

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/309/2010-MARPU

ATA/76/2010

DÉCISION

DE LA

PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 9 février 2010

sur effet suspensif

dans la cause

CARO'CIMENT C'C S.A.

contre

**DÉPARTEMENT DES CONSTRUCTIONS ET DES TECHNOLOGIES DE
L'INFORMATION**

EN FAIT

1. Le 12 octobre 2009, l'Etat de Genève, soit pour lui le département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : le département), représenté par Tekhne S.A., 33, avenue de la Gare, 1200 Lausanne, a initié une procédure sur invitation pour des travaux à effectuer dans le cycle d'orientation de Drize (ci-après : CO Drize), à Carouge (Genève).

Le marché en question était soumis notamment à la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI - RS 943.02), à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994, révisé le 15 mars 2001 (AIMP - L 6 05), ainsi que ses directives d'exécution, à la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0) ainsi qu'au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

Les offres devaient parvenir à Tekhne S.A. au plus tard le 6 novembre 2009 à 12h00.

2. Le département a établi un dossier d'appel d'offres portant notamment sur le lot 809.5 (tables en béton) et 809.6 (bancs et tabourets), tout mobilier à poser dans les couloirs du CO Drize.

Le dossier d'appel d'offres et ses annexes contenaient toutes les précisions nécessaires en relation avec le dépôt de l'offre.

3. Caro'Ciment C'C S.A. (ci-après : Caro'Ciment), de siège à Porrentruy, a rempli deux offres, la première pour le lot 809.5 et la seconde pour le lot 809.6.
4. Par courriel du 4 novembre 2009, Caro'Ciment a informé Tekhne S.A. qu'elle n'aurait pas toutes les attestations demandées dans le délai de l'appel d'offres et demandait s'il serait possible d'avoir un délai supplémentaire.
5. Le même jour, Tekhne S.A. a répondu à Caro'Ciment que la soumission devait lui être adressée dans le délai imparti et que les attestations devaient lui parvenir dès que possible.
6. Le 5 novembre 2009, Caro'Ciment a déposé la soumission pour le lot 809.5 en précisant « comme je vous l'ai indiqué, je n'ai pas reçu les certificats demandés. Dès réception, je vous les transmettrai. En souhaitant que notre offre soit néanmoins recevable (...) ».
7. Le 30 novembre 2009, Caro'Ciment a adressé à Tekhne S.A. les attestations requises en relation avec les soumissions des lots 809.5 et 809.6.

Par décision du 14 janvier 2010, le département a informé Caro'Ciment qu'elle était écartée du marché, les attestations datant de moins de trois mois, selon l'annexe P2 du dossier d'appel d'offres lui étant parvenues après la date limite.

Dite décision indiquait la voie et le délai de recours au Tribunal administratif.

8. Caro'Ciment a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision précitée par acte du 27 janvier 2010.

Elle s'était conformée aux instructions qui lui avaient été données, notamment en réponse à sa demande concernant l'octroi d'un délai supplémentaire pour la production des attestations demandées. Elle s'était donc fondée de bonne foi sur un renseignement qu'elle ne pouvait que tenir pour exact. Dès lors, en l'excluant du marché, l'autorité intimée avait violé le principe général de la bonne foi.

Elle conclut préalablement à ce que l'effet suspensif soit octroyé au recours et sur le fond, à l'annulation de la décision du 14 janvier 2010 et à ce qu'il soit ordonné à l'autorité intimée d'ouvrir et d'examiner les offres CFC 809.5 et 809.6, avec suite de frais et dépens.

9. Par courrier du 29 janvier 2010, le Tribunal administratif a fait interdiction à l'autorité intimée de conclure le contrat jusqu'à droit jugé sur effet suspensif et lui a imparti un délai pour se déterminer sur cette question.
10. Dans sa réponse du 5 février 2010, le département s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif au recours.

Les travaux avaient été adjugés à la société MFP Préfabrication S.A., 2074 Marin - Epagnier.

En tant que le recours portait sur le lot 809.6, il n'avait pas d'objet, le département n'ayant rendu aucune décision dans cette procédure.

Les conditions cumulatives de l'art. 17 al. 2 AIMP présidant à la restitution de l'effet suspensif n'étaient pas remplies en l'espèce. D'une part, le recours n'apparaissait pas suffisamment fondé et d'autre part, l'intérêt public à l'exécution du marché primait l'intérêt privé de la recourante à obtenir le marché. En effet, le CO Drize devait être livré fin février 2010 pour accueillir les élèves en mars 2010.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est, *prima facie*, recevable (art. 15 al. 2 AIMP ; art. 3 al. 1 et 2 L-AIMP ; art. 56 al. 1 RMP).

2. En tant que personne exclue d'un marché public, la recourante a, *prima facie*, qualité pour recourir contre la décision d'adjudication (art. 15 al. 1bis let. d AIMP ; art. 55 al. 1 let. c RMP ; art. 60 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
3. Le recours n'a pas d'effet suspensif (art. 17 al. 1 AIMP ; art 58 al. 1 RMP), celui-ci pouvant être restitué par l'autorité de recours, d'office ou sur demande, pour autant qu'il paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP ; 58 al. 2 RMP) cette formulation s'inspirant de celle de l'art. 66 al. 2 LPA (ATA/640/2009 du 14 décembre 2009 et les réf. citées).
4. En matière de marchés publics, la restitution de l'effet suspensif en cas de recours constitue cependant une exception (ATA/640/2009 déjà cité) et représente par conséquent une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restrictions.
5. Le droit des marchés publics est formaliste, comme le tribunal de céans l'a déjà rappelé à réitérées reprises (ATA/343/2009 du 23 juillet 2009 et les réf. citées). La procédure se doit en effet d'être rigoureuse afin d'assurer l'égalité de traitement et la transparence entre les candidats potentiels. Les soumissionnaires sont tenus de se conformer strictement à ces conditions et ces exigences ne sont pas des règles formelles, exemptes de toute finalité dont le respect serait une fin en soit (ATA/343/2009 précité).

En l'espèce, le dossier d'appel d'offres précisait que celles-ci devaient être déposées au plus tard le 6 novembre 2009 à 12h00 et contenait, notamment à son annexe P2, la liste des attestations requises.

Le point 3.3 du dossier d'appel d'offres stipulait que l'adjudicateur ne prendra en considération que les offres qui respectent les conditions de participation, à savoir les offres qui sont arrivées dans le délai imposé, dans la forme et à l'adresse fixée (...).

Il résulte du dossier que les attestations demandées ont été produites par la recourante au-delà du délai imparti au 6 novembre 2009. L'instruction de la cause devra élucider les circonstances dans lesquelles ont été échangés les courriels du 4 novembre 2009 et les conclusions que pouvait en tirer la recourante.

6. 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. 274 ; RDAF 1998 I p. 41 ; ATA/519/2009 du 16 octobre 2009 et les réf. citées).

7. Dans la pesée des intérêts à laquelle doit procéder le Tribunal administratif, ce dernier ne saurait ignorer que la construction d'un établissement scolaire est sans conteste un projet d'utilité publique et que sa réalisation dans les délais prévus constitue une priorité, et cela, quand bien même, selon la jurisprudence du Tribunal administratif, il appartient aux autorités adjudicatrices de planifier les travaux en incluant les éventuels retards liés aux procédures de recours (ATA/459/2009 du 17 septembre 2009 et les réf. citées). A cet égard, l'intérêt public allégué est manifestement prépondérant et prime l'intérêt exclusivement économique dont peut se réclamer la recourante.

8. Quant aux chances de succès du recours, le Tribunal fédéral a jugé que l'autorité compétente jouit d'une certaine liberté d'appréciation, conformément à l'art. 17 al. 2 AIMP. Les prévisions qu'elle est amenée à faire - prima facie - sur le sort du procès au fond n'entrent en considération que si elles ne font pas de doute (Arrêt du Tribunal fédéral 2D_130/2007 du 26 février 2008 et les arrêts cités consid. 2.2, soit notamment ATF 117 V 185 consid. 2b p. 191), ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Au vu des éléments du dossier tels que relatés ci-dessus, prima facie, les chances de succès du recours apparaissent ténues.

9. En conséquence, la demande d'octroi de l'effet suspensif sera rejetée. Le sort des frais de la présente décision sera tranchée dans l'arrêt à rendre au fond.

PAR CES MOTIFS

LA PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

rejette la demande de restitution de l'effet suspensif ;

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

dit que, conformément aux art. 82 ss 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 ; 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'art. 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, en copie, à Caro'Ciment C'C S.A. ainsi qu'au département des constructions et des technologies de l'information.

La présidente du Tribunal administratif :

L. Bovy

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :