

## **GE\_GERICHTE ATA/950/2014 vom 2. Dezember 2014**

GE Cour de justice, 2014-12-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_950\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_950_2014)

FR: GE\_GERICHTE ATA/950/2014 du 2 décembre 2014

IT: GE\_GERICHTE ATA/950/2014 del 2 dicembre 2014

### **Regeste**

Résumé: Recours contre la décision d'adjudication par un soumissionnaire évincé. Lorsqu'une commande porte sur les éléments essentiels, le contrat doit en principe être considéré comme conclu, le soumissionnaire évincé gardant la qualité pour recourir. Liberté d'appréciation de l'adjudicateur dans l'évaluation des offres et pouvoir d'examen de la chambre administrative limité à l'excès ou l'abus de pouvoir d'appréciation. La recourante s'est contentée d'autoévaluer son offre et de mettre en doute les qualités de sa concurrente, sans démontrer avoir été traitée différemment ni avoir été sujette à une appréciation arbitraire. Recours rejeté.

### **Volltext**

RÉPUBLIQUE ET

CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE A/1024/2014-MARPU ATA/950/2014

COUR DE JUSTICE Chambre administrative Arrêt du 2 décembre 2014

dans la cause

SWISSPRO SR SA représentée par Me Olivier Rodondi, avocat contre OFFICE DES BÂTIMENTS et FÉLIX BADEL ET CIE SA, appelée en cause

- 2/19 - A/1024/2014 EN FAIT 1) a. Par avis publié le 28 janvier 2014 dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) et sur le site [www.simap.ch](http://www.simap.ch), l'office des bâtiments (ci-après : OBA), rattaché au département des finances, a lancé un appel d'offres en procédure ouverte pour un marché de travaux de construction intitulé « Centre Médical Universitaire - CMU - Rénovation des étapes 1-4 - CFC 232 - Installations électriques GTB / MCR ».

L'objet du marché correspondait à la réalisation des installations électriques dans le cadre de la rénovation du système GTB/MCR des bâtiments 1 à 4 du centre médical universitaire (ci-après : CMU), sis au 1, rue Michel-Servet.

Le délai de remise des offres était fixé au 21 février 2014.

b. Selon le dossier d'appel d'offres K2 (ci-après : le dossier d'appel d'offres), les travaux comprenaient l'installation des alimentations électriques ainsi que des liaisons de mesures, de commandes et de régulation pour chaque secteur du bâtiment entre les sous-stations MCR et les périphériques, le tirage de câbles dans les chemins de câbles existants, le complément de tubes et le raccordement de toutes les liaisons ainsi que l'interconnexion des sous-stations MCR via le réseau Ethernet IP du bâtiment (point 1.12). Les travaux se dérouleraient par secteur et par étapes successives sur une période de deux à trois ans dans un bâtiment en exploitation et selon le planning prévisionnel. À titre indicatif, le montage et

l'installation par étapes débuteraient en mars 2014 et les travaux seraient terminés en décembre 2015 (point 1.5 du dossier d'appel d'offres).

L'élaboration d'une offre ne donnait droit à aucune indemnité. Le soumissionnaire ne pouvait donc pas faire valoir une note de frais ou une indemnisation auprès de l'adjudicateur pour des démarches se rapportant à la procédure ou pour le rendu de son offre (point 3.17 du dossier d'appel d'offres).

Les offres seraient évaluées selon quatre critères d'adjudication, soit le prix, pondéré à 55 %, l'organisation pour l'exécution du marché et la qualité technique de l'offre, avec une pondération de 30 %, les références et expériences, pour 10 %, ainsi que la formation professionnelle, pondérée à 5 % (point 4.7 du dossier d'appel d'offres).

Le barème des notes allait de 0 à 5. La note de 2 était attribuée en cas d'insuffisance partielle, le candidat ayant fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé mais le contenu ne répondant que partiellement aux attentes. Le 3 était obtenu en cas de suffisance, lorsque le candidat avait fourni l'information ou le document demandé, le contenu répondant

- 3/19 - A/1024/2014 aux attentes minimales, mais sans avantage particulier par rapport aux autres candidats. Le 4 correspondait à une qualification de bonne et avantageuse, le candidat ayant fourni l'information ou le document demandé, le contenu répondant aux attentes et présentant un minimum d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats, ceci sans tomber dans la sur-qualité ou la surqualification. La note de 5 dénotait une offre très intéressante quant au critère évalué, le candidat ayant fourni l'information ou le document demandé et le contenu répondant aux attentes, avec beaucoup d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats, ceci sans tomber dans la sur-qualité ou la surqualification (point 4.9 du dossier d'appel d'offres).

Selon l'annexe Q8 du dossier d'appel d'offres, le soumissionnaire devait fournir trois références, si possible en rapport avec le type de marché à exécuter, en termes de complexité et d'importance, démontrant son aptitude, ses compétences et l'expérience nécessaires pour le marché à exécuter, achevées depuis moins de dix ans ou en cours d'exécution, mais proches d'être achevées, et reflétant le même type d'organisation que celle exigée pour le marché à exécuter. Les mauvaises expériences avec l'autorité adjudicatrice pouvaient être prises en compte dans l'évaluation des références.

Conformément à l'annexe R6 du dossier d'appel d'offres, relatif à la planification des moyens, le soumissionnaire devait indiquer les moyens humains et, éventuellement, matériels mis en place pour exécuter le marché en conformité avec les exigences, les objectifs et les échéances principales, et proposer un planning d'intention faisant apparaître les phases importantes d'exécution du marché avec le nombre de personnes prévues par phase.

L'annexe R9 du dossier d'appel d'offres concernait les qualifications des personnes-clé désignées pour l'exécution du marché. 2)

Le 21 février 2014, swisspro SR SA (ci-après : swisspro) a présenté une offre pour un montant de CHF 860'033.-, taxes comprises.

Son offre comportait notamment trois annexes Q8, une attestation, ainsi que les annexes R6 et R9.

La première référence concernait un chantier dont l'exécution avait commencé en juin 2013 et devait se terminer en juin 2014 sur le site d'une entreprise privée, portant sur l'installation complète du réseau courant fort et faible, pour un montant de CHF 800'000.-. La deuxième se rapportait à un chantier exécuté en faveur d'une grande chaîne de distribution privée entre octobre 2010 et novembre 2012 pour un montant de CHF 750'000.-, sans indication du type de marché exécuté. La troisième correspondait à la maintenance de sites carcéraux, notamment Champ-Dollon, initiée en janvier 2012, sans plus de précisions.

- 4/19 - A/1024/2014

Selon l'attestation de Monsieur Thierry JOLIVET-BOVATY, gardien-chef, swisspro effectuait des travaux sur les sites de Champ-Dollon, La Brenaz, Favra, l'unité cellulaire hospitalière et l'unité cellulaire psychiatrique depuis janvier 2012. Elle effectuait diverses interventions et réparations courantes nécessaires dans les secteurs cellulaire et administratif, procédait aux nouvelles installations, proposait de nouveaux concepts, veillait, en collaboration avec le service technique spécialisé, au bon fonctionnement électrique de l'établissement et effectuait tous les travaux exigeant une intervention urgente ou non urgente. La collaboration donnait entière satisfaction et l'aptitude de swisspro à appréhender les problèmes et à leur apporter des solutions en tenant compte des impératifs sécuritaires liés au milieu carcéral étaient particulièrement appréciées.

À teneur de l'annexe R6, swisspro prévoyait en moyenne 6,1 personnes sur la durée d'exécution du marché. 3)

Le même jour, Félix Badel et Cie SA (ci-après : Badel) a soumis une offre de CHF 874'800.-, taxes comprises.

Elle a communiqué quatre annexes Q8 ainsi que les annexes R6 et R9.

Les deux premières références se rapportaient à deux chantiers, commencés en 2010 et 2012 et dont la fin était prévue pour 2016, sur contrats de l'OBA dans le cadre de la cinquième étape du projet du CMU, respectivement pour les « CFC 232 et CFC 235 ». Les deux chantiers portaient sur les installations électriques « CFO & CFA », pour des montants respectifs de CHF 3'500'000.- et CHF 4'700'000.-. La troisième référence concernait les installations électriques « CFC 23 » dans le cadre de rénovation de la maternité, entre janvier 1998 et décembre 2002, sur contrat de l'État de Genève, pour un montant de CHF 860'900.-. La dernière référence correspondait à un marché d'une société d'assurance, portant sur les installations électriques « CFC 23 » dans un centre administratif, d'un montant de CHF 3'500'000.- et s'étant déroulé de 2005 à 2008.

Conformément à l'annexe R6, Badel proposait en moyenne trois personnes sur la durée d'exécution du chantier. 4) a. Par décision du 26 mars 2014, reçue par swisspro le 27 mars 2014, l'OBA a adjugé le marché à Badel.

Après évaluation des dossiers et analyse de la soumission de swisspro par rapport aux critères d'adjudication, l'offre de cette dernière avait été classée au deuxième rang sur neuf candidats ayant présenté une offre recevable. Badel remplissait pleinement les conditions pour être admise comme adjudicataire.

b. Selon le tableau d'analyse multicritères annexé, Badel et Siwsspro avaient respectivement obtenu de 422,88 et 420,42 points. Toutes deux avaient reçu une

- 5/19 - A/1024/2014 note de 3,13 pour leur organisation et la qualité technique de leur offre, correspondant, après pondération, à 93,75 points. En relation avec les références et expériences, la note de 3,83 avait été attribuée à Badel et celle de 2,67 à swisspro, ayant ainsi respectivement obtenu 38,33 et 26,67 points. 5)

Par courriel du 28 mars 2014, swisspro a exprimé sa surprise quant au nombre de points obtenus pour ses références et expériences, estimant y avoir pleinement répondu, et a demandé à l'OBA des précisions quant à cette notation. 6)

Par courriel du même jour, le pouvoir adjudicateur a répondu à la demande de renseignement de swisspro. Cette dernière avait obtenu la note de 3 pour ses deux premières références. Pour la troisième, elle avait reçu la note de 2. Si le montant convenait, la référence, basée sur un contrat de maintenance, n'était pas en rapport avec les travaux demandés, lesquels se rapportaient à l'installation sur un grand chantier. 7) a. Par acte du 4 avril 2014, expédié le même jour, swisspro a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision d'adjudication, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif, à la production du dossier complet de l'OBA et à l'audition de M. JOLIVET-BOVATY, principalement à l'adjudication du marché en sa faveur et subsidiairement à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi du dossier à l'OBA, ainsi qu'à la condamnation du pouvoir adjudicateur en tous les frais et à l'allocation d'une indemnité de procédure.

Il était improbable, voire impossible, pour l'adjudicateur de justifier la note de 2 attribuée pour la référence du site de Champ-Dollon, de sorte que l'examen prima facie des chances de succès plaidait en faveur de l'octroi de l'effet suspensif. L'OBA ne pouvait invoquer l'urgence, le dossier de l'appel d'offres indiquant implicitement qu'il n'y avait pas d'urgence particulière à procéder aux travaux. Son intérêt privé était au moins aussi important que celui de l'adjudicataire. Du fait du risque de conclusion du contrat, le préjudice d'un refus de l'effet suspensif serait très important. Ce dernier devait être octroyé.

La note de 2 obtenue pour sa référence du site carcéral de Champ-Dollon était insoutenable et arbitraire. Il n'y avait pas de différence en termes de complexité, d'importance, d'intervention et de coordination entre une intervention sur un gros chantier et des travaux d'installation et de maintenance dans un environnement exploité, habité et difficile, voire hostile. La référence était en relation avec le type de marché mis en soumission, tant par sa complexité que son importance, démontrait son aptitude, ses compétences et son expérience pour travailler et intervenir sur un site en exploitation et reflétait le type d'organisation exigé pour le marché à exécuter. Cette référence aurait dû être évaluée par la note 4, ou tout au moins 3, ce qui aurait eu pour conséquence qu'elle se positionne en tête du classement. L'OBA avait abusé et excédé de son pouvoir d'appréciation.

- 6/19 - A/1024/2014

Les explications du pouvoir adjudicateur quant aux deux autres références paraissaient d'une sévérité extrême et injustifiable.

La note de 3,13 reçue pour son organisation et la qualité technique de son offre était particulièrement basse au vu des informations complètes communiquées. Elle était injustifiée et arbitraire.

b. À l'appui de son recours, elle a notamment produit un extrait du dossier d'appel d'offres, soit un calendrier prévisionnel, répartissant les travaux entre mars 2014 et avril 2015. 8)

Par décision du 9 avril 2014, le juge délégué a ordonné l'appel en cause de Badel. 9) a. Dans ses déterminations sur effet suspensif du 23 avril 2014, l'OBA a conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif et à l'autorisation de conclure le contrat avec l'adjudicataire.

L'évaluation des références reposait sur les indications fournies dans l'annexe Q8 de l'offre. L'OBA était le mandant de la référence en cours sur le site de Champ-Dollon. Il s'agissait d'un contrat de maintenance et non d'entreprise, concernant un volume de prestations - pas de même nature - inférieur à celui du marché à exécuter et mettant en œuvre une ou deux personnes et non une équipe complète. La référence ne reflétait donc pas le même type d'organisation, ni de compétence que le marché à exécuter. Il était pleinement justifié de lui attribuer un 2. Les installations de régulation dans les bâtiments du CMU étaient obsolètes et ne pourraient pas être réparées en cas de panne, risque important du fait de l'existence de laboratoires et d'autres locaux sensibles. Les travaux de remplacement de l'ensemble des installations de régulation avaient déjà été initiés, de sorte qu'il était indispensable d'attribuer le marché des installations électriques pour leur alimentation. En cas de restitution de l'effet suspensif, l'OBA pourrait se voir réclamer des dommages-intérêts. L'intérêt du maître de l'ouvrage à disposer d'une installation de régulation fiable et l'intérêt privé de l'entreprise en charge de ces travaux l'emportaient sur l'intérêt de l'intéressée à obtenir la restitution de l'effet suspensif pour un recours manifestement mal fondé.

b. Il a versé plusieurs documents à la procédure.

Conformément aux tableaux d'évaluation détaillés, le critère de l'organisation pour l'exécution du mandat et la qualité technique de l'offre était évalué selon quatre sous-critères, soit la planification des moyens, la répartition des tâches et responsabilités, la qualification des personnes-clé et le degré de compréhension du cahier des charges. Pour les références et l'expérience, chaque référence recevait une note.

- 7/19 - A/1024/2014

Selon le tableau d'évaluation détaillé relatif à swisspro, cette dernière proposait en moyenne 6,1 personnes, soit une quantité de personnel conforme. Elle était dotée d'une bonne organisation et le planning de l'ingénieur était signé. Elle avait dès lors reçu la note de 3,5 pour le sous-critère de la planification des moyens. En relation avec la qualification des personnes-clé, son offre comportait du personnel et une expérience conformes, de sorte qu'elle avait obtenu la note de 3. La même note lui avait été attribuée pour ses deux premières références, le montant des travaux étant similaire. Pour la troisième référence, elle avait reçu la note de 2, le montant de travaux n'étant pas défini et s'agissant de prestations de maintenance, différentes des travaux de l'appel d'offres.

Conformément au tableau d'évaluation détaillé relatif à Badel, son offre comportait trois personnes, soit une quantité de personnel suffisante. L'organisation était correcte et le planning de l'ingénieur signé. Elle avait ainsi obtenu une note de 3 pour la planification des moyens. Les curriculum vitae avaient été remis, le personnel était bon et doté de bonnes expériences et l'équipe qui réalisait la construction du CMU était reconduite, de sorte que la note de 3,5 lui avait été attribuée pour le sous-critère de la qualification des personnes-clé. Les travaux de ses première et deuxième références, soit les deux chantiers du CMU, étaient de même nature, se rapportaient à un domaine de recherche similaire, pour un montant nettement supérieur et concernaient le même site, de sorte qu'elle avait obtenu deux fois la

note de 4. En lien avec sa quatrième référence, soit celle du centre administratif pour un client privé, s'agissant de travaux de même nature pour un montant nettement supérieur, la note de 3,5 lui avait été décernée.

À teneur du contrat de maintenance du 23 janvier 2012 avec l'OBA, swisspro s'engageait à entretenir et améliorer les installations électriques existantes et à améliorer les documents y relatifs ainsi qu'à procéder à leur remise en état planifiée et non planifiée, en fonction des pannes (art. 1). Le contrat était conclu pour une durée de deux ans (art. 3). 10) L'adjudicataire ne s'est pas déterminée sur la demande d'effet suspensif, malgré l'invitation en ce sens. 11) a. Par réplique du 1er mai 2014, swisspro a persisté dans ses conclusions tendant à l'octroi de l'effet suspensif.

Badel avait produit deux références portant sur le même objet, constituant des prestations globales, soit une référence pour l'installation électrique courant fort du CMU 5 et une référence pour l'installation électrique courant faible du CMU 5. Ces deux références étaient en réalité constitutives d'une seule et même référence, de sorte qu'il était insoutenable qu'elle ait compté à double, avec une note élevée. Si le marché en cause ne portait que sur le « CFC 232 », correspondant aux installations à courant fort, la deuxième référence de

- 8/19 - A/1024/2014 l'adjudicataire ne pouvait être retenue. Si le marché litigieux concernait également le courant faible, les deux références ne pouvaient être distinguées et évaluées séparément. L'importance du marché à exécuter était déterminante et se situait aux environs de CHF 1'000'000.-. Le montant plus élevé des références n'était pas pertinent pour les évaluer et ne pouvait constituer un facteur d'augmentation de la note. Ce facteur avait toutefois été pris en compte pour l'adjudicataire, ce qui était insoutenable.

En relation avec la troisième référence de l'adjudicataire, concernant la maternité, l'OBA avait retenu une valeur de marché de CHF 3'500'000.- alors que le montant indiqué sur l'annexe Q8 était de CHF 860'000.-, ce qui ne devait toutefois pas revêtir d'influence, la valeur du marché n'étant pas pertinente. La note de 3,5 était trop généreuse en comparaison avec la note de 3 attribuée aux deux premières références de swisspro, laquelle devait également obtenir 3,5.

En relation avec la troisième référence de swisspro, les raisons données pour justifier la note de 2 ne résistaient pas à l'examen. Le fait qu'il s'agisse d'un contrat de maintenance et non d'entreprise ne devait pas conduire à une décote. Le volume des prestations exécutées dans le cadre du contrat de maintenance n'était pas inférieur à celui du marché à réaliser. Les prestations effectuées en relation avec le contrat de maintenance portaient sur des installations électriques à courants fort et faible, de sorte que les prestations étaient de même nature que celles du marché à exécuter. Deux à quatre personnes intervenaient à la prison de Champ-Dollon. Deux plannings prévisionnels figuraient dans le dossier d'appel d'offres, l'un d'une durée de vingt et un mois et l'autre de treize mois. Le nombre de personnes nécessaires varierait en fonction de la durée des travaux. Si la durée était de vingt et un mois, il était parfaitement possible de prévoir un nombre de personnes équivalant à celles mises en œuvre sur le site de Champ-Dollon. Les bâtiments du CMU à rénover contenaient des locaux sensibles et Champ-Dollon était un site sensible, nécessitant une organisation et des compétences élevées.

b. À l'appui de sa réplique, l'intéressée a produit le descriptif technique du dossier d'appel d'offres ayant abouti à la conclusion du contrat de maintenance. Elle devait mettre à

disposition à 100 % un monteur-électricien pour effectuer toutes les tâches d'entretien et de maintenance. Ses prestations devaient être étendues dans les domaines des installations à courant fort et faible. S'il devenait nécessaire, pour des travaux de maintenance et d'entretien, de mettre à disposition des ouvriers supplémentaires spécifiques, ils seraient intégrés dans l'offre selon une répartition décrite. 12) Par décision du 5 mai 2014, la chambre administrative a rejeté la requête en restitution de l'effet suspensif.

Le pouvoir adjudicateur avait exposé de façon détaillée la procédure de notation appliquée et avait justifié, de manière a priori pertinente, les raisons

- 9/19 - A/1024/2014 l'ayant conduit à évaluer de manière moindre, pour les références et la qualité, l'offre de l'intéressée par rapport à celle de l'adjudicataire. L'examen des annexes Q8 faisait apparaître des différences objectives susceptibles de confirmer la différence de notation. La question de savoir si deux des références de l'adjudicataire concernaient le même chantier ferait l'étude d'un examen au fond. Les chances de succès n'étaient, prima facie, pas suffisantes pour restituer l'effet suspensif au recours, d'autant plus que l'intérêt privé de swisspro à obtenir le marché cédait le pas à l'intérêt public à l'avancement du chantier du CMU.

Quant au critère d'organisation pour l'exécution du marché et de la qualité technique de l'offre, l'intéressée s'était contentée de substituer sa propre appréciation, sans détailler les griefs formulés. Aucun indice d'arbitraire ne ressortant du dossier, ce grief ne pouvait fonder l'octroi de l'effet suspensif. 13) a. Par observations au fond du 9 juillet 2014, swisspro a précisé ses conclusions, demandant préalablement qu'il soit ordonné à l'OBA d'indiquer si le contrat avec l'adjudicataire avait été conclu, et, dans la négative, l'adjudication du marché en sa faveur, ou, dans l'affirmative, la constatation de l'illicéité de la décision attaquée et la condamnation de l'OBA à lui verser CHF 21'893.- à titre de dommages-intérêts.

Elle a repris et complété l'argumentation développée précédemment.

La note de 3 attribuée à l'adjudicataire pour la planification des moyens était conforme alors que celle de 3,5 de swisspro était arbitrairement sévère. Cette dernière mettait à disposition 6,1 personnes alors que 3 avaient été jugées suffisantes, ce qui méritait plus d'un demi-point en plus. Il convenait de lui attribuer la note de 4.

Compte tenu du fait que Badel avait déjà un pied, voire les deux, dans le chantier du CMU, le pouvoir adjudicateur avait voulu coûte que coûte continuer à travailler avec elle, ce qui transparaissait dans son commentaire concernant le sous-critère de la qualification des personnes-clé, pour lequel la note était trop généreuse. L'adjudicataire avait fait l'objet d'une appréciation subjective, l'autorité adjudicatrice connaissant les personnes-clé, ce qui n'était pas le cas pour les autres soumissionnaires. Le principe d'égalité de traitement et d'impartialité de l'adjudication avait été violé. L'OBA avait qualifié le personnel de swisspro de simplement conforme et celui de Badel de bon, de sorte que son appréciation n'était ni sérieuse, ni traçable et par conséquent arbitraire.

Le dommage subi s'élevait à CHF 21'893.-, soit CHF 6'457.- de frais encourus pour l'établissement du dossier de participation à l'appel d'offres, CHF 1'300.- correspondant à l'avance de frais pour la procédure de recours, CHF 12'636.- de frais d'avocat effectifs et CHF 1'500.- de frais d'avocat futurs.

- 10/19 - A/1024/2014

b. À l'appui de ses observations, l'intéressée a versé à la procédure des documents concernant le dommage allégué. 14) a. Dans ses déterminations du 15 juillet 2014, l'OBA a persisté dans l'intégralité de ses conclusions.

Il a repris et précisé son argumentation précédente.

La commande des travaux pour les prestations adjudgées le 26 mars 2014 avait été passée et les travaux étaient en cours d'exécution.

L'adjudicataire avait fourni quatre références, dont la troisième n'avait pas été évaluée. La première référence concernait un marché important adjudgé en 2010, encore en cours d'exécution, pour un maître d'ouvrage public et comprenant des prestations identiques à celles du marché à exécuter, notamment l'alimentation électrique des nouvelles sous-stations MCR du CMU 5 ainsi que les liaisons de mesures, commandes et régulations entre celles-ci et leurs périphériques. La deuxième référence concernait également des installations électriques dans le bâtiment du CMU mais constituait une référence distincte. Le marché avait été adjudgé deux ans après le premier, en 2012, et portait sur un autre lot d'installations électriques, présentant également de grandes similitudes avec celles comprises dans le marché litigieux. La troisième référence n'avait pas été évaluée. La quatrième référence concernait un bâtiment récent dans lequel Badel avait effectué l'entier des installations électriques, y compris l'alimentation électrique de l'automatisme et les raccordements aux tableaux électriques. Il s'agissait d'un marché important. Les notes attribuées étaient conformes au barème. Le site identique constituait un avantage particulier. Le montant des références, nettement supérieur, démontrait l'aptitude à gérer de gros chantiers. Les trois chantiers concernaient des câblages spéciaux et des raccordements complexes.

La troisième référence de swisspro portait sur un contrat de maintenance de CHF 415'350.- sur deux ans. Le monteur-électricien mis à disposition des établissements pénitentiaires à 100 % procédait essentiellement à des diagnostics de panne. Ponctuellement, les prestations impliquaient des remises en état et des améliorations des installations, soit des interventions sans commune mesure avec celles à effectuer dans le cadre du marché à exécuter, nécessitant l'organisation d'équipe, la planification des interventions et la coordination avec l'entreprise en charge des sous-stations. L'intéressée avait donné peu d'indications sur ses références. Les notes données étaient généreuses. La note de 2 pour le contrat de maintenance à Champ-Dollon résultait de l'inadéquation partielle de la référence.

Dans son estimation des moyens mis en œuvre, le maître de l'ouvrage ne se contentait pas de mettre la meilleure note au soumissionnaire ayant proposé la plus grande équipe et devait examiner l'adéquation entre les moyens offerts et les

- 11/19 - A/1024/2014 besoins du chantier. Dans un bâtiment en activité, dans lequel les travaux se succédaient étage après étage, un effectif moyen de plus de six personnes ne présentaient pas un avantage particulier qu'il convenait de valoriser.

Le fait que le responsable technique et le chef de chantier de l'adjudicataire soient les mêmes que ceux actifs sur le chantier du CMU 5 présentait un avantage par rapport aux autres concurrents. Un candidat avait le droit de faire valoir une bonne expérience avec le maître de l'ouvrage, comme il pouvait être pénalisé pour un chantier s'étant mal passé. L'appréciation n'était pas contraire au principe d'égalité de traitement.

L'offre ne donnait droit à aucune indemnité. L'intéressée demandait la restitution de son avance de frais et le paiement des honoraires d'avocats en concluant également à la condamnation de l'OBA aux frais de procédure et à une indemnité incluant une participation aux honoraires d'avocats. Ses prétentions étaient redondantes et abusives.

b. À l'appui de ses déterminations, l'autorité adjudicatrice a versé à la procédure un courriel du 12 mai 2014 selon lequel elle avait passé la commande auprès de l'adjudicataire pour la réalisation des travaux du marché adjugé, une copie de la commande no 375'354 du 2 avril 2014 adressée à Badel et portant sur les installations de courant fort pour l'année 2014 pour un montant de CHF 612'360.-, un extrait de la FAO du 8 mars 2010 dans laquelle avait été lancé un appel d'offres pour la « Réalisation de l'étape 5 de la construction du [...] CMU. Lot 232.00 – Installations électriques 1 » –, ainsi qu'un extrait de la FAO du 19 juin 2012 comportant un appel d'offres pour la « Restructuration des plateaux techniques de la Médecine légale et de l'Anatomie (CMU). Lot 232.00 – Installations électriques ». 15) L'adjudicataire ne s'est pas déterminée sur le fond, bien que sollicitée à le faire. 16) Sur quoi, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 1)

Le marché offert est soumis à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994, révisé le 15 mars 2001 (AIMP - L 6 05), à la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 9 août 1997 (L-AIMP - L 6 05.0), au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), ainsi qu'à la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

- 12/19 - A/1024/2014 2)

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces deux points de vue (art. 15 al. 1, 1bis et 2 AIMP ; art. 3 al. 1 L-AIMP ; art. 55 let. e et 56 RMP ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05).

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/851/2014 du 4 novembre 2014 consid. 3a ; ATA/360/2014 du 20 mai 2014 consid. 3a ; ATA/20/2014 du 14 janvier 2014 consid. 2a ; ATA/580/2013 du 3 septembre 2013 consid. 3a ; ATA/517/2009 du 13 octobre 2009 consid. 3).

b. Selon l'art. 18 al. 2 AIMP, lorsque le contrat entre l'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire est déjà conclu conformément à l'art. 46 RMP, 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 soumission et de recours (art. 3 al. 3 L-AIMP). 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 (arrêt du Tribunal fédéral 2P.307/2005 du 24 mai 2006 consid. 2).

Lorsque le contrat a déjà été conclu, le soumissionnaire évincé 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. 5b p. 96).

c. Une commande constitue soit l'acceptation de l'offre faite par l'adjudicataire en procédure de soumission, soit une offre de contracter, qui doit ensuite être acceptée par l'adjudicataire. Ainsi, lorsqu'une commande porte sur les éléments essentiels du contrat, ce dernier doit en principe être considéré comme conclu au sens de l'art. 2 al. 1 de la loi fédérale complétant le code civil suisse (livre cinquième : droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO - RS 220 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_553/2013 du 3 septembre 2013 consid. 1.3 ; ATA/851/2014 précité consid. 3a).

d. En l'espèce, le contrat doit être considéré comme conclu. En effet, la commande n° 373'354 du 2 avril 2014, portant sur les éléments essentiels du contrat, indique alternativement que l'autorité intimée a accepté l'offre de l'appelée en cause, de sorte que le contrat a été conclu, ou qu'elle a fait une offre de contracter, acceptée par l'appelée en cause, comme le confirme le fait que les travaux ont commencé, conformément aux indications de l'autorité intimée.

- 13/19 - A/1024/2014

En tant que soumissionnaire évincée, en dépit de la conclusion du contrat, la recourante conserve un intérêt actuel à recourir contre la décision d'adjudication, afin de demander la constatation du caractère illicite de la décision attaquée et son indemnisation. Elle dispose donc de la qualité pour recourir.

Au vu de ce qui précède, le recours est recevable. 4)

La recourante sollicite l'audition du gardien-chef de la prison de Champ-Dollon.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. – RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 135 I 279 consid. 2.3 p. 282 ; 132 II 485 consid. 3.2 p. 494 ; 127 I 54 consid. 2b p. 56 ; arrêts du Tribunal fédéral 2D\_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3 ; 2C\_552/2011 du 15 mars 2012 consid. 3.1).

b. Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 ; 134 I 140 consid. 5.3 p. 148 ; 131 I 153 consid. 3 p. 158 ; ATA/586/2013 du 3 septembre 2013 consid. 5b).

c. En l'espèce, la chambre administrative dispose d'un dossier complet lui permettant de trancher le litige et de se prononcer sur les griefs soulevés en toute connaissance de cause.

Il ne sera dès lors pas donné suite à la requête de la recourante. 5)

Le litige porte sur la conformité au droit de la décision d'adjudication du marché à l'appelée en cause par l'autorité intimée et du rejet de l'offre de la recourante. 6)

La législation en matière de marchés publics est fondée sur les principes énoncés à l'art. 1 AIMP. Il s'agit notamment d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, de garantir l'égalité de traitement à l'ensemble de ceux-ci, l'impartialité de l'adjudication ainsi que la transparence des marchés publics et, finalement, de permettre une utilisation

parcimonieuse des deniers publics.

- 14/19 - A/1024/2014 7)

La recourante reproche à l'autorité intimée d'avoir fait preuve d'arbitraire dans le cadre de l'évaluation de son offre et de celle de l'adjudicataire en ce qui concerne les notes attribuées pour le critère des références et de l'expérience ainsi que pour les sous-critères de la planification des moyens et de la qualification des personnes-clé.

a. Les offres sont évaluées en fonction des critères d'aptitude et des critères d'adjudication (art. 12 RMP). L'autorité adjudicatrice choisit des critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché. Elle doit les énoncer clairement et par ordre d'importance au moment de l'appel d'offres (art. 24 RMP).

L'évaluation est faite selon les critères prédéfinis, conformément à l'art. 24 RMP, et énumérés dans l'appel d'offres et/ou les documents d'appel d'offres (art. 43 al. 1 RMP). Le résultat de l'évaluation des offres fait l'objet d'un tableau comparatif (art. 43 al. 2 RMP). Par ailleurs, le marché est adjugé au soumissionnaire ayant déposé l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix (art. 43 al. 3 RMP).

b. La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 précité consid. 6 p. 98 ; ATA/851/2014 précité consid. 9b ; ATA/20/2014 précité consid. 11). 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 (ATF 130 I 241 consid. 6.1 p. 251 ; arrêts du Tribunal fédéral 2P.111/2003 du 21 janvier 2004 consid. 3.3 ; 2P.172/2002 du 10 mars 2003 consid. 3.2 ; RDAF 1999 I p. 301 ; ATA/851/2014 précité consid. 9b ; ATA/20/2014 précité consid. 11). 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 ; ATA/851/2014 précité consid. 9b ; ATA/20/2014 précité consid. 11).

Ainsi, même dans les marchés publics 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 plus 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 (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_549/2011 du 27 mars 2011 consid. 2.3 et 2.4 ; 2P.172/2002 précité consid. 3.2 ; ATA/851/2014 précité consid. 9b ; ATA/20/2014 précité consid. 11 ; ATA/117/2013 du 26 février 2013 consid. 10 ; ATA/260/2001 du 24 avril 2001 consid. 9 et la jurisprudence citée ; Denis 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

- 15/19 - A/1024/2014 consid. 2.3 ; ATA/851/2014 précité consid. 9b ; ATA/20/2014 précité consid. 11 ; 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 Denis ESSEIVA précitée ; Olivier 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

économiquement 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 ; ATA/851/2014 précité consid. 9b ; ATA/20/2014 précité consid. 11).

c. Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur les considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables ou viole des principes généraux de droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 consid. 5.1 p. 73 ; 123 V 150 consid. 2 p. 152 et les références citées).

Une décision est arbitraire 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. La chambre administrative ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale 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. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle 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 138 I 232 consid. 6.2 p. 239 ; 136 I 316 consid. 2.2.2 p. 318 s ; ATA/131/2013 du 5 mars 2013 consid. 6). 8)

En l'espèce, la recourante estime que la note de 2 attribuée à sa référence du contrat de maintenance des sites carcéraux serait insoutenable.

Il ressort toutefois du dossier que la recourante doit, dans le cadre du contrat du 23 janvier 2012, procéder à l'entretien, l'amélioration et la remise en état des installations électriques à courant fort et faible existantes, en mettant en principe à disposition uniquement un monteur-électricien. Ainsi, conformément aux constatations de l'autorité intimée, le marché référencé concerne des prestations différentes du marché à exécuter - le premier requérant simplement un travail sur des installations électriques existantes et le second exigeant leur mise en place - et

- 16/19 - A/1024/2014 se distingue de ce dernier en ce sens qu'il nécessite, en principe, l'activité d'une seule personne et non la mise en place d'une équipe. Si la recourante a fourni la référence demandée, cette dernière ne répondait dès lors que partiellement aux points définis dans l'annexe Q8, n'étant pas en rapport avec le marché à exécuter.

Par conséquent, en attribuant une note de 2 à la recourante pour sa troisième référence, l'autorité intimée n'est pas tombée dans l'arbitraire et n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation. Le grief sera écarté. 9)

La recourante soutient par ailleurs que les deux références de l'appelée en cause concernant le CMU constitueraient une seule et même référence, de sorte qu'il serait arbitraire de lui attribuer deux fois la note de 4, laquelle serait au surplus trop généreuse.

Les deux références concernent cependant deux marchés ayant fait l'objet d'appels d'offres distincts, à deux années d'intervalle. Le seul fait que ces deux marchés aient été adjugés à la même société ne permet pas de conclure à leur unité. Il s'agit dès lors bien de chantiers différents, que l'appelée en cause pouvait faire valoir séparément et l'autorité intimée

considérer comme deux références.

Par ailleurs, contrairement à ce qu'affirme la recourante, il ressort en l'espèce de l'annexe Q8 que le montant du marché est pertinent afin d'évaluer l'importance du marché référencé. L'autorité intimée n'est ainsi, dans ce cas particulier, pas tombée dans l'arbitraire en considérant que le montant très élevé des marchés des deux premières références de l'appelée en cause pouvant constituer un atout, en démontrant une capacité à faire face à de gros chantiers, avantage qui s'ajoutait à ceux liés à la similitude de la nature des prestations et à l'identité du site.

Au vu de qui précède, les deux références, distinctes, revêtaient des avantages particuliers certains, de sorte que l'appréciation de l'autorité intimée n'est pas manifestement insoutenable. Cette dernière n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation et le grief sera écarté. 10) La recourante affirme ensuite que la note de 3,5 attribuée à la troisième référence de l'appelée en cause serait trop généreuse en comparaison avec celle obtenue pour ses deux premières références, de sorte qu'il conviendrait de lui attribuer la même note.

Ce faisant, la recourante se contente de substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité intimée, sans expliquer en quoi la note de 3 obtenue pour ses deux premières références serait arbitraire. Elle ne fait ainsi pas valoir d'avantage particulier que l'autorité intimée aurait omis de prendre en considération dans son évaluation de manière choquante et justifiant une note allant au-delà de la qualification de suffisante, attribuée en raison du montant similaire des travaux. Il

- 17/19 - A/1024/2014 convient du reste de constater que la recourante se méprend en considérant que la note de 3,5 de l'appelée en cause évalue la référence relative à la rénovation de la maternité, dont le montant était de CHF 860'000.-, puisque l'autorité intimée n'a pas examiné cette référence, ayant uniquement retenu celle pour une compagnie d'assurance, marché d'un montant de CHF 3'500'000.-.

Rien n'indique dès lors que l'autorité intimée soit tombée dans l'arbitraire, de sorte que le grief sera écarté. 11) La recourante reproche en outre à l'autorité intimée d'avoir fait preuve d'arbitraire en lui attribuant la note de 3,5 pour la planification des moyens. Elle méritait la note de 4 du fait qu'elle proposait 6,1 personnes alors que trois avaient été jugées suffisantes.

L'autorité intimée a néanmoins opéré son évaluation en jugeant de l'adéquation des moyens offerts avec les besoins du chantier, le choix de cette méthode s'inscrivant dans son pouvoir d'appréciation. L'annexe R6 se réfère du reste implicitement au principe d'adéquation, en mentionnant expressément le fait qu'il s'agissait d'évaluer les moyens matériels et humains mis en place pour exécuter le marché en conformité avec les exigences, objectifs et échéances principales du marché. Or, il n'est pas insoutenable de considérer qu'une équipe plus nombreuse, sans que cela ne soit nécessaire, ne constitue pas un avantage particulier. Au demeurant, l'autorité a tout de même valorisé ce fait, puisqu'elle a jugé que ce sous-critère était au-dessus de la simple suffisance en retenant la note de 3,5.

L'appréciation de l'autorité n'est en conséquence pas entachée d'arbitraire et le grief sera écarté. 12) Finalement, la recourante critique l'évaluation de l'autorité intimée quant au sous-critère des personnes-clé, estimant qu'elle aurait accordé un avantage indu à l'appelée en cause en raison de sa connaissance de l'équipe proposée, composée des mêmes personnes que celles travaillant sur les deux marchés du CMU.

Toutefois, là encore, la méthode d'évaluation relevait du pouvoir d'appréciation de l'autorité intimée, laquelle était libre de juger de l'opportunité de prendre en compte une expérience positive ou négative avec les personnes-clé, une telle prise en considération n'étant pas insoutenable.

Le grief sera donc écarté. 13) Au vu de ce qui précède, la recourante s'est contentée d'autoévaluer son offre et de mettre en doute les qualités de sa concurrente, sans démontrer avec succès avoir été traitée différemment par rapport aux autres soumissionnaires ni avoir été sujette à une appréciation arbitraire, l'ensemble de ses griefs étant dès lors mal fondés.

- 18/19 - A/1024/2014 14) Dans ces circonstances, la décision d'adjudication de l'OBA est conforme au droit et le recours de swisspro sera rejeté. 15) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée, pas plus qu'à l'appelée en cause, qui n'a pas pris de conclusions en ce sens (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \* PAR CES MOTIFS LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE à la forme : déclare recevable le recours interjeté le 4 avril 2014 par swisspro SR SA contre la décision de l'office des bâtiments du 26 mars 2014 ; au fond : le rejette ; met à la charge de swisspro SR SA un émolument de CHF 1'500.- ; dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ; 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 ; - sinon, 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

- 19/19 - A/1024/2014 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 Olivier Rodondi, avocat de la recourante, à l'office des bâtiments, à Félix Badel et Cie SA, appelée en cause, ainsi qu'à la commission de la concurrence, pour information. Siégeants : M. Verniory, président, M. Thélin, Mme Junod, M. Dumartheray, Mme Payot Zen-Ruffinen, juges. Au nom de la chambre administrative : le greffier-juriste :

M. Mazza

le président siégeant :

J.-M. Verniory

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.