

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3319/2014-MARPU

ATA/760/2015

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 28 juillet 2015**

dans la cause

**KOSBAT 7 SARL**

représentée par Me Jaroslaw Grabowski, avocat

contre

**OFFICE DES BÂTIMENTS**

et

**BELLONI SA**

représentée par Me Bruno Megevand, avocat

---

## EN FAIT

- 1) a. Par avis publié le 15 avril 2014 dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) et sur le site internet des marchés publics SIMAP, l'office des bâtiments (ci-après : OBA), rattaché au département des finances (ci-après : le pouvoir adjudicateur), a lancé en procédure ouverte, pour le compte de ce dernier, une procédure d'appel d'offres portant sur des travaux de construction, CPV : CHF 45'000'000 - Travaux de construction, CFC : CHF 2'851.- - peinture intérieure, projet intitulé « centre médical universitaire-CMU-Étapes 5 & 6 - LOT 285.00 232 ».  
  
b. Le marché avait pour objet la réalisation des travaux de peinture intérieure des étages 5 et 6 du centre médical universitaire (ci-après : CMU), dans un immeuble en construction sis 1, rue Michel-Servet à Genève.  
  
c. Le pouvoir adjudicateur était représenté par la direction des constructions du département. La procédure était organisée par le bureau DE PLANTA & PORTIER, architectes (ci-après : l'organisateur). Le délai de remise des offres était fixé au 26 mai 2014.
- 2) Le marché était divisé en deux lots. Il était possible de présenter une offre pour tous les lots, avec ou sans variantes, mais pas d'offre partielle.
- 3) Le dossier d'appel d'offres K2 traitait des conditions générales et particulières à respecter dans la soumission et contenait les informations sur les annexes à retourner complétées avec le dossier d'offre.

Il énonçait également les critères d'appréciation des offres, soit : critère 1 : le prix (pondération de 50 %) ; critère 2 : l'organisation pour l'exécution du marché et qualité technique de l'offre (pondération de 25 %) ; critère 3 : les références et expériences (pondération de 20 %) ; critère 4 : la formation professionnelle (pondération de 5%).

Le barème des notes était celui figurant à l'annexe T1 du guide romand des marchés publics édité par la conférence romande des marchés publics (ci-après : le guide romand), les notes allant de 0 à 5. La notation du prix se ferait selon la méthode T2 décrite dans le guide précité.

Pour permettre l'évaluation des différents critères précités, les soumissionnaires devaient joindre à leur offre plusieurs annexes énumérées dans le dossier d'appel d'offre K2, désignées conformément à la typologie du guide romand, qui devaient être retournées et complétées selon les exigences rappelées dans ce document. Parmi celles-ci devaient figurer :

- l'annexe R6 relative à la « planification des moyens », humains et matériels, avec indication de l'identité et de la fonction des personnes clé, du nombre moyen des personnes prévues sur la durée du chantier. À cette annexe devait être joint un planning d'intention, selon les échéances fixées, signé par le soumissionnaire ;

- l'annexe R8 relative à la répartition des tâches et des responsabilités constituée d'un organigramme laissant apparaître clairement les noms des principaux intervenants (personnes clé), la répartition des tâches et des responsabilités ainsi que les liens hiérarchiques ;

- l'annexe R9 relative à la « qualification des personnes clé » indiquant, pour chaque personne-clé, mais trois au maximum, le détail de sa formation et de ses qualifications ;

- l'annexe Q4+ relative à la capacité en personnel et formation de base des personnes clé ;

- l'annexe Q8 relative aux « références » dans lesquelles le soumissionnaire devait faire état dans des annexes distinctes de trois chantiers sur lesquels elle était intervenue. En mentionnant le nom du maître de l'ouvrage, le type de marché, le montant de celui-ci et en fournissant certains autres détails requis.

Les travaux à exécuter étaient décrits dans le document K2. La caractéristique des peintures à utiliser était mentionnée. L'utilisation d'une peinture spéciale haute résistance type « BIOSAN AQUA PLUS » ou équivalent était demandée en particulier pour enduire les murs et cloisons.

- 4) Le 23 mai 2014, Kosbat 7 Sàrl (ci-après : Kosbat), société ayant son siège à Châtelaine, a présenté une offre pour les montants (après vérification) suivants : CHF 806'158.06 TTC pour le lot 1, CHF 645'961.49 TTC pour le lot 2 et CHF 1'400'000.- à titre d'offre globale.

Dans le document K2 détaillant la soumission, elle a mentionné prévoir le recours à quinze ou vingt employés sur le chantier, « selon la nécessité ». Elle y a joint les annexes demandées, parmi lesquelles les annexes R6, R8 et R9 ainsi que Q4+ dûment complétées.

Dans l'annexe R6, elle a mentionné le nom de six personnes clé disponibles à 100 % et un nombre moyen de quinze personnes prévues à 100 % pour la durée du chantier, mais n'a pas transmis de planning d'intention.

Avec l'annexe R8, elle a fourni un organigramme de l'entreprise, dans lequel était mentionné le nom de deux des six personnes clé figurant dans le document R6.

Elle a transmis deux annexes R9 comportant l'une le nom de son directeur commercial et l'autre celui d'un architecte, conseiller du premier, avec les détails demandés en rapport avec leur curriculum-vitae (ci-après : CV). Aucune de ces deux personnes ne faisait partie des personnes clé mentionnées à l'annexe R6.

Selon l'annexe Q4+, son personnel occupait treize postes de travail à plein-temps, dont dix postes techniques et elle avait formé deux apprentis ces cinq dernières années.

À titre de références, elle a complété trois annexes Q8. Il s'agissait d'un chantier de peinture exécutée en 2012 auprès de l'Organisation météorologique mondiale, d'un montant de CHF 210'000.- ; d'un chantier de plâtrerie-peinture exécutée en 2013 pour le compte d'une entreprise de télécommunications, d'un montant de CHF 260'000.- ; d'un chantier de peinture et enduits intérieurs exécuté en 2013 dans le cadre de la rénovation d'un collège, pour un montant de CHF 300'000.-.

- 5) Parmi les autres soumissionnaires, Belloni SA (ci-après : Belloni) a présenté le 26 mai 2014 une offre pour un montant de CHF 938'668.40 TTC pour le lot 1, une offre de CHF 782'861.20 TTC pour le lot 2 et une offre globale de CHF 1'721'529.60.

Dans le document K2 détaillant la soumission, elle a mentionné qu'elle prévoyait le recours à dix-neuf employés sur le chantier. Elle a également transmis les annexes demandées dont les annexes R6, R8 et R9 et Q4+.

Dans l'annexe R6, elle a mentionné quatre personnes clé en mentionnant leur taux de disponibilité - un contremaître étant mis à disposition à 100 % et les trois autres à des taux inférieurs - et un nombre moyen de dix-neuf personnes à 100 % prévues sur la durée d'exécution du chantier. En outre, elle a transmis un planning d'intention.

Avec l'annexe R8, elle a fourni un organigramme structurel de l'entreprise, faisant apparaître le poste occupé par chacune des personnes clé mentionnées dans l'annexe R6.

Elle a transmis quatre annexes R9 reprenant les noms des quatre personnes clé figurant à l'annexe R6 avec les détails demandés en rapport avec leur CV.

Selon l'annexe Q4+, son personnel occupait trois cent cinquante postes de travail à plein-temps, dont trois cent treize postes techniques et elle avait formé nonante-huit apprentis ces cinq dernières années, dont elle a mentionné les noms.

À titre de références, elle a complété trois annexes Q8. La première concernait un chantier exécuté en 2011 sur le chantier d'une clinique privée, pour les travaux de peinture bactéricide de haute résistance dans les salles médicales, d'un montant de CHF 1'150'000.- ; la deuxième, un chantier exécuté dans un EMS en 2009 pour des travaux de peinture de même type d'un montant de CHF 1'920'000.- ; la troisième, un chantier des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) dont l'exécution avait commencé au début 2010 pour des travaux de peinture de même type, d'un montant de CHF 1'250'000.-.

- 6) Outre les deux entreprises précitées, quatre autres entreprises ont vu leur offre admise à l'évaluation par l'organisateur, dont l'entreprise RST SA (ci-après : RST).
- 7) Le 25 juillet 2014, l'organisateur a procédé à l'audition de quatre d'entre elles, dont Kosbat. Il s'agissait des entreprises ayant présenté les offres les moins-disantes. L'offre de Kosbat avait semblé à ce dernier trop basse par rapport aux prix du marché actuel en rapport avec la mise en œuvre du produit spécifique que le cahier des charges demandait d'appliquer pour l'enduit des murs et des cloisons. Belloni a également été convoquée afin de justifier le prix d'un autre produit qu'elle avait proposé en variante à la place de celui-là.
- 8) Le 15 septembre 2014, l'organisateur a rendu son rapport d'adjudication. Il s'est référé au contrôle qu'il avait effectué avec les prix, notamment par le biais des auditions des entreprises précitées. La variante proposée par Belloni ne correspondait pas au cahier des charges et devait être « exclue ». Cette entreprise restait cependant en compétition pour son offre principale avec les cinq autres soumissionnaires. Il y avait lieu de relever une très importante différence de prix dans les offres de ces derniers. Il estimait le montant total du marché à CHF 2'021'195.- TTC, à la date d'établissement de son rapport. Trois entreprises, dont Kosbat et Belloni avaient offert des prix inférieurs à cette estimation. Les quatre autres avaient des prix nettement supérieurs et n'étaient donc pas compétitives. En rapport avec le prix de mise en œuvre du produit Biosan AQUA PLUS, Kosbat avait maintenu son prix, inférieur au prix du marché pour cette peinture. Les deux autres entreprises dont les prix étaient compétitifs avaient quant à elles proposé des prix unitaires correspondant mieux au marché actuel.
- 9) Concernant la capacité et la disponibilité du personnel, Kosbat n'avait pas fourni de planning intentionnel et ne répondait que partiellement à la demande. Belloni, en proposant dix-neuf personnes et un planning d'intention détaillé répondait parfaitement à la demande.

Concernant l'expérience dans le domaine de l'objet réalisé ou d'objet important, Kosbat présentait trois références avec des montants très insuffisants par rapport au marché et dont deux ne correspondaient que partiellement au marché (plâtrerie/peinture et peinture/enduit intérieur). Belloni présentait trois

références réalisées en milieu médical et se trouvait ainsi en parfaite adéquation avec l'objet à réaliser.

Suite à l'analyse des dossiers techniques et au contrôle des offres, l'organisateur proposait d'adjuger les travaux à Belloni.

- 10) Par décision du 14 octobre 2014, reçue le 24 octobre 2014, le pouvoir adjudicateur a avisé Kosbat que le marché était adjugé à Belloni, étant elle-même arrivée au second rang. Elle a joint à sa décision le tableau d'analyse multicritères synthétisant les éléments de notation. Selon celui-ci, RST était arrivé en troisième position.

De ce tableau, il ressortait, concernant les offres de Kosbat et de Belloni, les éléments d'évaluation suivants :

		Kosbat		Belloni	
Critère 1	Note	5,00		3,31	
	Prix Pondération : 50 %	Nombre de points (note x pondération)		250	165.34
Critère 2	Note	2.00		3.63	
	Organisation Pondération : 25 %	Nombre de points (note x pondération)		50	90.63
Critère 3	Note	2.00		4.00	
	Références Pondération : 20 %	Nombre de points (note x pondération)		40	80
Critère 4	Note	3.25		5.00	
	Formation prof. Pondération : 5 %	Nombre de points (note x pondération)		16.25	25
Total des points			356.25		360.96

L'organisateur a versé à la procédure, pour chaque soumissionnaire, des tableaux détaillant critère par critère en fonction des sous-critères utilisés le justificatif détaillé des notes attribuées, à Kosbat, à Belloni et à RST dont le détail sera repris en tant que de besoin dans la discussion. Il en ressort toutefois que, pour l'évaluation du critère n° 2, il a attribué une note en rapport avec le contenu de chacune des annexes R6, R8, R9 et R14, notes dont il a fait la moyenne et dont le résultat constitue la note finale attribuée. Concernant l'annexe R6, il a pris en considération deux éléments, savoir l'« effectif moyen » indiqué et le « planning intentionnel détaillé » produit. Il a noté le critère n° 3 par l'évaluation de l'annexe Q8+ et le critère numéro quatre par l'évaluation de l'annexe Q4+.

- 11) Par acte déposé le 31 octobre 2014, Kosbat a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision d'adjudication du 14 octobre 2014 précitée, reçue le 24 octobre 2014, concluant à son annulation et à l'adjudication du marché. Préalablement, elle a conclu à la restitution de l'effet suspensif.

Son offre avait été évaluée de manière arbitraire et d'une façon qui violait les principes régissant le droit des marchés publics.

Elle contestait en particulier la façon dont le critère 2, relatif à l'organisation du marché et à sa capacité à respecter les délais, avait été évalué. En mai 2013, elle avait présenté une offre au département dans le cadre du même chantier des HUG, avec la même organisation et le même organigramme. Elle avait obtenu la note de 3,15 alors que, de manière incompréhensible, elle avait reçu un 2 dans le cadre de la présente soumission. Son offre n'avait pas été évaluée en fonction de critères d'aptitude et d'adjudication légaux, lesquels devaient être objectifs, vérifiables et pertinents. RST avait obtenu la note de 2,5 alors qu'elle n'avait mentionné que deux personnes de référence. Elle contestait ne pas avoir la capacité à respecter les délais. L'écart de points avec Belloni ne se justifiait pas. Son droit à obtenir une décision motivée avait été violé dès lors qu'elle ne pouvait pas comprendre ce qui avait déplu au département dans l'offre qu'elle lui avait soumise.

Elle émettait les mêmes griefs au regard du critère 3. Elle avait fourni trois références, puis, sur requête du département, une liste de sept autres chantiers. Le département n'avait pas contacté les maîtres de l'ouvrage des chantiers qu'elle avait cités. Il s'était moqué des références qu'elle avait fournies. Elle avait reçu la note 2 et Belloni la note 4, alors qu'elle pouvait justifier d'une solide expérience depuis six ans. La note qui lui avait été infligée était d'autant moins justifiable qu'elle était spécialisée dans le traitement des résines et peintures à doubles composants du type de celles utilisées pour le chantier du CMU. Ces circonstances auraient dû justifier l'octroi d'une note 4. C'était d'autant plus vrai que l'un de ses employés, détaché à 100 % pour le chantier objet de l'appel d'offres, était architecte diplômé en Suisse et que sa présence garantissait le

sérieux de l'organisation et de son suivi. Le pouvoir adjudicateur avait fait fi de sa réelle expérience et violé l'égalité de traitement en favorisant Belloni. Au demeurant, cette dernière emportait souvent la mise dans les chantiers de l'État et l'instruction devait également porter sur cet aspect.

L'adjudicataire était près de 20 % plus chère qu'elle. Dès lors, le principe de l'offre la plus avantageuse économiquement avait été violé puisque son devis était de CHF 331'529.- supérieur au sien. L'annexe F du dossier d'appel d'offres contenait les soumissions qu'elle devait remplir pour les étapes 5 et 6. Il s'agissait de documents pré-imprimés remis par le département. Certaines rubriques étaient qualifiées de « non comptabilisées », c'est-à-dire qu'il s'agissait de travaux en option. Or, ces travaux étaient généralement réalisés quand bien même les coûts y relatifs n'étaient pas additionnés à la somme proposée par le soumissionnaire à l'adjudication. Elle offrait de prouver, à l'appui de son recours, que la présence de postes relatifs à des montants « non comptabilisés » dans l'annexe F2 permettait d'établir qu'il existait une entente cordiale entre l'État et certaines entreprises. En effet, dans une telle hypothèse, celles qui soumissionnaient pouvaient mentionner au regard de ces postes des montants élevés. Ceux-ci n'étaient pas comptabilisés mais, « au final » étaient effectués et payés, ce qui « faisait exploser » l'enveloppe payée par les citoyens. Il y avait lieu de prendre en compte cette facturation élevée pour apprécier les soumissions.

- 12) Le 31 octobre 2014, le juge délégué a ordonné l'appel en cause de Belloni (ci-après : l'appelée en cause).
- 13) Le 11 novembre 2014, l'OBA a conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif. Sur le fond, le recours était mal fondé.

Dans l'attribution des notes, l'adjudicataire bénéficiait d'une grande liberté d'appréciation. Les notes étaient attribuées sur la base des éléments d'appréciation annoncés dans le dossier d'appel d'offres.

Pour le critère 2, l'OBA se fondait sur les annexes R6, R8 R9 et R14, mais également sur l'effectif de l'entreprise qui figurait dans l'annexe Q4+. La note obtenue par la recourante était liée aux réponses peu crédibles ou incomplètes qu'elle avait fournies en rapport avec l'annexe R6, de même qu'en rapport avec les annexes R6, R8, R9 et R14. Elle ne comprenait pas comment la recourante pouvait annoncer un effectif moyen sur le chantier de quinze personnes, soit de quinze personnes travaillant uniquement sur le chantier pendant toute la durée de celui-ci, alors qu'elle n'employait que dix personnes à plein-temps et qu'elle n'annonçait pas de sous-traitant. En outre, Kosbat n'avait pas fourni d'organigramme opérationnel pour l'exécution du marché. De son côté, l'appelée en cause avait rempli correctement les annexes R6, R8, R9 et R14.

Concernant le critère 3, les références citées par la recourante ne se rapportaient pas à des chantiers de même importance que celui objet du marché, au vu du montant des travaux effectués sur les trois chantiers cités, mais également de la nature des travaux référencés qui, pour l'appelée en cause, avaient été effectués en milieu hospitalier. Les compléments transmis après ouverture n'avaient pas été pris en considération. Pour le critère 3, les notes avaient été fixées en fonction des éléments figurant dans l'annexe Q8+, mais aussi en recourant à la notation, pour les sous-critères, prévue dans le barème T1 du dossier K2.

L'effet suspensif devait être refusé, dès lors qu'il y avait un intérêt public à ce que les étages 5 et 6 du CMU soient achevés, le bâtiment devant être opérationnel pour la rentrée universitaire 2016.

- 14) L'appelée en cause s'est déterminée le 14 novembre 2014, concluant au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif. Les griefs formulés au sujet du critère 2 pouvaient être facilement réfutés. La comparaison qu'effectuait la recourante par rapport à la note qu'elle avait reçue au regard d'une soumission relative à un autre marché public n'était pas pertinente, dès lors que chaque marché devait être pris pour lui-même et que, les critères n'étaient pas strictement identiques. Dans le présent marché, le critère 2 était intitulé « organisation pour l'exécution du marché et capacité à respecter les délais », alors que, dans le cas du marché public relatif au bâtiment des laboratoires dont se prévalait la recourante, il s'énonçait comme « organisation du candidat pour satisfaire des exigences du client ». L'examen des annexes fournies avec son offre par la recourante montrait le bien-fondé de l'évaluation faite du critère 2 par le pouvoir adjudicateur. En effet, les documents n'étaient pas complets ou peu crédibles.

La recourante se plaignait que sa capacité à respecter les délais avait été mise en doute. Il s'agissait cependant d'un pur procès d'intention fait au pouvoir adjudicateur au vu des éléments du dossier. En revanche, il était vrai que celle-ci n'avait pas fourni le planning requis par ce dernier, contrairement à l'appelée en cause.

La nature des critiques que formulait la recourante en rapport avec l'évaluation du critère 3 démontraient qu'elle méconnaissait les mécanismes d'évaluation des marchés publics. Elle oubliait qu'elle n'avait pas reçu une note absolue mais que son offre avait été évaluée au regard du marché en soumission, d'une part, et en la mettant en concurrence avec les autres entreprises ayant répondu à l'appel d'offres, d'autre part. En l'espèce, les références qu'elle avait fournies étaient moins bonnes que celles fournies par l'appelée en cause.

Le troisième grief de la recourante n'avait aucun fondement. Il revenait à critiquer la façon dont la grille d'évaluation avait été établie. Or, dans celle-ci, le département avait donné un poids de 50 % au critère du prix, soit un poids

important, ce qui exprimait son souci des deniers publics. La pratique alléguée par la recourante visant à fausser l'évaluation des prix en incluant dans l'offre des travaux en option non comptabilisés constituait une accusation sans fondement et qui se retournait contre la recourante du fait de son inanité.

- 15) Par décision du 26 novembre 2014, la présidence de la chambre administrative a rejeté la demande de restitution d'effet suspensif (ATA/936/2014).
- 16) Le 1<sup>er</sup> décembre 2014, l'OBA s'est déterminé sur le fond. Il s'est référé aux explications données dans ses écritures du 11 novembre 2014, dans lesquelles il avait expliqué et justifié l'analyse qu'il avait effectuée pour l'adjudication du marché. L'offre de Belloni était certes plus chère que celle de Kosbat, mais répondait mieux aux attentes du maître de l'ouvrage sur les autres critères d'adjudication.

Aucun grief ne pouvait être tiré, en lien avec le principe de l'égalité de traitement, du fait que des offres de teneur et de présentation similaires faites par un même soumissionnaire dans deux marchés différents soient évaluées de manière différente par la même autorité adjudicatrice. En l'espèce, l'OBA avait examiné l'organisation mise en place pour l'exécution du marché, de même que l'organigramme opérationnel demandé était centré sur cet élément.

Son évaluation de l'offre de la recourante échappait à tout grief d'arbitraire, ainsi qu'elle l'avait expliqué dans son mémoire sur mesures provisionnelles. Même les plaintes de cette dernière sur la façon dont elle avait été notée par rapport à une autre concurrente n'avaient pas de consistance. En rapport avec le critère 2, la recourante avait reçu la note 2 et RST, l'entreprise classée troisième, une note de 2,5. Cela s'expliquait par la façon insatisfaisante dont elle avait rempli les annexes R6 et R9.

Les critiques sur le fait que le marché n'avait pas été adjugé à l'offre présentant le meilleur prix n'avait pas non plus de consistance. La grille d'évaluation prévoyait que le poids du critère relatif au prix était important puisqu'il était de 50 %. Toutefois, compte tenu de la nature du bâtiment et de son affectation, la qualité des finitions devait être irréprochable. C'était la raison pour laquelle d'autres critères avaient été introduits qui favorisaient les entreprises expérimentées et bien organisées, sachant manipuler les peintures spéciales d'une équipe suffisante. Finalement, le grief relatif aux postes figurant dans la soumission, relatifs à des travaux « non comptabilisés », était également mal fondé. Une mention de ce type de postes de travaux était indispensable pour fixer les prix d'éventuelles prestations supplémentaires. À défaut, lors de la survenance d'un imprévu sur le chantier, l'entreprise adjudicataire pouvait se permettre d'imposer les prix qu'elle voulait.

- 17) Le 1<sup>er</sup> décembre 2014, l'appelée en cause a persisté dans ses conclusions.
- 18) Le 11 décembre 2014, Kosbat a demandé à pouvoir compléter son recours après consultation du dossier d'adjudication de Belloni.
- 19) Le 9 janvier 2015, Belloni a écrit à la chambre administrative pour lui confirmer que le contrat d'entreprise était en voie de signature et qu'il le serait à la mi-janvier 2015.
- 20) Le 15 janvier 2015, Kosbat a modifié ses conclusions. La chambre administrative devait constater l'illicéité de la décision attaquée « avec suite de dépens ».
- 21) L'appel d'offres litigieux ne spécifiait aucune exigence technique particulière, à l'exception du choix d'une peinture particulière qui était imposée, dont la pose ne suscitait aucun problème particulier ni aucune formation spécifique. Dans ce contexte, le critère du prix devait rester l'élément central permettant de déterminer l'offre qui devait l'emporter. À lire le rapport d'adjudication, Belloni avait fait la différence, parce qu'elle avait produit un planning d'intention, ce qui lui permettait d'obtenir 3.63 points contre 2 pour l'offre qu'elle avait présentée. Or, le planning produit par l'adjudicataire n'indiquait rien d'autre à part qu'il y avait dix-neuf personnes sur le chantier qui, conformément à l'appel d'offre, devait commencer en semaine 36/2014 et se terminer en semaine 20/2015. Le planning d'intention ne disait rien de plus. Dès lors, l'écart des notes de 1,63 était indéfendable. Elle-même méritait largement 0,2 points de plus à tout le moins, si bien qu'elle aurait dû bénéficier de l'adjudication.

Concernant le critère n° 3 relatif aux références, la recourante renvoyait à son argumentation précédente. Des références complémentaires avaient été expressément demandées lors de son audition du 25 juillet 2014. Celles-ci n'avaient pas été vérifiées. Le fait qu'elle n'ait pas exercé en milieu hospitalier n'était pas pertinent. La peinture utilisée ne posait aucun problème et ne requérait aucune qualification particulière. Elle avait la capacité de mener à bien le projet et c'était à tort que Belloni avait été choisie.

Elle concluait au remboursement des frais d'avocat liés à la procédure qui étaient arrêtés à CHF 11'156.92 TTC.

- 22) Le 22 janvier 2015, Belloni a persisté dans ses conclusions sans développer ses observations.
- 23) Le 10 février 2015, le département a persisté dans ses conclusions en rejet du recours. La critique qu'adressait Kosbat à l'encontre des critères d'adjudication était tardive. Elle aurait dû la faire au moment de la publication de l'appel d'offres. Il en allait de même de celle qu'elle adressait à propos de la pondération

du critère du prix. Les critères qualitatifs étaient aussi importants que ce dernier. Elle l'avait accepté en participant à la procédure et ne pouvait le contester aujourd'hui.

Le critère n° 2 avait été évalué sur la base de quatre sous-critères correspondant au contenu des annexes R6, R8, R9 et R14. Kosbat n'avait pas fourni de planning d'intention avec le nombre de personnes prévues par phase, ce qui était un élément important pour le pouvoir adjudicateur. Les effectifs qu'elle annonçait n'étaient pas crédibles. Sa planification en termes de moyens était insuffisante. Il en allait de même de l'organigramme fourni et de la qualification des personnes clé.

Concernant le critère n° 3, elle contestait formellement avoir invité la recourante à compléter son offre, s'agissant des références qu'elle fournissait. Cela n'était pas autorisé en droit des marchés publics. Le critère 3 avait ainsi été évalué en fonction des annexes Q8+ que celle-ci avait jointes à son offre.

- 24) Sur ce, en date du 26 février 2015, 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).
- 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. En l'espèce, le contrat a été conclu. Toutefois, en tant que soumissionnaire évincée, 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) 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.
- 5) 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.
- 6) 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. Le principe de la transparence garanti par les art. 1 al. 3 let. c AIMP et 24 RMP 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 ; en spécifiant clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. Le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères. Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable d'éléments d'appréciation 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 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/695/2015 du 30 juin 2015 consid. 4c ; ATA/368/2015 du 21 avril 2015 consid. 4c ; ATA/972/2014 du 9 décembre 2014).

c. 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 du 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 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).

d. 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 ss ; ATA/131/2013 du 5 mars 2013 consid. 6).

- 7) La requérante reproche à l'autorité intimée d'avoir fait preuve d'arbitraire dans le cadre de l'évaluation du critère n° 2. Elle ne comprend pas la note 2 qui lui a été attribuée dans le cadre de ce marché public alors qu'elle avait reçu, avec les mêmes éléments, la note 3,15 lors d'un marché public organisé dans le cadre du même chantier. Non seulement elle ne documente pas ses affirmations, mais encore la note attribuée à une offre dans le processus de l'adjudication d'un marché public considéré n'a qu'une valeur relative au regard des exigences propres à celui-ci. Cette note peut être la résultante du recours à la combinaison de

sous-critères, comme cela a été le cas en l'espèce, qui peuvent être différents selon les marchés, mêmes si ceux-ci sont organisés par le même pouvoir adjudicateur. En outre, les exigences d'un même pouvoir adjudicateur sont susceptibles d'évoluer au gré des années. Ce grief qui n'a aucune consistance doit être écarté.

- 8) En rapport avec le critère n° 2, la recourante ne comprend pas comment elle a pu obtenir la note 2 en mentionnant dans l'annexe R9 six personnes clé, alors que l'entreprise arrivée en troisième rang avait recueilli la note 2,5 en ne citant que deux personnes clé. La simple consultation du détail des évaluations permet de comprendre les raisons de cette différence : elle a remis, par le biais de l'annexe R9, le CV de deux personnes désignées comme « personnes- clé » qui ne figuraient pas dans la liste des personnes clé dont le nom devait être fourni dans l'annexe R6. De son côté, l'entreprise concurrente précitée avait fourni de tels CV pour les personnes citées dans l'annexe R6 qu'elle avait produite.
- 9) La recourante tient pour arbitraire la note 2 qui lui a été attribuée dans le cadre de l'évaluation du critère n° 3 pour lequel elle aurait reçu la note 2 alors que l'appelée en cause se serait vue gratifier de la note 4. Il ressort du dossier existant, comme des explications de l'autorité intimée, que celle-ci a évalué les références présentées par les soumissionnaires au regard de l'existence ou non d'une expérience dans le domaine hospitalier. En outre, elle a apprécié celles-ci en fonction de la nature et de l'importance des chantiers référencés. C'est ce qui ressort des commentaires de l'organisateur figurant dans les documents d'évaluation produit. Force est de constater, en comparant les références présentées par la recourante et l'appelée en cause, comme, au demeurant par l'entité arrivée en troisième rang, que l'adjudicataire constituait celle qui bénéficiait de la meilleure expérience en matière de travaux hospitaliers, expérience importante, au vu du prix qui lui a été payé pour ces travaux. L'appréciation différenciée qui résulte de ces éléments pouvait donc conduire à lui attribuer une note bien plus haute. En tous les cas, cette notation échappe à tout grief d'arbitraire et les allégations de favoritisme formulées par la recourante ne trouvent aucun ancrage dans le dossier.
- 10) La recourante considère que la décision qui adjugeait les travaux à une entreprise dont le prix était supérieur de 20 % au sien violait le principe de l'offre la plus avantageuse économiquement prescrit par l'art. 43 al. 3 RMP. Ainsi que cela a été rappelé, l'offre qui remplit une telle condition n'est pas exclusivement l'offre la meilleure marché. Le critère du prix doit certes peser un poids important dans la décision d'attribution, par le poids important qui doit lui être réservé (Étienne POLTIER, op. cit., p. 203 n. 327). Néanmoins, l'offre économiquement la plus avantageuse est celle qui arrive en tête à l'issue de l'évaluation faite en fonction des différents critères annoncés dans l'appel d'offres.

En l'occurrence, le pouvoir adjudicateur a décidé que le critère du prix dans le poids pesait pour la moitié de la note, mais il a également choisi de tenir compte

d'autres critères tels que les critères n° 2 et 3 précités, critères justifiés au regard des exigences d'un chantier devant être mené en milieu hospitalier. L'appelée en cause, même si son prix était plus élevé que celui de la recourante, était arrivée en tête à l'issue de la procédure d'évaluation. Le pouvoir adjudicateur se devait de lui attribuer le chantier, conformément aux règles qu'il avait annoncé se donner, par une décision ainsi en tout point conforme au droit.

- 11) Mal fondé, le recours sera rejeté. Un émoulement de CHF 2'000.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). En outre, une indemnité de procédure de CHF 2'000.-, qui sera mise à la charge de la recourante, sera allouée à l'appelée en cause (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 31 octobre 2014 par Kosbat 7 Sàrl contre la décision de l'office des bâtiments du 14 octobre 2014 ;

**au fond :**

le rejette ;

met un émoulement de CHF 2'000.- à la charge de Kosbat 7 Sàrl ;

alloue à Belloni SA une indemnité de procédure de CHF 2'000.-, à la charge de Kosbat 7 Sàrl ;

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 Jaroslaw Grabowski, avocat de la recourante, à l'office des bâtiments, à Me Bruno Megevand, avocat de Belloni SA, ainsi qu'à la commission de la concurrence COMCO.

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

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :