

# GE\_GERICHTE A/3871/2019 vom 26. November 2019

GE Cour de justice, 2019-11-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_3871\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_3871_2019)

FR: GE\_GERICHTE A/3871/2019 du 26 novembre 2019

IT: GE\_GERICHTE A/3871/2019 del 26 novembre 2019

## Regeste

MARCHÉS PUBLICS;ADJUDICATION(MARCHÉS PUBLICS);EXCLUSION(EN GENERAL);DROIT D'ÊTRE ENTENDU;MOTIVATION | Violation du droit d'être entendu du soumissionnaire, le pouvoir adjudicataire ne lui ayant pas indiqué que son offre était exclue parce qu'elle était considérée anormalement basse. Le pouvoir adjudicateur a omis de demander au soumissionnaire de justifier ses prix avant de prononcer la décision d'exclusion. Les explications fournies par la recourante en cours de procédure étant convaincantes, c'est à tort que son offre a été écartée comme étant anormalement basse. L'offre de la recourante doit faire l'objet d'un nouvel examen en vue de l'adjudication du marché. | RMP.40.al2; RMP.41; RMP.42; RMP.43

## Erwägungen

### E. 17

décembre 2007 (RMP - L 6 05.01). Il était proposé d'adjuger le marché à Metaloid. En annexe, les offres des trois soumissionnaires autres qu'Unlimited faisait notamment l'objet d'un « tableau justificatif des notes » avec des commentaires, ainsi que d'une « notation des offres après vérification ». 10) Par décision du 5 juillet 2019, l'OCBA a informé Unlimited qu'après vérification de son dossier par rapport aux conditions de participation, le DI avait écarté son offre, laquelle était anormalement basse et dont les justificatifs étaient insuffisants, et avait adjugé le marché en cause à Metaloid, pour le montant total de CHF 456'468.71 TTC avec le contrat de maintenance. Était annexé un tableau multicritères, dans lequel l'offre d'Unlimited n'était pas notée. 11) Interpellé par Unlimited le 8 juillet 2019, l'OCBA, par courrier du 9 juillet 2019, a indiqué que ce qui faisait apparaître les justificatifs comme insuffisants était principalement le manque d'indications permettant de justifier le prix de revient de la fourniture, y compris de son transport, de même que le nombre d'heures nécessaires à la pose des fenêtres. Dès lors que son offre avait été écartée, elle n'apparaissait pas dans le tableau multicritères. 12) Par acte déposé le 11 juillet 2019 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) et enregistré sous le n° de cause A/2630/2019, Unlimited a formé recours contre cette décision, concluant préalablement à des mesures superprovisionnelles et provisionnelles, ainsi qu'à l'octroi de l'effet suspensif au recours, au fond, principalement à l'annulation de ladite décision et, cela fait, au renvoi de la cause à l'office afin qu'il rende une nouvelle décision d'adjudication. Elle avait répondu de manière complète et limpide aux questions de l'OCBA. Ce dernier n'avait jamais sollicité des justificatifs, notamment à la suite de sa réponse du 17 juin 2019 selon laquelle elle avait prévu 204 heures (treize journées avec une équipe de deux poseurs) pour la pose prévue dans le prix offert à l'art. 121. L'office avait donc constaté les faits de manière inexacte. Elle pouvait de bonne foi considérer, depuis le 8 avril 2019, que son dossier de soumission était complet et recevable.

En outre, il n'était aucunement prouvé que les informations complémentaires demandées à Unlimited l'avaient été également aux autres soumissionnaires. Plusieurs règles des marchés publics, en particulier les art. 16 al. 2 et 27 let. e RMP, étaient violées. 13) Le 17 juillet 2019, Metaloid a conclu au refus de la restitution de l'effet suspensif et au rejet du recours. Le nombre d'heures de travail prévu par la recourante ne correspondait pas du tout à la réalité et donnait à penser qu'il avait été sous-évalué. Pour sa part, Metaloid estimait le nombre d'heures nécessaires à plus de 800. 14) Le 18 juillet 2019, l'OCBA s'est déterminé tant sur la question de la restitution de l'effet suspensif que sur le fond du recours. Au fond, l'offre d'Unlimited était anormalement basse. Elle était inférieure de plus de 51 % à l'offre de Metaloid, avec le deuxième prix, et de 28 % à l'estimation de l'OCBA, de CHF 311'044.-. Le prix de la fourniture et de la pose d'Unlimited était bas en comparaison avec les autres soumissionnaires, sans que ces écarts soient justifiés. Le nombre d'heures de pose était également nettement inférieur à celui indiqué par les autres candidats. Le prix du transport (effectué depuis le Portugal) était inclus dans le prix de l'offre car il était mutualisé pour les livraisons à destination de la Suisse ; l'offre était donc encore plus basse pour ce motif et présentait un risque élevé de sous-enchère. Unlimited devait s'attendre à la suite de l'ouverture des offres, à ce que des vérifications approfondies soient effectuées. Les informations obtenues n'étaient pas suffisamment convaincantes pour justifier une offre anormalement basse, qu'il s'agisse du nombre d'heures nécessaire à la pose des fenêtres ou au coût du transport, effectué depuis le Portugal. 15) Dans sa réplique du 29 juillet 2019, Unlimited a maintenu ses conclusions initiales tant sur effet suspensif qu'au fond. L'OCBA n'avait jamais sollicité plus de détails à réception des réponses données par la recourante, alors même que cette dernière avait indiqué être à disposition si nécessaire. Son offre ne pouvait être écartée avant que l'OCBA ne lui ait demandé des explications complémentaires que cet office jugeait nécessaires. 16) Par arrêt du 13 août 2019 ( ATA/1229/2019 ), la chambre administrative a admis le recours d'Unlimited, annulé la décision d'exclusion et d'adjudication du DI du 5 juillet 2019, renvoyé le dossier à celui-ci au sens des considérants, dit qu'il n'était pas perçu d'émolument et alloué une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à Unlimited, à la charge de l'État de Genève. L'offre de la recourante, du fait de son prix, avait été considérée à juste titre par l'autorité adjudicatrice comme étant anormalement basse. Il appartenait dès lors à cette autorité de mettre en oeuvre le processus de vérification et de droit d'être entendu d'Unlimited. Cette dernière aurait dû être formellement informée des doutes de l'OCBA, et invitée à justifier ses prix, son aptitude à respecter l'appel d'offres, et cela aussi du point de vue des exigences sociales mentionnées dans ce dernier. Les questions posées à Unlimited, que cela soit par courrier électronique ou par téléphone, n'avaient pas répondu à ces exigences. Dans le cadre des courriers électroniques, la recourante avait été invitée à répondre à des questions précises, dont rien n'indiquait que les réponses devaient être justifiées et comporter plus d'informations que les éléments objectifs demandés. S'agissant des frais de transport, la situation était semblable. La formulation des questions posées avait invité la société à transmettre des informations, et non des justifications. Cela était d'autant plus vrai qu'elle n'avait jamais été informée formellement du fait que son offre était nettement inférieure à celle de ses concurrents. La possibilité d'accéder au prix proposé par les autres candidats était limitée, dès lors que l'ouverture des offres n'était pas publique et que, si le procès-verbal d'ouverture pouvait être demandé par écrit (art. 4.5 du dossier d'appel d'offres), aucune demande de ce type ne figurait dans le dossier. Il en découlait que, lors de la prise de la décision d'écarter l'offre d'Unlimited, cette dernière n'avait pas pu exercer son droit d'être entendue dans le respect des exigences

jurisprudentielles. En conséquence, la décision litigieuse, tant en ce qu'elle excluait l'offre de la recourante qu'en ce qu'elle attribuait le marché à Metaloid, était annulée. Le dossier était retourné à l'autorité intimée afin que cette dernière donne à Unlimited la possibilité de justifier son offre pour l'ensemble des éléments apparaissant problématiques à l'autorité. Une fois cette possibilité d'être entendu donnée, il appartenait à l'OCBA de statuer à nouveau, dans le respect des principes rappelés plus haut. Il pourrait alors soit à nouveau exclure - par une décision formelle et motivée - l'offre de la recourante, soit l'évaluer, puis prononcer une nouvelle décision d'adjudication. 17) Par lettre du 28 août 2019, faisant suite audit arrêt, l'OCBA (direction des rénovations et transformations) a invité Unlimited à lui transmettre un argumentaire, accompagné de justificatifs, justifiant son offre du 4 avril 2019 plus de deux fois inférieure à celle de ses concurrents, notamment « le prix très bas des fenêtres, particulièrement des cadres », « le surcoût du transport pour du matériel fabriqué au Portugal », « le faible nombre de poseurs [mis] à disposition pour ce chantier » et « la méthodologie [lui permettant] de garantir un temps de pose nettement inférieur à [ses] concurrents ». À défaut, son offre serait écartée comme anormalement basse selon l'art. 42 al. 1 let. e RMP. 18) Par courrier du 13 septembre 2019 (comportant six pages), Unlimited a tout d'abord détaillé la « structure de l'offre pour la position 121 du cahier des charges [après rabais/HT] de CHF 191'160.- » - marge de 26 %, soit CHF 49'702.-, et coûts de 74 %, soit CHF 141'458.- -, la « structure des coûts de fourniture et de pose de CHF 141'458.- » - fourniture représentant 60,4 %, soit CHF 85'441.-, pose 39,6 %, soit CHF 56'018.- -, la « structure des coûts de fourniture de CHF 85'441.- » - CHF 43'498.- (50,9 %) pour la fourniture des vitrages, CHF 11'972.- (14 %) pour la fourniture de cadres et CHF 29'971.- (35,1 %) pour la fourniture de systèmes d'entraînement électrique - et la « structure des coûts de pose /autres de CHF 56'18.- ». Elle a ensuite répondu aux quatre questions de l'autorité adjudicatrice, avec productions de pièces. Concernant « le prix très bas des fenêtres, particulièrement des cadres », elle collaborait avec l'entreprise Flachglas Wikon AG, sise à Wikon (LU), qui était sa représentante principale pour le type de vitrage concerné et qui proposait les mêmes prix à tous ses partenaires, le montant du devis de celle-ci du 3 avril 2019 pour l'offre en cause se montant au total à CHF 45'233.45 HT, CHF 48'716.45 TTC. Unlimited produisait son propre matériel et ses propres marchandises - Parnoramah38, la marque Panoramah ! étant sa propriété intellectuelle -, donc sans intermédiaires ni sous-traitants, par le biais de la société Jofebar SA sise au Portugal, laquelle faisait partie de son groupe de sociétés et qui était actionnaire d'Unlimited à hauteur de 80 %. Partant, le coût de production était inférieur à celui appliqué par les entreprises dont la production était basée en Suisse, notamment Vitrocsa. Le devis de Josefar SA du 26 mars 2019 chiffrait la fourniture des fenêtres (sans le vitrage) à EUR 36'460.- HT au total. Ses services avaient au surplus entièrement satisfait une personne travaillant en qualité d'entreprise générale selon attestation du 25 juillet 2019. S'agissant de la question du « surcoût du transport pour du matériel fabriqué au Portugal », le coût du transport pour le matériel fabriqué au Portugal se montait à CHF 3'000.-, contre valeur de EUR 2'575.- selon facture de Josefar SA du 26 juin 2019 pour le transport de matériel concernant différents autres chantiers en Suisse. Pour ce qui était des questions portant sur « le faible nombre de poseurs [mis] à disposition pour ce chantier » et « la méthodologie [lui permettant] de garantir un temps de pose nettement inférieur à [ses] concurrents », Unlimited était une entreprise spécialisée en matière de production et d'installation de fenêtres guillotine minimalistes, et la pose de celles-ci constituait le 100 % de l'activité de ses collaborateurs, qui étaient donc bien plus efficaces que les ouvriers au service d'entreprises généralistes de

fabrication et pose de fenêtres non différenciées. Elle bénéficiait d'une large expérience en Suisse et à l'étranger à l'entière satisfaction de tous ses clients et partenaires, comme le montraient l'attestation du 25 juillet 2019 précitée et une attestation de l'entreprise générale de pose de fenêtres Swissnologie du 26 juillet 2019. De surcroît, le marché en cause ne représentait pas un défi pour Unlimited, vu la petite taille et le petit nombre de fenêtres. La petite taille des éléments (1,3 m x 3,1 m avec un poids approximatif de 55 kg par cadre) permettait d'effectuer le pré-assemblage en atelier et la livraison des éléments déjà assemblés, y compris pour la motorisation, au chantier, prêts à l'emploi, soit un gain de temps et une économie d'effectifs sur place considérables. Selon son expérience, la pose d'une fenêtre guillotine minimaliste complète s'effectuait en moyenne en une journée, contre quatre jours selon Metaloid. La livraison des cadres serait effectuée par grue de chantier ou camion grue/araignée à travers l'un des vides de maçonnerie du côté de la Promenade de la Treille, comme prévu par le DI ; ainsi, les deux poseurs auraient uniquement besoin de recevoir le matériel et de le déplacer jusqu'à chaque vide de maçonnerie ; les éléments plus lourds (vitrages pesant 95 kg par élément notamment) pourraient être livrés et posés en une seule journée avec une équipe de quatre poseurs sur place. En outre, la petite taille du chantier permettait d'avoir une seule équipe sur place responsable pour la pose des éléments du début jusqu'à la fin. Le manque d'expérience des autres soumissionnaires pour ce type de système les contraignait à considérer des heures inutiles de travail en atelier et sur place. Enfin, était produit le planning des travaux de pose, prévoyant 11 jours à raison de 8 heures par jour pour deux poseurs pour les cadres (y compris branchement des moteurs et bandes d'étanchéité), 0,5 jour (4 heures) à deux poseurs pour la préparation des cadres en vue de la livraison des vitrages et 0,5 jour (4 heures) à quatre poseurs pour la livraison et pose des vitrages. 19) Par décision du 8 octobre 2019, le DI, par l'OCBA, sur la base du RMP et après vérification, a maintenu sa décision d'écarter l'offre d'Unlimited, dont les arguments étaient insuffisants pour justifier une offre reconnue anormalement basse selon l'art. 42 al. 1 let. e RMP, en ce sens qu'ils ne permettaient pas de conclure à sa capacité à exécuter à satisfaction les travaux mis en soumission. Le département avait adjugé le marché en cause à Metaloid pour le montant total de CHF 456'468.71 TTC. 20) Par acte déposé le 18 octobre 2019 au greffe de la chambre administrative, Unlimited a formé recours contre cette décision, concluant sur mesures superprovisionnelles et provisionnelles à l'interdiction de conclure avec tout tiers, notamment Metaloid, à l'octroi de l'effet suspensif et, au fond et principalement, à l'annulation de la décision attaquée et, cela fait, au renvoi de la cause à l'OCBA afin qu'il rende une nouvelle décision au sujet de son offre, dans le sens des considérants de son recours, « avec suite de frais et dépens ». La décision querellée n'était pas motivée, de sorte qu'elle devait être annulée. Par son courrier du 13 septembre 2019 et ses annexes, la recourante avait justifié son offre, laquelle ne pouvait ainsi pas être écartée sur la base de l'art. 42 al. 1 let. e RMP, ni, de surcroît, sur la base de l'art. 42 al. 2 RMP. 21) Par lettre du 18 octobre 2019, le juge délégué de la chambre administrative a interdit à l'OCBA de conclure le contrat d'exécution de l'offre jusqu'à droit jugé sur la requête de restitution de l'effet suspensif. 22) Le 28 octobre 2019, Metaloid a conclu au refus de la restitution de l'effet suspensif et au rejet du recours. Elle ne souhaitait pas entrer dans la polémique que la recourante souhaitait instaurer en invoquant le fait qu'elle ne saurait être qualifiée de concurrente faute d'être spécialisée dans le type de fenêtres à poser dans le cas présent, mais elle rappelait qu'elle avait réalisé des travaux se montant à plusieurs millions de francs concernant précisément ce genre d'installations ces dernières années. La décomposition des

prix par Unlimited paraissait insolite. Vu les spécificités des produits à mettre en oeuvre, les contraintes du chantier, les exigences de sécurité, etc., le nombre d'heures prévu par la recourante ne correspondait pas du tout à la réalité et donnait donc à penser que soit il avait été sous-évalué au risque de susciter des demandes complémentaires, soit il serait compensé par des heures « au rabais », avec un risque de dumping évident. 23) Le 31 octobre 2019, le DI a pris les mêmes conclusions. Après analyse des éléments présentés le 13 septembre 2019 par Unlimited, l'OCBA avait établi un nouveau rapport d'adjudication, validé le 8 octobre 2019. À teneur de ce rapport, le montant prévu initialement au devis général était de CHF 311'044.- pour des fenêtres en acier ouvrant à la française. Toutefois, à la suite des discussions avec l'office du patrimoine et des sites (ci-après : OPS) sur la validation des plans d'exécution, la typologie des fenêtres avait été modifiée par rapport à celle proposée au moment de la demande d'autorisation de construire et à l'établissement du devis général. De fait, le montant de référence pour la valeur moyenne du marché devenait la moyenne des offres reçues, soit CHF 433'287.36 TTC. S'agissant de l'analyse de la crédibilité des prix, l'offre d'Unlimited était de 51 % inférieure à la seconde offre et de 49 % à la moyenne des offres reçues. Elle était anormalement basse. Les arguments explicatifs avancés par Unlimited étaient insuffisants, en ce sens qu'ils ne permettaient pas de conclure à sa capacité à exécuter à satisfaction les travaux mis en soumission. Les éléments conduisant le département à considérer les justificatifs fournis par la recourante comme insuffisants étaient les suivants : a. S'agissant du prix bas des cadres, le descriptif du produit fourni par Unlimited était conforme au cahier des charges et relativement complexe, car il ne s'agissait pas de fenêtres classiques. La Fenêtre Panoramah était en aluminium, « issue d'une technologie de pointe », les panneaux coulissant sur un « système breveté », composé par un rail avec roulements doubles. Or le prix des fenêtres, sans vitrage ni système d'entraînement électrique, était de CHF 11'972.- pour les douze pièces, soit moins de CHF 1'000.- la pièce, ce qui n'était pas crédible pour une telle technologie. De plus, la recourante n'avait pas produit un catalogue de prix démontrant que ses fenêtres étaient usuellement fournies à ce prix. b. Concernant la durée de la pose, le tableau comparatif et d'analyse des offres établi par le département avait retenu pour Unlimited 312 heures - contre plus de 700 heures pour ses concurrents, 816 heures pour Metaloid -, comportant non seulement les heures de pose sur le chantier mais également les tâches administratives et la préparation du matériel en atelier. De fait, la pose des fenêtres sur le chantier ne représentait que 200 heures, soit 11,5 jours à deux poseurs et 0,5 jour à quatre poseurs selon le planning des travaux de pose produit par la recourante. Le fait que la motorisation soit déjà intégrée aux fenêtres avant le montage réduisait le temps de pose, mais ne justifiait pas l'importante différence d'heures par rapport aux autres soumissionnaires. Unlimited avait minimisé l'ampleur de ce marché et n'avait pas suffisamment pris en compte les spécificités de ce chantier, en particulier le fait que le bâtiment dans lequel les fenêtres devaient être posées était classé, à grande valeur patrimoniale, et situé au milieu de la Vieille-Ville, donc aux moyens d'accès limités. La recourante n'avait ainsi pas démontré sa capacité à exécuter à satisfaction les travaux pour lesquels elle avait soumissionné. c. Les références présentées avec l'offre et les témoignages écrits de clients produits plus récemment (pose d'un guichet dans la gare Cornavin et la Vaudoise Arena à Malley [VD]) portaient sur des fenêtres installées à l'intérieur, sur un support neuf, et n'étaient donc pas de même nature que les prestations attendues pour le présent appel d'offres, de sorte qu'elles ne pouvaient pas être prises en considération. Le DI n'avait donc pas excédé les limites de son pouvoir d'appréciation, ce d'autant moins que la spécificité de ce chantier lui imposait une diligence

accrue. 24) Le 12 novembre 2019, Unlimited a répliqué et produit de nouvelles pièces. S'il était vrai que son offre (CHF 211'586.40) était inférieure de près de 32 % à l'estimation effectuée par l'OCBA (CHF 311'044.-) - devis général -, celle de Metaloid (CHF 460'000.-) était supérieure à cette estimation de près de 48 %. Le prix favorable de ses cadres à l'unité se justifiait en raison du poids du produit et de la matière utilisée. En effet, un cadre pesait approximativement 55 kg, ce qui, vu le prix de l'aluminium extrudé d'environ CHF 4.- par kg actuellement, revenait à un coût d'environ CHF 220.- par élément en termes de matière première. Le reste du prix par unité couvrait la transformation, les accessoires et les autres matériaux composant le système (joints, polyamides, etc.). Un catalogue de prix n'avait pas été requis par l'intimé dans sa lettre du 28 août 2019 ; au demeurant, Unlimited ne disposait pas de listes de prix fixes car ses produits étaient élaborés sur mesure et que ses offres étaient établies spécifiquement pour chaque projet. À titre indicatif, la recourante a produit une offre qu'elle avait présentée pour un projet à Zürich. Concernant la durée de la pose, les 816 heures estimées par Metaloid et servant de base à la comparaison à l'intimé ne correspondaient pas du tout à la réalité, ce temps de pose exorbitant ne pouvant s'expliquer que par l'inexpérience de cette société en matière de système de fenêtre guillotine minimaliste, aucune des références produites par celle-ci avec sa réponse du 28 octobre 2019 ne portant sur un tel système. Par ailleurs, un autre élément essentiel permettant d'expliquer la différence dans l'estimation du temps de pose consistait dans le fait que, contrairement à la recourante, Metaloid utiliserait des contrepoids pour l'installation (annexe R14 à l'offre de cette dernière), système d'une complexité inutilement élevée. Enfin, Metaloid devait tenir compte d'un temps d'assemblage des cadres et des moteurs sur place. Pour ce qui était des références, le système utilisé et le type de fenêtres posées dans les cadres des projets de la gare Cornavin et de la Vaudoise Arena à Malley étaient exactement les mêmes que ceux ayant été exposés dans les plans de soumission pour le présent appel d'offres. Au surplus, sa référence au chantier London Giant était très semblable au présent marché public, avec l'exécution de fenêtres guillotine, par un système équivalent, sur une construction existante portant sur des installations extérieures, comme pour la construction d'un restaurant à Zurich et d'une villa à Vaduz. 25) Le 15 novembre 2019, l'OCBA a dupliqué. La comparaison pertinente des offres était celle effectuée non avec le devis général, mais avec la moyenne des offres. En vertu du principe d'intangibilité des offres, les arguments et pièces nouveaux présentés par Unlimited dans sa réplique, notamment le prix de l'aluminium, la comparaison avec une offre présentée dans un autre projet pour une prestation similaire ou la différence de sa méthodologie de pose par rapport à Metaloid, n'étaient pas pertinents, n'ayant pas été intégrés dans son argumentaire du 13 septembre 2019. Conformément à l'art. 42 al. 3 RMP, les références de la recourante ne pouvaient pas être examinées. N'avaient pas été remises en cause les compétences d'Unlimited, mais sa capacité à réaliser le marché en cause pour le prix offert dans son offre du 4 avril 2019. 26) Le 21 novembre 2019, Unlimited et Metaloid ont persisté dans leurs conclusions respectives. 27) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif et au fond. EN DROIT 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue (art. 15 al. 1, al. 1bis let. d et e et al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 3 al. 1 de la loi du 12 juin 1997 autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'AIMP - L-AIMP - L 6 05.0 ; art. 55 let. c et e et 56 al. 1 RMP ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05). Sous l'angle de l'art. 65 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) et compte tenu du caractère peu formaliste de cette disposition légale

(ATA1229/2019 précité consid. 1b et les arrêts cités), les conclusions du recours au fond sont certes en tant que telles imprécises puisqu'elles tendent au renvoi de la cause à l'OCBA afin qu'il rende une nouvelle décision au sujet de son offre, dans le sens des considérants de son recours. Néanmoins, elles ne sont pas équivoques et permettent de saisir sans ambiguïté la volonté de la recourante, soit l'annulation de la décision d'écarter son offre puis de voir cette dernière être évaluée avant le prononcé de l'adjudication, comme le montre son argumentation contestant que son offre serait anormalement basse. Ceci implique une conclusion également en annulation de la décision d'adjudication. Le recours est ainsi recevable. 2) L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP). Il vise à harmoniser les règles de passation des marchés et 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 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). 3) a. En présence d'une offre qui serait anormalement basse, l'autorité adjudicatrice a l'obligation, selon l'art. 41 RMP, de demander au soumissionnaire concerné de justifier ses prix en fournissant des renseignements complémentaires (arrêt du Tribunal fédéral 2D\_44/2009 du 30 novembre 2009 consid. 4 ; ATA/633/2008 du 16 décembre 2008), et cela dans la forme prévue à l'art. 40 al. 2 RMP, soit en principe par écrit, et s'ils sont recueillis au cours d'une audition, en établissant un procès-verbal signé par les personnes présentes. C'est seulement si le soumissionnaire n'a pas justifié les prix d'une telle offre, conformément à l'art. 41 RMP, que son offre doit être écartée d'office (art. 42 al. 1 let. e RMP) et qu'elle ne participe pas à la phase d'évaluation des offres (art. 42 al. 3 1<sup>ère</sup> phr. RMP). b. Une offre particulièrement favorable, le cas échéant même si elle est inférieure au prix de revient - pour autant que ceci ne soit pas obtenu par des moyens illégaux (Peter GALLI/André MOSER/Élisabeth LANG/Marc STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht*, 2013, p. 525 n. 1126) -, n'est pas impérativement à exclure si les renseignements fournis par le soumissionnaire permettent de conclure qu'il est capable d'exécuter à satisfaction les travaux mis en soumission et qu'il remplit les critères d'aptitude et les conditions légales réglementant l'accès à la procédure (ATF 141 II 353 consid. 8.3.2 ; 130 I 241 consid. 7.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2D\_44/2009 précité consid. 3.2.1 ; 2P.70/2006 et 2P.71/2006 du 23 février 2007 consid. 4.3 ; ATA/1229/2019 précité consid. 4; Étienne POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2014, p. 195 n. 313 ; Peter GALLI/André MOSER/Élisabeth LANG/Marc STEINER, *op. cit.*, p. 517). Si le prix proposé apparaît trop bas, en particulier parce qu'il s'écarte de plus de 30 % de la moyenne des offres rentrées ou du prix « juste » déterminé à l'avance par le pouvoir adjudicateur, le soumissionnaire doit être formellement interpellé pour s'expliquer et justifier le prix avantageux qu'il offre (Bertrand REICH, *Le prix*, in *Aktuelles Vergaberecht 2016 / Marchés publics 2016*, p. 429 ss, spéc. 440 n. 61). Dans l'hypothèse où les renseignements obtenus de sa part ne sont pas convaincants et laissent apparaître un risque d'insolvabilité, son offre pourra être écartée (ATF 130 I 241 consid. 7.3 ; ATA/1229/2019 précité consid. 4 ; Bertrand REICH, *op. cit.*, 440 n. 61). Elle pourra l'être notamment si elle constitue une tentative de dumping illicite ou que l'entreprise en cause n'est pas capable de réaliser les travaux pour le prix offert (ATA/633/2008 précité consid.

4), si le prix excessivement bas constitue un indice de l'inexpérience du soumissionnaire ou du fait qu'il ne respecte pas les conditions sociales de travail (Étienne POLTIER, op. cit., p. 195 n. 313). L'élément essentiel pour fonder la décision est la capacité du soumissionnaire à exécuter l'offre dans le respect de l'appel d'offres et des exigences légales, et non pas la couverture de ses frais (arrêt ADM 119/2012 de la Cour administrative du canton du Jura du

## E. 21

novembre 2013, cité par DC/BR 2014 p. 204). c. En matière de marchés publics, le droit matériel laisse en principe une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur, en particulier dans la phase de l'appréciation et de la comparaison des offres, l'autorité judiciaire ne pouvant intervenir qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur (ATF 141 II 353 consid. 3 ; ATA/970/2019 du 4 juin 2019 consid. 5b). 4) a. Le droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), comprend notamment le droit d'obtenir une décision motivée. L'autorité n'est toutefois pas tenue de prendre position sur tous les moyens des parties ; elle peut se limiter aux questions décisives, mais doit se prononcer sur celles-ci (ATF 138 I 232 consid. 5.1 ; 137 II 266 consid. 3.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_597/2013 du 28 octobre 2013 consid. 5.2 ; 2C\_713/2013 du 22 août 2013 consid. 2 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2018, p. 531 n. 1573). Il suffit, du point de vue de la motivation de la décision, que les parties puissent se rendre compte de sa portée à leur égard et, le cas échéant, recourir contre elle en connaissance de cause (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; 138 I 232 consid. 5.1 ; 136 I 184 consid. 2.2.1). La réparation d'un vice de procédure en instance de recours et, notamment, du droit d'être entendu, n'est possible que lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure (ATF 138 I 97 consid. 4.16.1 ; 137 I 195 consid. 2.3.2 ; 133 I 201 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_533/2012 du 12 septembre 2013 consid. 2.1 ; ATA/1039/2019 du 18 juin 2019 consid. 4 ; ATA/747/2016 du 6 septembre 2016 consid. 4e et la doctrine citée). Elle dépend toutefois de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception (ATF 126 I 68 consid. 2 et la jurisprudence citée) ; elle peut cependant se justifier en présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 ; 136 V 117 consid. 4.2.2.2 ; 133 I 201 consid. 2.2 ; ATA/1039/2019 précité consid. 4 ; ATA/666/2015 du 23 juin 2015 consid. 2b et les arrêts cités). En outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ATA/1039/2019 précité consid. 4 ; ATA/453/2017 du 25 avril 2017 consid. 5c ; ATA/747/2016 précité consid. 4e et les références citées). b. En matière de marchés publics, l'obligation de motiver tirée du droit d'être entendu se manifeste par le devoir qu'a l'autorité d'indiquer au soumissionnaire évincé les raisons du rejet de son offre. Ce principe est concrétisé par les art. 13 let. h AIMP et 45 al. 1 RMP, qui prévoient que les décisions d'adjudication sont sommairement motivées (ATA/994/2019 du 5 juin 2019 consid. 4a ; ATA/492/2018 du 22 mai 2018 consid. 6b). Lorsqu'une offre est écartée sans être évaluée, notamment dans l'hypothèse de l'art. 42 al. 1 let. e RMP, l'autorité adjudicatrice rend une décision d'exclusion motivée, notifiée par courrier à l'intéressé, avec mention des voies de recours (art. 42 al. 3 RMP). 5) En l'espèce, concernant le devoir de motivation, l'intimé ne s'est, dans sa décision du 8 octobre 2019 querellée, pas déterminé sur les explications circonstanciées et pièces présentées le 13 septembre 2019 par la recourante,

mais s'est contenté d'indiquer qu'elles étaient insuffisantes, l'assertion selon laquelle elles ne permettraient pas de conclure à sa capacité à exécuter à satisfaction les travaux mis en soumission ne constituant pas une motivation, même sommaire, mais une conclusion. À réception de cette décision, il était impossible à la recourante de connaître les motifs conduisant à la conclusion que son offre était anormalement basse. Ce n'est que dans la réponse au recours que le DI a exposé les motifs d'exclusion de l'offre considérée comme anormalement basse, ce qui rend d'ailleurs légitime, contrairement à ce que soutient l'intimé, le fait que la recourante ait présenté dans le cadre de sa réplique de nouveaux éléments et pièces répondant à ces motifs. Vu l'exercice par la recourante de son droit d'être entendue à ce sujet, de manière circonstanciée, même une motivation sommaire telle qu'admise pour des décisions d'adjudication ( ATA/994/2019 précité consid. 4a) aurait été insuffisante. Au demeurant, par l' ATA/1229/2019 , le département a été rendu attentif à la nécessité qu'une nouvelle décision d'exclusion de l'offre devrait être motivée. La question d'une éventuelle réparation de ce vice de procédure par la réponse au fond de l'intimé se pose. Un renvoi de la cause à celui-ci pour la seule violation de l'obligation de motivation serait cependant contraire au principe d'économie de la procédure, au vu des considérants qui suivent. 6) a. Pour ce qui est du fond, à savoir de la question de savoir si l'offre de la recourante est ou non anormalement basse, l' ATA/1229/2019 précité a retenu qu'elle paraissait l'être, ce au sens de l'art. 41 RMP, donc avant la tentative de justification des prix par la recourante. Ladite offre ne peut être écartée qu'en l'absence d'une telle justification, conformément à l'art. 42 al. 1 let. e RMP, ce qu'il y a lieu d'examiner ci-après. b. Tout d'abord, même en l'absence de grief de la recourante sur ce point, il est hautement problématique, sous l'angle des principes de la transparence (art. 1 al. 3 let. c AIMP), de l'égalité de traitement et de la non-discrimination (art. 1 al. 3 let. b et 11 let. a AIMP ainsi que 16 RMP), ainsi que de la bonne foi (art. 9 et 5 al. 3 Cst.), que l'intimé ait après l' ATA/1229/2019 précité, sans explications et au détriment de la seule recourante, renoncé à l'estimation du marché (devis général) qu'il avait effectuée à hauteur de CHF 311'044.- (rapport d'adjudication validé le 4 juillet 2019) au motif que la typologie des fenêtres avait été modifiée à la suite des discussions avec l'OPS sur la validation des plans d'exécution (rapport d'adjudication validé le 8 octobre 2019). Or, dans la mesure où la typologie des fenêtres a été décrite de manière précise dans le document d'offre, la position de l'OPS était connue du département avant la publication de l'appel d'offres. En outre, la chambre de céans ne voit pas en quoi les souhaits de l'OPS, probablement afférents aux seules questions de patrimoine et d'insertion harmonieuse des fenêtres dans le bâtiment, auraient pu renchérir le marché au point de porter l'estimation à la moyenne des offres reçues, à un peu plus de CHF 430'000.-. Rien ne permet donc de s'écarter de l'estimation initiale de CHF 311'044.-. Le prix de l'offre de la recourante lui serait inférieur de 32 % s'agissant du montant de l'offre à l'ouverture (CHF 211'586.40), pourcentage qui doit cependant être ramené à 28 % vu le montant de l'offre contrôlée (CHF 224'551.44), soit moins de 30 % par rapport au prix « juste » déterminé à l'avance par le pouvoir adjudicateur, ce qui constitue un argument en défaveur du caractère anormalement bas de l'offre en cause. c. Le premier argument du DI à l'appui de sa conclusion selon laquelle l'offre de la recourante est anormalement basse consiste dans le prix des cadres considéré comme bas, s'agissant d'une « technologie de pointe », relativement complexe. À teneur de la lettre de la recourante du 13 septembre 2019, les douze cadres coûtent au total CHF 11'972.-, soit quasiment CHF 1'000.- par pièce, ce à quoi s'ajoutent les systèmes de motorisation à concurrence de CHF 29'971.- au total. Les cadres, comprenant la motorisation, fabriqués au Portugal coûtent donc au total CHF

41'943.- HT, ce qui correspond au devis de Josefar SA du 26 mars 2019 pour EUR 36'460.- HT si on applique un taux de change de 1,15. Cela revient à CHF 3'495.25 la pièce. Dans l'appréciation du prix, les cadres ne sauraient être séparés des vitrages, en l'occurrence CHF 43'498.- HT (CHF 45'233.45 HT et CHF 48'716.45 TTC selon le devis du fournisseur suisse), ce qui, ajouté au prix total des cadres, donne CHF 85'441.- HT comme indiqué au début du courrier du 13 septembre 2019, soit CHF 92'020.- TTC, donc CHF 7'120.- HT, respectivement CHF 7'668.- TTC la fenêtre dont les dimensions sont de l'ordre de 1,3 m sur 3 m. Ce prix de CHF 7'668.- TTC la fenêtre d'une taille non négligeable (sans la pose) paraît relativement bas, au regard notamment de la complexité et haute technologie de ce produit. Ce prix est toutefois attesté par les devis de Flachglas Wikon AG et de Josefar SA, sans que des indices précis - qui auraient dû être énoncés par l'intimé - n'en remettent en cause l'authenticité et le sérieux. Il est précisé que le département a admis que les cadres des fenêtres proposées par la recourante étaient conformes au cahier des charges. Au surplus, le caractère apparemment relativement bas du prix des cadres avec motorisation proposés par la recourante est justifié, à tout le moins en grande partie, par certaines spécificités, à savoir la réalisation par celle-ci dans les ateliers d'une entreprise appartenant à son groupe et ce au Portugal, pays dans lequel, à l'instar de l'Espagne ( ATA/1389/2019 du 17 septembre 2019 consid. 8), la main d'oeuvre est notoirement moins chère qu'en Suisse. Enfin, dans sa duplique, l'intimé n'a pas contesté les explications fournies par la recourante dans sa réplique, se contentant de les considérer, à tort, comme tardives. En définitive, les griefs de l'intimé quant aux prix des cadres ne permettent pas de remettre en cause leur réalité. d. Le second argument du département remet en cause la crédibilité des 204 heures - plutôt 200 heures ([11,5 jours x 8 heures x 2 poseurs] + [4 heures x 4 poseurs]) - de pose selon l'offre de la recourante, durée qu'il considère comme largement insuffisante. L'intimé n'indique toutefois pas le nombre d'heures de pose qui serait réaliste pour exécuter le marché public en cause et il ne répond aucunement au grief de la recourante, prima facie non dénué de pertinence, selon lequel 816 heures de pose pour douze fenêtres selon l'offre de Metaloid, soit 68 heures (à deux poseurs) ou 4,25 jours de 8 heures (aussi à deux poseurs) par fenêtre, seraient un nombre beaucoup trop élevé. Or, une moyenne de presque une journée par cadre (11,5 jours / 12), y compris livraison, installation des précadres, préparation des cadres pour la livraison des vitrages, finitions, branchement des moteurs, étanchéité et nettoyage, avec deux poseurs, pour des fenêtre relativement hautes (3 m) mais peu larges (1,3 m), n'apparaît en l'état pas impossible, même dans des murs usés par les siècles. Certes, les fenêtres en cause présentent des spécificités susceptibles de compliquer leur pose. Toutefois, la recourante, sans sous-traitants, allègue, de manière crédible et sans être contredite, qu'elle serait entièrement, et non en partie comme ce serait le cas pour ses concurrents, dédiée à la fourniture et à la pose de fenêtres guillotine telles que celles ici en cause et qu'elle utiliserait des solutions permettant de réduire le temps de pose, à savoir en particulier, en plus de sa grande expérience, un pré-assemblage en atelier et la livraison des éléments déjà assemblés, y compris pour la motorisation, au chantier, prêts à l'emploi, ainsi que l'absence d'emploi de contrepoids. Par ailleurs, le département ne démontre pas, ni même ne précise, en quoi le fait que le bâtiment dans lequel les fenêtres devraient être posées est classé, à grande valeur patrimoniale, et situé au milieu de la Vieille-Ville, donc aux moyens d'accès limités, compliquerait et rallongerait de manière substantielle la pose des fenêtres. À cet égard, dans sa lettre du 13 septembre 2019, la recourante a expliqué que la livraison des cadres serait effectuée par grue de chantier ou camion grue/araignée à travers l'un des vides de maçonnerie du côté de la Promenade de la Treille, et son planning des travaux montre 4

heures avec quatre poseurs pour la livraison et pose des vitrages (à 95 kg la pièce) après la préparation durant les 4 heures précédentes des cadres pour y faire entrer les verres. Sur ce point également, il ne peut pas être retenu que la recourante n'aurait pas justifié les prix de son offre conformément à l'art. 42 al. 1 let. e RMP. e. Comme l'a indiqué l'intimé, les références présentées par la recourante, dans le cadre de la procédure contre son exclusion, ne peuvent pas faire l'objet d'une évaluation comme en vue d'une adjudication du marché à la meilleure offre (art. 43 RMP, par renvoi de l'art. 12 al. 2 RMP et, a contrario, de l'art. 42 al. 3 RMP). Néanmoins, les références produites par la recourante, notamment celle de London Giant, montrent qu'elle a acquis de l'expérience dans la fourniture et la pose de fenêtres telles que celles faisant l'objet du marché public en cause. f. Vu ce qui précède, les renseignements fournis par la recourante apparaissent convaincants et ne laissent pas apparaître en eux-mêmes des risques d'insolvabilité, de dumping ou de non-respect des conditions sociales de travail, ni une inexpérience ou une incapacité de réaliser les travaux pour le prix offert, mais justifient les prix de son offre au sens de l'art. 42 al. 1 let. e RMP, de sorte que c'est à tort que son offre a été écartée comme étant anormalement basse. Aucun des autres motifs d'exclusion prévus par l'art. 42 al. 1 et 2 RMP n'a été invoqué par le département, ni ne ressort du dossier, de sorte que l'offre de la recourante doit faire l'objet d'une évaluation en vue de l'adjudication du marché public à la meilleure offre conformément à l'art. 43 RMP. Cette issue ne préjuge en rien de l'évaluation qui sera effectuée de l'offre de la recourante comme de celles des autres soumissionnaires, ni n'exclut que d'éventuels problèmes afférents aux critères d'adjudication soient relevés et examinés par le DI. g. En conséquence, le recours sera admis, la décision querellée sera annulée tant en ce qu'elle adjuge le marché public à Metaloid qu'en ce qu'elle écarte l'offre de la recourante, et la cause sera renvoyée à l'intimé afin qu'il évalue cette offre dans le cadre de la procédure décrite à l'art. 43 RMP puis rende une nouvelle décision d'adjudication. Le présent arrêt rend sans objet la requête de restitution de l'effet suspensif formulée par la recourante. 7) Vu cette issue, une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à la recourante, à la charge de l'État de Genève. Aucun émolument ne sera mis à la charge de Metaloid bien qu'elle succombe, au vu des spécificités de la procédure (art. 87 al. 1 et al. 2 LPA). \* \* \* \* \*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.