

# **BGer 2C 98/2017 vom 13. März 2017**

Bundesgericht, 2017-03-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_98\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_98_2017)

FR: TF 2C 98/2017 du 13 mars 2017

IT: TF 2C 98/2017 del 13 marzo 2017

## **Regeste**

Adjudication; effet suspensif | Droit fondamental

## **Erwägungen**

### **E. 1**

L'arrêt attaqué se limite à la question de l'effet suspensif du recours interjeté devant la Cour de justice. Il s'agit donc d'une décision incidente, qui ne met pas un terme à la procédure. Une telle décision peut faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, notamment si elle peut causer au recourant un préjudice irréparable ( art. 93 al. 1 let. a LTF ainsi que 117 LTF), par quoi on entend un dommage de nature juridique qui ne peut pas être réparé ultérieurement par un jugement final ou une autre décision favorable au recourant ( ATF 137 IV 172 consid. 2.1 p. 173; 135 II 30 consid. 1.3.4 p. 36; 134 III 188 consid. 2.1 p. 190 et les références). En l'espèce, la décision incidente qui refuse l'effet suspensif est susceptible de causer un dommage irréparable. En effet, une fois le contrat conclu, l'autorité de recours ne peut plus constater que le caractère illicite de la décision de l'adjudicateur (art. 18 al. 2 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics des 25 novembre 1994 et 15 mars 2001, [AIMP; RS/GE L 6 05]) et le soumissionnaire évincé ne peut plus faire valoir que des dommages-intérêts négatifs (art. 3 de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'AIMP [L-AIMP/GE; RS/GE L 6 05.0]).

### **E. 2.1**

Il n'est pas nécessaire de trancher le point de savoir si c'est la voie du recours en matière de droit public qui est ouverte ou celle du recours constitutionnel subsidiaire. Seule peut être invoquée la violation des droits constitutionnels contre une décision incidente en application de l' art. 98 LTF (arrêt 2C\_203/2013 du 25 mars 2013 consid. 5.2), qui est une disposition spéciale qui déroge aux art. 95, 96 et 97 LTF (B. CORBOZ, Commentaire romand de la LTF, 2e éd., 2014, n° 17 ad art. 98 LTF ).

### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral n'examine la violation de droits fondamentaux que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant ( art. 106 al. 2 LTF et 117 LTF).

### **E. 3**

La recourante se plaint d'erreurs manifestes dans la constatation des faits (mémoire ch. 4 à 33) par l'instance précédente. Elle n'invoque toutefois la violation d'aucun droit constitutionnel à cet effet, contrairement à ce qu'exigent les art. 97, 98 et 106 al. 2 LTF lus conjointement. Il n'est dès lors pas possible de s'écarter des faits retenus dans la décision attaquée.

### **E. 4**

La recourante se plaint de la violation de l'Accord intercantonal sur les marchés publics, certes, uniquement dans le chapitre de son mémoire consacré au recours en matière de droit public. Il n'en demeure pas moins que, même en empruntant cette voie de recours, elle ne pouvait se plaindre que de la violation des droits constitutionnels, ce qu'elle n'a pas fait. Ses griefs ne peuvent donc pas être examinés.

## **E. 5**

Invoquant l'art. 9 Cst. dans le chapitre de son mémoire consacré au recours constitutionnel subsidiaire (mémoire ch. 56 à 68), la recourante se plaint de la violation de l'interdiction de l'arbitraire.

### **E. 5.1**

Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité; il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat ( ATF 138 I 305 consid. 4.3 p. 319).

### **E. 5.2**

La recourante soutient qu'il est manifeste, au vu de l'exposé de l'état de fait et des motifs qui y figurent, que l'instance précédente n'a pas tenu compte, pour rendre la décision querellée, d'un certain nombre de griefs qu'elle avait soulevés devant elle: ainsi, elle n'a pas pris la peine d'analyser son grief relatif à la neutralisation illicite par le pouvoir adjudicateur des critères liés au planning. De même, en se focalisant sur une seule référence de projet de construction pour apprécier les qualités du directeur de projet, elle n'a manifestement pas pris en considération les deux autres projets de construction présentés sur les trois. La recourante perd de vue qu'il ne suffit pas, au vu des exigences accrues de motivation de l'art. 106 al. 2 LTF, d'exposer un point de vue différent de celui de l'instance précédente, mais qu'il lui appartenait bien plutôt d'exposer de manière concrète et précise en quoi la motivation détaillée de la décision attaquée était arbitraire, ce qu'elle n'a pas fait. Il n'est pas possible d'entrer en matière sur les griefs.

## **E. 6**

Enfin, invoquant les art. 29 et 29a Cst., la recourante soutient que la décision attaquée revient de facto à la priver de pouvoir faire examiner sur le fond les griefs qu'elle a fait valoir dans son recours cantonal. Elle n'expose toutefois pas le contenu des garanties des art. 29 et 29a Cst., ni a fortiori en quoi, concrètement, l'instance précédente les aurait violées. Il n'est pas possible d'entrer en matière sur ce grief.

## **E. 7**

Les considérants qui précèdent conduisent à l'irrecevabilité du recours. Au vu du bref délai dans lequel le présent arrêt est rendu après la requête du 10 février 2017 et le prononcé de l'ordonnance d'effet suspensif du 15 février 2017 ainsi que des montants en jeu, la demande en fourniture de sûretés déposée par AIG est devenue sans objet. Succombant, la recourante doit supporter les frais de justice ( art. 66 al. 1 LTF ). Obtenant gain de cause avec l'aide d'un mandataire professionnel, B.\_\_\_\_\_ a droit à des dépens, à charge de la recourante ( art. 68 al. 1 LTF ). En revanche, AIG, qui obtient gain de cause dans l'exercice de ses attributions officielles en qualité de pouvoir adjudicateur (arrêt 2D\_43/2015 du 10

décembre 2015 consid. 7), n'a pas droit à des dépens ( art. 68 al. 3 LTF ).

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