RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4139/2022-MARPU **ATA/297/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 21 mars 2023

sur effet suspensif

dans la cause

A_____ SA **recourante**

contre

B_____
représentés par Me David BENSIMON, avocat

C_____ SA, SUCCURSALE D_____

E_____ SARL

F_____ SARL **intimés**

Vu, en fait, la décision du 22 novembre 2022 des B_____ (ci-après : B_____) adjugeant à C_____ SA pour CHF 1'583'232.- hors TVA, E_____ Sàrl pour CHF 2'918'280.- hors TVA et F_____ Sàrl pour CHF 2'922'960.- hors TVA, le marché public « mise à disposition de personnel d'ingénierie » ; leurs offres remplissaient pleinement les conditions leur permettant d'être adjudicataires et elles avaient été jugées économiquement les plus avantageuses, conformément à la grille d'évaluation annexée ;

vu le recours formé le 5 décembre 2022 par A_____ SA auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision, concluant à son annulation et à ce que le marché public lui soit attribué, subsidiairement à ce que la cause soit renvoyée aux B_____ pour nouvelle décision ; préalablement, l'effet suspensif devait être accordé au recours ;

que les B_____ ont conclu le 16 décembre 2022 au rejet de la requête en octroi de l'effet suspensif ;

que C_____ SA a conclu le 16 décembre 2022 au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif ;

que le 6 janvier 2023, les B_____ et C_____ ont conclu au rejet du recours sur le fond ;

que dans le délai prolongé du 10 au 20 janvier 2023, la recourante a persisté dans ses conclusions sur effet suspensif ;

que le 25 janvier 2023, la présidence de la chambre administrative a rejeté la demande d'octroi de l'effet suspensif au recours, les explications fournies par les B_____ et C_____ SA quant aux clarifications demandées et apportées et à la justification des notations ne permettant pas, à ce stade de la procédure et sans préjudice de l'examen au fond, de concrétiser les soupçons de distorsion de la concurrence, d'abus du pouvoir d'appréciation ou d'arbitraire de la recourante, le grief de violation du droit d'être entendu tiré d'une motivation insuffisante de la décision d'adjudication ne paraissant, a priori, pas manifestement fondé, les tarifs horaires pratiqués par C_____ SA apparaissant conformes à la CCT et les B_____ ayant exposé avoir pris en compte les explications de C_____ SA selon lesquelles un sondage à l'intérieur du groupe avait permis de s'assurer du caractère réaliste des salaires, de sorte que le grief d'abus du pouvoir d'appréciation n'apparaissait pas, à ce stade la procédure et sans préjudice de l'examen au fond, manifestement fondé, et que les chances de succès du recours étaient insuffisantes en l'état ;

que dans deux répliques au fond du 13 février 2023, la recourante a à nouveau conclu préalablement à l'octroi de l'effet suspensif à son recours, sans toutefois motiver cette conclusion ; qu'elle a soulevé sur le fond dans la réplique aux B_____ des griefs tenant à la clarté et à la complétude du cahier des charges et repris dans les deux répliques son argumentation sur le caractère anormalement bas de l'offre de C_____ SA ;

que les B_____ ont conclu le 24 février 2023 à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet d'une éventuelle nouvelle demande d'effet suspensif ;

que C_____ SA a conclu le 24 février 2023 au rejet de la nouvelle demande d'effet suspensif ;

que par courrier daté du 6 mars 2023, mais mis à la poste le 20 mars 2023, la recourante a persisté dans ses conclusions et indiqué attendre un jugement ;

que les parties ont été informées le 21 mars 2023 que la cause était gardée à juger sur effet suspensif ;

Considérant, en droit, qu'interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est, a priori, recevable (art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 3 al. 1 de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 - L-AIMP - L 6 05.0 et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 – RMP - L 6 05.01) ;

que les mesures provisionnelles sont prises par la présidente ou le vice-président de la chambre administrative ou, en cas d'empêchement de ceux-ci, par un autre juge (art. 21 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA – E 5 10 ; art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 mai 2020) ;

qu'aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif ; toutefois, en vertu des art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, octroyer cet effet pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose ;

que l'examen de la requête suppose une appréciation prima facie du bien-fondé du recours ; l'effet suspensif doit être refusé au recours manifestement dépourvu de chances de succès et dont le résultat ne fait aucun doute ; inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire, mais suppose de constater et de pondérer le risque de préjudice (ATA/987/2021 du 24 septembre 2021 ; ATA/217/2021 du 1er mars 2021 consid. 2 ; ATA/1349/2019 du 9 septembre 2019 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zurich 2010, p. 317) ;

que la restitution de l'effet suspensif constitue une exception en matière de marchés publics, et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/1349/2019 précité ; ATA/446/2017 précité consid. 2 ; ATA/62/2017 du 23 janvier 2017 consid. 2 ; ATA/793/2015 du 5 août 2015 consid. 2) ;

que les décisions sur effet suspensif sont par nature provisoires et que jusqu'à droit jugé au fond, la restitution de l'effet suspensif peut être demandée en tout temps ;

qu'en l'espèce, la présidence de la chambre administrative a déjà refusé de restituer l'effet suspensif au recours le 25 janvier 2023 ;

que la recourante ayant persisté le 6 mars 2023 dans ses conclusions, celles-ci, en tant qu'elles portent sur l'octroi de l'effet suspensif, ne seront pas considérées comme une inadvertance et qu'il sera statué à leur sujet dans la présente décision ;

que la recourante n'expose pas dans sa nouvelle demande en quoi l'effet suspensif devrait être octroyé aujourd'hui, ni en quoi le refus du 25 janvier 2023 ne serait pas ou plus fondé ; qu'elle fait valoir au fond de nouveaux griefs en relation avec l'appel d'offres, qui prima facie n'augmentent pas les chances de succès de son recours, dès lors qu'ils doivent en principe être soulevés lors de la publication de l'appel d'offres et non lors du recours contre l'adjudication ; que pour le surplus la recourante reprend l'argumentation sur le prix anormalement bas de l'offre, que la chambre de céans a déjà examinée lors de la précédente demande ;

qu'ainsi la recourante n'expose pas quelles circonstances nouvelles justifieraient aujourd'hui l'octroi de l'effet suspensif à son recours ;

que la demande d'octroi de l'effet suspensif sera refusée ;

qu'il sera statué ultérieurement sur les frais de la présente décision.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse d'octroyer l'effet suspensif au recours ;

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 A_____ SA, à Me David Bensimon, avocat des B_____, à C_____ SA, succursale D_____, E_____ Sàrl et F_____ Sàrl.

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :