RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1830/2021-MARPU **ATA/1162/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 2 novembre 2021

dans la cause

A_____ SÀRL
représentée par Me Alexia Maulini, avocate

contre

TRANSPORTS PUBLICS GENEVOIS
représentés par Me Steve Alder, avocat

et

B_____ SÀRL

EN FAIT

1) Le 5 mars 2021, les Transports publics genevois (ci-après : TPG), soit pour eux leur « service achats », ont fait paraître sur le site Internet www.simap.ch un appel d'offres en procédure ouverte relatif à un marché de travaux de construction, non soumis aux accords internationaux, intitulé « CFC 281.7 Revêtements de sol en bois – Rénovation des bâtiments de l'Horloge et du Courrier ». La date limite pour le dépôt des offres était fixée au 14 avril 2021 à 12h00. Il était renvoyé au dossier d'appel d'offres pour les critères d'adjudication.

2) Le 13 avril 2021, A_____ Sàrl (ci-après : A_____), une société à responsabilité limitée inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) du canton de Genève et ayant pour but statutaire la pose, la réparation, l'entretien de parquet et le carrelage, ainsi que tous travaux de peinture, de rénovation, de décoration et de nettoyage, a soumissionné au marché et présenté une offre pour un montant de CHF 163'039.20 hors taxes (ci-après : HT).

3) Par décision du 12 mai 2021, les TPG ont adjugé le marché à B_____ Sàrl (ci-après : B_____), société à responsabilité limitée inscrite au RC du canton de Genève et ayant pour but statutaire la pose et l'entretien de parquet et de tout type de sol, l'entretien, le nettoyage et la rénovation ainsi que l'acquisition de biens immobiliers, pour un montant de CHF 193'635.74 HT, ce dont ils ont informé A_____.

Selon la grille d'évaluation annexée, B_____ avait obtenu 68,16 points et A_____ 57,70 points, si bien que cette dernière était classée au cinquième rang sur les huit offres évaluées.

4) Par acte du 27 mai 2021, A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours et principalement à l'annulation de ladite décision et à l'attribution du marché en sa faveur.

La décision violait le droit des marchés publics, en particulier les principes de l'utilisation parcimonieuse des deniers publics, de la transparence et de l'égalité de traitement ainsi que son droit d'être entendue. En particulier, son offre avait été écartée, alors qu'il s'agissait de la moins disante et qu'elle répondait à l'ensemble des autres critères d'adjudication. Les notes attribuées pour chacun de ceux-ci étaient ainsi particulièrement sévères, sans qu'elle en connût les motifs. Les TPG ne lui avaient pas non plus donné l'occasion de s'expliquer au sujet de son offre. Dès lors, en cas d'admission du recours et d'annulation de l'adjudication, elle avait de grandes chances de se voir attribuer le marché.

5) Le 27 mai 2021, la chambre administrative a fait défense aux TPG et à B_____ de conclure le contrat jusqu'à droit jugé sur l'octroi de l'effet suspensif.

6) Le 7 juin 2021, les TPG ont conclu au rejet de la requête d'effet suspensif et, sur le fond, à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure.

A_____ était arrivée en cinquième position, ce qui faisait douter de ses chances d'emporter le marché et, par conséquent, de sa qualité pour recourir. Sur le fond, les griefs soulevés étaient infondés au regard des notes qui lui avaient été attribuées pour chacun des critères et qui lui étaient expliquées.

Les TPG ont notamment produit l'offre complète de B_____, le rapport synthétique d'évaluation et le procès-verbal d'ouverture des offres.

7) Le 7 juin 2021, B_____ a conclu au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif au recours.

8) Le 21 juin 2021, A_____ a répliqué, persistant dans ses précédentes conclusions.

9) Par décision du 23 juin 2021, la présidence de la chambre administrative a refusé d'octroyer l'effet suspensif au recours et réservé le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond.

10) Le 25 juin 2021, les TPG ont répondu sur le fond du recours, persistant dans leurs précédentes écritures.

11) Le 28 juin 2021, B_____ a également répondu au recours, concluant à son rejet et à la condamnation de A_____ « en tous les frais et dépens de l'instance ».

12) Par courrier du 29 juillet 2021, A_____ a informé la chambre administrative du retrait de son recours, au vu de la décision sur effet suspensif et du contenu des écritures des TPG, concluant à ce qu'il ne soit pas alloué d'indemnité de procédure aux TPG ni à B_____, subsidiairement que le montant de l'indemnité de procédure en faveur des TPG soit limité à CHF 200.-.

13) Le 30 juillet 2021, la chambre administrative a invité les parties à se déterminer au sujet de ce courrier.

14) Le 5 août 2021, les TPG ont conclu à l'octroi d'une indemnité de procédure en leur faveur, à la charge de A_____.

Les considérations à la base de l'ancienne jurisprudence de la chambre administrative consistant à refuser toute indemnité de procédure aux établissements cantonaux de droit public n'étaient plus fondées, ce d'autant plus que la partie qui obtenait gain de cause avait un droit à se voir octroyer une telle

indemnité et que la loi ne prévoyait pas de restriction. Contrairement à ce qui était le cas au plan fédéral, le droit cantonal ne permettait pas à la chambre administrative de refuser par principe toute indemnité, ce qu'avait également jugé le Tribunal administratif fédéral dans un litige qui les avait opposés à plusieurs riverains d'un projet de construction. Par conséquent, puisqu'ils avaient obtenu gain de cause du fait du retrait du recours de A_____, ils pouvaient se voir accorder une indemnité de procédure, qu'ils chiffraient en équité à CHF 1'000.-.

15) B_____ ne s'est pas déterminée dans le délai imparti.

16) Sur quoi, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

EN DROIT

1) Selon l'art. 89 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), le retrait du recours met fin à la procédure.

En l'espèce, au vu du courrier de la recourante du 29 juillet 2021 annonçant le retrait du recours, la cause sera rayée du rôle.

2) L'art. 89 al. 3 LPA prévoit qu'en cas de retrait du recours, la juridiction administrative fixe les frais de procédure, émolument et indemnités.

3) Un émolument réduit de CHF 300.-, qui comprend la décision sur effet suspensif, sera mis à la charge de la recourante, qui succombe.

4) a. La juridiction administrative peut, sur requête, allouer à la partie ayant eu entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables causés par le recours (art. 87 al. 2 LPA).

b. L'art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03), intitulé « indemnité », prévoit que la juridiction peut allouer à une partie, pour les frais indispensables occasionnés par la procédure, y compris les honoraires éventuels d'un mandataire, une indemnité de CHF 200.- à CHF 10'000.-.

La juridiction saisie dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à la quotité de l'indemnité allouée et, de jurisprudence constante, celle-ci ne constitue qu'une participation aux honoraires d'avocat (ATA/706/2021 du 6 juillet 2021 consid. 12 et les références citées), ce qui résulte aussi, implicitement, de l'art. 6 RFPA dès lors que ce dernier plafonne l'indemnité à CHF 10'000.-. Enfin, la garantie de la propriété (art. 26 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; Cst. - RS 101) n'impose nullement une pleine compensation du coût de la défense de la partie victorieuse (arrêt du Tribunal fédéral 1C_58/2019 du 31 décembre 2019 consid. 3.4).

Pour déterminer le montant de l'indemnité, il convient de prendre en compte les différents actes d'instruction, le nombre d'échanges d'écritures et d'audiences. Quant au montant retenu, il doit intégrer l'importance et la pertinence des écritures produites et de manière générale la complexité de l'affaire (arrêt du Tribunal fédéral 1C_58/2019 précité consid. 3.4 ; ATA/33/2021 du 12 janvier 2021 consid. 3b). La fixation des dépens implique une appréciation consciencieuse des critères qui découlent de l'esprit et du but de la réglementation légale (arrêt du Tribunal fédéral 2D_35/2016 du 21 avril 2017 consid. 6.2).

c. De jurisprudence constante, la chambre de céans retient qu'aucune indemnité de procédure n'est allouée à l'autorité administrative intimée qui obtient gain de cause, lorsque celle-ci dispose d'un service juridique (ATA/493/2021 du 11 mai 2021 consid. 10 et les références citées). Elle a en outre précisé que cette hypothèse valait lorsque l'autorité administrative concernée n'avait pas encouru de frais pour sa défense, dans la mesure où elle était apte à traiter, en son sein, les questions juridiques soulevées, ce qu'elle a encore récemment confirmé (ATA/576/2021 du 1er juin 2021 consid. 5b ; ATA/653/2021 du 22 juin 2021 consid. 13).

5) En l'espèce, s'agissant des TPG, à savoir un établissement de droit public genevois doté de la personnalité juridique (art. 1 al. 1 et 2 al. 1 de la loi sur les transports publics genevois du 21 novembre 1975 - LTPG - H 1 55), ceux-ci interviennent dans les domaines couverts par le droit des marchés publics en tant que détenteurs de la puissance publique, en appliquant les procédures légales relatives à ces marchés et en se soumettant à cet égard à un contrôle judiciaire. Il s'agit dès lors d'un domaine relevant de leurs compétences, pour lequel ils disposent d'un service juridique, de sorte que le recours à un conseil extérieur ne se justifie pas. Il n'y a par conséquent pas lieu de déroger à la jurisprudence constante de la chambre de céans en la matière, si bien qu'il ne sera pas fait droit à à la demande des TPG consistant en l'octroi d'une indemnité de procédure (ATA/592/2021 du 7 juin 2021), étant précisé que la chambre de céans dispose d'une marge de manœuvre étendue à cet égard, au vu de la formulation potestative de l'art. 87 al. 2 LPA.

Il en va différemment de B_____ qui, bien que n'ayant pas recouru à l'assistance d'un avocat, a néanmoins conclu à la condamnation de A_____ « en tous les frais et dépens », même si elle n'a pas chiffré ces derniers, et produit des écritures circonstanciées ainsi qu'allégué des frais. Il se justifie dès lors de lui octroyer une indemnité de procédure de CHF 500.- à ce titre.

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

raye la cause du rôle ;

met un émolument de CHF 300.- à la charge de A_____ Sàrl ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 500.- à B_____ Sàrl, à la charge de A_____ Sàrl ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure aux TPG ;

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 ;

- sinon, 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 le présent arrêt à Me Alexia Maulini, avocate de A_____ Sàrl, à Me Steve Alder, avocat des Transports publics genevois, à B_____ Sàrl ainsi qu'à la commission de la concurrence (COMCO).

Siégeant : M. Mascotto, président, MM. Verniory et Michel, Mmes Payot Zen-Ruffinen et Lauber, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	le président siégeant :
F. Scheffre	C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :