

GE_GERICHTE ATA/117/2013 vom 26. Februar 2013

GE Cour de justice, 2013-02-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_117_2013

FR: GE_GERICHTE ATA/117/2013 du 26 février 2013

IT: GE_GERICHTE ATA/117/2013 del 26 febbraio 2013

Regeste

Résumé: Recours contre l'adjudication d'un marché public portant sur les installations électriques à courant fort et faible du bâtiment des laboratoires des HUG par un soumissionnaire évincé. Contrat conclu pendant la procédure de recours. Qualité pour recourir du soumissionnaire évincé, sous l'angle de l'intérêt actuel. Il n'y avait pas de violation du principe de transparence, vu que le sous-critère litigieux ne jouait pas un rôle équivalant à un critère principal et qu'il était clairement identifiable, dans le cadre de l'exécution du marché, qu'avoir déjà effectué des travaux similaires pour le pouvoir adjudicateur était un aspect important pouvant donner un avantage significatif. Il n'y avait pas non plus eu de violation des principes de non-discrimination et d'égalité de traitement. Il était indispensable que les soumissionnaires connaissent non seulement bien les lieux mais également le système déjà en place. Il ne pouvait pas non plus être reproché à l'adjudicateur d'avoir favorisé un candidat par une trop grande importance accordée au sous-critère querellé. La note de 0 obtenue par la recourante pour ce sous-critère était injustifiée. Néanmoins, son augmentation à une note de 1, conformément au barème de notation, n'aurait pas modifié le résultat de l'appel d'offres. Le recours a été rejeté.

Volltext

RÉPUBLIQUE ET

CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE A/1550/2012-MARPU ATA/117/2013
COUR DE JUSTICE Chambre administrative Arrêt du 26 février 2013 dans la cause

CABLEX S.A. représentée par Me Amédée Kasser, avocat contre HÔPITAUX
UNIVERSITAIRES DE GENÈVE représentés par Me Pierre Martin-Achard, avocat

- 2/17 - A/1550/2012 EN FAIT 1)

Les Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) ont lancé, par publication dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève du 31 octobre 2011, un appel d'offres en procédure ouverte, soumis à l'accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0632.231.422) ainsi qu'aux accords internationaux, à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), sur le marché des travaux de construction, portant sur un projet référencé 3300, ayant pour titre : 012, installations électriques à courant fort et faible, désigné « CPV : 45215000 - Travaux de construction de bâtiments liés à la santé et aux services sociaux de crématoriums et de toilettes publiques ».

Il s'agissait de procéder à l'installation du système électrique du bâtiment des laboratoires (ci-après : BATLab), sis 30, rue Lombard à Genève, pour lequel les HUG avaient obtenu un

permis de construire le 31 août 2011 et dont la construction avait débuté.

Les offres devaient être déposées d'ici au 16 décembre 2011, les travaux devant être exécutés entre le 9 janvier 2012 et le 28 mars 2014.

Les critères d'adjudication étaient décrits dans les documents du dossier d'appel d'offres disponible sur le site www.simap.ch. 2)

Selon les conditions administratives figurant dans le dossier d'appel d'offres :

a. L'évaluation des offres se basait sur celles-ci ainsi que sur les indications fournies par les soumissionnaires et les informations demandées par les HUG. L'évaluation ne reposait que sur des critères annoncés préalablement aux soumissionnaires. Le marché serait adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse.

b. Les critères d'adjudication et leur pondération figurant dans le dossier d'appel d'offres étaient les suivants :

- prix : 40 % ;

- qualité de l'offre : 30 % ;

- organisation du candidat pour satisfaire les exigences du client : 30 %.

- 3/17 - A/1550/2012

c. Un critère d'adjudication pouvait être divisé en plusieurs éléments d'appréciation. Si le nombre et l'ordre d'importance des critères étaient définitifs et annoncés préalablement, les HUG se réservaient le droit de fixer autant d'éléments d'appréciation qu'il était nécessaire pour départager les soumissionnaires, ceci en respectant l'égalité de traitement et le principe de la transparence. Les éléments d'appréciation devaient être en relation directe avec un des critères principaux. Le barème des notes était de 0 à 5, jusqu'au centième, notamment pour le prix. Les HUG n'avaient pas d'obligation de noter les sous-critères ou les éléments d'appréciation. Le cas échéant, ils donneraient des appréciations qui permettraient de noter le critère générique.

d. La notation du prix se ferait suivant la méthode T3, soit par application de la formule suivante :

note offre X = ([coût de l'offre la moins disante/coût de l'offre X]³ x 5).

e. Le barème des notes était fixé de la manière suivante : 0

Candidat qui n'a pas fourni l'information ou le document non éliminatoire demandé par rapport à un critère fixé. 1 Insuffisant Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, mais dont le contenu ne répond pas aux attentes. 2 Partiellement suffisant Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, mais dont le contenu ne répond que partiellement aux attentes. 3 Suffisant Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé et dont le contenu répond aux attentes minimales, mais qui ne présente aucun avantage particulier par rapport aux autres candidats. 4 Bon et avantageux Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes et qui présente un minimum d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats, ceci sans tomber dans la surqualité ou la surqualification. 5 Très intéressant Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un

critère fixé, dont le contenu répond aux attentes avec beaucoup d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats, ceci sans tomber dans la surqualité ou la surqualification.

- 4/17 - A/1550/2012

f. Les HUG procéderaient eux-mêmes à l'évaluation des offres. Ils avaient mis en place à cette fin un comité d'évaluation dont ils donnaient les noms des membres.

g. La décision d'adjudication sommairement motivée serait notifiée par écrit aux soumissionnaires qui avaient participé à la procédure et dont l'offre était recevable. Chacun d'eux recevrait un tableau d'analyse multicritères qui indiquerait les résultats de tous les soumissionnaires, sans mention de l'identité des autres participants, hormis celle de l'adjudicataire. 3)

Dans le délai imparti, Cablex S.A. (ci-après : Cablex) a fait parvenir une soumission aux HUG. Le prix de son offre s'élevait à CHF 3'490'139,75.- toutes taxes comprises (ci-après : TTC). 4)

Dans le même délai, Sedelec S.A. (ci-après : Sedelec) a déposé une offre pour un montant total de CHF 3'665'000.- TTC. 5)

Le 8 mai 2012, les HUG ont écrit à Cablex. Le marché pour lequel elle avait déposé une offre avait été adjugé à Sedelec, dont l'offre avait été considérée comme économiquement la plus avantageuse, pour le montant de CHF 3'406'408.- hors taxes (HT). Cablex avait été classée au deuxième rang sur les sept offres évaluées. 6)

Les éléments suivants ressortent du rapport de notation des offres du 30 avril 2012 (soit du prix, d'analyse multicritères et de détail des notes) : Critères & éléments d'appréciation
Note de Sedelec Note de Cablex Critère 1 : Prix (par la méthode T3) 40 % 4,38 5 Points obtenus 175,27 200 Critère 2 : Qualité de l'offre (30 %) 2.1 Présentation, structure, intelligibilité : Présentation (coeff. 1) 3 5 Structure (titres, chapitres, respect texte de la soumission) (coeff. 1) 5 5 Respect ordre positions (coeff. 1) 5 5 Toutes positions renseignées (texte et renseignements compl.) (coeff. 5) 4 4,5 2.2 Respect du métré : Toutes positions renseignées (montants et détails techniques) (coeff. 2) 5 5 Totaux partiels intermédiaires (coeff. 1) 5 5

- 5/17 - A/1550/2012 Récapitulation totaux partiels (en début ou en fin) (coeff. 1) 5 5 2.3

Respect des marques préconisées (100 %) ou équivalent (50 %) (coeff. 14) 5 5 Plus-value technique (solution avantageuse, innovante) 0 0 Note critère 2 4,10 4,25 Points obtenus 123 127,50 Critère 3 : Organisation du candidat pour satisfaire les exigences du client (30 %) 3.1 Capacité et disponibilité du personnel (coeff. 7,5) 4,5 4 3.2 Capacité du bureau d'étude (coeff. 7,5) 4,5 4 3.3 Expérience et travaux similaires déjà réalisés sur d'autres sites (coeff. 7,5) 5 5 3.3 recte 3.4 Expérience et travaux similaires déjà réalisés au sein des HUG (coeff. 7,5) 4,5 0 Note critère 3 4,63 3,25 Points obtenus 138,75 97,50 Total des points obtenus 437,02 425 7)

Par acte déposé le 21 mai 2012, Cablex a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision d'adjudication du 8 mai 2012 reçue le 11 mai 2012. Préalablement, elle sollicitait la restitution de l'effet suspensif et, sur le fond, elle concluait à l'annulation de ladite décision.

Les HUG avaient violé le principe de transparence en recourant lors de l'évaluation des soumissions à l'utilisation d'un sous-critère, qui n'avait pas été mentionné dans le dossier

d'appel d'offres. Il s'agissait du sous-critère 3.3, en réalité 3.4, « Expériences et travaux similaires déjà réalisés au sein des HUG ». Le recours à ce sous-critère contrevenait également au principe de non-discrimination et d'égalité de traitement. Il était en effet étranger à l'adjudication dès lors qu'il n'était pas propre à permettre l'adjudication du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse. Il fallait, pour que l'utilisation d'un critère soit admissible, que les aspects examinés au titre de ce critère soient propres à mettre en évidence un avantage significatif ou encore clairement identifiable dans le cadre de l'exécution du marché. Ce critère ne remplissait pas ces conditions. Il avait encore un aspect discriminatoire car il favorisait l'entreprise ayant déjà travaillé pour le pouvoir adjudicateur. Assorti d'un coefficient de 7,5, il accordait en outre un avantage injustifié à un soumissionnaire pour le motif que celui-ci avait œuvré

- 6/17 - A/1550/2012 pour le même adjudicateur. Il doublait un sous-critère existant portant sur les références du soumissionnaire.

La recourante s'était vu attribuer la note de 0 pour ce sous-critère, qui procédait d'un abus de pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicataire. Selon le barème des notes du dossier d'appel d'offres, la note de 0 sanctionnait un candidat qui n'avait pas fourni l'information ou le document non-éliminatoire demandé par rapport à un critère fixé. Or, elle avait mentionné au titre des références un marché exécuté pour le compte des HUG entre mars 2010 et mars 2011. Elle bénéficiait d'une expérience pour le compte de l'adjudicateur, ce qui permettait d'emblée d'exclure la note de 0, ledit marché portant sur des installations électriques à courant faible qui faisaient partie du marché, objet du litige.

La restitution de l'effet suspensif devait être ordonnée par la chambre de céans, faute de quoi les droits de la recourante seraient préterités. Cette mesure s'imposait au vu des violations de la loi qui pouvaient d'ores et déjà être constatées. 8)

Le 1er juin 2010, les HUG ont conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif. Le recours n'avait aucune chance de succès. Ils avaient respecté le principe de transparence. Celui-ci n'exigeait en effet pas la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendaient uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui était communément observé pour définir le critère principal ou que l'adjudicateur leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalant à celui d'un critère publié. Le sous-critère querellé ne remplissait pas ces conditions. Il était pertinent et pondéré de manière identique aux autres sous-critères relatifs à l'organisation du candidat pour satisfaire les exigences du client. Il ne discriminait pas la recourante dès lors qu'il permettait d'évaluer les connaissances du soumissionnaire quant aux installations et aux spécificités techniques des HUG ainsi qu'à leurs capacités quant à la tenue du chantier au regard des contraintes. L'appréciation de l'offre de la recourante n'avait pas été arbitraire concernant l'application de ce sous-critère. Cablex ne bénéficiait pas de l'expérience requise. En effet, la seule expérience dont elle pouvait se prévaloir pour les prestations effectuées en faveur des HUG concernait l'installation d'un réseau GSM, marché qui n'avait rien de similaire avec la présente adjudication.

Il existait un intérêt public prépondérant à permettre que la construction du BATLab ne soit pas entravée par un blocage lié à la présente procédure. L'intérêt public à la poursuite des travaux était prépondérant à l'intérêt privé de la recourante. 9)

Par décision du 13 juin 2012 sur effet suspensif, le président de la chambre administrative a refusé de restituer l'effet suspensif au recours et réservé le sort des frais de la cause jusqu'à

droit jugé au fond.

- 7/17 - A/1550/2012

A première vue, le sous-critère litigieux n'avait ni le poids ni un rôle équivalent à un critère principal, nécessitant qu'il soit annoncé dans les documents d'appel d'offres. Il ne générait également pas, *prima facie*, une inégalité de traitement entre soumissionnaires. La note de 0 qui avait été attribuée à la recourante ne semblait pas non plus arbitraire. A priori, le recours n'avait donc que des chances ténues de succès. 10) Dans leur réponse sur le fond du 21 juin 2012, les HUG ont conclu au rejet du recours ainsi qu'à la condamnation de Cablex « en tous les frais et dépens lesquels comprendront une participation aux honoraires d'avocat ».

Le sous-critère d'adjudication querellé ressortait indirectement des questions posées dans le dossier d'appel d'offres. De plus, la pondération de celui-ci était identique à celle des trois autres relatifs au critère n° 3 « organisation du candidat pour satisfaire les exigences du client » et n'avait ainsi pas revêtu une importance prépondérante. Le principe de transparence avait donc été respecté.

Le fait d'avoir déjà réalisé des travaux similaires en faveur des HUG était pertinent par rapport à la soumission, car les installations en cause devaient notamment s'intégrer dans le système existant au sein des HUG. De plus, le BATLab était situé dans une zone sensible de la cité hospitalière. Ce sous-critère permettait ensuite d'évaluer le soumissionnaire quant à la tenue du chantier, notamment en raison des contraintes et des difficultés d'intervention, de même que d'apprécier son expérience et la disponibilité immédiate de son personnel pour l'exécution et le suivi des travaux, ainsi que la maintenance. Cela permettait donc aux HUG de s'assurer que le soumissionnaire pouvait satisfaire leurs exigences. Les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement étaient respectés.

Après un examen approfondi, Sedelec remplissait mieux le sous-critère litigieux que Cablex qui avait travaillé sur le site des HUG en qualité de sous-traitant de la société Swisscom pour l'installation d'un réseau GSM. A cette fin, elle avait utilisé les infrastructures existantes des HUG. De plus, la coordination technique et la planification des travaux dans les lieux sensibles avaient été exécutées par ces derniers. Elle ne bénéficiait ainsi pas de l'expérience requise, raison pour laquelle elle avait obtenu la note de 0. A l'inverse, Sedelec avait déjà réalisé, pour le compte des HUG, des travaux similaires au marché offert. 11) Le 30 juillet 2012, Cablex a déposé sa réplique, déclarant persister dans ses conclusions.

Le principe de la transparence avait bien été violé. Le fait d'avoir déjà travaillé pour les HUG ou sur son site ne concrétisait pas le critère publié relatif à l'« organisation du candidat pour satisfaire les exigences du client ». En effet, le marché litigieux portait sur un nouveau projet et un nouveau bâtiment de

- 8/17 - A/1550/2012 laboratoires. Les HUG n'expliquaient pas de manière convaincante en quoi le fait d'avoir déjà travaillé pour eux ou sur leur site était pertinent pour l'attribution dudit marché. Il y avait d'ailleurs déjà un sous-critère, rattaché au même critère principal, qui portait sur les expériences et travaux similaires déjà réalisés sur d'autres sites. De plus, il s'agissait d'un sous-critère inhabituel qui aurait dû être communiqué préalablement. Ce dernier ne ressortait pas non plus, directement ou indirectement, des questions posées aux soumissionnaires. Le poids accordé à ce sous-critère n'était pas négligeable si l'on comparait la faible différence entre l'offre de l'adjudicataire et celle de la recourante.

Le sous-critère contesté revenait à accorder un avantage injustifié à un soumissionnaire ayant déjà travaillé pour les HUG et était ainsi discriminatoire.

Enfin, la note de 0 reçue pour ce sous-critère était arbitraire, car Cablex avait déjà travaillé pour les HUG et connaissait les particularités des lieux. Peu importait la nature du travail, seul comptait le fait d'y avoir déjà œuvré et de pouvoir ainsi s'adapter aux spécificités du site. 12) Dans leur duplique du 27 août 2012, les HUG ont conclu une nouvelle fois au rejet du recours.

Le sous-critère contesté concrétisait le critère publié « organisation du candidat pour satisfaire les exigences du client ». Les installations électriques en cause, bien que destinées au nouveau bâtiment des laboratoires, devaient s'intégrer dans le système existant au sein des HUG. Il permettait de déterminer si le soumissionnaire était en mesure de satisfaire leurs exigences. Par ailleurs, le sous-critère précité ressortait indirectement des questions posées dans le dossier d'appel d'offres et n'avait pas revêtu une importance prépondérante. Le principe de transparence avait ainsi été respecté.

Le fait d'avoir déjà réalisé des travaux similaires en faveur des HUG était pertinent. En outre, Cablex n'avait pas perdu le marché parce qu'elle avait obtenu une note inférieure à celle de Sedelec quant à ce seul sous-critère mais également au vu des autres sous-critères relatifs au critère principal n° 3. Il n'y avait donc pas eu de discrimination.

Il s'était avéré, au terme de l'évaluation des offres, que Sedelec remplissait mieux ce sous-critère. Cablex ne bénéficiait pas de l'expérience requise pour le compte des HUG, raison pour laquelle elle avait obtenu une note de 0. L'installation d'un réseau GSM en faveur des HUG n'avait rien de similaire avec le marché en cause et elle avait travaillé en sous-traitance de la société Swisscom. La notation n'était donc pas arbitraire. 13) La cause a ensuite été gardée à juger.

- 9/17 - A/1550/2012 EN DROIT 1)

Le marché offert est soumis notamment à l'AIMP, au RMP, à 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), ainsi qu'à la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). 2)

En vertu des art. 62 al. 2 let. b LPA, 15 al. 1 et 2 AIMP, 15 L-AIMP et 56 RMP, le recours est adressé à la chambre administrative dans les dix jours dès la notification de la décision.

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue. 3) a. 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/517/2009 du 13 octobre 2009).

En l'espèce, le contrat ayant été conclu avec l'adjudicataire (art. 46 RMP), il convient de se demander si la recourante conserve un intérêt digne de protection au maintien du recours.

b. Selon l'art. 18 al. 2 AIMP, lorsque le contrat est déjà conclu, l'autorité qui admet le recours ne peut que constater le caractère illicite de la décision. Si cette illicéité est prononcée, le recourant peut demander la réparation de son dommage, limité aux dépenses

qu'il a subies en relation avec les procédures de soumissions et de recours (art. 3 al. 3 L-AIMP). Par ailleurs, selon l'arrêt du Tribunal fédéral 2P.307/2005 du 24 mai 2006, le recourant qui conteste une décision d'adjudication et qui déclare vouloir maintenir son recours après la conclusion du contrat conclut, au moins implicitement, à la constatation de l'illicéité de l'adjudication, que des dommages intérêts soient réclamés ou non.

En tant que soumissionnaire évincée et, bien que le contrat ait été déjà conclu, la recourante conserve un intérêt actuel à recourir contre la décision d'adjudication au sens de l'art. 60 let. b LPA, son recours étant à même d'ouvrir ses droits à une indemnisation (ATF 125 II 86 consid. 5 b p. 96). Elle dispose donc de la qualité pour recourir.

Dès lors que toutes les conditions ci-dessus énumérées sont remplies, le recours est recevable. 4)

La recourante soulève tout d'abord une violation du principe de la transparence dans la passation du marché public litigieux. Elle prétend que la

- 10/17 - A/1550/2012 décision d'adjudication a été prise en application d'un sous-critère qui ne figurait pas dans le dossier d'appel d'offres. 5) a. Un des objectifs poursuivi par la réglementation sur les marchés publics est d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP).

b. Selon la jurisprudence, le principe de la transparence est le principe cardinal et incontournable des marchés publics. Il limite le large pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur (RDAF 2001 I 403). La concurrence permet la comparaison des prestations et de choisir ainsi l'offre garantissant un rapport optimal entre le prix et la prestation (ATF 125 II 86 précité consid. 7c p. 101 in RDAF 2002 I 543).

Ce principe exige du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions ; à tout le moins doit-il spécifier clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. En outre, lorsqu'en sus de ces critères, le pouvoir adjudicateur établit des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective. En tous les cas, le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères (ATF 125 II 86 précité consid. 7c p. 101 et les références citées). Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié. De la même manière, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et sous-critères utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul) ne doivent pas nécessairement être portées par avance à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (ATF 130 I 241 consid. 5.1 p. 248 ; 125 II 86 précité consid. 7c p. 101 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2D_22/2008 du 23 mai 2008 consid. 2.1 et les références citées).

Le point de savoir si, dans un cas d'espèce, les critères utilisés sont inhérents au critère publié ou relèvent d'une grille d'évaluation, en sorte que le principe de la transparence n'en exige pas la communication par avance, résulte de l'ensemble des circonstances qui entoure

le marché public en cause, parmi lesquelles il faut mentionner la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché (ATF 130 I 241 précité ; SJ 2002 I p. 549).

- 11/17 - A/1550/2012

En l'occurrence, comme déjà relevé dans la décision sur effet suspensif, le sous-critère précité représentait un quart du critère principal n° 3 « Organisation du candidat pour satisfaire les exigences du client » auquel il est rattaché et auquel est attribué un coefficient de 30 %. Son poids représentait 7,5 % du référentiel, ce qui ne permettait pas de retenir qu'il jouait un rôle équivalant à un critère principal, nécessitant qu'il soit annoncé dans les documents d'appel d'offres (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.172/2002 du 10 mars 2003 ; ATA /94/2005 du 1er mars 2005). Le pouvoir adjudicateur n'entendait pas privilégier le sous-critère litigieux qui tendait simplement à concrétiser le critère publié.

Il était d'ailleurs précisé dans le dossier d'appel d'offres, sous le point « 4.7 Critère d'adjudication », qu'un critère d'adjudication pouvait être divisé en éléments d'appréciation. A noter que la recourante ne se plaint que du sous-critère « 3.3 Expérience et travaux similaires déjà réalisés au sein des HUG », passant sous silence les trois autres qui ne figuraient pas non plus dans l'appel d'offres. Il avait d'ailleurs la même pondération que les autres sous-critères rattachés, soit 7,5 % chacun.

En outre, il ressort de l'annexe Q8 que chaque candidat devait fournir trois références en rapport avec le type de marché à exécuter, qui démontraient l'aptitude, les compétences et l'expérience nécessaires pour le marché à exécuter, achevées depuis moins de dix ans ou en cours d'exécution mais proche d'être achevées et qui reflétaient le même type d'organisation que celui exigé pour le marché à exécuter. Il était clairement identifiable, dans le cadre de l'exécution du présent marché, que le fait d'avoir déjà effectué des travaux sur des installations électriques au sein des HUG constituait un atout important pouvant donner un avantage significatif. En effet, cela permettait à ces derniers de mieux comparer les diverses prestations et de choisir l'offre optimale.

Il n'en résulte ainsi pas une violation du principe de transparence. 6)

La recourante allègue ensuite que le sous-critère litigieux contrevient également aux principes de non-discrimination et d'égalité de traitement. Elle soutient qu'il pénalise de façon disproportionnée des concurrents qui n'ont pas eu l'occasion de travailler pour le compte des HUG. 7) a. Selon l'art. 1 al. 3 let. b AIMP, un des objectifs de l'accord est de garantir l'égalité de traitement envers tous les soumissionnaires et d'assurer l'impartialité de l'adjudication.

Lors de la passation de marchés, les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement de chaque soumissionnaire doivent être respectés (art. 11 let. a AIMP).

- 12/17 - A/1550/2012

Toute discrimination des candidats ou des soumissionnaires est interdite, en particulier par la fixation de délais ou de spécifications techniques non conformes à l'art. 28 RMP, par l'imposition abusive de produits à utiliser ou le choix de critères étrangers à la soumission (art. 16 al. 1 RMP).

b. Une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement garanti par l'art. 8 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) lorsqu'il

établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. La question de savoir si une distinction juridique repose sur un motif raisonnable peut recevoir une réponse différente selon les époques et suivant les conceptions, idéologies et situations du moment (ATF 138 V 176 consid. 8.2 p. 183 ; 131 I 1 consid. 4.2 p. 6/7 ; 129 I 346 consid. 6 p. 357 ss ; V. MARTENET, Géométrie de l'égalité, 2003, p. 260 ss).

Le principe de l'égalité de traitement doit être garanti à tous les candidats et soumissionnaires et dans toutes les phases de la procédure (art. 16 al. 2 RMP ; ATA/165/2011 du 15 mars 2011).

En particulier, le respect de l'égalité de traitement entre soumissionnaires oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires pendant tout le déroulement formel de la procédure (ATA/884/2004 du 26 octobre 2004 ; J.-B. ZUFFEREY / C. MAILLARD / N. MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 109 ; B. BOVAY, La non discrimination en droit des marchés publics in RDAF 2004, p. 241). La chambre administrative a rappelé le caractère formaliste du droit des marchés publics qu'impose le respect de ce principe (ATA/150/2009 du 14 mars 2009 ; ATA/10/2009 du 13 janvier 2009). L'égalité de traitement impose que les conditions d'accès au marché soient similaires pour tous (Guide romand pour les marchés publics, version du 2 juin 2005, actualisée et complétée les 9 juin 2006, 18 décembre 2006 et 12 septembre 2008, annexe D, ch. 2).

La non-discrimination est un acquis fondamental, invoqué tel quel s'il y a trace d'inégalité ou de discrimination dans une procédure de marchés publics, avec pour résultat l'annulation ou le constat d'illicéité de la décision incriminée (RDAF 2004 I 237). C'est un principe essentiel de l'ouverture des marchés. Il vise à garantir que certains soumissionnaires, ou catégories de soumissionnaires, ne soient pas écartés ou exclus des procédures de manière arbitraire ou en raison de caractéristiques qui ne doivent plus avoir cours dans la passation des marchés publics, tels que l'origine, le lieu de siège et la provenance (Guide romand pour les marchés publics version du 2 juin 2005 précité).

- 13/17 - A/1550/2012

Dans le cas présent, le BATLab se situe en face du Centre médical universitaire, proche des unités d'hospitalisation et des activités ambulatoires des HUG. Or, le maître d'ouvrage peut prendre en considération l'expérience et la connaissance que les entreprises soumissionnaires ont des lieux ou de la structure dans laquelle vont se dérouler les travaux. Le candidat doit aussi avoir les moyens de s'adapter aux contraintes techniques spécifiques du lieu d'exécution de la prestation. Il semble indispensable que l'intimée tienne compte des difficultés et des obligations inhérentes à ses installations, afin d'évaluer les soumissionnaires et de s'assurer que ces derniers peuvent réellement satisfaire aux exigences requises. De surcroît, les installations électriques à courant fort et faible devaient s'intégrer dans le système existant au sein des HUG. Il était donc précieux pour le pouvoir adjudicateur de choisir une entreprise qui connaisse non seulement bien les lieux mais également le système déjà en place.

Il ne peut pas non plus être reproché aux HUG d'avoir favorisé un candidat par une trop grande importance accordée au sous-critère en question. Ce dernier fait partie de quatre sous-critères permettant de procéder à la notation du critère n° 3 dont l'objectif est d'apprécier la qualité de la prestation que le soumissionnaire pourra fournir. Il se distingue du sous-critère 3.3 qui concerne l'expérience acquise par les soumissionnaires dans le cadre de chantiers de tiers. Ces éléments et le poids relatif attribué à ce sous-critère, de coefficient identique à celui des sous-critères 3.1, 3.2 et 3.3, ne conduisent ainsi pas à retenir qu'il génère une inégalité de traitement entre soumissionnaires. Par ailleurs, la recourante ne démontre pas avoir été traitée différemment par rapport à ses concurrents.

Le sous-critère précité n'était ainsi pas propre à empêcher l'accès au marché en cause et n'était pas discriminatoire. 8)

Cablex conteste enfin la note de 0 qui lui a été attribuée pour le sous-critère litigieux. Celle-ci serait arbitraire, car la recourante a déjà effectué la couverture intérieure GSM des bâtiments des HUG. 9) a. D'après l'art. 9 Cst., toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'Etat sans arbitraire.

b. Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité (ATF 138 I 49 consid. 7.1 p. 51 et les arrêts cités). A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, si elle a été adoptée sans motif objectif ou en violation d'un droit certain (ATF 136 III 552 consid. 4.2 p. 560 ; 132 III 209 consid. 2.1 p. 211 ; Arrêt du Tribunal fédéral 9C_227/2012 du 11 avril 2012). L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle

- 14/17 - A/1550/2012 serait préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 137 I 1 consid. 2.4 p. 5 ; ATF 136 I 316 consid. 2.2.2 p. 318 ; ATF 134 II 124 consid. 4.1 p. 133 et les arrêts cités).

Appelé à examiner le caractère arbitraire d'une décision, la chambre de céans suit le raisonnement du Tribunal fédéral en la matière (ATA/342/2012 du 5 juin 2012 consid. 5 et les arrêts cités). 10) La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 précité consid. 6 p. 98). L'appréciation de la chambre administrative ne saurait donc se substituer à celle de ce dernier. Seul l'abus ou l'excès de pouvoir d'appréciation doit être sanctionné, ce que le Tribunal fédéral a affirmé à maintes reprises (ATF 130 I 241 précité consid. 6.1 p. 251 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2P.111/2003 du 21 janvier 2004 consid. 3.3 ; 2P.172/2002 précité consid. 3.2 ; RDAF 1999 I p. 301). En outre, pour que le recours soit fondé, il faut encore que le résultat, considéré dans son ensemble, constitue un usage abusif ou excessif du pouvoir d'appréciation (JAAC 1999 p. 143).

Ainsi, même dans les marchés publics plus importants soumis à l'AIMP, le pouvoir adjudicateur n'est pas lié par telle ou telle méthode, mais il lui est loisible de choisir celle qui est la mieux appropriée au marché. La loi ne lui impose aucune méthode de notation particulière. Le choix de ladite méthode relève ainsi du pouvoir d'appréciation de l'autorité adjudicatrice, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.172/2002 précité consid. 3.2 ; ATA A/201/2001 du 24 avril 2001 consid. 9 ; D.

ESSEIVA, note ad S12 in DC 2/2003, p. 62). L'opportunité de ce choix ne peut être revue par l'autorité de recours (art. 16 al. 2 AIMP). De surcroît, aucune norme n'impose à l'autorité de faire connaître à l'avance la méthode de notation (ATF 2P.172/2002 précité consid. 2.3 ; ATA/834/2004 du 26 octobre 2004 consid. 6 ; arrêt du Tribunal administratif vaudois du 26 janvier 2000 in DC 2/2001, p. 67 et note de D. ESSEIVA précitée ; O. RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, RDAF I 2001, p. 406).

Il est donc parfaitement admissible d'attribuer une plus ou moins grande importance à tel ou tel critère, le prix par exemple, suivant le type de marché à adjuger. De plus, l'offre économique la plus avantageuse ne signifie pas qu'elle doit être la moins chère. Ce n'est qu'en présence de biens standardisés que l'adjudicateur peut alors se fonder exclusivement sur le critère du prix le plus bas (RDAF 1999 I précitée p. 305).

En l'espèce, le sous-critère 3.4 vise à apprécier le niveau de connaissances et l'expérience des soumissionnaires en rapport avec les besoins spécifiques des HUG. Or, c'était la première fois que la recourante présentait une offre pour ce

- 15/17 - A/1550/2012 type de marché. Elle ne peut pas se prévaloir d'une expérience antérieure équivalente. L'installation GSM réalisée en qualité de sous-traitant pour les HUG ne peut pas être considérée comme similaire. L'organisation et les connaissances techniques exigées pour l'exécution d'un réseau de téléphonie mobile ne sont pas semblables à celles nécessaires à des installations électriques à courant fort et faible. La décision des HUG ne peut ainsi pas être qualifiée d'arbitraire en ce qui concerne le sous-critère querellé, vu que la recourante ne peut effectivement pas justifier d'une expérience analogue au profit du pouvoir adjudicateur. En considérant que les HUG auraient dû prendre cette expérience en compte, elle ne fait que substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, ce qu'elle ne peut pas faire (ATF 130 I 241 consid. 6.1 ; ATF 125 II 86 consid. 6). 11) Néanmoins, la note de 0 qui a été attribuée à la recourante pour le sous-critère 3.4 « Expériences et travaux similaires déjà réalisés au sein des HUG » n'était pas justifiée. Si les HUG considéraient que celle-ci ne pouvait se prévaloir d'une expérience antérieure dans le domaine des installations électriques à courant fort et faible, ils auraient dû lui attribuer la note de 1, en vertu de leur propre barème de notation. En effet, la recourante leur a fourni un document démontrant qu'elle avait installé leur réseau GSM intérieur en 2011. Elle aurait donc dû recevoir la note de 1 pour ce sous-critère.

Cependant, même une telle note n'aurait pas modifié le résultat de cet appel d'offres. En obtenant finalement 105 points (97,5 accordés plus 7,5) pour le critère 3 et donc 432,50 points au total elle n'aurait pas égalé Sedelec qui avait totalisé 437,02 points. 12) Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.

Compte tenu de l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe. Aucune indemnité de procédure ne sera allouée aux HUG conformément à la jurisprudence de la chambre de céans (art. 87 LPA ; ATA/79/2011 du 8 février 2011). PAR CES MOTIFS LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE à la forme : déclare recevable le recours interjeté le 21 mai 2012 par Cablex S.A. contre la décision des Hôpitaux universitaires de Genève du 8 mai 2012 ;

- 16/17 - A/1550/2012 au fond : le rejette ; met à la charge de Cablex S.A. un émolument de CHF 1'000.- ; dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure aux Hôpitaux universitaires de Genève ; dit que, conformément aux art. 82 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 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 Me Amédée Kasser, avocat de la recourante, à Me Pierre Martin-Achard, avocat des Hôpitaux universitaires de Genève, ainsi qu'à la commission de la concurrence. Siégeants : Mme Hurni, présidente, M. Thélin, Mme Junod, MM. Dumartheray et Verniory, juges. Au nom de la chambre administrative : le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

E. Hurni

- 17/17 - A/1550/2012 Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

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