

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1651/2018-MARPU

ATA/970/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 4 juin 2019

dans la cause

COGAR SÀRL

représenté par Me Damien Blanc, avocat

contre

HOSPICE GÉNÉRAL

représenté par Me Bertrand Reich, avocat

et

BATINEG SA, appelée en cause

représentée par Me Robert Hensler, avocat

EN FAIT

- 1) L'Hospice général (ci-après : l'hospice) est propriétaire de la parcelle n°5'477, feuille 39, de la commune Genève-Cité.

Sur cette parcelle est érigé un bâtiment, sis au 22, place de Cornavin, qui comprend un hôtel (hôtel Bernina), un restaurant et un commerce.

- 2) Le 19 février 2018, l'hospice a publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) et sur la plateforme www.simap.ch un « Appel d'offres pour Entreprises Totales », en procédure ouverte et soumis aux traités internationaux, pour l'étude et l'exécution des travaux de transformation et rénovation de l'hôtel Bernina.

Le projet consistait en une réfection de la façade, un remplacement des menuiseries extérieures et la rénovation complète des planchers, des installations techniques « CVSE » et de l'ensemble des finitions pour une livraison clef en main de l'hôtel.

Le dossier d'appel d'offres énumérait les critères d'adjudication et leur pondération comme suit :

- prix (50 %, ci-après : critère 1) ;
- qualité de l'offre : qualité de la proposition technique, organisation du chantier, garanties proposées pour l'ouvrage et qualité des dispositions prises pour limiter les nuisances (20 %, ci-après : critère 2) ;
- planification : délais selon le planning intentionnel, faisabilité et adéquation entre les délais, les moyens mis à disposition et le projet proposé (15 %, ci-après : critère 3) ;
- qualité du soumissionnaire : qualifications des personnes désignées pour la réalisation du projet et des personnes cadres, qualité des références récentes et comparables, organisation pour la réalisation du projet, structure et organisation interne du soumissionnaire, effectif et qualifications, organisation qualité et contribution au développement durable (10 %, ci-après : critère 4) ;
- compréhension de la problématique (5 %, ci-après : critère 5).

Le délai pour poser des questions à l'adjudicateur était fixé au 19 mars 2018. Le délai pour déposer les offres était fixé au 16 avril 2018 à 17h00.

- 3) Le 16 avril 2018, Cogar Sàrl (ci-après : Cogar), société à responsabilité limitée ayant son siège à Vernier et ayant pour but social l'étude, la direction et

l'exécution de construction, a remis son offre pour un montant de CHF 8'691'103.09 toutes taxes comprises (ci-après : TTC)

- 4) Le 17 avril 2018, l'hospice a procédé à l'ouverture des offres. Cinq entreprises avaient soumissionné dont Cogar et Batineg SA (ci-après : Batineg), société anonyme ayant son siège à La Rippe et ayant pour but social tous mandats relatifs à l'activité d'entreprise générale ou totale de construction, à l'exception des opérations prohibées par la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger du 16 décembre 1983 (LFAIE - RS 211.412.41), cette dernière avait soumissionné pour un montant de CHF 9'682'230.- TTC.

Tant Cogar que Batineg avaient prévu des variantes, ce qui était autorisé par le dossier d'appel d'offres (point 10.2).

- 5) Le 23 avril 2018, Cogar, accompagnée d'ingénieurs compétents, a été reçue par l'hospice car ce dernier avait demandé des explications sur ses aptitudes et sur son offre.
- 6) Par décision du 2 mai 2018, l'hospice a informé Cogar que son offre, classée au 2^{ème} rang des cinq offres évaluées, n'avait pas été retenue et qu'il avait adjugé le marché à Batineg.

Le tableau de notation du jury, joint à la décision, mentionnait les notes obtenues par Cogar aux différents critères ainsi que sa note totale (3,88). Les notes totales de Batineg (4,33) et de trois autres soumissionnaires, dont les noms étaient tus, pour, respectivement, 3,48, 2,52 et 2,14, figuraient également dans ledit tableau. Les notes de Batineg relatives aux différents critères étaient également tues.

Pour le critère 1, Cogar avait obtenu la note de 5. Elle avait obtenu la note de 3,0 pour le critère 2. Pour les critères 3 et 4, l'intéressée avait obtenu la note de 2,5. Enfin, une note de 3,0 lui avait été attribuée pour le critère 5.

- 7) Le 8 mai 2018, à la demande de Cogar, une réunion avec le pouvoir adjudicateur s'est tenue.
- 8) Par acte du 14 mai 2018, Cogar a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision du 2 mai 2018, concluant, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif, à ce qu'un délai supplémentaire de dix jours lui soit accordé, à ce qu'elle soit autorisée à consulter l'offre de Batineg et à ce qu'il soit ordonné à l'hospice de produire son dossier d'appel d'offres. Sur le fond, elle a conclu à l'annulation de la décision du 2 mai 2018 et à ce que le marché lui soit octroyé, sous suite de frais et dépens. Elle a également pris des conclusions subsidiaires et encore plus subsidiaires, notamment en indemnisation.

Son droit d'être entendue avait été violé, par l'absence de motivation de la décision attaquée et par le refus d'accéder au dossier de Batineg.

Le principe de l'intangibilité des offres avait également été violé. Selon les dires du pouvoir adjudicateur lors de la séance tenue le 8 mai 2018, Batineg avait directement proposé une variante consistant à remplacer complètement les façades en lieu et place de leur réfection complète, soit nettoyage de l'ensemble, piquage et lissage avec treillis noyé selon besoin, crépissage deux couches y compris primer sur l'ensemble, façades prêtes à recevoir le revêtement de finition. En ne remettant pas un descriptif respectant les exigences du cahier des charges, Batineg avait violé l'art. 10 de l'appel d'offres.

Enfin, le pouvoir adjudicateur avait abusé de son pouvoir d'appréciation s'agissant de la notation des critères 2, 3 et 4.

- 9) Le 29 mai 2018, l'hospice a conclu, préalablement, à la soustraction des pièces confidentielles, soit les offres, leurs annexes, le rapport d'évaluation et les procès-verbaux d'audition des soumissionnaires, à la vue des autres parties et, principalement, au rejet de la requête en octroi de l'effet suspensif.

Il a notamment produit le tableau comportant le détail des notes de toutes les offres. Le système d'évaluation utilisé était classique s'agissant du barème préconisé par le Guide romand pour les marchés publics. Il ressortait du tableau récapitulatif les notes suivantes :

Critères	Pondération	Batineg	Cogar
Prix	50 %	4,2	5,0
Qualité de l'offre	20 %	4,5	3,0
Planification	15 %	4,5	2,5
Qualité du soumissionnaire	10 %	4,0	2,5
Compréhension de la problématique	5 %	5,0	3,0
Note totale	100%	4,33	3,88
Classement		1	2

- 10) Le 31 mai 2018, Batineg a conclu, préalablement, au rejet des conclusions préalables de Cogar, en particulier celle tendant à la communication de l'offre déposée par Batineg annexes y comprises, et au rejet de la requête en octroi de l'effet suspensif. Le sort des frais et dépens devait être réservé au fond.

Batineg a notamment produit la liste des réponses aux questions de l'hospice à la suite de son audition le 23 avril 2018.

- 11) Par décision sur effet suspensif du 11 juin 2018 (ATA/582/2018), la présidence de la chambre administrative a refusé d'octroyer l'effet suspensif au recours et réservé le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond.

Par arrêt du 13 juillet 2018 (2C_594/2018), le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours interjeté par Cogar contre cette décision.

- 12) Le 2 juillet 2018, Batineg a conclu, sur mesures préalables, au rejet des conclusions préalables de Cogar, en particulier celle tendant à la communication de l'offre déposée par Batineg, annexes y comprises, et, sur le fond, au rejet du recours « sous suite de frais et dépens ».

- 13) Le 10 juillet 2018, l'hospice a conclu, préalablement, à la soustraction des pièces confidentielles, soit les offres, leurs annexes, le rapport d'évaluation et les procès-verbaux d'audition des soumissionnaires, à la vue des autres parties. Principalement, il a conclu au rejet du recours « sous suite de frais ».

Le contrat pour l'étude et l'exécution des travaux de transformation et rénovation de l'hôtel Bernina entre l'hospice et Batineg avait été conclu le 4 juillet 2018.

- 14) À la demande du juge délégué, Batineg a transmis une copie de son offre, ainsi qu'une copie du procès-verbal de son audition par le pouvoir adjudicateur le 23 avril 2019. Seuls deux documents en avaient été retranchés en raison du fait qu'ils contenaient des informations couvertes par le secret d'affaires.

- 15) Cogar ne s'est pas manifestée dans le délai qui lui avait été imparti pour se déterminer sur les nouvelles pièces versées à la procédure.

- 16) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

- 17) Pour le surplus, les arguments des parties et certains faits seront, en tant que de besoin, repris dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; 3 al. 1 de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 - L-AIMP - L 6 05.0 ; art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 15 al. 1, 1bis let. e et 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 55 let. e et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01).

2) a. Le contrat ayant été conclu avec l'adjudicataire (art. 14 al. 1 AIMP et 46 RMP), se pose la question de l'intérêt digne de protection de la recourante au maintien du recours.

b. 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 al. 1 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/1236/2018 du 20 novembre 2018 consid. 2b ; ATA/322/2018 du 10 avril 2018 et les références citées).

En matière de marchés publics, l'intérêt actuel du soumissionnaire évincé est évident tant que le contrat n'est pas encore conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, car le recours lui permet d'obtenir la correction de la violation commise et la reprise du processus de passation. Mais il y a lieu d'admettre qu'un soumissionnaire évincé a aussi un intérêt actuel au recours lorsque le contrat est déjà conclu avec l'adjudicataire, voire exécuté, car il doit pouvoir obtenir une constatation d'illicéité de la décision pour pouvoir agir en dommages-intérêts (art. 18 al. 2 AIMP ; art. 3 al. 3 L-AIMP ; ATF 137 II 313 consid. 1.2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_24/2017 du 14 mai 2018 consid. 2.2.1 ; ATA/490/2017 du 2 mai 2017 et les références citées). Le recourant qui conteste une décision d'adjudication et 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).

c. En l'espèce, dans son écriture du 10 juillet 2018, l'hospice a précisé que le contrat pour l'étude et l'exécution des travaux de transformation et rénovation de l'hôtel Bernina avait été formalisé, Batineg l'ayant signé le 4 juillet 2018. En tant que soumissionnaire évincé, la recourante conserve toutefois un intérêt juridique à

recourir contre la décision litigieuse, son recours étant à même d'ouvrir son droit à une éventuelle indemnisation (ATF 125 II 86 consid. 5b ; ATA/492/2018 du 22 mai 2018 consid. 3e).

Le recours est par conséquent également recevable de ce point de vue.

3) L'AIMP vise l'ouverture des marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales (art. 1 al. 1 1^{ère} phrase AIMP). Il poursuit plusieurs objectifs, soit assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. a AIMP), garantir l'égalité de traitement entre ceux-ci – principe qui oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires tout au long du déroulement formel de la procédure (art. 16 RMP) – et assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 3 let. b AIMP), assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) et permettre l'utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes, auxquels s'ajoute également la renonciation à des rounds de négociation sur les prix, les remises de prix et les modifications des prestations comprises dans l'offre (art. 11 let. c AIMP et 18 RMP), doivent être respectés notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 let. a et b AIMP).

4) La recourante conclut, préalablement, à l'accès à l'entier de l'offre de Batineg.

a. Le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) implique notamment le droit de prendre connaissance du dossier (ATF 136 I 265 consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_15/2011 du 31 octobre 2011 consid. 3.1) et le droit de participer à l'administration des preuves essentielles (ATF 135 I 279 consid. 2). Ces droits ne sont toutefois pas absolus, mais peuvent, dans certaines circonstances, être restreints. En particulier, le droit de consulter le dossier peut être limité pour garantir les intérêts importants de l'État ou de tiers ; savoir si une telle limitation est justifiée dépend des intérêts en présence qu'il convient de peser (ATF 129 I 249 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_15/2011 précité consid. 3.1).

b. Aux termes de l'art. 45 LPA, l'autorité peut interdire la consultation du dossier si l'intérêt public ou des intérêts privés prépondérants l'exigent (al. 1) ; le refus d'autoriser la consultation des pièces ne peut s'étendre qu'à celles qu'il y a lieu de garder secrètes et ne peut concerner les propres mémoires des parties, les documents qu'elles ont produits comme moyens de preuves, les décisions qui leur ont été notifiées et les procès-verbaux relatifs aux déclarations qu'elles ont faites (al. 2) ; une pièce dont la consultation est refusée à une partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué par écrit le contenu

essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de proposer les contre-preuves (al. 3).

c. Selon l'art. 11 let. g AIMP, le traitement confidentiel des informations doit être respecté lors de la passation de marchés publics.

L'art. 22 al. 1 RMP, intitulé « Confidentialité et droits d'auteur », prévoit que les informations mises à disposition par les soumissionnaires, en particulier les secrets d'affaires et de fabrication, sont traitées de façon confidentielle.

d. Selon la doctrine, en matière de marchés publics, le droit d'accès au dossier est limité en raison de la protection des intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires. Ces derniers ne peuvent avoir accès à des documents couverts par le secret d'affaire. Cette limitation restreint leurs droits mais ne les laisse pas sans protection. Ils peuvent demander à l'adjudicateur les motifs du rejet de leur offre dont l'autorité de recours vérifie la validité en se fondant sur une analyse complète des offres concurrentes (arrêt du Tribunal fédéral 2P. 274/1999 du 2 mars 2000 consid. 2c in SJ 2000 I p. 546 ; Jean-Baptiste ZUFFEREY, Accès au dossier, in DC/BR 2/2011, p. 101).

e. En l'occurrence, l'art. 22 al. 1 RMP concrétise la règle générale de procédure de passation de marchés qui exige le traitement confidentiel des informations (art. 11 al. 1 let. g AIMP). Elle respecte les droit et devoir de l'adjudicateur de limiter l'accès au dossier pour garantir l'intérêt de la société adjudicataire de ne pas dévoiler à sa concurrente évincée des secrets d'affaires ou de fabrication (arrêt du Tribunal fédéral 2C_890/2008 du 22 avril 2009 consid. 5.3.3).

Batineg s'opposait à ce que la recourante consulte son offre, faisant notamment valoir qu'elle contient des détails techniques relevant du secret d'affaires.

Malgré cette opposition, la recourante ne s'est toutefois pas trouvée démunie de toutes informations pertinentes, puisqu'elle a pu, d'une part, demander des explications lors de l'entrevue du 8 mai 2018 avec le pouvoir adjudicateur. D'autre part, elle a pu trouver dans le dossier du pouvoir adjudicateur (notamment le tableau de notation du jury comprenant toutes les notes), ainsi que dans les écritures des parties, tous les éléments nécessaires pour faire valoir ses droits en toute connaissance de cause.

De surcroît, bien que la chambre de céans ait ordonné à l'adjudicataire de produire son dossier et que celle-ci s'y soit dûment conformée en caviardant deux pièces, la recourante n'a pas souhaité venir le consulter ni faire d'observations.

Il a été fait droit à la requête de la recourante.

5) a. Le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, à l'exception du grief d'inopportunité (art. 16 al. 1 et 2 AIMP ; art. 57 al. 1 et 2 RMP).

b. En matière de marchés publics, le droit matériel laisse en principe une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur, en particulier dans la phase de l'appréciation et de la comparaison des offres, l'autorité judiciaire ne pouvant intervenir qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur. L'autorité judiciaire n'a toutefois pas à faire preuve de la même retenue lors du contrôle des règles de procédure en matière de marchés publics (141 II 353 consid. 3 et les références citées ; ATA/1089/2018 du 16 octobre 2018 consid. 2b).

6) La recourante se plaint d'un défaut de motivation de la décision du 2 mai 2018, constitutif d'une violation de son droit d'être entendue. Elle relève que d'une part, le tableau annexé à ladite décision attaquée ne contenait pas le détail des notes aux différents critères de Batineg. D'autre part, l'échelle des notes n'avait pas été clairement expliquée. Enfin, les conditions de l'appel d'offres étaient « largement imprécises et floues ».

a. Selon l'art. 45 al. 1 RMP, l'autorité adjudicatrice rend une décision d'adjudication sommairement motivée, notifiée soit par publication sur la plateforme électronique sur les marchés publics gérée par l'association simap.ch (www.simap.ch), soit par courrier à chacun des soumissionnaires, avec mention des voies de recours.

b. Le droit d'être entendu comprend notamment le droit d'obtenir une décision motivée. L'autorité n'est toutefois pas tenue de prendre position sur tous les moyens des parties ; elle peut se limiter aux questions décisives, mais doit se prononcer sur celles-ci (ATF 138 I 232 consid. 5.1 ; 137 II 266 consid. 3.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_597/2013 du 28 octobre 2013 consid. 5.2 ; 2C_713/2013 du 22 août 2013 consid. 2 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^{ème} éd., 2018, p. 531 n. 1573). Il suffit, du point de vue de la motivation de la décision, que les parties puissent se rendre compte de sa portée à leur égard et, le cas échéant, recourir contre elle en connaissance de cause (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; 138 I 232 consid. 5.1 ; 136 I 184 consid. 2.2.1).

En matière de marchés publics, cette obligation se manifeste par le devoir qu'a l'autorité d'indiquer au soumissionnaire évincé les raisons du rejet de son offre (Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, Le droit des marchés publics, 2002, p. 256). Ce principe est concrétisé par les art. 13 let. h AIMP et 45 al. 1 RMP (ATA/1089/2018 précité consid. 4b ; ATA/492/2018 du 22 mai 2018 consid. 6b).

c. Selon la doctrine, les règles spéciales applicables en matière d'adjudication de marché prévoient que l'autorité peut, dans un premier temps, procéder à une notification individuelle, voire par publication, accompagnée d'une motivation sommaire ; sur requête du soumissionnaire évincé, l'autorité doit lui fournir des renseignements supplémentaires relatifs notamment aux raisons principales du rejet de son offre ainsi qu'aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue. L'ensemble de ces explications de l'autorité (fournies le cas échéant en deux étapes) doit être pris en considération pour s'assurer qu'elles sont conformes, ou non, aux exigences découlant du droit d'être entendu ; de surcroît, la pratique admet assez généreusement la réparation d'une motivation insuffisante dans la procédure de recours subséquente (Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 250, n. 392).

d. Selon la jurisprudence en rapport avec le principe de la transparence, garanti par les art. 1 al. 3 let. c AIMP et 24 RMP, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et éléments d'appréciation utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul, etc.) 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 ; ATA/492/2018 précité consid. 10d et les références citées).

e. En l'espèce, la décision d'adjudication notifiée à la recourante se limite à indiquer que son offre a été examinée avec attention par le comité d'évaluation, mais qu'elle n'a cependant pas été retenue, sur la base des critères d'adjudication cités dans les documents d'appel d'offres. Le marché était adjugé à Batineg et sa candidature avait été classée au 2^{ème} rang des cinq offres évaluées.

Il est vrai que le tableau de notation du jury, joint à la décision, ne mentionne pas les notes obtenues aux différents critères par Batineg mais uniquement sa note finale (4,33). Toutefois, dans le cadre de la procédure de recours, le pouvoir adjudicateur a produit le tableau de notation du jury comprenant toutes les notes aux différents critères, si bien qu'en tout état de cause, l'éventuelle violation du droit d'être entendue de la recourante a été réparée.

S'agissant de la question de l'échelle de notes, le dossier d'appel d'offres ne précise pas la manière dont les notes relatives à chacun des critères seront calculées par le pouvoir adjudicateur. Toutefois, force est de constater que ni la loi ni la jurisprudence ne commandent de communiquer par avance l'échelle de notes. Par ailleurs, la recourante avait la possibilité de poser des questions au pouvoir adjudicateur jusqu'au 19 mars 2018 (points 8 et 9.10 de l'appel d'offres) si ce point était problématique ou de faire recours contre l'appel d'offres (art. 15 al. 1bis let. a AIMP et art. 55 let. a RMP), ce qu'elle n'a pas fait. Enfin, le pouvoir adjudicateur a utilisé l'échelle de notation de 0 à 5 (annexe T1 du Guide romand pour les marchés publics), recommandée par la Conférence romande des marchés

publics et usuellement utilisée (ATA/383/2016 du 3 mai 2016 ; ATA/1178/2015 du 3 novembre 2015 ; ATA/760/2015 du 28 juillet 2015).

Enfin, si la recourante estimait que les conditions de l'appel d'offres étaient « largement imprécises et floues », il lui appartenait de faire recours contre l'appel d'offres (art. 15 al. 1bis let. a AIMP et art. 55 let. a RMP), ce qu'elle n'a pas fait. Elle est donc forclosée à s'en plaindre (ATF 130 I 241 consid. 4.2 ; ATA/588/2018 du 12 juin 2018 consid. 3d et les références citées).

Les griefs sont mal fondés.

- 7) La recourante soutient que Batineg n'a pas respecté le principe de l'intangibilité de l'offre et que son dossier aurait dû être exclu de la procédure d'adjudication. Le pouvoir adjudicateur aurait en effet accepté une variante de Batineg consistant à procéder au remplacement complet des façades en lieu et place de leur réfection.
- a. En vertu de l'art. 39 RMP, lors de l'examen des offres, l'autorité adjudicatrice examine la conformité des offres au cahier des charges et contrôle leur chiffrage (al. 1 RMP). Les erreurs évidentes, telles que les erreurs de calcul et d'écriture, sont corrigées (al. 2 1^{ère} phr. RMP). Selon l'art. 40 RMP, elle peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre (al. 1). Les explications sont en principe fournies par écrit ; si elles sont recueillies au cours d'une audition, un procès-verbal est établi et signé par les personnes présentes (al. 2).
- b. À teneur de l'art. 42 RMP, l'offre est écartée d'office lorsque le soumissionnaire a rendu une offre incomplète ou non-conforme aux exigences ou au cahier des charges (al. 1 let. a). Les offres écartées ne sont pas évaluées. L'autorité adjudicatrice rend une décision d'exclusion motivée, notifiée par courrier à l'intéressé, avec mention des voies de recours (al. 3).
- c. Comme la chambre administrative l'a rappelé à plusieurs reprises, le droit des marchés publics est formaliste. L'autorité adjudicatrice doit procéder à l'examen de la recevabilité des offres et à leur évaluation dans le respect de ce formalisme (ATA/794/2018 du 7 août 2018 et les références citées), qui permet de protéger notamment le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires. Ces principes imposent ainsi de n'apprécier les offres que sur la base du dossier remis, un soumissionnaire n'étant pas habilité à modifier la présentation de son offre, à y apporter des compléments ou à transmettre de nouveaux documents après l'échéance du délai (ATA/914/2018 du 11 septembre 2018 consid. 6a ; ATA/150/2018 du 20 février 2018 et les références citées).

d. En l'occurrence, la recourante fonde son grief sur les propos qu'aurait tenus le pouvoir adjudicateur lors de la séance du 8 mai 2018.

Or, dans ses écritures, Batineg a précisé qu'elle n'avait pas proposé le remplacement total des façades, ce qui aurait contrevenu au cahier des charges. Elle avait uniquement indiqué que les crépis étaient en bon état, si bien qu'il n'était pas nécessaire de les refaire. Produit, le procès-verbal de l'audition de l'adjudicataire confirme ce fait.

Il s'agit dès lors exclusivement d'une proposition qui s'inscrit dans le cadre des travaux requis par le pouvoir adjudicateur, consistant en une réfection des façades, soit un nettoyage.

Par ailleurs, le point 10.2 de l'appel d'offres prévoit que le soumissionnaire peut proposer une variante d'offre ou des mesures d'optimisation des prestations du dossier d'appel d'offres (suppression, modification, remplacement ou compléments d'articles du cahier des charges). Les soumissionnaires peuvent également proposer une variante d'exécution du marché (proposition d'un autre mode opératoire d'exécution du marché).

Force est de constater que, tout en restant dans le cadre de la problématique de la réfection des façades, Batineg a uniquement formulé une proposition d'optimisation des prestations du dossier d'appel d'offres.

Par conséquent et au vu de ces éléments, on ne saurait retenir que Batineg n'a pas respecté le principe de l'intangibilité de l'offre et que son dossier aurait dû être exclu de la procédure d'adjudication.

Le grief est écarté.

8) La recourante soutient que les conditions de l'offre étaient avant tout déclaratives sans grande substance. Elle conteste également l'appréciation des notes relatives aux critères 2, 3 et 4.

a. Les offres sont évaluées en fonction des critères d'aptitude et des critères d'adjudication (art. 12 al. 2 RMP). Aux termes de l'art. 24 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.

En vertu de l'art. 43 RMP, l'évaluation des offres dans les procédures visées aux art. 12 à 14 RMP est faite selon les critères prédéfinis conformément à l'art. 24 RMP et énumérés dans l'avis d'appel d'offres et/ou les documents d'appel d'offres (al. 1) ; le résultat de l'évaluation des offres fait l'objet d'un tableau comparatif (al. 2) ; 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 ; outre le prix, les critères suivants peuvent notamment être pris en considération : la qualité, les délais, l'adéquation aux besoins, le service après-vente, l'esthétique, l'organisation, le respect de l'environnement (al. 3) ; l'adjudication de biens largement standardisés peut intervenir selon le critère du prix le plus bas (al. 5).

b. La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6), l'appréciation de la chambre administrative ne pouvant donc se substituer à celle de ce dernier, seul l'abus ou l'excès de pouvoir d'appréciation devant être sanctionné (ATF 130 I 241 consid. 6.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2P.111/2003 du 21 janvier 2004 consid. 3.3 ; 2P.172/2002 du 10 mars 2003 consid. 3.2). 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 (décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 29 juin 1998, publiée in JAAC 1999 p. 136 consid. 3a ; ATA/1357/2018 du 18 décembre 2018 consid. 2c).

c. En l'occurrence, la recourante est forclosée à se plaindre des conditions de l'offre, faute pour elle d'avoir recouru contre l'appel d'offres (art. 15 al. 1bis let. a AIMP et art. 55 let. a RMP ; ATF 130 I 241 consid. 4.2 ; ATA/588/2018 précité consid. 3d et les références citées).

S'agissant du critère 2 relatif à la qualité de l'offre, la recourante a obtenu la note de 3,0, ce qui signifie « Suffisant » selon l'annexe T1 du Guide romand pour les marchés publics.

Dans un courriel du 24 avril 2018, qui figure au dossier remis par la recourante, cette dernière répond aux questions du pouvoir adjudicateur. L'une des questions porte sur les miroirs dans les salles de bains que les plans mentionnaient, mais que la recourante n'avait pas inclus dans son offre. Elle répond que « sur demande, une offre peut être établie pour ces fournitures ». Force est donc de constater que la recourante n'a pas remis une offre répondant aux prestations de bases demandées par le pouvoir adjudicateur. D'ailleurs et par souci d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur a dû corriger le prix proposé par la recourante en y ajoutant un montant de CHF 37'697.55, soit le montant proposé par un autre soumissionnaire qui avait lu les plans.

De plus, le plan d'installation de chantier est très peu développé, se limitant à deux coupes. Enfin, les garanties proposées pour l'ouvrage correspondent à celles figurant dans l'appel d'offres, sans mentions supplémentaires (par exemple : pas de service après-vente proposé ni de collaborateur dont la fonction serait spécifiquement l'examen de la qualité).

Compte tenu de ces éléments, on ne saurait retenir que le pouvoir adjudicateur a abusé ou excédé de son pouvoir d'appréciation en donnant la note de 3,0 à la recourante pour le critère 2 relatif à la qualité de l'offre.

La recourante a obtenu la note de 2,5 pour le critère 3 relatif à la planification. Elle soutient qu'une note de 5,0 aurait dû lui être attribuée, ayant proposé d'effectuer l'ensemble du chantier sur une période de cinq mois et demi.

Il ressort du courrier joint au planning intentionnel du 16 avril 2018 que l'ouverture du chantier et le début des travaux de sondages débuteraient dès le 4 mai 2018, soit avant la fin du délai de recours, ce qui est problématique.

De plus, compte tenu des objectifs à réaliser, énumérés à la p. 8 de l'appel d'offres et à la p. 8 du cahier des charges, parmi lesquels peuvent être cités les objectifs architecturaux (notamment la rénovation de l'ensemble des chambres, des salles de bains et des communs, la transformation de l'étage des combles pour permettre la création de chambres supplémentaires, le remplacement du monte-charge par un ascenseur de service complémentaire, la réfection de la façade) et fonctionnels (le remplacement des menuiseries extérieures, des cloisons, des portes, la réfection des planchers, le renfort de la structure, la réfection des installations techniques de chauffage-ventilation, des conduites et installations sanitaires, des installations électriques), la réalisation d'un tel chantier dans le délai proposé de cinq mois et demi, comprenant de surcroît le mois d'août pendant lequel les chantiers sont notoirement ralentis, est difficilement réalisable.

Compte tenu de ces considérations et au vu de la grande liberté d'appréciation du pouvoir adjudicateur, une note de 2,5, correspondant à une note entre « Partiellement suffisant » et « Suffisant », ne constitue pas un abus ou un excès du pouvoir d'appréciation s'agissant du critère 3 relatif à la planification.

Enfin, la recourante estime qu'elle aurait dû avoir une note de 5,0 concernant le critère 4 qui a trait à la qualité du soumissionnaire.

Selon l'organisation interne de la recourante pour la réalisation du contrat, seul le directeur du projet détient la signature individuelle pour des questions de plus de CHF 10'000.-, ce qui peut être problématique en cas d'absence, congé ou maladie de cette personne. Par ailleurs, il y a une contradiction entre les organigrammes pour les phases de conception et de réalisation qui indiquent huit collaborateurs et la fiche relative à la capacité en personnel qui mentionne six employés. En outre, les qualifications des collaborateurs de la recourante ne sont pas poussées, en ce sens que, sur les six employés de la recourante, quatre sont titulaires d'un certificat fédéral de capacité et trois ont moins de six années d'expérience professionnelle. Enfin, la recourante ne détient pas de label relatif à la composante environnementale du développement durable (par exemple la certification ISO 14'001).

S'agissant des références dont la recourante se prévaut, celles-ci ne font pas partie des références pour lesquelles l'intéressée a œuvré en tant qu'« Entreprise totale », si bien qu'elles ne sauraient avoir le poids qu'elle souhaite leur donner.

Dès lors et compte tenu de ces éléments, on ne saurait retenir que le pouvoir adjudicateur a abusé ou excédé de son pouvoir d'appréciation en donnant la note de 2,5, correspondant à une note entre « Partiellement suffisant » et « Suffisant », à la recourante pour le critère 4 relatif à la qualité du soumissionnaire.

Les griefs sont mal fondés.

La décision d'adjudication étant conforme au droit, le recours sera rejeté.

- 9) Le contrat d'adjudication ayant été signé, Batineg, qui n'a plus d'intérêt au litige (art. 71 al. 1 LPA), sera mise hors de cause.
- 10) Vu l'issue du litige et compte tenu du prononcé de décision sur effet suspensif, un émolument de CHF 1'300.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA).

Une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée à Batineg, qui y a conclu, à la charge de la recourante. Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à l'hospice, qui dispose d'un service juridique et est donc apte à procéder par lui-même (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

préalablement :

met hors de cause Batineg SA ;

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 14 mai 2018 par Cogar Sàrl contre la décision de l'Hospice général du 2 mai 2018 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Cogar Sàrl un émolument de CHF 1'300.- ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 2'000.- à Batineg SA, à la charge de Cogar Sàrl ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure à l'Hospice général ;

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 Damien Blanc, avocat de la recourante, à Me Bertrand Reich, avocat de l'intimé, à Me Robert Hensler, avocat de l'appelée en cause, ainsi qu'à la commission de la concurrence (COMCO).

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mme Krauskopf, MM. Pagan et Verniory, Mme Cuendet, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :