RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/502/2005-FOND **ATA/171/2005**

DÉCISION
DE LA VICE-PRÉSIDENTE DU
TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 24 mars 2005

SUR EFFET SUSPENSIF

dans la cause

MADE IN SÀRL

et

ANDRÉ SUMI, GEORGES BABEL & Cie
représentées par Me Benoît Charbonnet, avocat

contre

FONDATION HBM JEAN DUTOIT
représentée par Me Joël Chevallaz, avocat

EN FAIT

1. Le 28 juin 2004, la Fondation HBM Jean Dutoit (ci-après : la fondation) a publié dans la Feuille d'Avis Officielle un avis d'appel d'offres publiques pour l'attribution d'un marché de service, en procédure sélective, soumis à l'accord GATT/OMC et à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), en vue de prestations de service liées à la construction, catégorie architecture, conseils et études techniques, du projet « Carteret ».

2. Sur vingt-trois candidatures, quatre ont été retenues pour le second tour dont le pool composé des sociétés Made in Sàrl et André Sumi, Georges Babel & Cie (ci-après : le pool ou les recourantes).

3. Le 17 février 2005, le secrétariat des fondations immobilières de droit public (ci-après : le secrétariat), agissant au nom et pour le compte de la fondation, a communiqué aux recourantes que le marché avait été adjugé à un autre candidat et que leur offre n'avait pas été jugée car dérogeant de manière trop manifeste aux règlement, cahier des charges et réponses de l'adjudicatrice.

   À ce pli était annexé un tableau d'évaluation ne mentionnant pas le nom des autres candidats et faisant apparaître que sur les quatre offres soumises à évaluation, trois n'avaient pas été jugées. Aucune note n'était indiquée pour l'offre retenue.

4. Par acte du 3 mars 2005, le pool a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif. Il a conclu préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours et principalement à l'annulation de la décision et au renvoi de l'affaire à la fondation pour nouvelle décision. En substance, les recourantes se plaignaient d'une violation des principes de concurrence efficace, de transparence et d'égalité de traitement entre les offrants, d'une violation de l'interdiction de l'arbitraire et du principe de la proportionnalité, ainsi que d'un abus du pouvoir d'appréciation.

5. Invitée à se déterminer sur effet suspensif, la fondation s'y est opposée. Le projet des recourantes ne remplissait manifestement pas les conditions fixées pour pouvoir être retenu. Elles avaient renoncé à conclure à l'adjudication du marché de telle sorte qu'elles ne pouvaient pas se prévaloir d'un intérêt propre à l'admission de leur recours. Ce dernier n'apparaissait pas prima facie bien fondé. En outre l'intimée pouvait se prévaloir d'un intérêt public prépondérant à pouvoir conclure le contrat avec le lauréat, soit l'accélération de la construction d'un immeuble HBM. Les recourantes n'alléguaient pas quant à elles d'intérêt privé prépondérant.

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 lit. a de la loi autorisant le Conseil d'État 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. 1 AIMP).

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), 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/596/2004 du 15 juillet 2004 et les références citées).

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/90/2004 du 19 janvier 2004 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/596/2004 précité et les références citées.).

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

a. L'intérêt public à la réalisation du projet visé par le concours, soit un bâtiment de logements sociaux, est certain.

L'intérêt public au respect des principes d'une libre et saine concurrence doit être préservé.

Les dispositions édictées par le GATT et l'AIMP notamment poursuivent ce but.

Ces deux intérêts publics légitimes peuvent entrer en conflit comme en l'espèce, sans que l'un puisse être qualifié de prépondérant (ATA/503/2004 du 2 juin 2004 et les références citées).

b. L'intérêt privé du lauréat au maintien de la décision attaquée est également certain.

c. En ce qui concerne l'intérêt privé des recourantes, le Tribunal administratif retiendra que l'éventuelle admission du recours n'aurait pas nécessairement pour effet de leur attribuer le marché car l'autorité saisie ne peut statuer en opportunité (art. 16 al. 1 et 2 AIMP). Les recourantes ne concluent d'ailleurs pas à une telle adjudication.

d. Au vu de ce qui précède, et au terme d'une pesée entre les différents intérêts mentionnés, la vice-présidente du Tribunal administratif refusera de restituer l'effet suspensif au recours.

5. Les recourantes ne soutiennent pas être moins-disantes et ne répondent pas dans leur argumentation à la motivation de l'écartement de leur offre, soit le non respect manifeste du cahier des charges et du règlement ainsi que des réponses données par l'adjudicatrice. Elles critiquent lesdits cahiers des charges, règlement et réponses, ce qu'elles n'ont pas fait sur le moment. Leur recours n'apparaît ainsi pas d'emblée suffisamment fondé.

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

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

LA VICE-PRÉSIDENTE
DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

refuse de restituer l'effet suspensif au recours ;

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

communique la présente décision, en copie, à Me Benoît Charbonnet, avocat des recourantes, ainsi qu'à Me Joël Chevallaz, avocat de la Fondation HBM Jean Dutoit.

La vice-présidente du Tribunal administratif :

L. Bovy

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :