RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2571/2006-SI **ATA/176/2007**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 17 avril 2007

dans la cause

TECHFINA S.A.
représentée par Me Pascal Pétroz, avocat

contre

SERVICES INDUSTRIELS DE GENÈVE

et

BSH UMWELTSERVICE S.A.

Projet

EN FAIT

1. Le 2 juillet 2004, les Services Industriels de Genève (ci-après : SIG) ont publié dans la Feuille d'Avis Officielle (ci-après : FAO) un appel d'offre en procédure ouverte concernant un projet de remplacement des installations de traitement des rejets solides et liquides (ci-après : TRL) pour l'usine d'incinération des Cheneviers.

   Il s'agissait de moderniser, de changer le processus du traitement des eaux de lavage des fumées d'incinération des ordures ménagères (installation d'un "process" de traitement).

2. Le 5 juillet 2004, l'appel d'offre a été publié sur le site internet du système d'information sur les marchés publics suisses (www.simap.ch).

   a. Une copie du contrat d'entreprise proposé, un cahier contenant les conditions techniques générales applicables au réaménagement du site ainsi que les critères d'évaluation étaient publiés sur ce site.

   Les critères d'adjudication, par ordre d'importance, étaient les suivants :

   - conformité au cahier des charges ;

   - rapport prix/performance ;

   - conditions de garantie et service après-vente ;

   - références de projets similaires en usine d'incinération.

   b. Des conditions techniques générales et particulières constituaient le cahier des charges.

   Il s'agissait, selon ces dernières, de garantir sur un niveau d'égalité :

   - Le respect en continu des normes de rejet relative à l'ordonnance fédérale du 28 octobre 1998 sur la protection des eaux (OEaux - RS - 814.201) ainsi qu'aux normes européennes en la matière ;

   - L'ergonomie et le confort d'exploitation, alliés à une automatisation accrue. Ces éléments devaient être à même de garantir une production continue 24h sur 24, renforcées par un mode d'exploitation en journée ;

   - Une installation autonome, capable d'assurer son fonctionnement jusqu'à 4 jours sans intervention humaine ;

- La sécurité des collaborateurs.

Le prestataire devait en outre proposer des procédés à la pointe du progrès et des connaissances actuelles dans le traitement de l'eau et des résidus solides.

c. Il convenait enfin de respecter des techniques particulières liées à l'emplacement du nouveau "process", au choix des matériaux, au débit minimal de l'installation, à la prise en charge des déchets, à la date des travaux, etc.

3. Lors d'une entrevue aux Cheneviers en présence des soumissionnaires, des précisions ont été apportées et le délai de réception des offres a été reporté du 16 août au 8 octobre 2004.

La mise à jour du cahier des charges consécutive à cette réunion a été publiée sur le site simap.ch et a fait l'objet d'une information à tous les soumissionnaires.

4. Le 8 octobre 2004, Techfina S.A. (ci-après : Techfina ou la recourante) a déposé son offre auprès des SIG.

Cette offre proposait un projet de base pour un prix de CHF 1'978'873.- et un projet avec options pour un prix de CHF 2'197'675.-.

5. Le 18 novembre 2004, les SIG ont adressé à Techfina un questionnaire relatif à l'offre précitée.

Ils l'ont ensuite invitée à présenter son projet oralement lors d'une séance fixée au 3 décembre 2004.

6. Par courrier du 21 mars 2005, ils ont informé Techfina que le marché avait été adjugé à l'entreprise BSH Umweltservice S.A. (Sursee) (ci-après : BSH).

Cette décision est rédigée comme suit :

"Décision d'adjudication - offre non retenue

Monsieur (…),

Dans le cadre de l'objet précité, nous vous informons que nous avons adjugé le marché pour lequel vous aviez déposé une offre à :

BSH Umweltservice AG

(…)

pour un montant de CHF 3'768'000.-.

Cette procédure étant soumise à l'accord GATT/OMC sur les marchés publics et à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), nous vous rendons attentif au fait qu'un recours dûment motivé peut être interjeté dans les dix jours, à compter de la date de réception de la présente notification, auprès du Tribunal administratif.

Nous vous remercions d'avoir participé aussi activement à cet appel d'offres et nous prions d'agréer, Monsieur (…), nos salutations distinguées.

(signature)".

7. Souhaitant connaître les motifs de ce refus, Techfina a sollicité auprès des SIG la consultation du dossier.

En réponse à cette requête, les SIG ont remis à la recourante le tableau des notes retenues pour les quatre soumissionnaires qui avaient participé à la soumission, ainsi qu'un rapport attestant des options prises par les SIG pour promouvoir le développement durable.

D'après ce tableau, 4 notes avaient été attribuées en relation avec les quatre critères annoncés dans l'appel d'offre, dont la pondération était la suivante :

- conformité au cahier des charges (50%)
- rapport prix/performance (35%)
- conditions de garantie et service après-vente (10%)
- références à des projets similaires (5%)

La société Alpha avait obtenu, dans l'ordre, les notes de 2,2/3,61/3,0 et 3,0 (prix offert CHF 3'410'146.-). BSH, qui avait emporté le marché, avait été notée 3,8/3,49/3,5 et 4 (CHF 3'768'000.-), Proserpol 3,0/4,0/3,0 et 2,0 (CHF 2'105'000.-) et Techfina 2,5/0,14/0,0 et 1,0 (CHF 1'978'873.-).

Le 30 mars 2005, la recourante a réitéré sa demande de pouvoir consulter le reste du dossier et les offres de ses concurrents.

Le même jour, les SIG lui ont indiqué ne pouvoir donner suite à sa demande en raison des données sensibles contenues dans les documents en question.

Les éléments fournis étaient suffisants pour motiver un éventuel recours.

8. Le 4 avril 2005, Techfina a recouru contre la décision des SIG du 21 mars 2005 auprès du Tribunal administratif, conclu à son annulation, à ce qu'il soit ordonné aux SIG de lui adjuger les travaux et à ce que l'effet suspensif au recours soit prononcé.

L'exigence de motivation imposée à l'autorité avait été violée, les éléments fournis à Techfina pour apprécier les raisons pour lesquelles son offre avait été écartée étant clairement insuffisants.

En particulier, le rapport communiqué sur le développement durable ne faisait que définir une approche très générale de la politique de réaménagement des SIG, sans fournir à la recourante le moindre élément lui permettant de comprendre les raisons pour lesquelles elle avait été écartée.

Dans son offre, la recourante avait rempli toutes les exigences du cahier des charges, respecté toutes les contraintes du projet, proposé un prix deux fois moins élevé que celui retenu, offert des garanties de service après-vente de qualité et des références sûres (réalisation de la quasi intégralité des installations de traitement des rejets liquides des usines d'incinération de Suisse romande).

Son siège, situé à moins de cinq minutes des Cheneviers, la mettait en première place s'agissant du service après-vente.

Son offre apparaissait dès lors la plus avantageuse économiquement et le marché aurait dû lui être attribué conformément aux articles 21 de la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994, entrée en vigueur le 1er janvier 1996 (LMP - RS 172.056.1) et 39 alinéa 1 du règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 (RPMPC - L 6 05.01).

Enfin, les notes avaient été attribuées de manière complètement arbitraire.

9. Priée par le tribunal de céans de se déterminer sur le recours, BSH a indiqué qu'elle ne souhaitait pas intervenir dans la procédure.

10. Le 11 avril 2005, les SIG ont conclu au rejet du recours et de la demande de restitution de l'effet suspensif.

Le droit d'être entendu de la recourante avait été respecté.

A réitérées reprises, les SIG avaient rendu attentifs les soumissionnaires au fait qu'ils demandaient à ce que le processus TRL soit modernisé et que les procédés proposés soient à la pointe du progrès.

Dans leur évaluation de l'offre proposée, les SIG avaient considéré que le procédé offert par l'entreprise recourante était peu évolutif par rapport à leur attente, présentait des risques de colmatage peu compatibles avec une exploitation sans maintenance sur plusieurs jours, ne permettait pas à long terme de réaliser une économie de main-d'œuvre, exigeait une maintenance lourde et n'offrait pas sur la durée des garanties suffisantes sur le plan de la conformité des eaux rejetées.

Le prix avait fait l'objet d'une analyse approfondie sur une durée de quinze ans en intégrant les informations fournies par les prestataires, investissement de départ y compris. Il était résulté de cette analyse un écart significatif sur la durée entre l'offre de la recourante et celle de BSH et des autres concurrents. En effet, sur quinze ans, les coûts d'investissement et d'exploitation calculés étaient de CHF 22'943'801.- pour l'offre de la recourante et de CHF 19'348'172.- pour celle de BSH. L'écart était ainsi d'environ CHF 3'500'000.- en faveur de BSH.

Sur le plan de la situation géographique et des interventions en cas de panne, les collaborateurs des SIG eux-mêmes, après avoir reçu une formation adéquate, seraient à même d'intervenir sur l'installation 24h sur 24.

S'agissant des critères rapport prix/performance, des conditions de garantie, de service après-vente et des références (expérience), BSH se distinguait car elle avait réalisé les deux derniers TRL en Suisse (celui de Thoune et celui de Lausanne). Elle avait par ailleurs été la seule à s'engager tant sur le respect des niveaux que sur la qualité des rejets et avait fourni à l'appui de son offre des relevés d'exploitation récents.

Son procédé assurait, au surplus, une pérennité et une facilité d'utilisation dans la durée que n'avait pas l'installation proposée par la recourante.

Il fallait finalement admettre que même si le marché n'avait pas été adjugé à BSH, la recourante n'aurait pas été en mesure de l'obtenir puisque deux autres entreprises avaient été mieux classées qu'elle.

En conclusion, l'autorité intimée n'avait pas mésusé de son pouvoir d'appréciation en adjugeant le marché à BSH et en considérant que son projet était le seul, parmi ceux proposés, à garantir le respect des normes actuelles et à venir en matière de rejets.

11. En date du 13 avril 2005, le Tribunal administratif a refusé d'accorder l'effet suspensif au recours.

12. La recourante a répliqué le 2 mai 2005.

Les SIG avaient estimé l'investissement initial pour la réalisation du projet proposé par Techfina à CHF 2'636'974.- alors que l'option la plus coûteuse avait été évaluée par cette dernière à CHF 2'197'675.-.

Les valeurs de consommation électrique retenues par les SIG dans leur estimation de coût étaient inexactes (600'000 KWh) puisque le projet de Techfina prévoyait une consommation annuelle de l'ordre de 300'000 KWh. De même, les frais pour les résines et les cationiques avaient été comptés dans le cadre du projet de base alors qu'il s'agissait de frais optionnels.

Le rapport fourni par l'unité de développement durable des SIG indiquait qu'il n'était pas possible d'atteindre les valeurs respectant les nouvelles normes de rejets en maintenant la technologie actuelle. Le projet de la recourante démontrait le contraire puisqu'il assurait le respect de ces normes en évitant qu'il soit procédé au changement de tout le processus actuellement existant.

Les griefs d'ordre technique soulevés par les intimés étaient infondés. En particulier, il était faux de dire que les décanteurs lamellaires n'étaient pas à même de remplir le rôle de rétention des matières en suspension. De même, aucune étude scientifique ne prouvait à satisfaction que le refroidissement en fin de traitement augmentait le risque de précipitation de matières après le rejet des eaux du canton.

Contrairement à ce que soutenaient les intimés, Techfina avait proposé l'installation d'un échangeur graphite en tête de station afin de refroidir les eaux avant traitement.

Mais surtout, il n'avait jamais été question, au stade de la soumission, de changer la ligne actuelle du TRL. Certes, il avait été sommairement indiqué dans la soumission publique qu'il s'agissait de moderniser et de changer le processus de traitement et demandé aux prestataires des procédés à la pointe du progrès technologique et des connaissances actuelles dans le domaine du traitement de l'eau et des résidus solides. Cependant, ces précisions étaient pour le moins floues et ne satisfaisaient pas clairement aux exigences d'une soumission. Elles n'excluaient pas, en tout état, l'alternative proposée par Techfina.

13. Le 30 mai 2005, les SIG ont dupliqué.

Le prix de l'offre pris en compte incluait non seulement l'offre de base mais les options souhaitables proposées par les soumissionnaires lorsqu'elles ne figuraient pas dans l'offre de base.

Pour la recourante, le prix retenu avait ainsi été le prix de base auquel avait été ajoutées les options 1, 2, 4 et 5. Ce calcul amenait l'offre de la recourante à CHF 2'636'975.-. Concernant le calcul global des charges d'exploitation en KWh les SIG avaient ajouté aux valeurs communiquées par les soumissionnaires une consommation annuelle de 385'000 KWh par an pour tenir compte des éléments restants non concernés par le projet de modernisation. Chaque offre avait donc subi un traitement équivalent pour calculer au plus juste les charges d'exploitation totales du TRL.

Enfin, l'offre de la recourante avait été étudiée et évaluée, au même titre que toutes les autres offres, dans un souci d'impartialité et d'équité.

Le groupe chargé d'étudier le projet avait eu la volonté de choisir le meilleur projet sur l'ensemble des critères indiqués, de manière à mettre en évidence l'offre la plus adaptée, la plus efficace et la plus économique sur la durée.

14. Le 9 juin 2005, les SIG ont signé avec BSH le contrat portant sur les travaux adjugés.

15. Le 16 juin 2005, Techfina a persisté dans ses conclusions.

16. Par arrêt du 6 septembre 2005, le Tribunal administratif a déclaré le recours irrecevable aux motifs que la recourante n'avait pris aucune conclusion en réparation du dommage dans ses dernières écritures.

17. Cet arrêt a été porté par devant le Tribunal fédéral qui a admis le recours de Techfina dans un arrêt du 24 mai 2006 (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.307/2005).

Indépendamment des conclusions en réparation du dommage qui n'avaient pas été prises expressément, le fait que Techfina avait déclaré vouloir maintenir son recours après la conclusion du contrat contenait, au moins implicitement, les conclusions en constatation de l'illicéité de l'adjudication. Par conséquent, le tribunal saisi devait statuer sur cette conclusion, que des dommages intérêts soient réclamés ou non.

18. Entendues en comparution personnelle, les parties ont campé sur leur position.

a. La recourante a déclaré maintenir ses conclusions initiales en constatation de l'illicéité de la décision d'adjudication et chiffrerait son dommage à réception du jugement sur partie que rendrait le tribunal, les SIG ayant renoncé à se prévaloir de la prescription. La notation s'expliquait par le fait que BSH avait présenté un système de filtre conforme à ce qui avait été demandé dans l'appel d'offre, mais différent de ce qui avait été requis lors de la visite. En réalité, le système de BSH avait plu aux SIG, qui avaient tout fait pour arriver à faire passer une offre dont le prix était le double de celle proposée par la recourante.

b. Pour leur part, les SIG ont indiqué que le coût global calculé sur la durée de vie d'une installation estimée à quinze ans était plus élevé dans l'offre de Techfina que dans celle de BSH, si l'on prenait en compte les charges d'exploitation, la quantité de produits chimiques nécessaires, la consommation et le nombre d'heures d'employés.

Les SIG voulaient un procédé moderne, voire en avance sur la technologie existante et ce point représentait 50 % du poids des critères, ainsi qu'il ressortait du cahier des charges. Si l'offre de Techfina n'avait pas été retenue, c'était essentiellement en raison du caractère particulièrement moderne de l'offre proposée par BSH qui avait au surplus fourni des résultats probants sur le respect

par les installations des normes environnementales même si celles-ci devaient se durcir dans les années à venir.

19. a. Invités à se déterminer une dernière fois, les SIG ont déclaré persister dans leurs conclusions.

b. Dans ses observations du 16 octobre 2006, la recourante a souhaité apporter les précisions suivantes :

Le calcul qui avait été fait sur les charges d'exploitation en rapport avec les différentes offres était erroné (consommation de chaux, d'électricité, etc.), de sorte qu'il était illégal de n'avoir pas retenu l'offre la moins chère. Enfin, l'attribution de la note de 0 à Techfina concernant les conditions de garantie de service après-vente était proprement scandaleuse. En effet, la recourante travaillait pour les Cheneviers depuis 1975, avait réalisé l'usine des Cheneviers 2, le centre des traitements des déchets spéciaux, la station de pompage des Cheneviers 3 et l'amélioration du traitement des cendres. Par ailleurs, les SIG lui avaient adjugé, le 6 juillet 2005, des travaux pour un montant de CHF 935'000.-, ce qui démontrait la qualité de ses prestations.

A la demande du tribunal de céans, les SIG ont versé à la procédure les offres des trois autres entreprises ayant participé à la soumission. Ces pièces ont été soustraites à la consultation des parties en application de l'article 45 LPA.

EN DROIT

1. Par arrêt du 24 mai 2005, le Tribunal fédéral a annulé l'arrêt du Tribunal administratif du 6 septembre 2005 qui avait jugé le recours irrecevable au motif que la recourante n'avait pas formé de conclusions formelles en dommage-intérêts après la conclusion du contrat entre les SIG et BSH.

2. La question du droit applicable n'a pas été tranchée dans cet arrêt, de sorte qu'il convient d'y répondre préalablement.

a. Contrairement aux allégués de la recourante, la LMP ne s'applique qu'aux marchés publics de la Confédération (art. 2 LMP). Le marché litigieux étant proposé par une autorité adjudicatrice cantonale, cette loi ne trouve pas application en l'espèce.

b. Dans la décision querellée, les SIG ont indiqué que la procédure d'appel d'offre était "soumise à l'accord GATT/OMC sur les marchés publics et à l'AIMP". La recourante s'est également référée à ces accords dans ses écritures.

Or, l'AIMP s'applique aux offres si la valeur estimée du marché public à adjuger atteint le seuil ci-après, sans la taxe sur la valeur ajoutée (art. 7 al. 1 AIMP) :

a) CHF 9'575'000.- pour les ouvrages ;

b) CHF 383'000.- pour les fournitures et les services ;

c) CHF 766'000.- pour les fournitures et les services qui se rapportent à un adjudicateur désigné à l'article 8 de l'accord et qui ressortissent aux secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports ou des télécommunications.

Les fournitures concernent l'acquisition de biens mobiliers (sous forme d'achat, de crédit-bail [leasing], de bail à loyer, de bail à ferme ou de location-vente ; art. 6 al. 1 let. b AIMP).

c. Les marchés de services se définissent comme des contrats passés entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant la fourniture d'une prestation dont la liste figure en annexe du règlement sur la passation des marchés publics en matière de fournitures et des services du 23 août 1999 (ci-après : RPMPFS). Ils concernent, notamment, l'entretien et la réparation de véhicules à moteur, la réparation de biens (mobiliers et personnels, de produits métalliques, de machines et d'équipements), le transport aérien, certains transports terrestres, les télécommunications, les services d'assurance, bancaires, informatiques, comptables, les conseils, les services de publicité, de gérance, d'analyses, de nettoyage, ou encore l'enlèvement des ordures, l'élimination des eaux, les services d'assainissement et les autres services de protection de l'environnement ne concernant pas un projet de construction (annexe 1 RPMPFS ; ATA/185/2003 du 1er avril 2003, qui vise un marché adjugé par les SIG concernant le nettoyage des sols et vitres des bâtiments technico-administratifs et du restaurant ; ATA/864/2004 du 26 octobre 2004 sur la surveillance de centres de requérants d'asile).

d. La notion d'ouvrage se réfère quant à elle aux marchés de construction (art. 6 al. 2 AIMP), lesquels sont définis à l'article 6 alinéa 1 lettre a AIMP comme étant des contrats entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant la réalisation de travaux de construction de bâtiments ou de génie civil au sens du chiffre 51 de la Classification centrale des produits (liste CPC). Cette liste est reproduite en annexe du règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction (ci-après : RPMPC - L 6 05.01).

Selon celle-ci, sont des ouvrages, notamment, la préparation du terrain et des installations de chantier (CPC 511), la construction d'ouvrages de génie civil (CPC 513), l'assemblage et la construction d'ouvrages préfabriqués (CPC 514), les

prestations d'entreprises spécialisées (CPC 515) ou encore la pose d'installations (CPC 516).

Suivant une solution eurocompatible voulue par le législateur, la combinaison de marché d'ouvrage et de marché de services dans une seule offre doit être qualifiée de marché d'ouvrage (art. 1 RPMPC ; pour une application de ce mécanisme en droit fédéral, cf. Message du Conseil fédéral relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC, du 19 septembre 1994, FF 1994 IV 1224-1225 ; 1254-1255 ; JAAC 63.15 consid. 1d ; E. CLERC, L'ouverture des marchés publics : effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, p. 405-406). En droit genevois, ces marchés sont régis par l'AIMP s'ils atteignent la valeur seuil de l'article 7 alinéa 1 lettre a de cet accord et par le RPMPC.

3. Il ne fait pas de doute en l'espèce que le marché adjugé est un marché de construction au sens des dispositions qui précèdent. En effet, selon l'appel d'offres, "l'objectif des travaux" est le "réaménagement des installations du traitement des rejets liquides" de l'usine des Cheneviers. Ce réaménagement "consiste en la modernisation et en le changement du "process" de traitement des eaux de lavage des fumées d'incinération des ordures ménagères dans le but d'obtenir un "process" simple à conduire, fiable et automatisé (…)".

Ces travaux impliquent, selon ce document, le démontage et le remontage éventuel des équipements existants, la fourniture et l'installation des nouveaux équipements proposés, des travaux de démolition, de construction, de reprise, ainsi que la révision des sols, des dalles, l'éventuelles rectification de pentes de celles-ci, des opérations de soudage, de zinguerie, de peinture, etc.

La valeur présumée du marché de construction litigieux, adjugé au prix de CHF 3'768'000.-, n'atteint de loin pas la valeur-seuil de CHF 9'575'000.- fixée par l'article 7 alinéa 1 lettre a AIMP. Or, c'est cette valeur et non le prix incluant les charges d'exploitation, la quantité de produits chimiques nécessaires, la consommation et le nombre d'heures d'employés, calculés sur une durée de 15 ans, comme l'a fait l'intimée, qui détermine la valeur du marché. Il en découle que l'AIMP n'est pas applicable à ce dernier, qui n'est régi que par les articles 48 à 50 du RPMPC (art. 4 al. 2 RPMPC).

4. Selon l'article 50 de ce règlement, "les décisions rendues dans le cadre de l'adjudication d'un marché non soumis à l'AIMP ne sont pas sujettes à recours".

Ainsi, contrairement aux indications fournies par les SIG dans la décision attaquée, le marché litigieux n'était pas soumis à l'AIMP et ladite décision ne peut faire l'objet d'un recours.

Aussi, le recours doit être déclaré irrecevable, le tribunal de céans ne pouvant pas se saisir du litige, faute d'une disposition cantonale, légale ou réglementaire lui attribuant cette compétence (art. 56B al. 4 let. c LOJ ; ATA/801/2004 du 19 octobre 2004 ; ATA/541/2000 du 29 août 2000).

5. Cela étant, même s'il avait été recevable, le recours n'aurait pu qu'être rejeté pour les raisons suivantes.

La recourante se plaint tout d'abord d'une violation de son droit d'être entendue, la décision attaquée ne contenant aucune motivation.

Le droit à la motivation d'une décision est une garantie constitutionnelle de caractère formel qui est un aspect du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale – Cst. féd. – RS 101 ; ATF 126 I 97 consid. 2 pp. 102-103 ; 120 Ib 379 consid. 3b p. 383 ; 119 Ia 136 consid. 2b p. 138 et les arrêts cités). Cette exigence vise à ce que le justiciable puisse comprendre la décision dont il est l'objet et exercer ses droits de recours à bon escient. Elle vise également à permettre à l'autorité de recours d'exercer son contrôle. Il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle fonde sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Elle n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut se limiter à ceux qui, sans arbitraire, apparaissent pertinents (ATF 124 II 146 consid. 2 p. 149 ; 122 IV 8 consid. 2c p. 14 ; ATA/126/2007 du 20 mars 2007 ; ATA/595/2006 du 14 novembre 2006 ; ATA/140/2006 du 14 mars 2006 ; ATA/875/2004 du 9 novembre 2004).

En matière de marchés publics, cette obligation se manifeste par le devoir qu'a l'autorité d'indiquer au soumissionnaire évincé les raisons du rejet de son offre (J.-B. ZUFFEREY/C. MAILLARD/N. MICHEL, Le droit des marchés publics, Fribourg 2002, p. 256). Selon ces auteurs et la jurisprudence citée (DC 2/1999, p. 58, N. S14), ne respecte pas ces exigences une motivation qui ne fait que répéter les critères d'évaluation et qui soumet au recourant le tableau des évaluations effectuées, sans en donner les raisons. Ces informations se bornent à des constatations factuelles qui ne permettent pas au recourant de savoir pourquoi il a été moins bien évalué que son concurrent (op. cit., p. 256 ; ATA/864/2004 du 26 octobre 2004).

En l'espèce, il est vrai que la décision attaquée ne comporte aucune motivation, et qu'à ce titre, elle viole l'article 29 alinéa 2 Cst. féd. En effet, l'envoi ultérieur par les SIG du rapport sur le développement durable n'était pas de nature à éclairer la recourante sur les raisons du rejet de son offre. Quant au tableau des notes, son envoi, sans autres explications, ne constituait pas encore une motivation suffisante respectant le droit d'être entendu (cf. ATA/864/2004 du 26 octobre 2004). Cependant, le tribunal de céans connaît de la présente cause avec un plein

pouvoir d'examen, soit le même que celui de l'autorité intimée, de sorte que conformément à la jurisprudence constante en la matière (ATF 126 I 68 consid. 2 p. 68 ; 125 V 368 consid. 4 p. 371 ; ATA/733/2005 du 1er novembre 2005 ; ATA/703/2002 du 19 novembre 2002), le vice de motivation a été réparé par la procédure et l'instruction de la cause.

En conséquence, la décision n'aurait pu être annulée pour ce motif.

6. La recourante soulève ensuite une violation du principe de la transparence dans la passation du marché public litigieux. Elle prétend qu'il n'a jamais été question, au stade de la soumission, de changer la ligne actuelle du TRL. Certes, il avait été demandé aux prestataires "des procédés à la pointe du progrès technologique et des connaissances actuelles dans le domaine du traitement de l'eau et des résidus solides". Cependant, ces précisions étaient pour le moins floues et ne satisfaisaient pas clairement aux exigences d'une soumission.

Ces allégués sont contradictoires. Certes, le principe de transparence régissant la passation des marchés publics (art. 1 al. 2 lit. c AIMP) impose au pouvoir adjudicateur de ne plus modifier les critères d'adjudication et leur ordre d'importance après leur communication aux soumissionnaires (ATA/94/2005 du 1er mars 2005 ; D. ESSEIVA, note ad S38 à S41, DC 4/2003, p. 154). Toutefois, en admettant que l'autorité intimée a demandé aux prestataires un procédé à la pointe du progrès, la recourante confirme que cet élément figurait clairement au titre des conditions posées par le pouvoir adjudicateur. Le fait que ce dernier n'ait pas expressément indiqué qu'un changement de la ligne du TRL était nécessaire n'est pas critiquable, ce d'autant qu'il ressort du cahier des charges que la soumission publique était ouverte sur cette question.

On ne saurait ainsi retenir une violation du principe de transparence au stade de la soumission.

7. D'après la recourante, le marché litigieux aurait dû lui être attribué, car son offre était économiquement la plus avantageuse.

Aux termes de l'article 39 LPMMC, le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans l'évaluation, le rapport prestation/prix doit être observé. Dans ce cadre, en dehors du prix, les avantages directs et indirects pour l'autorité adjudicatrice peuvent être pris en considération, comme la qualité, les délais, les coûts d'exploitation, le service après vente, la protection de l'environnement, la santé et la sécurité au travail, la formation et le perfectionnement professionnels, la valeur technique, l'esthétique, l'assurance qualité, la créativité et l'infrastructure (al. 1). L'adjudication de biens largement standardisés peut intervenir selon le critère du prix le plus bas (al. 2).

En dehors de l'hypothèse du marché portant sur des biens largement standardisés, non applicable en l'espèce, le prix est un critère d'adjudication parmi d'autres. Il en découle premièrement que ce n'est pas nécessairement l'offre la meilleure marché qui obtiendra l'adjudication. Deuxièmement, chacun des critères doit faire l'objet d'une appréciation, en principe sous forme de notation, l'adjudication étant prononcée en faveur de l'offre qui aura obtenu le plus grand nombre de points (cf. D. ESSEIVA, note ad S10-S13 in DC 2/2002, p. 76).

8. L'autorité adjudicatrice est libre de choisir la méthode qu'elle entend utiliser pour noter les offres qui lui sont soumises. La loi ne lui impose aucune méthode de notation particulière. Le choix de la méthode de notation relève ainsi du pouvoir d'appréciation de l'autorité adjudicatrice, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (Arrêt du Tribunal fédéral 2P/172/2002 du 10 mars 2003 consid. 3.2 ; ATA A/201/2001 du 24 avril 2001 consid. 9 ; D. ESSEIVA, note ad S12 in DC 2/2003, p. 62). L'opportunité du choix de la méthode de notation ne peut être revue par l'autorité de recours (cf. art. 16 al. 2 AIMP). De surcroît, aucune norme n'impose à l'autorité adjudicatrice de faire connaître à l'avance la méthode de notation qu'elle utilisera (Arrêt du Tribunal fédéral 2P/172/2002 du 10 mars 2003 consid. 2.3 ; arrêt du Tribunal administratif vaudois du 26 janvier 2000 in DC 2/2001, p. 67 et note de D. ESSEIVA ; O. RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, RDAF I 2001, p. 406).

En matière de prix en particulier, la notation s'effectue en fonction de règles qui définissent la manière de transformer des informations formulées en francs (le prix) en note (cf. D. ESSEIVA, note ad S10-S13 in DC 2/2002, p. 76). La pratique démontre qu'il existe une multitude de méthodes de notation qui permettent d'arriver à des résultats très différents, d'où un risque de manipulations de la part de l'adjudicateur (cf. D. ESSEIVA, L'évolution du droit des marchés publics de construction, 2002, p. 9 s.). Sachant que toutes les méthodes de notation présentent un aspect critiquable, l'autorité de recours n'interviendra cependant que dans la mesure où la méthode retenue est arbitraire.

a. Dans son tableau d'évaluation, l'autorité intimée a donné la note de 0,14 sur 4 à la recourante sous le critère "prix/performance", dont la pondération était de 35%. Elle a expliqué ce résultat en alléguant que le prix de l'offre pris en compte incluait non seulement l'offre de base mais les options souhaitables proposées par les soumissionnaires lorsqu'elles ne figuraient pas dans l'offre de base. Pour la recourante, le prix retenu avait ainsi été le prix de base auquel avaient été ajoutées les options 1, 2, 4 et 5. Ce calcul avait amené l'offre de la recourante à CHF 2'636'975.-. Le prix de tous les soumissionnaires avait par ailleurs fait l'objet d'une analyse approfondie sur une durée de quinze ans ; par un calcul global des charges d'exploitation en KWh, les SIG avaient ajouté aux valeurs communiquées par les soumissionnaires une consommation annuelle de

385’000 KWh par an qui tenait compte des installations existantes non concernées par le projet de modernisation. Chaque offre avait donc subi un traitement équivalent pour calculer au plus juste les charges d’exploitation totales du TRL. Il était résulté de cette analyse un écart significatif sur la durée entre l’offre de la recourante et celle de BSH et les autres concurrents. En effet, sur quinze ans, le coût d’investissement et d’exploitation calculés était de CHF 22’943’801.- pour l’offre de la recourante et de CHF 19’348’172.- pour celle de BSH. L’écart était ainsi d’environ CHF 3’500’000.- en faveur de BSH. Enfin, sur le plan technique, le projet de la recourante, a été considéré par les SIG comme peu innovant et peu performant.

La prise en compte par l'autorité intimée, dans le critère "prix/performance", des options considérées comme nécessaires au projet, de l'amortissement de l'installation sur une durée de 15 ans et des charges d'exploitation correspondantes est conforme à la loi et explique de manière convaincante, propre à écarter toute suspicion quant à une éventuelle manipulation de l'autorité intimée, la note attribuée.

b. La recourante considère encore avoir rempli toutes les exigences du cahier des charges et respecté toutes les contraintes du projet, de sorte que la note de 2,5 sur 4 qui lui a été attribuée sous le critère "conformité au cahier des charges", dont la pondération était de 50%, était trop basse et méritait le maximum. La querelle entre les SIG et la recourante touche ici au caractère moderne ou non de la technologie proposée par cette dernière, ce critère ayant été expressément indiqué dans le cahier des charges. Il n'est pas dans les compétences de la juridiction de recours de déterminer si le procédé proposé par Techfina est aussi moderne que celui de BSH. Le tribunal se bornera à examiner si la note attribuée apparaît arbitraire au vu des pièces produites et des arguments soulevés. En l'espèce, la note n'est pas anormalement basse (2,5 sur 4) et les explications fournies par les SIG sur la manière dont a été apprécié le caractère innovant des offres proposées sont exemptes de critiques.

La note de 2,5 n'est donc pas arbitraire.

c. Restent les notes de 0 et de 1 attribuées à la recourante sous les critères, respectivement des "conditions de garanties et service après-vente" (10 %) et des "références et projets similaires" (5%).

La première note est inexplicable au vu des garanties fournies, de la proximité géographique de Techfina qui se trouve tout près des Cheneviers, de la satisfaction qu'a donnée cette société à l'intimée dans les mandats passés, attestée encore par les travaux qui lui ont été adjugés par les SIG le 6 juillet 2005. Ceux-ci ne se prononcent d'ailleurs par sur ce grief. Ils se bornent à affirmer que les services offerts par BSH de ce point de vue sont supérieurs à ceux de Techfina.

Cet argument ne justifie pas la note attribuée, qui est arbitraire en ce qu'elle ne donne aucun point à Techfina.

d. La note sur l'expérience professionnelle peut s'expliquer si on la met en relation avec l'exigence d'innovation qui était centrale dans le cahier des charges, mais les SIG ne se prononcent pas de manière satisfaisante sur ce point, de sorte qu'il n'est pas possible de savoir pour quelle raison cette note est aussi basse alors que les références offertes sont nombreuses et sérieuses.

9. Quoi qu'il en soit, même si la note maximum de 4 avait été attribuée sous ces deux critères, la recourante aurait obtenu 55 points de plus que ceux qu'elle a obtenus. Or, ce chiffre ne lui aurait pas permis d'emporter le marché, car elle n'aurait, dans la meilleure hypothèse, totalisé que 199 points (144 accordés plus 55), alors que BSH en a obtenu 367,2.

10. Enfin, il n'y a pas lieu de douter de la conformité de la décision querellée à la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02) à laquelle la recourante ne se réfère d'ailleurs pas.

11. En conclusion, même s'il avait été recevable, le recours n'aurait pu être admis.

Au vu de ce qui précède, un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge de Techfina, qui succombe. BSH et les SIG n'ayant pas conclu au versement d'une indemnité, il ne leur en sera pas alloué (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare irrecevable le recours interjeté le 4 avril 2005 par Techfina S.A. contre la décision d'adjudication des Services Industriels de Genève du 21 mars 2005 ;

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

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité aux Services Industriels de Genève et à BSH Umweltservice S.A ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF-RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

- par la voie du recours en matière de droit public :

si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics ;

s'il soulève une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les articles 113 et suivants LTF ;

le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'article 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

communique le présent arrêt à Me Pascal Pétroz, avocat de Techfina S.A., aux Services Industriels de Genève ainsi qu'à BSH Umweltservice S.A., appelée en cause.

Siégeants : M. Paychère, président, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges, M. Hottelier, juge suppléant.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :	le président :
C. Del Gaudio-Siegrist	F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :