

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/927/2004-HG

ATA/409/2005

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 7 juin 2005

dans la cause

S_____ S.A.

représentée par Me Yaël Hayat, avocate

contre

HOSPICE GÉNÉRAL

EN FAIT

1. En février 2004, l'Hospice général (ci-après : l'hospice) a procédé à un appel d'offres portant sur la surveillance de huit foyers d'hébergement de requérants d'asile répartis dans le canton.
2. Le 18 mars 2004, la société S_____ S.A. (ci-après : S_____) a produit une offre.
3. Son dossier de soumission comporte environ 50 pages, dont 3 font référence au marché concerné (lieux de la prestation, offre, récapitulatif de l'investissement). Le reste du document consiste dans la présentation (10 pages de titres) et la compilation de documents commerciaux exposant le mode de fonctionnement et les moyens de la société (organigramme de la société, références, profil des agents, types d'interventions, charte, objectifs, matériel utilisé, curriculum vitae des dirigeants, etc). Figurent en annexe (comprises dans ces 50 pages) des copies de documents à fournir (autorisations d'exploiter, attestation fiscale, responsabilité civile, inscription au registre du commerce, etc).
4. En mars 2004, le marché a été attribué à la société P_____.
5. S_____ a recouru auprès du Tribunal de céans contre cette décision le 3 mai 2004.
6. Par arrêt sur partie du 26 octobre 2004 (ATA/864/2004), à l'état de fait duquel il y a lieu de se référer, le Tribunal administratif a admis le recours, constaté l'illicéité de ladite décision et s'est déclaré compétent pour statuer sur les prétentions en dommages-intérêts de la recourante, le contrat entre l'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire ayant déjà été conclu.
7. Une instruction a été ouverte pour la question du dommage à allouer.
8. S_____ s'est déterminée le 14 février 2005. Elle conclut au versement, à titre de dommages-intérêts, de la somme de CHF 327'269,80.

Son dommage devait se décomposer en trois postes distincts. Le premier se rapportait à l'élaboration de l'offre. Il devait être évalué à CHF 50'000.-, soit : 4 x 41 heures de travail à un tarif horaire de CHF 150.-/h., deux directeurs de la société ayant travaillé à l'élaboration de l'offre à plein temps pendant un mois (soit pour un salaire d'environ 25'000.-/mois).

Le deuxième poste se rapportait aux frais d'avocat engagés dans la procédure de recours. Ceux-ci s'élevaient à CHF 17'269,80 (35 h. au tarif horaire de CHF 450.-/h. + CHF 300.- de frais).

Le troisième poste était une « indemnité pour perte réelle de chance ». La gravité de la violation commise par l'hospice et les chances réelles qu'elle avait d'obtenir le marché lui donnaient droit à une indemnité. Certes, la loi ne prévoyait pas l'indemnisation de la perte de chance et du gain manqué, mais la doctrine critiquait vivement cette situation qui, au surplus, n'était pas euro-compatible. Il convenait, en substance, de la lui attribuer par équité et de sanctionner ainsi l'attitude de l'adjudicateur, qui avait agi contrairement aux règles de la transparence, de l'égalité de traitement et de la concurrence.

Pour déterminer le montant juste et raisonnable, il convenait de calculer l'indemnité comme suit :

Chances d'obtenir le marché : 80%

Montant total de l'offre : CHF 2'176'000.- par an

Marge bénéficiaire standard 15% , soit CHF 326'400.- par an

80% de CHF 326'400.- représentant le montant juste et raisonnable à lui allouer : CHF 260'000.-.

9. L'hospice a répondu le 15 avril 2005. Il conclut à l'irrecevabilité de la demande et, subsidiairement, à son rejet.

Le Tribunal administratif avait commis une erreur dans son arrêt sur partie en déclarant que l'AIMP était applicable, car cet accord avait été modifié le 15 mars 2001 et non ratifié par l'Etat de Genève.

Aucun des postes du dommage allégué par la recourante n'était en rapport avec l'illicéité constatée par le Tribunal de céans. D'une part, la recourante n'avait aucune chance d'obtenir le marché, sa soumission ayant été classée la plus mauvaise des quatre offres évaluées. D'autre part, les dépenses alléguées n'étaient pas réelles.

Les CHF 50'000.- (soit environ 328 h. à CHF 150.-/h) qu'elle avait prétendument dépensés étaient surévalués ; le dossier ne pouvait avoir requis tant de travail vu sa teneur et sa qualité. Par ailleurs, les deux cadres visés ne pouvaient y avoir passé un mois, d'une part parce que l'un d'entre eux était directeur d'autres sociétés et, d'autre part, parce qu'il s'était écoulé moins d'un mois entre l'appel d'offres et le dépôt, par la recourante, de sa soumission (appel d'offres : 23 février 2004 ; dépôt de la soumission : 18 mars 2004).

La soumission présentée par la recourante à l'hospice ne prenait aucunement en considération le marché considéré et sa typicité ; elle aurait pu être envoyée quasiment telle quelle dans le cadre d'une autre offre, car elle ne faisait que traiter

de l'organisation et des capacités de la société, sans prendre en compte les spécificités du marché offert.

La note d'honoraire d'avocat était également contestée. D'une part, rien ne prouvait qu'elle avait été acquittée. D'autre part, ces frais avaient été induits par S_____, la procédure engagée étant vouée à l'échec, vu l'absence de chances d'obtenir le marché.

Quant à l'indemnité pour perte de chance, elle n'était pas prévue dans la loi.

10. La recourante a produit une attestation, datée du 31 janvier 2005, signée par le directeur de S_____, selon laquelle le directeur commercial de la société et le directeur marketing auraient travaillé à plein temps à l'élaboration du dossier de soumission pendant un mois.
11. Elle a également produit la note d'honoraires de son avocat.
12. Le 5 avril 2005, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Par arrêt sur partie du 26 octobre 2004, le Tribunal administratif a définitivement tranché les questions de la recevabilité du recours et de sa compétence en matière de demandes de dommages-intérêts fondés sur l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05 ; cf. Arrêt du Tribunal fédéral 2A.48.2004 du 31 août 2004, consid. 4.4), dont la version initiale demeure applicable dans le canton de Genève (art. 21 al. 3 AIMP dans sa nouvelle teneur, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2004). Il n'y a donc pas lieu d'y revenir.
2. Le caractère illicite de la décision a également été définitivement constaté.
3. La seule question qui reste à déterminer est celle du dommage.
4. a. Aux termes de l'article 3 alinéa 3 de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (LAIMP - L 6 05.0), si le caractère illicite de la décision est constaté, le recourant peut demander devant l'autorité compétente la réparation de son dommage, limité aux dépenses qu'il a subies en relation avec les procédures de soumission et de recours.

b. Par dépenses « subies » « en relation » avec ces procédures, le législateur a visé les dépenses exposées par le soumissionnaire lésé ; il a nécessairement exclu les dépenses inutiles ou superflues que celui-ci a engagées du fait d'une mauvaise

gestion ou de circonstances exorbitantes auxdites procédures. Du point de vue du droit de la responsabilité, il n'est en effet pas possible d'imputer à l'auteur du dommage – fût-ce une collectivité publique - une lésion qui ne se serait pas produite en présence d'une gestion normale et régulière de la société. Cette condition découle du principe de causalité adéquate qui exige qu'il existe un rapport raisonnable entre le dommage subi et l'illicéité de la décision (ATF 131 III 12 consid. 4 p. 13 et références citées).

c. La LAIMP est calquée, de ce point de vue, sur la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP – RS 172.056.1) qui prévoit, à son article 34 alinéa 1, une limitation de la responsabilité aux dépenses « nécessaires » engagées par le soumissionnaire en relation avec les procédures d'adjudication et de recours. Plus explicitement que dans la LAIMP, mais de la même manière, la loi fédérale exclut les dépenses subies par le soumissionnaire lésé qui sortent du cadre des dépenses ordinaires consenties par une société régulièrement administrée.

Réparation des frais engagés dans la procédure de soumission :

5. La recourante avance qu'elle a engagé CHF 50'000.- dans la constitution de son dossier de soumission, correspondant aux salaires versés, pendant un mois, au directeur commercial et au directeur marketing de la société. L'hospice soutient que cette dépense est irréaliste eu égard au dossier fourni et qu'elle se trouve sans lien de causalité avec l'illicéité constatée.

Le dossier de soumission fourni par la recourante est constitué, dans sa quasi-totalité, de documents commerciaux qui décrivent le fonctionnement et les moyens dont la recourante dispose pour exercer les mandats de surveillance qui lui sont confiés et qui représentent sa seule activité. Ces documents ne sont pas propres au marché concerné ; ils constituent des données commerciales de base, dont chaque société dispose, destinées à promouvoir les activités de la société en général. La compilation des 50 pages que le dossier contient et le calcul de l'offre y figurant ne justifiaient pas que soient affectés à cette tâche deux directeurs commerciaux à plein temps pendant un mois. D'ailleurs, comme le relève l'hospice, il ne s'est pas écoulé un mois entre la publication de l'appel d'offres et la production par la société recourante de sa soumission. Ainsi, les CHF 50'000.- avancés pour l'élaboration de l'offre litigieuse apparaissent sans aucun rapport raisonnable avec le dossier soumis à l'hospice.

La recourante a produit, pour prouver son dommage, une attestation signée par son propre directeur commercial. Indépendamment de la question de savoir quelle valeur probante il faut accorder à ce document et si le dommage qu'il atteste est effectif ou non, ce dernier apparaît en totale disproportion avec le travail fourni, qui sera forfaitairement évalué par le tribunal de céans à CHF 3'000.-.

Frais d'avocat :

6. La recourante allègue avoir exposé CHF 17'269,80 de frais d'avocat. A l'appui de sa demande, elle a fourni une note d'honoraires de son avocat, qui atteste d'un travail de 35 heures au tarif horaire de CHF 450.-/h. auquel s'ajoutent CHF 300.- de frais divers.

Ces frais sont indiscutablement en relation avec la procédure engagée devant le Tribunal de céans. Ils sont par ailleurs conformes aux tarifs pratiqués par plusieurs études d'avocat à Genève et se trouvent dans un rapport raisonnable avec le travail qu'a nécessité la défense des droits de la recourante dans ladite procédure.

Ce poste du dommage sera donc admis de ce chef.

Réparation du gain manqué :

7. Selon l'article 3 alinéa 3 LAIMP, le dommage pour lequel la recourante peut demander réparation est « limité » aux dépenses subies en relation avec les procédures de soumission et de recours.

Cette limitation exclut la réparation du gain manqué, ainsi qu'il résulte très clairement de la lettre de la loi. S'il est vrai qu'une partie de la doctrine déplore cette situation et souhaiterait qu'un droit à la réparation plus étendu soit consacré dans la loi - qui inclurait notamment la réparation du gain manqué - ces auteurs n'ont jamais prétendu que la loi genevoise pouvait être interprétée dans ce sens, au contraire (E. CLERC, L'ouverture des marchés publics : effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, p. 621 ; E. POLTIER, Les marchés publics : premières expériences vaudoises, in RDAF 2000 I p. 297-329 [325-328] ; O. RODONDI, Le droit cantonal des marchés publics, in RDAF 1999 I p. 265-312 [311]). Ces critiques, qui s'adressent au législateur fédéral à propos de l'article 34 alinéa 2 LMP, mais dont la portée est identique à l'article 3 alinéa 3 LAIMP, ne remettent pas en question la portée de la loi actuelle ; elles invitent le législateur à étendre la réparation du dommage à l'intérêt positif pour renforcer les droits des soumissionnaires et rendre le système suisse de la responsabilité en matière de marchés publics euro-compatible.

Le gain manqué n'étant pas couvert par l'article 3 alinéa 3 LAIMP, la demande ne peut être admise sur ce point.

8. Par conséquent, il sera alloué à la recourante un montant de CHF 20'269,80, correspondant à CHF 3'000.- de frais de constitution de dossier et à CHF 17'269,80 de frais d'avocat.
9. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'Etat et les administrés sont tenus de payer des intérêts moratoires de 5%, lorsqu'ils sont en demeure

d'exécuter une obligation pécuniaire de droit public. Il s'agit là d'un principe général du droit, non écrit, auquel la loi peut certes déroger, mais qui prévaut lorsque celle-ci ne prévoit rien, comme c'est le cas en l'espèce (ATF 101 Ib 252 consid. 4b p. 259; 95 I 263 consid. 3 p. 262).

La mise en demeure intervient le jour où le lésé demande le paiement de son dommage (ATF 101 Ib 252 consid. 4b p. 259). En l'espèce, cette date correspond à celle du dépôt du recours formé contre la décision d'adjudication, dans lequel la recourante a conclu à l'attribution des dommages-intérêts alloués, soit au 3 mai 2004.

10. Vu l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument, ni alloué d'indemnité de procédure, la réparation accordée couvrant les frais exposés.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF
statuant sur les dommages-intérêts :**

alloue un montant de CHF 20'269,80.- à S_____ S.A., à charge de l'Hospice général, à titre de réparation du dommage, avec intérêts à 5% à compter du 3 mai 2004 ;

y condamne l'Hospice général en tant que de besoin ;

communique le présent arrêt à Me Yaël Hayat, avocate de la recourante ainsi qu'à l'Hospice général.

Siégeants : M. Paychère, président, Mmes Bovy, Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

le président :

C. Del Gaudio-Siegrist

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :