

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2069/2012-MARPU

ATA/216/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 9 avril 2013

dans la cause

CARROSSERIE HESS S.A.

contre

TRANSPORTS PUBLICS GENEVOIS

représentés par Me Bertrand Reich, avocat

et

VAN HOOL N.V./S.A., appelée en cause

EN FAIT

- 1) Le 3 octobre 2011, les Transports publics genevois (ci-après : TPG) ont, par publication dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) et sur le site www.simap.ch, lancé un appel d'offres pour un marché de fournitures en procédure ouverte visant l'acquisition de 33 trolleybus articulés.

Cet appel d'offres était soumis à l'accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0632.231.422) ainsi qu'aux accords internationaux, 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). Il impartissait un délai pour le dépôt des offres au 10 janvier 2012 à 16 h00. Des variantes étaient admises.

- 2) Le 4 janvier 2012, la société Carrosserie Hess S.A (ci-après : Hess) a transmis son offre aux TPG pour un montant de CHF 36'269'722,50 (hors TVA).
- 3) Le 9 janvier 2012, la société Van Hool N.V./S.A. (ci-après : Van Hool) a fait parvenir sa soumission aux TPG. Cette dernière proposait deux types de véhicules, l'un pour un montant de CHF 28'291'350.- (hors TVA) et l'autre pour un montant de CHF 29'388'600.- (hors TVA). Sur demande des TPG, l'une a été qualifiée d'offre de base et l'autre de variante. La variante ne pouvait être considérée que si l'offre de base était évaluée comme économiquement la plus avantageuse.
- 4) En mai 2012, ces trois propositions ont fait l'objet d'un rapport d'évaluation confidentiel, versé à la présente procédure par les TPG. Hess et Van Hool étaient les seuls candidats ayant présenté une offre.
- 5) Par lettre recommandée du 25 juin 2012, les TPG ont informé Hess qu'ils avaient adjugé le marché visant l'acquisition de 33 trolleybus articulés à Van Hool pour un montant de CHF 29'417'850.- (hors TVA), avec le droit unilatéral (option) d'acquisition d'autobus supplémentaires au nombre maximum de 23 véhicules pour un montant maximum de CHF 20'503'350.- (hors TVA).

L'offre de Van Hool avait été jugée économiquement la plus avantageuse. Hess avait été classée au deuxième rang sur les deux offres de base évaluées. La grille d'évaluation était annexée à la décision d'adjudication.

- 6) Van Hool a été informée de cette adjudication par courrier séparé du 25 juin 2012.

- 7) Le 6 juillet 2012, Hess a interjeté recours contre la décision d'adjudication auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), sans prendre de conclusions formelles ni fournir de pièces hormis la décision attaquée.

Cette dernière « semblait se fonder sur des fausses données », raison pour laquelle la recourante méritait davantage de points. Ces données devaient être clarifiées afin d'assurer une exploitation durable de la flotte des trolleybus des TPG pendant vingt ans. L'intéressée précisait que son recours n'était pas « de façon explicite, dirigé contre les TPG » et s'excusait « pour tous les inconvénients qu'[elle pourrait] provoquer avec ce recours ».

- 8) Le 17 juillet 2012, le juge délégué a ordonné l'appel en cause de Van Hool.

- 9) Le 29 août 2012, les TPG ont répondu au recours en concluant à son irrecevabilité, à son rejet et à l'octroi d'une indemnité à titre de dépens pour les frais causés par la présente procédure.

Ils ont fourni un chargé de 17 pièces comportant aux pièces n^{os} 6 et 7 l'offre de Van Hool et aux pièces n^{os} 8 et 9 l'offre de Hess. L'intimée demandait à la chambre de céans de protéger le secret des affaires de l'adjudicataire et en particulier de refuser l'accès de la recourante à l'offre de l'appelée en cause. Le recours de Hess relevait davantage de la protestation, voire d'une démarche exploratoire visant à obtenir des informations sur l'offre d'un concurrent et sur son niveau technique, que de la remise en cause d'une décision juridique.

- 10) Le 31 août 2012, Van Hool a présenté ses observations en concluant au rejet du recours et à l'octroi de dépens prenant en compte le temps consacré à la préparation de cette écriture.

- 11) Par décision du 5 septembre 2012, le juge délégué a exclu des pièces consultables par les parties les pièces n^{os} 6, 7, 8 et 9 du chargé des TPG. Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours.

- 12) Le 19 octobre 2012, un délai au 16 novembre 2012 a été accordé à la recourante pour formuler toute requête ou observations complémentaires. Passé ce délai, la cause serait gardée à juger.

- 13) Le 15 novembre 2012, la recourante a répliqué sans apporter d'éléments nouveaux.

- 14) Le 4 décembre 2012, les TPG ont informé la chambre de céans qu'ils avaient signé le contrat portant sur le marché litigieux avec Van Hool le 3 décembre 2012.

- 15) Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Le marché offert est soumis notamment à l'AIMP, au RMP, 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), ainsi qu'à la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).
- 2) En vertu des art. 62 al. 2 let. b LPA, 15 al. 1 et 2 AIMP, 15 L-AIMP et 56 RMP, le recours est adressé à la chambre administrative dans les dix jours dès la notification de la décision. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue.
- 3) 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. 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 la jurisprudence fédérale, 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 (ATF 131 I 153 consid. 1.2 ; 125 II 86 consid. 5b ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C_811/2011 du 5 janvier 2012 consid. 1.6 ; 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.

- 4) Reste à examiner si le recours répond aux exigences formelles de l'art. 65 LPA.

L'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant (art. 65 al. 1 LPA). Il contient également l'exposé des motifs ainsi que l'indication des moyens de preuve. Les

pièces dont dispose le recourant doivent être jointes. A défaut, la juridiction saisie impartit un bref délai au recourant pour satisfaire à ces exigences, sous peine d'irrecevabilité (art. 65 al. 2 LPA).

Conformément à la jurisprudence de la chambre de céans, les exigences formelles posées par le législateur ont 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/632/2005 du 27 septembre 2005 ; ATA/251/2004 du 23 mars 2004 ; ATA F. du 8 septembre 1992). Cette exigence est considérée comme remplie lorsque les motifs du recours, sans énoncer de conclusions formelles, permettent de comprendre aisément ce que le recourant désire (ATA/1/2007 précité ; ATA/807/2005 du 29 novembre 2005). En revanche, tel n'est pas le cas d'un recours sommaire se bornant, en matière de marchés publics, à invoquer des arguments techniques et de politique commerciale, n'indiquant au demeurant aucun moyen de preuve et ne fournissant aucune pièce (ATA/795/2005 du 22 novembre 2005). Il faut à tout le moins que la partie recourante manifeste son désaccord avec la décision litigieuse et que l'acte attaqué soit explicitement cité dans ses écritures. Il serait contraire au texte même de la loi de renoncer à ces exigences minimales (ATA/173/2004 du 2 mars 2004).

En l'espèce, la recourante, bien qu'il s'agisse d'une société rompue aux affaires, ne prend aucune conclusion formelle, ne demandant notamment pas la restitution de l'effet suspensif. Elle ne fournit aucune pièce hormis la décision attaquée, ni ne requiert l'administration de preuves. Elle se borne à demander à la chambre administrative de procéder à des clarifications sur ses allégations. Ces dernières consistent à remettre en cause l'appréciation des TPG dans le cadre de l'évaluation des offres et à affirmer devoir obtenir plus de points que l'adjudicataire. Ce faisant, la recourante ne fonde ses allégations ni sur la violation de dispositions ou principes juridiques, ni sur des faits ou moyens de preuve susceptibles d'étayer ses affirmations. Ses arguments reposent uniquement sur des pures appréciations personnelles. Le juge délégué renonce cependant à écarter le recours pour défaut manifeste de motivation au sens de l'art. 72 LPA et procède à son instruction en ordonnant l'appel en cause de Van Hool et un échange d'écritures.

Suite aux écritures de l'autorité intimée et de l'appelée en cause, le juge délégué accorde à la recourante un délai pour toutes requêtes ou observations complémentaires. Or, cette dernière ne juge utile ni de recourir aux services d'un avocat, ni de compléter son argumentation juridique ou à tout le moins de préciser ses conclusions, et ce en dépit des arguments juridiques et des conclusions développés par ses parties adverses. Les TPG ont en particulier invoqué l'irrecevabilité du recours, faute de conclusions et de motivation suffisante. La réplique de la recourante demeure cependant tout aussi évasive sur les prétendus

griefs qui entacheraient la décision d'adjudication ainsi que sur ses conclusions. Elle ne précise d'aucune manière ses prétentions. Elle ne réagit en particulier pas à l'argument d'irrecevabilité soulevé par les TPG.

On peine ainsi à comprendre si la recourante souhaite l'annulation de la décision d'adjudication et l'attribution dudit marché public, si elle sollicite la constatation de son illicéité, si elle requiert un troisième avis sur l'évaluation des offres ou si, suivant la thèse des TPG, elle tente d'obtenir des informations sur l'offre de sa concurrente et sur le niveau technique de cette dernière. De plus, l'absence de motifs autres que ceux reposant sur l'appréciation personnelle de la recourante, et ce malgré le délai qui lui a été accordé par le juge délégué pour compléter son recours, ne permet pas davantage à la chambre administrative de déterminer l'objet du litige, ce d'autant plus que la recourante indique ne pas vouloir diriger son recours contre les TPG. Dès lors, au vu de l'ensemble de ces éléments et malgré la possibilité offerte à la recourante de compléter son recours, l'objet du litige ne peut être déterminé. Il convient au surplus de rappeler que la juridiction de céans ne revoit pas les griefs liés à l'opportunité de la décision attaquée (art. 61 al. 2 LPA). Par conséquent, le recours ne peut qu'être déclaré irrecevable.

- 5) Au vu de ce qui précède, le recours sera déclaré irrecevable. Un émoulement de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée aux TPG, conformément à la jurisprudence de la chambre de céans (art. 87 al. 2 LPA ; ATA/117/2013 du 26 février 2013 ; ATA/579/2003 du 23 juillet 2003). Il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure à Van Hool, car même si celle-ci a eu gain de cause et a conclu à l'octroi de dépens, elle a agi sans passer par l'entremise d'un mandataire et n'a pas indiqué avoir exposé de frais particuliers pour la défense de ses intérêts (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 6 juillet 2012 par Carrosserie Hess S.A. contre la décision des Transports publics genevois du 25 juin 2012 ;

met à la charge de Carrosserie Hess S.A. un émoulement de CHF 1'000.- ;

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

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 le présent arrêt à Carrosserie Hess S.A., à Me Bertrand Reich, avocat des Transports publics genevois, à Van Hool N.V./S.A. ainsi qu'à la commission de la concurrence.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Junod, MM. Dumartheray et Verniory, juges,
M. Jordan, juge suppléant.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :