RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1256/2007-DIV **ATA/171/2007**

DÉCISION

DU

PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 13 avril 2007

sur effet suspensif

dans la cause

S_____ S.A.
représentée par Me Olivier Rodondi, avocat

contre

P_____
représentée par Me Ivo Buetti, avocat

et

B_____SÀRL
appelée en cause
représentée par Me Patrice Riondel, avocat

Vu l'avis d'adjudication publié le 19 mars 2007 dans la Feuille d'Avis Officielle (ci-après : FAO) selon lequel la P_____ avait attribué à B_____Sàrl le marché portant sur la rénovation des infrastructures de communication de cet établissement ;

vu le recours interjeté auprès du Tribunal administratif le 26 mars 2007 par S_____ S.A., concurrent évincé, qui concluait à titre préalable à l'octroi de l'effet suspensif et à la production, par la P_____, de l'entier du dossier, tout en demandant principalement la réforme de la décision de la P_____, l'annulation de l'adjudication à B_____ Sàrl et l'octroi du marché à S_____ S.A. ;

vu l'appel en cause de B_____ Sàrl ordonné par le juge délégué le 29 mars 2007 ;

vu le délai au 12 avril 2007 fixé à l'appelée en cause et à l'intimée pour se déterminer sur effet suspensif ;

vu la décision prise le 5 avril 2007 sur mesures provisionnelles à la requête de S_____ S.A. faisant interdiction à la P_____ de conclure le contrat avec l'adjudicataire tant et aussi longtemps qu'une décision sur effet suspensif n'aura pas été rendue ;

vu la détermination sur effet suspensif reçue le 12 avril 2007 de la P_____ et de B_____ Sàrl lesquelles s'en rapportent toutes deux quant à la recevabilité du recours et de la demande d'effet suspensif mais concluent au rejet de cette dernière ;

vu les pièces produites ;

vu en particulier la détermination de l'autorité adjudicatrice dont il apparaît que l'offre de la recourante était incomplète sur plusieurs points essentiels de sorte que ladite offre n'a pu être analysée sur la base des critères d'adjudication définis sous chiffre 2.1.6 du cahier des charges car elle n'était ni adéquate, ni vérifiable, ni comparable aux autres offres ;

vu la transmission de ces écritures à la recourante et la cause gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant en droit que :

1. Le recours n'a pas effet suspensif ex-lege (art. 17 al. 1 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05), la recevabilité du recours étant cependant réservée en l'état. Toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, accorder l'effet suspensif, pour autant que celui-ci paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé

prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP), cette formulation s'inspirant de celle de l'article 66 alinéa 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) (ATA/44/2007 du 5 février 2007 ; ATA/21/2007 du 23 janvier 2007 ; ATA/858/2005 du 15 décembre 2005).

Contrairement à un principe généralement bien établi en droit public, le législateur a refusé d'accorder l'effet suspensif automatique au recours afin de dissuader le soumissionnaire évincé d'utiliser le recours comme moyen de pression. Dès lors que le législateur a érigé cette exclusion en principe, les exceptions à celui-ci doivent s'interpréter restrictivement (ATA/133/2006 du 9 mars 2006).

2. Selon la jurisprudence, il y a lieu d'effectuer une pesée entre les intérêts public et privé en jeu. Doivent en outre être prises en considération les chances de succès du recours. Cet examen a pour but de refuser l'effet suspensif aux recours manifestement dépourvus de chance de succès (F. GYGI, l'effet suspensif et les mesures provisionnelles en procédure administrative, in RDAF 1976 p. 274 ; RDAF 1998 I p. 41 ; ATA/858/2005 précité ; ATA/596/2004 du 15 juillet 2004 et les références citées).

3. Il s'agit donc de déterminer si un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose à la restitution de l'effet suspensif, ce d'autant que le Président du Tribunal de céans a d'ores et déjà statué sur mesures provisionnelles le 5 avril 2007 en faisant interdiction aux intéressés de conclure le contrat tant et aussi longtemps qu'une décision sur effet suspensif n'aura pas été rendue.

a. L'intérêt de la P_____, à la modernisation de ses systèmes de communication est un intérêt public manifeste puisque la réalisation du marché en cause améliorera de manière notable la sécurité des résidents.

b. L'intérêt de la recourante à l'annulation de l'adjudication faite à B_____ Sàrl est digne de protection mais même si sur ce point la recourante obtenait gain de cause, il n'en résulterait pas nécessairement que le marché lui serait adjugé comme elle le requiert.

c. Encore faut-il que le recours ne soit pas dénué de chance de succès. Or, il résulte en particulier de la détermination sur effet suspensif de la P_____ du 12 avril 2007 que l'offre de S_____ S.A. ne correspondait pas au cahier des charges, raison pour laquelle elle n'a pas pu être comparée aux offres des autres soumissionnaires. Au vu de ce seul élément, il apparaît - prima facie - que le recours, pour autant qu'il soit recevable, risque de ne pas connaître une issue favorable de sorte qu'il serait disproportionné à ce stade de la procédure de lui octroyer l'effet suspensif et d'empêcher la P_____ et B_____ Sàrl de conclure le contrat.

4. Au terme d'une pesée entre les différents intérêts susmentionnés, le Président du Tribunal administratif refusera d'octroyer l'effet suspensif au recours de S_____ S.A.

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

PAR CES MOTIFS,

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

rejette la requête en octroi de l'effet suspensif au recours interjeté le 26 mars 2007 par S_____ S.A. contre la décision de la Maison de retraite du P_____ publiée dans la Feuille d'Avis Officielle du lundi 19 mars 2007 ;

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

Cela fait :

fixe un délai au 15 mai 2007 à la P_____ et B_____ Sàrl pour répondre sur le fond.

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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 soulèvent une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les articles 113 et suivants 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'article 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

communique la présente décision, en copie, à Me Olivier Rodondi, avocat de la recourante, à Me Ivo Buetti, avocat de la P_____ ainsi qu'à Me Patrice Riondel, avocat de l'appelée en cause.

Le président du Tribunal administratif :

F. Paychère

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :