RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/478/2022-MARPU **ATA/286/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 17 mars 2022

sur effet suspensif

dans la cause

A_____

contre

OFFICE CANTONAL DES BÂTIMENTS

et

B_____

Vu, en fait, l'appel d'offres en procédure ouverte de l'État de Genève, soit pour lui l'office cantonal des bâtiments (ci-après : OBA), publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) ainsi que sur la plateforme internet Simap le 5 mai 2021 portant sur un marché public de travaux de construction, non divisé en lots, ayant pour intitulé « C_____» ;

que sept entreprises, dont A_____ (ci-après : A_____) et B_____ (ci-après : B_____), ont déposé des offres dans le délai au 14 juin 2021 ;

que, par décision du 22 septembre 2021, l'OBA a informé A_____ de ce que le marché lui était adjugé pour le montant CHF 417'160.90 figurant dans son offre ;

qu'il ressort de la « notation des offres après vérification » annexée à cette décision que seule l'offre de A_____ a été notée ;

que, par décision du même jour, l'OBA a écarté l'offre de B_____, au motif qu'elle n'était pas conforme aux exigences du cahier des charges, les courbes chromatiques faisant défaut ;

que, le 30 septembre 2021, B_____ a recouru contre la décision d'élimination du 22 septembre 2021 par-devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant à une nouvelle évaluation des offres sur la base de la première version ;

que, le 5 octobre 2021, la juge déléguée de la chambre administrative a fait interdiction à l'OBA de conclure le contrat d'exécution de l'offre jusqu'à droit jugé sur la requête en restitution de l'effet suspensif ;

que, par arrêt du 21 décembre 2021, la chambre administrative a admis le recours formé par B_____ et annulé la décision d'élimination du 22 septembre 2021, la requête en octroi d'effet suspensif étant devenue sans objet ;

que, dans cet arrêt, la chambre administrative a considéré qu'il n'était pas conforme au cahier des charges d'éliminer un soumissionnaire en raison de la non-production des courbes chromatiques ;

que la chambre administrative en a conclu que B_____ devait être réintégrée dans la procédure d'évaluation des offres ;

que, par décision du 1er février 2022, l'OBA a informé A_____ qu'après une nouvelle analyse des offres, le marché était adjugé à B_____ pour un montant de CHF 206'914.- ;

qu'à la suite de l'arrêt de la chambre administrative du 21 décembre 2021, l'offre de B_____ avait été réintégrée, de sorte que la proposition de A_____ avait été classée au 2ème rang sur deux candidats ayant présenté une offre recevable ;

que, par acte expédié le 9 février 2022, A_____ a recouru contre cette décision par-devant la chambre administrative, concluant à son annulation et à l'octroi de l'effet suspensif ;

que, dans son recours, A_____ a invoqué l'absence de motivation de la décision attaquée, ainsi qu'une violation de son droit d'être entendue, n'ayant à aucun moment été informée de l'état de la procédure ou des motifs d'annulation de la décision d'adjudication du 22 septembre 2021 ;

qu'elle a demandé en outre à avoir accès au dossier ;

que, dans sa réponse sur effet suspensif du 22 février 2022, l'OBA a conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif et à ce qu'elle soit autorisée à conclure le contrat d'entreprise avec B_____ ;

que, le 11 mars 2022, B_____ a conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif ;

que A_____ n'a pas répliqué sur effet suspensif dans le délai imparti à cet effet ;

que, sur ce, les parties ont été informées 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 ; ATA/446/2017 du 24 avril 2017 consid. 2 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zurich 2010, p. 317) ;

que 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 ; 131 III 473 consid. 2.3) ;

que la restitution de l'effet suspensif constitue cependant 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 l'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics (art. 1 al. 1 AIMP) ; il poursuit plusieurs objectifs, soit assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. a AIMP), garantir l'égalité de traitement entre ceux-ci et assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 3 let. b AIMP) et assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) ;

que selon l'art. 48 RMP, l'adjudication peut être révoquée, sans indemnisation, pour l'un des motifs énoncés à l'art. 42 RMP ; l'autorité adjudicatrice rend alors une décision de révocation motivée, notifiée par courrier à l'intéressé, avec mention des voies de recours ;

que, même en l'absence de disposition légale expresse, une modification d'un acte administratif reste possible après que l'autorité a procédé à une balance des intérêts en présence, soit, d'une part le respect du droit objectif, d'autre part la sécurité des relations juridiques ; que celle-ci l'emporte en principe lorsque l'acte en cause a créé un droit subjectif, ou encore lorsqu'il a été adopté après une examen complet de la situation de fait et de droit ; que, cependant, même dans ces hypothèses, un intérêt public particulièrement prépondérant peut, selon les cas, commander la révocation (ATF 120 Ib 194 consid. 2) ;

qu'en l'occurrence, la recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue, sous la forme d'une motivation insuffisante de la décision querellée et de l'absence d'information sur l'état de la procédure depuis la décision d'adjudication du 22 septembre 2021 ;

qu'au vu du dossier, ce grief n'apparait pas d'emblée dépourvu de fondement ;

qu'en effet, il ne ressort, en l'état, pas du dossier que l'intéressée ait été informée de la procédure A/3363/2021 ouverte devant la chambre administrative sur recours de B_____ et ayant conduit à l'ATA/1389/2021 du 21 décembre 2021 ;

qu'il ressort par ailleurs du dossier que, par décision du 22 septembre 2021, l'intimé a adjugé le marché en faveur de la recourante ;

qu'il n'apparait pas que cette décision ait été contestée ;

que, *prima facie*, il apparait que cette décision est entrée en force, de sorte qu'une modification de celle-ci n'est possible que si les conditions de la révocation sont réalisées ;

que la décision d'adjudication du 22 septembre 2021, dont la révocation est en cause, a créé un droit subjectif au profit de la recourante ;

qu'à teneur du dossier, il n'apparait pas que la décision contestée résulte de la découverte d'un motif correspondant à un cas d'exclusion au sens de l'art. 42 RMP, justifiant une révocation de l'adjudication au sens de l'art. 48 RMP ;

qu'*a priori*, il n'apparait pas non plus que la décision du 22 septembre 2021 repose sur un état de fait inexacte ;

que, dans ces circonstances, par un examen sommaire du droit, l'intérêt à la bonne application du droit paraît l'emporter sur l'intérêt de l'adjudicataire et du pouvoir adjudicataire à l'exécution du marché public ;

qu'au demeurant, même à considérer que la décision du 22 septembre 2021 ne soit pas entrée en force, se poserait alors *a priori* la question d'une reconsidération *lite pendente* ;

que l'ensemble de ces éléments suscite de sérieux doutes quant au respect des règles de procédure régissant les marchés publics ;

que, de plus, la chambre administrative devrait pouvoir rendre un arrêt à relativement brève échéance, les intimés devant répondre au fond d'ici au 24 mars 2022 ;

que, dans ces conditions, l'intérêt public au respect des normes régissant la passation de marchés publics conforme au droit l'emporte sur l'intérêt privé de l'adjudicataire à pouvoir conclure le contrat et commencer son exécution ;

qu'au vu de ces éléments, il convient de retenir, *prima facie* et sans préjudice de l'examen au fond, que les chances de succès du recours justifient de donner suite à la requête d'effet suspensif ;

qu'il sera statué avec la décision au fond sur les frais de la présente décision.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

octroie 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_____, à B_____, à l'office cantonal des bâtiments et à la commission de la concurrence.

La juge :

F. Krauskopf

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :