RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/920/2005-SI **ATA/213/2005**

DÉCISION

DU PRÉSIDENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 13 avril 2005

sur effet suspensif

dans la cause

TECHFINA S.A.
représentée par Me Pascal Petroz, avocat

contre

SERVICES INDUSTRIELS DE GENÈVE

et

BSH UMWELTSERVICE AG
appelée en cause

EN FAIT

1. Le 2 juillet 2004, les Services industriels de Genève (ci-après : SIG) ont publié dans la Feuille d'Avis Officielle (ci-après : FAO) et sur le site internet www.simap.ch un appel d'offre en procédure ouverte concernant un projet de remplacement des installations de traitement des rejets solides et liquides (ci-après : TRL) pour l'usine des Cheneviers.

2. Par courrier du 21 mars 2005, les SIG ont informé Techfina S.A. qu'ils avaient adjugé les travaux relatifs au remplacement des installations de traitement des rejets solides à BSH Umweltservice AG à Sursee pour un montant de CHF 3'768'000.-, l'offre de Techfina S.A. n'étant pas retenue. Ce courrier comportait l'indication qu'un recours dans les dix jours pouvait être interjeté auprès du Tribunal administratif.

3. Par acte déposé au greffe le 4 avril 2005, Techfina S.A. a recouru auprès du Tribunal administratif en concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif. Elle a demandé également qu'il soit fait interdiction aux SIG d'adjuger les travaux à BSH Umweltservice AG. Techfina S.A. enfin demandait à être autorisée à consulter le dossier. Principalement, elle a conclu à l'annulation de la décision entreprise et à ce que les travaux lui soient adjugés au motif que son offre était économiquement la plus avantageuse.

4. À réception du recours, le juge délégué a appelé en cause BSH Umweltservice AG et lui a imparti, de même qu'aux SIG, un délai au 11 avril 2005 pour se déterminer sur effet suspensif.

5. Le 6 avril 2005, BSH Umweltservice AG a répondu qu'elle s'abstenait de tout commentaire, les SIG pouvant certainement justifier la décision d'adjudication qu'ils avaient prise.

   Le 11 avril 2005, les SIG se sont opposés à la restitution de l'effet suspensif et ils ont conclu au rejet du recours en faisant valoir que même si l'offre de BSH Umweltservice AG était de prime abord plus élevée, elle était seule de nature à correspondre, à long terme, aux objectifs poursuivis par l'autorité adjudicatrice.

   De plus, il existait un intérêt public prépondérant à moderniser les installations, l'autorisation d'exploiter l'usine des Cheneviers venant à échéance cette année.

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'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. 1 AIMP).

   Toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, accorder l'effet suspensif, pour autant que le recours 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/171/2005 du 24 mars 2005 ; 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).

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 est certain. Il existe une certaine urgence à moderniser cette usine pour qu'elle respecte les exigences légales s'agissant du rejet de substances susceptibles d'avoir des effets négatifs sur l'environnement et que le renouvellement de l'autorisation d'exploiter soit accordé.

   b. L'intérêt privé de l'adjudicataire au maintien de la décision attaquée est également évident.

c. En ce qui concerne l'intérêt privé de la recourante, le Tribunal administratif retiendra que l'éventuelle admission de son recours n'aurait pas nécessairement pour effet de lui attribuer le marché car l'autorité saisie ne peut pas statuer en opportunité (art. 16 al. 1 et 2 AIMP).

De plus, il apparaît que les chances de succès du recours sont minimes.

En effet, même si Techfina S.A. obtenait une note égale à cette du concurrent le mieux placé s'agissant du rapport prix/performance, elle serait néanmoins toujours dernière du classement général.

d. Au vu de ce qui précède, et au terme d'une pesée entre les différents intérêts susmentionnés, le président du Tribunal administratif refusera de restituer l'effet suspensif au recours.

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

* * * * *

LE PRÉSIDENT
DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

refuse de restituer l'effet suspensif ;

cela fait sur le fond :

impartit un délai à Techfina S.A. au 2 mai 2005 pour répliquer ;

communique le présent arrêt à Me Pascal Petroz, avocat de la recourante, au Services industriels de Genève ainsi qu'à BSH Umweltservice AG, appelée en cause.

Le président du Tribunal administratif :

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :