

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1524/2016-MARPU

ATA/564/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 1^{er} juillet 2016

sur effet suspensif

dans la cause

ELECOM ÉLECTRICITÉ SA

représentée par Me Alain De Mitri, avocat

contre

FONDATION HBM EMMA KAMMACHER

représentée par Me Bertrand Reich, avocat

et

EGG-TELSA SA, appelée en cause

représentée par Me Sebastiano Chiesa, avocat

Attendu, en fait, que :

1. Le 26 janvier 2016 2015, par publication dans la feuille d'avis officielle du canton de Genève (ci-après : FAO), la Fondation HBM Emma Kammacher, fondation immobilière de droit public instaurée par l'art. 14A de la loi générale sur le logement et la protection des locataires du 4 décembre 1977 (LGL - I 4 05) (ci-après : la fondation) a lancé un appel d'offres, en procédure ouverte, pour l'exécution de travaux d'installations électriques dans le cadre de la construction à Carouge de 150 logements d'utilité publique HBM Minergie P, projet intitulé « 124 Fontenette » , marché soumis à l'accord GATT/OMC, ainsi qu'aux accord internationaux, de même qu'à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), ainsi qu'au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

2. À teneur du dossier d'appel d'offres, l'adjudication se ferait sur la base des critères suivants : montant de l'offre (50 %), organisation pour le chantier, planification et effectifs (20 %), références (30 %).

Pour le critère références, le dossier d'appel d'offres précisait qu'il serait évalué sur la base d'une vérification des renseignements fournis par le soumissionnaire, et des expériences antérieures du maître de l'ouvrage avec celui-ci. En outre, lorsque le soumissionnaire était déjà intervenu sur un marché de fondations immobilières de droit public dans les cinq dernières années précédant la publication de l'appel d'offres, le service technique du secrétariat des fondations pouvait, sur demande, renseigner le pouvoir adjudicateur, et l'appréciation pouvait inclure cet élément.

3. Le barème des notes, de 0 à 5 était celui proposé par le guide romand des marchés publics (ci-après : le guide romand) rédigé par la Conférence romande des organisateurs de marchés publics (CROMP), organisation du soumissionnaire (30 %), qualité de l'offre (20 %).

Note	Satisfaction des critères	Qualité des indications
0	Non évaluable	Aucune indication
1	Critère très mal rempli	Indications insuffisantes
2	Critère mal rempli	Indications insuffisantes ne correspondant pas suffisamment au projet
3	Critère normalement rempli, dans la moyenne	Qualité moyenne correspondant aux exigences de l'appel d'offres
4	Critère bien rempli	Très bonne qualité
5	Critère très bien rempli	Excellente qualité, offre correspondant très bien aux objectifs visés

La note 0 était attribuée uniquement dans le cas où un soumissionnaire n'avait pas fourni l'information demandée par rapport à un critère annoncé, ou si le dossier d'un soumissionnaire ne correspondait pas au marché à exécuter.

Les offres ne seraient pas notées sous l'angle du temps consacré à l'exécution du marché.

4. Le 4 mars 2015, Elecom Électricité SA (ci-après : Elecom) a déposé une offre pour un montant de CHF 1'117'261.45 corrigé par le pouvoir adjudicateur à CHF 1'103'476.-.
5. Le 7 mars 2015 Egg-Telsa SA (ci-après : Egg-Telsa) a déposé une offre pour un montant de CHF 1'210'625.-.
6. Selon le tableau d'évaluation des offres, celles d'Egg-Telsa et d'Elecom ont été classées respectivement au premier et au second rang, en obtenant respectivement 426.24 et 400 points :

	Critère n° 1			Critère n° 2			Critère n° 3		
	Montant de l'offre (évalué selon la méthode T3 du guide romand)			Organisation pour le chantier, planification, effectifs			Références		
<u>candidat</u>	<u>note</u>	<u>pond.</u>	<u>points</u>	<u>note</u>	<u>pond.</u>	<u>points</u>	<u>note</u>	<u>pond.</u>	<u>points</u>
Elecom	5.0	50 %	250.00	3.00	20 %	60.00	3.00	30 %	90.00
Egg-Telsa	4.22	50 %	222.24	4.00	20 %	80.00	4.50	30 %	135.00

7. Selon le rapport d'adjudication du bureau d'ingénieurs-conseils SCHERLER SA, lors de l'analyse des soumissions, il avait été constaté que l'appelée en cause avait commis une erreur de calcul dans son offre, en mentionnant au regard du poste « article 599.111.013 installations d'ampoules dans les appartements un prix de CHF 827.- HT/appartement pour le bâtiment C, alors qu'elle avait mentionné un prix de CHF 13.20 HT/appartement pour les bâtiments B et D. L'évaluateur avait considéré qu'il s'agissait d'une erreur pour le prix articulé, en rapport avec le bâtiment C, et avait obtenu la confirmation d'Egg-Telsa que tel était le cas.
8. Le rapport d'évaluation des critères n^{os} 2 et 3 incluait un tableau d'évaluation des offres. Les deux soumissionnaires étaient analysées ainsi :

	Critère n° 2		Critère n° 3	
	Éléments d'évaluation	Note	Éléments d'évaluation	Note
Elecom	- Effectif : 4 pers./280 j. - Organigramme transmis, pas de CV (10 personnes techniques) - sécurité : OK	3.0	Réf. 1. : 18 appart. + 3 arcades CHF 450'000.-	3.0
			Réf. 2 : Hôtel 192.chambres. CHF 240'000.-	2.0
			Réf. 3 : Locatif 106 appartements CHF 1'500'000.-	4.0
			Note moyenne	4.0
Egg-Telsa	- Effectif : 4-8pers./9500 h. - Organigramme transmis, + CV - PHS transmis	4.0	Réf. 1 : 4 imm. et 184 logements CHF 2'300'000.-	4.5
			Réf. 2 : Fond. HBM CHF 240'000.-	4.0
			Réf. 3 : Fondation. HBM rénovation de 11 immeubles CHF 1'040'000.-	4.5
			Note moyenne	4.5

Sous le tableau figure la note suivante : « L'architecte (...) s'est renseigné auprès des Maîtres d'Ouvrages indiqués dans les références concernant les travaux exécutés par les entreprises évaluées. Tous ont répondu en indiquant leur satisfaction du travail exécuté par l'entreprise. »

9. Par décision du 29 avril 2016, la fondation a adjugé le marché à Egg-Telsa, dont l'offre pour un montant de CHF 1'080'757.40 avait été jugée la plus avantageuse économiquement.
10. Par acte posté le 12 mai 2016, Elecom a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), en concluant à l'annulation des décisions d'adjudication, respectivement de non adjudication du 29 avril 2016 reçue, pour la décision qui la concernait, le 2 mai 2016 et à ce que le marché lui soit adjugé. À titre préalable, elle sollicitait la restitution de l'effet suspensif à son recours. Elle faisait grief à la fondation de lui avoir attribué des notes insuffisantes et arbitraires en rapport avec les critères n^{os} 2 et 3, alors qu'elle se trouvait en tête pour le critère du prix.

Pour le critère de l'organisation, l'écart d'un point entre sa note et celle de l'appelée en cause ne se justifiait pas. En particulier, cette dernière ne respectait pas les exigences de l'ordonnance fédérale sur les installations à basses tensions (OIBT RS 745.27) s'agissant de la nécessité d'affecter à la surveillance technique du chantier au moins une personne du métier à plein-temps. Pour le critère n° 3, elle

contestait les notes insuffisantes attribuées en rapport avec les critères de références. En outre, elle avait travaillé pour la fondation, ce dont elle n'avait pas tenu compte dans son évaluation.

11. Le 26 mai 2016, la fondation a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif. Elle a contesté tout grief d'arbitraire de la notation, et fourni des explications au sujet de la façon dont les notes avaient été attribuées, en se référant au rapport d'évaluation. Pour le critère des références, la nature du bâtiment avait été prise en compte, ainsi que l'ampleur des prestations telle qu'exprimée au travers des travaux réalisés. Les références proposées par l'adjudicataire justifiaient l'attribution de meilleures notes.
12. Le 25 mai 2016, l'adjudicataire, appelée en cause, a également conclu au rejet de la demande d'effet suspensif. Les allégations de la recourante concernant le critère de l'organisation n'étaient étayées par aucune pièce. Quant aux critères des références, celles qu'elle avait citées étaient de qualité et elle méritait les notes attribuées.
13. Le 16 juin 2016, la recourante, qui avait pu accéder, sur décision du juge délégué, à toute la documentation relative à l'appel d'offres, a complété son recours.

Le grief invoqué en rapport avec l'évaluation du critère n° 2 était justifié, puisque l'adjudicataire ne faisait état que de quatre personnes du métier pour un total de 374 employés. Cela confirmait que son offre, sous cet angle, avait été évaluée de manière arbitraire puisqu'elle-même répondait aux exigences légales sur ce point.

En outre, elle constatait avoir été moins bien notée sur ce critère, alors qu'Egg-Telsa n'avait pas fourni le 2/3 des informations requises. Elle critiquait le fait que l'on tienne compte de ce que les curriculum vitae avaient été produits par certains soumissionnaires, alors que leur production n'avait pas été demandée. Elle contestait le fait que pour les critères de références, le montant du marché ait été pris en considération. Concernant le critère de l'organisation, elle ne comprenait pas pour quelles raisons, alors que le formulaire de soumission exigeait un chiffrage pour la durée des travaux en jours ouvrables, on ait accordé à l'adjudicataire une note supérieure à la sienne alors qu'elle avait chiffré la durée des travaux en nombre d'heures. Elle avait reçu une note inférieure à celle de l'adjudicataire, alors que ses indications donnaient pour résultat 8'960 heures.

Elle ajoutait un grief à ceux déjà développés, à savoir que le pouvoir adjudicateur s'était autorisé à consulter l'adjudicataire pour lui permettre de remédier à une erreur constatée, qu'elle avait corrigée. Elle n'avait pas bénéficié du même traitement que l'adjudicataire, s'agissant de la production des curriculum vitae, puisque leur production, si elle était nécessaire, ne lui avait pas été demandée. Elle contestait la façon dont le barème du guide romand avait été appliqué. Une application adéquate aurait conduit à ce qu'elle obtienne 430 points, soit un nombre

de points supérieurs à ceux de sa concurrente directe. Son recours avait de réelles chances de succès, et l'effet suspensif devait être accordé à celui-ci.

14. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

Considérant, en droit, que :

1. La présidence de la chambre administrative est compétente pour statuer en matière de mesures provisionnelles (art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010).
2. Le recours, interjeté dans les dix jours par-devant l'autorité compétente, est *prima facie* recevable (art. 15 al. 2 et 2bis de AIMP ; art. 56 al. 1 RMP ; art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10)).
3. 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 lorsque deux conditions cumulatives sont réalisées, soit que le recours 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 » (Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Bernard ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, pp. 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/60/2013 du 30 janvier 2013 consid. 5 ; ATA/85/2012 du 7 février 2012 consid. 2 ; 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).

4. L'AIMP règle l'ouverture et le traitement des marchés publics des collectivités publiques, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP). Il poursuit plusieurs objectifs, soit assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. a AIMP, repris à l'art. 17 RMP), assurer l'impartialité de l'adjudication et garantir l'égalité de traitement entre ceux-ci (art. 1 al. 3 let. b AIMP repris à l'art. 16 al. 1 et 2 RMP), assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) et permettre l'utilisation parcimonieuse des données

publiques (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, notamment let. a et b AIMP).

Le principe de la transparence garanti par les art. 1 al. 3 let. c AIMP et 24 RMP exige du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions ; en spécifiant clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. Ceux-ci doivent être objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché. Le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères. Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable d'éléments d'appréciation ou de catégories, tels des sous-critères, qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié. De la même manière, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et éléments d'appréciation utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul, etc.) ne doivent pas nécessairement être portées par avance à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (ATF 130 I 241 consid. 5.1 ; ATA/695/2015 du 30 juin 2015 consid. 4c ; ATA/368/2015 du 21 avril 2015 consid. 4c ; ATA/972/2014 du 9 décembre 2014).

5. Le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires tout au long du déroulement formel de la procédure (art. 16 RMP ; ATA/51/2015 du 13 janvier 2015 et jurisprudence citée; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, *Droit des marchés publics*, 2002, p. 109 ; Benoît BOVAY, *La non-discrimination en droit des marchés publics* in RDAF 2004, p. 241).
6. En vertu de l'art. 43 RMP, l'évaluation est faite selon les critères prédéfinis conformément à l'art. 24 RMP et énumérés dans l'avis d'appel d'offres et/ou les documents d'appel d'offres (al. 1) ; le résultat de l'évaluation des offres fait l'objet d'un tableau comparatif (al. 2) ; le marché est adjugé au soumissionnaire ayant déposé l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix. L'autorité adjudicatrice rend une décision d'adjudication sommairement motivée (art. 45 RMP).
7. Pour assurer le respect des principes du droit des marchés publics énoncés à l'art. 1 al. 3 AIMP, les négociations entre pouvoir adjudicateur et soumissionnaires sont interdites durant toute la phase de passation des marchés (art. 18 RMP, sauf dans la procédure de gré à gré). Plus généralement, après le dépôt des offres, celles-ci, suivant le principe de l'intangibilité des offres, ne peuvent plus être modifiées (Étienne POLTIER, *op. cit.*, p. 222, n. 354). Toutefois, dans la phase

d'épuration des offres, lorsque celles-ci sont peu claires ou contiennent des erreurs évidentes, celles-ci peuvent tout de même être rectifiées (art. 39 al. 2 RMP).

8. La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur lors de l'évaluation des offres, même si ce pouvoir doit s'exercer dans le cadre précité. Dès lors l'appréciation que l'autorité de recours pourrait porter sur celles-ci ne saurait se substituer à celle de ce dernier et seul l'abus ou l'excès dudit pouvoir d'appréciation ne peut être sanctionné (ATF 125 II 86 consid. 6 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_877/2008 du 5 mai 2009 consid. 5.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_87/2008 du 10 novembre 2008 mai 2009 consid. 2 ; ATA/283/2016 du 5 avril 2016 consid. 6d ; ATA/851/2014 du 4 novembre 2014 consid. 9c ; Etienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2015, p. 213 n. 338).

Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur les considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux de droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 consid. 5.1 p. 73 ; 123 V 150 consid. 2 p. 152 et les références citées).

En particulier, une décision est arbitraire lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 138 I 232 consid. 6.2 p. 239 ; 136 I 316 consid. 2.2.2 p. 318 s ; ATA/283/2016 précité consid. ATA/131/2013 du 5 mars 2013 consid. 6e).

9. Dans le cas d'espèce, l'examen, *prima facie*, des pièces versées au dossier et des arguments présentés, permet de constater que les offres ont été évaluées en fonction des critères annoncés dans l'appel d'offres.

Pour le critère du prix, la méthode utilisée a été celle mentionnée dans l'appel d'offres. La rectification d'un poste chiffré de la soumission de l'appelée en cause est évidente au sens de l'art. 39 al. 2 RMP, qu'un contact ait eu lieu ou non entre elle et le pouvoir adjudicateur.

Les critères n^{os} 2 et 3 qui font l'objet de contestations par la recourante, ont été évalués selon une méthode identique pour tous les concurrents. Pour le critère n^o 2, l'organisation des entreprises a été examinée sous trois angles distincts, avec attribution d'une note unique. À première vue, le grief énoncé par la recourante au sujet de la violation de l'art. 10 OIBT dans l'organisation de l'appelée en cause n'a

pas de consistance, dans la mesure où il ressort de son offre que le responsable du chantier désigné est une personne du métier au sens de cette disposition. Si la production de curriculum vitae n'était pas expressément demandée, rien n'empêchait un soumissionnaire d'en fournir pour mieux étayer les dispositions d'organisation qu'il proposait en vue de la conduite du chantier. La prise en compte de ces documents par l'intimée ne permet a priori pas de retenir un traitement discriminatoire entre les différents soumissionnaires. Pour le critère n° 3, les références fournies par les différents offrants ont également été évaluées selon une méthode identique, cette fois-ci en calculant une moyenne des notes pour tous les soumissionnaires. La recourante considère qu'elle aurait dû être mieux notée, mais ne fournit aucun élément permettant de retenir, sur la base du dossier, que son offre aurait été sous évaluée de manière arbitraire, au sens rappelé ci-dessus, par rapport à celle de l'appelée en cause. Les références fournies par la recourante et l'appelée en cause comportaient des caractéristiques, s'agissant de l'ampleur des chantiers référencés ou du montant de ceux-ci, qui pouvaient conduire aux notes qui leur ont respectivement été attribuées et justifiant la note inférieure accordée à la première.

Ces différentes questions pourront faire l'objet d'un examen plus précis dans le cadre de l'instruction au fond, mais, à ce stade de la procédure, il doit être retenu que les chances de succès du recours sont ténues, les principes et normes du droit des marchés publics n'apparaissant pas avoir été transgressés. En outre, sous l'angle de la pesée des intérêts, celui, public à la construction dans les meilleurs délais de logements sociaux, prévaut sur l'intérêt privé de la recourante à obtenir le marché, si bien qu'il n'y a pas de motifs de bloquer le processus d'adjudication à ce stade de la procédure de recours.

10. Au vu de ce qui précède, la requête en restitution de l'effet suspensif au recours sera rejetée.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer l'effet suspensif au recours interjeté par Elecom Électricité SA contre la décision d'adjudication du 29 avril 2016 prise par la Fondation HBM Emma Kammacher ;

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 ;

communiqué la présente décision, en copie, à Me Alain De Mitri, avocat de Elecom Électricité SA, à Me Bertrand Reich, avocat de la Fondation HBM Emma Kammacher et à Me Sebastiano Chiesa, avocat de Egg-Telsa SA.

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :