du 31 août 1999

dans la cause

REAL SPORT S.A.

contre

COMMUNE DE BELLEVUE

A/709/1999-CM

EN FAIT

1. Le 6 juillet 1999, la commune de Bellevue (ci-après : la commune) a informé la société Real Sport S.A. (ci-après : la société ou Real Sport) que son offre pour la réalisation de divers travaux ayant trait à l'aménagement d'un centre de loisirs et de sports et au mobilier y afférent (notamment une place de jeux pour enfants, une place de skate et des aménagements paysagers) n'avait pas été retenue.

2. Par une écriture du 14 juillet 1999, remise à un office des postes suisses le lendemain, la société a fait recours contre la décision de la commune; elle a également demandé l'octroi de l'effet suspensif. La recourante était persuadée d'avoir déposé l'offre économiquement la plus avantageuse, car elle répondait à tous les critères d'adjudication et était "en première position au niveau des prix à l'ouverture des soumissions". Elle a joint à l'acte de recours une copie des "conditions particulières" émises par la commune, ainsi qu'un tableau récapitulatif de cinq offres.

3. Le 3 août 1999, la commune a répondu au recours. Elle a admis que Real Sport était bien en première position lors de l'ouverture des soumissions. Cependant, le conseil municipal avait réduit le crédit global et l'exécutif communal avait dès lors demandé aux deux premières entreprises de faire une nouvelle proposition.

   Lors de l'ouverture des secondes offres, le mardi 6 juillet 1999, la proposition du concurrent de Real Sport était inférieure en prix, et surtout supérieure au niveau technique.

4. Il ressort des pièces déposées par la commune intimée, que l'offre de la recourante portait sur une valeur estimée de CHF 550.000.- toutes taxes comprises, alors que celle de sa concurrente retenue portait sur un montant de CHF 548.000.-, également toutes taxes comprises. La part des équipements et des fournitures était d'environ CHF 90.000.-.

5. Le 10 août 1999, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger directement sur le fond.

EN DROIT

1. Selon l'article 9 alinéa 3 de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI – RS 943.02), – entrée en vigueur le premier juillet 1996, sauf en ce qui concerne les voies de droit, pour lesquelles un délai supplémentaire de deux ans a été fixé, venant à échéance le premier juillet 1998 –, le Tribunal administratif ne pourrait rendre qu'une décision constatatoire si le recours était bien fondé: la recourante n'a dès lors aucun intérêt à l'octroi ou à une éventuelle restitution de l'effet suspensif, paralysant ainsi l'attribution du marché à un autre soumissionnaire. De surcroît, en matière de marchés publics, l'issue probable du litige joue un rôle prééminent en matière de restitution de l'effet suspensif (RDAF 1999 34 p. 41). Il y a donc lieu de statuer directement sur le fond du litige.

2. La notion de marché public désigne communément l'ensemble des contrats passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires privés, portant sur l'acquisition de fournitures, de constructions ou de services, selon une définition donnée par le Tribunal fédéral (ATF 125 I 209 consid. 6b p. 212). Il convient d'examiner l'application du droit fédéral, concordataire et cantonal au présent litige.

3. Selon l'article 45 du règlement cantonal sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 (RPMPMC – L 6 05.01), le Tribunal administratif connaît des recours contre les décisions d'adjudication et les décisions concernant l'inscription d'un soumissionnaire sur une liste de prestataires qualifiés ou la radiation de son inscription dans un délai de dix jours dès la notification. Toutefois, la voie de droit au Tribunal administratif n'est ouverte, à teneur de ce texte, qu'en cas de passation d'un marché dont la valeur présumée dépasse les seuils prévus par l'article 7 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP – L 6 05; art. 44 à 50 RPMPMC).

   a. En vertu de l'article 7 AIMP, ce concordat ne s'applique, s'agissant des ouvrages, qu'aux marchés à adjuger, dits de "construction" dont la valeur atteint le seuil de CHF 10.070.000.–, sans la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après : la TVA). Pour les fournitures et les services, la limite est de CHF 403.000.–. Selon la jurisprudence de la commission fédérale de recours en

matière de marchés publics (RDAF 1999 37 consid. 1 p. 39), lorsqu'un contrat est mixte, il convient de rechercher si les fournitures ont un montant supérieur à celui des constructions. Dans le cas contraire, le marché est dit de "construction". Certes, la commission a statué en application de la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP - RS 172.056.1), mais il n'y a pas lieu de s'écarter des critères qu'elle a posés, les notions étant identiques en droit concordataire ou fédéral.

b. Selon l'article 50 RPMPMC, les décisions rendues dans le cadre de l'application d'un marché non soumis à l'AIMP ne sont pas sujettes à recours.

Or, le marché litigieux porte sur une somme d'environ CHF 500'000.-, dont CHF 90'000.- pour les fournitures et les équipements, somme bien inférieure à la valeur minimale prévue par l'accord précité en matière de construction.

À rigueur de texte, le tribunal de céans ne peut donc pas se saisir du litige, faute d'une disposition cantonale légale ou réglementaire lui attribuant cette compétence.

4. Selon l'article 9 alinéa premier LMI, les restrictions à la liberté d'accès au marché doivent faire l'objet de décisions sujettes à recours et le droit cantonal doit prévoir au moins une voie de droit devant une instance cantonale indépendante de l'administration. Une telle décision est définitive, sous réserve du recours de droit public.

a. Le règlement transitoire d'application de la loi sur le Tribunal administratif et le Tribunal des conflits du 3 mars 1997 (ci-après : le règlement transitoire; E 5 05.03) institue une voie de recours au Tribunal administratif dans toutes les matières où la décision cantonale de dernière instance peut faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral. Or la LMI prévoit un recours de droit public, de sorte que le règlement transitoire ne crée pas non plus de compétence permettant au tribunal de céans d'examiner le fond du litige. Depuis le premier juillet 1998, le droit cantonal est donc lacunaire sur ce point (art. 11 al. 1 LMI; cf. RO 1996 p. 1472 et ATF 125 II 86 consid. 2a p. 92).

b. En vertu du principe de la force dérogatoire du

droit fédéral, une juridiction cantonale doit pouvoir être saisie du litige. Il n'est toutefois pas nécessaire de trancher définitivement la question de savoir laquelle, car le recours est de toute manière irrecevable pour un autre motif.

À juste titre, l'entreprise recourante, qui a pu librement déposer une offre, ne se plaint pas d'une restriction à la liberté d'accès au marché. Or ce grief est le seul qu'elle pourrait faire valoir. Toute autre allégation d'une violation du droit fédéral est irrecevable en application de l'article 9 alinéa premier LMI.

5. L'AIMP étant inapplicable vu la valeur du marché, il n'y a pas lieu d'examiner les conditions édictées par la commune au regard de ce concordat.

6. Le recours doit donc être déclaré irrecevable.

En application de l'article 87 alinéa 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) et du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (E 10 03), un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif :

déclare irrecevable le recours interjeté le 14 juillet 1999 par Real Sport S.A. contre la décision du commune de Bellevue du 6 juillet 1999;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 500.-;

communique le présent arrêt à Real Sport S.A. ainsi qu'à la commune de Bellevue.

Siégeants : M. Schucani, président, M. Thélin, Mmes Bonnefemme-Hurni, Bovy, M. Paychère, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

le secrétaire-juriste : le vice-président :

O. Bindschedler Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :

Mme N. Mega