

du 7 mai 2002

dans la cause

G. S.A.

représentée par Me Raeto Zarn, avocat

contre

DÉPARTEMENT DES FINANCES

et

X. S.A.

représentée par Me Benoît Chappuis, avocat

A/1107/2001-FIN

EN FAIT

1. G. S.A. (ci-après: G.) a pour but d'organiser et d'équiper des bureaux. La société, dont le siège est à D., dispose d'une antenne à Genève.
2. En mars et septembre 2000, l'économat cantonal (ci-après: l'économat) a lancé deux appels d'offres pour remplacer une partie du parc des photocopieurs de l'administration. Le premier concernait l'installation de 32 photocopieurs à l'Hôtel des finances et le second de 249 dans différents locaux administratifs. G. a participé aux procédures d'adjudication. Les marchés ont toutefois été attribués à une société concurrente, X. S.A. (ci-après: X.).
3. Par annonce parue dans la Feuille d'avis officielle (ci-après: FAO) du 29 juin 2001, un nouvel appel d'offres en procédure ouverte a été lancé pour la location d'environ 103 photocopieurs répartis sur tout le territoire genevois. Le prix figurait en tête des critères d'adjudication. Un délai au 24 septembre 2001 était fixé pour le dépôt des offres.
4. Six sociétés ont répondu dans le délai imparti, parmi lesquelles G. et X..
5. L'ouverture des offres a été effectuée le 24 septembre 2001 par quatre personnes de l'économat, à savoir Mme A. V., directrice, Mme C. W., juriste, M. J. D., chef du service de l'équipement et responsable de la procédure d'adjudication, et M. G. B., agent d'équipement. La décision d'adjudication a été prise par la direction de l'économat après examen des dossiers et sur préavis technique de MM. D. et B..
6. Une des offres, qui ne contenait pas les pièces exigées dans les conditions de participation, a été éliminée d'emblée. Les autres, satisfaisant toutes aux exigences définies dans le dossier d'appel d'offres, ont été classées en fonction du prix par copie offert. Celui-ci était de CHF 0,022 pour X., de CHF 0,052 pour G., et de CHF 0,029, CHF 0,0298 et CHF 0,051 pour les autres soumissionnaires. X. s'est ainsi retrouvée au premier rang et G. au dernier.
7. La décision d'adjudication, désignant X. comme soumissionnaire retenu, a été publiée dans les FAO des 26 et 29 octobre 2001. Sous "motifs", l'avis indiquait que X. respectait les critères d'adjudication et avait présenté l'offre la plus avantageuse économiquement.
8. Par acte du 5 novembre 2001, G. a interjeté un recours contre la décision d'adjudication. La société conclut, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif et, principalement, à l'annulation de l'adjudication et à la condamnation de l'Etat de Genève (ci-après: l'Etat) à payer CHF 5'600.- à titre de dommages-intérêts. Le "saucissonnage" du marché, auquel l'économat avait procédé en lançant plusieurs appels d'offres successifs, ne permettait pas aux concurrents de X. d'offrir des prix inférieurs à ceux proposés par cette société. Celle-ci bénéficiait en effet d'un monopole de fait sur les photocopieurs de l'Etat. Elle pouvait compenser le manque à gagner sur le marché litigieux grâce à la marge dégagée par les photocopieurs à haut rendement qui lui avaient été attribués avant la mise sur pied des procédures d'appel d'offres. De plus, l'offre de X. étant anormalement basse, l'économat aurait dû demander des précisions écrites à cette société, ce qu'il n'avait pas fait. Enfin, M. D., dont l'épouse travaillait auprès

de X., aurait dû se récuser.

9. Par courrier du 13 novembre 2001, le département des finances (ci-après: le département), invité à se prononcer sur l'effet suspensif, a déclaré s'en rapporter à justice sur ce point.
10. Par décision du 14 novembre 2001, le Tribunal administratif a accordé l'effet suspensif au recours.
11. Dans sa réponse du 7 décembre 2001, X. conclut au rejet du recours. L'économat n'avait pas violé l'égalité de traitement des soumissionnaires en procédant à des adjudications partielles. De plus, l'offre de X. n'était pas anormalement basse et ne constituait pas de la sous-enchère. Le prix offert, qui résultait de l'utilisation de photocopieurs reconditionnés, était proche de celui du marché. Enfin, l'épouse de M. D., qui travaillait effectivement comme secrétaire au département vente de X. depuis le 1er septembre 1999, n'avait en aucun cas participé à l'élaboration du contenu de l'offre de X. et ne l'avait influencé d'aucune manière. G., qui savait depuis une année au moins que M. D. participait aux procédures d'adjudication et que son épouse travaillait chez X., commettait un abus de droit en demandant sa récusation.
12. Dans sa réponse du même jour, l'économat conclut également au rejet du recours. C'est en raison de l'échéance annuelle des contrats relatifs aux photocopieurs qu'il avait dû lancer plusieurs appels d'offres. A aucun moment, X. n'avait profité des forts volumes obtenus par l'attribution des marchés précédents pour abaisser ses prix. De plus, son offre n'était pas anormalement basse. Enfin, bien que l'épouse de M. D. fût employée de X., aucune circonstance n'était propre à faire suspecter une adjudication impartiale. M. D. n'avait donc pas à être exclu de la procédure ni à se récuser. En tout état de cause, l'argument de G. devait être rejeté comme tardif.
13. Les parties ont été convoquées à une audience de comparution personnelle et d'enquêtes qui s'est tenue le 7 mars 2002. Etaient présents:
 - MM. F. O. et H. D., représentant
 - Mme C. W., représentant le département;
 - M. O. C., représentant X..
14. a. Mme W. a confirmé que X. n'était pas la seule entreprise à pourvoir l'Etat en photocopieurs. Depuis le premier appel d'offres lancé, en mars 2000, les trois marchés avaient été remportés par cette société. L'économat n'avait pas interpellé X. sur le caractère particulièrement avantageux de son offre, car il considérait que le prix n'était pas inhabituel.
b. M. O. a admis connaître le rôle de M. D. comme responsable des photocopieurs au sein du département le 30 novembre 2000 au plus tard. Il a indiqué également avoir entendu des "rumeurs" sur l'emploi de Mme D. auprès de X. au cours d'un salon informatique organisé à Lausanne en avril 2001. Il en avait obtenu la certitude par la suite, sans pouvoir dire exactement à quelle date. G. n'avait pas interpellé l'économat à ce propos.

G.;

S'agissant des rapports entre machines à haut et à bas rendements, M. O. a expliqué que la société qui parvient à placer une machine à haut rendement pouvait offrir des prix particulièrement bas sur les appareils à bas rendement, car elle faisait des économies sur ses investissements. Par machine à haut rendement, il fallait comprendre un photocopieur capable de

produire 200'000 copies par mois.

c. M. C. a affirmé que X. ne bénéficiait pas de l'effet de masse décrit ci-dessus, la société ne compensant pas d'un parc à haut rendement vers un parc à bas rendement. C'est un lot de machines reconditionnées, disponible au moment de l'appel d'offres, qui avait permis à X. de faire l'offre déposée. Les machines reconditionnées étaient d'anciens photocopieurs ayant subi un traitement de remise à neuf. Les prestations de X. pour ces machines étaient identiques à celles offertes pour les photocopieurs neufs.

15. Sur demande du tribunal, Mme C. D., épouse de M. D., a été entendue à titre de témoin.

Elle a confirmé travailler chez X. depuis 1999 comme secrétaire. Elle ne rencontrait pas personnellement les clients de la société, sauf lors d'événements du type "portes ouvertes". Elle avait dactylographié les documents envoyés à l'Etat en réponse à l'appel d'offres du 29 juin 2001. Elle a indiqué qu'elle avait été engagée par X. après avoir répondu à une annonce parue dans un journal. Les activités professionnelles de son mari n'avaient pas été évoquées lors de l'entretien d'embauche. Enfin, elle a affirmé qu'elle ne parlait pas de ses activités professionnelles à son mari, qu'elle ne touchait pas de commission sur les ventes réalisées par X. et qu'elle n'avait pas été avantagée dans le cadre du marché litigieux.

16. Un délai au 22 mars 2002 a été imparti au département pour produire un certain nombre de pièces. De l'une d'entre elles, il ressort notamment que le nombre de photocopieurs placés à l'Etat par les différents fournisseurs avait évolué de la façon suivante:

	fin 1999	fin 2000	fin 2001
X.	239	259	512
G.	120	118	113
Autres	343	349	133
Total	702	726	758

En 3 ans, la part de marché de X. est ainsi passée de 34% à 68%, et celle de G. de 17% à 15%.

17. Dans ses observations du 2 avril 2002, l'économat persiste dans les conclusions prises dans son écriture du 6 décembre 2001. X. n'était pas l'unique fournisseur de l'Etat et celui-ci ne disposait pas de machine à haut rendement au sens donné par G. lors de l'audience de comparution personnelle. Le prix par copie avantageux offert par X. ne pouvait ainsi être justifié par une position de monopole, ni par une mainmise sur les gros systèmes au sein de l'Etat. Il était simplement dû à une politique commerciale très avisée de cette société et à une position de leader sur le marché genevois. Par ailleurs, la performance des machines de X., légèrement supérieure à ce qui était demandé dans le dossier d'appel d'offres, n'était pas relevante pour la solution du litige.

18. Dans ses observations du 5 avril 2002, G. persiste dans les conclusions de son écriture du 5 novembre 2001. La performance des photocopieurs proposés par X. ne correspondait pas à celle qui était exigée dans l'appel d'offres, qui était d'ailleurs elle-même contraire à celle imposée par la directive du Conseil d'Etat du 10 janvier 2001 (ci-après: la directive) pour un service effectuant moins de 36'000 copies par an. Il existait une entente préalable entre l'Etat et X., qui se voyait attribuer d'office la majeure partie du marché des photocopieurs. Sa part augmenterait finalement à plus de 80% si

les 103 appareils litigieux lui étaient adjugés. Les liens unissant M. et Mme D. étaient susceptibles de faire pencher la balance en faveur de X. au moment de l'adjudication d'un marché. En n'appliquant que partiellement et à son bon vouloir les règles sur les marchés publics, l'Etat violait les dispositions fédérales et cantonales applicables en la matière.

19. Dans ses observation du même jour, X. persiste dans les conclusions de son écriture du 7 décembre 2001. Elle ne disposait d'aucun photocopieur à haut rendement à l'Etat. Il était faux de prétendre que le prix offert était dû au fait qu'elle disposait d'un parc important de photocopieurs à l'Etat, dans la mesure où un prix identique était proposé en 1999 et en 2000, alors que sa part du marché n'était que d'un tiers. X. avait été en mesure de proposer un prix avantageux parce qu'elle disposait en stock d'un lot de machines reconditionnées correspondant aux besoins de l'Etat.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 15 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05; art. 3 de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 - L 6 05.0).
2. Selon l'article 11 AIMP, les conditions de récusation des personnes concernées doivent être respectées lors de la passation de marchés. A Genève, ces conditions sont énoncées à l'article 15 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). Cet article prévoit notamment que les membres des autorités administratives appelées à rendre ou à préparer une décision doivent se récuser s'il existe des circonstances de nature à faire suspecter leur impartialité (al. 2 let. d). La demande de récusation doit être présentée sans délai à l'autorité (al. 3, 1ère phrase). Selon la jurisprudence, l'article 96 alinéa 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05), qui exprime un principe général du droit, est également applicable aux membres des autorités administratives (ATA H. du 19 décembre 1995 c. 3). Ainsi, dans tous les cas, la demande de récusation est irrecevable s'il a été procédé devant l'autorité postérieurement à la connaissance acquise par les parties des faits sur lesquels elles fondent la récusation ou si elle n'a pas été proposée avant la prise de décision.

En l'espèce, l'épouse du responsable de la procédure d'adjudication travaille auprès d'un des soumissionnaires, ce qui est de nature à faire suspecter l'impartialité de la décision prise. Il convient toutefois d'admettre que la recourante connaissait le rôle de M. D. dans la procédure d'adjudication ainsi que le travail de son épouse auprès de X. avant la décision d'adjudication, si ce n'était même avant le dépôt de son offre. Pour ce motif, le grief de la recourante est irrecevable.

3. G. soutient que l'offre retenue est contraire à l'appel d'offres et à la directive parce que la performance des photocopieurs proposés par X. est supérieure aux limites posées par ces documents.

Le volume annuel des 103 machines est estimé à 3,7 millions de copies par an. La division du nombre de copies par le nombre d'appareils donne un résultat très légèrement

inférieur à 36'000.

Autant l'avis paru dans la FAO que le dossier d'appel d'offres précisent que le marché porte sur des photocopieurs d'une performance inférieure à 20 copies par minute. Quant à la directive, elle prévoit que tout service de l'Etat effectuant moins de 36'000 copies par an se verra attribuer un appareil d'une performance inférieure ou égale à 10 copies par minute.

En l'espèce, les photocopieurs proposés par X. peuvent effectuer 32 copies par minute. Il est incontestable que leur performance est supérieure à celle exigée par l'appel d'offres et par la directive. Ces appareils n'étant pas destinés à un seul service mais à plusieurs locaux répartis dans tout le canton, on peut se demander dans quelle mesure la directive est applicable ici. La question peut toutefois rester indécidée, l'argument de la recourante devant de toute manière être rejeté. En effet, la fixation de performances limites a pour objectif principal de permettre à l'Etat de faire des économies. Cela ressort clairement aussi bien des critères d'adjudication de l'appel d'offres que du préambule de la directive. Dans ces conditions, on ne saurait reprocher à l'économat d'avoir porté son choix sur des appareils plus performants, alors qu'ils étaient meilleur marché, encore moins annuler l'adjudication pour ce motif.

4. La recourante reproche à l'économat d'avoir procédé à plusieurs appels d'offres pour le renouvellement du parc des photocopieurs de l'Etat.

En l'espèce, il est établi que l'économat a procédé à plusieurs appels d'offres en raison des différentes échéances des contrats qui le liaient avec ses fournisseurs. Le découpage du marché n'avait donc pas pour but d'éviter de procéder à des appels d'offres, et n'a pas eu cet effet non plus. Il était ainsi licite. Il a également eu l'avantage de donner la chance à différentes entreprises de fournir l'Etat en photocopieurs, ce qui n'aurait pas été le cas si un seul appel d'offres avait été lancé pour l'ensemble du marché. L'argument de la recourante doit ainsi être écarté.

5. G. reproche enfin à X. d'avoir profité de sa position de monopole, notamment sur les machines à haut rendement, pour offrir un prix par copie anormalement bas.

Cet argument doit également être écarté pour deux raisons au moins.

D'une part, il ressort de l'instruction de la cause que le prix offert par X. était également de CHF 0,022 lors des deux appels d'offres précédents. Ceux-ci ont eu lieu en mars et septembre 2000, à une époque où le nombre de photocopieurs fournis par X., représentant environ un tiers du marché, ne correspondait manifestement pas à une position de monopole.

D'autre part, X. conteste procéder à des compensations entre parcs de photocopieurs de rendements différents et affirme n'avoir placé aucun appareil à haut rendement, tel que l'entend la recourante, à l'administration cantonale. Ceci est confirmé par l'économat qui écrit, dans sa réponse du 2 avril 2002, qu'aucune machine permettant de réaliser 220'000 copies par mois n'est installée à l'Etat. Le Tribunal administratif n'a aucune raison de mettre en doute ces réponses.

Il convient ainsi d'admettre que le prix par copie particulièrement avantageux offert par X. s'explique par le genre de photocopieurs proposés, à savoir des machines

reconditionnées. Dès lors, on ne peut faire grief à l'économat, qui connaissait la nature des photocopieurs offerts, de n'avoir pas interpellé X. sur le caractère avantageux de son offre. De même, on ne peut reprocher à cette société d'avoir proposé des machines reconditionnées, ni à l'économat d'avoir porté son choix sur de tels photocopieurs. En effet, l'appel d'offres du 29 juin 2001 ne l'interdisait pas.

6. Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.
7. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera perçu et une indemnité de CHF 1'500.- sera allouée à X., le tout à charge de G..

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 5 novembre 2001 par G. S.A. contre la décision de l'économat cantonal publiée dans les feuilles d'avis officielles des 26 et 29 octobre 2001;

au fond :

le rejette;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 1'500.-;

alloue une indemnité de CHF 1'500.- à X. S.A., à charge de la recourante;

communique le présent arrêt à Me Raeto Zarn, avocat de la recourante, ainsi qu'à Me Benoît Chappuis, avocat de l'intimée, et au département des finances.

Siégeants : M. Paychère, président, MM. Thélin et Schucani, Mmes Bonnefemme-Hurni et Bovy, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. : le vice-président :

M. Tonossi

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Mme M. Oranci