

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3948/2009-MARPU

ATA/640/2009

DÉCISION

DE LA

PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 4 décembre 2009

sur effet suspensif

dans la cause

SERRURERIE 2000 S.A.

représentée par Me Olivier Wasmer, avocat

contre

FONDATION DE LA VILLE DE GENÈVE POUR LE LOGEMENT SOCIAL

représentée par Me Michel D'Alessandri, avocat

et

PROGIN S.A. METAL, appelée en cause

EN FAIT

1. Le 29 juin 2009, la Fondation de la Ville de Genève pour le logement social (ci-après : FVGLS) a publié 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 OMC/GATT, pour l'adjudication d'un marché de construction, lot 202 (CFC 272, serrurerie), portant sur nonante et un logements HBM à réaliser en Ville de Genève, dit « Foyer Sécheron ». Le délai pour la remise des offres était fixé au 24 août 2009 à 18h00.

La publication dans la FAO indiquait la voie et le délai de recours au Tribunal administratif.

2. L'autorité adjudicatrice a établi un dossier d'appel d'offres concernant le lot 202 relatif aux travaux de serrurerie estimés à TTC CHF 1'040'000.-. Ce document détaillait entre autres les conditions générales, particulières et spéciales du projet, les précisions d'exécution, la procédure d'examen/critères d'adjudication ainsi que le planning des travaux.
3. Le 28 août 2009, Serrurerie 2000 S.A. (ci-après : Serrurerie 2000), de siège à Meinier/Genève, a déposé une offre ayant pour objet les portes en métal et les ouvrages métalliques courants s'élevant à TTC CHF 988'672.-.
4. Selon le procès-verbal d'ouverture des offres du 27 août 2009, neuf autres entreprises ont également soumissionné, au nombre desquelles la société Progin S.A. Metal (ci-après : Progin), de siège à Bulle. L'offre de cette dernière, reçue le 25 août 2009, s'élevait à TTC CHF 1'073'699,30.
5. Il résulte du rapport d'évaluation du 14 octobre 2009 que Serrurerie 2000 a obtenu 400.11 points et a été classée en quatrième position. Progin a obtenu 483.30 points et a été classée en première position. L'entreprise proposée à l'adjudication du marché pour le lot 202 était Progin.
6. Le 15 septembre 2009, le bureau d'architecte « Quartal », mandataire de la FVGLS a sollicité des soumissionnaires les confirmations et les éventuels correctifs sur certains des articles objets de la soumission.
7. Serrurerie 2000 s'est déterminée le 18 septembre 2009.
8. Par décision du 19 octobre 2009, la FVGLS a attribué le marché à Progin et informé les autres soumissionnaires que leur offre était écartée. L'offre de Progin avait été jugée économiquement la plus avantageuse conformément aux grilles d'évaluation annexées à la décision d'adjudication. Dite décision indiquait la voie et le délai de recours au Tribunal administratif.

9. Par acte posté le 30 octobre 2009, Serrurerie 2000 a interjeté recours contre la décision précitée qu'elle avait reçue le 20 octobre 2009. Elle sollicite préalablement, la restitution de l'effet suspensif au recours et principalement, à ce que soit constatée la nullité de la décision d'adjudication et au renvoi de la cause à la FVGLS avec des instructions impératives d'adjuger les travaux à Serrurerie 2000, avec suite de frais et dépens.

S'agissant de l'effet suspensif, elle rappelle qu'elle avait formulé la meilleure offre et que le montant de l'adjudication est de 0,8 % moins cher que la sienne, ce qui viole le principe de la proportionnalité, que le siège de son entreprise se trouve à 10 kilomètres du chantier alors que celui de Progin est à Bulle, soit environ 150 kilomètres de distance, qu'elle est inscrite au Registre du commerce depuis une trentaine d'années et qu'elle a effectué de nombreux travaux pour l'Etat de Genève et enfin, qu'elle est susceptible de subir un dommage irréparable en cas de refus de l'effet suspensif puisqu'elle perdrait irrévocablement le mandat et le bénéfice qui en résultent. Enfin, l'intérêt public à une réalisation rapide est très relatif.

10. Le 12 novembre 2009, le Tribunal administratif a appelé en cause Progin et le même jour il a impartit aux intimés un délai au 30 novembre 2009 pour se déterminer sur effet suspensif.

11. La FVGLS s'est déterminée le 27 novembre 2009 à la fois sur le fond et sur effet suspensif. S'agissant de celui-ci, aucun des éléments soulevés par Serrurerie 2000 ne fondait l'octroi de l'effet suspensif. Même s'il fallait suivre la recourante dans ses allégations, elle n'obtiendrait pas une note globale lui permettant de passer en première position dans l'évaluation des offres. Elle ne pouvait invoquer la situation géographique des soumissionnaires sans violer le principe fondamental de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02). Le fait qu'elle ait obtenu des marchés pour l'Etat de Genève n'était pas déterminant.

Au contraire, l'octroi de l'effet suspensif aurait des conséquences graves sur le projet et son déroulement, étant rappelé qu'il s'agissait de la construction de nonante et un logements HBM, ce qui relevait d'un intérêt public prépondérant dans la situation actuelle de pénurie de logements que connaît Genève. Les travaux objets du marché devaient débiter le 23 novembre 2009. L'exécution immédiate de certains travaux, telle la pose des portes métalliques, était essentielle dans le cadre du planning global de réalisation. Par ailleurs, le retard dans l'exécution des travaux de balustrades aurait pour conséquence l'obligation du maintien des échafaudages pour des raisons de sécurité. Or, le maintien des échafaudages avait également pour conséquence que les pieds de façade ne pouvaient être étanchés, avec les risques d'infiltration qui en découlaient. De même, il était impossible dans ces conditions de réaliser les rampes d'accès aux bâtiments et les escaliers en béton armé situés précisément sous les zones d'appui des échafaudages. Tout retard dans le début des travaux de serrurerie aurait pour conséquence d'entraver l'ensemble du déroulement

du chantier et, ce faisant de reporter la mise à disposition de nonante et un logements HBM.

Aucun des griefs soulevés par la recourante ne permettait de retenir que le recours avait une chance de succès et justifiant d'octroyer la mesure exceptionnelle de l'octroi de l'effet suspensif. Au contraire, un tel effet aurait des conséquences graves sur le projet et son déroulement, la construction de nonante et un logements sociaux relevant à Genève d'un intérêt public prépondérant.

12. Progin ne s'est pas déterminée dans le délai imparti.

EN DROIT

1. Le recours a été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente (art. 56A loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; 63 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 15 al. 2 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).
2. En tant que personne exclue 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 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/520/2009 du 20 octobre 2009 et les réf. citées).

En matière de marchés publics, la restitution de l'effet suspensif en cas de recours constitue cependant une exception (ATA/519/2009 du 16 octobre 2009 et les réf. citées) et représente par conséquent une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restrictions.
4. Si l'effet suspensif n'est pas restitué, le contrat peut être conclu dès l'expiration du délai de recours (art. 14 AIMP).
5. 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/519/2009 déjà cité).

6. En l'espèce, l'intérêt public à la construction de logements sociaux en Ville de Genève, dont la pénurie est notoire, revêt un caractère manifestement prépondérant.

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

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.

8. Au stade de l'examen de l'effet suspensif, il sera tout d'abord retenu que la décision attaquée a été prise aux termes 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 respectées. Pour le surplus, les motifs développés par la recourante à l'appui de sa demande de restitution d'effet suspensif sont sans pertinence dans la pesée des intérêts à laquelle doit procéder le Tribunal administratif.

9. Si la recourante a un intérêt privé à voir l'adjudication litigieuse annulée, celui-là, au vu de la nature des griefs qu'elle expose, cède le pas devant la nécessité de permettre à la FVGLS d'avancer sans retard dans la construction de nonante et un logements sociaux.

10. Au vu des éléments qui précèdent, la demande d'octroi de l'effet suspensif sera rejetée. 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 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 art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté 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. Le présent arrêt 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 Olivier Wasmer, avocat de la recourante ainsi qu'à Me Michel D'Alessandri, avocat de la Fondation de la Ville de Genève pour le logement social ainsi qu'à Progin S.A. Metal, appelée en cause.

La présidente du Tribunal administratif :

L. Bovy

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :