

BGer 2C_611/2011 vom 16. Dezember 2011

Bundesgericht, 2011-12-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_611_2011

FR: TF 2C_611/2011 du 16 décembre 2011

IT: TF 2C_611/2011 del 16 dicembre 2011

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 134 II 272 consid. 1.1 p. 275 et les arrêts cités).

La présente affaire porte sur une décision rendue sur effet suspensif et sur mesures provisionnelles. D'une part, la décision attaquée refuse de restituer l'effet suspensif au motif de l'absence de chances de succès des recours sur le fond dès lors que l'instance cantonale arrive à la conclusion que les dispositions sur les marchés publics ne sont pas applicables à la présente cause. D'autre part, elle rejette la requête de mesures provisionnelles au motif qu'aucun contrat n'a été signé et que les travaux sur le site n'ont pas commencé.

L'effet suspensif constitue un type particulier de mesures provisionnelles (cf. ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, RDS 1997, tome II, p. 265 ss, n° 3; THOMAS MERKLI, Vorsorgliche Massnahmen und die aufschiebende Wirkung bei Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiären Verfassungsbeschwerden, in ZBl 109/2008 p. 416 ss, p. 423). La distinction doit néanmoins être faite dès lors que l'effet suspensif et les mesures provisionnelles répondent régulièrement à des réglementations différentes en particulier quant à leurs effets (HÄNER, op. cit., p. 268 n° 5). Il convient par conséquent de distinguer ces deux éléments dans l'analyse de la recevabilité du présent recours.

E. 2

Portant sur des mesures provisoires, le prononcé attaqué constitue une décision incidente au sens de l' art. 93 LTF (cf. arrêt 2C_446/2011 du 10 octobre 2011 consid. 1.1). Les décisions préjudicielles ou incidentes peuvent faire l'objet d'un recours immédiat au Tribunal fédéral à la condition qu'elles soient propres à causer un préjudice irréparable (art. 93 la . 1 let. a LTF) ou que l'admission du recours puisse conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 93 al. 1 let. b LTF). Cette dernière condition n'est à l'évidence pas remplie. En effet, le recours porte sur l'effet suspensif et des mesures provisionnelles requises en relation avec l'adjudication d'un marché public et ne concerne par conséquent pas le fond du litige. L'admission du recours ne saurait donc mettre fin au litige au fond.

Le préjudice irréparable conformément à l' art. 93 al. 1 let. a LTF doit être de nature juridique et ne pas pouvoir être ultérieurement réparé par une décision finale favorable au recourant (ATF 137 V 314 consid. 2.2.1 p. 317 et les arrêts cités). Il appartient au recourant d'expliquer en quoi la décision incidente qu'il attaque remplit les conditions de l' art. 93 LTF (ATF 134 III 426 consid. 1.2 p. 429 et les arrêts cités).

E. 2.1

L'effet suspensif est une forme de protection juridique provisoire. Il consiste à régler l'état de fait ou de droit entre le dépôt du recours et la décision finale. Il évite ainsi que des situations préjudicielles soient créées qui anticipent la décision sur le fond ou rendent le recours illusoire (cf. REGINA KIENER, in *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2008, n° 3 ad art. 55 PA). L'effet suspensif se rapporte ainsi au caractère exécutoire de la décision attaquée (cf. HANSJÖRG SEILER, in *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2009, n° 8 ad art. 55 PA).

Selon l'art. 17 al. 1 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP; RSG 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; RSG L 6 05.01), le recours contre une adjudication 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. 28 al. 2 RMP). Lorsque l'effet suspensif est refusé, le contrat peut être conclu valablement. Tant qu'aucun contrat n'a été conclu, un adjudicateur lésé conserve un intérêt à obtenir cet effet suspensif et une décision refusant l'effet suspensif lui cause par conséquent un préjudice irréparable (cf. arrêt 2P.165/2002 du 6 septembre 2002 consid. 1.2; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2007, tome 1, n° 890 p. 422).

En l'espèce, l'autorité cantonale a refusé d'accorder l'effet suspensif au recours contre l'adjudication. Cet effet suspensif refusé s'attache au caractère exécutoire des prétendues adjudications attaquées, à savoir la décision de Palexpo SA de confier aux Services industriels de Genève l'installation d'une centrale photovoltaïque et celle des Services industriels de Genève de conclure avec A. _____ SA un contrat d'entreprise portant sur la construction d'une telle centrale. Or, selon les déclarations concordantes des parties, même si elles divergent sur la date - avant le 17 mai 2011 pour la recourante et le 5 juillet 2011 pour les intimés -, les contrats nécessaires à la construction de la centrale photovoltaïque de production d'électricité sur les toits des halles de Palexpo SA ont été conclus. Le contrat ayant été conclu, le refus d'octroyer l'effet suspensif aux décisions d'accorder le marché aux Services Industriels de Genève et à A. _____ SA n'est plus de nature à causer au concurrent évincé un préjudice irréparable, les effets indésirables s'étant déjà produits. Le recours au Tribunal fédéral n'est donc pas recevable en tant qu'il porte sur la question de l'effet suspensif du recours contre les prétendues décisions d'adjudication.

E. 2.2

Les mesures provisionnelles sollicitées par la recourante tendent, pour leur part, à empêcher les parties non pas de conclure le contrat mais d'en assurer l'exécution. Une interruption des travaux, voire une interdiction de les commencer ou de passer à l'étape suivante, pourrait ainsi permettre à la recourante, si son action s'avère bien-fondée, d'entrer dans le marché pour les phases ultérieures. Il n'est en effet pas exclu que, dans les cas graves, un contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics soit considéré comme nul (cf. EVELYNE CLERC, *L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique*, 1997, p. 578 ss). Selon certains auteurs, il pourrait également être entaché d'une invalidité sui generis (cf. PETER GAUCH, *Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag*, in *Baurecht* 2003, p. 3 ss; VINCENT CARRON/JACQUES FOURNIER, *La protection juridique dans la passation des marchés publics*, 2002, p. 87 s.). On peut aussi concevoir qu'il soit valable, mais que sa résiliation puisse être ordonnée à l'adjudicataire par le juge (cf. MARTIN BEYELER, *Welches Schicksal dem vergaberechtswidrigen Vertrag?*, PJA

2009, p. 1144 et 1152 ss). Ces questions n'ont pas encore été tranchées par la jurisprudence (cf. arrêt 2C_339/2010 du 11 juin 2010 consid. 2.3). Compte tenu de cette situation juridique incertaine quant à la possibilité, pour le soumissionnaire évincé, d'obtenir une partie des travaux dans certains circonstances malgré la conclusion du contrat, il convient d'admettre le préjudice irréparable au sens de l' art. 93 al. 1 let. a LTF , ouvrant de la sorte la voie du recours immédiat au Tribunal fédéral à condition qu'une voie de droit soit ouverte au fond (ATF 133 III 645 consid. 2.2 p. 647 s.).

E. 3

S'agissant d'un litige 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. La question de savoir laquelle des voies de droit doit être empruntée n'a cependant pas besoin d'être examinée en l'espèce. En effet, la recourante a non seulement la qualité pour recourir au sens de l' art. 89 al. 1 LTF mais elle peut également se prévaloir d'un intérêt juridique actuel à obtenir l'annulation ou la modification de la décision attaquée (cf. art. 115 let. a et b LTF) dès lors qu'il n'est pas d'emblée exclu que la suspension des travaux lui permette d'obtenir l'exécution d'une partie du travail (cf. supra consid. 2.2).

La décision qui fait l'objet de la présente procédure de recours a par ailleurs été rendue par une autorité judiciaire supérieure ayant statué en dernière instance cantonale (art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF; art. 113 LTF). Le recours est en outre déposé en temps utile et dans les formes requises (cf. art. 42 al. 1 et 2 et art. 100 al. 1 LTF ; art. 117 LTF). Partant, les conditions de recevabilité sont réalisées, que le recours soit envisagé comme un recours en matière de droit public ou comme un recours constitutionnel subsidiaire. Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral est au surplus le même s'agissant de mesures provisionnelles, puisque seule la violation des droits constitutionnels peut être invoquée (art. 98 LTF ; art. 116 LTF). Il convient par conséquent d'entrer en matière sur le recours en tant qu'il porte sur la question des mesures provisionnelles refusées sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur la réalisation des exigences de l' art. 83 let. f LTF.

E. 4

La recourante se prévaut d'une application arbitraire du droit par l'instance cantonale. Elle lui reproche notamment d'avoir refusé les mesures provisionnelles au motif que les travaux n'avaient pas encore commencé sur le site.

E. 4.1

Selon l' art. 9 Cst. toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'État sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi. Une décision est arbitraire lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou lorsqu'elle contredit d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que si elle apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs ou en violation d'un droit certain. Il ne suffit pas que la motivation de la décision critiquée soit insoutenable; encore faut-il que celle-ci se révèle arbitraire dans son résultat. En outre, il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution que celle adoptée par l'autorité intimée serait concevable, voire préférable (ATF 133 II 149 consid. 3.1 p. 153 et les arrêts cités).

En l'espèce, l'instance cantonale a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner les mesures provisionnelles sollicitées dès lors qu'aucun contrat n'avait été signé et que les travaux n'avaient pas débuté sur le site. Un tel raisonnement ne permet pas de fonder le refus des mesures provisionnelles dès lors que, comme cela a été dit (cf. supra consid. 2.2), plus les mesures interviennent tôt dans le cadre de l'exécution d'un contrat, plus il est concevable que les travaux puissent se scinder en plusieurs étapes et, selon la solution adoptée par la jurisprudence, certaines confiées au soumissionnaire évincé à tort. La motivation de la décision n'est ainsi pas soutenable. Encore faut-il qu'elle conduise à un résultat arbitraire pour entraîner l'annulation de l'arrêt.

E. 4.2

Lors de l'examen des mesures provisionnelles, le juge doit s'interroger sur les chances de succès du recours au fond. Ce faisant, il peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit, en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (ATF 131 III 473 consid. 2.3 p. 477).

En l'espèce, le litige au fond suppose de déterminer si les Services industriels de Genève, dans le cadre des contrats conclus, étaient soumis au droit des marchés publics ou s'ils pouvaient se prévaloir de l'exemption prévue pour les activités industrielles ou commerciales (cf. art. 8 al. 1 let. a AIMP). Or, s'agissant d'un établissement de droit public dont le but statutaire porte sur des tâches publiques et qui, parallèlement, exerce une activité accessoire de nature industrielle et commerciale, la question n'est pas tranchée de savoir s'il est soumis à la réglementation sur les marchés publics pour l'ensemble de son activité, y compris l'activité industrielle et commerciale, ou s'il peut bénéficier de l'exemption pour son activité industrielle ou commerciale accessoire bien que son activité principale soit soumise à la réglementation. Le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur cette question et les cantons ont adopté des approches différentes (cf. ETIENNE POLTIER, Les pouvoirs adjudicateurs, PJA 2008 p. 1107, ch. 2.d et 3 p. 1118).

La question juridique étant en l'état discutée, on ne peut en tout cas pas reprocher à l'instance cantonale d'avoir choisi de manière insoutenable de ne pas la trancher en procédure sur mesures provisionnelles à la suite d'un examen sommaire et de laisser au juge du fond la tâche de la résoudre (cf. arrêt 2C_339/2010 du 11 juin 2010 consid. 2.3 et 3.2). Le refus des mesures provisionnelles requises dans ce contexte ne peut donc être qualifié d'arbitraire dans son résultat.

E. 5

Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.

Succombant, la recourante doit supporter les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF), n'a pas droit à des dépens (art. 68 al. 1 LTF) et versera une indemnité de dépens aux intimés (art. 68 al. 1 et 2 LTF), les Services industriels de Genève et A. _____ SA, qui ont agi par le même avocat, étant créanciers solidaires (art. 68 al. 4 LTF).

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