

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2440/2018-MARPU

ATA/910/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 11 septembre 2018

dans la cause

ZESAR.CH SA

représentée par Me Marc Labbe, avocat

contre

CENTRALE COMMUNE D'ACHATS

et

AGENCEMENTS TECHNIQUES MODERNES ATM SA

représentée par Me Simon Othenin-Girard, avocat

et

LINÉA-BUREAU SA

représentée par Me François Hay, avocat

et

DIETIKER AG

EN FAIT

1. Par décision du 28 juin 2018, la Centrale commune d'achats (ci-après : CCA) a éliminé l'offre de Zesar.ch SA à Tavannes de la procédure d'appel d'offres publique pour l'acquisition de mobilier scolaire (chaises, pupitres, tables, etc.). Le marché était divisé en six lots.
2. Par acte du 13 juillet 2018, Zesar.ch SA a interjeté recours devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision d'exclusion du 28 juin 2018.
3. Le 16 juillet 2018, la juge déléguée a fixé un délai au 31 juillet 2018 à la CCA pour se déterminer sur la requête en octroi de l'effet suspensif contenue dans le recours, au 21 août 2018 pour répondre au fond et lui a fait interdiction de conclure le contrat d'exécution de l'offre jusqu'à droit jugé sur la requête en octroi de l'effet suspensif.
4. Le 23 juillet 2018, les mêmes délais ont été accordés à Dietiker AG, adjudicataire du marché du lot n° 2, Linéa-Bureau SA, adjudicataire du lot n° 5, et Agencements techniques modernes ATM SA (ci-après : ATM), adjudicataire du lot n° 3.
5. Dietiker AG a fait une écriture de trois pages sur effet suspensif.

Un avocat est intervenu pour Linéa-Bureau SA. La détermination concluant au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif tient sur quatre pages.

Par simple courrier, le conseil d'ATM a indiqué ne pas s'opposer à la requête en restitution de l'effet suspensif. La prise de position sur le fond suivrait.

La CCA a transmis des observations sur effet suspensif en douze pages.
6. Par courrier du 9 août 2018, reçu à la chambre administrative le 13 août 2018, Zesar.ch SA a déclaré retirer son recours. Elle partait du principe que, compte tenu du retrait à ce stade précoce de la procédure, celle-ci pouvait se clôturer sans frais.
7. Par courrier du 14 août 2018, les parties ont été informées du retrait du recours et ont été invitées à se déterminer sur la question des frais et éventuelles indemnités de procédure.
8. Le 20 août 2018, la chambre administrative a reçu les observations au fond d'ATM en six pages.

9. Les parties se sont déterminées comme suit sur la question de frais et indemnités de procédure :
- le 20 août 2018, le conseil de Linéa-Bureau SA a produit une note d'honoraires de 3h30, équivalant à CHF 2'262.-, comprenant 1h d'examen du dossier et recherche, et rédaction inachevée des déterminations sur le fond le 16 août 2018 ;
 - le 24 août 2018, le conseil de ATM sollicitait la condamnation de Zesar.ch SA en tous les frais et dépens de la procédure ;
 - la CCA s'en est rapportée à justice ;
 - Dietiker AG ne s'est pas déterminée.
10. Par courrier du 28 août 2018, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (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).
2. a. Le retrait du recours met fin à la procédure (art. 89 al. 1 LPA).
- b. En cas de retrait du recours, la juridiction administrative fixe les frais de procédure, émoluments et indemnités (art. 89 al. 3 LPA) dans les limites établies par règlement du Conseil d'État et conformément au principe de la proportionnalité (art. 87 al. 1 et 3 LPA ; ATA/182/2018 du 27 février 2018 et les références citées).

Elle 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).

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 également quant à la quotité de l'indemnité allouée et, de jurisprudence constante, celle-ci ne

constitue qu'une participation aux honoraires d'avocat (ATA/334/2018 du 10 avril 2018 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 Cst.) n'impose nullement une pleine compensation du coût de la défense de la partie victorieuse (arrêt du Tribunal fédéral 2C_152/2010 du 24 août 2010).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la juridiction de céans, les décisions des tribunaux en matière de frais et dépens n'ont pas à être motivées, l'autorité restant néanmoins liée par le principe général de l'interdiction de l'arbitraire (ATF 114 Ia 332 consid. 2b ; 111 Ia 1 ; 111 V 48 consid. 4a).

c. En l'espèce, la recourante avait conclu préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours. Principalement, la décision de l'écartier devait être annulée et elle devait être admise dans la procédure de sélection.

Le retrait du recours est intervenu au moment de l'éventuelle réplique sur effet suspensif de la recourante. Aucune décision n'a été prononcée par la chambre de céans, mais les parties intimées ont versé à la procédure leurs écritures sur effet suspensif.

Le délai pour les écritures sur le fond du litige avait été fixé au mardi 21 août 2018. Le retrait a été reçu par la chambre de céans le lundi 13 août 2018 et transmis aux parties le lendemain. Il n'est pas inusuel, compte tenu des délais précités, que les parties aient, le 13 août 2018, fourni un travail pour leurs écritures au fond.

Au vu de ce qui précède, Dietiker AG n'ayant pas pris de conclusions en condamnation à une indemnité et n'ayant par ailleurs pas fait valoir de frais liés à sa défense, aucune indemnité ne lui sera allouée.

ATM et Linéa-Bureau SA ont encouru des frais occasionnés par la procédure, y compris les honoraires d'un mandataire. Une indemnité de CHF 1'000.- sera allouée à chacune d'entre elles, à la charge de la recourante (art. 87 al. 2 LPA).

Aucun émolument ne sera perçu (art 87 al. 1 LPA).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 13 juillet 2018 par Zesar.ch SA contre la décision d'exclusion de la Centrale commune d'achats du 28 juin 2018 ;

au fond :

raye la cause du rôle ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à Agencements techniques modernes ATM SA à la charge de Zesar.ch SA ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à Linéa-Bureau SA à la charge de Zesar.ch SA ;

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 ;

dit que les frais de procédure, émoluments et indemnités peuvent faire l'objet d'une réclamation auprès de la chambre administrative dans le délai de trente jours dès la notification de la décision ;

communique le présent arrêt à Me Marc Labbe, avocat de la recourante, à la Centrale commune d'achats, à Me Simon Othenin-Girard, avocat d'Agencements techniques modernes ATM SA, à Me François Hay, avocat de Linéa-Bureau SA, à Dietiker AG ainsi qu'à la commission de la concurrence.

Siégeant : M. Jean-Marc Verniory, président, M. Thélin, Mme Krauskopf, M. Pagan, Mme Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

K. De Lucia

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :