

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3507/2009-MARPU

ATA/520/2009

DÉCISION

DU

VICE-PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 20 octobre 2009

sur effet suspensif

dans la cause

IEM S.A.

représentée par Me Clarence Peter, avocate

contre

TRANSPORTS PUBLICS GENEVOIS

représentés par Me Bertrand Reich, avocat

et

HÖFT & WESSEL AG, appelée en cause

EN FAIT

1. Le 18 mai 2009, les Transports Publics Genevois (ci-après : TPG), établissement de droit public autonome, ont publié dans la Feuille d'Avis Officielle (ci-après : FAO), un appel d'offres en procédure ouverte pour le remplacement de distributeurs automatiques de titres de transport, soit plus particulièrement sur l'acquisition de sept cent-vingt distributeurs dont six cent-septante moyenne gamme et cinquante haute gamme ainsi que deux contrats de maintenance et support, l'un pour la mécanique/électrique l'autre pour l'informatique/électronique.
2. Le dépôt des offres était fixé au 13 juillet 2009.

Les variantes étaient admises moyennant certaines conditions.
3. IEM S.A., de siège à Plan-les-Ouates, a obtenu le cahier des charges ainsi que le formulaire de soumission. Le 11 juillet 2009, elle a remis au TPG une offre principale et trois variantes.
4. Trois entreprises ont soumissionné, soit Höft & Wessel AG à Hanovre en Allemagne, Scheid & Bachmann GmbH à Mönchengladbach en Allemagne également et IEM S.A. Le montant de leurs offres s'élevait respectivement à CHF 16'955'797.-, CHF 25'902'480.- et CHF13'559'492.-. Le 14 septembre 2009, les TPG ont attribué le marché à Höft & Wessel AG pour un montant hors TVA de CHF 16'955'797.- comme indiqué ci-dessus, l'offre de IEM S.A. étant classée au 3^{ème} rang sur trois.
5. Par courrier du 14 septembre 2009, recommandé avec accusé de réception, les TPG ont informé IEM S.A. de cette décision qui comportait l'analyse des critères pris en considération par l'autorité adjudicatrice. Il était mentionné que la décision pouvait faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif dans les dix jours dès sa notification.
6. Par acte posté le 28 septembre 2009, IEM S.A. a interjeté recours contre ladite décision qu'elle avait reçue le 16 septembre 2009. La requérante sollicite préalablement la restitution de l'effet suspensif et principalement la nullité de la décision d'adjudication et de non sélection de son offre, le marché devant lui être attribué. Elle alléguait un manque de motivation de la décision, une violation du droit d'être entendu au motif que l'accès au dossier lui avait été refusé, au refus de prendre en compte les variantes qu'elle avait proposées, à l'énonciation lacunaire des critères d'évaluation et de leur pondération, une violation du principe du principe de la transparence, le barème de notation n'étant pas produit ainsi que plusieurs autres violations des règles relatives aux marchés publics. Elle requerrait également la possibilité de compléter son recours comportant vingt-quatre pages.

7. Les TPG ont déposé leurs observations sur effet suspensif le 16 octobre 2009 en concluant au rejet de la demande tendant à la restitution de celui-ci et principalement au rejet du recours. Les TPG s'en rapportait d'ailleurs à justice quant à la demande tendant à compléter un recours bien argumenté.

Il n'y avait pas de violation du droit d'être entendu, dès lors que la décision litigieuse permettait de comprendre que l'offre de la recourante présentait des lacunes importantes sur le plan technique et celui de la méthode de travail. De plus, une rencontre avait eu lieu le 21 septembre 2009, où toutes les informations motivant l'évaluation de leur offre avait été données, sous réserve des éléments protégés par le secret des affaires.

Certains griefs étaient irrecevables, car ils auraient dû être contestés dans les 10 jours suivant l'appel d'offres ou la publication de ce dernier dans la FAO.

La variante proposée par la recourante avait été refusée dès l'origine du projet, et n'avait dès lors pas à être prise en compte dans l'évaluation des offres.

Au surplus, la procédure avait été conforme aux exigences des textes légaux la régissant.

8. Vu l'urgence, l'adjudicataire domicilié à l'étranger n'a pas été appelé en cause en l'état.

EN DROIT

1. Le recours a été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente. En effet, le délai de recours venait à expiration le samedi 26 septembre 2009 à minuit. En application de l'art. 17 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), il a été reporté au lundi 28 septembre 2009 et il l'a été en temps utile (art. 56A loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; 63 al. 1 let. b LPA ; art. K al. 1 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 3 al. 1 et 2 let. 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 et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01).

Cependant, la question de la recevabilité formelle du recours sera définitivement tranchée dans l'arrêt au fond.

2. Le recours n'a pas effet suspensif ex lege (art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP). 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 ; 58 al. 2 RMP). Cette formulation s'inspire de l'art. 66 al. 2 LPA (ATA/383/2009 du 31

juillet 2009 ; ATA/165/2009 du 2 avril 2009 ; ATA/21/2007 du 23 janvier 2007 ; ATA/858/2005 du 15 décembre 2005).

En matière de marchés publics, la restitution de l'effet suspensif en cas de recours constitue cependant une exception (ATA/424/2009 du 27 août 2009 et les références citées) et représente par conséquent une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restrictions.

3. Selon la jurisprudence, il convient d'effectuer une pesée entre les intérêts public et privé en jeu. Doivent, en outre, être pris en considération, les chances de succès du recours. Cet examen a pour but de refuser l'effet suspensif au recours manifestement dépourvu de chance 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 du 15 juillet 2004 et les références citées).
4. En premier lieu, il apparaît que les chances de succès du recours sont, *prima facie*, faibles.

L'offre de la recourante a été classée au troisième rang. Dès lors, les défauts allégués de la procédure d'adjudication pourraient au mieux, dans l'hypothèse où ils seraient avérés, amener le Tribunal administratif à renvoyer le dossier à l'autorité intimée pour qu'elle procède à une nouvelle évaluation. L'admission pure et simple du recours apparaît à première vue très peu probable.

Les motifs allégués à l'appui du recours nécessitent une instruction mais la décision attaquée est suffisamment motivée pour que la recourante ait pu la comprendre et saisir le tribunal de céans. Elle comporte les critères d'évaluation et la notation de chacun des soumissionnaires. De plus, ainsi que le relève l'intimée, certains griefs apparaissent, toujours à première vue, être formulés tardivement, en particulier ceux relatifs au poids donné à chaque critère, ainsi qu'à l'existence de sous-critères.

L'offre de la recourante apparaît de plus, d'un point de vue technique, être la plus éloignée des attentes de l'autorité adjudicatrice. Quant aux variantes proposées, elles visent à modifier et à mettre à niveau les appareils existants, alors que les TPG ont écarté cette solution.

5. Ensuite, il s'agit de déterminer si un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose à la restitution de l'effet suspensif.
 - a. L'intérêt public à la mise sur pied de nouveaux distributeurs plus performants que ceux existants actuellement et par là même à l'amélioration du service public est un intérêt public important. Sa mise en œuvre pourrait être certes différée mais ce retard pénaliserait les usagers des TPG. Il est aussi nécessaire de tenir compte de l'intérêt public au respect de la libre concurrence, protégé par les dispositions régissant l'attribution de marchés publics.

b. Quant à l'intérêt privé de la recourante, il consiste dans le fait qu'elle souhaiterait se voir attribuer le marché. Enfin, l'admission de ce dernier n'aurait pas nécessairement pour effet de lui attribuer le marché, le tribunal de céans ne pouvant pas statuer en opportunité (art. 16 al. 1 et 2 AIMP ; art. 61 LPA).

Au vu des éléments qui précèdent, le vice-président du Tribunal administratif rejettera la demande de restitution d'effet suspensif.

6. Le recours paraît en l'état suffisamment complet et de nombreuses pièces ont été produites de sorte qu'en l'état, il n'apparaît pas nécessaire d'octroyer à la recourante un délai supplémentaire pour compléter son recours.

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

LE VICE-PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

préalablement :

refuse de restituer l'effet suspensif au recours ;

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

cela fait :

appelle en cause Höft & Wessel AG à Hanovre ;

impartit au Transports Publics genevois et à Höft & Wessel AG un délai au 30 novembre 2009 pour répondre sur le fond ;

dit que, conformément aux art. 82 et 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 :

si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics ;

si elle soulève une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 et ss LTF ;

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 Me Clarence Peter, avocate de la recourante, à Me Bertrand Reich, avocat des Transports Publics Genevois ainsi qu'à Höft & Wessel AG, appelée en cause.

Le vice-président du Tribunal administratif :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :