

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/948/2017-MARPU

ATA/446/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 21 avril 2017

sur effet suspensif

dans la cause

THERAMED AG

contre

CENTRALE D'ACHATS ET D'INGÉNIERIE BIOMÉDICALE DES HUG
représentée par Mes Adrien Alberini et Joëlle Becker, avocats

et

HAMILTON MEDICAL AG, appelée en cause
représentée par Me Lorenz Ehrler, avocat

Attendu, en fait, que :

1. Le 31 mai 2016 est paru dans la feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) l'avis concernant un marché public en procédure ouverte organisé par la centrale d'achats et d'ingénierie biomédicale des hôpitaux universitaires Vaud/Genève (ci-après : la centrale d'achats), pour le compte des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG), entité adjudicatrice.

Le marché portait sur l'achat de fournitures, plus spécifiquement sur l'acquisition, l'installation, la mise en service, la formation des utilisateurs et la maintenance de ventilateurs de réanimation. Il était soumis aux accords internationaux. La date limite pour poser des questions par écrit était le 29 juin 2016, celle du dépôt des offres étant fixée au 11 juillet 2016 à 11h00. Le marché n'était pas divisé en lots ; les variantes étaient admises, mais non les offres partielles.

Il était indiqué dans le dossier d'appel d'offres que le marché portait potentiellement sur l'acquisition de 40 ventilateurs de réanimation sur une période de 18 mois, mais au minimum de 16 ventilateurs sur ladite période. Les prestations de maintenance ainsi que les coûts de « consommables » faisant l'objet d'un chiffrage ne faisaient pas partie intégrante du marché et ne donneraient pas automatiquement lieu à l'établissement d'un marché, mais ils seraient utilisés pour réaliser l'évaluation financière des coûts d'exploitation et serviraient de « référence plafond » pour l'établissement d'éventuels marchés futurs. La livraison des appareils aurait lieu dès la fin de l'année 2016.

2. Theramed AG (ci-après : Theramed ou la société) est une société anonyme sise dans le canton de Lucerne, où elle est inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) depuis le 15 avril 1998. Elle a pour buts statutaires le commerce de toutes marchandises, en particulier dans le domaine de la technique médicale et thérapeutique ; la gestion et l'évaluation de brevets, licences et procédés de fabrication ; le financement et l'encouragement de toute sorte d'établissements commerciaux ; l'acquisition et la vente de biens-fonds ; et les participations.

Hamilton Medical AG (ci-après : Hamilton) est une société anonyme sise dans le canton des Grisons, où elle est inscrite au RC depuis le 18 mai 1983. Elle a pour buts statutaires la production, la vente, l'importation, l'exportation et le commerce d'appareils et d'instruments dans le domaine de la technique médicale et dans les domaines apparentés ; la vente, la gestion et l'évaluation de brevets, découvertes et procédés de fabrication ; et la délivrance de prestations d'assistance, notamment technique.

3. Theramed et Hamilton ont toutes deux soumissionné, chacune avec une offre de base et une offre en variante.

4. Par décision du 6 mars 2017, reçue le lendemain, les HUG ont communiqué à Theramed que son offre de base avait obtenu le deuxième rang sur 7 offres évaluées et que son offre en variante avait obtenu le septième rang. Le marché avait été adjugé à Hamilton.

5. Par acte posté le 16 mars 2017, Theramed a interjeté recours contre la décision précitée, concluant à l'octroi de l'effet suspensif au recours et à l'attribution du marché.

Une erreur vérifiable et évidente s'était glissée dans le récapitulatif des prix. La société avait en effet indiqué au ch. 6.1 du document « Exigences de maintenabilité » un prix annuel de maintenance par appareil de CHF 1'190.-, tandis que le même prix avait été reporté faux dans le récapitulatif à CHF 1'690.-. Le total sur huit ans avait ainsi été calculé à CHF 216'320.- au lieu de CHF 152'320.-. Le prix total de l'offre était donc de CHF 520'070.- et non de CHF 584'070.- comme retenu par le pouvoir adjudicateur. Cette erreur avait été mise en lumière lors d'une rencontre avec le pouvoir adjudicateur le 15 mars 2017. En tant qu'erreur évidente, elle devait néanmoins être rectifiée d'office par le pouvoir adjudicateur.

Dans les critères techniques il avait été pris en compte certaines fonctionnalités des produits de l'adjudicataire qui n'avaient pas été mises en rapport avec les coûts additionnels engendrés par ces options, ce qui lui avait valu de perdre environ 9 points par rapport à son concurrent.

Theramed avait remporté l'appel d'offres de l'hôpital universitaire de l'enfance de Zurich et avait communiqué le 25 octobre 2016 cette nouvelle référence, qui n'avait pas été prise en compte alors qu'elle aurait pu lui rapporter un point supplémentaire.

Enfin, il leur avait été dit que les chiffres d'affaires de la société avaient été considérés à son désavantage. Cette analyse était contestée, et les chiffres d'affaires des trois années précédentes étaient joints.

Aucun argument spécifique n'était avancé en lien avec l'octroi de l'effet suspensif.

6. Par décision du 17 mars 2017, le juge délégué a ordonné l'appel en cause de Hamilton.

7. Le 29 mars 2017, les HUG ont conclu au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif.

La qualité des appareils proposés par Hamilton était largement supérieure, en termes tant techniques que de facilité d'utilisation, à celle des appareils proposés par Theramed, ce qui se reflétait dans les notes relatives aux critères fonctionnel et de qualité technique de l'offre. Cette supériorité avait pu être constatée lors d'un test

empirique pratiqué par le personnel des HUG habitué à l'emploi des ventilateurs de réanimation, test qui avait fait l'objet d'un rapport fourni en annexe. Seuls les prix bas des appareils de Theramed avaient assuré à celle-ci la deuxième place.

Le recours était manifestement dépourvu de chances de succès. S'agissant de l'erreur de report du montant lié à la maintenance dans le tableau récapitulatif, il s'agissait d'une négligence inexcusable et qui plus est répété dans la variante, alors que le tableau récapitulatif y relatif manquait et avait dû être réclamé par les HUG. De plus, la jurisprudence retenait que la correction des offres prévue par l'art. 39 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) était une faculté et non une obligation. Il ne s'agissait au demeurant pas d'une erreur évidente, et Theramed elle-même ne l'avait constaté qu'après l'adjudication.

S'agissant des fonctionnalités complémentaires, il était justifié de par la nature du marché de tenir compte des options facultatives et libres dans l'appréciation des critères techniques. Il n'y avait en revanche pas lieu d'en tenir compte dans le calcul du prix, dans la mesure où cela n'était pas prévu dans les documents d'appel d'offres. De plus, une telle prise en compte n'aurait pas généré une différence de neuf points, la note technique prenant en compte de nombreux autres facteurs.

La référence supplémentaire avait été communiquée par Theramed bien après le dépôt des offres, si bien qu'il n'était pas possible d'en tenir compte sans avantager indûment Theramed par rapport aux autres soumissionnaires.

Le grief lié au chiffre d'affaires était infondé. Avait été prise en compte pour l'organisation du soumissionnaire l'évolution du chiffre d'affaires : pour l'année 2013/2014 Theramed avait reçu la note maximale et Hamilton la note la plus basse, tandis que pour 2014/2015 Theramed avait reçu la note la plus basse car son chiffre d'affaires avait baissé de 40 % par rapport à l'année précédente.

Par ailleurs, les ventilateurs étaient acquis en vue de l'ouverture d'un nouveau centre de soins intensifs en mai 2017, date à laquelle ils devaient être opérationnels. Les intérêts liés à la santé publique devaient dès lors prévaloir.

8. Le 29 mars 2017, Hamilton a conclu au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif au recours.

Ce dernier était manifestement infondé, si bien qu'il n'y avait pas lieu de lui attribuer d'effet suspensif.

L'erreur commise par Theramed était une erreur dite de report (de montant), que la jurisprudence et la doctrine n'admettaient pas comme des erreurs évidentes.

Les fonctionnalités optionnelles proposées par Hamilton avaient été retenues comme améliorant la qualité technique en lien avec le caractère évolutif du produit,

ce qui était normal et justifié. Au demeurant, contrairement à Hamilton, Theramed vendait des appareils qu'elle ne fabriquait pas elle-même.

Prendre en compte la nouvelle référence communiquée par Theramed aurait été contraire au principe d'intangibilité des offres.

S'agissant des chiffres d'affaires, ceux de Hamilton étaient considérablement plus élevés que ceux de Theramed, et justifiaient pleinement la différence de notation.

9. Sur ce, la cause a été gardée à juger sur la question de l'effet suspensif.

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 données publiques (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^{ère} 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 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). 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^{ème} éd., 2013, n. 729-731 ; Martin BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, n. 2149-2152).

5. En l'état, et à première vue, les griefs formés par la recourante n'apparaissent pas suffisamment fondés pour autoriser la chambre administrative à restituer l'effet suspensif lié au recours.

a Concernant la rectification d'office de l'offre, l'erreur mise en avant par la recourante était certes contenue dans l'offre, ce qui permet de considérer positivement sa bonne foi ; néanmoins, il ne s'agit pas d'une erreur opératoire immédiatement visible en tant que telle mais d'une erreur de report d'un prix, et donc a priori pas d'une erreur de calcul évidente au sens du RMP.

b. Concernant le grief lié aux fonctionnalités additionnelles du produit proposé par Hamilton, il est peu compréhensible. À première vue il est également infondé, dans la mesure où le prix était calculé de manière indépendante et conformément à l'appel d'offres, tandis que les soumissionnaires étaient libres de proposer les appareils de leur choix, si bien que des caractéristiques techniques supplémentaires ou plus avancées étaient à l'évidence susceptibles d'améliorer la note technique.

c. S'agissant du grief lié à la référence, il est également primo facie infondé, dans la mesure où la prise en compte de références parvenues au pouvoir adjudicateur après le dépôt des offres contreviendrait au principe d'intangibilité des offres.

d. Enfin, s'agissant de la question du chiffre d'affaires, les explications du pouvoir adjudicateur paraissent à première vue convaincantes, la recourante s'étant ainsi vue attribuer une excellente note pour l'année ayant vu son chiffre d'affaires notablement s'accroître, et une très mauvaise pour l'année où son chiffre d'affaires a chuté, les mêmes critères d'évaluation étant par ailleurs appliqués à son concurrent.

6. Les chances de succès du recours apparaissant ainsi, à première vue, insuffisantes pour permettre à la chambre de céans d'octroyer l'effet suspensif au recours, la demande y relative sera rejetée, quand bien même la primauté des intérêts liés à la santé publique et à l'ouverture en temps voulu d'un nouveau centre de soins intensifs, en soi incontestable, est ici mise à mal par le retard évident pris à adjuger le marché (la décision attaquée date du 6 mars 2017, alors que selon l'appel d'offres l'achat des ventilateurs devait commencer encore en 2016) et la non-prise en compte du temps nécessaire à une éventuelle procédure de recours.

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

Vu le recours interjeté le 16 mars 2017 par Theramed AG contre une décision de la centrale d'achats et d'ingénierie biomédicale des Hôpitaux universitaires de Genève du 6 mars 2017 ;

vu l'art. 66 al. 3 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 ;

communique la présente décision, en copie, à Theramed AG, à Mes Adrien Alberini et Joëlle Becker, avocats de l'intimée, ainsi qu'à Me Lorenz Ehrler, avocat de Hamilton Medical AG, appelée en cause.

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :