RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1091/2005-FOND **ATA/320/2005**

DÉCISION

DU

PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 28 avril 2005

sur effet suspensif

dans la cause

G. DENTAN GENÈVE
SANITOIT S.A.
TECTON ETANCHEITÉ S.A.
représentés par Me Jean-Marc Siegrist, avocat

contre

FONDATION DU PALAIS DES EXPOSITIONS - GENÈVE
représentée par Me Michel D'Alessandri, avocat

EN FAIT

1. Le 8 juillet 2004, la Fondation du palais des expositions (ci-après : la fondation), propriétaire des bâtiments du complexe PALEXPO, à l'exception de la halle 6, a invité plusieurs entreprises à soumissionner pour des travaux ayant pour objet le remplacement de l'étanchéité « Sarnafil » sur les toitures halle 1 et coursive du bâtiment de PALEXPO.

2. A l'ouverture des soumissions, le 30 août 2004 à 09h00, la fondation avait reçu trois offres, dont celle présentée par le consortium formé des entreprises Sanitoit S.A. - G. Dentan Genève - Tecton Étanchéité S.A. (ci-après : le consortium). Celui-ci a déposé deux soumissions datées du 30 juillet 2004, la première s'élevait à CHF 957'640.- et la seconde à CHF 266'848.-.

3. Par courrier du 27 août 2004, la fondation a informé les soumissionnaires qu'il ne lui était pas possible en l'état d'adjuger ces travaux. De nouvelles études étaient entreprises afin de présenter à la fondation propriétaire une solution financièrement acceptable.

4. Le 23 novembre 2004, la fondation a avisé les soumissionnaires que les travaux étaient reportés au printemps 2005. Un délai au 15 décembre 2004 leur était imparti pour retourner à la fondation leur soumission, cas échéant aux conditions modifiées en raison du report des travaux.

5. A l'ouverture des soumissions, le 16 décembre 2004 à 10h00, la fondation avait reçu sept soumissions avec le système « Sarnafil » et quatre soumissions avec la variante « Derbigum ».

   Le consortium avait présenté deux offres, soit l'une avec le système « Sarnafil » s'élevant à CHF 1'181'448.- en chiffres ronds ainsi qu'une variante avec les produits « Sucoflex » s'élevant à CHF 1'054'480.- en chiffres ronds.

6. Par courrier du 17 mars 2005, la fondation a informé le consortium que le choix du maître d'œuvre s'était porté sur une autre entreprise.

   Il résulte des pièces du dossier que les travaux ont été adjugés au consortium formé des entreprises Simon Borga Toitures S.A. et JMD Cerutti S.A., ayant présenté une offre avec le système « Derbigum »

7. Le consortium a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision précitée par acte du 13 avril 2005.

Préalablement, il conclut à ce que le recours soit assorti de l'effet suspensif et, sur le fond, à l'annulation de la décision du 17 mars 2005 et à ce que le marché lui soit adjugé, avec suite de frais et dépens.

Il invoque la violation de l'article 5 de la loi fédérale sur les marchés intérieurs du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02) ainsi que celle des dispositions de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et du règlement sur la passation des marchés publics en matière de constructions du 19 novembre 1997 (RMPC - L 6 05.01).

8. Invitée à se prononcer sur la question de l'effet suspensif, la fondation a conclu au retrait de l'effet suspensif au recours, celui-ci étant d'une part dénué de toute chance de succès et d'autre part, le report des travaux étant susceptible de lui causer un dommage important en cas de grêle, étant précisé que les risques liés à la grêle augmentaient en fonction de l'approche de la saison chaude.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif est compétent pour connaître d'un recours fondé sur la LMI (ATA/647/2004 du 24 août 2004).

2. Selon cette jurisprudence, le recours relatif à une violation de la LMI est régi par les normes usuelles de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

3. Sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif de par la loi (art. 66 al. 1 LPA). Lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, à la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer l'effet suspensif (art. 62 al. 2 LPA).

Selon la jurisprudence, il y a lieu d'effectuer une pesée entre les intérêts privés ou publics en jeu, étant précisé que l'autorité peut aussi tenir compte des chances de succès du recours (ATA/171/2005 du 24 mars 2005 et les références citées).

4. Trois conditions doivent être réunies pour que l'effet suspensif automatique lié à un recours puisse être retiré, à savoir :

- L'existence d'une requête formelle de la partie lésée ;
- Une lésion grave des intérêts de celle-ci ;
- Une absence d'intérêts opposés prépondérant.

L'effet suspensif doit être retiré que pour des motifs particulièrement suffisants, importants ou impérieux, ou encore lorsque des intérêts publics considérables sont en danger (ATA/156/2003 du 18 mars 2003 et les références citées).

5. En l'espèce, la première condition énoncée ci-dessus est remplie.

S'agissant de la lésion grave des intérêts de la partie lésée, il sied de relever que le retard dans l'exécution des travaux est de nature à causer un grave préjudice à la fondation. Il y va également de l'intérêt public lié à la sécurité des nombreux visiteurs fréquentant PALEXPO. En ce sens, la seconde condition est réalisée.

A cela s'oppose l'intérêt privé du consortium recourant. Le Tribunal administratif retient à cet égard que l'éventuelle admission du recours n'aurait pas nécessairement pour effet de lui attribuer le marché, car l'autorité saisie ne peut pas statuer en opportunité (art. 61 al. 2 LPA).

Il apparaît au surplus que les chances de succès du recours sont minimes. D'une part, le système retenu procède du libre choix du maître de l'ouvrage. D'autre part, dût-on s'en tenir au système « Sarnafil », que l'offre du consortium vient de toute façon en quatrième position sur les sept soumissions rentrées.

6. Au vu de ce qui précède, et au terme d'une pesée entre les différents intérêts susmentionnés, le président du Tribunal administratif retirera l'effet suspensif au recours.

7. Le sort des frais de justice sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

retire l'effet suspensif au recours ;

réserve le sort des frais et dépens jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que, conformément aux articles 97 et suivants de la loi fédérale d'organisation judiciaire, la présente décision peut être portée, par voie de recours de droit administratif, dans les dix jours dès sa notification, par devant le Tribunal fédéral; 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 en trois exemplaires au moins au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14; la présente décision et les pièces en

possession du recourant, invoquées comme moyen de preuve, doivent être joints à l'envoi;

communique la présente décision à Me Jean-Marc Siegrist, avocat des recourants ainsi qu'à Me Michel D'Alessandri, avocat de la fondation du palais des expositions.

Le président du Tribunal administratif :

F. Paychère

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :