

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2408/2008-DT

ATA/376/2008

DÉCISION

DE LA

PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 17 juillet 2008

incidente

sur effet suspensif et mesures provisionnelles

dans la cause

**CONSORTIUM G5, formé par les bureaux
BUFFET-BOYMOND
HUBER-CHAPPUIS-CALAME
HKD GÉOMATIQUE S.A.
WASSER S.A.
MORAND + BOVIER S.A.**
représentés par Me Giorgio Campa, avocat

contre

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE
représenté par Me Lucien Lazzarotto, avocat

et

CONSORTIUM KNH, soit pour lui KÜPFER, NEY & HURNI S.A.

Vu l'appel d'offres publié dans la Feuille d'Avis Officielle (ci-après : FAO) ainsi que sur le site de l'Etat de Genève (www.simap.ch) lancé par la direction cantonale de la mensuration officielle (ci-après : DCMO) pour des prestations de service non liées à la construction, intitulé "Renouvellement PFP3 zone 14", concernant le renouvellement des points fixes de catégorie 3 selon l'ordonnance de la mensuration officielle et de l'ordonnance technique de la mensuration officielle ;

vu les offres déposées dans le délai par trois soumissionnaires ou groupes de soumissionnaires ;

vu l'analyse desdites offres ;

vu la décision de la DCMO d'adjuger le marché précité au Consortium KNH, soit Küpfer, Ney & Hurni S.A., 6, rue Chabrey à Genève, ce dont l'un des soumissionnaires évincé, soit le Consortium G5, formé des bureaux Buffet-Boymond, Huber-Chappuis-Calame, HKD Géomatique S.A., Wasser S.A. et Morand + Bovier S.A., a été informé par courrier du 18 juin 2008 réceptionné le 23 juin 2008; ;

vu la parution de cette décision dans la FAO le 23 juin 2008 mentionnant que le délai de dix jours pour interjeter recours auprès du Tribunal administratif courait dès la date de ladite parution ;

vu le recours interjeté le 3 juillet 2008 par les bureaux et sociétés formant le Consortium G5 précité concluant :

- préalablement, à ce qu'il soit fait interdiction par mesures provisionnelles à l'autorité intimée de conclure le contrat avec l'adjudicataire et à l'octroi de l'effet suspensif, à la production par l'autorité intimée de tous les documents relatifs à l'évaluation des offres, à l'interdiction par les autres parties de consulter la pièce 5 du chargé des recourants, soit celle concernant leur offre et à l'octroi d'un délai pour compléter leur recours ;

- principalement, la décision d'adjudication devait être annulée et le marché leur être adjugé ;

- subsidiairement enfin, une instruction sur dommages et intérêts devait être ouverte et un délai leur être octroyé pour formuler leurs prétentions en dommages et intérêts ;

vu l'appel en cause le 4 juillet 2008 du Consortium KNH soit pour lui Küpfer, Ney & Hurni S.A. et les observations du 14 juillet 2008 de celui-ci s'opposant à la restitution de l'effet suspensif car une telle décision aurait des conséquences néfastes sur le déroulement des travaux, certaines des mesures nécessaires ne pouvant être valablement réalisées qu'en hiver en l'absence d'un feuillage non persistant, soit de décembre à février ;

vu la détermination de la DCMO du 14 juillet 2008 produisant les pièces requises par les recourants, tout en demandant que ceux-ci n'aient pas accès au rapport d'évaluation (pièce 3) d'une part, et concluant d'autre part, au rejet des demandes de mesures provisionnelles et d'effet suspensif. L'intimé conclut au rejet du recours et subsidiairement, à ce qu'un délai lui soit octroyé pour répondre sur le fond, faisant en outre valoir que le recours est dépourvu de chances de succès et que l'intérêt public relevant tant de contraintes budgétaires que de contraintes techniques, devant primer l'intérêt privé des recourants qui n'avaient en tout état pas déposé l'offre économiquement la plus avantageuse.

