

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4441/2011-MARPU

ATA/45/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 24 janvier 2012

sur effet suspensif

dans la cause

EGG-TELSA S.A.

représentée par Me Olivier Carrard, avocat

contre

FONDATION HBM EMMA KAMMACHER

représentée par Me Romain Jordan, avocat

et

EP ÉLECTRICITÉ S.A.

représentée par Me Stephan Kronbichler, avocat

Vu le recours interjeté le 23 décembre 2011 par Egg-Telsa S.A. contre une décision du 9 décembre 2011, reçue le 13 décembre 2011, de la Fondation HBM Emma Kammacher (ci-après : la fondation) attribuant le marché des travaux d'installation électrique de sept immeubles de logement HBM dans le quartier de la Fontenette à Carouge à la société EP Electricité, recours concluant principalement à ce que le marché lui soit attribué, subsidiairement à ce que la cause soit renvoyée à la fondation pour nouvelle décision sur la base d'une nouvelle procédure d'adjudication et concluant préalablement à ce qu'il soit fait interdiction à l'autorité adjudicatrice de conclure le contrat relatif au marché litigieux jusqu'à droit connu sur la question de l'effet suspensif, qui devait être accordé au recours ;

attendu qu'Egg-Telsa S.A. soutient que l'adjudicataire n'a pas respecté les critères de l'appel d'offres dès lors que ce dernier prévoyait un poids de 50% pour le critère n° 1, soit le prix, un poids de 20% pour le critère n° 2, soit l'organisation du candidat pour l'exécution du marché et un poids de 30% pour le critère n° 3, soit les références du candidat ;

que dans le tableau qui lui a été transmis avec la décision litigieuse, le critère n° 2 avait un poids de 30% et le critère n° 3 de 20% ;

que cette erreur remettait en question le sérieux de la procédure d'adjudication ;

que, compte tenu de sa taille et de son organisation, la note 3 attribuée à l'organisation de l'adjudicataire était très arbitraire ;

que celle attribuée pour les références produites par la recourante, soit la note 2, l'était aussi dès lors qu'elle avait indiqué pas moins de soixante-neuf références concernant pour une bonne partie d'entre elles des travaux d'une ampleur et d'une complexité supérieures à celles du marché litigieux ;

que l'effet suspensif devait être restitué au recours au vu des vices de la décision d'adjudication et du fait que l'intérêt public n'avait que peu de poids, un délai dans l'attribution du marché n'ayant pas d'incidence sur le chantier en cours car les travaux d'installation électrique n'interviendraient que lors de la seconde phase de construction, au deuxième semestre 2012 ;

vu la détermination d'EP Electricité S.A., le 12 janvier 2012, concluant à ce que l'effet suspensif ne soit pas restitué ;

attendu que l'inversion des critères alléguée par la recourante ne modifiait pas le classement final ;

que, de plus, l'offre d'Egg-Telsa S.A. ne mentionnait pas le montant des travaux effectués dans les références, pourtant exigé par le dossier d'appel d'offres ;

qu'ainsi la note 2 avait été attribuée à juste titre à la recourante sur ce point ;

qu'au surplus, même si les travaux d'installation électrique étaient planifiés pour le deuxième semestre 2012, l'octroi de l'effet suspensif aurait immanquablement pour effet de retarder ce chantier, dont le but était d'offrir trois cents logements ;

vu la détermination sur effet suspensif de la fondation du 12 janvier 2012 concluant principalement, à ce que la demande soit rejetée et subsidiairement, à ce qu'Egg-Telsa S.A. soit astreinte à verser des sûretés à hauteur de CHF 300'000.- ;

que le tableau remis à la recourante ne contenait qu'une erreur de plume, la colonne dénommée critère n° 2 traitant du critère n° 3 et inversement ;

qu'en revanche, les points attribués à chacune des entreprises avaient été pondérés avec exactitude, démontrant que l'offre d'EP Electricité était celle économiquement la plus avantageuse ;

qu'Egg-Telsa S.A. avait reçu la note de 3 pour le critère « références du candidat » car le montant des travaux correspondant aux références n'avait pas été indiqué, qu'une partie des références n'était pas datée et qu'une autre avait plus de cinq ans, contrairement aux exigences du dossier d'appel d'offres ;

qu'en ce qui concerne le critère « organisation », la note 2 avait été donnée à la recourante car elle n'avait pas indiqué l'effectif du personnel prévu pour l'exécution des travaux, la durée totale de ceux-ci ni fourni les curriculum vitae et certificats de formations du responsable de l'exécution des travaux, comme requis dans le dossier d'appel d'offres ;

que l'intérêt public s'opposait à la restitution de l'effet suspensif dès lors que l'entreprise chargée des installations électriques devait procéder à l'installation provisoire du chantier, au moment du gros œuvre, soit au cours du mois de février 2012 ;

qu'exerçant son droit à la réplique, la recourante a précisé, le 17 janvier 2012, que la première intervention prévue sur le chantier était ponctuelle et que des alternatives provisoires à ces installations existaient, l'octroi de l'effet suspensif n'entraînant dès lors aucun retard ;

considérant en droit :

que selon les termes des art. 17 al. 1 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et 58 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), le recours n'a pas d'effet suspensif ;

que, toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, restituer cet effet suspensif pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose ;

que l'examen de la requête suppose une appréciation *prima facie* du bien-fondé du recours, le but étant alors de refuser l'effet suspensif au recours manifestement dépourvu de chances de succès, dont le résultat ne fait à première vue aucun doute ;

qu'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. BOVET, recours, effet suspensif et conclusion du contrat in J.-B. ZUFFEREY/H. STÖCKLI, *Marchés publics* 2010, n. 15 p. 317) ;

que l'octroi 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/614/2011 du 28 septembre 2011 ; ATA/214/2011 du 1^{er} avril 2011 et la jurisprudence citée).

qu'en l'espèce, l'erreur relevée par la recourante dans le tableau qui lui a été communiqué est une erreur de plume, au vu du rapport d'évaluation du 26 août 2011 produit par l'autorité intimée ;

que, de plus et à première vue, les notes attribuées à la recourante n'apparaissent pas arbitraires dans la mesure où son offre ne répond pas strictement aux conditions posées par le dossier d'appel d'offres, sur des éléments qui ne peuvent être qualifiés d'accessoires tels que l'effectif du personnel prévu pour les travaux, la durée de ces derniers, les indications concernant le responsable des travaux ou la qualité et la pertinence des références produites ;

que, dans ces circonstances, les chances de succès du recours apparaissent faibles à première vue de sorte que la restitution de l'effet suspensif sera refusée sans qu'il ne soit nécessaire d'effectuer une pesée des intérêts en jeux ;

que cette solution s'impose au vu du caractère restrictif que doit avoir la restitution de l'effet suspensif dans ce domaine ;

que le sort des frais de la procédure sera réservé jusqu'à droit jugé au fond ;

vu l'art. 66 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) et l'art. 7 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 21 décembre 2010 ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la demande d'effet suspensif ;

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, à Me Romain Jordan, avocat de la Fondation HBM Emma Kammacher et Me Stephan Kronbichler, avocat d'EP Electricité.

La présidente :

E. Hurni

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :