RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2776/2019-MARPU **ATA/167/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 12 février 2021

sur effet suspensif et mesures provisionnelles

dans la cause

ONE PLACEMENT SA
représentée par Me Daniel Guignard, avocat

contre

HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE - HUG
représentés par Me Alain Alberini, avocat

et

ACCÈS PERSONNEL SA
représentée par Christophe Gal, avocat

et

INTERIMAN SA, SUCCURSALE DE GENÈVE RIVE GAUCHE
MÉDICALIS SA
représentées par Me Robert Fiechter, avocat

et

INTERXPERT SA
représentée par Me Bertrand Reich, avocat

et

LES INTÉRIMAIRES PROFESSIONNELS SUISSE SA
représentée par Me Joël Crettaz, avocat

et

MANPOWER AG

et

OK JOB SA

Attendu, en fait, que :

1) Le 1er avril 2019, les Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) ont lancé un appel d'offre en procédure ouverte portant sur la conclusion de contrats d'exclusivité pendant une période de deux ans, renouvelables une fois, avec des agences de placement en charge de la gestion du personnel temporaire ou intérimaire des HUG.

Cet appel d'offre était divisé en trois lots, à savoir lot n° 1 : personnel soignant, qui devait être attribué à quatre agences ; lot n° 2 : personnel technique, qui devait être attribué à deux agences ; lot n° 3 : personnel administratif, qui devait être attribué à une agence.

2) Quinze soumissionnaires ont déposé une offre pour le lot n° 1, respectivement dix soumissionnaires pour le lot n° 2 et dix pour le lot n° 3.

Parmi les soumissionnaires, One Placement SA (ci-après : One Placement ou la société) a déposé une offre pour chacun des trois lots.

3) Par décision du 10 juillet 2019, les HUG ont informé One Placement que le marché avait été attribué aux adjudicataires suivants :

- Pour le lot n° 1 : Accès Personnel SA, InterXpert SA, LIP – Les Intérimaires professionnels Suisse SA (ci-après : LIP SA) et Médicalis SA ;

- Pour le lot n° 2 : Manpower AG et Ok Job SA ;

- Pour le lot n° 3 : Interiman SA, succursale de Genève Rive Gauche.

4) Par acte du 25 juillet 2019, One Placement a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision d'adjudication du 10 juillet 2019.

Elle a conclu à la réformation de la décision litigieuse adjugeant les lots nos 1 et 2 en ce sens qu'ils devaient lui être attribués. Subsidiairement, la décision devait être annulée en ce qu'elle portait sur les trois lots et la cause renvoyée aux HUG pour nouvel appel d'offre et plus subsidiairement encore pour nouvelle décision dans le sens des considérants. À titres pré-provisionnel et provisionnel, l'effet suspensif devait être restitué au recours. En tous les cas, les HUG devaient être condamnés en tous les frais de la procédure et en un défraiement équitable pour les frais d'avocats.

5) Le 26 juillet 2019, la chambre administrative a fait interdiction aux HUG de conclure le contrat d'exécution de l'offre jusqu'à droit jugé sur la requête en octroi de l'effet suspensif.

6) Par décision du 8 novembre 2019, la présidence de la chambre de céans a refusé de restituer l'effet suspensif au recours.

7) Par arrêt du 16 juillet 2020, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours en matière de droit public et rejeté le recours constitutionnel subsidiaire (arrêt 2C_951/2019).

8) Dans sa réplique du 29 décembre 2020, One Placement a conclu, sur mesures superprovisionnelles et provisionnelles, à ce qu'il soit fait interdiction aux HUG de conclure tout contrat avec Lip SA et Medicalis SA alléguant d'une entente illicite entre les précitées sur les tarifs et les lots, produisant une attestation d'une ancienne employée de Lip SA et sollicitant des mesures d'instruction. La requête était formulée dans l'hypothèse où les HUG n'auraient toujours pas conclu lesdits contrats avec les deux sociétés concernées.

9) Le 4 janvier 2021, la présidence de la chambre de céans a fait interdiction aux HUG de conclure tout contrat avec Lip SA et Medicalis SA sur mesures superprovisonnelles.

10) Dans leurs écritures, les parties intimées ont conclu au rejet des mesures provisionnelles en tant qu'elles étaient concernées. Les HUG ont produit les contrats, conclus le 1er septembre 2020, « la mention de 2019, résultant manifestement d'une erreur ».

11) Par réplique sur mesures provisionnelles, One Placement a persisté dans ses conclusions. La validité des contrats était contestée. La date de conclusion n'était pas établie et la qualité des représentants des sociétés à pouvoir conclure niée. La levée des mesures provisionnelles permettrait aux parties concernées de ratifier les contrats et priverait la recourante de la possibilité de se voir adjuger le marché public. Une nouvelle attestion de l'employée de Lip SA était produite.

12) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur mesures provisionnelles.

Considérant, en droit, que :

1) Les principes régissant l'octroi de l'effet suspensif ont été exposés dans la décision du 8 novembre 2019, à laquelle il peut être renvoyé.

Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles - au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif (Philippe WEISSENBERGER/Astrid HIRZEL, Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen, in Isabelle HÄNER/Bernhard WALDMANN [éd.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, 2013, 61-85, p. 63) - ne sont légitimes que

si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/1112/2020 du 10 novembre 2020 consid. 5 ; ATA/1107/2020 du 3 novembre 2020 consid. 5).

Elles ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (arrêts précités). Ainsi, dans la plupart des cas, les mesures provisionnelles consistent en un minus, soit une mesure moins importante ou incisive que celle demandée au fond, ou en un aliud, soit une mesure différente de celle demandée au fond (Isabelle HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess in RDS 1997 II 253-420, 265).

L'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405).

La décision sur mesures provisionnelles n'est revêtue que d'une autorité de la chose décidée limitée et peut être facilement, et en tout temps, modifiée en cas de changement de circonstances (ATF 139 I 189 c. 3.5 ainsi que les références citées ; ATA/129/2018 du 7 février 2018 ; ATA/430/2014 du 13 juin 2014).

2) En l’espèce, les HUG ont indiqué avoir conclu les contrats avec les deux sociétés concernées, ce que la recourante ne conteste au demeurant pas. La question de la validité de ces derniers, notamment le pouvoir de représenter la société ne relève, prima facie, pas de la compétence de la chambre de céans. S’agissant de la date, il sera relevé que, conformément à l’art. 14 al. 2 de l’Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), les HUG avaient informé la chambre de céans, le 20 octobre 2020, de la signature des contrats. La recourante avait reçu copie de la correspondance par pli du 27 octobre 2020.

Par ailleurs, les griefs de la recourante ne sont pas dirigés contre le pouvoir adjudicateur mais portent sur le comportement de deux adjudicataires, entre elles. Le bien-fondé des allégations de celle-là et ses éventuelles conséquences devront, de prime abord, être examinées dans la procédure au fond.

De surcroît, et toujours à première vue, dans une situation d’offres concertées, le droit des marchés publics fournit une réponse expresse, s’agissant du sort de l’adjudication, fût-elle entrée en force. Les dispositions légales topiques prévoient dans ce cas la possibilité d’une révocation de l’adjudication. Les règles ne disent en revanche rien du contrat passé sur la base d’une adjudication viciée de la sorte, mais le droit privé offre des solutions adéquates (Etienne POLTIER, Droit des marchés publics, Berne 2014, n° 499).

La requête en mesures provisionnelles sera en conséquence rejetée au vu, principalement, de la conclusion des contrats par les HUG.

Le rejet de la requête lève l'interdiction de conclure prononcée sur mesures superprovisionnelles le 4 janvier 2021.

3) Il sera statué sur les frais de la présente décision avec l'arrêt au fond.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la requête en mesures provisionnelles du 30 décembre 2020 ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF-RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

- par la voie du recours en matière de droit public :

si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure 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 ;

si elle soulève une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF ;

le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi ;

communique la présente décision à Me Daniel Guignard, avocat de la recourante, à Me Christophe Gal, avocat d'Accès Personnel SA, à Mes Alain et Adrien Alberini, avocats des Hôpitaux universitaires de Genève, à Me Robert Fiechter, avocat d'Interiman SA, succursale de Genève Rive Gauche et de Médicalis SA, à Me Bertrand Reich, avocat d'Interxpert SA, à Me Joël Crettaz, avocat des Intérimaires professionnels

Suisse SA, à Manpower AG ainsi qu'à Ok Job SA ainsi qu'à la Commission de la concurrence.

Le vice-président :

C. Mascotto

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :