

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1546/2012-MARPU

ATA/581/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 3 septembre 2013

dans la cause

MINERG-APPELSA SERVICES S.A.

représentée par Me Bruno Mégevand, avocat

contre

HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE

représentés par Me Pierre Martin-Achard, avocat

EN FAIT

1. Les Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) ont lancé, par publication dans la Feuille d'avis officielle du canton de Genève 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 à Genève, 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 1er 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.

Le document d'appel d'offres comportait la liste des annexes liées aux éléments d'appel d'appréciation de l'offre et désignait au sein de celle-ci celles que les soumissionnaires devaient compléter et retourner à l'adjudicateur avec l'offre.

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 celui du Guide romand pour les marchés publics (ci-après : CROMP), allant de 0 à 5 et correspondant aux évaluations suivantes :

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

Les notes pouvaient avoir une 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 :

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

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 communiquerait 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), société anonyme sise à Plan-les Ouates, a fait parvenir une soumission aux HUG pour le marché public précité. 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 (ci-après : HT). Minerg avait été classée au deuxième rang sur les sept offres évaluées.
6. Il ressortait 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 Hälgl	Note de Minerg
Critère 1 : Prix (par la méthode T3) poids : 40 %	4,87	5
Points obtenus	194,67	200
Critère 2 : Qualité de l'offre (poids : 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 (poids : 30 %)		
3.1 Capacité et disponibilité du personnel (coeff. 9)	5	1,5
3.2 Capacité du bureau d'étude (coeff. 8,5)	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. 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 a sollicité la restitution de l'effet suspensif.

L'autorité soumissionnaire avait fait usage d'un critère qui ne respectait pas le principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires. Il s'agissait du critère relatif aux 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 de pondération 5 n'était pas négligeable car il représentait 5 % des points. Or, le recours à un tel critère conduisait à donner une prime à certains candidats du simple fait qu'ils avaient déjà été « primé[s] auparavant », donc à pénaliser les entreprises précédemment écartées ou qui formulaient une offre pour la première fois. Ce critère, qui violait le principe précité, devait être écarté et les candidats évalués uniquement sur les autres critères, soit sur un total de points maximum de 475 au lieu de 500.

En outre, Minerg avait fait l'objet d'une évaluation insuffisante de son offre dans l'évaluation des trois sous-critères suivants : « toutes positions renseignées », « capacité et disponibilité du personnel » et « capacité du bureau d'étude ». Les notes très basses qui lui avaient été attribuées étaient arbitraires. Elle contestait avoir fourni des documents relatifs à la capacité et disponibilité du personnel ainsi qu'à la capacité de son bureau d'étude dont le contenu n'aurait pas été suffisant, ce qui découlait de la note inférieure à 2 qui lui avait été attribuée. Elle aurait dû au contraire obtenir la note maximale dans ces deux rubriques, compte tenu de la position de leader sur la place genevoise qu'elle occupait.

Son offre était complète. Si des notes satisfaisantes lui avaient été attribuées, elle aurait été retenue par les HUG. Avec la note 5 au critère « toutes positions renseignées » et aux deux critères « capacité et disponibilité du personnel » ainsi que « capacité du bureau d'étude », elle aurait obtenu un total de 68,75 points supplémentaires, soit davantage que la différence (67,67 points) qui la séparait de l'adjudicataire, cela d'autant plus qu'en supprimant le critère des expériences et travaux similaires, l'entreprise adjudicataire n'aurait pas obtenu 10 points de plus qu'elle-même.

8. Par décision du 13 juin 2012, la présidente de la chambre administrative a rejeté la demande d'effet suspensif de la recourante.
9. Le 21 juin 2012, les HUG ont conclu au rejet du recours, et à ce qu'une indemnité de procédure leur soit allouée.

L'évaluation des offres avait été faite en fonction des critères figurant dans l'appel d'offres. Celui-ci permettait aux soumissionnaires de proposer une

variante. La prise en compte d'une telle variante dépendait des offres faites et des prix proposés.

Le prix des offres qui avait servi de base à la notation était le prix HT avec options, puisque le budget à disposition de l'autorité adjudicatrice avait permis finalement de prendre en compte les variantes proposées par les soumissionnaires, au regard des prix qu'ils avaient proposés. Chacun de ceux-ci avait d'ailleurs proposé une offre avec options.

Dans l'évaluation, Minerg avait été mieux notée que l'adjudicataire s'agissant du prix de son offre avec options (note de 5).

Pour le deuxième critère, soit la qualité et l'adéquation technique de l'offre, elle avait obtenu une note de 4, correspondant à 120 points après pondération, tandis que l'adjudicataire avait obtenu une note de 4,22, correspondant à 126,5 points.

Si la recourante avait obtenu une note de 3,5 au sous-critère « toutes positions renseignées », c'était qu'elle n'avait pas fourni « toutes les informations requises ». Par exemple, l'annexe R7 relative aux méthodes de travail pour atteindre les objectifs fixés en matière d'exécution du marché n'avait pas été complétée ni compensée par une annexe R8, ainsi que l'adjudicataire l'avait fait.

Pour le critère relatif à l'organisation du candidat pour satisfaire les exigences du client, la faible note qu'elle avait obtenue par rapport à l'adjudicataire était la conséquence de ce qu'elle avait obtenu des notes inférieures à celles de cette dernière pour l'ensemble des sous-critères. Concernant celui de la « capacité et disponibilité du personnel », l'évaluation s'était faite sur la base des documents R6 « planification des moyens » et R9 « qualification des personnes-clé ». Dans le document R6, Minerg avait répondu qu'elle avait prévu deux personnes en moyenne pendant la durée d'exécution du marché tandis que l'adjudicataire avait répondu qu'elle en avait prévu six. De même, elle n'avait pas indiqué les moyens humains et les pourcentages de travail mis à disposition sur le chantier BATlab, ni indiqué si elle recourait à son propre personnel ou si elle sous-traitait les travaux.

Concernant la « capacité du bureau d'étude », qui s'appréciait en fonction des annexes Q2 « organisation interne du soumissionnaire » et R8, la note inférieure de la recourante provenait de ce qu'elle n'avait pas fourni d'informations claires - au contraire de l'entreprise adjudicataire - sur le nombre de personnes qui travaillaient en son sein dans les différents secteurs.

Le critère « expériences et travaux similaires déjà réalisés au sein des HUG » était pondéré de manière plus faible que les autres sous-critères mais il était important. Les nouvelles installations de climatisation et de ventilation

devaient s'intégrer au système existant au sein des HUG. Le BATlab était situé dans une zone sensible de la cité hospitalière. Les HUG envisageaient de ce fait de privilégier les entreprises qui avaient déjà travaillé en son sein et qui, de ce fait connaissaient déjà les précautions à prendre pour protéger les patients, notamment immuno-supprimés à risque, ou pour limiter les immissions et émissions nuisibles.

Minerg avait certes participé à un chantier au sein des HUG, mais dans une zone peu sensible et pour un montant de CHF 123'000.-. L'adjudicataire avait déjà travaillé dans des zones plus sensibles des HUG.

Pour toutes ces raisons, l'évaluation qu'ils avaient faite de l'offre de la recourante était correcte.

Le principe de transparence avait été respecté. Il n'était pas nécessaire de communiquer préalablement les sous-critères ou les catégories particulières avec lesquelles les offres seraient évaluées. Le sous-critère relatif aux expériences et travaux similaires déjà réalisés au sein des HUG n'avait pas à figurer dans la liste des critères d'évaluation figurant dans l'appel d'offres. Il ne s'agissait pas d'un critère ayant une pondération équivalente ou prépondérante à celle des critères publiés. Il ressortait indirectement des questions posées dans le dossier d'appel d'offres, puisqu'il était demandé aux soumissionnaires de fournir des références en rapport avec le type de marché à exécuter pour démontrer son aptitude, ses compétences et son expérience et établissant son organisation.

De même, ce dernier sous-critère ne contrevenait pas au principe de non-discrimination et d'égalité de traitement en favorisant des entreprises ayant déjà travaillé au sein des HUG. Il était utile, pour simplement permettre aux HUG de s'assurer que le soumissionnaire pourrait satisfaire à leurs exigences.

Sur un plan général, l'évaluation de l'offre de la recourante n'avait rien d'arbitraire. Ainsi qu'elle pouvait le justifier, les notes qu'elle critiquait lui avaient été accordées en fonction de la moins grande précision des réponses aux questions posées dans l'appel d'offres.

Une indemnité de procédure devait lui être allouée car si son service juridique pouvait suivre le contentieux de la fonction publique, tel n'était pas le cas pour les marchés publics, ce qui nécessitait pour elle de recourir aux services d'un avocat spécialisé.

10. La recourante ayant requis de répliquer, un délai au 31 juillet 2012 lui a été accordé pour ce faire, qu'elle n'a pas utilisé, persistant dans les termes de son recours, en précisant que les notations des offres procédaient d'un formalisme injustifié car elles la pénalisaient pour avoir cru judicieux de joindre à son offre des documents établis par son entreprise plutôt que de remplir scolairement l'intégralité des documents. Il y avait eu un manque d'objectivité dans l'analyse

des documents remis par les différents concurrents et ses ressources en personnel avaient été minimisées alors qu'elle disposait à l'évidence de celles nécessaires à effectuer le chantier. L'effectif de son personnel était du double de celui de l'adjudicataire.

11. Le 2 août 2012, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Le marché offert est soumis notamment à l'AIMP, au RMP, à la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0), ainsi qu'à la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

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

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue.

3. a. La qualité pour recourir appartient à toute personne touchée directement par une décision et ayant un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 60 let. b LPA). Tel est le cas de celle à laquelle la décision attaquée apporte des inconvénients qui pourraient être évités grâce au succès du recours, qu'il s'agisse d'intérêts juridiques ou de simples intérêts de fait (ATA/517/2009 du 13 octobre 2009).

En l'espèce, l'autorité adjudicatrice n'a pas informé la chambre de céans de la conclusion du contrat avec l'adjudicataire (art. 14 al. 2 AIMP). De ce fait, la recourante dispose d'une pleine qualité pour agir. Dans l'hypothèse où cette absence de communication résultait d'une omission, la situation ne serait pas différente. En tant que soumissionnaire évincée et, bien que le contrat ait été déjà conclu, la recourante conserve en effet un intérêt actuel à recourir contre la décision d'adjudication au sens de l'art. 60 let. b LPA, son recours étant à même d'ouvrir ses droits à une indemnisation (ATF 125 II 86 consid. 5 b p. 96).

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

4. La recourante soulève tout d'abord une violation du principe de la transparence dans la passation du marché public litigieux. Elle prétend que la décision d'adjudication a été prise en application d'un sous-critère qui ne figurait pas dans le dossier d'appel d'offres.

5. a. Un des objectifs poursuivi par la réglementation sur les marchés publics est d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP).

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

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

Le point de savoir si, dans un cas d'espèce, les critères utilisés sont inhérents au critère publié ou relèvent d'une grille d'évaluation, en sorte que le principe de la transparence n'en exige pas la communication par avance, résulte de l'ensemble des circonstances qui entoure le marché public en cause, parmi lesquelles il faut mentionner la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché (ATF 130 I 241 ; SJ 2002 I p. 549).

En l'occurrence, le sous-critère précité visé par le grief soit « expériences et des travaux similaires déjà réalisés au sein des HUG » représentait un sixième (coefficient de 5) du critère principal n° 3 « Organisation du candidat pour satisfaire les exigences du client » auquel il était rattaché et auquel était attribué

un poids de 30 %. Il avait un coefficient de 5, ce qui ne permet pas de retenir qu'il jouait un rôle équivalant à un critère principal, nécessitant qu'il soit annoncé dans les documents d'appel d'offres (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.172/2002 du 10 mars 2003 ; ATA/94/2005 du 1^{er} mars 2005). Le pouvoir adjudicateur n'entendait pas privilégier le sous-critère litigieux qui tendait simplement à concrétiser le critère publié.

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

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

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

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

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

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

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

(Cst. - RS 101) lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. La question de savoir si une distinction juridique repose sur un motif raisonnable peut recevoir une réponse différente selon les époques et suivant les conceptions, idéologies et situations du moment (ATF 138 V 176 consid. 8.2 p. 183 ; 131 I 1 consid. 4.2 p. 6/7 ; 129 I 346 consid. 6 p. 357 ss ; V. MARTENET, Géométrie de l'égalité, 2003, p. 260 ss).

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

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

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

Dans le cas présent, le BATlab se situe en face du centre médical universitaire, proche des unités d'hospitalisation et des activités ambulatoires des HUG qui impliquent lors de travaux, la prise en compte de certaines restrictions liées à la protection des patients. Dans ce cadre, le candidat doit avoir les moyens de s'adapter aux contraintes techniques spécifiques du lieu d'exécution de la prestation. De leur côté, les intimés doivent pouvoir tenir compte, lors de l'évaluation des soumissionnaires, des difficultés et des obligations que leur

imposent leurs installations afin de s'assurer que ces derniers peuvent réellement satisfaire aux exigences requises. Dès lors, ils sont en droit de recourir à un sous-critère qui leur permet de prendre en compte l'expérience et la connaissance que les entreprises soumissionnaires ont déjà des lieux, de la structure et de l'environnement dans lesquels les travaux vont se dérouler sans que l'adoption d'un tel sous-critère contrevienne par principe à l'art. 11 let. a AIMP du moment où le poids qui lui est accordé dans l'évaluation reste faible.

En l'espèce, le sous-critère litigieux constitue l'un des 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 est le pendant du sous-critère 3.3, qui concerne l'expérience acquise par les soumissionnaires dans le cadre de chantiers de tiers. Au regard des trois autres sous-critères 3.1 à 3.3, il est celui dont le poids est le moindre puisqu'avec un coefficient de 5, il ne représente qu'un sixième des points pouvant être accordés pour ce critère n° 3. Ces éléments permettent d'écarter qu'il puisse générer une inégalité de traitement entre soumissionnaires. Par ailleurs, la recourante ne démontre pas avoir été traitée différemment de ses concurrents dans l'évaluation en question.

Le sous-critère précité n'étant ainsi pas propre à empêcher l'accès au marché en cause et n'étant pas discriminatoire, il n'y a pas lieu de l'écarter comme la recourante le réclame.

8. a. La recourante considère avoir été évaluée de manière arbitraire en rapport avec les trois sous-critères suivants « toutes positions renseignées », « capacité et disponibilité du personnel » et « capacité du bureau d'étude ».
- b. D'après l'art. 9 Cst., toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'Etat sans arbitraire.
- c. Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité (ATF 138 I 49 consid. 7.1 p. 51 et les arrêts cités). A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, si elle a été adoptée sans motif objectif ou en violation d'un droit certain (ATF 136 III 552 consid. 4.2 p. 560 ; 132 III 209 consid. 2.1 p. 211 ; Arrêt du Tribunal fédéral 9C_227/2012 du 11 avril 2012). L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 137 I 1 consid. 2.4 p. 5 ; ATF 136 I 316 consid. 2.2.2 p. 318 ; ATF 134 II 124 consid. 4.1 p. 133 et les arrêts cités).

Appelée à examiner le caractère arbitraire d'une décision, la chambre de céans suit le raisonnement du Tribunal fédéral en la matière (ATA/342/2012 du 5 juin 2012 consid. 5 et les arrêts cités).

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

Ainsi, même dans les marchés publics plus importants soumis à l'AIMP, le pouvoir adjudicateur n'est pas lié par telle ou telle méthode, mais il lui est loisible de choisir celle qui est la mieux appropriée au marché. La loi ne lui impose aucune méthode de notation particulière. Le choix de ladite méthode relève ainsi du pouvoir d'appréciation de l'autorité adjudicatrice, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (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/117/2013 du 26 février 2013 ; ATA/260/2001 du 24 avril 2001 consid. 9 et la jurisprudence citée ; D. ESSEIVA, note *ad* S12 *in* DC 2/2003, p. 62). L'opportunité de ce choix ne peut être revue par l'autorité de recours (art. 16 al. 2 AIMP). De surcroît, aucune norme n'impose à l'autorité de faire connaître à l'avance la méthode de notation (ATF 2P.172/2002 précité consid. 2.3 ; ATA/834/2004 du 26 octobre 2004 consid. 6 ; Arrêt du Tribunal administratif vaudois du 26 janvier 2000 *in* DC 2/2001, p. 67 et note de D. ESSEIVA précitée ; O. RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, RDAF I 2001, p. 406).

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

Concernant le sous-critère « toutes positions renseignées », la recourante n'a pas complété l'annexe R7 « méthode de travail pour atteindre les objectifs fixés en matière d'exécution du marché » alors que cela lui avait été demandé en rapport avec le sous-critère précité, raison pour laquelle elle avait obtenu une note inférieure à l'adjudicataire, qui l'avait compensée par une autre annexe. Concernant le sous-critère « capacité et disponibilité du personnel », le fait d'avoir répondu qu'elle mettait à disposition deux personnes, sans préciser les

pourcentages de travail ni indiquer s'il s'agissait de son propre personnel, pouvait être considéré comme très partiellement suffisant, par comparaison aux indications plus précises données par l'adjudicataire sur ce point.

De même, concernant la capacité du bureau d'étude de la recourante, les renseignements précis doivent être donnés, même si celle-ci part du principe qu'ils sont notoires. En l'espèce, il ressort de l'offre qu'elle n'a effectivement pas mentionné le nombre de personnes travaillant dans l'entreprise, notamment dans le secteur d'activité climatisation-ventilation-chauffage, contrairement aux informations données par l'adjudicatrice.

Aucun grief tiré d'une évaluation arbitraire de l'offre présentée par la recourante ne pouvait donc être retenu.

10. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.

Compte tenu de l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe. Aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 LPA).

Les HUG sollicitent l'octroi d'une indemnité de procédure au sens de l'art. 87 al. 2 LPA. Ils considèrent que le domaine des marchés publics est un domaine spécialisé pour lequel, contrairement aux contentieux relatifs à leurs collaborateurs, ils ne disposent pas d'un service juridique spécialisé dans ce domaine, ce qui les oblige à recourir à un avocat spécialisé externe. Il est exact que la chambre administrative s'est souvent référée à l'ATA/79/2011 du 8 février 2011 qui concerne un contentieux de la fonction publique pour refuser d'allouer des indemnités aux HUG dans des procédures de recours en matière de marchés publics. Cela n'empêche pas que le principe jurisprudentiel appliqué dans l'arrêt précité soit applicable au domaine des marchés publics pour toutes les collectivités publiques qui, à l'instar des HUG, possèdent un service juridique et sont susceptibles d'être couramment confrontées à des problèmes dans ce domaine dans le cadre des chantiers qu'elles conduisent et des fournitures qu'elles doivent se procurer. Le service juridique des HUG devrait être à même de traiter lui-même ces procédures. Aucune indemnité de procédure ne leur sera donc allouée s'ils recourent à un mandataire extérieur.

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 21 mai 2012 par Minerg-Appelsa Services S.A. contre la décision des Hôpitaux universitaires de Genève du 8 mai 2012 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge de Minerg-Appelsa Services S.A. ;

dit qu'il n'est alloué aucune 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 ;

- 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 Bruno Mégevand, avocat de la recourante, à Me Pierre Martin-Achard, avocat de Hôpitaux universitaires de Genève, ainsi qu'à la commission fédérale de la concurrence, pour information.

Siégeants : Mme Junod, présidente, MM. Thélin, Dumartheray, Verniory et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :