du 20 avril 2004). \* \* \* \* \*

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