

BGer 2D_130/2007 vom 26. Februar 2008

Bundesgericht, 2008-02-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_130_2007

FR: TF 2D_130/2007 du 26 février 2008

IT: TF 2D_130/2007 del 26 febbraio 2008

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF).

E. 1.1

D'après l'art. 83 lettre f LTF a contrario, le recours en matière de droit public n'est recevable contre les décisions en matière de marchés publics que si la valeur estimée du mandat à attribuer est supérieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics et qu'elles soulèvent une question juridique de principe (ATF 133 II 396 consid. 2.1 p. 398). Cette dernière condition n'est pas réalisée en l'espèce, de sorte que seule la voie du recours constitutionnel subsidiaire est ouverte.

D'après les art. 92 et 93 LTF (applicables par renvoi de l' art. 117 LTF), les décisions incidentes notifiées séparément qui ne portent pas sur la compétence ou sur une demande de récusation ne peuvent faire l'objet d'un recours constitutionnel subsidiaire que si elles peuvent causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse. En l'espèce, le refus de restitution de l'effet suspensif est une décision incidente qui peut causer un préjudice irréparable à la recourante. En effet, elle renvoie, une fois le contrat conclu, à faire valoir des dommages-intérêts qui peuvent, comme en l'espèce, se limiter à l'indemnisation des frais d'élaboration de l'offre et de la procédure de recours.

E. 1.2

Déposé en temps utile et dans les formes prévues par la loi (art. 100 al. 1 et 106 al. 2 LTF) par la destinataire de la décision attaquée (art. 89 al. 1 LTF) contre une décision prise en dernière instance cantonale, qui ne peut pas être attaquée devant le Tribunal administratif fédéral (art. 86 al. 1 lettre d LTF; art. 33 lettre i LTAF), le présent recours est en principe recevable. Seule peut être invoquée la violation des droits constitutionnels (cf. art. 98 LTF). Déposé le 7 janvier 2008 contre la décision attaquée, notifiée le 6 décembre 2007, le mémoire complémentaire l'a été en temps utile, de sorte qu'il est également recevable (cf. art. 100 al. 1 LTF).

E. 2.1

L'art. 17 al. 1 de l'accord intercantonal du 15 mars 2001 sur les marchés publics (AIMPu) exclut tout effet suspensif automatique du recours et formule de façon positive la condition relative au sort du recours. D'après la jurisprudence, cela ne signifie pas que l'effet suspensif ne puisse être prononcé qu'exceptionnellement. Il faut toutefois tenir compte de la volonté des cantons concordataires qui ont voulu éviter qu'en raison d'un effet suspensif

automatique du recours les soumissionnaires ne disposent d'un moyen de pression important, paralysant le cas échéant l'activité des pouvoirs adjudicateurs (arrêt 2P.161/2002 du 6 septembre 2002, consid. 2.1).

E. 2.2

L'art. 17 al. 2 AIMPu confère volontairement à l'autorité compétente une certaine liberté d'appréciation, qui résulte également de la nature même de l'affaire. Elle n'est en particulier pas tenue de consacrer beaucoup de temps à éclaircir les circonstances du cas; elle se fonde en général sur les documents qui sont dans le dossier, sans avoir à ordonner des compléments de preuves. Dans son appréciation, les prévisions sur le sort du procès au fond n'entrent en considération que si elles ne font pas doute (ATF 117 V 185 consid. 2b p. 191; 110 V 40 consid. 5b p. 45; 106 Ib 115 consid. 2a p. 116; 99 Ib 215 consid. 5 p. 220). L'autorité compétente se limite donc à un examen *prima facie* de l'affaire. Dans ces conditions, le Tribunal fédéral se borne à sanctionner l'abus ou l'excès de ce pouvoir d'appréciation, ce qui correspond à un examen limité à l'arbitraire (art. 98 LTF), et ne prononce l'annulation de l'arrêt de l'autorité compétente que si elle a omis de tenir compte d'intérêts ou de points de vue essentiels ou les a manifestement mal évalués. Il s'en tient à cet égard à l'examen des pièces figurant au dossier.

E. 2.3

En l'espèce, invoquant l'interdiction de l'arbitraire, la recourante soutient que la variante de l'adjudicataire ne respecte pas les exigences de l'appel d'offre s'agissant d'un triple vitrage dont la valeur Uglobale devait être de 1,70 W/m²K. Le Département rétorque que les soumissionnaires étaient autorisés à déposer des variantes et que la variante de l'adjudicataire était, selon l'avis d'experts (cf. pièce n° 9 du mémoire de réponse du 3 décembre 2007), meilleure que les solutions retenues dans le cahier des charges. Le Département ayant produit cette expertise dans sa réponse au recours, le Président du Tribunal administratif pouvait se fonder sur cette pièce et considérer, *prima facie* sans ordonner d'autres investigations, que le recours de la soumissionnaire évincée avait peu de chance de succès. En refusant dans ces conditions l'effet suspensif au recours du 6 décembre 2007, le Président du Tribunal administratif n'a par conséquent pas appliqué de manière arbitraire l'art. 17 AIMPu .

Au surplus, la recourante se borne à souligner son intérêt à l'adjudication sans avancer d'argument suffisant permettant de considérer comme arbitraire la pesée des intérêts faite par le Président du Tribunal administratif.

E. 3

Avec la recourante et le Département, force est de reconnaître que la décision de refus de l'effet suspensif est plus que sommairement motivée. Le principe de l'examen *prima facie* de la requête de restitution de l'effet suspensif à un recours en matière de marchés publics en application de l'art. 17 AIMPu ne dispense en effet pas le juge de l'obligation de motiver sa décision conformément aux exigences de l'art. 29 al. 2 Cst. Cela étant, il n'en demeure pas moins que la recourante a accusé réception du mémoire de réponse du Département et qu'elle disposait ainsi des mêmes pièces que le Président du Tribunal administratif au moment où il s'est prononcé sur la requête de restitution de l'effet suspensif, de sorte qu'elle pouvait comprendre pour quelle raison ce dernier a jugé minces les chances de succès du recours.

E. 4

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours.

Succombant la recourante doit supporter un émolument judiciaire (art. 65 et 66 LTF) et verser une indemnité de dépens à Y._____ SA qui a obtenu gain cause avec l'assistance d'un mandataire (art. 68 LTF).

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