

du 11 décembre 2001

dans la cause

X S.A.

_____ contre

GRAND CONSEIL

et

Y. S.A.

représentée par Me André Kaplun, avocat

EN FAIT

1. Selon un avis publié dans la Feuille d'Avis Officielle (FAO) du 6 juillet 2001, le Grand Conseil de la République et Canton de Genève (ci-après : le Grand Conseil) a procédé à un appel d'offres portant sur la recherche d'une imprimerie chargée de réaliser l'impression, le brochage et l'expédition du Mémorial des séances du Grand Conseil et des tirés à part dès janvier 2002 jusqu'à novembre 2005.

L'objet du marché représentait un chiffre d'affaires présumé de quelque CHF 800'000.- par an. L'appel était soumis à la législation sur la passation des marchés publics, la procédure était ouverte et le délai pour la remise des offres était fixée au 24 août 2001 à 17h.

L'obtention du cahier des charge était subordonné au paiement d'un émolument non remboursable de CHF 200.-

Le marché devait être adjudgé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, eu égard à dix critères, tels que les conditions financières, le strict respect des délais, la qualité de l'équipement de transmission des données, de composition, d'impression, de finition, ainsi que d'autres critères.

2. Sous chiffre 8, l'appel d'offres indiquait que ne seraient pris en considération que les dossiers accompagnés des pièces suivantes : déclaration sur l'effectif de la main d'oeuvre permanente, différentes attestations concernant la couverture du personnel en matière d'assurances sociales, l'existence d'une convention collective de travail ou un engagement analogue, attestation relative aux obligations du soumissionnaire en matière d'impôts à la source, ainsi que l'engagement de respecter le principe d'égalité des droits entre hommes et femmes au sein de l'entreprise.
3. La société X. (ci-après : X), laquelle avait acquis le marché pour la période comprise entre 1998 et 2001, a déposé une offre en temps utile.
4. Par lettre du 1er octobre 2001, la direction du service du Grand Conseil (ci-après : le Grand Conseil ou

le Pouvoir adjudicateur) a informé X que son offre avait été écartée au motif qu'aucune des pièces exigées au point 8 des conditions de participation n'avait été produite.

X a répondu qu'étant le fournisseur actuel des travaux, elle avait pensé qu'il n'était pas nécessaire de redonner au Pouvoir adjudicateur les attestations qu'elle avait remises à l'occasion du premier mandat. Toutes les autres conditions de participation avaient été respectées et X exprimait le souhait que son offre ne soit pas écartée. Elle a annoncé au Grand Conseil qu'elle fournirait toutes les attestations figurant au point 8, ce qui fut fait par courrier du 19 octobre 2001.

5. Par décision du 15 novembre 2001, le Pouvoir adjudicateur a informé X que, par souci de transparence, il avait néanmoins procédé à l'examen de son dossier bien que l'élimination aurait dû être prononcée pour des raisons de forme. Le Grand Conseil a ajouté que même si le dossier de X était resté en lice, le marché ne lui aurait pas été attribué car son offre n'était arrivée qu'au 2e rang.

En effet, le marché avait été adjugé à la société Y. (ci-après : Y.).

6. L'avis d'adjudication a paru dans la FAO du 16 novembre 2001.

7. Par acte déposé au greffe du Tribunal administratif le 26 novembre 2001, X a recouru contre la décision d'adjudication. Elle a reproché à Y. de ne pas avoir respecté le point 2.3.3 du cahier des charges. Pour l'impression du Mémorial, leur base de prix commençait à 160 pages avec une mention pour chaque supplément de 32 pages. Cette manière de présenter les prix, différente et non conforme au cahier des charges, rendait la comparaison économique impossible pour l'impression du Mémorial. X a estimé ainsi que l'offre de Y. n'était pas recevable.

Quant à l'impression des tirés à part, X a estimé que, d'une manière générale, son offre à elle était économiquement plus avantageuse. Dans son recours, elle a dressé un tableau comparatif justifiant cette affirmation.

Dès lors, il y avait eu inégalité de traitement et la décision entreprise était arbitraire.

X a conclu à titre préalable à l'octroi de l'effet suspensif et à l'annulation de la décision d'adjudication publiée le 16 novembre 2001. A titre subsidiaire, X a conclu à ce qu'une nouvelle procédure d'adjudication soit ordonnée.

8. Le Grand Conseil s'est opposé à l'octroi de l'effet suspensif. Les deux conditions prévues par la loi n'étaient pas remplies.

a. Le recours était mal fondé pour deux motifs. D'une part les conditions de participation - résultant de la loi - n'avaient pas été remplies. Les cinq attestations exigées lors du dépôt de l'offre n'avaient été fournies que près de deux mois après l'expiration du délai. La recourante ne pouvait pas considérer de bonne foi que le fait d'avoir réalisé le Mémorial depuis 1998 la dispensait de produire ces pièces. D'autre part, le tableau comparatif établissait que Y. avait recueilli 184 points, tandis que la recourante n'en avait obtenu que 180. Non seulement l'offre de Y. avait respecté le point 2.3.3, mais celle-ci avait fourni des chiffres plus complets, assurant une meilleure transparence.

b. L'intérêt public prépondérant s'opposait à l'octroi de l'effet suspensif. Il y avait en effet urgence, car la première séance du Grand Conseil de la nouvelle législature se tiendrait les 24 et 25 janvier 2002 et les documents utiles à la discussion des objets prévus à l'ordre du jour devaient parvenir aux députés sept jours avant la séance. Il était ainsi nécessaire que l'imprimerie adjudicataire puisse effectuer un certain nombre de démarches à temps en vue de l'impression des tirés à part.

A supposer que le Tribunal administratif ordonne l'effet suspensif, le Grand Conseil a conclu à ce que la recourante soit astreinte à fournir des sûretés.

9. Y. a été également invitée à se déterminer sur la demande d'effet suspensif. Chiffres et tableaux à l'appui, elle s'est livrée à une comparaison entre les deux offres, non seulement pour l'exécution du Mémorial proprement dit, mais pour les tirés à part. Celle de Y. était plus avantageuse.

S'agissant de l'intérêt public ou privé prépondérant, Y. a indiqué qu'aussitôt qu'elle avait su

que son offre avait été acceptée, elle avait entrepris un certain nombre de démarches : elle avait commandé plusieurs tonnes de papiers, réservé un cours de formation sur un logiciel pour quatre de ses cadres, etc. L'octroi de l'effet suspensif l'empêcherait de respecter les délais imposés par le Grand Conseil en vue de la session de janvier 2002.

10. Il ressort du tableau de comparaison fourni par le Grand Conseil que cinq entreprises étaient en lice. A chacun des dix critères d'adjudication, le pouvoir adjudicateur a attribué des points de 1 à 5. Suivant les critères, elle a utilisé un coefficient de pondération de 1,3 ou 5. Y. et X ont obtenu le même nombre de points pour neuf critères d'adjudication. Seul celui sur les conditions financières a séparé les deux candidats, à l'avantage de Y. . Celle-ci s'est trouvée en meilleure position pour la préparation informatique et celle du Mémorial et des tirés à part, tandis que X l'a emporté sur le scannage. Toutes deux ont obtenu le même nombre de points, la différence en faveur de Y. étant due à l'utilisation de coefficients différents.

EN DROIT

1. a. L'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 est entré en vigueur le 9 décembre 1997 (AIMP - L 6 05). Le 12 juin 1997, le canton de Genève a adopté une loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics (LAIMP - L 6 05.0). Cette loi est entrée en vigueur le 9 août 1997. Dans la mesure où le marché en cause entre dans le champ d'application de l'AIMP, ce qui n'est contesté par personne, l'accord a prévu une voie de droit auprès du Tribunal administratif, lequel statue de manière définitive (art. 15 al. 1 AIMP et art. 3 al. 1 LAIMP). Le délai de recours de 10 jours est prévu à l'article 45 du règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 (RPMP L 6 05.01).
- b. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable.
- c. Le marché en question dépassant le seuil prévu à l'article 7 alinéa 1 lettre b AIMP, lequel s'élève à CHF 403'000.- pour les fournitures et les services, le recours est également recevable de ce point de vue. Cette

question n'est d'ailleurs pas contestée.

2. a. Le tribunal constate que la recourante a négligé de fournir dans le délai imparti les cinq attestations exigées. Elle le reconnaît, expliquant son omission par le fait que quatre ans auparavant, elle avait fourni des attestations semblables. Cet argument ne saurait être suivi. La plupart d'entre elles ont une validité très courte. L'on pense en particulier à la couverture du personnel en matière d'assurances sociales et au fait que le soumissionnaire est à jour avec le paiement de ses cotisations. Tel est également le cas pour l'attestation justifiant que le prestataire s'est acquitté de ses obligations en matière d'impôts à la source retenus sur les salaires du personnel soumis à cet impôt. La situation de chaque soumissionnaire relativement à ses obligations peut ainsi varier très rapidement et si l'un des candidats pouvait fournir les attestations requises après l'ouverture de l'offre publique, l'égalité de traitement entre les candidats ne serait plus assurée.

Cette question peut cependant rester indécise, d'une part parce que le Grand Conseil est entré en matière sur le fond, c'est-à-dire sur le contenu de chacune des offres, et d'autre part, parce que le recours doit de toute façon être rejeté.

- b. En effet, les deux offres fournies sont très proches l'une de l'autre. Or, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation lors de l'adjudication. Il est parfaitement admissible d'attribuer une plus ou moins grande importance au prix, suivant le type de marché à adjuger, voire à tel ou tel critère. La loi précise que le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 13 let. f AIMP; art. 39 al. 1 RMPM). Le terme économiquement ne doit pas prêter à confusion. Le prix n'a pas "obligatoirement" un rôle décisif, puisqu'il n'est pas le seul critère (ordonnance présidentielle A. du 6 novembre 2001; ATA B. et S. S.A. du 24 avril 2001; RDAF 1999 I p. 305).

Aussi, compte tenu du fait que la nature même de la décision d'adjudication impose une grande retenue à l'autorité de recours sur l'appréciation des prestations offertes (C. PFAMMATTER, Colloque du 3 octobre 2000 sur les marchés publics, module 3 : le déroulement de la procédure de recours, chiffre III), et que la notion d'offre la plus avantageuse économiquement est une notion

juridique imprécise qui laisse au pouvoir adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus grande que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques, l'appréciation du Tribunal administratif ne saurait se substituer à celle du pouvoir adjudicateur. Seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation doit être sanctionné, comme l'a affirmé à maintes reprises le Tribunal fédéral (RDAF 1999 I p. 301; JAAC 1999 p. 143). La commission fédérale de recours en matière de marchés publics a d'ailleurs précisé que lorsqu'un recours met en cause une décision qui a pour objet l'interprétation et l'application de la notion d'offre la plus avantageuse économiquement, il ne suffit pas, pour que le recours soit fondé, que l'un ou l'autre des critères pris isolément ait été mal interprété ou mal appliqué; il faut encore que le résultat, considéré dans son ensemble, soit en contradiction avec le sens de la norme ou constitue un usage abusif ou excessif du pouvoir d'appréciation (JAAC 1999 p. 143).

3. Il résulte de ce qui précède que le Tribunal administratif ne saurait se substituer à l'appréciation du Pouvoir adjudicateur, lequel n'a pas mésusé de son pouvoir d'appréciation en attribuant le marché à la société intimée. Il n'y a eu ni arbitraire, ni inégalité de traitement. Le recours doit ainsi être rejeté. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge de la recourante.

Compte tenu du présent litige, la demande d'effet suspensif est devenue sans objet.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 26 novembre 2001 par X. S.A. contre la décision du Grand Conseil publiée dans la FAO du 16 novembre 2001;

statuant préalablement :

déclare que la demande d'effet suspensif est devenue sans objet;

au fond :

rejette le recours;

met à la charge de la recourante
un émolument de CHF 2'000.-;

communiqué le présent arrêt à X.
S.A., à Me André Kaplun, avocat de Y., ainsi qu'au Grand
Conseil.

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

Au nom du Tribunal administratif :
la greffière-juriste adj. : le président :

M. Tonossi

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux
parties.

Genève, le

la greffière :

Mme M. Oranci