

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/98/2013-MARPU

ATA/60/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 31 janvier 2013

sur effet suspensif

dans la cause

DSD S.A.

représentée par Me Grégoire Mangeat, avocat

contre

**VILLE DE GENÈVE - DÉPARTEMENT DES CONSTRUCTIONS ET DE
L'AMÉNAGEMENT**

et

HYSENI CONSTRUCTIONS S.à r.l., appelée en cause
représentée par Me François Micheli, avocat

Attendu, en fait, que :

1. Le 21 août 2012, le département des constructions et de l'aménagement de la Ville de Genève (ci-après : la ville) a fait publier dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) et sur le site Internet www.simap.ch un appel d'offres pour des travaux de construction, intitulé « La Console CJB - Rénovation-transformation - 1100 TI - Plâtrerie ». La maison en cause (« La Console ») est une dépendance des conservatoire et jardin botaniques, sise au 192, rue de Lausanne à Genève.

2. Le marché public était en procédure ouverte ; l'appel d'offres publié indiquait qu'il était soumis à l'accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0.632.231.422) et aux traités internationaux. Le marché n'était pas divisé en lots ; il était libellé comme suit : « Vocabulaire commun des marchés publics CPV : 45233200 - Travaux de revêtement divers - CFC : 271 - Plâtrerie ». Le délai de clôture pour le dépôt des offres venait à échéance le 2 octobre 2012 à 11h00. Le dossier pouvait être obtenu sur le site www.simap.ch. Il y était notamment indiqué la pondération des critères d'adjudication (au nombre de trois, soit : Prix 50 % ; Références et qualité 30 % ; Organisation 20 %).

Dans une rubrique intitulée « Moyens de preuve » et située en regard, il était noté que « les références indiquées dans l'offre sont vérifiées par téléphone. La note donnée pour les références se base à la fois sur les documents fournis et sur les informations téléphoniques reçues. Les éventuelles expériences négatives antérieures du maître de l'ouvrage avec l'entreprise pourront être prises en compte ».

Les soumissionnaires étaient invités à faire figurer dans leur offre 5 références significatives et récentes dans le domaine de l'objet.

3. DSD S.A. (ci-après : DSD ou la société) est une société anonyme sise à Chêne-Bougeries, dont le but est : tous mandats d'entreprise générale, travaux de gypserie-peinture et de papiers peints.

Le 12 septembre 2012, elle a soumis une offre pour le marché en cause, pour un montant total net toutes taxes comprises de CHF 450'730.-.

Les 5 références qu'elle a données étaient les suivantes :

- Rénovation en plâtrerie et peinture des immeubles 2, 4 et 6 rue Guye à Genève en 2010 (maître de l'ouvrage : la ville) ;

- Plâtrerie, cloisons et peinture du demi-groupe scolaire Vigne-Rouge de 2010 à 2012 (maître de l'ouvrage : Ville de Carouge) ;

- Plâtrerie, peinture et isolation dans le cadre de la reconstruction de la tour de la télévision en 2009 et 2010 (maître de l'ouvrage : Radio-Télévision suisse) ;
 - Cloisons, revêtements et habillage en plâtrerie du bâtiment du Conservatoire populaire de musique du 8, rue Charles-Bonnet en 2011-2012 (maître de l'ouvrage : Etat de Genève) ; et
 - Travaux de plâtrerie et de peinture lors de l'agrandissement et de la transformation de la crèche « Les Gazouillis » sise rue Lamartine, en 2012 (maître de l'ouvrage : la ville).
4. Le 12 décembre 2012, le pouvoir adjudicateur a procédé à l'évaluation des offres. A l'issue de l'analyse multicritères, l'offre de Hyseni constructions S.à r.l. (ci-après : Hyseni) recevait 385.21 points, celle de DSD 348.90 points, tandis que celles des 6 autres entreprises ayant soumissionné et étant classées recevaient entre 285.04 points et 368.29 points. DSD était classée 4^{ème} sur les 8 soumissionnaires.

Les notes attribuées à Hyseni étaient de 3.03 (sur 5) pour le prix, de 4.79 pour les références et de 4.50 pour l'organisation. Celles attribuées à DSD étaient de 4.76 pour le prix, de 0.70 pour les références et de 4.50 pour l'organisation.

5. Le 21 décembre 2012, le DAC a informé Hyseni de sa décision de lui attribuer le marché.

Le même jour, elle a informé de leur éviction les autres soumissionnaires, dont DSD. La grille d'évaluation était annexée.

6. Par acte déposé le 15 janvier 2013, DSD a interjeté recours contre la décision précitée auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours, et principalement à l'annulation de la décision d'adjudication du 21 décembre 2012 et à l'octroi du marché.

La décision était datée du 21 décembre 2012, mais lui était parvenue – par pli simple – à une date inconnue entre le 22 décembre 2012 et le 7 janvier 2013. Ses bureaux avaient en effet été fermés entre ces deux dates, si bien qu'elle n'en avait eu connaissance que le 7 janvier 2013.

L'effet suspensif devait être accordé au recours, dont les chances de succès étaient réelles. En effet, la note anormalement basse qu'elle avait reçue pour le critère des références, bien que celles-ci eussent été identiques à celles fournies lors d'appels d'offres légèrement antérieurs par le même pouvoir adjudicateur, constituait un indice suffisant de dysfonctionnements graves dans l'évaluation des offres par la ville. Aucun autre intérêt public que celui à ce que le chantier démarre ne commandait de la priver de la possibilité concrète de se voir attribuer ce travail au terme de la procédure.

7. Le 16 janvier 2013, le juge délégué a ordonné l'appel en cause de Hyseni.
8. Le 23 janvier 2013, Hyseni a conclu au refus de l'effet suspensif et à l'irrecevabilité du recours.

Le recours n'était interjeté dans le délai de dix jours applicable aux marchés publics que si la décision d'adjudication avait été reçue le 5 janvier 2013 ou plus tard, soit bien après tous les autres destinataires. DSD ayant son siège dans le canton, une telle hypothèse pouvait être exclue, si bien que le recours était manifestement tardif. Il en découlait que la demande d'octroi de l'effet suspensif devait être rejetée.

9. Le 24 janvier 2013, la ville a conclu au rejet de la demande en restitution de l'effet suspensif.

Elle estimait le recours tardif et, partant, irrecevable. Les dates fixées dans le milieu de la construction pour la trêve de fin d'année 2012-2013 allaient du 24 décembre 2012 au 2 janvier 2013, avec reprise du travail le 3 janvier 2013 et non le 7 janvier. Sauf preuve de l'absence de tout personnel administratif, la décision devait être considérée comme reçue par DSD au plus tard le 3 janvier 2013.

L'absence d'effet suspensif était la règle en matière de marchés publics. L'octroi de l'effet suspensif aurait pour conséquence de paralyser l'avancement de l'ensemble du chantier, ouvert depuis le mois d'octobre 2012.

S'agissant des chances de succès du recours, elles étaient faibles dans la mesure où les notes attribuées n'étaient pas arbitraires. En effet, DSD avait remis 5 références. Trois seulement d'entre elles concernaient des rénovations. Les travaux réalisés avaient été jugés similaires mais non équivalents aux travaux à attribuer. Une note de 3.5 avait été attribuée à DSD pour le sous-critère de la pertinence des références, pondéré à 30 % (des 30 % attribués au critère). La note de 0 attribuée au sous-critère de la qualité de l'entreprise se fondait essentiellement sur les mauvaises expériences de la ville avec l'entreprise et, de façon moins importante, sur les renseignements pris auprès des références citées. Ces dernières étaient pour certaines globalement satisfaites, mais l'une d'entre elles (crèche des Gazouillis) était très défavorable. D'une manière générale, les personnes contactées indiquaient qu'il existait une variation non négligeable de qualité selon que DSD faisait appel ou non à des sous-traitants. La ville avait par ailleurs eu de très mauvaises expériences avec DSD sur les chantiers de la crèche de Chateaubriand en 2004-2006 ainsi que sur celui de la crèche des Gazouillis, justement donnée comme référence.

En regard, deux des références fournies par Hyseni ont été jugées équivalentes aux travaux demandés dans l'appel d'offres, et trois autres similaires. Les maîtres d'ouvrages contactés avaient tous été satisfaits du travail de l'entreprise, unanimement décrit comme soigné, minutieux et fait dans le respect des instructions données. La ville n'avait aucune mauvaise expérience avec Hyseni ; au contraire, les

expériences passées, surtout dans le domaine de la restauration, avaient été pleinement satisfaisantes.

Ces différents éléments expliquaient la différence de notation entre Hyseni et DSD, ainsi que la note très basse obtenue par cette dernière sur le critère des références.

10. Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

1. Le recours, interjeté devant l'autorité compétente, 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).
2. Le délai de recours est de dix jours en matière de marchés publics, et il n'y a pas en cette matière de suspension des délais ou de fêtes judiciaires (art. 15 al. 2 et 2bis AIMP ; art. 17A al. 2 let. b LPA ; art. 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01).
3. Selon une jurisprudence constante, le fardeau de la preuve de la notification incombe à l'autorité qui entend en tirer une conséquence juridique (ATF 129 I 8 consid. 2.2 p. 10 et les arrêts cités). L'autorité supporte donc les conséquences de l'absence de preuve en ce sens que si la notification d'un acte envoyé sous pli simple ou sa date sont contestées et s'il existe effectivement un doute à ce sujet, il y a lieu de se fonder sur les déclarations du destinataire de l'envoi (ATF 124 V 400 consid. 2a p. 402 ; Arrêts du Tribunal fédéral 5A_225/2012 du 26 septembre 2012 consid. 2.1.2 ; 8C_227/2011 du 22 mars 2012 consid. 4.2 ; 2C_637/2007 du 4 avril 2008 consid. 2.4.1 in RDAF 2008 II p. 197). L'autorité qui entend se prémunir contre le risque d'échec de la preuve de la notification doit communiquer ses actes judiciaires sous pli recommandé avec accusé de réception (ATF 129 I 8 consid. 2.2 p. 11 ; Arrêt du Tribunal fédéral 8C_227/2011 précité consid. 4.2).
4. L'autorité adjudicatrice a notifié sa décision sous pli simple. Elle n'a dès lors pas de preuve de la date de réception de son pli, et aucun autre élément n'apparaît en l'état apte à prouver cette date. La recourante allègue n'avoir pris connaissance de cette décision que le 7 janvier 2013, et avoir pu recevoir celle-ci le 5 ou le 7 janvier 2013. En l'absence d'éléments probants à même d'établir la date réelle de réception, comme pourrait l'être la production de la décision ou son invocation préalable par la recourante - mais non le simple fait que les autres destinataires l'aient reçue plus tôt -, il apparaît *prima facie* que le recours est recevable.
5. 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, 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/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).

6. Par rapport à l'examen *prima facie* qui prévaut dans le cadre de l'estimation des chances de succès du recours, les griefs liés à la notation du critère des références n'apparaissent pas en l'état suffisamment étayés pour justifier l'octroi de l'effet suspensif au recours, ceci au vu des explications *a priori* pertinentes fournies par l'autorité intimée dans sa réponse sur effet suspensif.
7. L'octroi de l'effet suspensif sera dès lors refusé, le sort des frais de la procédure étant réservé jusqu'à droit jugé au fond.

Vu l'art. 66 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ;

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

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse d'octroyer 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 ;

communiqué la présente décision, en copie, à Me Grégoire Mangeat, avocat de la recourante, à la Ville de Genève - département des constructions et de l'aménagement, ainsi qu'à Me François Micheli, avocat de Hyseni Constructions S.à r.l., appelée en cause.

La présidente :

E. Hurni

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :