

# BGer 2D 1/2021 vom 8. März 2021

Bundesgericht, 2021-03-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2D\\_1\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_1_2021)

FR: TF 2D 1/2021 du 8 mars 2021

IT: TF 2D 1/2021 del 8 marzo 2021

## Regeste

Marchés publics; effet suspensif | Droit fondamental

## Erwägungen

### E. 1.1

La décision entreprise ne met pas fin au litige, mais refuse d'accorder à la recourante l'effet suspensif à son recours sur le plan cantonal. Il s'agit donc d'une décision incidente (arrêts 2D\_34/2018 du 17 août 2018 consid. 1.1; 2D\_43/2015 du 10 décembre 2015 consid. 1.1). Ne concernant ni la compétence, ni une demande de récusation (cf. art. 92 LTF), elle ne peut faire séparément l'objet d'un recours au Tribunal fédéral qu'aux conditions prévues à l'art. 93 al. 1 LTF. Le préjudice irréparable prévu par 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 et les références). Selon la jurisprudence (ATF 134 II 192 consid. 1.4; arrêt 2C\_951/2019 du 16 juillet 2020 consid. 1.2 et les références), le refus de restituer l'effet suspensif dans le cadre d'une procédure de marché public est de nature à causer à la partie recourante un préjudice irréparable, dès lors que la décision incidente contestée est propre à permettre la conclusion du contrat (cf. art. 46 du règlement genevois du 17 décembre 2007 sur la passation des marchés publics [RMP/GE; rs/GE L 6 05.01]; art. 14 al. 1 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994, modifié le 15 mars 2001 [AIMP; rs/GE L 6 05]), ne laissant alors plus que la possibilité pour le soumissionnaire évincé qui recourt de prétendre à des dommages-intérêts négatifs. Le recours est donc ouvert sous l'angle de l'art. 93 let. a LTF.

### E. 1.2

Le recours contre une décision incidente est soumis à la même voie de droit que celle qui est ouverte contre la décision principale (ATF 137 III 380 consid. 1.1; arrêt 4A\_75/2017 du 22 mai 2017 consid. 1, non publié in ATF 143 I 328).

#### E. 1.2.1

Dans le domaine des marchés publics, un recours en matière de droit public n'est recevable, en vertu de l'art. 83 let. f LTF, qu'à la double condition que la valeur du mandat à attribuer soit supérieure ou égale aux seuils déterminants prévus à cet effet et que la décision attaquée soulève une question juridique de principe (ATF 141 II 113 consid. 1.2), conditions cumulatives qu'il appartient à la partie recourante de démontrer (cf. art. 42 al. 2 LTF; ATF 141 II 113 consid. 1.2), à moins que celles-ci ne s'imposent avec évidence (cf. ATF 140 I 285 consid. 1.1.2). En matière de marchés publics cantonaux, un recours constitutionnel subsidiaire peut toujours être déposé si les conditions de l'art. 83 let. f LTF ne sont pas réunies (ATF 141 II 113 consid. 1.2 et les références). La présente cause concerne un marché public cantonal. La recourante ne soutient ni n'explique en quoi les

conditions de l' art. 83 let . f LTF seraient réunies et leur réalisation ne paraît pas évidente. C'est donc à juste titre qu'elle a interjeté un recours constitutionnel subsidiaire.

### **E. 1.2.2**

La recourante est arrivée troisième dans la procédure d'adjudication (les deux lots étant adjugés aux deux premiers). Sur le fond, elle s'en prend uniquement à sa notation pour les critères d'attribution 3 et 4, qu'elle estime trop basse. Si elle obtenait la même évaluation que l'une des deux intimées pour ces critères, la recourante serait placée en première ou deuxième position dans l'attribution et pourrait ainsi obtenir l'un des deux lots du marché, attendu que le contrat avec les adjudicataires n'a pas encore été conclu par les Hôpitaux universitaires de Genève. Partant elle a un intérêt juridique ( art. 115 LTF ) à recourir contre la décision de refus de restitution de l'effet suspensif. Son intérêt juridique est par ailleurs toujours actuel, parce que le contrat n'a pas encore pu être conclu avec les adjudicataires intimées.

### **E. 1.2.3**

Au surplus, déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF , par renvoi de l' art. 117 LTF ) et dans les formes requises ( art. 42 LTF ), le recours est dirigé contre une décision rendue en dernière instance cantonale par une autorité judiciaire supérieure ( art. 86 al. 1 let . d et al. 2 LTF, par renvoi de l' art. 114 LTF ). Il convient par conséquent d'entrer en matière.

### **E. 2.1**

Le recours constitutionnel subsidiaire ne peut être formé que pour violation des droits constitutionnels ( art. 116 LTF ). En vertu de l' art. 106 al. 2 LTF , applicable par renvoi de l' art. 117 LTF , les griefs y relatifs doivent être invoqués et motivés par le recourant, à savoir expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée, en précisant en quoi consiste la violation (cf. ATF 139 I 229 consid. 2.2). Celui-ci ne peut donc se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en instance d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition; il ne peut, en particulier, se contenter d'opposer sa thèse à celle de l'autorité cantonale, mais doit remettre en cause les considérants de la décision attaquée sous des aspects relevant des droits constitutionnels ( ATF 134 II 349 consid. 3; arrêt 2D\_31/2018 du 1er février 2019 consid. 2.1).

### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 118 al. 1 LTF ). Il peut néanmoins rectifier ou compléter les constatations de cette autorité si les faits ont été constatés en violation d'un droit constitutionnel ( art. 118 al. 2 LTF cum art. 116 LTF ), ce que le recourant doit démontrer d'une manière circonstanciée et précise, conformément aux exigences de motivation posées à l' art. 106 al. 2 LTF (par renvoi de l' art. 117 LTF ).

### **E. 3**

Lorsqu'une autorité judiciaire se prononce sur l'effet suspensif ou d'autres mesures provisoires, elle peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit (examen *prima facie* ), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles, tout en ayant l'obligation de peser les intérêts respectifs des parties ( ATF 139 III 86 consid. 4.2 et les références). Elle dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation et peut tenir compte de l'issue prévisible de la procédure au fond, pour autant que celle-ci soit claire ( ATF 130 II 149 consid. 2.2 et les références; arrêt 2C\_293/2013 du 21 juin 2013 consid.

4.2, non publié in ATF 139 I 189 ). Le Tribunal fédéral n'examine qu'avec retenue l'appréciation à laquelle a procédé l'instance précédente. Il n'annule une décision sur mesures provisionnelles que si la pesée des intérêts à son origine est dépourvue de justification adéquate et ne peut être suivie, soit en définitive si elle paraît insoutenable (arrêt 2D\_34/2018 du 17 août 2018 consid. 3 et les références).

#### **E. 4**

Citant l' art. 29 al. 2 Cst. , la recourante se prévaut en premier lieu d'une violation de son droit d'être entendue. Elle estime que la Cour de justice n'a pas examiné tous ses griefs.

##### **E. 4.1**

Le droit d'être entendu impose à l'autorité judiciaire de motiver ses décisions, afin que le justiciable puisse les comprendre et exercer son droit de recours à bon escient. Pour satisfaire à cette exigence, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision. Elle n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, peuvent être tenus pour pertinents ( ATF 142 II 154 consid. 4.2 et les références). Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision ( ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 et les références).

##### **E. 4.2**

La recourante est d'avis que l'autorité précédente n'a pas examiné un grief qu'elle avait soulevé, en l'occurrence: "Dans le cas d'espèce, et en premier lieu, il est quasi certain que la méthode d'évaluation des critères 2 et 3, notamment, a été définie puis adoptée et donc arrêtée définitivement après le retour des offres. En effet, lors de la séance du 11 novembre 2020, l'autorité intimée a expressément laissé entendre à la recourante qu'elle avait adapté la méthodologie de notation en fonction des offres reçues, pour par exemple tenir compte, dans l'évaluation, d'éventuelles nouveautés proposées par les concurrentes, alors même que ces éléments d'appréciation n'avaient nullement été annoncés à l'avance dans les documents d'appel d'offres. Cette manière de faire n'est pas acceptable et doit être sanctionnée par l'annulation de la décision entreprise, puisque s'arroger le droit de choisir sa méthode d'évaluation une fois les offres rentrées est la porte ouverte à toutes les dérives et manipulations possibles, en vue notamment de parvenir, via une évaluation évolutive, aux résultats que l'on escompte, comme en l'espèce la reconduction des mandats des actuels prestataires des HUG".

##### **E. 4.3**

La recourante perd tout d'abord de vue que la décision entreprise statue sur la restitution de l'effet suspensif au recours et ne se prononce pas sur le fond du litige. Dans le cadre de cet objet, la Cour de justice était en droit de se limiter à une approche prima facie des chances de succès de la procédure et n'avait pas à se déterminer de manière précise et exhaustive sur l'ensemble des griefs soulevés en lien avec la contestation de la décision d'adjudication. L'autorité judiciaire pouvait ainsi procéder à un examen sommaire du droit et se contenter d'une analyse juridique globale. En outre, on ne voit de toute façon pas en quoi les phrases reprises ci-dessus consisteraient en un grief et pas simplement en une motivation. On peut malgré tout relever que la problématique qui y est décrite est celle d'une prétendue violation du principe de la transparence, grief qui a été traité par la Cour de justice. En tout état de

cause, cette autorité a clairement présenté les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision. D'ailleurs, la recourante a bel et bien compris les motifs de la décision entreprise, puisqu'elle a valablement pu les contester. Le grief de violation du droit d'être entendu doit par conséquent être écarté.

## **E. 5**

Dans un second lieu, la recourante invoque une application arbitraire du principe de la transparence.

### **E. 5.1**

Appelé à revoir l'interprétation d'une norme sous l'angle restreint de l'arbitraire, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité précédente que si celle-ci apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs et en violation d'un droit certain ( ATF 137 I 1 consid. 2.4), ce qu'il appartient au recourant de démontrer ( art. 106 al. 2 LTF , par renvoi de l' art. 117 LTF ; ATF 141 I 172 consid. 4.3.1 et les références). Le Tribunal fédéral n'a pas à déterminer quelle est l'interprétation correcte que l'autorité cantonale aurait dû donner des dispositions applicables; il doit uniquement examiner si l'interprétation qui a été faite est défendable ( ATF 132 I 13 consid. 5.1 et les références). En outre, pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que les motifs à son origine soient insoutenables; encore faut-il que cette dernière soit arbitraire dans son résultat ( ATF 141 I 49 consid. 3.4 et les références).

### **E. 5.2**

La Cour de justice a considéré en substance que la violation alléguée du principe de la transparence n'apparaissait pas, *prima facie* , démontrée à satisfaction. Elle a jugé que la jurisprudence n'excluait pas de renoncer à annoncer des éventuels sous-critères au moment de l'appel d'offres et qu'il n'était pas inusuel qu'un sous-critère représente quantitativement, dans le cadre de la pondération, une part plus importante qu'un critère principal. L'autorité précédente a en outre mentionné que le fait de savoir si l'on se trouvait en présence d'un sous-critère nécessitant d'être publié dépendait d'une appréciation de l'ensemble des circonstances du cas, soit notamment des documents d'appel d'offres, du cahier des charges et des conditions du marché. Elle a ajouté que les chances de succès sur ce point n'apparaissaient pas suffisantes pour octroyer l'effet suspensif au recours, la recourante n'ayant pas contesté la pondération annoncée dans l'appel d'offres, ni posé des questions à propos de celui-ci. Finalement, la Cour de justice a encore constaté que la recourante substituait sa propre appréciation des critères à celle du pouvoir adjudicateur et que si certains aspects du critère 2 nécessitaient certes d'être approfondis, cela ne justifiait pas d'admettre que la recourante pouvait prétendre à plus de points pour ce critère.

### **E. 5.3**

On ne voit pas qu'un tel raisonnement traduise un abus du large pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité judiciaire amenée à statuer sur une demande de restitution de l'effet suspensif dans le cadre d'un marché public. En effet, l'autorité précédente a procédé à un examen *prima facie* des griefs invoqués pour parvenir à la conclusion, à la suite d'une analyse sommaire du droit, que le recours paraissait avoir peu de consistance.

Contrairement à ce que soutient la recourante et sans préjuger d'un examen juridique complet au fond, on ne voit pas que le refus de l'effet suspensif puisse, dans son résultat, être qualifié d'arbitraire. En effet, outre que pour motiver ses griefs, la recourante se fonde

en grande partie sur des faits qui n'ont pas été retenus par l'autorité précédente, ce qui ne saurait être admis (cf. consid. 2.2 ci-dessus), elle ne parvient pas à démontrer en quoi l'appréciation de l'autorité précédente serait arbitraire quant à l'obligation qu'aurait eue le pouvoir adjudicateur de publier les sous-critères dans l'appel d'offres. Cette appréciation est d'autant moins arbitraire qu'elle correspond *prima facie* à la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral (cf. ATF 130 I 240 consid. 5.1) qui prévoit en bref que le principe de la transparence n'exige pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié. Une publication n'est nécessaire que lorsque les sous-critères sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié.

#### **E. 5.4**

Les critiques formulées par la recourante ne permettent pas de modifier cette conclusion. Il faut en effet constater que rien n'indique que les sous-critères du critère 2, qui selon la recourante auraient été au nombre de cinq, aient eu une importance prépondérante. Elle reconnaît elle-même qu'ils avaient tous la même pondération (soit 20 % du critère 2, lui-même pondéré à 40 %). Qu'un sous-critère du critère 2 ait plus de poids que le critère 4 ne saurait d'emblée constituer une violation du principe de la transparence, dès lors que l'appel d'offres faisait expressément mention de l'importance nettement moins grande du critère 4 par rapport au critère 2. Pour le surplus, on ne saurait considérer, dans un examen *prima facie*, que l'un ou l'autre de ces sous-critères sort de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel il se rapporte. A ce propos, la Cour de justice a expliqué sans arbitraire que cet examen nécessitait une appréciation d'ensemble des circonstances du cas et que cela ne pouvait conduire à l'octroi de l'effet suspensif.

#### **E. 6**

Sur le vu des considérants qui précèdent, le recours doit être rejeté. La demande d'effet suspensif est partant devenue sans objet. Succombant, la recourante doit supporter les frais judiciaires ( art. 66 al. 1 LTF ). Elle versera des dépens aux intimées ( art. 68 al. 1 LTF ). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens aux Hôpitaux universitaires de Genève, qui, en tant qu'autorités adjudicatrices, obtiennent gain de cause dans l'exercice de leurs attributions officielles ( art. 68 al. 3 LTF ; cf. arrêt 2D\_34/2018 du 17 août 2018 consid. 7 et les références).

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