RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1138/2005-FOND **ATA/609/2005**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 13 septembre 2005

dans la cause

PILATUS SERVICE GMBH

contre

FONDATION DU PALAIS DES EXPOSITIONS
représentée par Me Michel D'Alessandri, avocat

et

JM & D CERUTTI S.A.

SIMON BORGA TOITURES S.A.

appelées en cause

EN FAIT

1. La Fondation du palais des expositions de Genève, fondation de droit public, (ci-après : la fondation) est propriétaire des bâtiments du complexe Palexpo, à l'exception de la halle 6, sis à la route François-Peyrot au Grand-Saconnex/Genève.

2. Des problèmes d'étanchéité de toiture étant apparus, la fondation a mandaté en octobre 2002 Monsieur Daniel R. Perroud, consultant dans le domaine de la toiture du bureau Asphaconsult, pour l'étude du projet d'assainissement des toitures plates des halles 1, 2, 4 et 5.

   Dans son rapport du 7 avril 2003, M. Perroud a conseillé dans un premier temps, le remplacement en 2003 de la toiture de la halle 1 et du couvert entre celle-ci et la halle 2 (coursive). Elles étaient couvertes de lés d'étanchéité « Sarnafil » de 1,2mm d'épaisseur posés en 1980 qui, compte tenu de leur état, devaient être remplacés dans les meilleurs délais. Le report du début des travaux exposait les bâtiments à des risques de dégâts importants en cas de grêle.

   L'expert a aussi examiné la question du choix du système d'étanchéité. Trois systèmes étaient présentés dans le rapport (Sarnafil, Derbigum et Bauder). Sous réserve de la résolution de certains problèmes techniques les trois systèmes d'étanchéité pouvaient convenir. L'élément déterminant du choix devait être le rapport entre le coût et la durée de vie. Sur la base des éléments en possession de l'expert, le choix du système « Sarnafil » apparaissait, à ce stade, comme le plus avantageux.

3. Une procédure d'appel d'offres a été lancée le 8 juillet 2004 par la fondation. Six entreprises romandes ont été invitées à soumissionner.

   Les documents remis aux entreprises indiquaient que les exigences spécifiques à l'ouvrage, spécialement la charge admissible, la classe incendie, le rapport qualité, prix, la durabilité, les garanties étendues avaient fait porter le choix sur le système « Sarnafil », 2mm. Il était également indiqué dans les conditions générales de la soumission que l'entrepreneur pouvait proposer une variante à la soumission. Celle-ci devait, cas échéant, être établie dans son intégralité sur un document annexé. Une variante partielle ne serait pas prise en considération.

4. Le 3 août 2004 à l'ouverture des soumissions, la fondation avait reçu trois offres. Selon Asphaconsult, l'analyse des offres faisait apparaître une augmentation de prix par rapport à des devis demandés en avril 2002. Cette différence était due principalement à une absence de réelle concurrence liée à la

création du consortium d'une part, et à la renonciation d'une entreprise d'autre part. Il estimait qu'en raison des prix proposés, la variante bi-couche (Derbigum) devait à nouveau être prise en compte.

Par courrier du 27 août 2004, la fondation a informé les entreprises que les travaux ne pouvaient être adjugés. De nouvelles études devaient être entreprises afin de trouver une solution financièrement acceptable.

5. Une nouvelle procédure d'appel d'offres sur invitation a été lancée le 23 novembre 2004 par la fondation. Celle-ci a avisé les premiers soumissionnaires que les travaux étaient reportés au printemps 2005 et un délai au 15 décembre 2004 leur était imparti pour retourner leurs nouvelles soumissions, cas échéant aux conditions modifiées en raison du report des travaux. Deux entreprises supplémentaires étaient invitées à soumissionner concernant la réalisation des travaux avec le produit « Sarnafil », avec possibilité d'établir une variante dont l'entreprise Pilatus Service GmbH à Sachselen (OW) (ci-après : Pilatus) et cinq entreprises agréées par le fabricant du produit « Derbigum » étaient invitées à présenter une soumission avec ce dernier système.

Dans le délai imparti, Pilatus a présenté une offre avec le système « Sarnafil »s'élevant à CHF 892'074,20.

6. Le 28 janvier 2005, Pilatus a présenté deux offres modifiées, toujours avec le système « Sarnafil », s'élevant respectivement à CHF 884'197,30 et CHF 865'000.-.

7. Le 9 mars 2005, soit près de trois mois après le délai de remise des soumissions, Pilatus a présenté deux nouvelles offres avec le système « Sarnafil » aux montants respectifs de CHF 810'000.- et CHF 790'000.-. A cette occasion, elle a précisé intervenir en consortium avec la société Sanitoit S.A. La soumission du 9 mars 2005 ne portait pas la signature de Sanitoit S.A.

8. Les travaux ont été adjugés aux entreprises Simon Borga Toitures S.A. et JM & D Cerutti S.A., regroupées pour l'occasion et ayant présenté une offre avec le système « Derbigum ». Les autres entreprises en ont été informées par courrier du 17 mars 2005.

9. Pilatus a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre l'adjudication par acte du 15 avril 2005.

Elle a conclu préalablement à ce que le recours soit assorti de l'effet suspensif et, sur le fond, à l'annulation de la décision du 17 mars 2005 et à ce que le marché lui soit adjugé, avec suite de frais et dépens. Subsidiairement, au cas où le contrat d'adjudication serait signé, à l'octroi de dommages-intérêts. Son offre respectait le cahier des charges de la soumission et, de plus, son prix était très compétitif.

Pilatus invoquait une procédure illégale et inéquitable ainsi que la violation de l'article 7 du règlement sur la passation des marchés publics en matière de constructions du 19 novembre 1997 (RMPC – L 6 05.01) garantissant une égalité de traitement entre soumissionnaires et interdisant toute discrimination.

Oralement, le maître d'ouvrage avait précisé qu'il ne souhaitait pas de variante et que le choix du système « Sarnafil » était déjà fait. Par conséquent, le choix final en faveur du système « Derbigum » ne pouvait découler que d'une modification du cahier des charges entraînant une inégalité de traitement.

10. Par décision présidentielle du 28 avril 2005, l'effet suspensif a été retiré au recours.

11. Par mémoires des 25 avril et 30 mai 2005, la fondation s'est déterminée sur le recours en concluant à son rejet ainsi qu'au versement d'une indemnité de procédure.

Le recours n'était recevable que dans la mesure où il invoquait une violation de la LMI, l'adjudication d'un marché non soumis à l'accord intercantonal n'étant pas sujette à recours.

Aucune discrimination au sens de la LMI ne pouvait être retenue, le choix de la solution technique étant du ressort du maître de l'ouvrage. Les entreprises invitées à présenter des offres avec le système « Derbigum » étaient des étancheurs agréés par le fabricant ce qui permettait de bénéficier d'une garantie d'usine.

12. Le 17 juin 2005, les entreprises S. Borga S.A. et JM et D. Cerutti S.A., adjudicataires du marché, appelées en cause, se sont déterminées en faveur du rejet du recours.

13. Les autres faits établis par les pièces du dossier seront repris, en tant que de besoin, dans la partie « en droit » du présent arrêt.

EN DROIT

1. a. Le Tribunal administratif est compétent pour connaître des recours relatifs à une violation de la LMI (art. 56 B al. 4 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 – LOJ – E 2 05 ; art. 9 al. 2 LMI ; ATA/864/2004 du 26 août 2004).

b. En l'absence de dispositions spéciales de procédure, le recours relatif à une violation de la LMI est régi par les normes usuelles de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA – E 5 10 ; ATA/864/2004 du 26 août 2004). L'article 63 alinéa 1lettre a LPA prévoit un délai de recours de 30 jours.

En l'espèce, interjeté dans le délai légal devant l'instance compétente, le recours est recevable en tant qu'il porte sur une violation de la LMI. La recevabilité des autres griefs évoqués sera examinée ci-dessous.

2. L'objet du litige est le courrier du 17 mars 2005 de la fondation, valant décision au sens de l'article 4 LPA informant l'entreprise recourante du rejet de l'offre qu'elle avait déposée dans le cadre de l'appel d'offres sur invitation du 23 novembre 2004 relatif à la réfection de l'étanchéité des toitures de la halle 1 et coursive de Palexpo.

3. Pilatus fonde son recours principalement sur une violation du RMPC.

Il convient prioritairement de résoudre la question du droit applicable au marché public litigieux et conjointement celle des griefs qui pourront être examinés par le tribunal de céans dans la présente procédure.

4. a. L'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) qui vise à garantir aux soumissionnaires, par le biais de règles précises, une procédure transparente, non discriminatoire fondée sur la libre concurrence, constitue, avec ses dispositions d'exécution, la réglementation principale des marchés publics cantonaux.

Selon ses articles 6 alinéa 1 lettre c et 7 alinéa 1 lettre a, l'AIMP s'applique notamment à la passation des marchés de construction dont la valeur estimée atteint CHF 9'757'000.-. Le marché en cause est un marché dont la valeur avoisine le million de francs suisses, au vu des offres faites par les soumissionnaires. Selon la jurisprudence, c'est la moyenne de ces offres qui détermine la valeur du marché (ATA/615/2000 du 10 octobre 2000).

En l'espèce, toutes les offres étant largement inférieures au seuil fixé par l'AIMP, celui-ci ne s'applique pas au marché litigieux.

b. En revanche, la loi fédérale sur les marchés intérieurs du 6 octobre 1995 (LMI – RS 943.02) s'applique à tous les marchés publics cantonaux et communaux (à l'exclusion des marchés de la Confédération), indépendamment des valeurs seuils et des types de marchés (E. CLERC, L'ouverture des marchés publics : effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, p. 435 et 436). Ainsi, le marché public en question tombe sous le coup de cette loi, qui fixe certaines règles minimales que doivent respecter les pouvoirs adjudicateurs cantonaux et communaux lors de la passation des marchés publics (ATF 125 II 86 consid. 1c p. 91).

L'article 9 alinéa 2 LMI impose au canton de prévoir au moins une voie de recours auprès d'une instance cantonale indépendante qui rend une décision définitive, le recours de droit public devant le Tribunal fédéral étant réservé. Cette voie de recours est ouverte non seulement aux soumissionnaires

dont le siège ou le domicile se trouve hors du canton, mais aussi aux soumissionnaires locaux (ATF 125 I 406 consid. 2c) p. 409-410). A Genève, le Tribunal administratif est compétent pour connaître des recours relatifs à une violation de la LMI (ATA/647/2004 du 24 août 2004).

c. S'agissant d'un marché public genevois, le RMPC fixe notamment le type de procédure à laquelle l'autorité adjudicatrice devra recourir en fonction de la valeur du marché.

Pour les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils de l'article 7 de l'AIMP, l'autorité adjudicatrice peut recourir à une procédure sur invitation ou appliquer la procédure ouverte ou sélective (art. 49 al. 1 RMPC). Dans le cadre d'une procédure d'invitation et dans la mesure du possible, trois offres au minimum sont demandées (art. 49 al. 2 RMPC).

Le droit genevois prévoit également que les décisions rendues dans le cadre de l'adjudication d'un marché non soumis à l'accord intercantonal ne sont pas sujettes à recours (art. 50 RMPC).

En conséquence, la question de la conformité de la décision litigieuse aux dispositions cantonales légales ou réglementaires ne pourra être examinée par le tribunal de céans. En revanche, les griefs allégués relevant de la LMI pourront l'être.

5. La recourante se plaint d'une discrimination. La procédure choisie par la fondation consistant à inviter certaines entreprises à soumissionner avec le système « Sarnafil » et d'autres avec le système « Derbigum » serait discriminatoire.

a. Selon son article 1, la LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse, l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse. La LMI ne constitue qu'une loi-cadre orientée vers la protection des soumissionnaires externes et l'unification du marché suisse (E. CLERC, op. cit., p. 432-438). Elle ne vise pas à s'immiscer dans les réglementations cantonales, mais se borne à exiger que ces dernières ne constituent pas une entrave au libre-échange des services et des marchandises, ainsi qu'à la liberté des personnes de s'établir et de circuler (Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la LMI, FF 1995 I p. 1248-1249).

b. Selon l'article 5 alinéa 1 LMI, les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal ; ces dispositions, ainsi que les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse de manière contraire à l'art. 3 LMI qui

indique à quelles conditions des restrictions à la liberté d'accès au marché de soumissionnaires externes peuvent être prévues.

La LMI comporte ainsi certaines garanties visant principalement à protéger les offreurs externes. Elle fixe un nombre limité de principes fondamentaux dont la Confédération, les cantons et les communes doivent tenir compte tant dans la pratique que dans leur activité législative (Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la LMI, FF 1995 I p. 1231).

c. Dans le domaine des marchés publics, la discrimination se définit comme le traitement défavorable d'une certaine catégorie de soumissionnaires, en raison de son origine étrangère ou extérieure au cercle des soumissionnaires locaux ou nationaux (B.BOVAY, La non discrimination en droit des marchés publics, in RDAF 2004 I 227-243, 239). Il y aurait notamment une pratique discriminatoire si les spécifications techniques exigées étaient propres au cercle des entreprises locales et excluaient de fait les entreprises extérieures en raison du type de produits spécifiés, de normes très locales ou d'exigences quant au lieu de production ou d'achat des matériaux (B. BOVAY, op. cit., p. 239).

En l'espèce, l'entreprises recourante n'allègue pas, et cela à juste titre, avoir été discriminée en raison de son origine, mais uniquement en raison du fait qu'elle n'a pas été invitée à présenter une offre avec le système « Derbigum ».

Or, force est de constater que sa position n'aurait pas été différente si elle avait été invitée à soumissionner avec le produit « Derbigum ». En effet, elle n'aurait pas pu faire une telle offre uniquement en raison des exigences posées par le fabricant pour l'utilisation du produit et non pas en raison de la procédure suivie par l'autorité adjudicatrice. Le fabricant ne vend le produit « Derbigum » en quantités nécessaires pour un ouvrage important qu'aux étancheurs agréés, soit vingt-cinq entreprises spécialisées domiciliées dans toutes les régions linguistiques de la Suisse.

Ainsi, compte tenu du fait que l'applicateur du produit « Derbigum » doit être agréé par le fabricant afin de bénéficier de la garantie d'usine, l'inégalité qui en résulte pour la recourante n'entrave pas le libre accès au marché et ne constitue en rien une discrimination prohibée par la LMI.

Cela étant, il faut constater que le choix du système « Derbigum » n'a pas été fait par la fondation avant l'appel d'offres, mais bien à l'issue de celui-ci ; les caractéristiques du produit utilisé (durabilité, résistance) en rapport avec le prix proposé figurant parmi les éléments d'appréciation des offres. L'utilisation d'autres systèmes n'était ainsi pas exclue d'avance comme le prétend la recourante, puisque des variantes étaient possibles comme l'attestent les documents remis aux entreprises invitées à soumissionner. Certaines entreprises ont d'ailleurs proposé des systèmes différents.

En conséquence, le grief relatif à une discrimination dans les modalités de passation du marché est non fondé et le recours sera rejeté sur ce point.

6. L'autorité adjudicatrice dispose d'une grande liberté d'appréciation lors de l'adjudication. Ainsi, même dans les marchés publics plus importants, soumis à l'AIMP, elle n'est pas liée par telle ou telle méthode, mais il lui est loisible de choisir celle qui est la mieux appropriée au marché. 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 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 p. 305). La latitude de jugement laissée au pouvoir adjudicateur par la notion d'offre la plus avantageuse économiquement est d'autant plus grande que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques et que l'autorité intimée a confié l'analyse des offres à un bureau spécialisé (JAAC 1999 p. 143 ; ATA/728/2002 du 26 novembre 2002 et la jurisprudence citée).

En l'espèce, l'appréciation du tribunal de céans ne saurait donc se substituer à celle du pouvoir adjudicateur. Seul l'abus ou l'excès de pouvoir d'appréciation doit être sanctionné, ce que le Tribunal fédéral a affirmé à maintes reprises (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).

La fondation a estimé que la durée de vie supérieure du produit « Derbigum » - plus de trente ans au lieu d'une vingtaine pour le produit « Sarnafil » - ainsi que ses avantages en matière de résistance aux impacts compensaient un prix supérieur d'environ 18,5 %. L'offre choisie est par ailleurs la moins chère parmi celles présentées avec la solution « Derbigum ».

Par conséquent, le pouvoir adjudicataire n'a pas fait un usage abusif ou excessif de son pouvoir d'appréciation et le recours sera rejeté sur ce point également.

7. Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 LPA).

Une indemnité de CHF 2'000.- sera allouée à la fondation, à la charge de la recourante. Aucune indemnité ne sera allouée aux entreprises intimées, faute de conclusions dans ce sens.

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 15 avril 2005 par Pilatus Service GmbH contre la décision de la Fondation du palais des expositions du 17 mars 2005 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Pilatus Service GmbH un émolument de CHF 2'000.- ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 2'000.- à la Fondation du palais des expositions, à la charge de Pilatus Service GmbH ;

communique le présent arrêt à Pilatus Service GmbH, à Me Michel D'Alessandri, avocat de la Fondation du palais des expositions ainsi qu'à Simon Borga Toitures S.A. et JM & D Cerutti S.A., appelées en cause.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :	la vice-présidente :
M. Tonossi	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le	la greffière :