

GE_GERICHTE A/4776/2008 vom 11. Februar 2009

GE Cour de justice, 2009-02-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_4776_2008

FR: GE_GERICHTE A/4776/2008 du 11 février 2009

IT: GE_GERICHTE A/4776/2008 del 11 febbraio 2009

Volltext

Genève Cour de justice (Cour de droit public) Chambre administrative 11.02.2009
A/4776/2008

A/4776/2008 ATA/70/2009 du 11.02.2009 (EPM) , ACCORDE Parties : BELIMED SAUTER AG / HOPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENEVE - HUG, MMM STERILISATOREN AG RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE A/4776/2008-EPM ATA/70/2009 DÉCISION DU VICE-PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF du 11 février 2009 sur effet suspensif dans la cause BELIMED SAUTER A.G. représentée par Me Nicolas Perret, avocat contre HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE représentés par Me Pierre Martin-Achard, avocat et MMM SERILISATOREN A.G. représentée par Me Fridolin Walther, avocat Vu le recours interjeté le 29 décembre 2008 par Belimed Sauter A.G. (ci-après: Belimed ou la recourante) contre une décision d'adjudication des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après: HUG ou le pouvoir adjudicateur) du 16 décembre 2008, attribuant à MMM Sterilisateur A.G. (ci-après: MMM ou l'adjudicataire) le marché relatif à l'acquisition de trois stérilisateurs à vapeur d'eau, pour un montant total de CHF 434'425,60, comprenant deux lots de respectivement CHF 252'843,90 (ci-après: lot 1) et CHF 181'413,70 (ci-après: lot 2), après remise à niveau ; vu les conclusions principales en annulation de la décision attaquée et l'adjudication du marché à Belimed ; attendu que la recourante reproche à l'adjudicateur d'avoir violé les critères d'adjudication énumérés dans l'appel d'offres, en attribuant le marché à un soumissionnaire dont le prix était supérieur au sien, même après une remise à niveau, la décision querellée n'étant par ailleurs pas motivée. En outre, l'égalité de traitement avait été violée, des entretiens ayant eu lieu entre les HUG et MMM, cette dernière ayant finalement modifié son offre, en retirant la fourniture d'un appareil, pour diminuer son prix d'environ CHF 28'000.- ; vu la requête en restitution de l'effet suspensif au recours (ci-après: la requête) ; vu la décision d'appel en cause de MMM du 6 janvier 2009 ; vu la détermination sur effet suspensif du 13 janvier 2009 des HUG, concluant au rejet de la requête ; attendu qu'ils relèvent l'importance de pouvoir disposer d'appareils de stérilisation performants pour garantir la stérilisation des instruments utilisés dans les blocs opératoires où 25'000 interventions sont pratiquées chaque année. Les appareils actuels, entrés en service entre 1990 et 1994, devaient être remplacés car ils arrivaient au terme de leur durée de fonctionnement. Il y avait donc un intérêt public manifeste à ce que l'effet suspensif ne soit pas restitué au recours, ce d'autant moins que ce dernier n'apparaissait pas suffisamment fondé ; qu'ils admettent que la décision querellée n'était pas motivée mais que ce vice avait été réparé par les explications fournies dans leurs écritures, à savoir que l'offre de MMM s'avérait plus avantageuse sous l'angle des coûts d'exploitation et de la facilité d'exploitation et d'utilisation ; vu la détermination sur effet suspensif du 13 janvier 2009 de MMM, qui s'oppose à la restitution de l'effet suspensif au recours et soutient que ses intérêts et ceux des HUG sont prépondérant sur ceux de Belimed. Elle avait lancé la production du

matériel et une interruption entraînerait des frais supplémentaires. Son offre était économiquement la plus avantageuse et le recours, dépourvu de chance de succès, était abusif. Dans l'hypothèse où l'effet suspensif serait néanmoins restitué, Belimed devait alors être astreinte à fournir des sûretés d'un montant de CHF 200'00.- ; vu les écritures complémentaires produites par la recourante le 27 janvier 2009, à la demande du juge délégué, sur la motivation de la décision querellée ; attendu qu'elle relève que les éléments transmis ne permettent pas de déterminer de quelle manière les coûts d'exploitation ont été calculés pour MMM, dont l'offre n'est pas produite, et que pour elle-même, ils ne correspondent pas aux propositions fournies aux HUG ; vu les pièces produites à ce jour par les parties, dont les éléments seront repris en tant que de besoin ci-après ; attendu qu'interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est prima facie recevable de ce point de vue (art. 15 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 AIMP - L 6 05 ; 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) ; que le recours n'a pas effet suspensif ex lege (art. 17 al. 1 AIMP). Toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, accorder l'effet suspensif, pour autant que celui-ci paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP), cette formulation s'inspirant de celle de l'article 66 alinéa 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) (ATA/858/2005 du 15 décembre 2005) ; que le législateur a refusé d'accorder l'effet suspensif automatique au recours afin de dissuader le soumissionnaire évincé d'utiliser le recours comme moyen de pression ; que dès lors que cette exclusion a été érigée en principe, les exceptions y relatives doivent s'interpréter restrictivement (ATA/376/2008 du 17 juillet 2008 et les références citées) ; que si l'effet suspensif n'est pas restitué, le contrat peut être conclu dès l'expiration du délai de recours (art. 14 AIMP) ; qu'en l'espèce, il ressort du procès-verbal d'ouverture des offres que l'offre de Belimed était de CHF 226'879.- pour le lot 1, et de CHF 186'140.- pour le lot 2, celle de MMM étant de CHF 282'843,90 pour le lot 1, et de CHF 181'413,70 pour le lot 2 : que le lot 1 a été adjugé à MMM pour un montant de CHF 252'843,90, sans que les éléments figurant au dossier permettent de comprendre comment cette baisse de plus de 10% du prix initial est intervenue entre l'ouverture de l'offre et l'adjudication, le pouvoir adjudicateur ne fournissant pas d'explication à cet égard et l'adjudicataire soutenant que l'offre de base n'avait jamais été modifiée ; que selon l'article 39 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), 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, étant corrigées ; qu'en l'espèce, les HUG ne soutiennent pas que l'offre de MMM aurait contenu des erreurs de calcul ou d'écriture pouvant être corrigées d'office ; qu'il est certes fait mention dans l'adjudication d'une mise à niveau, mais que ni sa raison, ni ses modalités n'apparaissent en l'état et que les explications et pièces fournies par les HUG ou MMM ne permettent pas déterminer si, et dans quelle mesure, cette mise à niveau a eu une influence sur l'attribution du marché ; que vu l'importance de la modification intervenue, il n'est ainsi pas insoutenable de prétendre qu'il pourrait s'agir d'une modification de l'offre de base de l'adjudicataire, contraire au principe d'égalité entre concurrents ; qu'il se justifie ainsi de procéder à l'instruction du recours, qui n'apparaît pas d'emblée dépourvu de chances de succès ; que si l'intérêt public à ce que les HUG disposent de stérilisateurs performants est indéniable, celui au respect de régulariser la procédure d'adjudication l'est tout autant au regard des objectifs poursuivis par l'AIMP, à

savoir assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, garantir l'égalité de traitement entre eux et assurer l'impartialité de l'adjudication, assurer la transparence des procédures de passation des marchés et permettre une utilisation parcimonieuse des marchés publics (art. 1 al. 3 AIMP) ; que les inconvénients pouvant découler d'un remplacement différé du matériel en cours d'usage ne sont pas négligeables, mais que l'intérêt public à permettre aux justiciables de faire valoir leurs droits ne l'est pas davantage ; que l'intérêt privé de l'adjudicataire à l'obtention du marché est de même nature économique et équivalent à celui de la recourante ; qu' au vu de ce qui précède, la requête en restitution de l'effet suspensif au recours sera admise, sans astreinte de Belimed à fournir des sûretés, MMM se contentant d'alléguer avoir lancé la production du matériel et qu'une interruption entraînerait des frais supplémentaires, sans autre précision, de sorte que la démonstration de l'exposition à un préjudice important, justifiant une telle astreinte, n'est pas apportée (art.17 al. 3 AIMP); que cette décision pourra être revue en tout temps en fonction de l'évolution de la procédure ; qu'afin de pouvoir instruire rapidement la procédure, les HUG devront produire dans les dix jours suivant la notification de la présente décision, l'intégralité des dossiers des offres de Belimed et MMM pour le marché en cause, y compris les échanges de courriel et les notes d'entretiens oraux directs ou par téléphone avec les représentants de ces deux concurrents ; qu'un délai au 4 mars 2009 sera fixé aux HUG et à MMM pour produire leurs observations sur le fond du recours ; vu l'article 66 alinéa 2 LPA ; vu l'article 5 du règlement du Tribunal administratif du 5 février 2007 ; LE VICE-PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF restitue l'effet suspensif au recours ; ordonne aux Hôpitaux universitaires de Genève de produire, dans les dix jours suivant la notification de la présente décision, l'intégralité des dossiers des offres de Belimed Sauter AG et MMM Sterilisatoren AG pour le marché en cause, y compris les échanges de courriel et les notes d'entretiens oraux directs ou par téléphone avec les représentants de ces deux concurrents ; fixe aux Hôpitaux universitaires de Genève et à MMM Sterilisatoren AG un délai au 4 mars 2009 pour produire leurs observations sur le fond du recours ; réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ; dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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'article 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ; communique la présente décision, en copie, à Me Nicolas Perret, avocat de la recourante ainsi qu'à Me Pierre Martin-Achard, avocat des Hôpitaux universitaires de Genève et à Me Fridolin Walther, avocat de MMM Sterilisatoren AG Le vice-président du Tribunal administratif : Ph. Thélin Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties. Genève, le la greffière :