

# **BGer 2C 535/2013 vom 3. September 2013**

Bundesgericht, 2013-09-03, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_535\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_535_2013)

FR: TF 2C 535/2013 du 3 septembre 2013

IT: TF 2C 535/2013 del 3 settembre 2013

## **Regeste**

Marchés publics, exclusion d'une offre, effet suspensif | Droit fondamental

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( art. 29 al. 1 LTF ; cf. ATF 139 V 42 consid. 1 p. 44).

#### **E. 1.1**

Pour déterminer si, au moment où il se prononce, les conditions de recevabilité sont réunies, le Tribunal fédéral peut prendre en compte des faits qui ne ressortent pas de l'arrêt attaqué (cf. ATF 136 II 497 consid. 3.3 et les arrêts cités); il s'agit d'une exception à l'interdiction des faits nouveaux prévue à l' art. 99 al. 1 LTF (cf. Yves Donzallaz, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, 2008, p. 1475, no 4055). En l'espèce, l'adjudicataire a allégué que le canton de Genève avait conclu avec elle le contrat relatif au marché en question, en produisant une commande datée du 26 avril 2013, qu'elle a reçue le 5 juin 2013. D'un montant total de 3'218'400 fr., cette commande se réfère aux conditions générales du contrat-type du Département. Dans sa détermination dans la cause parallèle 2C\_553/2013, l'OBA a toutefois indiqué que si la commande avait déjà été passée, le "contrat lui-même [n'était] pas encore finalisé". Interpellé par le Juge instructeur à ce propos, l'OBA a répondu qu'il devait encore conclure un contrat d'entreprise selon modèle joint en annexe, même si "les éléments essentiels [du contrat], soit la nature des prestations et le prix, font d'ores et déjà l'objet d'une offre et d'une commande". Il a en outre produit un exemplaire des conditions générales du contrat d'entreprise 2006. Il s'agit là de faits ne ressortant pas de la décision attaquée, qui peuvent être tenus pour établis et seront pris en considération dans l'examen de la recevabilité des présents recours.

#### **E. 1.2**

S'agissant d'un prononcé émanant d'une autorité judiciaire cantonale et relevant du droit des marchés publics, deux voies de droit sont envisageables, à savoir le recours en matière de droit public et le recours constitutionnel subsidiaire ( art. 83 let . f LTF; ATF 133 II 396 consid. 2 et 3). La recourante a procédé par ces deux voies, mais la question de savoir laquelle est ouverte en l'espèce peut demeurer indécise, car tout recours au Tribunal fédéral suppose un intérêt actuel (voir, pour le recours constitutionnel subsidiaire, arrêt 2D\_15/2011 du 31 octobre 2011 consid. 1.3 et, pour le recours en matière de droit public, ATF 137 II 40 consid. 2.1). L'intérêt doit être actuel non seulement au moment du dépôt du recours, mais encore au moment où l'arrêt est rendu (cf. ATF 136 II 101 consid. 1.1 p. 103).

#### **E. 1.3**

La présente procédure a pour objet le refus de la Cour de justice d'accorder à la recourante l'effet suspensif à son recours. Selon l'art. 17 al. 1 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994/15 mars 2001 (AIMP; RS/GE L 6 05), dont le principe est repris à l'art. 58 al. 1 du règlement genevois du 17 décembre 2007 sur la passation des marchés publics (RMP; RS/GE L 6 05.01), le recours n'a pas d'effet suspensif. L'autorité de recours peut toutefois l'accorder à certaines conditions (cf. art. 17 al. 2 AIMP et art. 58 al. 2 RMP). Lorsque l'effet suspensif est accordé, le pouvoir adjudicateur n'est pas en droit de conclure le contrat avec le soumissionnaire retenu, cela afin que, s'il obtient gain de cause, le soumissionnaire évincé à tort puisse obtenir l'attribution du marché. Par conséquent, tant qu'aucun contrat n'a été conclu, le soumissionnaire évincé conserve un intérêt à se plaindre du refus d'accorder l'effet suspensif à son recours. En revanche, une fois le contrat conclu, cet intérêt disparaît, puisque l'effet indésirable que visait à empêcher la demande d'effet suspensif (à savoir la conclusion du contrat) s'est produit. Le soumissionnaire évincé conserve cependant un intérêt à continuer la procédure au fond, car il peut alors obtenir la constatation de l'illicéité de la décision attaquée (cf. art. 9 al. 3 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur [LMI; RS 943.02]), de nature à lui ouvrir le droit à des dommages et intérêts (cf. ATF 137 II 313 consid. 1.2.2 p. 317; 125 II 86 consid. 5b p. 97 s.; arrêt 2D\_15/2011 précité, consid. 1.3). Il en découle que, lorsque le contrat a été conclu, le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur le recours que le soumissionnaire évincé interjette contre une décision refusant d'octroyer l'effet suspensif. La jurisprudence considère tout au plus que le soumissionnaire évincé conserve, dans certaines situations, un intérêt à se plaindre du refus de donner suite à une demande de mesures provisionnelles tendant à bloquer l'exécution du contrat, car les conséquences juridiques d'un contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics sont encore incertaines. Cette possibilité est cependant réservée aux cas où le contrat a certes été conclu, mais n'a pas encore été exécuté intégralement et qu'il peut se scinder en plusieurs parties, par exemple lorsqu'il porte sur des travaux qui doivent s'effectuer par étapes (cf. arrêts 2C\_811/2011 du 5 janvier 2012 consid. 1.3; 2C\_611/2011 du 16 décembre 2011 consid. 2.2 et 4). Ce qui précède vaut également lorsque, comme en l'espèce, un soumissionnaire conteste devant le Tribunal fédéral le refus d'accorder l'effet suspensif à son recours dirigé contre son exclusion de la procédure. En effet, dans ce cas aussi, le recourant n'a en principe plus d'intérêt à obtenir l'effet suspensif à partir du moment où le contrat a été conclu avec l'adjudicataire.

#### **E. 1.4**

Selon l'ATF 134 II 297 consid. 4.2 p. 304, le fait de déposer une offre dans le cadre de la procédure de soumission ne vaut pas offre de contracter au sens technique; les pourparlers interviennent après l'adjudication, le pouvoir adjudicateur faisant une offre soumise à l'acceptation de l'adjudicataire. Cette jurisprudence a été largement critiquée par la doctrine, qui considère que le fait de déposer une offre en procédure de soumission a la valeur d'une offre de contracter au sens de l'art. 3 al. 1 CO (cf. Galli/Moser/Lang/Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3e éd., 2013, no 1092 et références). En l'occurrence, il n'est pas nécessaire de trancher la controverse exposée ci-dessus. Il suffit de relever que, selon l'état de fait déterminant (cf. consid. 1.1 ci-dessus), l'Etat de Genève qui, en qualité de pouvoir adjudicateur, n'est pas tenu de conclure le contrat avec le soumissionnaire à qui il a adjugé le marché (l'adjudication peut en effet être révoquée: ATF 134 II 297 consid. 4.4 p. 306; Peter Hänni/Andreas Stöckli, *Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2013, no 770 p. 265), a adressé à l'adjudicataire une commande no 336881 datée du 26 avril 2013, reçue par cette dernière le 5 juin 2013, d'un montant total de 3'218'400 fr. Dans son écriture

du 22 juillet 2013, l'OBA a précisé que si un contrat d'entreprise devait encore être établi selon modèle annexé, les éléments essentiels de celui-ci faisaient déjà l'objet d'une offre et d'une commande. De son côté, l'adjudicataire a indiqué, dans sa détermination datée du 26 juin 2013, que le contrat était valablement conclu, en se référant à la commande no 336881. Elle a allégué avoir déjà passé commande du matériel adéquat pour un montant estimé de 1'280'000 fr. Dans son écriture du 19 juillet 2013, la recourante soutient que le document auquel se réfère l'adjudicataire est une "pré-commande qui ne vaut pas contrat". Elle fait valoir également que, selon l'OBA, le contrat doit encore être "finalisé". Quoi qu'en dise la recourante, du moment que la commande datée du 26 avril 2013 porte sur les éléments essentiels (cf. art. 2 al. 1 CO ), le contrat est conclu, soit que ladite commande constitue l'acceptation de l'offre faite par Y. \_\_\_\_\_ SA en procédure de soumission, soit qu'elle ait la valeur d'une offre de contracter (cf. Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9e éd., 2008, nos 378 et 383, aussi sur le fait que l'offre peut prendre la forme d'une commande), que l'adjudicataire a acceptée - immédiatement après l'avoir reçue - selon sa détermination dans la présente procédure.

### **E. 1.5**

La présente procédure concerne exclusivement une demande d'effet suspensif tendant à empêcher la conclusion du contrat entre le canton de Genève et l'adjudicataire. Dès lors que le contrat a été conclu, la recourante a perdu tout intérêt actuel à ce que le Tribunal fédéral statue sur l'effet suspensif. En outre, on ne se trouve pas dans la situation exceptionnelle où la requête de la recourante pourrait être interprétée comme une demande de mesures provisionnelles tendant à faire bloquer l'exécution du contrat: la recourante ne prend pas de conclusions correspondantes et n'allègue nullement en quoi les conditions de cette exception seraient réalisées.

### **E. 1.6**

Au demeurant, les conditions dans lesquelles le Tribunal fédéral fait exceptionnellement abstraction de l'exigence d'un intérêt actuel (cf. à ce sujet ATF 136 II 101 consid. 1.1 p. 103; 135 I 79 consid. 1.1 p. 81), ne sont pas remplies en l'occurrence. En effet, la conclusion du contrat ne rend pas le recours à l'encontre de la décision d'exclusion sans objet et n'empêche pas la recourante d'obtenir réparation sous forme de dommages-intérêts.

### **E. 2**

Lorsque l'intérêt juridique fait défaut au moment du dépôt du recours, le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur le recours et le déclare irrecevable; en revanche, si cet intérêt juridique disparaît en cours de procédure, le litige est déclaré sans objet et la cause rayée du rôle (cf. arrêt 2C\_811/2011 précité, consid. 2 et les références). En l'occurrence, le contrat a été conclu lorsque l'adjudicataire a reçu la commande du canton de Genève, à savoir le 5 juin 2013, ou immédiatement après. Les recours, datés du 7 juin 2013, ayant été déposés par la suite, ils doivent être déclarés irrecevables.

### **E. 3**

S'agissant des frais et dépens, rien n'indique que la recourante était au courant de la conclusion du contrat, lorsqu'elle a interjeté recours, le 7 juin 2013, contre le refus d'accorder l'effet suspensif. Dans ces conditions, il y a lieu d'admettre qu'elle pouvait de bonne foi considérer qu'elle avait un intérêt (actuel) à procéder, de sorte qu'il ne se justifie pas de la traiter comme la partie qui succombe, au sens de l' art. 66 al. 1 LTF . Les frais de la présente procédure doivent plutôt être mis à la charge du canton de Genève et de

l'adjudicataire, solidairement entre eux, ceux-ci devant au surplus verser une indemnité à la recourante à titre de dépens (cf. art. 66 al. 3 et 5 ainsi que art. 68 al. 3 LTF ; arrêts 2D\_67/2012 du 18 février 2013 consid. 2.2, 2D\_26/2012 du 7 août 2012 consid. 2.4). Avec la présente décision, la requête d'effet suspensif est sans objet.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.