

SUR EFFET SUSPENSIF

du 19 janvier 2004

dans la cause

B. S.A

représentée par Me Henri Baudraz, avocat

contre

ASSOCIATION Bo. S.A.

et

COMMUNE DE CONFIGNON

représentée par Me Pierre Louis Manfrini, avocat

EN FAIT

1. Le lundi 28 juillet 2003, les communes de Confignon et de Bernex ont fait paraître dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) un avis de soumission publique portant sur la construction d'un groupe scolaire à Cressy. Le marché concernait les prestations d'ingénieur civil (phase préparatoire et mise au net du projet définitif, établissement du dossier d'appel d'offres et comparaison des offres, établissement du projet d'exécution, surveillance des travaux et vérification finale y compris travaux de garantie. Il s'agissait d'une procédure sélective à deux tours soumise, lors de sa publication, à l'accord GATT/OMC et à l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP - RS 172.056.4).
2. Sept bureaux ont été retenus pour le deuxième tour d'évaluation, notamment B. S.A. (ci-après : B. ou l'entreprise), ainsi que l'association Bo. S.A. (ci-après : Bo. S.A.).
3. Les communes ont remis aux bureaux retenus un dossier d'appel d'offres, dont il ressortait notamment que les critères d'adjudication seraient les suivants :
 - qualité économique de l'offre (pondération 30%);
 - organisation du candidat pour répondre aux prestations demandées (pondération 30%);
 - qualité de la solution proposée pour résoudre le problème technique particulier (pondération 30%);
 - qualité de présentation de l'offre (pondération 10%).
4. Lors de l'ouverture des offres, le 20 novembre 2003, les offres variaient entre CHF 230'000.- et CHF 400'000.-. Le bureau B. était le moins-disant (CHF 230'000.-). L'offre de Bo. S.A. était de CHF 295'000.-.
5. Le comité d'évaluation s'est réuni le 24 novembre 2003.

Le montant de l'offre économiquement juste a été fixé à CHF 298'714.-, après que plusieurs solutions eurent été proposées (moyenne arithmétique de toutes les offres : CHF 305'000; normes SIA moins 25% : CHF 327'500.-; moyenne entre les deux offres ayant la meilleure note technique soit CHF 285'000.-; moyenne entre les offres après avoir enlevé la moins chère et la plus chère soit CHF 301'000.-). Le bureau Bo. S.A. a obtenu la note de 3,890 pour la qualité économique de l'offre, 3,800 pour la solution technique, 3,360 pour l'organisation du bureau et 3,500 pour la présentation de l'offre. Après pondération, la note totale était de 3,665, et il s'est vu attribuer le marché.

B. a obtenu quant à elle, une note de 1,980.- pour la qualité économique de l'offre, 2,900 pour la solution technique, 3,210 pour l'organisation du bureau et 3,500 pour la présentation du dossier. La note finale était de 2,777, après pondération. L'entreprise était en sixième rang.

6. Par courrier du 3 décembre 2003, les communes ont informé B. que le comité d'évaluation avait choisi le bureau Bo. S.A.

Un tirage des notes obtenues par l'entreprise était joint à cet envoi.

7. Par acte mis à la poste le 10 décembre 2003, B. S.A. a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif. Ses compétences techniques étaient indiscutables et l'entreprise disposait d'une équipe en mesure d'exécuter la prestation demandée. Il n'y avait pas de raison objective pour choisir une autre entreprise.

Un délai était demandé pour compléter le recours, une fois la motivation de l'autorité reconnue. Préalablement, la restitution de l'effet suspensif était demandée.

9. Le 9 janvier 2004, l'autorité intimée s'est opposée à la restitution de l'effet suspensif. La valeur-seuil pour que l'AIMP soit applicable n'était pas atteinte, contrairement à ce que la commune de Confignon pensait lorsqu'elle avait publié l'offre. Dès lors, le recours devait être déclaré irrecevable, le Tribunal administratif n'étant pas compétent pour en connaître.

De plus, Il y avait un intérêt public prépondérant à ce que le contrat soit conclu, d'autre part.

EN DROIT

1. a. À teneur de l'article 17 alinéa 1 AIMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, accorder l'effet suspensif à un recours pour autant que celui-ci paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose. Cette formulation s'inspire de celle de l'article 66 alinéa 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA E 5 10).

b. 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 G. du

17 janvier 2003).

c. Selon la jurisprudence, il y a lieu d'effectuer une pesée entre les intérêts publics et privés en jeu. Doivent être en outre prises en considération les chances de succès du recours. Cet examen a pour but de refuser l'effet suspensif aux recours manifestement dépourvus de chances de succès (F. GYGI, L'effet suspensif et les mesures provisionnelles en procédure administrative in RDAF 1976 p. 224; RDAF 1998 I p. 41; décisions du Président du Tribunal administratif A. du 9 février 2000 et H. du 28 novembre 2002).

2. a. En matière de décision relative à l'attribution de marché public, le recours au Tribunal administratif n'est recevable que dans la mesure où une disposition légale, réglementaire ou statutaire spéciale le prévoit (art. 56B al. 4 lettre c de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05).

b. L'article 7 alinéa 1 lettre b AIMP indique que, pour être soumise à l'accord, la valeur-seuil des marchés de service est de CHF 380'000.-.

Ce texte a été amendé le 15 mars 2001 et la nouvelle teneur n'est pas encore applicable au canton de Genève qui n'y a pas adhéré. En tout état la valeur du seuil pour les marchés de service, tel que celui visé en l'espèce, n'a pas été modifiée.

c. Selon la jurisprudence du Tribunal administratif, la valeur-seuil doit être déterminée par la valeur des offres effectivement enregistrées, et non par la valeur estimée par l'appel d'offres (ATA V. du 5 octobre 1999; ATA B. du 10 octobre 2000). La recevabilité du recours apparaît dès lors, prima facie, fort douteuse, le Tribunal administratif n'étant pas compétent pour connaître, sur recours, des marchés n'atteignant pas la valeur-seuil définie par l'AIMP.

3. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de refuser l'octroi de l'effet suspensif. Le sort des émoluments et indemnités éventuelles sera tranché dans l'arrêt au fond.

PAR CES MOTIFS
le Président du Tribunal
administratif

rejette la demande d'effet suspensif;

réserve le sort des émoluments et indemnités éventuelles;

communique la présente décision par

télécopie et sous pli recommandé à Me Henri Baudraz, avocat de B. S.A., à Bo. S.A. ainsi qu'à Me Pierre-Louis Manfrini, avocat de l'intimée;

Au nom du Tribunal administratif :

Philippe Thélin
Président

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Mme N. Mega