RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/318/2005-CM **ATA/114/2005**

DÉCISION

DU

PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 2 mars 2005

sur effet suspensif

dans la cause

DE PLANTA ET PORTIER ARCHITECTES S.A.
représentée par Me Saverio Lembo, avocat

contre

COMMUNE D'HERMANCE
représentée par Me Bertrand Reich, avocat

EN FAIT

1. Le 8 novembre 2004, la commune d'Hermance (ci-après : la commune) a publié dans la Feuille d'avis officielle une annonce de concours pour un mandat d'architecte portant sur la transformation et l'extension de l'école primaire de la commune, ainsi que la construction de locaux pour les pompiers et la voirie. Il s'agissait d'une procédure sélective à deux tours, cinq candidats devant être retenus pour ce dernier. Les critères de sélection pour le premier tour étaient :

   - références et motivation du candidat 50 %,

   - potentiel personnel et équipement du candidat 40 %,

   - présentation et qualité du dossier de candidature 10 %.

2. Trente-cinq candidats, dont le bureau d'architectes de Planta et Portier Architectes S.A. (ci-après : la société recourante, la recourante ou l'intéressée), ont remis leur dossier à la commune. Deux candidatures ont été écartées, car les dossiers présentés n'étaient pas complets.

3. Le 28 janvier 2005, la commune a communiqué à la recourante que sa candidature n'avait pas été retenue pour le deuxième tour de l'appel d'offres.

   À ce pli était annexé un tableau mentionnant le nom des cinq candidats retenus - mais pas leurs notes – ainsi que les notes obtenues par les autres candidats, sans que leur nom ne soit précisé. L'intéressée était 17ème, ayant obtenu une note de 3.17, soit 3.08 pour le critère no 1, 3.25 pour le critère no 2 et 3.25 pour le critère no 3. Pour les candidats non retenus, la note variait entre 3.53 pour le candidat classé 6ème et 2.26 pour le candidat classé en 33ème et dernière position.

4. Par acte remis au greffe le 10 février 2005, la recourante a saisi le Tribunal administratif d'un recours concluant, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif et à ce qu'un certain nombre d'actes d'instruction soient effectués, principalement, à l'annulation de la décision et à son renvoi à la commune d'Hermance pour nouvelle décision de présélection, et subsidiairement, au constat du caractère illicite de la décision. En substance, l'intéressée se plaignait principalement d'une violation de son droit d'être entendue dans la mesure où la décision ne donnait aucune indication sur le motif des notes obtenues. Cette violation ne pouvait être réparée par le Tribunal administratif.

5. Invitée à se déterminer sur effet suspensif, la commune d'Hermance a souligné que les notes – meilleures que celles de la recourante – des onze candidats aussi éliminés constituaient une motivation suffisante. De plus, l'octroi de l'effet suspensif aurait pour conséquence de retarder le chantier, d'utilité publique, de plusieurs mois.

La recourante n'avait pas d'intérêt actuel à obtenir la restitution de l'effet suspensif au vu de son 17ème rang.

Il ressortait du dossier de la commune que les candidats retenus pour le deuxième tour du concours avaient obtenu une moyenne entre 3.83 et 3.58. Les notes par critères étaient toutes supérieures à celles attribuées à la recourante.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours semble - 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 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 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 ; 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. 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 du projet visé par le concours, soit une école et un centre communal, est certain.

L'intérêt public au respect des principes d'une libre et saine concurrence doit être préservé.

Les dispositions édictées par le GATT et l'AIMP notamment poursuivent ce but.

Ces deux intérêts publics légitimes peuvent entrer en conflit comme en l'espèce, sans que l'un puisse être qualifié de prépondérant (décision A/503/2004 précitée et les références citées).

b. L'intérêt privé des cinq bureaux sélectionnés pour le deuxième tour au maintien de la décision attaquée est également certain.

c. En ce qui concerne l'intérêt privé de la société recourante, le Tribunal administratif retiendra que l'éventuelle admission du recours n'aurait pas nécessairement pour effet de l'autoriser à participer au deuxième tour du concours, car l'autorité saisie ne peut statuer en opportunité (art. 16 al. 1 et 2 AIMP). De plus, la société recourante a été placée en 17ème position sur trente-trois concurrents, ce qui permet de relativiser encore plus ses chances à se voir attribuer le marché.

d. Au vu de ce qui précède, et au terme d'une pesée entre les différents intérêts mentionnés, le Président du Tribunal administratif refusera de restituer l'effet suspensif au recours.

5. Les actes d'instructions subséquents seront ordonnés par le juge délégué à l'instruction de la procédure.

6. Le sort des frais de justice sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LE PRÉSIDENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

refuse de restituer l'effet suspensif au recours ;

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

communique la présente décision, en copie, à Me Saverio Lembo, avocat de la recourante ainsi qu'à Me Bertrand Reich, avocat de la commune d'Hermance.

Le Président du Tribunal administratif :

F. Paychère

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :