Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.141/2002 /dxc

Arrêt du 7 janvier 2003
IIe Cour de droit public

Les juges fédéraux Wurzburger, président,
Yersin et Merkli,
greffier Dubey.

X._____ SA,
recourante, représentée par Me Karin Etter, avocate,
boulevard St-Georges 72, 1205 Genève,

contre

Y._____ SA,
intimée, représentée par Me Benoît Chappuis, avocat, Grand'Rue 25, case postale 5560, 1211 Genève 11,
Département des finances du canton de Genève,
rue du Stand 26, case postale 3937, 1211 Genève 3,
Tribunal administratif du canton de Genève,
rue des Chaudronniers 3, 1204 Genève.

appel d'offres

(recours de droit public contre l'arrêt du Tribunal
administratif du canton de Genève du 7 mai 2002)

Faits:
A.
En mars et en septembre 2000, l'Economat cantonal du canton de Genève (ci-après: l'Economat cantonal) a procédé à la publication de deux appels d'offres pour remplacer une partie du parc des photocopieurs de l'Etat de Genève. Le premier, sur invitation, concernait l'installation de 32 photocopieurs à l'Hôtel des finances et le second, ouvert, l'installation de 249 photocopieurs dans divers locaux administratifs. X._____ SA a participé à ces procédures d'adjudication. Les marchés ont toutefois été attribués à Y._____ SA.

Par publication dans la Feuille d'avis officielle du canton de Genève du 29 juin 2001, l'Economat cantonal a procédé à un nouvel appel d'offres pour l'acquisition de photocopieurs pour l'Etat de Genève destinés à divers locaux administratifs situés sur tout le territoire genevois. L'appel d'offres, en procédure ouverte, précisait qu'il s'agissait de la "location de photocopieurs, de type numérique, noir-blanc, d'une performance inférieure à 20 copies par minute selon dossier d'appel d'offres, soit 103 machines effectuant environ 3,7 millions de copies par année". Le marché serait attribué au soumissionnaire répondant le mieux aux critères exposés, parmi lesquels venaient, en tête, le prix, la qualité et la fiabilité des produits ainsi que la durée de la garantie.

Le protocole d'ouverture des soumissions du 24 septembre 2001 mentionnait six offres dont celle de la société Y._____ SA avec un appareil autorisant 32 copies par minute pour le prix hors taxe, le plus bas, de 2,2 ct. la copie et celle de X._____ SA avec un appareil autorisant 20 copies par minute pour le prix hors taxe, venant en dernière position, de 5,2 ct. la copie. L'ouverture des soumissions a eu lieu en présence d'A._____, directrice de l'Economat cantonal, B._____, juriste auprès du Département des finances, C._____, chef du service de l'équipement, et D._____, agent d'équipement.

L'adjudication du marché à Y._____ SA a été publiée dans la feuille officielle du 29 octobre 2001.
B.
Par acte du 5 novembre 2001, X._____ SA a interjeté recours auprès du Tribunal administratif du canton de Genève (ci-après: le Tribunal administratif). Elle concluait à l'octroi de l'effet suspensif et, principalement, à l'annulation de l'adjudication ainsi que, subsidiairement, à la condamnation de l'Etat de Genève à payer 5'600 fr. de dommages-intérêts. Disposant d'un monopole de fait sur les photocopieurs de l'Etat, Y._____ SA pouvait, à son avis, compenser le manque à gagner sur le marché litigieux grâce à la marge dégagée par les photocopieurs à haut rendement qui lui avaient été commandés dans les procédures d'appel d'offres antérieures successives, empêchant ainsi ses concurrents d'offrir des prix inférieurs. L'Economat n'avait en outre pas demandé d'explication sur l'offre anormalement basse de Y._____ SA. Enfin, C._____, dont l'épouse travaillait chez Y._____ SA, ne s'était pas récusé dans la procédure d'adjudication en cause.

Par décision du 14 novembre 2001, le Tribunal administratif a accordé l'effet suspensif au recours. Le 7 mars 2002, le Tribunal administratif a procédé à l'audition des parties. Un nouvel échange d'écritures s'en est suivi. Dans ses observations du 5 avril 2002, X._____ SA a dénoncé l'existence de conditions générales entre Y._____ SA et l'Etat de Genève, révisées en décembre 1999, fixant le prix de la copie à 2,2 ct. ainsi que la non-conformité au cahier des charges des photocopieuses offertes par Y._____ SA, qui devaient conduire, selon elle, à l'élimination de l'offre.

Par arrêt du 7 mai 2002, le Tribunal administratif a rejeté le recours de X._____ SA. Cette dernière connaissait le rôle de C._____ dans la procédure d'adjudication ainsi que l'activité de son épouse, secrétaire auprès de Y._____ SA, avant la décision d'adjudication, voire même avant le dépôt de son offre, de sorte que son grief était tardif. La définition de performances limites avait pour objectif principal de permettre à l'Etat de faire des économies, tel que cela ressortait des critères d'adjudication et du préambule de la directive du Conseil d'Etat du 10 janvier 2001 (ci-après: la Directive du 19 janvier 2001) adressée à l'Economat cantonal (relative aux normes d'acquisition pour les photocopieurs), de sorte qu'on ne pouvait ni reprocher à ce dernier d'avoir porté son choix sur des appareils plus performants, alors qu'ils étaient meilleur marché, ni annuler l'adjudication pour ce motif. Le découpage des marchés n'avait pas eu pour but d'éviter de procéder à des appels d'offres et n'avait pas eu cet effet; il résultait d'ailleurs des échéances différentes des contrats qui liaient l'Etat à ses fournisseurs. Y._____ SA ne profitait pas d'une position de monopole: Le prix offert par celle-ci dans les appels d'offres
précédents était également de 2,2 ct. la copie, alors qu'à cette époque, elle ne détenait qu'un tiers du parc des photocopieurs. Aucune machine à haut rendement, soit permettant de réaliser plus 220'000 copies par mois, n'étant installée dans les locaux de l'Etat, Y._____ SA ne pouvait pas non plus compenser entre parcs de photocopieurs de rendement différent. Enfin, le prix particulièrement avantageux s'expliquait par l'usage de photocopieurs reconditionnés, ce que l'appel d'offres du 29 juin 2001 n'interdisait pas.
C.
Agissant par la voie du recours de droit public pour violation de l'art. 11 lettres a et b de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMPu ou accord intercantonal sur les marchés publics; RS 172.056.4), X._____ SA demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt du Tribunal administratif du 7 mai 2002.

Le Département des finances du canton de Genève et Y._____ SA concluent au rejet du recours, sous suite de frais et dépens. Le Tribunal administratif persiste dans les termes et conclusions de sa décision.
La demande d'effet suspensif de X._____ SA a été rejetée dans la mesure où elle était recevable par ordonnance du Juge présidant la IIe Cour de droit public du 16 juillet 2002.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 128 II 13 consid. 1a p. 16).
1.1 Le recours de droit public exige en principe un intérêt actuel et pratique à l'annulation de l'arrêt attaqué, re-

spectivement à l'examen des griefs soulevés (art. 88 OJ). En l'espèce, le contrat est déjà conclu avec l'entreprise concurrente. Évincée, la recourante conserve néanmoins un intérêt juridique à faire constater l'illicéité éventuelle de la décision d'adjudication conformément à l'art. 9 al. 3 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02; ATF 125 II 86 consid. 5b p. 97/98).
1.2 Le recours de droit public n'est recevable, sauf exceptions non réalisées en l'espèce (cf. art. 86 al. 2 OJ), qu'à l'encontre d'une décision de dernière instance cantonale. La décision de l'autorité inférieure peut être simultanément attaquée si l'autorité de dernière instance n'avait pas la compétence d'examiner toutes les questions qui font l'objet du recours de droit public ou n'avait qu'un pouvoir d'examen plus restreint que celui du Tribunal fédéral (ATF 126 II 377 consid. 8b p. 395; 120 Ia 19 consid. 2b p. 23; 118 Ia 165 consid. 2b p. 169 et la jurisprudence citée). Tel n'est pas le cas du Tribunal administratif, qui jouissait dans la présente cause d'un pouvoir d'examen au moins aussi étendu que celui du Tribunal fédéral (cf. art. 3 al. 4 de la loi genevoise du 12 juin 1997 autorisant le Grand Conseil à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics, 15 AIMPu et 61 de la loi genevoise du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative). Par conséquent, dans la mesure où le mémoire de recours semble conclure à l'annulation de la décision d'adjudication (cf. mémoire de recours, p. 8 in initio), cette conclusion est irrecevable.
1.3 Dans un recours de droit public, les arguments développés par l'intéressée qui reposent sur des éléments de fait qui n'ont pas été invoqués en procédure cantonale sont en principe irrecevables. Ainsi, les griefs relatifs l'absence d'entrée en matière de l'Etat de Genève sur la variante proposée par X._____ SA (cf. mémoire de recours, p. 11 s., lettre D) sont irrecevables.
1.4 En vertu de l'art. 90 al. 1 lettre b OJ, l'acte de recours doit, à peine d'irrecevabilité, contenir un exposé succinct des droits constitutionnels ou des principes juridiques violés et préciser en quoi consiste la violation. Lorsqu'il est saisi d'un recours de droit public, le Tribunal fédéral n'a donc pas à vérifier de lui-même si l'arrêt entrepris est en tous points conforme au droit et à l'équité. Il n'examine que les griefs invoqués et suffisamment motivés dans l'acte de recours. La recourante ne saurait se contenter de soulever de vagues griefs ou de renvoyer aux actes cantonaux (ATF 125 I 492 consid. 1b p. 495; 125 I 71 consid. 1c p. 76; 115 Ia 27 consid. 4a p. 30; 114 Ia 317 consid. 2b p. 318 et la jurisprudence citée).

C'est à la lumière de ces principes que doivent être appréciés les moyens soulevés par la recourante.
1.5 Au surplus, déposé en temps utile contre un arrêt pris en dernière instance cantonale (cf. art. 3 de la loi genevoise du 12 juin 1997 autorisant le Grand Conseil à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics), qui ne peut être attaqué que par la voie du recours de droit public, le présent recours est recevable au regard des art. 84 ss OJ (cf. ATF 125 II 86 consid. 2 à 6 p. 92 ss).
2.
La recourante se plaint d'abord de la violation de l'art. 11 lettre a AIMPu, qui exige que le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires soit respecté lors de la passation de marchés.
2.1 L'Economat cantonal a constitué un dossier de soumission exposant l'objet du marché, les besoins (matériel, prestations, délai d'exécution), les conditions de participation, les critères d'aptitude, les critères d'adjudication et les conditions générales de l'appel d'offres. Le chiffre 1 prévoit que "cette procédure doit déboucher sur la location de photocopieurs noir-blanc de type numérique, sans seuil de compensation, par un prix-copie-service («all-in»), d'après la quantité d'appareils identiques, d'une puissance inférieure à 20 copies/minute". Selon le chiffre 6, en répondant à l'appel d'offres, les soumissionnaires s'engagent à accepter l'ensemble des conditions définies dans le document d'appel d'offres et seront éliminés s'ils ne respectent pas ces conditions.
2.2 Dans l'arrêt litigieux, le Tribunal administratif constate que le dossier d'appel d'offres et l'annonce parue dans la Feuille d'avis officielle du canton de Genève précisent les performances des photocopieurs. Il constate également que la performance des machines offertes par Y._____ SA est supérieure à celle exigée par l'appel d'offres. Mais, affirmant que la fixation de performances limites a pour objectif principal de permettre à l'Etat de faire des économies et considérant, dans ces conditions, qu'on ne pouvait reprocher à l'Economat d'avoir porté son choix sur des appareils plus performants, alors qu'ils étaient meilleurs marché, il a ainsi considéré que l'offre de Y._____ SA était conforme au cahier des charges.

De l'avis de la recourante, le Tribunal administratif a admis à tort que les chiffres 1 et 6 du dossier d'appel d'offres n'avaient pas été violés. Ainsi, l'offre de Y._____ SA ne serait pas conforme au cahier des charges et violerait la directive du 19 janvier 2001, les performances des photocopieurs devant être d'une capacité

inférieure à 20 copies/minute et non pas de 32 copies/minute, comme présenté dans l'offre agréée. Cette offre aurait donc dû être éliminée d'office.
Le raisonnement de la recourante ne saurait être suivi. Contrairement à son avis, celle-ci ne peut se prévaloir de la directive du 19 janvier 2001 qui ne déploie d'effet qu'à l'égard de l'Economat cantonal. Elle sert uniquement à l'organisation du travail et de la gestion interne de l'administration (cf. Pierre Moor, Droit administratif, Berne 1994, vol. I p. 264 ss, spéc. 265). N'étant pas opposable aux administrés et ne leur conférant pas de droits, ne faisant en outre en aucune manière partie des normes régissant le marché public en cause, elle ne peut pas être invoquée par un soumissionnaire pour dénoncer le contenu de l'appel d'offres.

S'agissant de la non-conformité de l'offre agréée, le Tribunal administratif a constaté les différences de performances alléguées. Contrairement à l'avis de la recourante, il ne s'est pas se contenté d'examiner la question sous l'angle de la directive du 19 janvier 2001 et de la résoudre à la seule lumière du but de cette directive. Certes les motifs à l'appui de son arrêt sont sommaires. Il n'en demeure pas moins qu'il a examiné de manière concise, mais suffisante, à la lumière des principes régissant les marchés publics, en particulier de celui d'égalité, comment les conditions contenues dans le dossier d'appel d'offres du marché en cause pouvaient et devaient être comprises. Il a ainsi considéré que l'indication de la performance constituait uniquement un paramètre servant à calculer au plus bas le "prix-copie-service". La recourante ne prétend d'ailleurs pas, à cet égard, que le marché en cause autoriserait l'introduction de clauses contractuelles fixant un prix de location forfaitaire dû même si un seuil minimal de photocopies n'est pas atteint, cette hypothèse seule justifiant l'éventuel caractère contraignant de l'indication de la performance. Rien dans le dossier ne permet au demeurant de supposer que tel soit le cas, de
sorte que l'Etat de Genève ne subit sous cet angle aucun désavantage à choisir des machines d'une capacité supérieure à 20 copies/minute pour un "prix-copie-service" inférieur aux offres des concurrents évincés.
2.3 Par conséquent, en considérant qu'on ne pouvait reprocher à l'Economat cantonal d'avoir porté son choix sur des appareils plus performants, alors qu'ils étaient meilleurs marchés, le Tribunal administratif n'a pas violé l'art. 11 lettre a AIMPu.
3.
La recourante reproche encore au Tribunal administratif d'avoir violé l'art. 11 lettre b AIMPu qui impose le respect du principe de concurrence efficace lors de la passation des marchés.
3.1 Dans son arrêt, le Tribunal administratif a exposé que le prix offert par Y._____ SA était déjà de 2,2 centimes par copie lors des deux appels d'offres de mars et septembre 2000, à une époque où le nombre de photocopieurs fournis par cette dernière, représentant environ un tiers du marché, ne correspondait pas à une position de monopole.

La recourante reproche au Tribunal administratif d'avoir ignoré qu'en automne 1999, l'Etat de Genève et Y._____ SA avaient renouvelé les conditions générales du contrat qui les liait et fixé un prix par copie de 2,2 ct. Selon elle, cette "entente préalable" entre l'adjudicateur et le fournisseur aurait créé, au fil des marchés publics portant sur la fourniture de photocopieuses mis en soumission depuis mars 2000, une position de monopole en faveur de Y._____ SA.

Ce grief est dénué de fondement. Le renouvellement des conditions générales qui liaient le canton de Genève à Y._____ SA a été spontanément indiqué par l'Economat cantonal en procédure cantonale. Dans ces conditions, si la recourante voyait dans ce renouvellement la passation d'un contrat faussant le jeu de la concurrence, elle devait pour le moins établir qu'il liait les cocontractants pour d'éventuels contrats futurs. Or, le mémoire de la recourante, qui s'est bornée à procéder par affirmations sur ce point, ne fournit aucun élément à l'appui de cette interprétation, au demeurant démentie par les faits: D'une part, la liquidation des contrats existant et la passation de marchés publics séparés s'agissant de la fourniture de photocopieurs après l'entrée en vigueur pour le canton de Genève de l'accord intercantonal sur les marchés publics démontre la volonté de faire pleinement jouer la concurrence dans ce domaine également. D'autre part, il faut admettre avec le Tribunal administratif que Y._____ SA ne jouissait nullement d'un monopole de fait lors des premières adjudications en mars et septembre 2000, puisqu'elle ne détenait alors qu'un tiers du marché. Enfin, la recourante n'explique pas non plus en quoi la fixation du
prix de 2,2 ct. par copie, en automne 1999, pour un parc de machines déjà installées dans les locaux de l'Etat

de Genève, aurait eu pour effet d'empêcher les concurrents, parmi lesquels elle se trouvait, de faire des offres économiquement plus avantageuses lors des trois appels d'offres successifs lancés dès mars 2000. Le tableau comparatif des offres du 24 septembre 2001 démontre d'ailleurs que d'autres concurrents ont été en mesure de proposer des prix (2,90 et 2,98 ct) proches de celui offert par Y._____ SA.
3.2 Le Tribunal administratif a considéré que le découpage des marchés résultait des différentes échéances des contrats qui liaient l'Economat cantonal à ses fournisseurs et n'avait ni pour but ni pour effet d'éviter de procéder à des appels d'offres.

Les griefs de la recourante, qui se borne à proposer l'adoption de la pratique des "grandes régies fédérales" sont appellatoires. Elle n'expose pas en quoi la manière de procéder de l'Economat cantonal aurait empêché la mise en soumission des marchés de photocopieurs, ce qu'elle ne soutient d'ailleurs pas. Avec le Tribunal administratif, il faut convenir que la passation de plusieurs marchés séparés avait l'avantage de donner la chance à différentes entreprises de fournir le canton de Genève en photocopieurs. Par conséquent, à supposer qu'ils soient suffisamment motivés (art. 90 al. 1 lettre b OJ), les griefs de la recourante sur ce point doivent également être rejetés.
3.3 Au surplus, la recourante ne se prévaut plus de collusion entre Y._____ SA et l'Economat cantonal, ni de l'interdiction d'offrir des machines reconditionnées ni d'une compensation abusive, selon elle, entre divers parcs de photocopieurs, griefs que le Tribunal administratif a rejetés à juste titre.
4.
Vu ce qui précède, le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable.

Succombant, la recourante doit supporter les frais judiciaires (art. 156 al. 1, 153 et 153a OJ) et n'a pas droit à des dépens (art. 159 OJ). Y._____ SA ayant obtenu gain de cause avec l'aide d'un mandataire professionnel, le recourante lui versera une indemnité de partie (art. 159 OJ).
Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2.
Un émolument judiciaire de 4'000 fr. est mis à la charge de la recourante.
3.
La recourante versera une indemnité de 2'500 fr. à Y._____ SA à titre de dépens.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties, au Département des finances du canton de Genève et au Tribunal administratif du canton de Genève.
Lausanne, le 7 janvier 2003
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le président: Le greffier: