

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1978/2013-MARPU

ATA/618/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 19 septembre 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.
4. Le 27 mars 2013, Egg-Telsa a répondu à cette demande en transmettant plusieurs documents à l'OBA.
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 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 : deux annexes 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. Cette décision n'a pas été notifiée à Egg-Telsa.
9. 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 (cause A/1339/2013).

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.

10. Après que les parties se soient exprimées sur la requête de restitution de l'effet suspensif, la présidente de la chambre administrative a, par décision du 17 mai 2013, refusé de restituer ledit effet. La recevabilité du recours était incertaine et ses chances de succès apparaissaient ténues. L'intérêt public à la sécurité du droit était prépondérant (ATA/314/2013).
11. Le 29 mai 2013, Egg-Telsa a demandé à l'OBA de lui notifier la décision d'adjudication du 23 avril 2013.
12. Le 5 juin 2013, l'OBA a adressé une commande à l'adjudicataire.
13. Le 6 juin 2013, l'OBA a communiqué à Egg-Telsa la décision d'adjudication du 23 avril 2013. Cette décision a par ailleurs été publiée dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève le 11 juin 2013.
14. Par acte du 7 juin 2013, Egg-Telsa a recouru contre la décision sur effet suspensif du 17 mai 2013 auprès du Tribunal fédéral, lequel a, à titre superprovisionnel, fait interdiction aux parties d'exécuter la décision entreprise.
15. Le 20 juin 2013, Egg-Telsa a recouru auprès de la chambre administrative contre la décision d'adjudication du 23 avril 2013, concluant à ce qu'elle déclarée nulle, subsidiairement annulée et que le marché lui soit attribué. Préalablement, elle a requis la restitution de l'effet suspensif au recours.

La décision querellée était nulle car elle ne lui avait pas été notifiée en temps utile. Il s'agissait d'un vice grave car elle n'avait pas été en mesure de former recours et d'empêcher l'autorité adjudicatrice d'aller de l'avant dans la procédure. Elle ignorait si un contrat avait déjà été conclu. A tout le moins devait-elle être annulée car fondée sur une décision d'exclusion qui devait elle-même être annulée pour les motifs exposés dans le cadre de la procédure A/1339/2013.

16. Le 28 juin 2013, l'OBA a conclu au rejet de la requête de restitution d'effet suspensif.

Il n'était pas certain qu'Egg-Telsa ait agi en temps utile, ni qu'elle ait qualité pour agir dès lors que son offre avait été exclue sans être évaluée. Le contrat avait déjà été conclu à travers l'adjudication et la commande du 5 juin 2013. Il ne restait qu'à le finaliser. Les chances de succès du recours étaient ténues. Il y avait un intérêt public prépondérant à ce que les travaux, qui avaient commencés, puissent être exécutés conformément au planning.

17. Le 1^{er} juillet 2013 a conclu au refus de restituer l'effet suspensif au recours, vu le peu de chance de succès de ce dernier.

18. Le 8 août 2012, Egg-Telsa a sollicité de pouvoir compléter ses écritures sur la question de la conclusion du contrat, suite à un échange de courrier entre le Tribunal fédéral et l'OBA au sujet de la finalisation dudit contrat, dont elle inférait qu'aucun contrat n'avait été conclu.

19. Le 30 août 2013, l'OBA et Sedelec se sont déterminés sur cet objet. Ils s'étaient mis d'accord sur les éléments essentiels du contrat, de sorte que celui-ci avait bien été conclu, même s'il n'avait pas été finalisé en la forme écrite.

20. Le 6 septembre 2013, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant en droit :

1. Le recours a été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente. Il est recevable de ce 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 a été exclue de la procédure d'adjudication des travaux par décision du 16 avril 2013. Dans sa décision du 17 mai 2013 refusant de restituer l'effet suspensif au recours contre cette décision d'exclusion, la présidente de la chambre administrative a relevé que le recours, à supposer qu'il soit recevable, avait peu de chance de succès. La recevabilité du recours dans la présente espèce dépendant en premier lieu d'une issue favorable du recours au Tribunal fédéral contre la décision de la présidente de la chambre administrative de la cause A/1339/2013 et, dans cette hypothèse, de l'issue au fond de ladite cause. La recevabilité du recours n'est donc pas acquise d'emblée.

Sur son argumentation au fond, il a lieu de renvoyer à la décision du 17 mai 2013, qui avait retenu qu'elle n'était pas suffisamment convaincante à ce stade, de sorte que les chances de succès du recours étaient ténues.

Enfin, l'intérêt de la recourante à se voir attribuer le marché doit être pris en compte. Il n'est toutefois pas prépondérant par rapport à celui privé de l'appelée en cause à pouvoir conclure ou finaliser le contrat - la question de savoir dans quelle mesure le contrat doit revêtir la forme écrite pour exister souffrant de demeurer ouverte en l'état - ni à celui, public, de respecter une planification complexe des travaux.

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 le président 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.

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :