

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1256/2011-MARPU

ATA/457/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 26 juillet 2011

dans la cause

COFELY S.A.

contre

**DÉPARTEMENT DES CONSTRUCTIONS ET DES TECHNOLOGIES DE
L'INFORMATION**

EN FAIT

1. Le 10 janvier 2011, l'office des bâtiments (ci-après : l'office) du département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : le département) a publié dans la Feuille d'Avis Officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) un appel d'offres en procédure ouverte, pour l'adjudication d'un marché de construction portant sur les installations de chauffage, et raccordement hydraulique froid et chaud, à exécuter dans le bâtiment existant de l'Hôpital des enfants à Genève. Les travaux devaient se dérouler en deux étapes : étape 2, aile ouest, (lot 240.02) et étape 3, aile est, (lot 240.03). Le délai de clôture pour le dépôt des offres était fixé au 21 février 2011.

Le marché était soumis à l'accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1996 (Accord GATT/OMC - RS 0.632.231.422), à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 entré en vigueur à Genève le 9 décembre 1997 (AIMP - L 6 05) ainsi qu'au règlement cantonal sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), ainsi qu'à la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02).

Dite publication indiquait la voie et le délai de recours au Tribunal administratif (recte : chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice - ci-après : la chambre administrative).

2. L'autorité adjudicatrice a établi un dossier d'appel d'offres précisant les aptitudes/compétences requises - type de soumissionnaire, les informations générales, les conditions de participation, les exigences administratives de la procédure et les engagements du soumissionnaire.

Les critères d'adjudication étaient dans l'ordre d'importance décroissant, les suivants :

- | | | |
|---|---------------|------|
| - Montant et crédibilité du prix | - pondération | 50 % |
| - Capacité à respecter les délais d'exécution | - pondération | 30 % |
| - Références et expériences | - pondération | 15 % |
| - Formation professionnelle | - pondération | 5 % |

L'organisateur de la procédure auprès duquel les documents pouvaient être demandés était le bureau VVR Architectes à Thônex.

Les soumissionnaires disposaient d'un délai au 24 janvier 2011 pour poser des questions par écrit.

3. La soumission des lots 240 a été préparée par le bureau d'ingénieurs-conseils Raymond E. Moser S.A. (ci-après : le bureau d'ingénieurs).

4. Le 21 février 2011, Cofely S.A., succursale de Genève d'une entreprise suisse (ci-après : Cofely), a déposé une offre portant sur les deux lots, se décomposant comme suit :

– Lot 240.02	CHF	327'540.-.
– Lot 240.03	CHF	126'060.-.
Total de l'offre	CHF	453'600.-.

La soumission était modifiée sur plusieurs points.

5. Selon le procès-verbal d'ouverture des offres du 23 février 2011, deux autres entreprises ont soumissionné à savoir Hälgl S.A. qui a présenté une offre se montant à CHF 604'800.- et Mino S.A. dont l'offre ascendait à CHF 623'160.-.

6. Le 19 avril 2011, la direction des investissements, du patrimoine et des actifs du département a informé Cofely que son offre était écartée pour les deux raisons suivantes :

- l'offre avait été modifiée (cf. § 3.6 du dossier d'appel d'offres K2) ;
- certains critères techniques ne répondaient pas au cahier des charges ;

dite décision indiquait la voie et le délai de recours à la chambre administrative.

7. Par acte du 29 avril 2011, Cofely a recouru contre la décision précitée auprès de la chambre administrative.

C'était à tort que le département avait considéré que l'offre avait été modifiée alors qu'il ne s'agissait que de simples corrections d'erreurs manifestes, respectivement d'imprécisions du cahier des charges. Quant aux critères techniques du cahier des charges qui n'auraient pas été remplis, il s'agissait tout au plus d'écarts minimes sans aucune incidence sur la qualité technique ou commerciale de l'offre. Le département avait violé le droit dans la mesure où il avait abusé de son pouvoir d'appréciation ou constaté les faits pertinents de manière inexacte.

Elle sollicitait l'effet suspensif au recours et à l'annulation de la décision du 19 avril 2011 du département.

8. Invité à se déterminer sur la question de l'effet suspensif, le département a conclu qu'il pouvait être restitué. Le recours étant dirigé contre une décision d'exclusion d'une offre, la procédure d'adjudication devait effectivement être interrompue jusqu'à droit jugé sur la recevabilité effective de celle-ci.
9. Par décision du 19 mai 2011, la chambre administrative a restitué l'effet suspensif au recours (ATA/322/2011).
10. Dans sa réponse sur le fond du 27 mai 2011, le département s'est opposé au recours.

Certes, Cofely avait procédé à des corrections insignifiantes de la soumission mais elle avait également apporté des modifications au descriptif qui remettaient en cause la recevabilité de son offre. De plus, celle-ci n'était pas complète et ne répondait pas aux spécifications techniques du cahier des charges.

Au nombre des pièces produites figurait un rapport établi par le bureau d'ingénieurs concernant l'offre de Cofely.

En substance, Cofely avait apporté certaines modifications techniques sans incidence sur l'offre, certaines corrections étaient justifiées alors que d'autres ne permettaient pas la comparaison avec les offres des deux autres soumissionnaires et/ou ne correspondaient pas aux caractéristiques techniques demandées.

- a. Modifications ne permettant pas la comparaison des offres :
 - Modification du nombre de caissons de raccordement spéciaux (p. 93, poste 05, 33 caissons demandés, 22 caissons proposés) (p. 136, poste 02, 37 caissons demandés, 22 caissons proposés).
 - Proposition de compteur de débit mécanique en lieu et place de compteur électromagnétique (p. 39, poste 04, p. 41, poste 03 et p. 66, poste 04).

De plus, Cofely avait modifié les dimensions du compteur (p. 129, poste 03) en proposant une dimension DN50 en lieu et place de DN65. Techniquement, le compteur proposé pouvait enregistrer des débits d'eau dix fois inférieurs à celui mentionné dans la soumission.

- b. Modification ne correspondant pas aux caractéristiques techniques demandées :
 - Modification du modèle de l'échangeur de chaleur de production d'eau chaude (p. 72, poste 02). La spécification de 20 kPa maximum pour les pertes de charge de l'échangeur qui était demandé résultait des directives techniques des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) (produit proposé 22,01 kPa).

- Modification du diamètre du régulateur d'air (p. 94, poste 12). 180 millimètres demandés et 200 millimètres proposés.

c. Postes non chiffrés :

- Modification du poste lié au montage des faux plafonds en mentionnant « activation en usine » (p. 41, poste 01). Ce faisant, l'offre ne comprenait pas la manutention du matériel sur le chantier mais pouvait générer des plues-values pour cette manipulation.
- Cofely n'avait pas chiffré certaines prestations de raccordement électrique en mentionnant « à charge de l'électricien » (p. 101, poste 01, p. 108, poste 01 et p. 143, poste 01). En effet, Cofely avait estimé que les travaux d'intervention sur les centrales de ventilation détaillés en p. 90 suffisaient et que les postes détaillés aux p. 101, 108 et 143 étaient des doublons. En réalité, malgré la description similaire de ces postes, il y avait deux types d'intervention sur les centrales de ventilation.

11. Les parties ont été entendues en audience de comparution personnelle le 23 juin 2011.

Cofely a confirmé qu'elle n'avait pas modifié son offre après le dépôt de celle-ci. La soumission exigeait beaucoup de travail. Elle avait établi un rapport contenant différentes questions à poser au département. Malheureusement le fax n'avait pas passé et elle avait donc effectué les corrections sans en référer au département.

Pour les représentants du département, l'offre de Cofely n'était pas complète car certains postes n'étaient pas chiffrés. De plus, elle n'était pas conforme au descriptif, certains postes ayant été modifiés.

Interrogée sur les modifications apportées à la soumission, Cofely s'est déterminée comme suit :

- Ad. p. 41 : le poste concernant le montage de plafonds avait été tracé et remplacé par « activation en usine » et cela sur les instructions de son fournisseur.
- Ad. p. 51 : elle avait effectivement proposé un compteur de débit mécanique car celui qui était proposé par son fournisseur remplissait les mêmes critères que le compteur électromagnétique qui était demandé.

Sur ce point, les représentants du département ont relevé que le compteur mécanique ne répondait pas aux spécificités du cahier des charges des HUG.

- Ad. p. 72 : concernant l'échangeur de chaleur, elle avait proposé une perte de charge de 22,01 kPa à la place de 20 kPa demandé. En terme de vulgarisation, son offre minimisait moins les pertes de charge et il s'agissait d'une différence technique infime.

Là encore, les représentants du département ont relevé qu'il s'agissait d'une exigence posée par les HUG.

- Ad. p. 93 et 136 : elle avait modifié le nombre des caissons demandés car elle avait adapté son offre au nombre de diffuseurs prévus dans la soumission.
- Ad. p. 94 : elle avait modifié les dimensions du régulateur de débit d'air mécanique car celles qui étaient proposées, à savoir 70/30 et 90/30 n'existaient pas.

Les représentants du département ont répondu que la modification y relative était importante car elle avait pour conséquence que les appareils ne tenaient pas dans les faux plafonds.

- Ad. p. 100 : concernant les interventions sur les centrales de ventilation, elle persistait dans sa correction, car même s'il y avait deux zones différentes, il n'y avait qu'un seul appareil.

Les représentants du département ont expliqué qu'il y avait effectivement un monobloc qui allait sur deux zones et qu'il y avait lieu de prévoir deux interventions sur des périodes différentes sur le même monobloc, raison pour laquelle la soumission comportait deux postes.

Le département s'est déclaré d'accord de verser aux débats la photocopie des pages dont il avait été question à l'audience remplies par les deux autres soumissionnaires.

Cofely a déclaré qu'à réception de ces pièces, elle se déterminerait sur la suite à donner à son recours.

12. Le 27 juin 2011, le département a complété son dossier de pièces en versant aux débats des extraits de l'offre de Mino S.A. d'une part et de Hälg S.A. d'autre part.

Ni l'une, ni l'autre de ces soumissions ne contenait des modifications.

13. Cofely a présenté ses observations le 11 juillet 2011.

La lecture des extraits des offres de Mino S.A. et de Hälg S.A. faisait apparaître que ces deux sociétés n'avaient pas modifié leur offre respective. Cependant, Mino S.A. n'avait pas complété les renseignements demandés et laissé

plusieurs espaces en blanc. Quant à Hälg S.A., elle avait proposé le même compteur (marque et type) qu'elle-même avait proposé. Hälg S.A. n'avait pas pris la peine de modifier le texte, en l'occurrence de remplacer le mot « électromagnétique » par « mécanique ». Visiblement le travail d'analyse et de comparaison des offres du point de vue technique n'avait pas été fait d'une manière rigoureuse.

Elle demandait que son offre soit traitée d'égale manière à celles de ses concurrents. Les différences financières pouvant résulter des quelques correctifs qu'elle avait apportés n'étaient pas de nature à l'avantager de manière significative.

14. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ce point de vue (art. 131 et 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 15 AIMP ; art. 3 al. 1 et 2 let. a de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 - L-AIMP - L 6 05.0 ; art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. La qualité pour recourir appartient à toute personne touchée directement par une décision et ayant un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 60 let. b LPA). Tel est le cas de celle à laquelle la décision attaquée apporte des inconvénients qui pourraient être évités grâce au succès du recours, qu'il s'agisse d'intérêts juridiques ou de simples intérêts de fait (ATA/221/2011 du 5 avril 2011 et les références citées).

En tant que soumissionnaire exclu, Cofely a la qualité pour recourir (art. 15 al. 1bis, let. d AIMP ; art. 55 let. c RMP).
3. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics (art. 1 al. 1 AIMP). Il vise à harmoniser les règles de passation des marchés ainsi qu'à transposer les obligations découlant de l'accord GATT/OMC ainsi que de l'accord entre la communauté européenne et la Confédération suisse (art. 1 al. 2 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 11 let. a et b AIMP).

4. Aux termes de l'art. 39 RMP, l'autorité adjudicatrice examine la conformité des offres au cahier des charges et contrôle leur chiffrage (al. 1), cas échéant, corrige les erreurs évidentes, telles que les erreurs de calcul et d'écriture (al. 2). L'art. 40 RMP stipule que l'autorité adjudicatrice peut demander au soumissionnaire des explications relatives à leur aptitude et à leur offre (al. 1). Les explications sont en principe fournies par écrit (al. 2).
5. L'offre d'un soumissionnaire est écartée d'office par une décision d'exclusion lorsque son offre est tardive, incomplète ou non-conforme aux exigences du cahier des charges (art. 42 al. 1 let. a RMP).
6. Le droit des marchés publics est formaliste, comme la chambre de céans l'a déjà rappelé à plusieurs reprises (ATA/577/2010 du 31 août 2010 et les références citées) et c'est dans le respect de ce formalisme que l'autorité adjudicatrice doit procéder à l'examen de la recevabilité des offres et à leur évaluation.
7. L'interdiction du formalisme excessif, tirée de la garantie à un traitement équitable des administrés énoncée à l'art. 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), interdit d'exclure une offre présentant une informalité de peu de gravité. C'est dans ce sens que des erreurs de calcul et d'écriture peuvent être rectifiées (art. 39 al. 2 RMP) et que des explications peuvent être demandées aux soumissionnaires relatives à leurs aptitudes et à leurs offres (art. 40 et 41 RMP). Le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires implique de ne procéder à ce type de questionnement que de manière restrictive et seulement lorsque l'offre est, au demeurant, conforme aux conditions de l'appel d'offres (J.-B. ZUFFEREY/C. MAILLARD/N. MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 110 ; O. RODONDI La gestion de la procédure de soumission, cité ci-après : La gestion in ZUFFEREY, STOECKLI Droit des marchés publics 2008 p. 185 no 63, p. 186).
8. A cet égard, même les auteurs qui préconisent une certaine souplesse dans le traitement des informalités admettent que l'autorité adjudicatrice détient un certain pouvoir d'appréciation sur le degré de sévérité dont elle désire faire preuve dans le traitement des offres, pour autant qu'elle applique la même rigueur, respectivement la même flexibilité, à l'égard des différents soumissionnaires (O. RODONDI, Les délais en droit des marchés publics, in RDAF 2007 I p. 187 et 289).
9. Les principes précités valent également pour la phase d'examen de la recevabilité des soumissions (O. RODONDI, La gestion, no 65, p. 186). Lors de celle-ci, l'autorité adjudicatrice doit examiner si les offres présentées remplissent les conditions formelles pour participer à la procédure d'évaluation proprement dite et il est exclu d'autoriser un soumissionnaire à modifier la présentation de son offre, à y apporter des compléments ou à transmettre de nouveaux documents.

Cela étant, en application du principe de proportionnalité et de celui de l'interdiction du formalisme excessif, l'exclusion de la procédure ne peut se fonder sur des éléments mineurs, ou du moins, qui ne sont pas déterminants pour la décision d'adjudication (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.219/2003 du 17 juin 2005, consid. 3.3).

10. Le soumissionnaire ne saurait modifier de son propre mouvement les conditions de l'appel d'offres (en s'en écartant), sous réserve des cas où celles-ci seraient illégales (par ex. des spécifications techniques discriminatoires) ou constitueraient un formalisme excessif (Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, 7 novembre 1997 in RDAF 1998 p. 252 ss).

Les indications que fournit le soumissionnaire dans son offre doivent être correctes, complètes et conformes aux exigences de l'adjudicateur, telles qu'elles ressortent de l'appel d'offres et des documents annexés, de manière à ce que la décision d'adjudication puisse être prise en connaissance de cause et dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement (ATF 2P.130/2005 du 21 novembre 2005, consid. 7 ; JAAC 65.78 consid. 3a ; JAAC 62.32 II consid. 3a). Cette règle est nécessaire pour garantir une comparaison objective entre les offres soumises par les soumissionnaires.

L'épuration des offres consiste en un examen approfondi des indications techniques et des chiffres figurant dans les offres, afin de rendre les offres objectivement comparables entre elles. Elle constitue un préalable à la phase d'évaluation des offres sur la base des critères d'adjudication. Si l'offre proposée n'est pas conforme aux conditions de l'appel d'offre, elle sera exclue comme non conforme à l'objet du marché (JAAC 65.78 consid. 3a). Le pouvoir adjudicateur dispose d'une certaine marge d'appréciation qu'il doit exercer en tenant compte notamment de l'ampleur du dossier demandé, respectivement de l'importance des éléments concernés (arrêt du Tribunal administratif vaudois du 22 juin 2001 dans DC 2/02 p. 77 et autres références citées).

L'autorité adjudicatrice examine la conformité des offres au cahier des charges et contrôle leur chiffrage. Les erreurs évidentes, telles que les erreurs de calcul et d'écriture, sont corrigées. Lorsqu'un soumissionnaire omet un poste, c'est le plus haut prix fixé par les concurrents qui est appliqué. Ce n'est qu'ensuite qu'un tableau comparatif des offres est établi (art. 39 RMP).

Si, à l'examen d'une des offres, il apparaît qu'elle n'est pas conforme aux exigences du cahier des charges, l'autorité adjudicatrice peut demander des explications au soumissionnaire (art. 40 al. 1 RMP).

11. En l'espèce, il apparaît que la recourante a modifié plusieurs postes déterminants de l'offre.

Elle a ainsi proposé des appareils qui n'étaient pas conformes à ce qui était demandé, à savoir des compteurs de débit mécaniques en lieu et place de compteurs électromagnétiques, ce qui ne correspond pas aux spécificités du cahier des charges des HUG. De plus, elle a modifié les dimensions du compteur de débit de sorte que celui qu'elle a proposé peut enregistrer des débits d'eau largement inférieurs à celui qui était mentionné dans la soumission. La recourante a également modifié unilatéralement le nombre de caissons de raccordement spéciaux. L'échangeur de chaleur de production d'eau chaude proposé ne répond pas aux caractéristiques techniques demandées (22,01 kPa en lieu et place de 20 kPa maximum demandé). Enfin, les dimensions du régulateur de débit d'air proposé ont pour conséquence que l'appareil ne tient pas dans les faux plafonds.

Par ailleurs, la recourante n'a pas chiffré certains postes, en particulier la manutention des faux plafonds ainsi que certains travaux de raccordement électrique.

En présentant un projet non-conforme au cahier des charges, la recourante a pris le risque - qui s'est réalisé - d'encourir l'exclusion de son offre en application de l'art. 42 al. 3 RMP (ATA/514/2010 du 3 août 2010 et les références citées). Les explications qu'elle a avancées en cours de procédure pour justifier les modifications qu'elle a apportées à la soumission procèdent de sa propre appréciation et sont au demeurant contestées par l'ingénieur-conseil qui a procédé à une étude minutieuse de la soumission en question. Or, la recourante n'a nullement discuté les observations de l'ingénieur.

A cela s'ajoute que la recourante n'a pas utilisé la faculté qui lui était donnée de poser des questions au pouvoir adjudicateur. Lors de son audition devant la chambre de céans, elle a d'ailleurs affirmé qu'elle avait effectué les corrections sur la soumission sans en référer au département. En conséquence, c'est à juste titre que son offre a été écartée par l'autorité intimée.

12. Mal fondé, le recours sera rejeté.

Un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe. Vu la qualité de l'autorité intimée, il ne sera pas alloué d'indemnité (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 29 avril 2011 par Cofely S.A. contre la décision du 19 avril 2011 du département des constructions et des technologies de l'information ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Cofely S.A. un émolument de CHF 1'500.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité ;

dit que, conformément aux art. 82 et ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

- par la voie du recours en matière de droit public :

si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics ;

s'il soulève une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 et ss LTF ;

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. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Cofely S.A. ainsi qu'au département des constructions et des technologies de l'information.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy, Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

C. Derpich

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :