

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3760/2013-MARPU

ATA/17/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 9 janvier 2014

sur effet suspensif

dans la cause

ANDRÉ S.A.

représentée par Me Pierre-Yves Bosshard, avocat

contre

TRANSPORTS PUBLICS GENEVOIS

représentés par Me Bertrand Reich, avocat

et

CHABOT ENTREPRISE

appelée en cause

Vu la décision du 8 novembre 2013 des Transports publics genevois (ci-après : TPG) attribuant à l'entreprise Chabot à Saint-Jorioz (F) le marché CFC 273.2 - Travaux de menuiserie aménagement intérieur « peau », concernant des travaux de second œuvre à l'agence TPG de Cornavin, pour un montant de CHF 443'311,08 hors TVA, et écartant l'offre classée au second rang de la société André S.A.;

vu le recours interjeté le 22 novembre 2013 par André S.A. auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision susmentionnée, dont il ressort des pièces produites qu'elle a été expédiée par pli recommandé le 14 novembre 2013 et réceptionnée le lendemain par son destinataire ;

attendu qu'il en ressort que l'appel d'offres, soumis à l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0632.231.422), 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) impartissait un délai pour le dépôt de l'offre au 9 septembre 2013 à 16h00, et que l'exécution devait débiter le 1^{er} octobre 2013 et prendre fin le 15 novembre 2013 ;

qu'André S.A. avait transmis son offre le 6 septembre 2013, pour un montant de CHF 431'155,90 hors TVA ;

que le 9 octobre 2013, les TPG avaient adressé à André S.A. le procès-verbal d'ouverture des offres qui faisait apparaître qu'il n'y avait que deux soumissionnaires, l'autre étant l'entreprise Chabot pour un prix de CHF 452'358,25 hors TVA, ramené à CHF 443'311,08 après le compte prorata ;

que le 6 novembre 2013, André S.A. s'était enquis auprès des TPG de la suite donnée à son offre et avait alors appris que celle-ci n'avait pas été retenue au motif que l'entreprise Chabot était déjà présente sur le chantier, qu'elle était par conséquent connue des TPG et qu'il y aurait synergie entre les travaux en cours et ceux de l'appel d'offre ;

que le 8 novembre 2013, les TPG ont rendu la décision querellée dont il ressort que la note globale de l'entreprise Chabot était de 70.60 tandis que celle d'André S.A. atteignait 63.00, selon la répartition suivante :

	Qualité économique globale de l'offre	Références et organisation du candidat mise en place pour l'exécution du marché	Compréhension de la problématique, propositions constructives, schémas explicatifs	Note global	Rang
CHABOT	33.60	18.00	19.00	70.60	1
ANDRE	36.00	14.00	13.00	63.00	2

qu'André S.A. allègue une violation du principe de transparence car l'avis d'appel d'offres n'indiquait pas les critères d'aptitude et d'adjudication, se contentant de renvoyer aux documents d'appel d'offres et, par ailleurs les critères d'évaluation annoncés n'avaient pas été appliqués et aucune information n'avait été donnée préalablement à la pondération tendant à privilégier certains sous-critères ;

qu'André S.A. se plaint également d'une violation des principes de l'égalité de traitement et de l'impartialité, les contacts avec les TPG révélant la volonté de privilégier l'entreprise Chabot qui avait déjà travailler sur le chantier, ce qui faisait naître un soupçon de collaboration préalable entre l'entité adjudicatrice et ce soumissionnaire qui avait produit des plans d'exécution particulièrement élaborés ;

vu la requête d'octroi d'effet suspensif au recours formulée par André S.A. dans ses écritures, ledit recours n'étant pas dénué de chances de succès et la décision d'adjudication étant intervenue le 8 novembre 2013 et reçue le 15 novembre 2013 alors que les travaux étaient prévus du 1^{er} octobre 2013 au 15 novembre 2013, de sorte qu'il n'y avait manifestement pas d'urgence ;

vu les conclusions du recours d'André S.A. tendant principalement à l'annulation de la décision querellée et à l'adjudication des travaux à elle-même et demandant subsidiairement de constater le caractère illicite de la décision attaquée et d'indemniser André S.A. pour les dépenses subies en relation avec les procédures de soumission et de recours ;

vu l'absence de détermination de l'entreprise Chabot sur la requête ;

vu la détermination des TPG sur effet suspensif du 10 décembre 2013, concluant au rejet de la requête ;

attendu qu'il en ressort que le contrat relatif aux prestations faisant l'objet de l'adjudication avait été conclu et les prestations fournies ;

que le chef de projet avait été convaincu, à tort, que l'adjudication du marché avait été communiquée et que le délai de recours était échu lorsqu'il avait adressé le bon de commande à l'adjudicataire ;

que cette erreur regrettable ne changeait toutefois rien à la situation d'André S.A. dont l'offre était économiquement moins avantageuse que celle de l'entreprise Chabot ;

que la décision d'adjudication était conforme au droit et que le recours était dénué de toutes chance de succès ;

que les griefs relatifs à l'appel d'offres étaient tardifs ;

que la requête d'octroi d'effet suspensif n'avait plus d'objet.

Considérant, en droit, que :

- 1) Le recours, interjeté dans les dix jours par-devant l'autorité compétente, est *prima facie* recevable (art. 15 al. 2 et 2bis de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 56 al. 1 du RMP ; art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).
- 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 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 » (B. BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in J.-B. ZUFFEREY/H. 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 1er avril 2011, et la jurisprudence citée).

- 3) Encore faut-il que la mesure ait un objet, ce qui n'est plus le cas en l'espèce puisque le contrat découlant de l'adjudication litigieuse a été non seulement conclu mais encore exécuté, avant même semble-t-il que l'autorité adjudicatrice n'ait informé le soumissionnaire écarté de sa décision.

La requête d'effet suspensif ne peut dès lors qu'être déclarée irrecevable.

- 4) Cette issue ne préjuge pas du sort de la procédure au fond, dont l'instruction continue eu égard aux conclusions subsidiaires de la recourante.

vu l'art. 66 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) ;

vu l'art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010 ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable la requête d'effet suspensif ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit connu 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 Pierre-Yves Bosshard, avocat de la recourante, à Me Bertrand Reich, avocat des Transports publics genevois, ainsi qu'à Chabot entreprise, appelée en cause.

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :