

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1847/2020-MARPU

ATA/667/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 10 juillet 2020

sur octroi de l'effet suspensif

dans la cause

SERVICE DÉPANNAGE GENÈVE SA

représentée par Me Jacques Roulet, avocat

contre

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES DE L'ÉTAT

Attendu en fait que :

1) Service Dépannage Genève SA (ci-après : SDG) est une société inscrite au registre du commerce de Genève, qui poursuit sous cette raison sociale depuis 2002 le but social de « service de dépannage d'automobiles à l'enseigne 'SDG' », devenu en 2013 « service de dépannage d'automobiles et prestations de services en rapport avec cette activité ». Elle a pour administrateurs Messieurs Steeve et John CHATELANAT.

2) La Centrale commune d'achats auprès de la Direction générale des finances du Département des finances et des ressources humaines de l'État de Genève (ci-après : CCA) a publié le 2 avril 2020 sur le site www.simap.ch et sous le numéro d'annonce 1128277 un appel d'offres en procédure ouverte, non-soumis à l'accord GATT-OMC, respectivement aux accords internationaux, portant sur une prestation d'enlèvement de véhicules sur la voie publique et leur garde, répartis en neuf lots.

Les contrats seraient conclus pour une durée initiale de deux ans, renouvelable tacitement d'année en année jusqu'à une durée totale maximale de cinq ans.

Au chiffre 1.4, la publication indiquait un délai de clôture au 18 mai 2020 à midi et précisait qu'aucun délai supplémentaire ne serait accordé.

3) SDG était liée à la CCA par un contrat n° 2018/118 portant sur une prestation d'enlèvement de véhicules.

4) Par courriel du 23 janvier 2020 à 13h40 adressé à tous ses partenaires en matière d'enlèvement de véhicules, dont chatelanat.sa@bluewin.ch, la CCA avait confirmé la communication du capitaine de police CRETENAND du 21 janvier 2020 qui les informait d'une résiliation des contrats au 30 avril 2020 et du lancement d'un nouvel appel d'offres public. Afin d'assurer la continuité des prestations pendant la durée de la procédure d'appel d'offres, les partenaires étaient sollicités pour prolonger le contrat pour 3 mois à sa première échéance, soit jusqu'au 31 juillet 2020. Les partenaires étaient invités à se déterminer au 27 janvier 2020 à 17h00 de manière qu'un avenant puisse leur être adressé. Faute de réponse ou en cas de réponse négative, le contrat serait résilié au 30 avril 2020.

5) Le contrat n° 2018/118 avait fait l'objet d'un avenant n° 1 que CCA avait signé le 30 janvier 2020, et qui, compte tenu qu'une procédure d'appel d'offres allait être lancée prochainement et que l'avenant avait pour but de modifier les dispositions de reconduction du contrat n° 2018/118 et de prolonger les relations contractuelles entre les parties (art. 1), stipulait que les relations contractuelles entre les parties étaient prolongées pour une nouvelle période de 3 mois, soit jusqu'au 31 juillet 2020. À cette échéance, le contrat serait prolongé tacitement de mois en mois, selon l'avancement de la procédure d'appel d'offres, sauf résiliation adressée au fournisseur 1 mois à l'avance pour la prochaine échéance contractuelle (art. 2).

- 6) À la date limite du 18 mai 2020, SDG n'avait pas déposé d'offre.
- 7) Le 28 mai 2020, M. John CHATELANAT s'est adressé par courriel à la cheffe de la police.

La soumission était échue la semaine précédente, sans qu'il en ait eu connaissance.

Avec la situation depuis le 16 mars 2020, il s'était affairé à maintenir ses sociétés à flot en essayant de ne pas faire appel à l'État pour garder tous ses collaborateurs.

L'échéancier qu'il s'était fixé pour traiter la soumission correspondait à la date figurant sur l'avenant numéro un, qu'il avait signé le 30 janvier 2020, et qui stipulait que le contrat était prolongé pour trois mois soit jusqu'au 31 juillet 2020.

Sa société était au service de l'État de Genève en qualité de dépanneur officiel depuis 1956, sept jours sur sept et vingt-quatre heures sur vingt-quatre, jours fériés et week-ends compris. Il n'imaginait pas cesser une collaboration vieille de plus de soixante ans et souhaitait que lui soit donnée la possibilité de renouveler sa candidature avant l'adjudication et malgré le dépassement de délai.

Le même texte a été adressé à la cheffe de la police par courrier du 28 mai 2020.

- 8) Par courriel du 4 juin 2020, la chancellerie de la police a indiqué à M. John CHATELANAT que la commandante de la police, si elle comprenait tout à fait les difficultés auxquelles son entreprise avait dû faire face, notamment concernant la poursuite des prestations d'enlèvement de véhicule, tout en restant attentif aux délais pour l'adjudication des marchés publics, n'était pas en mesure de donner suite à sa requête pour des questions de compétence. M. CHATELANAT était invité à s'adresser à la CCA.
- 9) Le même jour, M. John CHATELANAT a transmis l'échange de correspondance au département des finances.
- 10) Par courrier du 15 juin 2020, la CCA a répondu que le droit des marchés publics était formaliste, et qu'il ne lui était pas possible d'intégrer dans la procédure d'appel d'offres en cours une offre de SDG déposée postérieurement à la date limite fixée pour le dépôt des offres.

Procéder ainsi constituerait une violation grave en tout cas des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination entre les soumissionnaires, et reviendrait à privilégier SDG.

L'appel d'offres dont SDG n'avait pas observé le délai faisait suite à un précédent appel d'offres, publié le 5 juillet 2017 sur la plate-forme simap.ch, lequel avait abouti à plusieurs adjudications, dont à SDG.

- 11) Par acte remis à la poste le 26 juin 2020, SDG a recouru contre la décision de la CCA du 15 juin 2020, concluant à son annulation et à ce qu'il soit constaté que l'offre de SDG était recevable, et ordonné qu'elle soit intégrée à la procédure d'adjudication en cours. À titre préalable, l'effet suspensif devait être octroyé au recours et la suspension de la procédure d'adjudication relative à l'appel d'offres devait être suspendue. L'audition de Messieurs John et Steeve CHATELENAT et de leur mère Monique CHATELANAT devait être ordonné.

Le 28 février 2020, le Conseil fédéral avait décrété des mesures en application de la loi sur les épidémies pour endiguer la propagation du coronavirus. Le 16 mars 2020, le Conseil fédéral avait décrété une situation extraordinaire et ordonné la fermeture de nombreux établissements, manifestations et services privés et publics, et invité les personnes à risque, soit les personnes de plus de soixante-cinq ans, à rester chez elles et éviter les regroupements. Le 16 mars 2020, le canton de Genève avait décrété l'état de nécessité. Dès cette date et pendant plus de deux mois, la Suisse entière, et en premier lieu les services de l'État, avait été mis à l'arrêt. Le 27 mars 2020, le Conseil d'État genevois avait édicté un arrêté prévoyant un report automatique de tous les délais fixés par les autorités administratives jusqu'au 15 mai 2020. D'autres cantons étaient allés plus loin que le Conseil fédéral et avaient ordonné le gel ou le report d'une partie de l'activité administrative.

Madame Monique CHATELANAT, mère des administrateurs, et qui était chargée de la gestion des aspects administratifs de la recourante, s'était confinée à domicile, en application des directives cantonales. Elle ne disposait pas d'ordinateur chez elle, mais l'activité purement administrative de la société était quoi qu'il en soit mise au second plan, afin de prioriser les mesures d'aménagement nécessaires à la survie de la société.

Il n'y avait donc manifestement aucune urgence à ce qu'une nouvelle procédure d'adjudication soit lancée en pleine pandémie.

Or, le 2 avril 2020, la CCA avait lancé un appel d'offres sur le site simap.

Ni Mme CHATELANAT ni aucun des administrateurs de SDG, qui rendait pourtant des services à l'État depuis plus de soixante ans, et était alors liée par un contrat, n'avaient été informés, pas même par courriel ou simple appel téléphonique.

Ce n'était que le 28 mai 2020 que Mme CHATELANAT, qui n'avait aucun moyen d'en avoir connaissance jusque-là, avait appris fortuitement l'existence de l'appel d'offres précité dont le délai pour le dépôt était échu.

À cette date, aucune résiliation n'avait été annoncée par l'État.

Son fils, M. John CHATELANAT, avait alors aussitôt écrit à la commandante de la police, qui avait montré de la compréhension pour sa situation et s'était déclarée reconnaissante pour la qualité des prestations fournies et le rôle de référent de SDG en termes de collaboration avec l'État.

La CCA avait également reconnu que les services de police appréciaient la qualité des prestations de la recourante ainsi que son rôle de référent.

Selon l'art. 16 al. 3 LPA, la restitution pour inobservation d'un délai imparti par l'autorité pouvait être accordée si le requérant avait été empêché sans sa faute d'agir dans le délai fixé.

Le principe de la bonne foi entre administration et administrés exigeait que l'un et l'autre se comportent réciproquement de manière loyale. L'administré devait pouvoir se fier aux assurances et aux attentes créées par le comportement de l'administration.

La recourante avait manifestement été empêchée sans sa faute de respecter le délai fixé de manière totalement inattendue par l'autorité intimée.

L'admission de la requête de la recourante ne créerait pas d'inégalité de traitement dans le cas d'espèce, la recourante ayant disposé de trente-deux jours depuis la connaissance de l'appel d'offres, et les autres soumissionnaires de quarante-six jours.

La décision de refus contrevenait en tout état au principe de la bonne foi. La recourante pouvait de bonne foi présumer que la procédure d'appel d'offres ne serait pas lancée en pleine pandémie mondiale, de surcroît sans recevoir le moindre avertissement, ne serait-ce que par courriel ou téléphone.

En l'espèce l'adjudication n'avait aucune urgence et l'autorité devait soit s'abstenir de lancer la procédure soit avertir qu'elle s'écarterait de la pratique uniforme qui prévalait alors, et aviser à tout le moins les fournisseurs alors sous contrat.

12) Par courrier recommandé du 29 juin 2020, défense a été faite à la CCA de conclure le contrat d'exécution de l'offre jusqu'à droit jugé sur la requête en octroi de l'effet suspensif.

13) Le 10 juillet 2020, la CCA s'est opposée à l'octroi de l'effet suspensif.

La CCA s'était assurée, avant de publier l'appel d'offres, que les attestations demandées dans le cadre de la procédure pouvaient effectivement être délivrées par les autorités compétentes, ce qui était le cas.

L'ouverture des offres avait eu lieu le 19 mai 2020, conformément au dossier d'appel d'offres. Sept offres au total avaient été déposées dans le délai, comprenant six prestataires actuels et un nouveau prestataire.

La recourante avait été informée le 23 janvier 2020 de la volonté de la CCA de relancer un nouvel appel d'offres public dans les plus brefs délais. Elle devait ainsi veiller à consulter le site simap.

La situation Covid-19 ne pouvait être retenue comme un cas de force majeure qui avait empêché la recourante de connaître la publication et de déposer son offre dans le délai imparti.

Si certains services de l'État avaient dû fermer, ce n'était pas le cas de tous les services et encore moins de toute l'activité de l'État. La CCA avait toujours fonctionné, bien qu'avec une autre organisation. Il n'y avait pas eu à Genève d'arrêté spécifique suspendant toutes les procédures de marchés publics, de sorte qu'il n'y avait pas lieu de mettre en veille la procédure de marché public litigieuse. Aucun comportement contradictoire ne pouvait être reproché à l'intimée.

Dès lors que la recourante pouvait consulter le site simap, et que la CCA n'avait pas les moyens de constater qu'elle ne le faisait pas, celle-ci n'avait aucune obligation d'informer. Le grief de violation du principe de la bonne foi n'était pas fondé.

Le recours avait peu de chances de succès et la demande en octroi d'effet suspensif devait être rejetée.

14) Le site simap, consulté le 10 juillet 2020, montre qu'un grand nombre de publications a continué d'avoir lieu durant la pandémie, dont plus de 600 entre le 15 mars et le 15 mai 2020 portaient sur des appels d'offre de la confédération et des cantons, et impartissaient régulièrement des délais de soumission échéant en mars, avril et mai 2020.

15) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

1) Interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est de prime abord recevable sur ces points (art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05) et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01). La question de la recevabilité restera pour le surplus indécidée à ce stade de la procédure.

2) La présidente de la chambre administrative a compétence pour statuer seule sur les requêtes de mesures provisionnelles (art. 21 et 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 26 mai 2020).

3) 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/1581/2017 du 7 décembre 2017 consid. 2, et les arrêts cités ; 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/1581/2017 précité consid. 2, et les arrêts cités).

4) Le droit des marchés public est très formaliste : l'offre d'un soumissionnaire est par exemple écartée d'office par une décision d'exclusion lorsqu'elle est tardive, incomplète ou non-conforme aux exigences du cahier des charges (art. 42 al. 1 let. a RMP). Ces conséquences rigoureuses découlent de l'application des principes à la fois d'égalité de traitement entre concurrents et de transparence (ATA/307/2019 du 26 mars 2019 consid. 4).

5) a. En l'espèce, la recourante soutient s'être trouvée dans un cas de force majeure dû à la pandémie, et avoir pensé de bonne foi que la procédure ne serait pas lancée durant la pandémie. Toutefois, il apparaît que le site *simap* a continué de publier des appels d'offres durant la période considérée et que sept concurrents ont déposé leurs offres pour le marché litigieux dans le délai imparti par la CCA.

b. Vu ce qui précède, les chances de succès du recours paraissent – à première vue et sans qu'il y ait lieu à ce stade se prononcer sur le fond – insuffisantes pour permettre à la chambre de céans de lui octroyer l'effet suspensif.

c. Il n'y a donc pas lieu de procéder à une pesée des intérêts en présence (Cléa BOUCHAT, *l'effet suspensif en procédure administrative*, 2015, n. 1006 et 1020L ; ATA/579/2020 du 11 juin 2020, consid. 7).

- 6) Le rejet de la requête lève l'interdiction de conclure le contrat d'exécution prononcée par la chambre de céans le 29 juin 2020.
- 7) Il sera statué sur les frais de la présente décision avec l'arrêt au fond.

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), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision à Me Jacques Roulet, avocat de la recourante, ainsi qu'à la Direction générale des finances.

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :