RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3147/2005-TPE **ATA/677/2005**

DÉCISION

DU

PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 12 octobre 2005

sur effet suspensif

dans la cause

X._____ S.A.
représentée par Me Xavier Petremand, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE L'AMÉNAGEMENT, DE L'ÉQUIPEMENT ET DU LOGEMENT

et

Z._____ S.A.
représentée par Me Pierre Vuille, avocat

EN FAIT

1. Le 28 février 2005, le département de l'aménagement, de l'équipement et du logement (ci-après : le DAEL) a publié dans la Feuille d'Avis Officielle (ci-après : la F.A.O.) un appel d'offres pour plusieurs marchés de construction du collège du cycle d'orientation de la Seymaz. Etaient notamment concernées les façades métalliques extérieures (référence 22100/CFC 221.0) et les vitreries extérieures (référence 22100/CFC 229.0).

2. Par deux plis datés du 18 juillet 2005, l'entreprise X._____ S.A. à _____ (ci-après : l'entreprise) a adressé au DAEL des offres concernant d'une part les façades métalliques extérieures et, d'autre part, les vitreries, extérieures elles aussi.

   L'entreprise a précisé que son offre relative au lot « vitrerie extérieure » était un complément de celle déposée pour le lot « façades métalliques extérieures ».

3. Le 20 juillet 2005, le DAEL a organisé une séance d'ouverture publique des offres.

   Sept soumissions ont été enregistrées pour les façades et cinq pour les vitreries.

4. a. Le 21 juillet 2005, l'entreprise a précisé qu'elle avait soumis une offre globale pour les lots « façades métalliques extérieures » et « vitreries extérieures » pour un montant de CHF 6'714'455.-.

   b. Le 16 juillet 2005, l'entreprise a exposé qu'elle n'exécuterait le lot « vitreries extérieures » que si le lot « façades métalliques extérieures » lui était également attribué. En effet, vu la solution technique retenue, l'interaction vitrerie/façades était très délicate et le risque de malfaçons réel si la pose n'était pas exécutée minutieusement et conjointement.

5. Le 28 juillet 2005, le DAEL a pris note de ce que l'entreprise n'accepterait l'adjudication du lot de vitrerie que si celui relatif aux façades métalliques lui était aussi attribué. Cependant, il n'était pas possible d'évaluer les travaux de vitrerie et de façades de façon globale, dès lors qu'il il s'agissait de deux lots distincts.

6. Le 8 août 2005, l'entreprise a fait part au DAEL de son étonnement. Sur le plan technique, il était préférable qu'une seule et même entreprise exécutât les travaux en question. L'offre globale qu'elle avait faite était très intéressante pour l'Etat de Genève.

7. Le 16 août 2005, une société ayant soumis une offre pour le lot « vitreries extérieures et « façades métalliques extérieures » a indiqué au DAEL qu'elle

retirait sa candidature pour les vitreries, car elle pensait que son offre pour les façades ne serait pas retenue.

8. Le 30 août 2005, le DAEL a informé l'entreprise que le lot « façades métalliques extérieures » avait été attribué à Z._____ S.A. pour un montant de CHF 4'589'649.- hors taxes. L'offre de l'entreprise avait été classée au quatrième rang sur les sept candidates ayant présenté une offre recevable.

Par courrier du même jour, le DAEL a indiqué à l'entreprise que, pour des motifs budgétaires, il était contraint d'interrompre la procédure concernant l'attribution du lot de vitreries. Une nouvelle procédure serait ouverte plus tard.

9. Le 9 septembre 2005, l'entreprise a recouru au Tribunal administratif, à la fois contre la décision d'adjudication des travaux de façades métalliques extérieures, rendue le 30 août 2005, et contre celle interrompant la procédure d'appel d'offres pour les travaux de vitreries extérieures.

La séparation entre les deux marchés était artificielle, non justifiée par des considérations d'ordre technique ou économique. Elle entraînait une hausse notable du prix final de l'ouvrage et affecterait sa qualité. L'entreprise conclut à ce que l'effet suspensif soit octroyé au recours et à ce que les deux marchés lui soient globalement attribués.

10. Le 23 septembre 2005, le DAEL s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif. Le recours n'avait aucune chance de succès, et l'entreprise était forclose en tant qu'elle contestait la formation des lots.

11. Le 29 septembre 2005, Z._____ S.A. s'est opposée au recours pour des motifs similaires à ceux développés par le DAEL. Au surplus, la séparation des deux lots en question ne posait aucun problème technique.

EN DROIT

1. 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 lit. a de la loi autorisant le Conseil d'État 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. 1 AIMP).

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

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 (décision B. G. 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).

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 et les références citées).

4. En l'espèce, les chances du succès semblent minces à première vue. En effet, le grief principal de l'entreprise concerne la formation des lots, plus précisément leur division en deux lots distincts. A cet égard, la jurisprudence indique que l'appel d'offres constitue une décision en soi, sujette à recours, de sorte qu'il ne peut plus être critiqué dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision d'adjudication (ATF 2P.47/2004 du 6 avril 2004).

Sur le plan des intérêts en présence, celui, public, à ce que le projet de construction d'un établissement scolaire puisse se concrétiser est incontestable. Un intérêt public, cette fois-ci au respect du principe d'une libre et saine concurrence, doit aussi être pris en compte ; il doit toutefois être relativisé, dans la mesure où les arguments développés par la recourante ne font pas état, à première vue, de graves violations de ce principe.

Quant aux intérêts privés qui sont en jeu, celui de Z._____ S.A. de se voir attribuer le marché des façades extérieures est également certain. En revanche, l'intérêt privé de la recourante est moins évident : la procédure démontre que son offre pour les façades extérieures est moins intéressante que celle d'autres candidates. De plus, la reprise *ab initio* de la procédure d'adjudication pour les vitreries extérieures ne lèse pas ses droits.

5. Au vu de ce qui précède, la demande de restitution de l'effet suspensif au recours sera rejeté. Le sort des frais de justice sera tranché dans l'arrêt à rendre au fond.

PAR CES MOTIFS
Le Président 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 articles 97 et suivants de la loi fédérale d'organisation judiciaire, la présente décision peut être portée, par voie de recours de droit administratif, dans les dix jours dès sa notification, par devant le Tribunal fédéral ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il est adressé en trois exemplaires au moins au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14 ; la présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyen de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Me Xavier Petremand, avocat de la recourante ainsi qu'au département de l'aménagement, de l'équipement et du logement et à Me Pierre Vuille, avocat de Z._____ S.A.

Le président du Tribunal administratif :

F. Paychère

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :