RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2579/2004-CM **ATA/30/2005**

DECISION

DU PRESIDENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 19 janvier 2005

sur effet suspensif

dans la cause

FELIX BADEL & CIE S.A.

contre

COMMUNE DU GRAND-SACONNEX
représentée par Me Bertrand Reich, avocat

et

EGG-TELSA S.A.

EN FAIT

1. Par avis publiés dans la Feuille d'Avis Officielle (ci-après : FAO) des 12 et 19 juillet 2004, la commune du Grand-Saconnex a lancé une procédure d'attribution des marchés d'installations électriques notamment dans le cadre de la rénovation de l'école de la Tour. Il était spécifié qu'il s'agissait d'une procédure ouverte, l'adjudication étant soumise à l'accord GATT – OMC ainsi qu'à l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP – L 6 05). Le coût estimé des travaux d'électricité se montait à CHF 685'000.- hors taxe.

2. Le délai d'inscription était fixé au 26 juillet et celui pour la remise des offres au 13 septembre 2004.

3. Félix Badel & Cie S.A. a soumissionné pour un total de CHF 650'000.- hors taxe. Si elle a fourni les cinq attestations dont la non présentation était éliminatoire, elle n'a pas répondu à d'autres questions et n'a en particulier pas produit une liste de références.

4. L'offre de Félix Badel & Cie S.A. a reçu un total de 280 points, ce qui la classait ainsi au 4ème rang, alors même que pour le premier critère, le choix est celui de la qualité économique globale de l'offre, elle obtenait 240 points de même qu'Egg-Telsa S.A.

5. La commune du Grand-Saconnex a adjugé à Egg-Telsa S.A. les travaux d'électricité pour un montant hors TVA de CHF 658'000.- ce dont Félix Badel & Cie S.A. a été informée par courrier du 14 décembre 2004.

6. Par acte posté le 17 décembre 2004, Félix Badel & Cie S.A. a saisi le Tribunal administratif d'un recours en le priant de bien vouloir réexaminer l'adjudication précitée, faite de manière tout à fait arbitraire. Elle contestait le 4ème rang qui lui avait été attribué alors qu'elle était sortie 1ère au moment de l'ouverture publique et des offres le 20 septembre 2004, étant moins-disante.

7. Par lettre signature du 22 décembre 2004, le juge délégué a imparti à Félix Badel & Cie S.A. un délai au 10 janvier 2005, sous peine d'irrecevabilité pour faire connaître ses prétentions exactes.

8. Par courrier daté du 23 décembre 2004, Félix Badel S.A. a réitéré le fait que l'adjudication violait clairement les règles du droit applicable en l'espèce et que seule la restitution de l'effet suspensif était de nature à préserver ses droits. En effet, même si elle n'avait pas indiqué une référence, il ne se justifiait pas de la pénaliser en la plaçant à la 4ème place alors qu'elle exploitait une entreprise plus que centenaire d'une part, et que la pondération des critères d'adjudication donnait une importance accrue au prix ce qui devait l'avantager puisqu'elle avait

rendu l'offre la plus basse. Elle demandait que le dossier soit renvoyé à l'architecte et à la commune pour nouvelle décision et que sa partie adverse soit déboutée de toutes autres conclusions.

9. Le 14 janvier 2005, la commune du Grand-Saconnex s'est opposée à la restitution de l'effet suspensif. Quant à Egg-Telsa S.A., elle ne s'est pas déterminée.

10. Sur quoi, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

EN DROIT

1. La décision d'adjudication présentement attaquée est soumise à l'AIMP, entré en vigueur pour Genève le 9 décembre 1997, ainsi qu'au règlement sur la passation des marchés publics en matière de constructions du 19 novembre 1997 (ci-après : le règlement – L 6 05.01).

2. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours semble – prima facie – recevable de ce point de vue (art. 15 AIMP ; art. 3 al. 1 et 2 litt 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 05.0). Il en est de même au regard de la valeur seuil, l'estimation du marché étant supérieure à CHF 300'000.- (art. 17 du règlement précité).

3. 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 à un recours, 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 ; décision du président du Tribunal administratif ATA/596/2004 du 27 juillet 2004).

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/90/2004 du 19 janvier 2004 et les références citées).

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

Dans cette hypothèse, l'autorité ne peut examiner le caractère licite ou non de la décision (art. 18 al. 2 AIMP).

4. 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 public à la réalisation des travaux concernant cette école est certain. Quant à l'intérêt public au respect des principes d'une libre et saine concurrence, il est établi par les dispositions légales précitées.

b. L'intérêt privé de l'adjudicataire au maintien de la décision attaquée est manifeste. A celui-ci s'oppose l'intérêt privé de la recourante.

c. Cependant, l'éventuelle admission du recours n'aurait pas nécessairement pour effet d'attribuer le marché à la recourante, l'autorité saisie ne pouvant statuer en opportunité (art. 16 al. 1 et 2 AIMP).

5. En l'espèce, la société recourante figure en 4ème position, soit loin derrière Egg-Telsa S.A. classée 1ère, même si l'écart de prix entre les offres respectives de ces deux entités est de CHF 8'000.- seulement et qu'elles ont obtenu toutes deux le même nombre de points, soit 240 sur le premier critère relatif à la qualité économique globale de l'offre. Il en résulte que ce sont les deux autres critères soit l'organisation et la capacité du candidat pour l'exécution du marché ainsi que les références de celui-ci qui ont permis à l'autorité adjudicatrice de préférer Egg Telsa S.A.. Il ne suffit en effet pas d'être moins-disant pour obtenir un marché et la recourante ne conteste pas n'avoir fourni aucune référence en se prévalant d'une notoriété centenaire.

6. Il reste à examiner si le recours paraît « suffisamment fondé » au sens de l'article 17 alinéa 2 AIMP.

7. Compte tenu du classement final de la recourante et des arguments invoqués, le recours ne paraît – prima facie – suffisamment fondé pour obtenir de la juridiction de céans la restitution de l'effet suspensif.

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

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LE PRESIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

rejette la demande d'effet suspensif ;

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

communique le présent arrêt à Félix Badel & Cie S.A., à Me Bertrand Reich, avocat de la commune du Grand-Saconnex ainsi qu'à Egg-Telsa S.A.

Le Président du Tribunal administratif :

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :