RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/287/2006-VG **ATA/80/2006**

DÉCISION

DU

PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 8 février 2006

sur effet suspensif

dans la cause

BERNARD FREI & CIE S.A.
représentée par Me Eric Kaltenrieder, avocat

contre

VILLE DE GENÈVE

EN FAIT

1. Le 28 novembre 2005, la Ville de Genève (ci-après : la Ville) a publié dans la feuille d'avis officielle (ci-après : FAO) un appel d'offres portant sur l'acquisition de véhicules et engins spécifiques de voirie.

   Divisé en huit lots de valeur inégale, le marché en cause s'élevait à CHF 3'300'000.-.

   Il était précisé que la séance d'ouverture des soumissions se déroulerait le 11 janvier 2006 dans les locaux de la Ville et ne serait pas publique.

   Un délai était fixé au lundi 9 janvier 2006, à 12h00, pour remettre les offres au service d'incendie.

2. Quatorze sociétés ont déposé une offre dans le délai imparti, dont la société Bernard Frei & Cie S.A. (ci-après Frei S.A.), établie à Yverdon-les-Bains, par pli simple.

3. Le 11 janvier 2006, la Ville a procédé à l'ouverture des offres. Aucun soumissionnaire n'était présent.

   A teneur du procès-verbal établi cette occasion, deux soumissionnaires ont notamment été éliminés en raison de l'absence des attestations requises, dont la société Frei S.A.

4. Par décision du 16 janvier 2006, la Ville a informé Frei S.A. que son offre avait été exclue en application de l'article 32 lettre a du règlement sur la passation des marchés publics en matière de fournitures et de services du 23 août 1999 (RMPFS – L 6 05.03).

   En effet, le dossier d'appel d'offres remis par Frei S.A. n'était pas accompagné des attestations demandées, contrairement à ce qui était expressément exigé dans le cahier des charges.

   La voie et le délai de recours étaient indiqués.

5. Par acte posté le 26 janvier 2006, Frei S.A. a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif en sollicitant préalablement l'octroi de l'effet suspensif. Principalement, elle conclut à l'annulation de la décision de la Ville du 11 janvier 2006 et à être autorisée à participer à la procédure d'adjudication litigieuse.

   A l'appui de ses conclusions, elle exposait en substance que le dossier qu'elle avait remis à la Ville comportait lesdites attestations, de sorte qu'il était

complet. Elle devait par conséquent être autorisée à participer à la procédure d'adjudication.

6. Invitée à se déterminer sur effet suspensif, la Ville a conclu le 6 février 2006 au rejet de la demande.

L'offre de Frei S.A. ne comportait pas les attestations litigieuses au moment de l'ouverture des soumissions, ainsi qu'en attestait le procès-verbal établi à cette occasion.

S'agissant de l'urgence, l'appel d'offres visait le remplacement d'un certain nombre de véhicules et engins de voirie désuets et ne correspondant plus aux normes actuelles. Certains de ces engins émettaient une grande quantité de particules fines très dangereuses pour la santé. Enfin, leur entretien courant générait des frais très importants.

7. Sur quoi, la requête en restitution d'effet suspensif a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est - *prima facie* - recevable de ce point de vue (art. 15 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 AIMP - L 6 05 ; 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).

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

Toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, accorder l'effet suspensif, pour autant que celui-ci apparaisse 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/482/2005 du 6 juillet 2005 ; ATA/596/2004 du 15 juillet 2004 et les références citées).

Contrairement à un principe en général 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/482/2005 précité).

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

3. Selon la jurisprudence, il y a lieu d'effectuer une pesée entre les intérêts publics et privés 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 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 ; ATA/596/2004 précité).

En l'espèce, le recours n'apparaît pas manifestement dénué de toute chance de succès. Quant à l'intérêt de la Ville justifié essentiellement par la nécessité de remplacer des véhicules certes désuets mais toujours fonctionnels, il n'apparaît pas prépondérant par rapport à l'intérêt privé de la recourante d'une part et à l'intérêt public quant au respect de la loi par les pouvoirs adjudicateurs d'autre part (cf. ATA/852/2003 du 21 novembre 2003).

4. Au vu de ce qui précède, la demande de restitution de l'effet suspensif sera admise. Il appartiendra à l'autorité intimée de déposer la liste complète des soumissionnaires, avec leurs adresses.

Le sort des frais de la présente décision sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

restitue l'effet suspensif au recours ;

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

sur le fond :

impartit à la Ville de Genève un délai pour déposer au Tribunal administratif, le vendredi 17 février à midi au plus tard, la liste des noms et adresses des soumissionnaires ;

communique la présente décision, en copie, à Me Eric Kaltenrieder, avocat de Bernard Frei & Cie S.A., ainsi qu'à la Ville de Genève.

Le président du Tribunal administratif :

F. Paychère

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :