RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3943/2006-DCTI **ATA/608/2006**

DÉCISION

DE LA

VICE-PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 16 novembre 2006

sur effet suspensif

dans la cause

Monsieur Bernard BOURQUIN

contre

DÉPARTEMENT DES CONSTRUCTIONS ET DES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION - DIRECTION DU GÉNIE CIVIL

et

RUSCONI, GESTECH ASSISTANCE

EN FAIT

1. Par avis publié dans la Feuille d'Avis Officielle du 31 juillet 2006, le département des constructions et des technologies de l'information - direction du génie civil (ci-après : le département) a publié un appel d'offres pour un marché de service, en procédure ouverte, soumis à l'OMC concernant des prestations de délégué de la maîtrise d'ouvrage pour la réalisation de l'étape 2 du tramway Cornavin - Meyrin - CERN (TCMC).

   Le chiffre 3.3 précisait les critères d'aptitudes, à savoir : la personne proposée par les candidats doit remplir les conditions minimales suivantes :

   - avoir exercé une fonction dirigeante technique dans une entreprise de construction

   - avoir exécuté un mandat de représentation de maîtrise de l'ouvrage dans le domaine de la construction.

   Les candidats qui ne remplissent pas ces critères d'aptitudes sont éliminés et leurs dossiers ne participent pas à l'évaluation.

   La date du retour des offres était fixée au 12 septembre 2006 à 11h00.

2. Dans le délai imparti, trois dossiers sont parvenus au département. Le groupe d'évaluation à juger que l'un des trois ne remplissait pas les deux critères d'aptitudes et par conséquent ne pouvait pas participer à l'évaluation. Les deux autres dossiers, soit celui de Bernard Bourquin (ci-après : M. Bourquin ou le recourant) et celui de Rusconi, Gestech Assistance (ci-après : Gestech ou l'intimée) ont été jugés conformes et évalués sur la base des critères d'adjudication.

3. Selon le rapport d'évaluation d'octobre 2006, l'appréciation de tous les critères d'adjudication a permis d'établir un classement :

   Gestech : 3,82

   Bernard Bourquin : 3,21

4. Par décision du 19 octobre 2006, le département a informé Gestech qu'il lui avait adjugé le marché.

   Le même jour, le département a informé, par lettre recommandée, M. Bourquin que le marché avait été adjugé à Gestech Assistance pour le montant de CHF 1'230'800.-. Cette offre remplissait pleinement les conditions et avait été jugée économiquement la plus avantageuse conformément à la grille d'évaluation

annexée faisant partie intégrante de la décision. M. Bourquin était classé au deuxième rang sur les deux offres évaluées.

L'indication du délai et la voie de recours au Tribunal administratif dans les dix jours figurait au bas de la décision.

5. M. Bourquin a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision précitée par acte du 28 octobre 2006.

L'appréciation du critère « Références et disponibilité de la personne proposée » n'était pas équitable et violait l'article 7 du règlement sur la passation des marchés publics en matière de fournitures et de services du 23 août 1999 (L 6 05.03). Pour les quatre sous-critères concernant l'expérience, les notations étaient systématiquement au maximum pour Gestech et étonnamment basses pour lui-même, comme si elles avaient été systématiquement sous-évaluées dans l'absolu afin de compenser son offre financièrement jugée deux fois meilleure. En outre, la question de la disponibilité n'avait pas été examinée. Enfin, la notation du critère « Références et disponibilité des personnes clés » ne laissait aucune chance à un concurrent nouveau n'ayant pas réalisé antérieurement le même mandat pour les mêmes maîtres d'ouvrage.

Il conclut à l'annulation de la décision d'adjudication et à ce que le marché lui soit attribué, subsidiairement à l'annulation de la décision d'adjudication et au renvoi du dossier à l'autorité adjudicatrice pour une nouvelle décision, voire à l'annulation de l'ensemble de la procédure. Il a également requis l'effet suspensif au recours.

Il a encore sollicité un délai pour compléter son recours après avoir pris connaissance du dossier.

6. Le 12 novembre 2006, Gestech s'est opposée à la requête en restitution de l'effet suspensif au recours.

Le mandat concernait une étude en cours et était la suite d'un projet en cours de réalisation. Il nécessitait une prise de connaissance du dossier avant la fin de l'exercice en cours. Outre la durée de l'examen du dossier, tout manque d'information sur le sujet en question péjorait gravement le résultat escompté par le mandant et risquait de mettre en péril certains délais impartis par le Conseil d'Etat.

7. Le 14 novembre 2006, le département s'est également opposé à la demande de restitution de l'effet suspensif au recours.

Le recours ne soulevait pas de violation des règles de procédure mais portait essentiellement sur l'appréciation des offres. L'intérêt privé du recourant à l'obtention du marché était bien compréhensible, mais vu les faibles chances de

succès du recours, il ne saurait primer sur l'intérêt public de l'Etat de Genève à réaliser la deuxième étape du TCMC dans les meilleurs délais.

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 litt. 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).

2. Le recours n'a pas d'effet suspensif ex lege (art. 17 al. 2 AIMP).

   Toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, accorder l'effet suspensif, pour autant que celui-ci apparaisse 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/80/2006 du 8 février 2006 et les références citées).

   Contrairement à un principe en général 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 (ATA/372/2006 du 30 juin 2006 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/80/2006 précité).

4. En l'espèce, les chances de succès du recours sont de prime abord minces.

   En effet, le grief de violation de l'égalité de traitement manque singulièrement de substance et relève du procès d'intention. La lecture du rapport d'évaluation d'octobre 2006 établit que les références proposées par Gestech étaient non seulement excellentes mais que de plus elles concernaient des projets

similaires et récents, ce qui n'était généralement pas le cas de celles présentées par le recourant.

5. Le recourant a sollicité un délai pour compléter son recours qui lui sera accordé lorsque les intimés auront présenté leurs réponses au fond.

6. Au vu de ce qui précède, la demande de restitution de l'effet suspensif sera rejeté.

Le sort des frais de la présente décision sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA VICE-PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

rejette la demande de restitution de l'effet suspensif au recours ;

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

communique la présente décision, en copie, à Monsieur Bernard Bourquin, au département des constructions et des technologies de l'information - direction du génie civil, ainsi qu'à Rusconi, Gestech Assistance.

La vice-présidente du Tribunal administratif :

L. Bovy

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :