

du 18 septembre 2001

dans la cause

M. S.A. Lausanne

représentée par Me Denis Esseiva, avocat

contre

SERVICES INDUSTRIELS DE GENÈVE

et

A. & CIE S.A.

appelée en cause, représentée par Me Christian Grosjean,
avocat

EN FAIT

1. Pour la bonne compréhension des faits, l'énoncé de ceux-ci tels qu'ils figurent au chiffre 1 à 13 de l'état de fait de la décision sur effet suspensif du 7 mai 2001 sera repris tel quel et complété dans la mesure utile.
2. Les Services industriels de Genève (ci-après : SIG) ont décidé de construire une nouvelle station de traitement de l'eau de boisson des Tuileries. Cette station est destinée à améliorer la qualité de l'eau potable altérée récemment par la prolifération d'une algue que l'actuelle station de Bellevue, équipée d'un système de filtration à sable, ne parvient pas à éliminer. L'eau, même ainsi filtrée, dégage une odeur désagréable et les SIG craignent qu'elle n'engendre des risques d'infection amibienne ou des désordres intestinaux pour le consommateur.

De plus, les SIG ont conclu avec le CERN un accord selon lequel les premiers devaient mettre en service en 2004 au plus tard la station des Tuileries pour un coût total estimé à CHF 78'250'000.-, partiellement pris en charge par le CERN, aux fins d'alimenter en eau à raison de 500 litres par seconde le Large Hadron Collider.

3. Par publication du 27 mars 2000 dans la FAO, les SIG ont lancé un avis de souscription publique pour une procédure ouverte en vue de la réalisation de cette station, et en particulier du lot No 2 relatif au gros oeuvre, béton et béton armé. Au point No 6 de cet avis figuraient les critères d'adjudication : "choix de la variante économiquement et qualitativement la plus appropriée, sur la base des critères particuliers d'adjudication, à savoir dans l'ordre d'importance décroissant :

- conformité au cahier des charges;
- références de travaux similaires;
- rapport prix/performances;
- délai d'exécution;
- entreprise performante avec infrastructure de services adéquate;
- conditions de garantie;
- entreprise favorisant la fonction professionnelle (apprentis)".

4. Le 30 octobre 2000, les SIG adressèrent aux douze entreprises s'étant inscrites pour le lot No 2 les documents de l'appel d'offres. Celui-ci avait été préparé avec le concours de B. pour le béton étanche mandaté par les SIG, soit E. S.A. En complément du cahier des charges, l'ingénieur civil avait posé des conditions particulières, s'agissant notamment sous chiffre 6 de l'armature et précontrainte. Il était indiqué que "les barres de précontrainte Dywidag (radier, dalles et certains murs) situées à la mi-épaisseur des éléments auront des supports reposant également sur la nappe inférieure". L'utilisation de telles barres était reprise dans la série de prix.

5. L'ouverture publique des offres a eu lieu le 15 décembre 2000 aux SIG. A cette occasion, M. S.A. était représentée par M. S.. Sept entreprises avaient présenté une offre, dont les prix hors TVA s'échelonnaient entre CHF 16'803'174,10 pour M. S.A., et plus de CHF 21'000'000,- pour P. S.A.. Quant à A. & Cie S.A. (ci-après : A S.A.), son offre s'élevait à CHF 17'843'952,55. Toutes les autres offres étaient plus élevées.

A l'ouverture des offres, il a été relevé que celle de M. S.A. engendrait une confusion puisque sur la première page de l'offre, il était indiqué "montant brut CHF 17'146'096.- sous déduction d'un rabais de 2% chiffré à CHF 342'921,90 soit un total de CHF 16'803'174,10". Cependant, et sur la même ligne que le rabais de 2% une annotation manuscrite était ajoutée : "escompte pour paiement à 30 jours". La lecture de l'offre ne permettait pas de savoir quel était le montant de cet escompte ni s'il était inclus ou non dans le rabais de 2%.

6. M. S.A. et A. S.A. ont été les deux seules soumissionnaires à avoir présenté chacune une variante. Compte tenu de celles-ci, l'offre de M. S.A. ascendait à CHF 16'503'174,10 et celle de A. S.A. à CHF 16'800'000.-. Ces montants apparaissaient sur le procès-verbal d'ouverture des offres du 15 décembre 2000.

7. Estimant l'offre de M. S.A. incomplète et comportant des erreurs arithmétiques ainsi que des prix unitaires trop bas, E. S.A. a invité cette entreprise à lui fournir des précisions, notamment au cours de son audition effectuée le 18 janvier 2001. Après rectification des erreurs de calcul, le montant de

l'offre de base de M. S.A. a été arrêté à CHF 16'891'344,70 y compris le rabais de 2%.

Au sujet de l'escompte, l'entreprise a précisé qu'en plus dudit rabais de 2%, elle demanderait le paiement des factures à 30 jours avec un escompte de 2%, selon l'article 9 point 1 du contrat d'entreprise.

La variante présentée par M. S.A. portait sur le remplacement des barres Dywidag par des câbles, ce qui permettait de réaliser une économie de CHF 300'000.- mais les responsables d'E. S.A. ont indiqué que la "variante câbles" avait été refusée à toutes les entreprises et notamment à celles qui avaient posé des questions à ce sujet lors de la préparation de leur offre puisque le recours aux barres Dywidag était un voeu de l'ingénieur civil en charge du projet.

Cette audition a encore permis de constater que :

L'entreprise ne pouvait pas préciser laquelle des six centrales à béton qu'elle possédait serait mise à disposition en cas d'adjudication;

L'entreprise considérait que la moins-value pour la réutilisation du Zemdrain n'était pas intéressante pour le maître d'ouvrage vu le risque de diminution de la qualité des surfaces. Elle n'envisageait donc pas de réutiliser le Zemdrain;

L'entreprise a confirmé que si l'adjudication des travaux lui était accordée, elle maintiendrait tous les prix figurant dans l'offre même si certains étaient erronés. L'entreprise a précisé qu'elle avait effectué une partie des travaux de la STEP d'Aïre pour le compte des SIG et qu'elle utiliserait sur le chantier des Tuileries le personnel qui avait déjà l'expérience du chantier de la STEP d'Aïre;

Les 26 et 31 janvier 2001, M. S.A. a envoyé encore à E. S.A. des documents à l'appui de la variante proposée par elle, et en particulier un rapport de Freyssinet, entreprise spécialisée dans les ouvrages nécessitant des câbles, tels des ponts à haubans, ou les systèmes de précontrainte.

Le 30 janvier, M. P., représentant la recourante, a rencontré M. R., chef du projet pour le service de l'eau, et il a à cette occasion encore complété les

informations techniques.

8. Le 13 février 2001, E. S.A. a proposé aux SIG d'adjuger le lot No 2 à A. S.A. qui se classait première avec 28 points alors que M. S.A. en totalisait 18, les autres entreprises en ayant moins encore. Les critères d'adjudication étaient repris dans l'ordre figurant dans l'avis d'inscription publique du 27 mars 2000, raison pour laquelle il n'était pas nécessaire d'avoir recours à des clefs de pondération. Cette répartition s'établissait comme suit :

Critères

	A. S.A.	M. S.A.
1) Conformité au cahier des charges	7	3,5
2) Référence de travaux similaires	7	1
3) Rapport prix/performances	7	6
4) Délai d'exécution	2	2
5) Entreprise performante avec infrastructure de services adéquate	2	2
6) Conditions de garantie	2	2
7) Entreprise favorisant la formation professionnelle (apprentis)	1	1
TOTAL	28	18
Classification finale	1	2

De plus, A. S.A. avait l'expérience de chantiers similaires pour les SIG, en particulier la station de l'Arquebuse et les réservoirs du Grand-Saconnex et de Bessinge.

L'offre de A. S.A. était la seule complète parmi

toutes celles reçues, elle avait en outre effectué des essais sur l'utilisation du Zemdram lui permettant de proposer la variante offerte. Son dossier était bien étudié et elle disposait de l'expérience et du potentiel en personnel et en matériel pour l'exécution de l'ensemble des travaux. Enfin, elle s'était engagée en cas d'adjudication des travaux à recruter le personnel parmi les équipes ayant déjà travaillé sur les précédents chantiers des SIG.

9. La variante de A. S.A. avait été acceptée : elle portait sur une amélioration globale de l'offre, à savoir en particulier la réutilisation du Zemdram, la réduction de la durée des travaux, l'utilisation de trois grues permettant de mettre en place des grues de charges différentes au crochet, le tri des déchets ainsi qu'un prix global plafond.

Par courrier du 19 février 2001, les SIG ont informé A. S.A. que les travaux du lot No 2 lui étaient adjugés. Compte tenu de la variante, le prix total était ainsi de CHF 16'800'000.-.

10. Par courrier du 20 février 2001, les SIG ont informé M. S.A. qu'elle était écartée. Cette lettre ne comportait pas l'indication des voies de droit.

11. Le 5 mars 2001 toutefois, M. S.A. a interjeté recours auprès du tribunal de céans en concluant à l'annulation de la décision prise par les SIG d'adjuger à A. S.A. le lot No 2 soit les travaux de gros oeuvre, béton et béton armé de la nouvelle station de traitement d'eau de boisson des Tuileries, décision publiée le 2 mars 2001 dans la Feuille d'avis officielle du canton de Genève d'une part, et sollicitant l'octroi de l'effet suspensif, d'autre part.

12. Par décision du 8 mars 2001, le président du Tribunal administratif a fait interdiction aux SIG de conclure le contrat avec l'adjudicataire tant et aussi longtemps qu'une décision sur effet suspensif n'aurait pas été rendue. Un délai était accordé aux SIG pour répondre sur effet suspensif et produire les documents requis.

13. Les intimés et l'appelée en cause se sont opposés à la restitution de l'effet suspensif car le recours n'apparaissait pas fondé et que la pesée des intérêts en présence devait conduire au rejet de la demande,

l'intérêt poursuivi par les SIG de fournir à la population une eau de qualité satisfaisante et au CERN une alimentation en eau suffisante pour la mise en service à fin 2004 du Large Hadron Collider devant primer l'intérêt privé de la recourante à se voir adjuger les travaux. Si l'effet suspensif devait être restitué, il devrait alors s'accompagner d'une demande de sûretés.

14. Compte tenu du fait que dans les pièces produites par les SIG manquaient les soumissions faites par M. S.A. et par A. S.A., un délai a dû être accordé à la recourante après production de ces documents. Celle-ci s'est ainsi déterminée en particulier sur les variantes en alléguant que la sienne n'avait pas été examinée avec attention par E. S.A. d'une part, et qu'en acceptant celle de A. S.A. d'autre part, E. S.A. avait accepté un prix global, ce qui était contraire à l'appel d'offres.
15. Les SIG et l'appelée en cause ont réfuté cette argumentation en se prononçant sur les arguments de la recourante qui ne pourrait se voir adjuger le marché puisque 10 points la séparaient de l'adjudicataire.
16. Par décision du 7 mai 2001, le Président du Tribunal administratif a rejeté la demande d'octroi de l'effet suspensif et constaté la caducité des mesures provisionnelles. Il a également imparté aux parties un délai pour se prononcer sur le fond du litige, le contrat entre les SIG et A. S.A. ayant été signé le 1er juin 2001.
17. Le 15 juin 2001, M. S.A. a persisté dans les conclusions 4 à 10 du recours qu'elle avait déposé le 5 mars 2001 en demandant ainsi l'annulation de la décision d'adjudication du 20 février 2001 et l'adjudication en sa faveur, sur la base de son offre du 15 décembre 2000.

Subsidiairement, elle a requis l'annulation de la décision d'adjudication et le renvoi du dossier à l'autorité adjudicatrice pour nouvelle décision avec des instructions impératives.

Plus subsidiairement encore, elle a conclu à l'annulation de la décision d'adjudication du 20 février 2001 et à la réparation du dommage qu'elle avait subi en relation avec la procédure de passation et de recours, lequel devait être fixé, à dires d'experts, mais qui s'élevait au minimum à CHF 70'000.- plus intérêts à 5%

dès le 15 décembre 2000.

Enfin, l'autorité adjudicatrice devait être condamnée à tous les dépens ainsi qu'à une indemnité de procédure.

18. Le 16 juillet 2001 les SIG, ainsi que l'appelée en cause, ont conclu au rejet du recours tout en s'en remettant à l'appréciation du tribunal de céans s'agissant de la recevabilité de celui-ci. Ils ont fait valoir en substance que la procédure ne contrevenait pas au principe de transparence des marchés publics, qu'il résultait des conditions particulières posées par l'ingénieur civil pour le béton étanche figurant en page 39 de l'appel d'offres que l'utilisation des barres de précontrainte Dywidag était requise. Celle-ci figurait d'ailleurs dans la série de prix en page 102. Les entreprises soumissionnaires qui avaient demandé à l'ingénieur civil si une variante de précontrainte par câbles était envisageable avaient obtenu une réponse négative, cette possibilité ayant été exclue par les concepteurs du projet.

M. S.A. ne s'était pas enquis de savoir si une telle variante était envisageable. Elle avait donc déposé une variante avec câbles de précontrainte en lieu et place des barres Dywidag spécifiées.

Au moment de l'ouverture publique des offres le 15 décembre 2000, M. S.A. n'avait pas dissipé la confusion existant au sujet du prix de son offre de base qui comportait un rabais et un escompte.

Ultérieurement, il était apparu que l'offre de base de la recourante comportait des erreurs d'addition. Après correction de celles-ci, le montant de l'offre de base hors TVA s'élevait à CHF 16'891'344,70.

Quant à l'offre de A. S.A., elle s'élevait pour l'offre de base à CHF 17'843'952,55 avec une variante pour le prix de CHF 16'800'000.-. La variante ayant été acceptée, ce dernier coût était inférieur à celui de l'offre de base de la recourante, dont la variante avait, elle, été écartée.

Les offres des autres soumissionnaires étaient toutes plus élevées et ne comportaient pas de variante.

Aucun des griefs allégués par la recourante ne

devait être retenu :

- les critères d'adjudication avaient été publiés dans la FAO le 27 mars 2000 et le principe de la transparence avait été respecté;
- aucun facteur de pondération ni de grille d'évaluation n'avaient été utilisés;
- les critères de chaque offre avaient été objectivement notés de 1 à 7;
- les documents énumérés dans le cahier des charges devaient être remis avec l'offre au 15 décembre 2000 et non pas a posteriori;
- M. S.A. à Lausanne n'avait pas fourni de référence pour des travaux identiques ou similaires.

En conclusion, l'offre de base de M. S.A. n'était pas conforme au cahier des charges. Quant à la variante de précontrainte par câbles, il n'était pas démontré qu'elle soit équivalente à un système de précontrainte par barres et en tout état, les ingénieurs civils en charge du projet l'avaient exclue.

Le contrat ayant été conclu, seule une action en dommages et intérêts contre l'autorité adjudicatrice était possible pour autant que le caractère illicite de l'adjudication soit constaté. L'illicéité de la décision d'adjudication n'étant pas donnée, M. S.A. devait être déboutée de toutes ses conclusions.

A supposer que les SIG soient tenus de réparer le dommage résultant d'une décision d'adjudication par hypothèse illicite, le Tribunal administratif serait incompétent pour en connaître. En effet, l'article 9 de la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989 (A 2 40 - LREC), applicable aux établissements de droit public dotés de la personnalité, tels que les SIG, prévoyait la compétence du Tribunal de première instance, de sorte que le recours devrait être déclaré irrecevable et, en tout état, rejeté. Enfin, le dommage allégué n'était nullement prouvé.

A. S.A. a conclu derechef au rejet du recours et à la condamnation de M. S.A. en tous les frais, y compris une indemnité de procédure.

19. Par courrier du 31 juillet 2001, la recourante a contesté tous les allégués de l'intimée et de l'appelée en cause.

EN DROIT

1. La recevabilité du recours a été admise par décision présidentielle sur mesures provisionnelles du 8 mars 2001.
2. Lorsque le contrat n'est pas encore conclu, l'autorité de recours peut soit statuer au fond, soit renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur dont elle annule la décision (art. 18 al. 1 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 entré en vigueur pour Genève le 9 décembre 1997 - AIMP - RS 172.056.4). Si le contrat est déjà conclu et que le recours est jugé bien-fondé, l'autorité de recours constate le caractère illicite de la décision (art. 18 al. 2 AIMP; ATF 125 II consid. 5 b) p. 98; ATA M. B.H. & Cie et consorts du 15 février 2000).

Chaque canton détermine les sanctions encourues en cas de violation des dispositions en matière de marchés publics (art. 19 al. 2 AIMP). Si le caractère illicite de la décision est constaté, le recourant peut demander devant l'autorité compétente 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 LAIMP), la procédure étant réglée par la loi sur la procédure administrative sauf dispositions contraires contenues dans l'accord intercantonal (art. 3 al. 4 LAIMP). Il appartient donc au Tribunal administratif de déterminer si la décision d'adjudication revêt un caractère illicite ou non.

3. Le tableau dressé par E. S.A. (pièce 10, chargé SIG) fait apparaître clairement les lacunes de l'offre de la recourante, soit :

- absence de documents importants produits, certes, ultérieurement mais non annexés à la lettre d'accompagnement de la soumission, tels que planning de réalisation des travaux, plans d'installation de chantiers - particulièrement importants vu la proximité de l'aéroport - listes des engins et installations prévus sur le chantier ainsi que du personnel d'encadrement

technique, plans des moyens mis en oeuvre afin d'assurer la qualité requise de l'ouvrage, projet de contrat d'entreprise complété avec tous les renseignements demandés, sous-traitants, etc;

- absence de l'indication de la puissance électrique totale nécessaire;
- absence du calcul pour la moins-value qui résulterait d'une réutilisation éventuelle du Zemdrain;
- des prix unitaires nettement plus bas que ceux de sa concurrente (position 1338, plus-value éventuelle pour obturation avec emaco, CHF 40.- m3 contre CHF 2'000.- m3, ou encore position 1430, fourniture de plateaux en éternit, CHF 129.- m2 contre CHF 239.- le m2, ces différences faisant craindre une sous-évaluation;

A cela s'ajoutaient :

- la confusion entretenue au moment de l'ouverture des offres le 15 décembre 2000 entre l'escompte pour paiement à 30 jours d'une part, et le rabais de 2%, d'autre part (pièce 9, chargé SIG) que le représentant de M. S.A n'a pas dissipée lors de cette séance;
- les nombreuses erreurs de calcul (involontaires ?) dont la correction avait fait passer le coût total de l'offre de base de la recourante à CHF 16'891'344,70 au lieu de CHF 16'803'174,10;
- la variante de précontrainte par câbles contraire au cahier des charges. La recourante indique que des variantes pouvaient être présentées sans restriction aucune. Or, le cahier des charges comportait des conditions particulières de l'ingénieur civil en charge du projet, lequel souhaitait le recours à des barres Dywidag ce qui écartait la possibilité de présenter une variante n'offrant pas le recours à de telles barres; en conséquence, la variante de la recourante ne respectant pas cette exigence avait donc été écartée de manière légitime;

- l'expérience des chantiers similaires. La recourante n'avait pas une expérience aussi étendue avec les SIG que A. S.A. pour des travaux de ce type, selon les documents qu'elle avait finalement produits;
- l'annotation de 1 à 7 effectuée pour chacun des 7 critères d'adjudication énoncés dans l'avis de soumission publique faisait ainsi apparaître la recourante en 2ème position avec 18 points alors que A. S.A. obtenait 28 points, les deux concurrentes réalisant un nombre de points identique pour les critères 4 à 7, à savoir le délai d'exécution, l'entreprise performante avec infrastructure de service adéquate, les conditions de garanties, l'entreprise favorisant la formation d'apprentis, tandis que A. S.A. obtenait seule le maximum de 7 points pour la conformité au cahier des charges, la référence de travaux similaires et le rapport prix, performance.

L'on cherche en vain dans les écritures de la recourante en quoi ce mode de notation serait injuste ou violerait le principe de transparence; il ne préjuge en rien M. S.A. car toutes les offres ont été appréciées selon ces mêmes critères sans facteur de pondération, ni grille d'évaluation.

De plus, la variante présentée par A. S.A., respectant en tous points le cahier des charges, rendait l'offre de celle-ci la plus appropriée, économiquement et qualitativement, de sorte que le pouvoir adjudicataire n'a pas mésusé de son pouvoir d'appréciation (ATA B. et S. et F. du 24 avril 2001).

4. La décision attaquée est donc parfaitement licite et ne peut qu'être confirmée. Il est ainsi inutile de déterminer quelle serait, en l'espèce, l'autorité compétente pour statuer sur l'indemnisation requise par la recourante.
5. Le recours sera donc rejeté. Un émolument de CHF 3'000.- sera mis à la charge de M. S.A. et celle-ci devra verser une indemnité de procédure de CHF 5'000.- à A. S.A..

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
au fond :

rejette le recours interjeté le 5 mars 2001 par M. S.A. contre la décision des Services Industriels de Genève du 20 février 2001 écartant son offre dans le cadre d'une procédure de passation de marchés publics en vue de la construction de la station de traitement des Tuileries et adjugeant les travaux à A. & Cie S.A.;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 3'000.-;

alloue à A. & Cie S.A. une indemnité de procédure de CHF 5'000.- à charge de M. S.A.;

communique le présent arrêt à Me Denis Esseiva, avocat de M. S.A, à Me Christian Grosjean, avocat de A. & Cie S.A. ainsi qu'aux Services Industriels de Genève.

Siégeants : M. Paychère, président, M. Schucani,
Mmes Bonnefemme-Hurni et Bovy, juges,
M. Torello, juge suppléant

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

C. Goette

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Mme M. Oranci