

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4521/2018-MARPU

ATA/169/2019

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Décision du 25 février 2019**

**sur effet suspensif**

dans la cause

**ISR INJECTOBOHR SA**

représentée par Me Christophe Claude Maillard, avocat

contre

**COMMUNE DE CHÊNE-BOUGERIES**

représentée par Me Patrick Malek-Asghar, avocat

Attendu, en fait, que :

1. Par décision du 10 décembre 2018, la commune de Chêne-Bougeries (ci-après : la commune) a informé la société ISR Injectobohr SA, soumissionnaire, qu'elle avait octroyé le marché public « Rénovation des immeubles rue de Chêne-Bougeries n<sup>os</sup> 23 – 25 – 27 et démolition – reconstruction n<sup>o</sup> 21 ; Travaux spéciaux bâtiment n<sup>o</sup> 21 et divers », en procédure sur invitation, à la société Orllati SA, dont l'offre remplissait pleinement les conditions pour être adjudicataire.

2. Par acte du 21 décembre 2018, ladite soumissionnaire a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision susmentionnée, concluant à son annulation et à ce que le marché lui soit adjugé.

Selon le tableau d'évaluation des deux seules offres reçues, celle de l'adjudicataire était incomplète, « des documents importants comme le planning et les références » manquaient. En outre, elle avait été corrigée d'un montant de CHF 7'537.- sans qu'aucune information ne soit donnée à la soumissionnaire.

L'effet suspensif devait être octroyé, le recours n'étant manifestement pas dénué de succès et les travaux n'apparaissant pas urgents.

3. Le pli recommandé adressé par la chambre administrative à l'adjudicataire afin qu'il se détermine sur le recours et la demande d'octroi d'effet suspensif a été retourné à son expéditrice avec la mention « non réclamé ». Le pli simple de même contenu n'a pas reçu de réponse.

4. Le 31 janvier 2019, la commune a conclu au rejet du recours et au refus d'octroi de l'effet suspensif.

Lors de l'évaluation des deux offres reçues, une erreur dans celle de l'adjudicataire était apparue immédiatement, sous forme d'un montant de CHF 7'537.- ne correspondant à aucun travail prévu sur l'un des immeubles. Cette erreur avait été corrigée de façon à ce que cette somme ne figure pas dans le tableau comparatif des offres, afin de ne pas fausser les résultats.

Il était également apparu que l'offre de l'adjudicataire ne comprenait pas de références ni de planning pour la réalisation des travaux. Il avait toutefois été considéré que l'absence de ces documents n'était pas de nature à entraîner d'office l'exclusion de l'adjudicataire, car rien de tel n'était prévu dans les conditions d'appel d'offres. En outre, un planning intentionnel du chantier faisait partie du dossier d'appel d'offres, de sorte qu'il était évident que l'entreprise qui décidait de

soumissionner disposait des ressources suffisantes pour accomplir les tâches prévues aux dates initialement fixées.

Le chiffre d'affaires 2018 et l'effectif détaillé de l'adjudicataire étaient également manquants. Dans la mesure où cette entreprise était notoirement connue pour ses compétences en matière de travaux spéciaux et qu'elle disposait des ressources en hommes et en matériel lui permettant d'assumer des chantiers de grande ampleur, il avait été considéré que ces manquements n'étaient pas propres à entraîner l'exclusion de l'offre.

Les travaux devaient commencer dans les plus brefs délais car ils devaient être coordonnés avec les travaux de réfection des voies de tram.

5. Le 7 février 2019, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur octroi d'effet suspensif au recours.

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).
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, restituer 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/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).

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/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. Aux termes de l'art. 24 RMP, l'autorité adjudicatrice choisit des critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché ; elle doit les énoncer clairement et par ordre d'importance au moment de l'appel d'offres.

En vertu de l'art. 43 RMP, l'évaluation est faite selon les critères prédéfinis conformément à l'art. 24 RMP et énumérés dans l'avis d'appel d'offres et/ou les documents d'appel d'offres (al. 1) ; le résultat de l'évaluation des offres fait l'objet d'un tableau comparatif (al. 2) ; le marché est adjugé au soumissionnaire ayant déposé l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix ; outre le prix, les critères suivants peuvent notamment être pris en considération : la qualité, les délais, l'adéquation aux besoins, le service après-vente, l'esthétique, l'organisation, le respect de l'environnement (al. 3) ; l'adjudication de biens largement standardisés peut intervenir selon le critère du prix le plus bas (al. 4).

c. La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6), l'appréciation de la chambre administrative ne pouvant donc se substituer à celle de ce dernier, seul l'abus ou l'excès de pouvoir d'appréciation devant être sanctionné (ATF 130 I 241 consid. 6.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2P.111/2003 du 21 janvier 2004 consid. 3.3 ; 2P.172/2002 du 10 mars 2003 consid. 3.2).

4. a. Par ailleurs, 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<sup>ère</sup> phr. RMP).

b. En matière de marchés publics prévaut le principe de l'intangibilité de l'offre à l'échéance du délai, et qui signifie qu'une offre ne doit en principe s'apprécier que sur la seule base du dossier remis (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1, in SJ 2015 I p. 52). En revanche, 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 25 février 2019). 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). 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 (Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 314 ; Peter GALLI et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3<sup>ème</sup> éd., 2013, n. 729-731 ; Martin BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, n. 2149-2152).

5. En l'état, si le grief relatif à la correction de l'erreur de calcul corrigée n'apparaît pas d'entrée de cause suffisamment fondé pour autoriser l'octroi de l'effet suspensif au recours, il n'en va pas de même pour les autres éléments manquants dans l'offre de l'adjudicataire et qui font apparaître celle-ci prima facie incomplète. L'art. 42 al. 1 let. a RMP prévoyait en effet que les offres incomplètes sont écartées d'office, de sorte que force est de retenir que le recours n'est pas dépourvu de chances de succès.
6. Quant à l'intérêt public à ce que les travaux soient entrepris rapidement, la commune n'apporte pas de justificatifs à ses allégations à cet égard. Quand bien même le retiendrait-on qu'il devrait en l'état céder le pas à l'intérêt public prépondérant au respect des dispositions régissant la passation des marchés publics. L'adjudicataire ne s'étant par ailleurs pas manifesté à ce jour dans le cadre de la procédure, son intérêt privé ne peut être déterminé.

Au vu de ce qui précède, l'effet suspensif sera octroyé au recours.

7. Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

Vu le recours interjeté le 21 décembre 2018 par ISR Injectobohr SA contre la décision de la commune de Chêne-Bougeries du 10 décembre 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**

octroie 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 à Me Christophe Claude Maillard, avocat de la recourante, à Me Patrick Malek-Asghar, avocat de la commune de Chêne-Bougeries, ainsi qu'à Orllati SA, appelée en cause .

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :