

SUR EFFET SUSPENSIF

du 27 mars 2001

dans la cause

B. ET S. S.A.

et

F. S.A.

représentées par Me Jacques Gautier, avocat

contre

FONDATION POUR LA HALLE 6

et

P. S.A. ET F. S.A.

représenté par Me Maurice Ropraz, avocat

EN FAIT

1. La Fondation pour la halle 6 (ci-après : la Fondation) a publié dans la Feuille d'Avis Officielle (FAO) du vendredi 10 mars 2000 un "Avis de soumission publique" concernant des travaux de construction à effectuer sur la future halle 6 à Palexpo.

La procédure était ouverte et le début des travaux était prévu dès février 2001.

Les marchés concernés étaient répartis en une vingtaine de lots, numérotés, désignés, avec le coût estimé des travaux.

Le Lot 8 concernait les façades métalliques, le Lot 9 la vitrerie et le Lot 10 les stores.

Le délai d'inscription et de paiement d'un émolument de CHF 50.- était fixé au 31 mars 2000.

Parmi les conditions de participation figurait l'obligation de joindre à l'inscription différentes pièces, telle que celle émise par l'autorité fiscale compétente justifiant que le candidat s'était acquitté de ses obligations en matière d'impôts à la source retenus sur les salaires de son personnel étranger et la quittance du paiement de l'émolument d'inscription.

Quant aux critères d'adjudication, ils étaient au nombre de cinq et étaient énumérés par ordre d'importance décroissant. Le barème utilisé pour chaque critère n'était pas indiqué. Le premier critère était le montant et la crédibilité du prix, le deuxième la capacité à respecter les délais d'exécution, le troisième l'organisation du soumissionnaire, le quatrième l'expérience dans le domaine de réalisation de grands chantiers et le cinquième, la présentation et la qualité des dossiers.

Enfin, la procédure était celle prévue dans l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP - L 6 05) et par le règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction (ci-après : le règlement - L 6 05.01).

2. En temps utile, les entreprises F. S.A. et B. et S. S.A. (ci-après : les recourantes) se sont inscrites pour le Lot 8 (façades métalliques).

Par lettre du 3 octobre 2000, le mandataire du maître de l'ouvrage a transmis aux recourantes les dossiers de soumission pour les Lot 8 (façades métalliques), 9 (vitrerie) et 10 (stores).

3. En temps utile, soit le 21 novembre 2000, les recourantes ont transmis à la Fondation leur offre pour les travaux concernant le Lot 8. Le montant de la soumission s'élevait à CHF 5'950'125.- TTC.

4. De son côté, le P. S.A. et F. S.A. (ci-après : les adjudicataires) ont présenté une offre concernant l'ensemble des Lots 8, 9 et 10 s'élevant à CHF 7'055'354.- TTC.

Quatre Consortium représentant neuf entreprises ont rendu une offre.

5. Entre le mois de décembre 2000 et celui de février 2001, diverses séances ont eu lieu avec les recourantes, de même que plusieurs demandes de renseignements complémentaires leur ont été adressées, auxquelles satisfaction a été donnée.

Le 12 février 2001, une nouvelle séance réunissant les deux Consortium les mieux placés a eu lieu.

6. Par lettre du 19 février 2001 comportant voie et délai de recours, la Fondation a informé les recourantes qu'elle avait adjugé le marché pour les façades au P. S.A. et F. S.A. pour le montant de CHF 5'663'000.- HT. Celui-ci avait présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. La proposition des recourantes avait été classée au deuxième rang sur quatre candidats ayant rendu une offre conforme au cahier des charges.

7. Après avoir consulté le dossier des soumissions auprès du département compétent, les sociétés F. S.A. et B. et S. S.A. ont recouru auprès du Tribunal administratif par acte du 2 mars 2001. Elles ont conclu à titre préalable à l'octroi de l'effet suspensif et, au fond, à l'annulation de la décision d'adjudication en faveur de leurs concurrents et qu'il soit procédé à une réadjudication du Lot 8.

Elles ont relevé les vices de procédure suivants :

- Selon les soumissions des deux Consortium, les recourantes avaient proposé un montant de CHF 5'648'778.-, tandis que l'autre proposition s'élevait à CHF 5'958'733.- (arrondi). L'offre des recourantes était donc inférieure à celle de l'autre Consortium de quelque CHF 309'956.-. Les chiffres retenus par la Fondation n'étaient pas clairs, comme par exemple le montant adjugé de CHF 5'663'000.- qui n'apparaissait nulle part dans le dossier.

- Aucun tableau de pondération des différents critères d'adjudication n'avait été trouvé dans le dossier. Aucune comparaison ne semblait avoir été faite entre les soumissionnaires.

- Selon un courrier du 6 décembre 2000, les adjudicataires avaient proposé le renfort du Consortium par une entreprise qui n'était pas inscrite dans le procès-verbal d'ouverture publique des offres, ce qui était contraire aux conditions prévues dans l'avis de soumission publique. Un Consortium pouvait en effet se constituer après l'inscription pour autant que chaque membre se soit inscrit dans les délais et remplisse toutes les conditions.

- F. S.A. avait fourni une attestation fiscale établie par sa succursale de Crissier et non par son siège à la Chaux-de-Fonds. F. S.A. aurait dû être écartée de l'ouverture des offres.

- Les critères d'adjudication étaient incomplets, dans ce sens que la pondération de chacun d'eux et le barème utilisé faisaient défaut. Selon la jurisprudence, ce procédé n'était pas admissible.

- Le marché avait été adjugé pour un montant de CHF 5'663'000.- HT, alors que la soumission qu'avaient déposée les adjudicataires s'élevait à CHF 5'958'733.- (arrondi). Ce qui contrevenait à l'interdiction d'organiser des rounds de négociation. Or, ceux-ci avaient eu lieu malgré l'interdiction.

- L'offre des recourantes aurait dû être placée en première position, car elle était la plus avantageuse économiquement.

- Le principe de l'égalité de traitement avait été violé, car toute comparaison entre les chiffres s'était révélée impossible, les adjudicataires ayant mélangé les différents Lots.

- Le principe de transparence avait lui aussi été violé, notamment parce que le pouvoir adjudicateur ne les avait jamais informées du fait que la soumission de P. S.A. et F. S.A. comprenait les Lots 8, 9 et 10.

8. Par lettre du 2 mars 2001, le juge délégué a intimé l'ordre au P. S.A. et F. S.A. de ne signer aucun contrat avec l'adjudicataire jusqu'à que soit connu le sort réservé à la demande d'effet suspensif.

9. La Fondation s'est opposée à la demande. Elle s'est déterminée de la manière suivante :

a. Une erreur de calcul s'était produite dans la soumission de P. S.A. et F. S.A. en ce sens que le report de la page 57 à la page 58 était incorrect. Le total pour le Lot 8 s'élevait donc à CHF 5'958'733.- au lieu de CHF 5'987'602,70.

Le soumissionnaire avait décidé de chiffrer indépendamment du total le poste figurant au point 5.4 page 99, de CHF 60'000.-. Or, le maître de l'ouvrage avait décidé de rajouter ce montant au total de chaque soumission. Compte tenu de ces deux corrections, ainsi que du rabais et de l'escompte, le total était arrêté à CHF 5'663'000.-, ce qui résultait du tableau d'analyse des offres. Selon ce tableau, l'offre des recourantes s'élevait, après rabais, à CHF 5'569'075,40.

b. S'agissant de la candidature d'un nouveau membre du Consortium annoncé après les délais, la Fondation a précisé qu'il s'agissait d'un sous-traitant, et non d'un membre du Consortium, ce qui n'aurait pu être admis. Il était fréquent qu'un soumissionnaire annonce après coup - comme l'avaient d'ailleurs fait les recourantes elles-mêmes - voire après l'adjudication, le nom d'un sous-traitant.

c. C'était bien la succursale de F. S.A. à Crissier qui avait formé un Consortium avec P. S.A. Inscrite au registre du commerce de Lausanne, la succursale était imposée dans le canton de Vaud, et c'était l'autorité fiscale de ce canton qui avait délivré l'attestation pour le paiement de l'impôt à la source. Toutefois, comme le personnel de la succursale était engagé et assuré par la maison mère à la Chaux-de-Fonds, toutes les attestations concernant les cotisations sociales avaient été émises au nom de la société-mère. Il n'y avait là aucune irrégularité dans l'appréciation des offres.

d. Le Consortium avait déposé dans les délais, dans une même enveloppe, ses offres pour les Lots 8, 9 et 10, reliées dans un seul document. L'enveloppe avait été ouverte le 22 novembre 2000 à 9h30, alors que l'ouverture publique pour le Lot 9 avait eu lieu à 9h50.

Sur la page de garde du document figurait le total du Lot 8 et le total des trois Lots. Le consortium avait additionné par erreur les trois Lots sur la page de garde du document, contrairement à ce qui avait été indiqué en tête des soumissions des Lots 9 et 10.

e. La pondération des critères d'adjudication a été la suivante :

- | | | |
|----|--|-------|
| 1. | montant et crédibilité du prix : | 50 %; |
| 2. | capacité à respecter les délais d'exécution : | 20 %; |
| 3. | organisation du soumissionnaire : | 15 %; |
| 4. | expérience dans le domaine de la réalisation de grands chantiers : | 10 %; |
| 5. | présentation et qualité des dossiers : | 5 %. |

S'agissant du prix, le faible écart existant entre les deux offres - environ 1,7 % -, les deux candidats avaient reçu la même note. Les adjudicataires l'avaient

emporté en ce qui concernait le critère no 4.

f. En ce qui concernait les critères d'adjudication, la pratique à Genève était d'indiquer ces critères par ordre d'importance, procédé considéré comme admissible par le Tribunal fédéral et par d'autres cantons, le Valais en particulier.

g. Il n'y avait eu aucun round de négociation, mais simplement une erreur de calcul. Le montant de l'adjudication correspondait bien à celui de l'offre.

h. Le fait que le P. S.A. et F. S.A. avait soumissionné pour les trois Lots en un seul document n'avait joué aucun rôle dans la décision d'adjudication et cette circonstance n'avait eu aucun effet sur la situation des entreprises concurrentes. Simplement, le Consortium adjudicataire avait fourni l'offre la plus avantageuse économiquement.

La Fondation a relevé que le Consortium a été placé en tête pour les Lots 8 et 9, mais pas pour le Lot 10, celui-ci ayant été attribué à un tiers.

10. Il ressort du tableau d'évaluation des dossiers que les deux candidats concurrents ont obtenu la même note pour quatre critères sur cinq. Pour le critère no 4 concernant l'expérience dans le domaine de la réalisation de grands chantiers, P. S.A. et F. S.A. ont obtenu la note de 3,5, tandis que les recourantes ont obtenu la note de 3. Compte tenu de la pondération du critère (10 %) les premiers nommés ont obtenu 35 points et les seconds 30 points, ce qui a expliqué la différence de 5 points sur le total.
11. S'agissant de l'intérêt public, la Fondation a estimé que celui-ci s'opposait à l'octroi de l'effet suspensif. La construction de la halle 6 de Palexpo était soumise à un planning extrêmement serré du fait de l'échéance du Salon de l'automobile et de Télécom 2003. L'intérêt public attaché au respect de cette échéance était évident. Dans le respect de ce planning, l'entreprise adjudicataire des façades métalliques devait impérativement commencer l'établissement des plans d'exécution au début du mois de juin 2001. Auparavant, elle devait fabriquer un prototype qui nécessitait deux mois d'exécution et devait être livré à fin mai, selon un planning général dont la Fondation a fourni un exemplaire. Aussi, le contrat devait être conclu dans les plus brefs délais.
12. Le P. S.A. et F. S.A. a été invité à s'exprimer sur la demande d'effet suspensif. Il a répondu en temps utile, soit par télécopie du 23 mars 2001. Il a conclu au rejet de la demande et, dans les grandes lignes, il s'est rallié aux observations de la Fondation.

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 montant du marché dépassant le seuil figurant à l'article 7 alinéa 1 lettre b AIMP, le recours est également recevable de ce point de vue.
2. L'article 17 AIMP prévoit en son alinéa 1 que le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, accorder l'effet suspensif à un recours, pour autant que celui-ci paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP).
3. Contrairement à un principe généralement bien établi en droit public, le législateur a refusé d'accorder l'effet suspensif automatique au recours, afin de dissuader le soumissionnaire évincé d'utiliser le recours comme moyen de pression.

Dès lors que le législateur a érigé cette exclusion en principe, les exceptions à celui-ci doivent s'interpréter restrictivement.
4. Pour que l'effet suspensif soit accordé, deux conditions cumulatives doivent être remplies :
 - a. Il faut que le recours paraisse suffisamment fondé et aucun intérêt public ou privé prépondérant ne doit s'y opposer.

Le recours doit paraître suffisamment fondé
5. a. Les recourantes se sont inscrites pour le Lot 8 et elles ont reçu par la suite les soumissions pour les trois Lots 8, 9 et 10, sous la forme d'un seul cahier, reliés en

un seul document comprenant les trois Lots. Elles devaient donc se douter que les autres soumissionnaires pour le Lot 8 avaient également reçu des dossiers pour les Lots 9 et 10. Sachant cela, les recourantes avaient tout loisir de comparer leur offre avec celle des autres entreprises ayant soumissionné pour le Lot 8.

b. Selon les explications de la Fondation, il n'y a pas eu de round de négociation, lequel est interdit. La correction qu'a opérée l'autorité intimée, s'agissant du prix, était justifiée. Les erreurs évidentes, telles que les erreurs de calcul et d'écriture, sont corrigées d'office (art. 36 al. 2 RPMP). Quant à la prise en compte d'un poste de CHF 60'000.- que le candidat envisageait de voir chiffrer indépendamment, cette opération est admissible. Cette correction ne saurait être considérée comme une modification de l'offre, d'autant plus que l'addition d'une somme de CHF 60'000.- affaiblissait la position du candidat par rapport aux autres, puisque le coût était augmenté d'autant.

c. Les recourantes reprochent à l'autorité adjudicatrice d'avoir accueilli favorablement la candidature d'un autre partenaire. Selon la réponse de la Fondation, il ne s'est pas agi d'un nouveau membre du Consortium, mais d'un sous-traitant. Cependant, le Tribunal administratif relève que les soumissionnaires doivent indiquer lors du dépôt de leur soumission le type et la part des prestations qui seront sous-traitées, ainsi que le nom et le domicile ou le siège de leurs sous-traitants (art. 31 al. 1 RPMP). L'acceptation d'un nouveau sous-traitant annoncé après les délais pourrait constituer une informalité dont les conséquences seront examinées ci-après.

d. Il en est de même du défaut de production en temps utile de l'attestation fiscale concernant le siège principal de F. S.A.

e. Quant aux critères d'adjudication, doctrine et jurisprudence sont partagées sur ce point. Le Tribunal fédéral considère que la liste des critères par ordre d'importance doit être accompagnée de la grille d'évaluation et du barème utilisé pour chaque critère (ATF 125 II p. 101 consid. 7c). Certains cantons en revanche estiment que la simple présentation des critères d'admission par ordre d'importance est suffisante (ATA R. du 3 septembre 1999 du tribunal cantonal du Valais, p. 9; B. du 10 août 1999, p. 5). Il en est de même à Genève où le règlement se limite à l'obligation d'indiquer les critères d'adjudication particuliers, sans autres précisions (art. 20 al. 2 let. g RPMP). Toutefois, cette question pourra être laissée ouverte d'une part parce que l'absence dans l'avis de soumission d'une grille d'évaluation de chaque critère n'a probablement eu aucune influence sur le résultat du marché, et d'autre part, en

raison du fait que l'appel d'offres constitue une décision finale qui doit être immédiatement attaquée dans le délai de recours prévu (E. CLERC, *L'ouverture des marchés publics : Effectivité et protection juridique*, Fribourg 1997, p. 501; ATA du 1er juillet 1999 rendu par le Tribunal administratif du canton de Vaud, Sem. jud. 2000, p. 547). Il eût donc appartenu à la recourante de protester dans le délai utile dès la publication dans la FAO de l'avis de soumission publique.

f. Tout autre chose est la manière dont l'autorité adjudicatrice a appliqué ses critères. En effet, s'agissant du prix, par exemple, lequel représente un poids de 50 % par rapport au total des critères, le Tribunal administratif relève que des prix différents ont été communiqués par les recourantes et par les entreprises intimées. Une différence de quelque CHF 94'000.- est constatée en faveur de la soumission des recourantes. Or, l'autorité adjudicatrice a attribué la même note aux deux consortium concurrents. Si elle avait attribué à chacun d'eux une note différente en pondérant d'une autre manière le prix proposé, le résultat aurait pu être différent. Attribuer une note semblable à deux prix différents revient à modifier l'ordre d'importance des critères. Lorsque l'adjudicateur agit de la sorte, il pourrait commettre une violation des principes d'adjudication (ATA P. du canton du Valais du 6 juillet 2000, p. 4 avec doctrine citée).

g. Le Tribunal administratif remarque également que le consortium adjudicataire l'a emporté sur l'application du seul critère no 4, relatif à l'expérience en matière de chantiers importants. Or, à première vue, l'on ne voit pas pour quels motifs, selon les réalisations faites par l'une ou par l'autre des entreprises recourantes, comparées à celles des adjudicataires, ces dernières l'auraient emporté.

h. Le principe de la transparence est un principe cardinal en matière de marchés publics. Il exige notamment que le marché soit adjugé sur la base de critères annoncés à l'avance aux différents participants. Cependant, en présence de violations du principe de la transparence, il convient de vérifier si celles-ci doivent conduire mécaniquement à l'annulation de l'adjudication, ou au contraire, s'il faut examiner dans quelle mesure le vice de procédure considéré a ou non influé sur le résultat du marché. Même si la législation sur les marchés publics est assez formaliste, il apparaît préférable que l'autorité juridictionnelle se contente de sanctionner des vices qui ont eu pour réelle conséquence de fausser la concurrence entre les différents candidats en lice pour l'obtention d'un marché (ATA R. S.A. du canton de Vaud du 4 octobre 2000, p. 6).

C'est aussi l'opinion de la doctrine (C.

PFAMMATTER, Colloque du 3 octobre 2000 sur les marchés publics, Module 3 : Le déroulement de la procédure de recours, chiffre III), selon laquelle le recours visant des erreurs de procédure peut n'être qu'un prétexte pour remettre en cause une adjudication indiscutable. Face à cette situation, il a été nécessaire d'introduire un correctif permettant de confirmer une adjudication, nonobstant certaines informalités, lorsque ces dernières n'ont pas déployé d'effet sur l'issue de la procédure.

i. Il résulte de ce qui précède que, compte tenu des informalités dont il n'est pas possible pour l'heure d'apprécier l'importance et l'influence qu'elles ont eu sur la décision d'adjudication, et compte tenu de la modification des critères d'adjudication, le recours paraît *prima facie* suffisamment fondé.

Intérêts prépondérants

6. S'agissant de l'intérêt public à une réalisation rapide du marché, la commission fédérale de recours a une pratique relativement restrictive à cet égard, qui ne donne un poids particulier à ce critère que lorsque l'ordre public - par exemple la sécurité publique - est en jeu; en revanche, l'urgence ne saurait en principe être invoquée avec succès par le pouvoir adjudicateur lorsque celle-ci résulte uniquement de la planification qu'il s'est fixée, car celle-ci doit être arrêtée en tenant compte d'une procédure de recours éventuelle (voir dans ce sens RDAF 1998 I p. 42 i.f.).

L'on peut également opposer un autre intérêt public, savoir celui d'attribuer le marché conformément aux textes légaux.

Dans le cas d'espèce, même si la construction de la Halle 6 revêt un caractère d'urgence, l'intérêt public ne s'oppose pas à l'octroi de l'effet suspensif, d'autant plus que le Tribunal de céans statuera rapidement sur le fond.

7. Si l'effet suspensif est ordonné, le recourant peut être astreint à fournir des sûretés (art. 17 al. 3 AIMP). En l'état, le tribunal se dispensera de condamner les recourantes à verser des sûretés. Il lui est loisible en effet, en cours d'instruction, de retirer l'effet suspensif ou, le cas échéant, de statuer sur la demande de sûretés. Cette question sera ainsi réservée.
8. La présente demande d'effet suspensif sera accordée. Le sort des frais de justice sera réservé jusqu'au prononcé d'une décision ultérieure ou de l'arrêt au fond. De même, la possibilité d'astreindre les recourantes à fournir des sûretés demeure réservée.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif

déclare recevable le recours interjeté le 2 mars 2001 par B. et S. S.A. et F. S.A. contre la décision de la Fondation pour la Halle 6 du 19 février 2001;

statuant sur incident :

accorde l'effet suspensif audit recours;

fixe une audience de comparution personnelle des parties au jeudi 5 avril 2001 à 14h15, salle D1;

réserve le sort des frais de justice jusqu'à droit jugé au fond;

communique la présente décision à Me Jacques Gautier, avocat des recourantes, à la Fondation pour la Halle 6, ainsi qu'à Me Maurice Ropraz, avocat du P. S.A. et F. S.A.

Siégeants : M. Thélin, président, M. Schucani, Mme Bonnefemme-Hurni, M. Paychère, juges, M. Torello, juge suppléant

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

V. Montani

D. Schucani

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Mme M. Oranci