ATTENDU :

Qu'à teneur de l'article 17 alinéa premier de l'accord intercantonal sur les marchés publics des 25 novembre 1994 et 15 mars 2001 (AIMP - L 6 05), le recours n'a pas d'effet suspensif ;

que selon l'alinéa 2 de cette même disposition, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, accorder l'effet suspensif à un recours à condition que celui-ci paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, cette disposition reprenant ainsi le texte de l'article 66 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10) ;

que les modifications du 30 novembre 2006 apportées à 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) portant sur l'adhésion à l'AIMP dans sa version du 15 mars 2001, sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2008, de même que le règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (L 10 05.01) abrogeant l'ancien règlement, et sont applicables en l'espèce, toute la procédure s'étant déroulée à partir du 1^{er} janvier 2008 (ATA/371/2008 du 10 juillet 2008) ;

que le Tribunal administratif demeure l'autorité judiciaire compétente au sens de l'article 15 de l'accord pour statuer sur recours contre les décisions de l'adjudicataire (art. 3 al. 1 LAIMP ; art. 56B alinéa 4 lettre c de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05) ;

qu'il appartient dès lors à la juridiction de céans de trancher la question de l'éventuelle restitution de l'effet suspensif au recours ainsi que la requête de mesures provisionnelles ;

qu'en matière de marchés publics, la restitution de l'effet suspensif au recours constitue une exception (ATA/371/2008 précité ; ATA/260/2008 du 23 mai 2008 ; ATA/68/2008 du 19 février 2008) ;

que les exceptions sont à interpréter restrictivement à teneur de la jurisprudence mentionnée ci-dessus.

CONSIDERANT :

Qu'en l'espèce, l'adjudicateur et l'adjudicataire s'opposent à l'octroi de l'effet suspensif ainsi qu'au prononcé de mesures provisionnelles en invoquant les intérêts publics liés au financement de ce marché d'une part, et à des contraintes saisonnières d'autre part, alors que les recourants invoquent leur intérêt privé à l'obtention dudit marché et l'intérêt public au respect des procédures, de même que l'intérêt de l'Etat de contracter au meilleur coût ;

qu'en statuant sur une demande de mesures provisionnelles ou de restitution de l'effet suspensif, le juge doit également apprécier l'issue probable du litige (ATA/372/2008 du 14 juillet 2008 ; ATA/748/2004 du 27 septembre 2004) ; or, en l'espèce, il apparaît que les intérêts publics invoqués par la DCMO sont prépondérants et doivent primer les intérêts tant publics que privés invoqués par les recourants ; de plus, les pièces produites par les parties permettent de considérer que si les recourants étaient certes moins-disants, leur offre n'a pas pour autant été considérée comme étant économiquement la plus avantageuse, et cela en fonction d'autres critères que celui du prix ;

que dès lors, une instruction au fond s'impose mais que les chances de succès du recours ne sont pas manifestes ;

que les demandes de mesures provisionnelles et d'effet suspensif seront rejetées ;

que les recourants pourront compléter leur recours conformément à leurs conclusions, après avoir pris connaissance des critères précités tels qu'ils résultent de la pièce 3 produite par la DCMO, et dont la consultation ne saurait leur être interdite (art. 45 al. 2 et 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) ;

que l'offre des recourants (pièce 5 de leur chargé) sera quant à elle soustraite à la consultation de l'appelé en cause ;

que le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

statuant sur incident, effet suspensif et mesures provisionnelles :

rejette la demande d'effet suspensif et celle de mesures provisionnelles ;

fait interdiction à l'appelé en cause de consulter la pièce 5 du chargé des recourants sous la menace des peines prévues par l'article 292 du CPS ;

fixe aux recourants un délai au 31 juillet 2008 pour compléter leur recours ;

fixe à l'intimé et à l'appelé en cause un délai au 31 août pour répondre sur le fond ;

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 ; 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 Giorgio Campa, avocat des recourants, à Me Lucien Lazzarotto, avocat du département du territoire ainsi qu'au Consortium KNH, soit pour lui Küpfer, Ney & Hurni S.A., appelé en cause.

La présidente du Tribunal administratif :

L. Bovy

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :