

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1340/2009-MARPU

ATA/218/2009

DÉCISION

DE LA

PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 4 mai 2009

sur effet suspensif et mesures provisionnelles

dans la cause

SEICAL SARL

représentée par Me Romain Jordan, avocat

contre

FONDATION "LA VESPÉRALE"

représentée par Me Julien Blanc, avocat

Vu le recours de Seical Sarl du 9 avril 2009 ;

Vu les conclusions sur mesures provisionnelles prises dans l'acte de recours ;

Vu la détermination de la fondation la Vespérale » du 28 avril 2009 et les pièces communiquées sur requête du juge le 29 avril 2009 ;

attendu, en fait, que :

1. La Fondation pour l'exploitation de pensions pour personnes âgées «La Vespérale» (ci-après : la fondation) est une fondation de droit public qui a pour but la construction, la gestion et l'exploitation, sur le territoire du canton de Genève, de pensions, homes ou foyers d'accueil pour personnes âgées.
2. Par avis d'appel d'offres publié le 28 avril 2008 dans la Feuille d'avis officielle (ci-après : FAO), la fondation a mis au concours, en procédure ouverte soumise à l'OMC, l'exécution de travaux de carrelage (CFC 281.6) et de revêtements de parois en céramique (CFC 282.4) dans le cadre de la construction d'un établissement médico-social (ci-après : EMS) de 73 lits. Le dossier portait comme nom de projet EMS Poterie, référence 2083 - CFC 281.0 (sic) et 282.4
3. Le modèle de soumission intégré au dossier d'appel d'offres comportait deux parties. La première récapitulait les éléments nécessaires à la présentation d'une offre se rapportant à la fourniture de carrelage, sous l'intitulé CFC 281.6. La deuxième traitait des éléments de l'offre relatifs aux revêtements de parois en céramique, sous l'intitulé de CFC 282.4.
4. Les critères d'adjudication étaient, par ordre d'importance, les suivants : montant de l'offre 40 % ; qualité de l'offre 20 % ; références de l'entreprise 20 % et capacité de l'entreprise 20 %.
5. Par décision du 8 octobre 2008, la fondation a adjugé le marché à GATTO S.A., pour un montant de CHF 213'475,50, au motif qu'il s'agissait de l'offre la plus avantageuse selon les critères annoncés.
6. Par arrêt du 16 décembre 2008 (ATA/633/2008), le Tribunal administratif, sur recours de Seical Sarl, a annulé la décision d'adjudication et retourné le dossier à la fondation pour qu'elle procède au sens des considérants.

L'offre de Seical Sarl avait été écartée car il avait été retenu d'emblée qu'elle proposait le carrelage et la faïence à un prix manifestement trop bas et, partant, considéré comme erroné. Ce faisant, la fondation avait transgressé l'article 41 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01). Elle aurait dû, avant de prendre cette décision, interpellier la soumissionnaire pour l'inviter à justifier le prix qu'elle proposait.

7. Suite au prononcé de cet arrêt, la fondation n'a jamais demandé à Seical Sarl de justifier ses prix. Celle-ci s'était pourtant mise à disposition pour le faire selon plusieurs courriers qu'elle lui avait adressés.

8. Le 31 mars 2009, le bureau d'architectes AM - BM - PILOT SA a écrit Seical Sarl.

Le mandat du précédent architecte avait été résilié. D'entente avec le maître d'ouvrage, le descriptif des travaux du marché public de carrelage et faïence avait été modifié afin de retenir des solutions moins coûteuses que celles précédemment retenues. Le marché concerné avait été, dans ces conditions, remis en soumission par publication dans la FAO du 30 mars 2009. En sa qualité de soumissionnaire sur l'offre publiée le 28 avril 2008, elle pouvait déposer une nouvelle offre sans avoir besoin d'effectuer l'avance de frais pour l'obtention du dossier d'appel d'offres.

9. Par l'avis d'appel d'offres du 30 mars 2009, la fondation a mis au concours en procédure ouverte soumise à l'OMC l'exécution de carrelage et faïence dans le cadre de la construction d'un EMS de 73 lits. Le nom de projet : EMS Poterie, portait la référence 2083-CFC 281.6.

10. Le modèle de soumission intégré au dossier d'appel d'offres comportait une seule partie qui récapitulait les éléments nécessaires à la présentation d'une offre se rapportant à la fourniture de carrelage sous l'intitulé CFC 281.6.

11. Les critères d'adjudication étaient par ordre d'importance les suivants : montant et crédibilité de l'offre 40 % ; capacité à respecter les délais d'exécution 30 % et références extérieures du candidat 30 %.

12. Par acte du 9 avril 2009, Seical Sarl a recouru contre le nouvel appel d'offres publié le 30 mars 2009 dans la FAO et la décision d'interruption de la procédure qu'il sous-entendait.

La procédure d'adjudication initiée le 28 avril 2008 avait été interrompue sans qu'aucune décision formelle n'ait été rendue. Son droit d'être entendue avait été violé car elle ignorait, en l'absence de décision motivée, les motifs de l'interruption. L'article 47 alinéa 1 RMP avait été violé car l'interruption d'un marché était possible que pour des motifs particuliers qui n'étaient pas réalisés en l'espèce. Au surplus, l'article 47 RMP n'autorisait pas le changement de critères d'adjudication entre les deux soumissions, notamment le critère du prix était trop relativisé par rapport aux autres critères dans le nouvel appel d'offres.

A titre provisionnel, elle requiert la restitution de l'effet suspensif au recours et à ce qu'il soit fait interdiction à la fondation de procéder à l'ouverture des offres ainsi qu'à toute autre mesure d'instruction de la nouvelle soumission.

13. La fondation a répondu le 28 avril 2009 sur la requête en mesures provisionnelles. Elle conclut à son rejet et à ce qu'elle puisse procéder dans le cadre de nouvelle soumission.

Suite à une détérioration de ses relations avec son architecte, elle avait révoqué le mandat de celui-ci. Le nouveau bureau d'architecte avait présenté une solution constructive moins coûteuse sur plusieurs descriptifs de travaux, notamment sur les CFC n° 281.0 et n° 282.4 de carrelage et faïence. L'intimé avait renoncé à carreler les parois des salles de bain. Cela réduirait le coût des travaux de CHF 60'000. - et permettrait de réduire le retard pris dans l'exécution des travaux. Le descriptif des travaux ayant fondamentalement changé, l'analyse des précédentes offres était inutile et elle avait publié un nouvel appel d'offres. Elle en avait avisé Seical Sarl par courrier du 31 mars 2009. Compte tenu des changements dans les travaux envisagés, il aurait été illicite de traiter le nouveau marché exclusivement avec la recourante, aux conditions du précédent marché. Seical Sarl n'avait pas produit les pièces pouvant justifier du prix étonnamment bas qu'elle avait proposé à la première adjudication.

La restitution de l'effet suspensif était une mesure exceptionnelle subordonnée à des conditions qui n'étaient pas réalisées. En l'espèce, le recours était mal fondé. Les conditions de l'article 47 RMP étaient remplies car l'appel d'offres portait sur des travaux nouveaux par leur ampleur et leur valeur. Le fait d'avoir publié le nouvel appel d'offres dans la FAO valait avis, au sens de l'article 47 alinéa 2 RMP, d'interruption de la précédente procédure, tout défaut éventuel de motivation pouvant être réparé dans la procédure de deuxième instance. La recourante n'avait aucun intérêt privé à faire valoir, prépondérant à celui de l'intimée.

14. Par courrier du 29 avril 2009, le Tribunal administratif a requis de l'intimée la production des deux dossiers d'appels d'offres datés des 28 avril 2008 et 30 mars 2009, documentation que cette dernière a transmis immédiatement.

Considérant, en droit, que :

1. Le recours a un double objet dans la mesure où il est dirigé contre l'appel d'offres du 30 mars 2009 et contre la décision d'interrompre la procédure d'appel d'offres du 28 avril 2008, communiquée le 31 mars 2009 à la recourante.
2. Interjeté devant l'autorité compétente, le recours est, prima facie, recevable contre les deux objets (art. 15 al. 1 bis lettres a et e, de même que 15 al. 2 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics - AIMP - L 6 05 ; art. 3 de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics L - AIMP - L6 05.0 ; art. 55 let. a et e et 56 al. 1 du règlement sur la passation de marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01).

3. En tant que soumissionnaire destinataire de la décision d'interruption de la procédure d'adjudication, la recourante a, prima facie, un intérêt digne de protection à recourir contre les deux objets (art. 60 lettres a et b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA E 5 20).
4. a. A titre provisoire et jusqu'à droit jugé sur son recours, Seical Sarl sollicite la suspension de la décision d'interruption de la procédure d'adjudication initiée le 28 avril 2009 et l'interdiction d'instruire la soumission dans le cadre de la procédure d'appel d'offres lancée le 30 mars 2009.
- b. En principe, le recours en matière de marchés publics n'a pas d'effet suspensif (art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP). Celui-ci peut être restitué par l'autorité de recours, d'office ou sur demande, 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, 58 al. 2 RMP). Cette formulation s'inspire de l'article 66 alinéa 2 LPA (ATA/165/2009 du 2 avril 2009 ; ATA/858/2005 du 15 décembre 2005).
- c. Indépendamment de la restitution de l'effet suspensif, des mesures provisionnelles peuvent également être requises ou être ordonnées d'office en application de l'article 21 LPA.

En l'occurrence, les conclusions du recourant visent au prononcé de mesures provisoires au sens de l'une et de l'autre de ces dispositions.

5. a. Requête en restitution de l'effet suspensif au recours contre la décision d'interrompre la procédure initiée le 28 avril 2008

La législation d'exécution cantonale de l'AIMP doit garantir que ne soit autorisée la possibilité d'interrompre ou de répéter une procédure d'appel d'offres qu'en cas de justes motifs uniquement (art. 13 lettre i AIMP). Dans le prolongement de cette disposition, l'article 47 alinéa 1 lettre c RMP, prévoit que la procédure peut être interrompue pour de justes motifs ou pour des raisons importantes, notamment lorsqu'un abandon ou une modification importante du projet est nécessaire. Selon la jurisprudence et la doctrine, l'adjudicateur ne peut interrompre la procédure que s'il dispose de motifs « justes », « importants » ou « d'intérêt public » et si son intérêt prévaut sur celui des soumissionnaires à ce que la procédure se poursuive (Commission fédérale de recours en matière de marchés publics - CRM, 2001, JAAC 65.77 consid. 3A et références citées ; RNJ 2003 p. 293 consid. 3A ; GALLI/MOSER/LANG, Praxis des Öffentlichen Beschaffungsrecht, p. 181).

En l'espèce, les dispositions légales qui viennent d'être rappelées sont susceptibles, prima facie, d'avoir été violées par l'adjudicateur. D'une part, celui-ci a pris le risque de lancer une nouvelle procédure d'appel d'offres sans aviser

formellement et préalablement les ayant-droits qu'il interrompait la précédente procédure d'appel d'offres. D'autre part, on ne peut déterminer, au vu de l'imprécision des explications fournies et des pièces présentées, s'il existe des justes motifs au sens de l'article 13 alinéa 1 AIMP, permettant une telle interruption. En l'espèce, le risque existe que la décision d'interrompre ait eu comme objectif d'éviter d'avoir à adjuger les travaux au recourant dans le cadre de la première soumission que le nouvel architecte pouvait mener à terme. Ces questions feront l'objet de mesures d'instruction sur le fond. Dans l'intervalle, la pesée des intérêts qui doit être effectuée, entre l'intérêt privé de la recourante et l'intérêt public de l'adjudicateur à poursuivre son chantier, l'emporte en faveur de la première. Par application de l'article 58 alinéa 2 RMP, l'effet suspensif sera donc restitué au recours qui vise la décision de l'autorité adjudicataire d'interrompre la procédure d'appel d'offres initiée le 28 avril 2008.

b. Interdiction de procéder dans l'instruction de la nouvelle soumission

En application de l'article 21 alinéa 1 LPA, il sera également interdit à l'intimée, jusqu'à droit jugé sur le recours contre la décision d'interrompre la première procédure d'appel d'offres, de continuer à instruire celle initiée le 30 mars 2009. Une telle mesure provisionnelle ne se confond pas avec les conclusions que la recourante a prises au fond. Elle s'inscrit dans la logique et dans le prolongement de la mesure de restitution de l'effet suspensif, pour permettre de trancher le recours contre l'interruption de la première procédure de soumission en lui conservant un intérêt actuel.

LA PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

restitue l'effet suspensif au recours interjeté par Seical Sarl contre la décision d'interruption de la procédure d'appel d'offres publiée par la fondation « La Vespérale » le 28 avril 2008 pour des travaux de carrelage et de revêtement en céramique, nom de projet : EMS Poterie, référence A-040 CFC 281.0 et 282.4 ;

fait interdiction à la fondation « La Vespérale » de procéder à tout acte d'instruction et notamment à l'ouverture des offres consécutivement à l'appel d'offres publié le 30 mars 2009, nom de projet : EMS la Poterie, référence 2083 - CFC 281.6, pour un ouvrage de carrelage et faïence ;

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 Romain Jordan, avocat de la recourante, ainsi qu'à Me Julien Blanc, avocat de la fondation « La Vespérale ».

La présidente du Tribunal administratif :

L. Bovy

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :