RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/2596/2004-CM** **ATA/31/2005**

# DECISION

# DU PRESIDENT

# DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

# du 19 janvier 2005

**sur effet suspensif**

dans la cause

**DENTAN ETANCHEITE S.A.**

contre

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

et

**GEORGES CONSTANTIN 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 de ferblanterie et étanchéité 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 de ferblanterie et d'étanchéité se montait à CHF 475'000.-, hors taxe.

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

3. Dentan Etanchéité S.A. à Thônex a soumissionné pour une somme de CHF 300'000.-, 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 Dentan Etanchéité S.A. a reçu un total de 313 points, ce qui la classait au 5ème rang, alors même que comme deux autres candidats, elle avait reçu 240 points pour le critère relatif à la qualité économique globale de l'offre car la sienne était l'une des moins chères.

5. La commune du Grand-Saconnex a adjugé à Constantin Georges S.A. les travaux d'étanchéité pour un montant hors TVA de CHF 311'318,65 ce dont Dentan Etanchéité S.A. a été informée par courrier du 14 décembre 2004.

6. Par acte posté le 21 décembre 2004, Dentan Etanchéité S.A. a recouru auprès du « département de justice, police et des transports, au greffe du Tribunal administratif, rue du Mont-Blanc » contre cette décision, en se disant surprise de son classement et en soutenant que l'adjudicataire, spécialisée dans la ferblanterie, devrait sous-traiter la quasi-totalité des travaux. Elle se demandait pour quelle raison sa candidature n'avait pas été retenue.

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

8. Par courrier du 22 décembre 2004, la recourante a répondu qu'elle avait fait une offre d'un montant inférieur à celle de l'adjudicataire. Elle réitérait sa surprise quant aux critères d'évaluation sans prendre davantage de conclusions.

9. La commune du Grand-Saconnex et Constantin Georges S.A. ont été invitées à se déterminer préalablement sur effet suspensif, ce qu'elles ont fait le 14 janvier 2005, la première pour relever que la recourante n'avait pas expressément sollicité la restitution de l'effet suspensif d'une part, et la seconde en répondant sur le fond du recours, d'autre part.

10. Sur quoi, la cause a été gardée à juger sur cette question.

## 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 5ème position et elle n'est pas même moins-disante puisqu'une autre offre s'établit à CHF 299'851,45.

6. Il reste à examiner si le recours paraît « suffisamment fondé » au sens de l'article 17 alinéa 2 AIMP. Or, la recourante soutient être la moins-disante, ce qui n'est pas le cas, et réclame pour le surplus des explications quant aux critères d'évaluation sans conclure formellement à l'annulation du marché ou à l'attribution de celui-ci à son profit.

Compte tenu du classement final de la recourante et des arguments invoqués, le recours ne paraît pas – 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 au fond.

* * * * *

**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 Dentan Etanchéité S.A., à Me Bertrand Reich, avocat de la commune du Grand-Saconnex ainsi qu'à Constantin Georges S.A..

Le Président du Tribunal administratif :

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :