

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3374/2009-MARPU

ATA/147/2010

DÉCISION

DE LA

PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 3 mars 2010

sur effet suspensif

et

mesures provisionnelles

dans la cause

GETI S.A.

contre

VILLE DE CHÊNE-BOUGERIES

représentée par Me Malek Adjadj, avocat

et

MARTI IMMOBILIER S.A., appelée en cause

Attendu en fait que :

1. La Ville de Chêne-Bougeries (ci-après : la ville) a initié, par publication dans la Feuille d'Avis Officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) un appel d'offres en procédure ouverte soumis à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et à la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02) pour l'adjudication d'un marché de construction portant sur la rénovation/transformation d'un bâtiment à usage de bureaux administratifs sis, 8 bis, route du Vallon à Chêne-Bougeries.
2. Selon la publication dans la FAO du 7 septembre 2009, la ville a adjugé le marché précité à Gini S.A., devenue depuis le 1^{er} février 2010 Marti Immobilier S.A. (ci-après : Marti), de siège à Meyrin/Genève.

Dite publication indiquait la voie et le délai de recours au Tribunal administratif.
3. Geti S.A. (ci-après : Geti) a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision précitée par acte du 17 septembre 2009.

Elle était surprise que le marché n'ait été adjugé ni au premier ni au second candidat, l'entreprise gagnante étant classée en troisième position. Elle n'avait reçu aucune explication ni motivation de cette décision ce qui allait clairement à l'encontre de l'art. 46 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

Elle conclut à ce que le Tribunal administratif ordonne à la ville de motiver sa décision et de l'autoriser à compléter son recours dans un délai raisonnable, avec suite de frais et dépens.
4. Par courrier du 2 novembre 2009, la ville a informé le Tribunal administratif que conformément à l'art. 14 al. 2 AIMP, le contrat relatif au marché querellé avait été conclu le 29 octobre 2009 avec Marti.
5. La ville a présenté ses observations sur le fond du recours le 16 novembre 2009 en concluant au rejet de celui-ci. Les évaluations des différentes offres avaient été faites conformément aux critères d'adjudication. De plus, Geti n'avait pas fourni une soumission dont le prix pouvait être garanti avec certitude.
6. A la demande de Geti, un délai au 30 janvier 2010 lui a été accordé pour compléter son recours.
7. Dans ses observations du 30 janvier 2010, Geti a pris des conclusions préalables en restitution de l'effet suspensif au recours, à ce qu'il soit ordonné à la commune de Chêne-Bougeries, sous la menace des sanctions prévues à l'art. 292 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0), d'interrompre avec effet immédiat toute

démarche d'exécution consécutive à l'adjudication du marché public à Marti, et d'ordonner l'audition du commissaire Perrin et de Monsieur Robert Détraz. Sur le fond, le Tribunal administratif devait constater que la décision d'adjudication violait les dispositions relatives à la passation des marchés publics et devait être annulée avec suite de frais et dépens.

C'était de manière totalement arbitraire que l'adjudication du marché public s'était faite en faveur de Marti, au détriment de Geti. L'intimée ne fournissant aucune motivation susceptible d'expliquer et de justifier son choix au regard des critères légaux découlant du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) il se justifiait d'interrompre sans délai l'avancement d'une adjudication intervenue au mépris de la loi. Elle avait un intérêt privé prépondérant à ce que le marché public lui soit attribué, voire à ce qu'il soit accordé à l'entreprise qui le méritait, en application stricte de la loi. L'intérêt public des contribuables de la commune de Chêne-Bougeries commandait également que l'effet suspensif soit restitué au recours.

8. Le 15 février 2010, la ville s'est déterminée sur la question de l'effet suspensif. Cette demande, déposée près de cinq mois après la décision d'adjudication, quatre mois après le dépôt du recours et deux mois après la signature du contrat, frisait l'abus de droit.

Le contrat ayant été conclu, la requête de restitution d'effet suspensif était sans objet. Dût-on considérer que la requête de Geti était une demande de mesures provisionnelles, celle-ci devait être rejetée car exorbitante au litige. En effet, le contrat ayant été conclu et partiellement exécuté, l'autorité de recours ne pouvait que constater le caractère illicite de la décision mais ne pouvait en aucun cas intervenir sur la validité de ce contrat (ATA/626/2009 du 1^{er} décembre 2009).

Elle conclut au déboutement de Geti avec suite de frais et dépens.

9. Le 17 février 2010, le Tribunal administratif a appelé en cause Gini, respectivement Marti, lui impartissant un délai pour faire valoir ses observations.
10. Marti a présenté sa réponse le 25 février 2010, concluant au rejet de la requête d'effet suspensif pour les motifs exposés par la ville.

Elle s'est également déterminée sur les éléments mentionnés par Geti dans son complément de recours du 30 janvier 2010.

Le contrat du 29 octobre 2009 était d'ores et déjà exécuté à 45 % et il n'y avait aucune raison de bloquer les travaux en cours.

Attendu en droit que :

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 de 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 ; art. 56 al. 1 RMP).
2. En tant que soumissionnaire évincée 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 LPA).
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. Si l'effet suspensif n'est pas restitué, le contrat peut être conclu dès l'expiration du délai de recours (art. 14 AIMP).

En l'espèce, dans son recours du 17 septembre 2009, Geti n'a pas sollicité la restitution de l'effet suspensif au recours. Le contrat a donc été conclu le 29 octobre 2009, soit au-delà du délai de recours. A cet égard, Geti n'a plus d'intérêt actuel à obtenir la restitution de l'effet suspensif au recours, de sorte que ses conclusions, si tant est qu'elles aient encore un objet, ne peuvent qu'être déclarées irrecevables.

6. En tout état, 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/89/2010 du 9 février 2010 et les réf. citées).

A cet égard, l'intérêt privé de Geti, qui consiste dans le fait qu'elle souhaiterait se voir attribuer le marché, doit céder le pas devant l'intérêt public à la rénovation de locaux administratifs, destinés à tous les communiens de Chêne-Bougeries.

7. Concernant les 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 guère le cas en l'espèce.

Au stade de l'examen de l'effet suspensif, il sera retenu que la décision attaquée a été prise au terme d'une procédure d'évaluation dont rien ne permet de conclure, *prima facie*, que les règles d'évaluation et les critères énoncés dans l'appel d'offres n'auraient pas été respectés.

8. Indépendamment de la question de l'effet suspensif, le Tribunal administratif peut en tout temps ordonner des mesures provisionnelles au sens de l'art. 21 LPA.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral reprise par le tribunal de céans, les mesures provisionnelles ne sont légitimes que si elles s'avèrent nécessaires au maintien de l'état de fait ou à la sauvegarde des intérêts compromis. En revanche, de telles mesures ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper sur le jugement définitif, ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, ni non plus aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire le procès au fond (ATF 109 V 506 consid. 3 ; ATA/213/2009 du 29 avril 2009 et les réf. citées ; I. HÄNER, « Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess » in *Les mesures provisoires en procédures civile, administrative et pénale*, 1997, p. 265).

9. Selon l'art. 18 al. 2 AIMP, l'autorité de recours, si le contrat est déjà conclu, ne peut que constater le caractère illicite ou non de la décision d'adjudication, à défaut de pouvoir l'annuler.

Dès lors, les mesures sollicitées par Geti, qui auraient pour finalité de stopper les travaux en cours, sont manifestement exorbitantes à l'objet du litige.

10. Au vu des éléments qui précèdent, la demande de restitution de l'effet suspensif au recours, respectivement de mesures provisionnelles, sera rejetée dans la mesure où elle a un objet. 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, dans la demande où elle a un objet, la demande de restitution de l'effet suspensif, respectivement de mesures provisionnelles présentée par Geti S.A. le 30 janvier 2010 ;

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 Geti S.A., à Me Malek Adjadj, avocat de la Ville de Chêne-Bougeries ainsi qu'à Marti Immobilier S.A., appelée en cause.

La présidente du Tribunal administratif :

L. Bovy

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :