

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1339/2013-MARPU

ATA/314/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 17 mai 2013

sur effet suspensif

dans la cause

EGG-TELSA S.A.

représentée par Me Olivier Carrard, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE L'URBANISME

et

SEDELEC S.A., appelée en cause

représentée par Me Jean-Marie Faivre, avocat

Attendu en fait :

1. Le 15 janvier 2013, l'office des bâtiments (ci-après : OBA) du département de l'urbanisme (ci-après : le département), a lancé une procédure d'adjudication HUG-Bdl2-CFC 236.00 pour l'attribution des travaux d'installations électriques à courant faible du nouveau bâtiment des lits de l'hôpital cantonal de Genève.
2. L'OBA a reçu cinq offres pour ce marché dont celles des sociétés Sedelec S.A. (ci-après : Sedelec) à CHF 3'218'400.- et Egg-Telsa S.A (ci-après : Egg- Telsa) à CHF 2'883'814.-.
3. Après une première analyse des offres, le représentant de l'OBA a demandé à Egg-Telsa, par courriel du 25 mars 2013, de compléter plusieurs annexes de son dossier comportant des lacunes ou des imprécisions. Il s'agissait de l'annexe R15 concernant les sous-traitants, de plusieurs pages de l'annexe 6.3 relative à des éléments techniques et de prix, en particulier des fiches descriptives de produits, du cahier des charges d'hygiène et de sécurité et du cahier de série de prix détaillés.
4. Le 27 mars 2013, Egg-Telsa a transmis l'annonce R15, les pages de l'annexe 6.3 complétées, rectifiées et signées, dont la p. 32 relative au tarif des travaux supplémentaires et la p. 33 concernant le matériel et qui renvoyait à des fiches techniques de fournisseurs « pour les articles principaux » prévus dans la soumission, la planification des moyens et le cahier des charges d'hygiène et de sécurité.
5. Le 9 avril 2013, le rapport d'analyse des fiches techniques transmises par Egg-Telsa a retenu que la plus grande partie du matériel soumis n'était pas conforme au cahier des charges et que certaines fiches techniques manquaient.
6. Le rapport d'adjudication du 10 avril 2013 relevait que les tarifs horaires indiqués dans la p. 32 complétée de l'annexe 6.3 n'étaient pas à jour et qu'il manquait encore des fiches techniques. Les éléments transmis par Egg-Telsa ne répondaient pas aux exigences et contraintes du cahier des charges, de sorte que l'entreprise n'était pas retenue dans le cadre de l'adjudication.

Le rapport d'adjudication proposait d'adjuger le marché à Sedelec.

7. Par décision du 16 avril 2013, l'OBA a écarté l'offre d'Egg-Telsa parce qu'elle était incomplète et non conforme aux exigences du cahier des charges : les annexes R15 et 6.3 étaient incomplètes et il manquait "les" fiches techniques.
8. Par décision du 23 avril 2013, l'OBA a adjugé les travaux d'installations électriques à courant faible à Sedelec.
9. Parallèlement à la procédure d'adjudication des travaux d'installations à courant faible, l'OBA a mené une procédure d'adjudication HUG-Bdl2-CFC 232.00 pour

l'attribution des travaux d'installations électriques à courant fort du même bâtiment. Egg-Telsa et Sedelec notamment ont transmis des offres pour ce marché. Par décision du 16 avril 2013, l'OBA a adjugé le marché à Sedelec et en a informé les autres soumissionnaires, dont Egg-Telsa.

10. Par acte du 29 avril 2013, Egg-Telsa a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre l'exclusion de son offre dans le marché des travaux d'installations électriques à courant faible, concluant principalement à l'annulation de la décision d'adjudication du 16 avril 2013 et l'adjudication du marché à elle-même. Dans l'hypothèse où le contrat aurait été conclu, elle conclut à ce que le caractère illicite de l'adjudication soit constaté et que son droit de quantifier ultérieurement sa conclusion en dommages-intérêts soit réservé. Préalablement, elle a demandé la restitution de l'effet suspensif au recours.

L'autorité adjudicatrice avait écarté à tort son offre car tous les documents demandés avaient été fournis dans les délais impartis. Elle avait violé le principe de la bonne foi et de l'interdiction de l'arbitraire estimant que cette offre était incomplète alors qu'elle avait admis l'offre pour les travaux d'installations à courant fort après avoir reçu des documents moins complets portant sur des rubriques semblables.

L'effet suspensif devait être restitué à son recours qui apparaissait suffisamment fondé. Aucun intérêt public ou privé n'était suffisamment prépondérant pour aller de l'avant, les travaux d'installations à courant faible intervenant dans les dernières étapes d'un chantier qui en était encore au stade du gros œuvre.

11. Le 30 avril 2013, le juge délégué a appelé en cause Sedelec et invité les parties à se déterminer sur la requête de restitution d'effet suspensif jusqu'au 15 mai 2013 et sur le fond jusqu'au 3 juin 2013.

12. Le 8 mai 2013, l'OBA a conclu au rejet de la requête de restitution d'effet suspensif.

Le droit des marchés publics était formaliste et c'était dans ce contexte que l'offre litigieuse avait été appréciée. Cette offre n'était pas complète et Egg-Telsa avait été invitée à la compléter. Les éléments transmis à cette fin pour les travaux d'installations à courant faible n'étaient pas suffisants. Par ailleurs, plusieurs produits n'étaient pas conformes au cahier des charges. Le recours apparaissait mal fondé. Enfin, la conclusion en adjudication du marché n'était pas motivée.

13. Le 15 mai 2013, Sedelec a conclu au rejet de la requête de restitution, l'autorité adjudicatrice n'ayant pas abusé de son pouvoir d'appréciation en excluant l'offre litigieuse.

Considérant en droit

1. Le recours a été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente. Il est recevable de point de vue (art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 3 al. 1 et 2 let. 1 de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 - L-AIMP - L 6 05.0 ; art. 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01).
2. Aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, restituer cet effet pour autant qu'il paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP).

« L'examen de la requête suppose une appréciation *prima facie* du bien-fondé du recours ; le but est alors de refuser l'effet suspensif au recours manifestement dépourvu de chance de succès, dont le résultat ne fait aucun doute ; inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire mais suppose de constater et de pondérer le risque de préjudice » (B. BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in J.-B. ZUFFEREY/H. STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zurich 2010, p. 311-341, n. 15 p. 317).

La restitution de l'effet suspensif constitue cependant une exception en matière de marchés publics et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/76/2012 du 7 février 2012 ; ATA/752/2011 du 8 décembre 2011 ; ATA/614/2011 du 28 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/214/2011 du 1^{er} avril 2011, et la jurisprudence citée).

3. Par rapport à l'examen *prima facie* qui prévaut dans le cadre de l'estimation des chances de succès du recours, on relèvera que la recourante conteste la décision d'exclusion de la procédure d'adjudication des travaux d'installations à courant faible du 16 avril 2013. Elle n'a toutefois pas pris de conclusions formelles en annulation de cette décision. Elle a conclu à l'annulation de la décision d'adjudication du 16 avril 2013. Or, celle-ci concerne les travaux d'installations à courant fort. La décision d'adjudication des travaux d'installations à courant faible a été rendue le 23 avril 2013 et n'a pas fait l'objet de recours. La recevabilité du recours est ainsi incertaine.

Par ailleurs, la recourante n'apporte pas de démonstration que l'autorité adjudicatrice aurait à tort retenu que la plus grande partie du matériel soumis n'était pas conforme au cahier des charges.

Quant à la comparaison avec l'offre présentée dans le cadre de la procédure d'adjudication des travaux d'installations à courant fort, elle n'est pas pertinente dès lors qu'il s'agit d'un marché ayant un objet différent, pour lequel la recourante n'apporte pas d'éléments permettant de retenir que les critères d'appréciation des

offres sur les points litigieux auraient été identiques à ceux du marché dont elle a été exclue.

Les chances de succès du recours apparaissent ainsi ténues.

En outre, la recourante met en avant son intérêt - de nature économique - à obtenir l'adjudication du marché, alors que son offre n'a pas été évaluée, d'une part et que, d'autre part, le marché a été adjugé à Sedelec par décision du 23 avril 2013 n'ayant pas fait l'objet de recours. Dans ces circonstances, l'intérêt public à la sécurité du droit apparaît prépondérant.

4. La restitution de l'effet suspensif sera dès lors refusée, le sort des frais de la procédure étant réservé jusqu'à droit jugé au fond.
5. La présente décision est prise par la présidente de la chambre administrative, en application de l'art. 7 du règlement interne de la chambre administrative du 21 décembre 2010.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse la restitution de l'effet suspensif au recours ;

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

dit que, conformément aux art. 82 ss 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'art. 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 Olivier Carrard, avocat de la recourante au département de l'urbanisme ainsi qu'à Me Jean-Marie Faivre, avocat de l'appelée en cause.

La présidente :

E. Hurni

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :