

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1546/2012-MARPU

ATA/382/2012

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Décision du 13 juin 2012**

**sur effet suspensif**

dans la cause

**MINERG-APPELSA SERVICES S.A.**

représentée par Me Bruno Mégevand, avocat

contre

**HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE (HUG)**

représentés par Me Pierre Martin-Achard, avocat

---

Attendu, en fait, que :

1. a. Les Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) ont lancé, par publication dans la Feuille d'avis officielle du canton de Genève (ci-après : FAO) du 10 janvier 2012, 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 intitulé : installations ventilation et climatisation, désigné selon le vocabulaire commun des marchés publics, « CPV : 45331200 : - Travaux d'installation de matériel de ventilation et de climatisation ».

Il s'agissait de procéder à l'installation complète de la ventilation et de la climatisation du bâtiment des laboratoires (ci-après : BATLab), soit d'un bâtiment de douze niveaux, sis 30, rue Lombard, pour lequel les HUG avaient obtenu un permis de construire le 31 août 2011 et dont la construction a débuté.

Les offres devaient être déposées d'ici au 24 février 2012, les travaux devant être exécutés entre le 1<sup>er</sup> juin 2012 et le 20 décembre 2013.

Les critères d'adjudication étaient décrits dans les documents du dossier d'appel d'offres disponible via le site [www.simap.ch](http://www.simap.ch).

2. Selon les conditions administratives figurant dans le dossier d'appel d'offres :
  - a. L'évaluation des offres se basait exclusivement 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 aux soumissionnaires préalablement. L'adjudication était faite 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 (R15) 30 % ;
    - organisation du candidat pour satisfaire les exigences du client (30 %).
  - c. Un critère d'adjudication pouvait être divisé en 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, avec précision 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 :

$$\text{note offre X} = ([\text{coût de l'offre la moins disante/coût de l'offre X}]^3 \times 5).$$

e. 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 le nom des membres.

f. La décision d'adjudication serait notifiée par écrit, sommairement motivée, 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, Minerg-Appelsa Services S.A. (ci-après : Minerg) a fait parvenir une soumission aux HUG. Le prix de son offre s'élevait à CHF 4'644'000.- toutes taxes comprises (ci-après : TTC).
4. Dans le même délai, Hälg & Cie S.A. (ci-après : Hälg), a déposé une offre pour un montant total de CHF 4'730'000.- TTC.
5. Le 8 mai 2012, les HUG ont écrit à Minerg. Le marché pour lequel elle avait déposé une offre avait été adjugé à Hälg, dont l'offre avait été considérée comme économiquement la plus avantageuse, pour le montant de CHF 4'826'500.- hors taxes (HT). Minerg avait été classée au deuxième rang sur les sept offres évaluées.
6. Il ressort du rapport de notation des offres du 2 mai 2012 (soit du rapport de notation du prix, d'analyse multicritères et de détail des notes), les éléments suivants :

Critères & éléments d'appréciation	Note de Hälg	Note de Minerg
Critère 1 : Prix (par la méthode T3) 40 %	4,87	5
Points obtenus	194,67	200
Critère 2 : Qualité de l'offre (30 %)		
2.1 Présentation, structure, intelligibilité :		
Présentation (coeff. 1)	5	4
Structure (titres, chapitres, respect texte de la soumission) (coeff. 1)	5	4,5
Respect ordre positions (coeff. 1)	5	5

Toutes positions renseignées (texte et renseignements compl.) (coeff. 5)	4,5	3,5
2.2 Respect du métré :		
Toutes positions renseignées (montants et détails techniques) (coeff. 2)	5	5
Totaux partiels intermédiaires (coeff. 1)	5	5
Récapitulation totaux partiels (en début ou en fin) (coeff. 1)	4	4
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	4,22	4
Points obtenus	126,5	120
Critère 3 : Organisation du candidat pour satisfaire les exigences du client (30 %)		
3.1 Capacité et disponibilité du personnel (coeff. 7,5)	5	1,5
3.2 Capacité du bureau d'étude (coeff. 7,5)	4	1,5
3.3 Expérience et travaux similaires déjà réalisés sur d'autres sites (coeff. 7,5)	4,5	4
3.4 Expérience et travaux similaires déjà réalisés au sein des HUG (coeff. 7,5)	4	2
Note critère 3	4,43	2,21
Points obtenus	132,75	66,25
Total des points obtenus	453,92	386,25

7. Par acte posté le 21 mai 2012, Minerg 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, concluant à son annulation et à ce que les travaux lui soient adjugés. Préalablement, elle sollicitait la restitution de l'effet suspensif.

Les HUG avaient fait usage d'un critère qui ne respectait pas le principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires. Il s'agissait du critère des expériences et des travaux similaires déjà réalisés au sein des HUG. Ce critère n'était pas mentionné dans les documents d'appel d'offres, son coefficient 5 n'était pas négligeable et le recours à celui-ci conduisait à donner une prime à certains candidats du simple fait qu'ils avaient déjà été « primé[s] auparavant », à pénaliser les entreprises précédemment écartées, ou qui formulaient une offre pour la première fois.

En outre, Minerg avait fait l'objet d'une évaluation insuffisante de son offre au regard des trois sous-critères suivants « toutes positions renseignées », « capacité et disponibilité du personnel » et « capacité du bureau d'études ».

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

8. Le 1<sup>er</sup> 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 se trouvait pas dans cette situation. 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. Minerg ne bénéficiait pas de l'expérience requise.

Il y avait 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.

Considérant, en droit, que :

1. Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est recevable de ces points de vue (art. 15 al. 2 AIMP).
2. Aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, restituer cet effet pour autant qu'il paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP).
3. La restitution de l'effet suspensif constitue cependant une exception en matière de marchés publics et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/752/2011 du 8 décembre 2011 ; ATA/614/2011 du 28 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/214/2011 du 1<sup>er</sup> avril 2011, et la jurisprudence citée).

4. « L'examen de la requête suppose une appréciation *prima facie* du bien-fondé du recours ; le but est alors de refuser l'effet suspensif au recours manifestement dépourvu de chance de succès, dont le résultat ne fait aucun doute ; inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire mais suppose de constater et de pondérer le risque de préjudice » (B. BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in J.-B. ZUFFEREY / H. STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zurich 2010, pp. 311-341, n. 15 p. 317).

5. La recourante conteste, au nom des principes de la transparence et de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, l'usage par le pouvoir adjudicateur d'un sous-critère ne figurant pas dans ceux publiés dans les documents d'appel d'offres, qui attribuait des points en fonction des chantiers que le soumissionnaire avait déjà menés pour le compte des HUG.

Un tel sous-critère représente un quart du critère principal n° 3 auquel il est rattaché et auquel est attribué un coefficient de 30 %. Son poids représente donc 7,5 % du référentiel, ce qui ne permet pas de retenir *prima facie* qu'il jouait un rôle équivalant à celui d'un critère principal, nécessitant qu'il soit annoncé dans les documents d'appel d'offre (Arrêt du Tribunal fédéral 2P\_172/2002 du 10 mars 2003 ; ATA /94/2005 du 1<sup>er</sup> mars 2005).

Quant à l'inadmissibilité d'un tel critère sous l'angle de l'interdiction des comportements discriminatoires, elle ne s'impose pas d'emblée dès lors qu'à première vue un certain droit doit être reconnu au maître de l'ouvrage de prendre en considération l'expérience et la connaissance que les entreprises soumissionnaires ont des lieux ou de la structure dans laquelle va se dérouler le chantier, du moins si cela ne conduit pas à favoriser par trop l'une ou l'autre de celles-ci par une trop grande importance accordée au sous-critère en question.

Tel ne paraît pas être le cas en l'espèce. 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 3.4, ne conduisent pas à retenir *prima facie* que son usage génère une inégalité de traitement entre soumissionnaires.

6. La recourante conteste également les notes qui lui ont été attribuées en fonction de trois autres sous-critères. Elle ne démontre cependant pas, à ce stade de la procédure, l'arbitraire de cette notation et ne fait que substituer son appréciation à celle des évaluateurs.

7. *A priori*, le recours n'a donc que des chances ténues de succès. En outre, l'intérêt public à ce que le chantier du BATLab puisse aller de l'avant dans le respect des délais

impartis l'emporte sur l'intérêt privé de la recourante à faire valoir ses droits. Cette issue s'impose d'autant plus dans la pesée des intérêts prévue à l'art. 58 al. 2 RMP que la recourante ne démontre pas, à ce stade de la procédure, qu'elle se verrait adjuger le marché s'il était constaté que le sous-critère critiqué était effectivement d'un usage illicite et n'avait pas à être pris en considération. En effet, si, dans cette hypothèse, l'adjudicataire perdait 30 points (4 x 7,5), elle-même s'en verrait retrancher 15 (2 x 7,5), ce qui laisserait la première largement en tête du classement final (423,92 points au lieu de 453,92 contre 371, 25 points au lieu de 386,25). Vu les art. 58 RMP, 66 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) et 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010, la requête en restitution de l'effet suspensif sera rejetée.

### **LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

rejette la requête en restitution de l'effet suspensif ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que, conformément aux art. 82 ss 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'art. 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 Bruno Mégevand, avocat de la recourante Minerg-Appelsa Services S.A., ainsi qu'à Me Pierre Martin-Achard, avocat des Hôpitaux universitaires de Genève.

La présidente :

E. Hurni

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :