

## **BGer 2P.47/2004 vom 6. April 2004**

Bundesgericht, 2004-04-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2P.47\\_2004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2P.47_2004)

FR: TF 2P.47/2004 du 6 avril 2004

IT: TF 2P.47/2004 del 6 aprile 2004

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

La décision attaquée, relative à une requête de restitution d'effet suspensif, est de nature incidente. Le recours de droit public - qui seul entre ici en ligne de compte (cf. ATF 125 II 86 consid. 2 à 4 p. 92 ss) - n'est recevable à l'encontre d'une telle décision que si elle cause au recourant un dommage irréparable au sens de l'art. 87 al. 2 OJ, par quoi on entend exclusivement le dommage juridique qui ne peut être réparé ultérieurement, notamment par le jugement final (ATF 129 III 107 consid. 1.2.1 p. 110; 127 I 92 consid. 1c; 126 I 207 consid. 2 p. 210 et les arrêts cités). Tel est bien le cas en l'espèce, dès lors que le refus de restitution de l'effet suspensif renvoie le recourant, une fois le contrat conclu, à faire valoir des dommages-intérêts qui se limitent à l'indemnisation des frais d'élaboration de l'offre et de la procédure de recours.

#### **E. 1.2**

Dans la mesure où les recourants demandent autre chose que l'annulation de la décision attaquée, leurs conclusions sont irrecevables, vu la nature cassatoire du recours de droit public (ATF 129 I 129 consid. 1.2.1 p. 131, 173 consid. 1.5 p. 176).

#### **E. 1.3**

Au surplus, déposé en temps utile contre un arrêt rendu en dernière instance cantonale, le présent recours est en principe recevable au regard des art. 84 ss OJ.

#### **E. 2.1**

En l'espèce, il n'est pas contesté que le marché public en cause est soumis à l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (ci-après: l'Accord intercantonal sur les marchés publics; AIMPu; RS 172.056.4), la valeur du marché public dépassant largement les seuils fixés à l'art. 7 AIMPu.

Selon l'art. 17 AIMPu, le recours contre les décisions de l'adjudicateur n'a pas d'effet suspensif (al. 1); toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, accorder l'effet suspensif à un recours, pour autant que celui-ci paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (al. 2). Pour l'application de cette norme, il faut tenir compte de la volonté du législateur (en l'espèce les cantons concordataires) qui a 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.

Le Tribunal fédéral examine en principe librement l'interprétation et l'application des dispositions concordataires faites par les autorités cantonales. Toutefois, l'art. 17 al. 2 AIMPu relatif à l'effet suspensif étant une "Kann-Vorschrift", il 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. 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 pratiquement à un examen limité à l'arbitraire, 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 (arrêts du Tribunal fédéral 2P.165/2002 du 6 septembre 2002, consid. 2.1.2 et 2.2.2; 2P.161/2002 du 6 septembre 2002, consid. 2.1; 2P.93/2001 du 3 juillet 2001, consid. 2 et les références citées).

### **E. 3**

Sur le fond, le requérant fait valoir, pour l'essentiel, que la procédure d'adjudication ne respecterait pas le principe de la transparence au sens de l'art. 2 al. 2 lettre c AIMPu: si les critères d'adjudication du marché public (qualité économique globale de l'offre, références, organisation, personnel et équipement et qualité des prestations) ont été énumérés dans l'avis de soumission dans l'ordre d'importance décroissant, les coefficients de pondération des critères d'adjudication n'ont, en revanche, pas été annoncés par avance. Il en va de même des critères de formation des lots. De l'avis des requérants, en considérant que le recours n'était pas suffisamment fondé, l'autorité intimée a par conséquent violé l'art. 17 AIMPu.

Dans la décision attaquée, le Tribunal administratif a estimé que les intéressés n'étaient plus fondés à soulever de tels moyens conformément à la jurisprudence cantonale genevoise, selon laquelle l'appel d'offres constitue une décision sujette à recours, de sorte que les griefs sur ce point ne peuvent plus être invoqués dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision d'adjudication. Une telle appréciation n'est pas insoutenable. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs déjà jugé qu'il était admissible d'exiger des candidats qu'ils contestent immédiatement les documents d'appels d'offres prétendument incomplets ou entachés d'autres vices de forme lors de la procédure d'appel d'offres déjà et non dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision d'adjudication (cf. ATF 129 I 313 consid. 6.2; 125 I 203 ss). Les mêmes considérations peuvent être faites à propos du mode de formation des lots. A noter à cet égard que la possibilité de répartir les projets et travaux en plusieurs lots en fonction de leur priorité était expressément prévue par les instructions et directives de juin 2003 (ch. 4.5).

Les requérants remettent en cause la jurisprudence cantonale en la matière. Il ne saurait toutefois être question, au stade de la décision sur une éventuelle restitution de l'effet suspensif, de discuter de griefs tendant à renverser une jurisprudence du Tribunal administratif du canton de Genève, les conditions justifiant un changement de jurisprudence au regard de l'art. 8 Cst. et de la sécurité du droit nécessitant pour le moins un examen approfondi et l'exposé de motifs objectifs et sérieux (cf. ATF 127 II 289 consid. 3a p. 292; 127 V 353 consid. 3a p. 355; 126 I 122 consid. 5 p. 129), ce qui est incompatible avec un examen de la cause limité à l'apparence du bon droit.

Dans leur recours cantonal du 19 janvier 2004, les requérants ont soulevé d'autres moyens que le Tribunal administratif ne semble pas avoir examinés dans le cadre de la décision attaquée relative à la restitution de l'effet suspensif. S'agissant du grief tiré du défaut de motivation de la décision d'adjudication, il faut relever que l'art. 13 lettre h AIMPu n'exige qu'une motivation sommaire des décisions d'adjudication (cf. aussi art. 41 du règlement

cantonal genevois du 19 novembre 1997 sur la passation des marchés publics en matière de construction). Dans le cadre de la procédure de recours cantonale, les recourants ont en outre pu avoir accès au dossier, en particulier au rapport d'évaluation d'octobre 2003, et ont eu ensuite la possibilité de compléter leur recours. Ce grief apparaît donc d'emblée mal fondé. Selon les recourants, le pouvoir adjudicateur aurait également violé l'art. 1 al. 2 lettre d AIMPu qui consacre le principe de l'utilisation parcimonieuse des deniers publics en adjugeant le marché public à des soumissionnaires ayant présenté une offre plus élevée que la leur. Or, il n'apparaît pas, sur la base d'un examen sommaire des pièces du dossier, que l'offre des recourants (tarifs horaires moyens multipliés par le nombre d'heures de travail estimé par les recourants) était économiquement plus avantageuse que celle des adjudicataires. Comme le relève de manière convaincante le Département cantonal dans ses observations, l'offre des recourants présentait des tarifs horaires élevés et une estimation très faible du volume de travail, de sorte que leur offre apparaissait comme moins avantageuse qu'une offre (globale) plus élevée, mais calculée sur des tarifs horaires plus bas et une estimation plus crédible des heures de travail nécessaires.

Quant aux autres critiques concernant l'appréciation et la notation des offres du point de vue de la qualité économique globale et des références, elles ne sont pas déterminantes, car il n'apparaît pas que le pouvoir adjudicateur ait abusé de sa grande liberté d'appréciation dont il dispose en la matière. Enfin, le fait que le groupement recourant ait été classé cinquième ex aequo (et non sixième) n'y change rien.

En résumé, le Tribunal administratif pouvait, sans arbitraire, refuser d'accorder la restitution de l'effet suspensif au recours cantonal au motif que celui-ci ne paraissait pas suffisamment fondé au sens de l' art. 17 al. 2 AIMPu . Point n'est besoin d'examiner encore s'il existe un intérêt public ou privé prépondérant qui s'opposerait à l'octroi de l'effet suspensif, puisque celui-ci n'a précisément pas été accordé. Quoi qu'il en soit, la décision attaquée n'apparaît pas arbitraire dans son résultat.

#### **E. 4**

Succombant, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable. Avec ce prononcé, la requête de mesures provisionnelles devient sans objet. Succombant, les recourants doivent supporter les

frais judiciaires, solidairement entre eux ( art. 156 al. 1 et 7 OJ ). Ils verseront en outre une indemnité à titre de dépens aux intimés formant le groupement B.\_\_\_\_\_, tous représentés par un mandataire professionnel ( art. 159 OJ ).

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