RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4860/2006-TPG **ATA/21/2007**

DÉCISION

DU

PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 23 janvier 2007

sur effet suspensif

dans la cause

DILAX S.A.
représentée par Me Bruno M. Bernasconi, avocat

contre

TRANSPORTS PUBLICS GENEVOIS
représentés par Me Bertrand Reich, avocat

EN FAIT

1. Le 18 septembre 2006, les Transports publics genevois (ci-après : TPG), établissement de droit public autonome, ont publié dans la Feuille d'Avis Officielle du canton de Genève (ci-après : FAO) un appel d'offres pour la fourniture d'un système embarqué de comptage des voyageurs, capable de détecter, à chaque arrêt pour chaque groupe de portes, toutes les personnes entrant et sortant d'un véhicule avec différenciation du sens de passage.

Il était spécifié que cet appel d'offres était un marché de service, en procédure ouverte, "soumis OMC". Les documents nécessaires étaient téléchargeables sur le site www.simap.ch.

2. Plusieurs entreprises dont Dilax S.A., de siège à Ermatingen, ont soumissionné.

Par courrier recommandé avec accusé de réception daté du 12 décembre 2006, les TPG ont informé Dilax S.A. de ce que le marché avait été attribué à Iris GmbH à Berlin pour un montant total hors TVA de CHF 769'824,96. Iris GmbH avait totalisé 313,25 points et était sortie première du classement alors que Dilax S.A. avait obtenu 300,05 points et était la deuxième.

3. Par acte posté le 26 décembre 2006, Dilax S.A. a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif en concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif. Principalement, elle sollicitait un délai supplémentaire de 10 jours pour compléter son recours après avoir pris connaissance du dossier. Elle concluait principalement à l'annulation de la décision d'adjudication, le marché devant lui être attribué au prix et conditions offerts par elle.

Elle considérait en substance que l'adjudication à Iris Gmbh violait notamment le principe de l'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi que son droit d'être entendue. L'avis du 12 décembre 2006 ne permettait aucunement de soumettre à un examen sérieux l'adjudication en question. Elle demandait en conséquence l'accès à l'intégralité du dossier, notamment à la grille complète d'évaluation et les pièces justificatives pertinentes. En tout état, il ressortait nettement de cet avis que l'application et/ou la pondération des critères était fautive et celle des sous-critères discutable.

Dilax S.A. se disait sûre d'avoir fait l'offre économiquement la plus avantageuse ; la pondération des critères effectuée par les TPG était inéquitable et ne se trouvait pas "en ligne" avec les descriptions figurant dans les documents d'appel d'offres. De plus, l'intimé lui avait dénié l'accès au dossier de manière incompatible avec le droit constitutionnel, la procédure administrative et le droit des marchés publics.

4. Dans leur détermination sur effet suspensif réceptionnée le 19 janvier 2007, les TPG ont contesté les allégués de la recourante.

A la requête de cette dernière, les TPG avaient proposé à l'intéressée de venir dans ses locaux le 20 décembre 2006 pour consulter le dossier, prendre contact avec des membres du service technique et se faire expliquer les résultats obtenus. La recourante avait décliné cette offre indiquant ne pas pouvoir se déplacer à cette date. En conséquence, le droit d'être entendu de l'intéressée avait été pleinement respecté.

L'octroi de l'effet suspensif devait être refusé car le recours était prima facie infondé et il confinait à la témérité. Dans la pesée des intérêts à laquelle le tribunal devait procéder à ce stade de la procédure, l'intérêt des TPG à la conclusion du contrat, telle que celle-ci était prévue à fin janvier, était prépondérant. La formation du personnel devait pouvoir se faire courant février. De plus, la recourante n'invoquait aucun grief sérieux et sa démarche était dilatoire.

Il résulte enfin de la réponse des TPG que l'offre d'Iris GmbH s'élevait à CHF 769'824,96.

Celle envoyée par Dilax S.A. se montait à CHF 1'059'068,14. Cependant, l'offre de la recourante ne correspondait pas à l'appel d'offres.

Pour pouvoir être comparée aux offres des soumissionnaires, l'intimé avait procédé à une correction du total de l'offre de la recourante, qui s'élevait en fait à CHF 1'328'342,74.

Vu l'urgence, l'adjudicataire n'a pas été appelée en cause en l'état.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours semble - prima facie - recevable de ce point de vue. En effet, le délai de recours venait à expiration le samedi 23 décembre à minuit. En application de l'article 17 alinéa 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), ce délai a été reporté au premier jour utile, soit en l'espèce le 26 décembre 2006 (art. 15 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 3 alinéas 1 et 2 lettre 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 6.01.0).

2. Le recours n'a pas effet suspensif ex lege (art. 17 al. 1 AIMP). Toufefois, 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 l'article 66 alinéa 2 LPA (ATA/858/2005 du 15 décembre 2005).

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 (ATA/133/2006 du 9 mars 2006).

3. Si l'effet suspensif n'est pas restitué, le contrat peut être conclu dès l'expiration du délai de recours (art. 14 AIMP).

4. 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. 224 ; RDAF 1998 I p. 41 ; ATA/858/2005 précité ; ATA/596/2004 du 15 juillet 2004 et les références citées).

Il s'agit donc de déterminer si un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose à la restitution d'effet suspensif.

a. L'intérêt public à la réalisation du projet destiné à permettre le comptage des passagers, et par là même l'amélioration de l'utilisation des moyens dont disposent les intimés, est un intérêt public important. Sa mise en œuvre peut certes être différée mais ce retard pénaliserait la rentabilité des TPG.

b. Quant à l'intérêt privé de la recourante, il réside dans le fait qu'elle souhaiterait se voir attribuer le marché. Or, les motifs avancés à l'appui du recours selon lesquels la pondération des critères aurait été inéquitable ne sont nullement étayés alors que la possibilité avait été offerte à la recourante de venir à Genève le 20 décembre 2006 consulter les documents idoines et de pouvoir obtenir des explications à leur sujet, ce que celle-ci a décliné. Elle ne peut en tirer argument pour se plaindre d'une violation de son droit d'être entendue d'une part, ni pour obtenir un délai supplémentaire pour motiver son recours, d'autre part. L'admission de celui-ci 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) et la recourante n'ayant pas, au vu des documents en possession du tribunal de céans, présenté une offre qui correspondait à l'appel d'offres.

Il en résulte que les chances de succès du recours sont ténues.

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

6. Le sort des frais 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 la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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 contestation porte sur une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les articles 113 et suivants 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'article 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 Bruno M. Bernasconi, avocat de Dilax S.A. ainsi qu'à Me Bertrand Reich, avocat des Transports publics genevois.

Le président du Tribunal administratif :

F. Paychère

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :