RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/199/2007-FIN **ATA/44/2007**

DÉCISION

DU

PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 5 février 2007

sur effet suspensif

dans la cause

PHILIPS AG
représentée par Mes Jean Marguerat et Frédéric Serra, avocats

contre

PARTENARIAT DES ACHATS INFORMATIQUES ROMANDS (PAIR)

EN FAIT

1. Dans la Feuille d'Avis Officielle (ci-après : FAO) du 8 janvier 2007 un appel d'offres a été lancé par le "Partenariat des Achats Informatiques Romands (ci-après : PAIR), Centrale commune d'achats de la République et Canton de Genève", se présentant comme autorité adjudicatrice, pour un marché en procédure ouverte portant sur 4 lots, soit le premier pour des ordinateurs personnels, d'une valeur présumée de 16 millions, le deuxième pour des ordinateurs portables (4 millions), le troisième pour des écrans (5 millions) et le quatrième pour des imprimantes (2 millions).

   L'ouverture des offres était prévue le 21 février 2007 et l'exécution du marché fixée du 1er mai 2007 au 31 décembre 2008.

   Il était spécifié que le lieu de destination et/ou d'exécution se trouvait aux "adresses de chacune des collectivités publiques et parapubliques romandes, membres du PAIR", participant audit appel d'offres.

   Aucune voie de droit n'était mentionnée.

2. Par acte posté le 18 janvier 2007, Philips AG, de siège à Zurich, a recouru contre cette décision, susceptible de recours selon la jurisprudence.

   Elle a conclu préalablement à l'octroi de l'effet suspensif et principalement à l'octroi d'un délai pour compléter son recours, puis à l'annulation de la décision attaquée.

   Elle voulait soumissionner pour le lot 3 seulement.

   L'appel d'offres faisant obligation à Philips AG mais également à tous ses distributeurs, de produire tous les documents usuels énumérés au chiffre 16, violait le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (art. 11 lit a de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 et 6 du règlement sur la passation des marchés publics en matière de fourniture et de services du 23 août 1999 - le règlement - L 6 05.03) puisque lesdits distributeurs ne parviendraient pas à réunir ces pièces dans le délai prévu. L'appel d'offres favorisait ainsi les soumissionnaires qui distribuaient eux-mêmes leurs produits, tel Dell, déjà fournisseur du PAIR.

   Ce mode de procéder violait également la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LC - RS 251) ainsi que la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02).

3. Invité à se déterminer sur effet suspensif, le PAIR a répondu le 30 janvier 2007 qu'il était une association constituée le 28 novembre 2000, à but non lucratif.

Selon ses statuts, le siège du PAIR se trouvait à l'adresse professionnelle de son président, soit de M. Bernard Taschini, pour adresse Centrale Commune d'Achats de la République et Canton de Genève, 15, rue du Stand à Genève, cette Centrale ayant participé à l'élaboration de l'appel d'offres contesté en sa qualité d'instance d'assistance et de conseil en matière de marchés publics pour les acquisitions et les fournitures des services.

Le PAIR s'en est rapporté à justice quant à la recevabilité du recours non sans relever que Philips AG n'avait peut-être pas la qualité pour recourir, n'ayant demandé le dossier de soumission que le 25 janvier 2007, soit après le dépôt du recours.

Quant à l'octroi de l'effet suspensif, il ne pouvait concerner que le lot n° 3. Il devait être refusé car le recours était dénué de chances de succès.

Philips AG avait choisi de s'organiser différemment de certains de ses concurrents en ne distribuant pas elle-même ses produits. Tous les distributeurs devaient en conséquence fournir les documents requis, ce qui était possible dans le délai fixé, comme un autre appel d'offres lancé en 2005 l'avait démontré.

Les documents devant être produits étaient ceux énoncés à l'article 25 du règlement.

Le principe d'une concurrence efficace était respecté puisque, selon l'appel d'offres, le PAIR entendait adjuger le marché à deux soumissionnaires pour chaque lot.

La violation de la LC n'était pas réalisée, à supposer que le Tribunal administratif soit compétent pour en connaître.

Enfin, les griefs relatifs à la violation de la LMI, fondés sur le fait que le soumissionnaire devait disposer d'un service après-vente en Suisse romande, n'étaient pas fondés non plus, ce point n'étant pas une exigence éliminatoire mais un élément devant être apprécié.

Sur le fond, le recours devait être rejeté.

EN DROIT

1. Interjeté dans le délai de 10 jours dès la parution de l'appel d'offres dans la FAO du 8 janvier 2007, le recours l'a été en temps utile auprès de la juridiction compétente (art. 15 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 3 alinéas 1 et 2 lettre a de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 - LAIMP - L 6.01.0).

2. Le recours n'a pas effet suspensif ex lege (art. 17 al. 1 AIMP). 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/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).

3. Si l'effet suspensif n'est pas restitué, le contrat peut être conclu dès l'expiration du délai de recours (art. 14 AIMP).

4. 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. 224 ; RDAF 1998 I p. 41 ; ATA/858/2005 précité ; ATA 596/2004 du 15 juillet 2004 et les références citées).

5. Il s'agit donc de déterminer si un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose à la restitution de l'effet suspensif.

a. L'intérêt des membres du PAIR à la passation du marché est certain puisque les acquisitions projetées doivent permettre d'améliorer les prestations de ceux-ci.

b. Quant à l'intérêt de la recourante, il réside dans le fait qu'elle souhaiterait pouvoir, au même titre que ses concurrents, participer dans le délai prévu à l'appel d'offres en question. Elle invoque le fait que son mode d'organisation l'en empêcherait, chacun de ses distributeurs devant produire la totalité des attestations requises.

Sans qu'il soit nécessaire d'examiner ici si cette exigence contrevient au principe d'égalité de traitement, il suffit de constater qu'à la date du dépôt du recours, Philips AG - et tous ses distributeurs - disposaient encore de plus d'un mois pour produire les attestations demandées. Toutefois, la qualité d'autorité adjudicatrice doit être déterminée.

6. Au terme d'une pesée entre les différents intérêts susmentionnés, le président du Tribunal administratif restituera l'effet suspensif au recours pour le seul lot n°3.

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

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

restitue l'effet suspensif au recours pour le seul lot n° 3 ;

fixe un délai au PAIR au 14 février 2007 pour se déterminer sur sa qualité d'autorité adjudicatrice au sens de l'article 8 AIMP ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au 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 contestation porte sur 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, par télécopie et courrier, à Mes Jean Marguerat et Frédéric Serra, avocats de la recourante ainsi qu'au Partenariat des Achats Informatiques Romands (PAIR), soit pour lui à Monsieur Bernard Taschini, président.

Le président du Tribunal administratif :

F. Paychère

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :