

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1271/2019-MARPU

ATA/864/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 2 mai 2019

sur effet suspensif

dans la cause

LIMOUSINE PARTNERS, BOUDHINA & CIE
représentée par Me Gazmend Elmazi, avocat

contre

FONDATION ENSEMBLE
représentée par Me Bertrand Reich, avocat

et

ALOHA TRANSPORTS SA, appelée en cause
représentée par Me Guy Reber, avocat

Attendu, en fait, que :

1. La Fondation Ensemble (ci-après : la fondation) est une fondation de droit privée subventionnée par l'État de Genève. Elle a pour but statutaire la prise en charge de personnes avec une déficience intellectuelle associée ou non à d'autres troubles, leur assurant notamment l'accueil, l'hébergement, l'éducation et la formation.
2. Par avis publié sur le site www.simap.ch le 29 janvier 2019, la fondation a lancé un appel d'offres en procédure ouverte pour un marché public de services intitulé « Transports scolaires pour la fondation Ensemble destiné à des enfants/ados en situation de déficit intellectuel ».

Le marché, non soumis aux accords internationaux, n'était pas divisé en lots ; la fourniture du service aurait lieu dans le canton de Genève à partir du 26 août 2019, pour une durée de quarante-huit mois renouvelable. Les critères d'adjudication annoncés étaient le prix (38 %), l'organisation du prestataire et la logistique des tournées (37 %), le développement durable et l'intégration sociale et solidaire (15 %), et les références (10 %). Le délai pour le dépôt des offres était fixé au 1^{er} mars 2019 à 18h00.

3. Limousine Partners, Boudhina & Cie (ci-après : Limousine Partners) est une société en nom collectif inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) du canton de Genève depuis le 6 août 2008. Son but statutaire est la location de toute sorte de véhicule, avec ou sans chauffeur.

Aloha Transports Services SA (ci-après : Aloha) est une société anonyme inscrite au RC genevois depuis le 2 mars 2000, qui a pour but statutaire le transport de personnes et de marchandises.

4. À l'issue du délai de remise des offres, la fondation a reçu six offres, dont celles de Limousine Partners et d'Aloha. Une offre a été écartée qui ne comportait pas toutes les attestations requises.

Les montants des offres n'ont pas été inscrits dans un tableau lors de la remise vu les éléments complexes devant être pris en compte pour les calculer, mais selon un tableau établi ultérieurement par la fondation, le prix de base toutes taxes comprises (ci-après : TTC) était de CHF 3'342.- pour Aloha, CHF 3'618.- pour Transport Partners, CHF 3'661.- pour Limousine Partners et CHF 4'272.- pour l'offre la plus élevée.

5. Par décisions du 27 mars 2019, la fondation a adjugé le marché à Aloha et a communiqué à Limousine Partners que son offre, classée en troisième position sur cinq, n'avait pas été retenue.

La note finale d'Aloha était de 4,79/5, celle de Limousine Partners de 4,31/5 et celle d'une tierce entreprise non divulguée de 4,43/5, cette dernière société étant en fait Transport Partners SA (ci-après : Transport Partners), compagnie en mains des mêmes personnes que Limousine Partners, et l'une des trois entreprises à assurer les transports pour la fondation avant l'appel d'offres.

6. Par acte déposé le 29 mars 2019, Limousine Partners a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision de non-adjudication la concernant, concluant, sans motivation, à l'« approbation » de son recours avec effet suspensif.
7. Le 5 avril 2019, le juge délégué a appelé en cause Aloha, et a fixé à Limousine Partners un délai au 15 avril 2019 pour motiver sa demande d'octroi d'effet suspensif.
8. Le 8 avril 2019 – soit encore dans le délai de recours –, Limousine Partners a fait parvenir à la chambre administrative un nouveau mémoire de recours, motivé cette fois. Elle concluait préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours, et principalement à l'annulation de la décision de refus d'adjudication et à l'adjudication du marché en sa faveur, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure.

S'agissant de l'octroi de l'effet suspensif, la fondation n'avait pas d'urgence à conclure un contrat avec l'adjudicataire, les transports étant effectués à satisfaction par trois sociétés genevoises. Aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'opposait à l'octroi de l'effet suspensif. Le recours avait en outre des chances de succès manifestes.

À cet égard, il était tout d'abord invoqué une constatation inexacte des faits. Limousine Partners obtenait en effet moins de points pour le prix que Transport Partners, alors qu'elle proposait un prix plus avantageux ; elle aurait ainsi dû recevoir, au lieu d'une note de 4,17 pour ce critère, une note d'au moins 4,27. La fondation avait pénalisé Limousine Partners du fait que la possibilité de sous-traiter envisagée par l'entreprise laissait un « petit flou » sur son organisation future, alors qu'il avait été expressément dit au cours d'une séance que Limousine Partners s'alignerait sur ce point sur la volonté de la fondation. Les faits retenus par la fondation sur la question de la présence d'un « dispatcheur » étaient inexacts.

Le droit d'être entendu avait été violé car la décision n'était pas suffisamment motivée. Le tableau joint comprenait les notes obtenues mais ne permettait pas de connaître les raisons réelles de rejet de l'offre.

L'autorité adjudicatrice aurait enfin dû demander à l'adjudicataire de justifier ses prix, qui étaient relativement bas, violant ainsi les art. 20 et 41 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

9. Le 23 avril 2019, Aloha a conclu au rejet de la demande d'effet suspensif.

En matière de marchés publics, l'effet suspensif ne devait être octroyé que de manière très restrictive.

S'agissant de griefs liés à la mauvaise notation des critères du prix et de l'organisation, même si Limousine Partners avait obtenu des notes maximales sur ces points, elle n'aurait pas décroché le marché ; c'eût été, selon les variantes, Aloha ou Transport Partners, laquelle n'était pas partie à la procédure. D'éventuels griefs sur la clarté de l'appel d'offres étaient tardifs.

La motivation de la décision était suffisante, notamment dans la mesure où la jurisprudence admettait comme telle la seule indication des points donnés aux critères d'adjudication.

Le grief lié à une offre anormalement basse émanant d'Aloha était purement exploratoire, Limousine Partners n'ayant pas eu accès à l'offre de l'adjudicataire. Les allégations d'emploi de nombreux stagiaires étaient mensongères, Aloha n'affectant jamais de stagiaires aux transports de mineurs ou de personnes handicapées ; elle respectait par ailleurs toutes les obligations patronales en matière de salaire de ses employés.

10. Le 23 avril 2019, la fondation a conclu au rejet de la demande d'effet suspensif.

Le recours était dénué de toute chance de succès. Tant l'intérêt public que privé commandaient le rejet de la demande.

S'agissant des prix, la fondation avait relevé que certains soumissionnaires n'étaient pas soumis à la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après : TVA), et proposaient des prix hors taxes (ci-après : HT), tandis que les autres soumettaient des prix TTC. Il avait donc été décidé de faire des comparaisons de prix TTC. Cela étant, noter les prix HT n'aurait rien changé au classement du critère du prix, ni au classement général. Dans tous les cas, l'offre de l'adjudicataire se trouvait au premier rang.

Limousine Partners proposait dans son offre que les « dispatcheurs » fonctionnent comme chauffeurs et inversement, ce qui n'était clairement pas le souhait de la fondation. S'agissant des informations à disposition, la fondation avait organisé une séance d'information le 5 février 2019, et avait permis aux soumissionnaires éventuels de poser toutes questions utiles.

Une violation du droit d'être entendu par défaut de motivation de la décision ne pouvait être retenue en l'espèce, Limousine Partners reconnaissant elle-même avoir bénéficié d'un entretien d'explication des raisons de rejet de son offre, suivi par des échanges de courriels.

Le prix proposé par l'adjudicataire était effectivement plus bas que celui de ses concurrents, mais la différence avec les prix de Limousine Partners était inférieure à 10 %, et l'écart avec les prix du soumissionnaire ayant proposé les prix les plus

élevés inférieur à 15 %. Rien ne permettait donc de qualifier d'anormalement basse l'offre d'Aloha. Enfin, rien ne permettait de mettre en cause les conditions de travail proposées par l'adjudicataire.

11. Sur ce, la cause a été gardée à juger sur la question de l'effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

1. Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est *prima facie* recevable de ces points de vue, en application des art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), 3 al. 1 de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0) et 56 al. 1 RMP. La question globale de la recevabilité du recours sera néanmoins renvoyée à l'arrêt final que rendra la chambre de céans.

2. Aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, en vertu des art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, restituer cet effet pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.

L'examen de la requête suppose une appréciation *prima facie* du bien-fondé du recours ; le but est alors de refuser l'effet suspensif au recours manifestement dépourvu de chances de succès, dont le résultat ne fait aucun doute ; inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire, mais suppose de constater et de pondérer le risque de préjudice (ATA/446/2017 du 24 avril 2017 consid. 2 ; ATA/62/2017 du 23 janvier 2017 consid. 2 ; ATA/793/2015 du 5 août 2015 consid. 2 ; ATA/701/2013 du 22 octobre 2013 consid. 2 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, *Marchés publics* 2010, Zurich 2010, pp. 311-341, p. 317 n. 15).

La restitution de l'effet suspensif constitue cependant une exception en matière de marchés publics, et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/446/2017 précité consid. 2 ; ATA/62/2017 précité consid. 2 ; ATA/793/2015 précité consid. 2 ; ATA/60/2013 du 30 janvier 2013 consid. 5).

3. a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP). Il poursuit plusieurs objectifs, soit assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. a AIMP), garantir l'égalité de traitement entre ceux-ci et assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 3 let. b AIMP), assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) et permettre l'utilisation parcimonieuse des deniers

publics (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, notamment let. a et b AIMP).

b. Le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires tout au long du déroulement formel de la procédure (art. 16 RMP ; ATA/1005/2016 du 29 novembre 2016 consid. 3 ; ATA/51/2015 du 13 janvier 2015 et la jurisprudence citée ; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 109 ; Benoît BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics, RDAF 2004 p. 241 ss).

4. a. En procédure administrative genevoise, le recours peut être formé notamment pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 61 al. 1 let. b LPA).

b. En matière de marchés publics, l'obligation de motiver tirée du droit d'être entendu se manifeste par le devoir qu'a l'autorité d'indiquer au soumissionnaire évincé les raisons du rejet de son offre ; ce principe est concrétisé par les art. 13 let. h AIMP et 45 al. 1 RMP, qui prévoient que les décisions d'adjudication sont sommairement motivées (ATA/492/2018 du 22 mai 2018 consid. 6b).

Dans ce cadre, l'autorité peut, dans un premier temps, procéder à une notification individuelle, voire par publication, accompagnée d'une motivation sommaire ; sur requête du soumissionnaire évincé, l'autorité doit lui fournir des renseignements supplémentaires relatifs notamment aux raisons principales du rejet de son offre ainsi qu'aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue. L'ensemble de ces explications de l'autorité (fournies le cas échéant en deux étapes) doit être pris en considération pour s'assurer qu'elles sont conformes, ou non, aux exigences découlant du droit d'être entendu ; de surcroît, la pratique admet assez généreusement la réparation d'une motivation insuffisante dans la procédure de recours subséquente (ATA/1329/2018 du 11 décembre 2018 consid. 4c et la référence citée).

c. Lors de l'examen des offres, l'autorité adjudicatrice examine la conformité des offres au cahier des charges et contrôle leur chiffrage (art. 39 al. 1 RMP). Les erreurs évidentes, telles que les erreurs de calcul et d'écriture, sont corrigées (art. 39 al. 2, 1^{ère} phrase RMP). Selon l'art. 40 RMP, elle peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre (al. 1). Les explications sont en principe fournies par écrit ; si elles sont recueillies au cours d'une audition, un procès-verbal est établi et signé par les personnes présentes (al. 2). En présence d'une offre paraissant anormalement basse, l'autorité adjudicatrice doit demander au soumissionnaire de justifier ses prix, selon la forme prévue à l'art. 40 al. 2 RMP (art. 41 RMP).

5. En l'espèce, la décision de refus d'adjudication contenait le tableau des notes obtenues par la recourante et par l'adjudicataire pour les différents critères, et la

fondation a répondu aux questions de la recourante dans le délai de recours, lui permettant d'introduire ce dernier en connaissance de cause. Le grief apparaît donc, à première vue, infondé.

Quant au grief lié à la constatation inexacte des faits pertinents, les explications de la fondation au sujet de la comparaison des prix entre offres HT et TTC apparaît prima facie pertinente, les modifications y relatives du montant des différentes offres apparaissant comme une mise à niveau destinée à mettre tous les soumissionnaires sur un pied d'égalité et à pouvoir comparer utilement leurs offres. Il en va de même de la question des « dispatcheurs ». Quoi qu'il en soit, comme l'a relevé l'appelée en cause, même si la recourante se voyait mieux notée sur les deux critères en cause, elle n'obtiendrait pas pour autant le marché.

Enfin, le grief lié à l'offre anormalement basse n'apparaît a priori pas documenté, mais aussi mal fondé puisque le tableau établi par la fondation, et non critiqué à ce stade par la recourante, fait état d'un écart à peine supérieur à 8 % entre le prix de base TTC de l'adjudicataire et celui de son concurrent le plus proche.

6. Les chances de succès du recours apparaissent ainsi, à première vue, insuffisantes pour permettre à la chambre de céans d'octroyer l'effet suspensif au recours, si bien que la demande y relative sera rejetée, le sort des frais étant réservé jusqu'à droit jugé au fond.

Vu le recours interjeté le 29 mars 2019 par Limousine Partners, Boudhina & Cie contre la décision de la Fondation Ensemble du 27 mars 2019 ;

vu les art. 21 et 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ;

vu l'art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 26 septembre 2017 ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse d'octroyer l'effet suspensif au recours ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

- par la voie du recours en matière de droit public ;

si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics ;

s'il soulève une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF ;

le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision à Me Gazmend Elmazi, avocat de la recourante, Me Bertrand Reich, avocat de la Fondation Ensemble, ainsi qu'à Me Guy Reber, avocat d'Aloha Transports SA, appelée en cause.

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :