

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1978/2013-MARPU

ATA/853/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 4 novembre 2014

dans la cause

EGG-TELSA SA

représentée par Me Olivier Carrard, avocat

contre

DÉPARTEMENT DES FINANCES - OFFICE DES BÂTIMENTS

et

SEDELEC SA, appelée en cause

représentée par Me Jean-Marie Faivre, avocat

EN FAIT

- 1) Le 15 janvier 2013, l'office des bâtiments (ci-après : OBA), rattaché depuis le 11 décembre 2013 au département des finances de l'État de Genève (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 des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG).

Cet appel d'offres, publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) le 15 janvier 2013, était soumis à l'accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0.632.231.422), ainsi qu'aux accords internationaux, à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

- 2) L'OBA a reçu cinq offres pour ce marché dont celles des sociétés Sedelec SA (ci-après : Sedelec) à CHF 3'218'400.- et Egg-Telsa SA (ci-après : Egg-Telsa) à CHF 2'883'814.-.
- 3) Après une première analyse des offres, Monsieur David BOURJON, ingénieur auprès de Tecnoservice Engineering SA (ci-après : Tecnoservice), bureau d'ingénieurs spécialisés chargé de contrôler les offres soumises, 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 (p. 27 et p. 33), 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'annexe R15, les pages de l'annexe 6.3 complétées, rectifiées et signées, dont la page 32 relative au tarif des travaux supplémentaires et la page 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, Tecnoservice a procédé à l'analyse des fiches transmises par Egg-Telsa. Selon son rapport, la plus grande partie du matériel soumis par Egg-Telsa n'était pas conforme au cahier des charges et certaines fiches techniques manquaient.

- 6) Le rapport d'adjudication du 10 avril 2013 relevait que les tarifs horaires indiqués dans la page 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) 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. L'offre de cette dernière avait été classée au deuxième rang sur quatre candidats ayant présenté une offre recevable.
- 8) Par décision du 16 avril 2013, l'OBA a écarté l'offre d'Egg-Telsa. Son offre 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.

Cette décision a fait l'objet d'un recours d'Egg-Telsa auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) enregistré sous le numéro de cause A/1339/2013.

Dans le cadre de l'instruction de ce recours et à l'occasion de la transmission par la chambre administrative des écritures responsives de l'OBA et de Sedelec sur effet suspensif, Egg-Telsa a appris, le 22 mai 2013, qu'une décision d'adjudication du marché, dont elle avait été exclue, avait été rendue le 23 avril 2013 en faveur de Sedelec.

- 9) Le 29 mai 2013, Egg-Telsa a sollicité de l'OBA que la décision d'adjudication du marché HUG-Bdl2-CFC 236.00 pour l'attribution des travaux d'installations électriques à courant faible du 23 avril 2013 lui soit formellement notifiée afin qu'elle puisse exercer ses droits.
- 10) Le 10 juin 2013, l'OBA a notifié à Egg-Telsa la décision d'adjudication du marché HUG-Bdl2-CFC 236.00 pour l'attribution des travaux d'installations électriques à courant faible en faveur de Sedelec datée du 23 avril 2013, ainsi que l'évaluation des soumissionnaires qui n'avait pas été exclus de la procédure.
- 11) Le 11 juin 2013, la décision d'adjudication du 23 avril 2013 relative au marché public HUG-Bdl2-CFC 236.00 pour l'attribution des travaux d'installations électriques à courant faible en faveur de Sedelec a été publiée dans la FAO rubrique « Marchés publics - Adjudications ». Il y était précisé que « La

présente décision d'adjudication [avait] fait l'objet d'une notification individuelle. Le présent avis n'[était] pas sujet à recours ».

- 12) Par acte du 20 juin 2013, Egg-Telsa a recouru auprès de la chambre administrative contre la décision du 23 avril 2013 octroyant le marché public HUG-Bdl2-CFC 236.00 relatif aux travaux d'installations électriques à courant faible à Sedelec.

Elle a pris les conclusions suivantes : « Préalablement sur mesures superprovisionnelles: 1.- Accorder l'effet suspensif au présent recours jusqu'à droit connu sur les mesures provisionnelles. 2.- Faire interdiction à l'OBA de conclure un contrat avec Sedelec. Sur mesures provisionnelles : 3.- Accorder l'effet suspensif au présent recours. 4.- Faire interdiction à l'OBA de conclure un contrat avec Sedelec. 5.- Dispenser Egg-Telsa de la fourniture de sûretés. 6.- Ordonner la jonction de la présente cause avec la cause A/1339/2013. 7.- Ordonner à l'OBA de produire l'intégralité du dossier d'adjudication. 8.- Réserver à Egg-Telsa le droit de compléter son mémoire.

A la forme : 9.- Déclarer le présent recours recevable.

Au fond : Principalement : 10.- Admettre le présent recours. 11.- Constater la nullité de la décision d'adjudication du 23 avril 2013 rendue par le département.

Subsidiairement : 12.- Admettre le présent recours. 13.- Annuler la décision d'adjudication de l'OBA rendue le 23 avril 2013.

Cela fait, statuant à nouveau : 14.- Adjuger le marché public à Egg-Telsa.

Plus subsidiairement : 15.- Admettre le présent recours. 16.- Annuler la décision d'adjudication de l'OBA rendue le 23 avril 2013. 17.- Renvoyer la cause à l'OBA pour nouvelle décision sur la base d'une nouvelle procédure d'adjudication.

Plus subsidiairement, dans l'hypothèse où le contrat aurait été conclu : 18.- Constater le caractère illicite de la décision d'adjudication. 19.- Condamner l'OBA à verser à Egg-Telsa une indemnité correspondant aux dépenses subies en relation avec les procédures de soumission et de recours. 20.- Réserver le droit d'Egg-Telsa de quantifier ultérieurement sa conclusion en dommages-intérêts et de soumettre tous les documents complémentaires utiles.

En tout état : 21.- Débouter l'OBA, et tout opposant de toutes autres ou contraires conclusions. 22.- Condamner l'État de Genève à une indemnité au sens de l'art. 87 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), laquelle comprendra une indemnité équitable au titre de participation aux frais d'avocat de la recourante ».

Son recours était recevable, dans la mesure où l'acte attaqué était une décision d'adjudication contre laquelle la loi l'autorisait à recourir. De plus, elle disposait de la qualité pour recourir. Il était manifeste qu'elle était directement touchée par la décision d'adjudication, qu'elle avait un intérêt digne de protection et actuel. En effet, la décision d'adjudication entreprise avait été rendue pendant le délai de recours contre la décision d'exclusion du marché du 16 avril 2013, de sorte qu'elle demeurait directement touchée par la décision du 23 avril 2013. Elle était de plus directement touchée par la décision attaquée, dans la mesure où celle-ci adjugeait un marché public pour lequel elle avait déposé une offre. De la même façon, elle disposait d'un intérêt digne de protection puisqu'elle avait recouru en temps utile contre la décision d'exclusion et qu'elle subirait, en cas de refus de la qualité pour recourir, un préjudice pour la perte du contrat d'un montant de CHF 2'000'000.-. Enfin, le délai de recours avait été respecté puisque la décision d'adjudication du 23 avril 2013 lui avait été valablement notifiée le 10 juin 2013. De plus, celle-ci avait fait l'objet d'une publication dans la FAO le 11 juin 2013.

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.

Il se justifiait de joindre la présente cause à la cause A/1339/2013, dans la mesure où il s'agissait des mêmes parties et d'une situation identique, puisqu'il s'agissait de la même procédure d'adjudication et de deux décisions qui étaient intrinsèquement liées, la seconde (décision d'adjudication du marché public en faveur de Sedelec datée du 23 avril 2013) découlant de la première (décision d'exclusion de l'offre d'Egg-Telsa datée du 16 avril 2013).

La décision d'adjudication du marché public HUG-Bdl2-CFC 236.00 pour l'attribution des travaux d'installations électriques à courant faible en faveur de Sedelec datée du 23 avril 2013 était nulle. En effet, cette décision aurait dû lui être notifiée en dépit de son exclusion puisque la décision d'exclusion du 16 avril 2013 n'était pas encore définitive. Dès lors, elle devait être considérée comme touchée par la décision d'adjudication du 23 avril 2013, et cela jusqu'à droit jugé sur le recours contre la décision d'exclusion du 16 avril 2013, ou, en tout état, jusqu'à l'échéance du délai de recours en l'absence de recours. Il s'agissait d'un vice grave, puisque ce n'était que lorsque la chambre administrative lui avait notifié sa décision sur effet suspensif dans la cause A/1339/2013 qu'elle avait appris l'existence même de cette décision. L'absence de notification avait eu pour conséquence de la priver de former recours contre cette décision et d'empêcher l'autorité adjudicatrice d'aller de l'avant dans la procédure. Enfin, elle ignorait si un contrat avait déjà été conclu.

L'autorité adjudicatrice avait écarté à tort son offre 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, dans le délai imparti, des documents moins complets portant sur des rubriques semblables.

Enfin, si son offre n'avait pas été arbitrairement écartée par l'OBA, le marché aurait dû lui être attribué, dans la mesure où elle aurait obtenu la meilleure note, compte tenu de son prix proposé. En effet, les notes obtenues par Sedelec et Tech-industrie dans l'adjudication du marché relatif au courant fort qui concernait un marché avec des exigences pratiquement similaires étaient quasiment identiques à celles obtenues pour le marché relatif au courant faible, de sorte qu'on pouvait considérer que si l'offre d'Egg-Telsa avait été évaluée, elle aurait obtenu quasiment les mêmes notes que pour le marché relatif au courant fort. En conséquence, Egg-Telsa aurait obtenu le meilleur résultat. Au minimum les notes suivantes lui auraient été attribuées :

Pour Egg-Telsa :

Critère 1 (prix) : $5,00 \times 50 = 250$;

Critère 2 (qualité) : $1,00 \times 25 = 25$;

Critère 3 (référence) : $3,00 \times 20 = 60$;

Critère 4 (formation) : $5,00 \times 5 = 25$;

Total : 360.

Pour Sedelec :

Critère 1 (prix) : $3,59 \times 50 = 179.83$;

Critère 2 (qualité) : $3,30 \times 25 = 82.50$;

Critère 3 (référence) : $3,00 \times 20 = 60$;

Critère 4 (formation) : $5,00 \times 5 = 25$;

Total : 347,33.

Ainsi, Egg-Telsa aurait obtenu le meilleur résultat, se classant au 1^{er} rang et obtenant le marché.

- 13) Le 21 juin 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 1^{er} juillet 2013.

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

La décision d'adjudication du marché HUG-Bdl2-CFC 236.00 pour l'attribution des travaux d'installations électriques à courant faible en faveur de Sedelec datée du 23 avril 2013 n'avait pas été notifiée à Egg-Telsa car celle-ci avait été exclue de la procédure par décision du 16 avril 2013.

La recevabilité du recours d'Egg-Telsa n'était pas acquise. En effet, Egg-Telsa aurait dû interjeter recours contre la décision d'adjudication dans les dix jours après en avoir pris connaissance, soit dix jours après que la chambre administrative lui eut transmis, dans la cause A/1339/2013, l'écriture de Sedelec du 15 mai 2013 accompagnée de ses annexes, parmi lesquelles figurait la décision d'adjudication datée du 23 avril 2013. Par ailleurs, l'OBA estimait que le soumissionnaire dont l'offre avait été écartée disposait d'une voie de recours contre la décision d'exclusion, mais qu'il perdait la qualité pour recourir contre la décision d'adjudication. En vertu de la loi, une offre écartée n'était pas évaluée. Dès lors, son auteur ne pouvait plus accéder au marché et il n'avait pas d'intérêt digne de protection à contester l'adjudication de celui-ci. Si son recours était admis, il devait agir en dommage-intérêts.

Les chances de succès du recours étaient ténues. Dans la mesure où le contrat avait été conclu (l'adjudication et la commande valant conclusion d'un contrat), Egg-Telsa ne pouvait conclure qu'à la constatation du caractère illicite de la décision d'adjudication. Ses autres conclusions étaient irrecevables. Egg-Telsa n'avait pas apporté la preuve que l'autorité adjudicatrice aurait retenu à tort que la plus grande partie du matériel proposé n'était pas conforme au cahier des charges. Aucun élément et aucune pièce ne remettaient en cause l'appréciation de Tecnoservice. Enfin, l'auto-évaluation d'Egg-Telsa n'était pas crédible. Soit la chambre administrative admettait qu'Egg-Telsa avait été écartée à juste titre et dans ce cas, son offre ne devait pas être évaluée. Soit la décision d'exclusion n'était pas justifiée et l'évaluation devait tenir compte de la qualité inférieure des produits proposés et les postes manquants devaient être complétés par le haut prix fixé par les concurrents conformément à la loi.

L'intérêt à poursuivre les travaux en cours dans le bâtiment « Opéra » selon le planning était largement prépondérant, ce d'autant plus que le recours d'Egg-Telsa, pour autant qu'il soit recevable, n'était pas fondé et ne lui permettrait en aucun cas d'accéder au marché.

A l'appui de son écriture, l'OBA a remis à la chambre administrative diverses pièces dont le bon de commande, reçu par Sedelec le 5 juin 2013, n° 336'881 du 26 avril 2013 d'un montant total de CHF 3'218'400.-.

- 15) Le 1^{er} juillet 2013, Sedelec a conclu, préalablement, au rejet de la demande d'effet suspensif et au rejet de la requête de jonction, et, au fond, à ce qu'il lui soit donné acte qu'elle se rapporte à justice quant à la recevabilité du recours d'Egg-Telsa, et dans la mesure de sa recevabilité, à son rejet « sous suite de frais et dépens ».

La recevabilité du recours d'Egg-Telsa était douteuse. En effet, la procédure d'adjudication était close, faute par les entreprises admises à la procédure d'adjudication d'avoir contesté la décision d'adjudication des travaux en faveur de Sedelec. De plus, le marché avait été conclu sous forme d'une commande ferme en faveur de Sedelec, commande qu'elle avait reçue le 5 juin 2013. Il paraissait dès lors douteux d'admettre la recevabilité d'un recours d'un soumissionnaire qui avait été exclu de la procédure à cause de l'insuffisance de son offre. Enfin, le délai de recours ne saurait être compté à partir du moment où Egg-Telsa avait effectivement connaissance de la qualité de l'adjudicataire et des modalités de son offre.

On ne pouvait restituer l'effet suspensif lorsque le marché concerné avait fait l'objet d'un contrat, ce qui était le cas en l'espèce. De plus, l'intérêt public commandait que les travaux d'électricité à courant faible puissent être exécutés. Enfin, le recours d'Egg-Telsa avait peu de chances d'aboutir, ce qui suffisait à exclure une restitution de l'effet suspensif.

Une jonction de la présente cause avec la cause A/1339/2013 n'apparaissait pas opportune, dans la mesure où les motifs invoqués à l'appui d'une décision d'exclusion n'étaient pas forcément les mêmes que ceux inhérents à une décision d'adjudication et, au vu de la recevabilité des conclusions prises dans le cadre de la procédure A/1339/2013, le recours d'Egg-Telsa dans le cadre de la présente procédure pouvait devenir sans objet.

Sur le fond et s'agissant de la nullité de la décision d'adjudication pour notification irrégulière, la loi n'imposait pas au pouvoir adjudicateur d'adresser aux soumissionnaires écartés un tirage de la décision d'adjudication.

Les arguments d'Egg-Telsa étaient infondés. La décision d'exclusion était une décision spécifique. Les offres écartées n'étaient pas évaluées et étaient sans conséquence sur la décision d'adjudication qui concernait uniquement les offres qui répondaient pleinement aux réquisits du cahier des charges. C'était en toute illégalité que l'OBA avait permis à Egg-Telsa de compléter son offre et c'était en toute légalité qu'il l'avait exclue, faute pour elle d'avoir produit en temps utile l'entier des documents sollicités. Sauf à favoriser de facto un soumissionnaire qui n'avait pas été capable de fournir un dossier complet et cohérent en temps utile et qui n'avait pas été capable d'apporter par la suite des éclaircissements utiles, il n'était pas possible d'entrer en matière quant à une argumentation consistant à revendiquer un traitement privilégié au seul motif qu'elle avait été admise à la

procédure s'agissant du marché relatif au courant fort nonobstant les insuffisances de son offre.

- 16) Le 8 août 2013, Egg-Telsa a produit un échange de correspondances entre le Tribunal fédéral et l'OBA dans le cadre de la cause A/1339/2013. Selon Egg-Telsa, aucun contrat n'avait été conclu à la suite de la décision d'adjudication du 23 avril 2013.
- 17) Le 12 août 2013, Sedelec a infirmé les allégations d'Egg-Telsa. Il y avait bien eu une commande ferme.
- 18) Le 14 août 2013, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 30 août 2013 pour qu'elles complètent leurs observations en fonction des écritures et pièces fournies.
- 19) Le 30 août 2013, Egg-Telsa a informé le juge délégué qu'elle n'avait pas d'observations supplémentaires à formuler.
- 20) Le même jour, l'OBA a informé le juge délégué que début juin 2013, il avait adressé une commande à Sedelec d'un montant de CHF 3'218'400.- (bon de commande n° 336'881) mais daté du 26 avril 2013 en raison du fait que ce document avait été émis par le système comptable de l'État au moment de la décision d'adjudication. Au moment du dépôt du recours d'Egg-Telsa contre la décision d'adjudication, le contrat avec Sedelec avait d'ores et déjà été conclu, même si toutes les modalités n'avaient pas encore été formalisées dans un contrat d'entreprise.

Le bon de commande n° 336'881 adressé par l'OBA à Sedelec début juin 2013 mentionnait expressément la date de l'offre (26 avril 2013), la nature des travaux et le prix, ce qui rendait parfait le contrat. En conséquence, le contrat était déjà conclu au moment du dépôt du recours par Egg-Telsa.

Pour le surplus, l'OBA persistait dans ses écritures et conclusions du 28 juin 2013.

- 21) Également le même jour, Sedelec a expliqué qu'un contrat avait été valablement conclu avec l'OBA, dans la mesure où une commande avait été faite par l'OBA et qu'elle portait sur tous les éléments essentiels du contrat. Elle avait reçu le bon de commande n° 336'881 du 26 avril 2013 le 5 juin 2013.
- 22) Par décision du 19 septembre 2013 (ATA/618/2013), communiquée le même jour aux parties, le président de la chambre administrative a refusé de restituer l'effet suspensif au recours et a réservé le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond.

La recevabilité du présent recours n'était pas acquise d'emblée. En effet, Elle dépendait en premier lieu d'une issue favorable du recours au Tribunal fédéral contre la décision sur effet suspensif du 17 mai 2013 de la présidente de la chambre administrative dans la cause A/1339/2013, et dans cette hypothèse, de l'issue au fond de ladite cause.

Sur le fond, l'argumentation d'Egg-Telsa n'était pas suffisamment convaincante à ce stade, de sorte que les chances de succès du recours étaient ténues.

Enfin, l'intérêt d'Egg-Telsa n'était pas prépondérant par rapport à celui, privé, de Sedelec à pouvoir conclure ou finaliser le contrat, ni à celui, public, de respecter une planification complexe des travaux.

- 23) Le 26 septembre 2013, le juge délégué a écrit à Egg-Telsa pour savoir si elle persistait dans son recours compte tenu de l'arrêt du Tribunal fédéral du 3 septembre 2013 (2C_535/2013) dans la cause A/1339/2013 relatif à son recours contre la décision du 17 mai 2013 de la présidente de la chambre administrative refusant la restitution de l'effet suspensif. Un délai au 18 octobre 2013, prolongé au 15 novembre 2013, lui a été fixé pour ce faire. Si tel était le cas, Egg-Telsa devait chiffrer ses prétentions dans le même délai.
- 24) Le 15 novembre 2013, Egg-Telsa s'est déterminée sur ses prétentions en indemnité.

Elle les a chiffrées à un montant total de CHF 67'722.35 se décomposant en un montant de CHF 56'700.- à titre de frais pour l'établissement de sa soumission et le suivi de la procédure de recours, et en un montant de CHF 11'022.35 relatif aux frais d'avocat encourus dans la présente procédure. Toutefois et dans l'hypothèse où ses prétentions relatives aux impenses liées à la préparation de la soumission devaient être admises dans le cadre de la procédure A/1339/2013, elle ne réclamerait que CHF 11'022.35, soit les honoraires d'avocat de la présente procédure.

Egg-Telsa avait consacré trois cent septante heures de travail pour l'établissement de la soumission et le suivi de la procédure de recours, ce qui représentait un montant de CHF 56'700.-. Ce montant apparaissait justifié au vu, d'une part, de la complexité de la procédure de soumission et, d'autre part de l'ampleur des travaux devant être réalisés. À ces frais s'ajoutaient les honoraires d'avocat encourus dans le contexte de la présente procédure, soit CHF 11'022.35.

Au terme de son écriture, elle a pris les conclusions suivantes :
« Principalement : 1.- Constater le caractère illicite de la décision 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.-

Condamner l'OBA à verser à Egg-Telsa une indemnité de CHF 67'722.35, correspondant aux dépenses subies en relation avec les procédures de soumission et de recours.

Subsidiairement et dans l'hypothèse où les frais encourus pour l'établissement de la soumission seraient inclus dans l'indemnité fixée par la chambre de céans dans la procédure A/1339/2013 : 3.- Condamner l'OBA à verser à Egg-Telsa une indemnité de CHF 11'022.35 correspondant à ses frais d'avocats.

En tout état : 4.- Réserver le droit d'Egg-Telsa d'amplifier ses prétentions en indemnité au terme de la procédure de recours et de soumettre tous documents complémentaires utiles. 5.- Débouter l'OBA et tout opposant de toutes autres ou contraires conclusions. 6.- Condamner l'État de Genève à une indemnité au sens de l'art. 87 al. 2 LPA ».

- 25) Le 18 décembre 2013, l'OBA s'est déterminé sur les prétentions formulées par Egg-Telsa.

Le recours d'Egg-Telsa du 20 juin 2013 était tardif. En effet, Egg-Telsa avait admis dans ses écritures avoir pris connaissance de la décision d'adjudication du 23 avril 2013 lorsque la chambre administrative lui avait communiqué l'écriture de Sedelec, soit le 22 mai 2013.

De plus, l'OBA estimait que le soumissionnaire dont l'offre avait été écartée disposait d'une voie de recours contre la décision d'exclusion, mais qu'il perdait la qualité pour recourir contre la décision d'adjudication. En effet, Egg-Telsa n'était plus partie à la procédure d'adjudication puisque cette dernière en avait été exclue. Son offre n'avait pas été évaluée. Ainsi, elle ne pouvait plus accéder au marché et n'avait pas d'intérêt digne de protection à contester l'adjudication du marché en cause.

Les offres avaient été correctement évaluées sur la base de critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché. Les notes avaient été attribuées en tenant compte des éléments figurant dans les dossiers. L'adjudication s'était faite à l'offre économiquement la plus avantageuse.

S'agissant de l'indemnité en dommages-intérêts, la jurisprudence de la chambre administrative n'avait jamais octroyé des montants aussi élevés que ceux formulés par Egg-Telsa. De plus, Egg-Telsa ne pouvait prétendre avoir consacré trois cent septante heures de travail pour l'élaboration de sa soumission, dans la mesure où cela représentait quarante-six jours de travail à plein temps, or l'appel d'offres avait été publié le 15 janvier 2013 et l'offre rendue le 1^{er} mars 2013 ce qui représentait trente-deux jours ouvrables. Les prétentions d'Egg-Telsa étaient abusives et l'indemnité devrait être établie au regard des preuves fournies. Quant aux honoraires d'avocat, il convenait de tenir compte uniquement des prestations

fournies dans le cadre de la présente procédure, soit la préparation de l'acte de recours du 20 juin 2013 et la rédaction de la détermination du 15 novembre 2013, étant précisé que ces écritures contenaient de nombreuses redondances avec d'autres produites dans le cadre de la procédure A/1339/2013 et celle relative au marché public ayant trait au courant fort.

Au terme de son écriture, l'OBA a pris les conclusions suivantes :
« Principalement : - Déclarer irrecevable le recours d'Egg-Telsa contre la décision d'adjudication du 23 avril 2013 attribuant les travaux d'installations électriques à courant faible du nouveau bâtiment des lits de l'hôpital (BDL 2) à Sedelec. - Condamner la recourante aux frais de la procédure. Subsidièrement : - Rejeter le recours d'Egg-Telsa contre la décision d'adjudication du 23 avril 2013 attribuant les travaux d'installations électriques à courant faible du nouveau bâtiment des lits de l'hôpital (BDL 2) à Sedelec. - Débouter la recourante de ses conclusions principales et subsidiaires. - La condamner aux frais de la procédure. ».

26) Le 20 décembre 2013, le juge délégué a fixé un délai au 17 janvier 2014 à Egg-Telsa pour formuler toute requête complémentaire, ensuite de quoi la cause serait gardée à juger.

27) Le 17 janvier 2014, Egg-Telsa a contesté les allégations de l'OBA, tout en persistant dans ses conclusions formulées le 15 novembre 2013.

Les états de fait des jurisprudences citées par l'OBA n'étaient pas comparables à celui du cas d'espèce.

Le marché public litigieux était complexe, puisque l'offre d'Egg-Telsa comportait environ quatre cents articles de fournitures différentes. De plus, la présentation de l'offre avait nécessité un important travail de sélection des fournisseurs. Pour les sept catégories de produits, trois fournisseurs différents avaient été contactés. Cette phase de sélection avait nécessité un important travail de secrétariat, puis d'évaluation. Ainsi, le nombre d'heures consacrées par Egg-Telsa à l'établissement de sa soumission et au suivi de la procédure de recours apparaissait proportionné à la complexité du marché public litigieux et au volume de son dossier de soumission. Comme offre de preuve sur ce point, Egg-Telsa sollicitait implicitement l'audition de Monsieur Mariano FANELLI, directeur technique auprès d'Egg-Telsa.

S'agissant des frais d'avocat, il n'existait aucune raison de ne pas prendre en considération les honoraires exposés dans le contexte de la demande de restitution de l'effet suspensif formée auprès du Tribunal fédéral. Cette demande concernait directement la présente procédure, puisqu'il était demandé au Tribunal fédéral de suspendre l'exécution de la décision d'adjudication entreprise.

28) Sur ce, la cause a été gardée à juger.

- 29) Par arrêt de ce jour, la chambre administrative, dans la cause A/1339/2013, a déclaré irrecevable le recours d'Egg-Telsa contre la décision d'exclusion de la procédure de sousmission (ATA/852/2014).

EN DROIT

- 1) Le marché public litigieux est soumis à l'AIMP, au RMP, à la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0), ainsi qu'à la LPA.
- 2) a. L'art. 15 al. 1 et al. 1bis let. e AIMP disposent que la décision d'adjudication du marché public peut faire l'objet d'un recours auprès de l'autorité juridictionnelle cantonale.

En vertu des art. 62 al. 1 let. b LPA, 15 al. 1 et 2 AIMP, 3 al. 1 L-AIMP et 56 al. 1 RMP, le recours est adressé à la chambre administrative dans les dix jours dès la notification de la décision.

b. En l'espèce, la décision entreprise est une décision d'adjudication. Elle retient l'offre de Sedelec pour le marché public litigieux et constitue dès lors un acte attaquant au sens de l'art. 15 al. 1bis let. e AIMP précité.

S'agissant du délai de recours, la recourante, après avoir pris connaissance de l'existence de cette décision, se l'est fait notifier le 10 juin 2013.

Interjeté en temps utile par-devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue.

- 3) La qualité pour recourir de la recourante étant contestée, il convient de l'analyser.
- a. En présence de marchés publics cantonaux, la qualité pour recourir est régie par l'art. 60 al. 1 LPA. Les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée ont la qualité pour recourir (let. a), de même que celles qui sont touchées directement par une décision et ont un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (let. b).
- b. Selon la doctrine, l'intérêt digne de protection peut être aussi bien de fait que de droit. Il ne doit pas nécessairement correspondre à celui protégé par les normes dont la violation est invoquée par le recourant. Il faut toutefois que le recourant soit touché plus que quiconque par la décision attaquée et qu'il se trouve, avec l'objet du litige, dans une relation particulièrement étroite et digne d'être prise en considération. Un intérêt digne de protection existe lorsque la décision occasionne au recourant un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre et que la situation de fait ou de droit du recourant peut être influencée par le sort de la

procédure. Ces exigences visent à éviter l'action dite populaire. L'intérêt doit être direct, c'est-à-dire se relier directement à l'objet du litige, et spécial, c'est-à-dire être distinct de l'intérêt de tout un chacun. L'exigence d'un intérêt digne de protection suppose encore que le recourant démontre l'existence d'un intérêt pratique au recours, c'est-à-dire qu'il doit tirer un avantage réel de la modification de la décision qu'il conteste. Le candidat ou soumissionnaire évincé dispose d'un intérêt pratique suffisant à demander l'annulation de la décision attaquée du seul fait qu'il obtient un rétablissement de ses chances (quelles qu'elles soient) s'il est réintégré dans la procédure de passation.

À cet égard, il y a lieu de distinguer les destinataires de la décision attaquée des tiers ; dans la règle toutefois, le cercle des destinataires apparaît relativement large en matière de marchés publics. La décision d'adjudication concerne tous les soumissionnaires encore en lice, soit un cercle déterminé de personnes ; les candidats et soumissionnaires évincés ne sont dès lors pas considérés comme des tiers, mais comme des destinataires de la décision de sélection ou d'adjudication qui écartent leur candidature ou leur offre. De manière générale, ces destinataires ont qualité pour recourir contre les décisions qui les concernent. Ils bénéficient de la légitimation à recourir même lorsque le contrat est déjà conclu, car ils doivent pouvoir obtenir une constatation d'illicéité de la décision pour agir en dommages-intérêts (Etienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 260-261 n. 405-406).

c. Selon la jurisprudence, un intérêt digne de protection suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATA/716/2014 du 9 septembre 2014 consid. 2a ; ATA/686/2014 du 26 août 2014 et les références citées). Le soumissionnaire dont l'offre n'a au final pas été retenue dans le cadre de la procédure de soumission, même lorsque le contrat a déjà été conclu, conserve un intérêt actuel à recourir contre la décision d'adjudication au sens de l'art. 60 let. b LPA, son recours étant à même d'ouvrir ses droits à une indemnisation (ATF 125 II 86 consid. 5b).

d. En l'espèce, la recourante recourt contre la décision d'adjudication du marché public en faveur de Sedelec datée du 23 avril 2013, alors même qu'elle a été exclue de la procédure de soumission par décision du 16 avril 2013.

Comme vu supra, la décision d'adjudication concerne tous les soumissionnaires encore en lice, soit un cercle déterminé de personnes.

Exclue de la procédure de soumission par décision du 16 avril 2013, pour des motifs qui ne font pas l'objet de la présente procédure, la recourante se trouve de facto en dehors du cercle des adjudicataires potentiels.

Son exclusion a pour conséquence de lui faire perdre la qualité de partie dans le cadre de la procédure de soumission relative au marché litigieux.

La recourante ne dispose dès lors pas de la qualité pour recourir au sens de l'art. 60 al. 1 let. a LPA.

- 4) Reste encore à examiner si elle est directement touchée par la décision attaquée et si elle dispose d'un intérêt digne de protection à la voir annuler au sens de l'art. 60 al. 1 let. b LPA.

a. La recourante soutient avoir un intérêt digne de protection à l'annulation de la décision attaquée, dans la mesure où celle-ci adjuge le marché public pour lequel elle a déposé une offre, certes exclue. Son recours contre la décision d'exclusion (cause A/1339/2013) lui permettrait de conserver cet intérêt.

S'il est discutable que l'OBA ait rendu la décision d'adjudication du marché offert le 23 avril 2013 alors même que le délai de recours courrait à l'encontre de la décision du 16 avril 2013 relative à l'exclusion de la recourante s'agissant de la procédure de soumission, force est toutefois de constater que l'exclusion de la recourante de la procédure de soumission a pour conséquence, dans un premier temps, de lui faire perdre tout intérêt direct, distinct, actuel et digne de protection eu égard à la décision d'adjudication.

En effet, l'exclusion de la recourante de la procédure de soumission la place dans la même situation que n'importe quelle autre entreprise concurrente vis-à-vis de la décision d'adjudication du marché public litigieux. Elle n'est ainsi pas touchée plus que quiconque par la décision entreprise et ne se trouve pas, avec l'objet du litige, dans une relation particulièrement étroite et digne d'être prise en considération.

Le cas de la recourante se distingue de la qualité pour recourir des concurrents qui n'ont pas pu participer à la passation du marché, faute de publication d'un appel d'offres, et qui peuvent dès lors contester une adjudication prononcée de gré à gré ou à l'issue d'une procédure sur invitation. Or, en l'occurrence, le marché litigieux a fait l'objet d'un appel d'offres, et la recourante a pu soumettre une offre et participer à la passation du marché en cause, même si son offre a par la suite été exclue, faute pour elle d'avoir présenté une offre complète et conforme au cahier des charges.

C'est d'ailleurs pour cette raison que la loi et notamment l'art. 45 RMP prévoit que la décision d'adjudication est notifiée soit par publication lorsque le cercle des soumissionnaires encore en lice est large, soit par courrier lorsque celui-ci est plus restreint. Le soumissionnaire dont l'offre a été préalablement exclue de la procédure de soumission ne dispose dès lors d'aucun droit à se voir notifier la décision d'adjudication.

b. Toutefois, le fait d'avoir interjeté recours contre la décision d'exclusion du marché public litigieux (cause A/1339/2013) permet à Egg-Telsa de conserver un

intérêt actuel à contester la décision d'adjudication du 23 avril 2013, dans la mesure où, par son recours, elle pourrait prétendre à être réintégrée dans la procédure d'adjudication (arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 4.1).

c. Cependant, le recours interjeté contre la décision d'exclusion ayant été déclaré irrecevable (ATA/852/2014), la recourante a perdu tout intérêt actuel à contester la décision d'adjudication du 23 avril 2013, dans la mesure où elle ne peut plus prétendre à être réintégrée dans le marché public litigieux.

La recourante n'est ainsi plus directement touchée par la décision d'adjudication et ne dispose plus d'un intérêt digne de protection au sens de l'art. 60 al. 1 let. b LPA à la voir annuler.

- 5) Au vu de ce qui précède, la recourante ne dispose plus de la qualité pour recourir contre la décision d'adjudication du marché HUG-Bdl2-CFC 236.00 pour l'attribution des travaux d'installations électriques à courant faible délivrée le 23 avril 2013 en faveur de Sedelec.

Il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner plus avant les griefs relevant du fond soulevés par la recourante dans son recours du 20 juin 2013, étant constaté par ailleurs qu'aucun élément du dossier ne permet de retenir que la décision serait nulle.

Par conséquent, son recours ne peut qu'être déclaré irrecevable.

- 6) Au vu de ce qui précède, le recours sera déclaré irrecevable. Un émolument de CHF 1'000.-, comprenant les frais liés à la demande de restitution de l'effet suspensif, sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 500.- sera allouée à Sedelec, qui y a conclu et qui est représenté par un avocat, à la charge de la recourante (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 20 juin 2013 par Egg-Telsa SA contre la décision de l'office des bâtiments du 23 avril 2013 ;

met à la charge d'Egg-Telsa SA un émolument de CHF 1'000.- ;

alloue à Sedelec SA une indemnité de procédure de CHF 500.-, à la charge d'Egg-Telsa SA ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

- par la voie du recours en matière de droit public :

si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics ; et

s'il soulève une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF ;

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. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Olivier Carrard, avocat de la recourante, au département des finances - office des bâtiments, à Me Jean-Marie Faivre, avocat de Sedelec SA appelée en cause, ainsi qu'à la commission de la concurrence, pour information.

Siégeants : M. Verniory, président, Mme Junod, M. Dumartheray, Mme Payot Zen-Ruffinen et M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :