

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1108/2018-MARPU

ATA/580/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 11 juin 2018

sur effet suspensif

dans la cause

INDUNI & CIE SA

représentée par Me Guillaume Francioli, avocat

contre

HOSPICE GÉNÉRAL

représenté par Me Bertrand Reich, avocat

et

ENTREPRISE BELLONI SA, appelée en cause

représentée par Me Bruno Mégevand, avocat

Attendu, en fait, que :

- 1) Le 2 octobre 2017, l'Hospice général (ci-après : l'hospice) 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 en procédure ouverte pour un marché public de construction soumis aux accords internationaux.

Le marché, non divisé en lots, avait pour intitulé « Rénovation cité Carl-Vogt », et sa description détaillée se lisait comme suit : « Rénovation d'un ensemble de 5 blocs d'immeubles locatifs de 8 étages sur rez chacun, abritant en totalité 445 appartements et reliés par des arcades commerciales et des garages ».

Le délai de clôture pour le dépôt des offres était le 13 novembre 2017 à 12h00.

- 2) Dans ce délai, cinq entreprises ou consortiums ont soumis des offres, soit, dans l'ordre du procès-verbal d'ouverture des offres :

- Consortium Bertolit (Grisoni – Zaugg – Immotech ; ci-après : consortium I), pour un montant (toutes taxes comprises ; ci-après : TTC) de CHF 7'427'319.45 ;
- Consortium Construction Perret – Implenia – DMB (ci-après : consortium II), pour un montant TTC de CHF 7'418'156.90 ;
- Maulini SA (ci-après : Maulini), pour un montant TTC de CHF 6'857'160.60 ;
- Entreprise Belloni SA (ci-après : Belloni), pour un montant TTC de CHF 7'444'363.- ; et
- Induni SA (ci-après : Induni), pour un montant TTC de CHF 7'476'320.20.

- 3) Il est par la suite apparu à l'ingénieur chargé d'analyser les offres qu'une erreur s'était glissée dans le bordereau de soumission, à savoir que 37'200 m² de travaux de peinture étaient indiqués à double.

Maulini, qui avait d'emblée repéré cette erreur, avait adapté son offre en conséquence, ce qui explique le montant inférieur aux autres de ladite offre.

- 4) L'ingénieur chargé d'analyser les offres a fait part aux soumissionnaires de cette erreur par courriel du 11 janvier 2018, annonçant que l'adjudicataire (recte : le pouvoir adjudicateur) n'allait pas tenir compte des 37'200 m² de travaux de peinture considérés, la quantité totale pour cet article étant ramené à 41'100 m².

Un délai au 17 janvier 2018 était fixé à Induni pour confirmer le montant de leur offre recalculé sur cette base.

En revanche, dans le courriel adressé à Belloni, il a été demandé à cette dernière des renseignements complémentaires et une justification du prix pour une série d'articles concernant respectivement les carottages et les saignées dans les murs.

- 5) Par courriel du 17 janvier 2018, Belloni a répondu au pouvoir adjudicateur que les prix des articles concernés contenu dans l'offre étaient erronés. Le prix des cinq articles en cause devait passer, respectivement, de CHF 290.- à CHF 5.- par cm, de CHF 380.- à CHF 7.- par cm, de CHF 250.- à CHF 5.- par cm, de CHF 420.- à CHF 60.- par ml, et de CHF 480.- à CHF 70.- par ml.
- 6) Le 6 mars 2018, le responsable de projet au sein de l'hospice a écrit un courriel à Belloni.

Suite à la correction d'erreurs manifestes sur les postes précités, et compte tenu des quantités ajustées selon le courriel du 11 janvier 2018, l'offre de Belloni s'élevait désormais à CHF 4'525'127.45 TTC, au lieu de CHF 6'777'675.55 corrigé et CHF 7'444'363.15 à l'ouverture des offres.

Belloni était priée de confirmer que pour le prix retenu, elle fournirait l'ensemble des prestations nécessaires à la réalisation du marché conforme aux règles de l'art et que ladite réalisation conforme ne mettrait pas en péril sa viabilité économique, ce que l'entreprise a confirmé par courriel du 7 mars 2018.

- 7) Selon le tableau d'analyse multicritères des offres déposées (et corrigées), Belloni obtenait pour le critère du prix (calculé selon la méthode T2) la note maximale de 5 (200,00 points, correspondant à un prix hors taxes [ci-après : HT] de CHF 4'186'653.-), tandis que les autres soumissionnaires recevaient respectivement les notes de 2,31 (consortium I ; 92,48 points pour CHF 6'161'731.48), 2,23 (Induni ; 89,01 points pour CHF 6'280'753.92), 2,18 (Maulini ; 87,10 points pour CHF 6'349'222.78) et 2,07 (consortium II ; 82,85 points pour CHF 6'509'936.76).

Sur l'ensemble des critères et des notes converties en points, Belloni était première avec 391,00 points, Induni deuxième avec 309,92 points, le consortium I troisième avec 306,93 points, le consortium II quatrième avec 292,87 points et Maulini cinquième avec 282,81 points. Les différences étaient principalement dues au critère du prix.

- 8) Par décisions du 20 mars 2018, l'hospice a adjugé le marché à Belloni, et a communiqué à Induni qu'elle obtenait la deuxième place et ne se voyait pas attribuer le marché.
- 9) Par acte posté le 3 avril 2018, Induni a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours, principalement à l'annulation de la décision d'adjudication et à l'obtention du marché, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Si l'effet suspensif n'était pas accordé, elle courait le risque que le pouvoir adjudicateur conclue le contrat immédiatement avec sa concurrente. La situation ne souffrait par ailleurs pas d'une urgence particulière.

Au vu de la violation des principes de l'égalité de traitement entre soumissionnaires et de l'absence de négociations, les chances du succès du recours ne faisaient aucun doute. Les modifications des prix unitaires opérées sur le prix de l'offre de l'adjudicataire entre le prix initial et celui de l'adjudication justifiaient la restitution (recte : l'octroi) de l'effet suspensif au recours.

10) Le 18 avril 2018, l'hospice a conclu au rejet de la demande d'effet suspensif.

Si Belloni n'avait pas été autorisée à modifier ses prix unitaires, c'eût été le consortium I qui aurait remporté le marché, et non Induni. Dès lors, celle-ci n'avait probablement pas d'intérêt à recourir.

Le recours était dénué de toute chance de succès, et la jurisprudence fédérale insistait sur l'importance prépondérante d'une adjudication rapide.

Les prix de Belloni n'avaient pas été négociés ; il y avait simplement eu correction d'erreur évidente de calcul et d'écriture, les erreurs de prix sautant aux yeux puisque les prix unitaires indiqués dans l'offre étaient jusqu'à soixante fois trop élevés.

Concernant la possibilité d'une offre anormalement basse, la procédure suivie avait respecté la législation. Il avait en effet été demandé à Belloni de confirmer le prix corrigé et d'attester qu'elle pouvait fournir l'ensemble des prestations requises sans mettre en péril sa viabilité économique. L'hospice ne doutait pas que Belloni aurait à cœur de démontrer que son offre était économiquement viable, mais il considérait que ce n'était pas à lui de le faire, ceci afin de protéger les secrets d'affaire et de fabrication contenus dans les offres. La jurisprudence cantonale précisait qu'une offre particulièrement favorable, même inférieure au prix de revient, ne devait pas forcément être exclue.

L'égalité de traitement entre soumissionnaires n'était pas en cause, puisque seule l'offre de Belloni présentait des erreurs évidentes.

11) Le 18 avril 2018, Belloni a également conclu au rejet de la demande d'effet suspensif.

La rectification des prix unitaires en lien avec les positions de carottage uniquement engendrait une baisse de son offre de CHF 2'010'900.-. Pour les percements, ils amenaient à une baisse de l'offre de CHF 125'800.-. Après rectification, ces prix étaient très similaires à ceux proposés par Induni.

Elle joignait en annexe l'offre qu'elle avait déposée. Il en résultait que la différence de prix entre son offre et celle d'Induni résultait uniquement d'écarts importants dans les prix unitaires. Elle prenait un certain nombre d'exemples tirés des chapitres « démolitions et démontage » (où son offre était globalement CHF 50'000.- moins chère), « installations de chantier » et « réparation et protection des ouvrages en béton », dans lesquels certains prix unitaires étaient jusqu'à plus de 70 % inférieurs à ceux d'Induni.

Il y avait eu rectification d'erreur évidente et non modification des prix unitaires. L'hospice était ainsi parfaitement fondé à opérer la correction desdits prix unitaires. S'agissant de la question de l'offre anormalement basse, la procédure prévue par la réglementation cantonale avait été rigoureusement suivie.

Le principe de l'égalité de traitement n'aurait été violé que si le pouvoir adjudicateur avait corrigé des erreurs chez elle et non chez Induni, ce qui n'était pas le cas.

- 12) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif, étant précisé que les intimés ont d'ores et déjà répondu au recours sur le fond et qu'une audience de comparution personnelle des parties est fixée au 22 juin 2018.

Considérant, en droit, que :

- 1) Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est *prima facie* recevable de ces points de vue, en application des art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), 3 al. 1 de 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) et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01). La question globale de la recevabilité du recours, en particulier l'aspect lié à un éventuel défaut d'intérêt à recourir, sera néanmoins renvoyée à l'arrêt final que rendra la chambre de céans, étant précisé néanmoins qu'il n'apparaît pas d'entrée de cause qu'il soit irrecevable, la recourante étant placée en deuxième position lors de l'adjudication.
- 2) Aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, en vertu des art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, octroyer cet effet pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.

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 chances 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

(ATA/446/2017 du 24 avril 2017 consid. 2 ; ATA/62/2017 du 23 janvier 2017 consid. 2 ; ATA/793/2015 du 5 août 2015 consid. 2 ; ATA/701/2013 du 22 octobre 2013 consid. 2 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zurich 2010, pp. 311-341, p. 317 n. 15).

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/446/2017 précité consid. 2 ; ATA/62/2017 précité consid. 2 ; ATA/793/2015 précité consid. 2 ; ATA/60/2013 du 30 janvier 2013 consid. 5).

- 3) a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP). Il poursuit plusieurs objectifs, soit assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. a AIMP), garantir l'égalité de traitement entre ceux-ci et assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 3 let. b AIMP), assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) et permettre l'utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, notamment let. a et b AIMP).

b. Le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires tout au long du déroulement formel de la procédure (art. 16 RMP ; ATA/1005/2016 du 29 novembre 2016 consid. 3 ; ATA/51/2015 du 13 janvier 2015 et la jurisprudence citée ; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 109 ; Benoît BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics, RDAF 2004 p. 241 ss).

- 4) a. Lors de l'examen des offres, l'autorité adjudicatrice examine la conformité des offres au cahier des charges et contrôle leur chiffrage (art. 39 al. 1 RMP) ; les erreurs évidentes, telles que les erreurs de calcul et d'écriture, sont corrigées (art. 39 al. 2 1^{ère} phr. RMP). Le principe d'intangibilité des offres impose d'apprécier celles-ci sur la seule base du dossier remis, un soumissionnaire n'étant pas habilité à modifier la présentation de son offre, d'y apporter des compléments ou de transmettre de nouveaux documents après l'échéance du délai (arrêts du Tribunal fédéral 2C_197/2010 et 2C_198/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.3 ; ATA/55/2015 du 13 janvier 2015 ; ATA/102/2010 du 16 février 2010).

Les erreurs évidentes de calcul et d'écritures doivent être corrigées, conformément à l'art. 39 al. 2 RMP précité, qui correspond à l'art. 28 al. 2 des directives d'exécution de l'AIMP publiées par l'autorité intercantonale pour les marchés publics (accessibles sous <<http://www.dtap.ch/fr/dtap/concordats/aimp/>>, consulté le 21 avril 2017). La distinction entre ce qui relève de la correction des erreurs et de la clarification des offres (admissible) et ce qui ressortit à la

modification des offres contraire au principe de l'intangibilité peut se révéler délicate (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2), mais il est néanmoins généralement admis qu'une erreur de calcul (Rechnungsfehler, par opposition notamment aux Kalkulationsfehler) évidente ne doit être retenue que de manière restrictive, se limitant notamment aux erreurs de résultat opératoire (ATA/446/2017 précité consid. 4b ; Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 314 ; Peter GALLI et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^{ème} éd., 2013, n. 729-731 ; Martin BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, n. 2149-2152).

b. L'art. 42 RMP a trait à l'exclusion de la procédure. Ainsi, l'offre est écartée d'office notamment lorsque le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non-conforme aux exigences ou au cahier des charges (al. 1 let. a) ou n'a pas justifié les prix d'une offre anormalement basse, conformément à l'art. 41 RMP (al. 1 let. e). Les offres écartées ne sont pas évaluées. L'autorité adjudicatrice rend une décision d'exclusion motivée, notifiée par courrier à l'intéressé, avec mention des voies de recours (al. 3).

L'art. 41 RMP prévoit qu'en présence d'une offre paraissant anormalement basse, l'autorité adjudicatrice doit demander au soumissionnaire de justifier ses prix, selon la forme prévue à l'art. 40 al. 2 RMP, disposition selon laquelle les explications sont en principe fournies par écrit, un procès-verbal devant être établi et signé par les personnes présentes si les explications sont recueillies au cours d'une audition.

- 5) En l'espèce, les griefs liés à l'intangibilité des offres et à la motivation de l'offre anormalement basse apparaissent, *prima facie*, suffisamment fondés pour pouvoir accorder l'effet suspensif au présent recours.

Les erreurs que le pouvoir adjudicateur a rectifiées dans l'offre de Belloni apparaissent ainsi, toujours à première vue, comme des erreurs de report de prix, qui ne sont selon la jurisprudence pas reconnues comme des erreurs susceptibles d'être corrigées, ce malgré, en l'espèce, la très grande disproportion entre les prix indiqués dans l'offre et les prix corrigés.

Quant à l'offre de Belloni, elle a été considérée par le pouvoir adjudicateur comme nécessitant des explications (ce qui n'apparaît à première vue pas critiquable, dès lors qu'elle était moins chère de plus de 30 % par rapport à la seconde offre la moins chère ou encore par rapport à la moyenne des quatre autres offres déposées) : mais au lieu de demander à Belloni de justifier les prix unitaires qui rendaient son offre largement inférieure à celle de ses concurrents, comme le requiert l'art. 41 RMP, l'hospice lui a uniquement demandé de confirmer ses prix ainsi que d'attester qu'elle pouvait exécuter le marché dans les règles de l'art et sans mettre en péril sa viabilité économique.

Par ailleurs, dans le cadre d'une pesée des intérêts en présence, la présente procédure est désormais suffisamment avancée pour qu'un arrêt puisse être rendu sur le fond au cours de l'été 2018, ce qui permet également d'octroyer l'effet suspensif durant ce laps de temps relativement court.

- 6) La demande d'octroi de l'effet suspensif au recours sera ainsi admise, le sort des frais étant réservé jusqu'à droit jugé au fond.

Vu le recours interjeté le 3 avril 2018 par Indunie & Cie SA contre la décision de l'Hospice général du 20 mars 2018 ;

vu les art. 21 et 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ;

vu l'art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 26 septembre 2017 ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

restitue 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 Guillaume Francioli, avocat de la recourante, à Me Bertrand Reich, avocat de l'Hospice général, ainsi qu'à Me Bruno Mégevand, avocat d'Entreprise Belloni SA, appelée en cause.

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :