du 5 octobre 1999

dans la cause

V. AG
représentée par Me Olivier Carrard, avocat

contre

HOSPICE GÉNÉRAL

A/650/1999-ASAN

EN FAIT

1. L'Hospice général a reçu du Conseil d'Etat le mandat d'organiser l'hébergement en deuxième accueil des requérants d'asile et des personnes admises provisoirement en Suisse.

   Devant pallier d'urgence le manque de structures d'accueil, l'Hospice général a contacté le 14 avril 1999 56 entreprises nationales et étrangères par un appel d'offres en vue de la fourniture de structures modulables destinées au logement de personnes célibataires sur quatre sites : 1) 84 places individuelles et surfaces communes chemin R.. 2) 50 places individuelles et surfaces communes au Ch. de F.. 3) 160 places individuelles et surfaces communes à la G. des E.-V.. 4) 240 places individuelles avec surfaces communes, dans des lieux encore non définis. Soit au total 534 places individuelles.

   Les entreprises concernées devaient proposer une offre portant sur l'achat, la location pour trois ou cinq ans et pour le leasing.

   Un délai au 7 mai 1999 était imparti aux soumissionnaires.

2. Douze entreprises ont fait parvenir une offre à l'Hospice général. Seules trois offres contenaient une proposition de location.

3. La société V. AG (ci-après : V.), dont le siège est en Argovie a adressé le 6 mai 1999 à l'Hospice général un descriptif de ses activités et une offre d'achat et de leasing. En cas d'achat, le prix total s'élevait à CHF 5'232'593.--. En cas de leasing, le coût s'élevait à CHF 163'019,25 par mois, pour une durée de 36 mois, et de CHF 101'605,10 par mois en cas de leasing sur cinq ans. Selon un document annexé à l'offre, le leasing était assuré par la Banque X. à Lausanne.

4. Le 10 mai 1999, le Conseil d'Etat a informé l'Hospice général qu'il avait décidé de ne prendre en compte que des contrats de location pour les pavillons modulaires.

5. Par fax du 12 mai 1999, l'Hospice général a invité

quelques-unes des entreprises ayant répondu à son appel, notamment V. et I. & Cie S.A. (ci-après : I.), de lui faire une offre de leasing avec reprise des biens au bout de cinq ans aux frais de l'entreprise, et une offre de location de trois à cinq ans.

Un délai était fixé au 14 mai 1999.

Selon l'Hospice général, V. n'a jamais fait parvenir une offre de location.

V. soutient au contraire avoir fait parvenir une offre par fax du 17 mai 1999, après entente téléphonique au sujet du délai de réponse.

6. Par lettre du 11 juin 1999, l'Hospice général a informé V. que son offre n'avait pas été retenue et que le choix s'était porté sur une autre entreprise.

7. Par acte du 1er juillet 1999, V. a recouru auprès du Tribunal administratif. Le pli contenant la décision attaquée lui était parvenu le lundi 21 juin 1999 comme l'attestait le timbre humide de réception figurant sur la lettre. Le recours était ainsi interjeté dans le délai de 10 jours.

Sur le fond, la procédure d'adjudication avait été irrégulière. Les bâtiments préfabriqués dont il était question étant des biens mobiliers, leur coût dépassait le seuil prévu en matière de fournitures et de services fixé à CHF 403'000.-- à l'article 7 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP - L 6 05).

La recourante a sollicité préalablement l'octroi de l'effet suspensif. V. a en outre pris les conclusions alternatives suivantes : si le contrat n'avait pas été conclu, la décision de l'Hospice général devait être annulée et la cause lui être renvoyée afin qu'elle reprenne la procédure d'adjudication conformément à la loi. Si le contrat était déjà conclu, le tribunal de céans était invité à constater le caractère illicite de la décision entreprise et il devait condamner l'Hospice général à réparer le dommage subi, lequel s'élevait à CHF 26'390.-- avec intérêts à 5 % dès le 11 juin 1999.

8. Au cours de l'instruction portant sur la demande d'effet suspensif, l'Hospice général a produit une lettre du 2 juin 1999 adressée à I. et dans laquelle elle lui confirmait son accord de principe pour la fourniture et

la pose d'éléments préfabriqués dans les trois premiers sites (R., F. et G. des E.-V.), ajoutant qu'il était probable qu'un site supplémentaire lui serait adjugé ultérieurement.

Elle a produit en outre les trois contrats de bail à loyer, relatifs aux trois sites en question, conclus pour une durée de cinq ans et signés le 18 juin 1999.

Pour les trois sites, le loyer annuel était respectivement de CHF 283'260.--, de CHF 188'112.-- et de CHF 493'188.--.

Le coût total pour ces trois sites revenait ainsi, pour cinq ans, à CHF 4'822'800.--.

9. Invitée à retirer sa demande d'octroi d'effet suspensif, puisque les contrats avaient déjà été signés, V. a informé le tribunal qu'elle renonçait à la demande d'effet suspensif pour l'installation d'éléments préfabriqués prévus sur les trois sites R., F. et E.-V.. En revanche, compte tenu du fait qu'aucun contrat n'avait été signé pour le dernier des quatre sites prévus, V. persistait dans sa demande d'effet suspensif.

10. L'Hospice général s'est opposé à cette demande. Les conditions permettant à l'autorité d'accorder l'effet suspensif, au sens de l'article 17 alinéa 2 AIMP, n'étaient pas remplies : le recours n'apparaissait pas suffisamment fondé, en particulier parce que V. n'avait jamais fourni une offre de location. Ensuite, l'intérêt public était prépondérant et s'opposait à une telle demande. L'Hospice général devait en effet mettre sur pied de toute urgence des structures d'accueil pour les requérants d'asile, dont les arrivées avaient été massives en raison de la situation régnant dans les Balkans.

A supposer que l'effet suspensif soit accordé, l'Hospice général a conclu à ce que V. soit astreinte à lui fournir des sûretés, au sens de l'article 17 alinéa 3 AIMP.

11. Au cours de la procédure sont apparus les éléments suivants :

- V. a produit dans son chargé copie d'un fax daté du 17 mai 1999, à l'entête de sa raison sociale, qu'elle aurait envoyé à l'Hospice général. En réalité, l'Hospice général n'a jamais reçu ce fax,

mais un autre, à la même date et avec un libellé semblable, émanant d'une autre entreprise, la société W. E. AG. Il semblerait ainsi que la recourante a substitué le fax effectivement adressé à l'Hospice général le 17 mai 1999 à l'entête de W. E. AG à un autre fax, à l'entête de V., qu'elle a produit sous pièce no 5 de son chargé du 1er juillet 1999, les signatures manuscrites paraissant de la même personne.

- V. a soutenu, chiffres à l'appui, que son offre était plus avantageuse que celle d'I.. Le coût d'un emplacement par mois revenait à CHF 207.--, tandis que il s'élevait à CHF 283.-- chez I..

- Lors d'une audience de comparution personnelle, le juge délégué a rendu la recourante attentive au fait que les éléments préfabriqués qui avaient fait l'objet de la soumission pourraient être considérés comme des marchés de construction, au sens de l'article 6 alinéa 1 lettre a AIMP. Le seuil de CHF 10'070'000.-- ne serait donc pas atteint. Quant à l'Hospice général, il a déclaré que le quatrième site avait été défini. Il était divisé en deux : Le premier était prévu à M.-I. et portait sur 140 places. Le second serait situé à P. et concernait 100 places. Lors des pourparlers avec I., il avait toujours été question de la totalité des bâtiments préfabriqués. Il s'agissait d'un concept global. L'Hospice général estimait qu'il s'était engagé vis-à-vis d'I. pour le tout. Cette entreprise avait d'ailleurs calculé ses prix en fonction de l'ensemble.

- L'Hospice général a affirmé n'avoir jamais reçu un fax daté du 17 mai 1999 à l'entête de V.. Lorsqu'il avait reçu celui de W. E. AG, il avait classé ce document, n'ayant fait aucun rapprochement avec V..

12. Dans une écriture du 22 septembre 1999, V. a persisté aussi bien dans sa demande d'effet suspensif que sur le fond.

13. Le juge délégué s'est procuré auprès du Secrétariat d'état à l'économie, dépendant du département fédéral de l'économie, la liste des ouvrages considérés comme travaux de construction au sens du chiffre 51 de la classification centrale des produits (liste CPC) selon

l'appendice 1, annexe 5, de l'accord GATT, liste dont il est question à l'article 6 alinéa 1 lettre a AIMP. Reçu le 29 septembre 1999, ce document a été soumis aux parties. Il en sera fait état dans la partie en droit.

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 a 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, 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, de ce point de vue.

   c. Les décisions rendues dans le cadre de l'adjudication d'un marché non soumis à l'accord intercantonal ne sont pas sujettes à recours (art. 50 AIMP).

2. La notion de marché public désigne communément l'ensemble des contrats passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires privés, portant sur l'acquisition de fournitures, de constructions ou de services, selon une définition donnée par le Tribunal fédéral (ATF 125 I 209 consid. 6b p. 212). Il convient d'examiner l'application du droit fédéral, concordataire et cantonal au présent litige.

   En vertu de l'article 7 AIMP, ce concordat ne s'applique, s'agissant des ouvrages, qu'aux marchés à adjuger, dits de "construction" dont la valeur atteint le seuil de CHF 10'070'000.–, sans la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après : la TVA). Pour les fournitures et les services, la limite est de CHF 403.000.–. Selon la jurisprudence de la commission fédérale de recours en matière de marchés publics (RDAF 1999 37 consid. 1 p. 39), lorsqu'un contrat est mixte, il convient de

rechercher si les fournitures ont un montant supérieur à celui des constructions. Dans le cas contraire, le marché est dit de "construction". Certes, la commission a statué en application de la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP - RS 172.056.1), mais il n'y a pas lieu de s'écarter des critères qu'elle a posés, les notions étant identiques en droit concordataire et fédéral.

3. a. L'article 6 AIMP définit les types de marchés. Le concordat distingue les marchés de construction, c'est-à-dire un contrat 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) selon l'appendice I annexe 5, de l'Accord GATT (art. 6 al. 1 let. a). Les marchés de fourniture concernent l'acquisition de biens mobiliers, notamment 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). Les marchés de service concernent la fourniture d'une prestation selon l'appendice I annexe 4 de l'Accord GATT.

b. Par marchés de construction, il faut entendre l'assemblage et la construction d'ouvrages préfabriqués et la location et le crédit-bail portant sur des équipements de construction ou de démolition, travaux du personnel compris (annexe 2 de l'ordonnance sur les marchés publics - OMP - RS 172.056.11).

Les structures modulables faisant l'objet de l'appel d'offre de l'Hospice général entrent donc dans la définition des marchés de construction, aussi bien s'agissant de leur assemblage que de la location.

c. Cette assimilation des ouvrages préfabriqués ressort également du message à l'appui de l'AIMP, dont les grandes lignes sont identiques à celles de l'Accord GATT sur les marchés publics. Un marché de constructions au sens de l'article 6 alinéa 1 lettre a AIMP comprend la construction et le montage de bâtiments préfabriqués (Mémorial des séances du Grand Conseil 1995 p. 5584 et 5592).

d. Enfin, l'article 6 alinéa 1 lettre a AIMP se réfère explicitement à la liste CPC, dont il ressort que les marchés de construction comprennent l'installation d'ouvrages préfabriqués (ch. 5140).

4. En l'espèce, l'offre de V. s'élevait à un peu plus de CHF 5'000'000.-- pour des bâtiments à installer sur les quatre sites. L'offre de I. pour la location des bâtiments sur les trois premiers sites s'élèvent à près de CHF 4'823'000.-- pour quelque 300 places. Si l'on ajoute la location pour les 240 places restantes, dont le coût n'est pas connu, l'on parvient à un montant total égal ou légèrement supérieur à CHF 9'000'000.--. Celui-ci est inférieur au seuil de CHF 10'070'000.-- prévu à l'article 7.

5. Il découle de ce qui précède que le tribunal de céans ne peut pas se saisir du litige, faute d'une disposition cantonale légale ou réglementaire lui attribuant cette compétence (ATA R.S. S.A. du 31 août 1999).

6. L'AIMP étant inapplicable vu la valeur du marché, le recours sera déclaré irrecevable. La demande d'effet suspensif devient sans objet.

7. V. ayant produit dans son chargé, sous pièce no 5, un fax à l'entête de sa raison sociale, alors que tel n'a pas été le cas, puisque le fax en question l'a été à l'entête de W. E. AG, cet artifice constitue un procédé téméraire qui justifie le prononcé d'une amende pour téméraire plaideur, au sens de l'article 88 alinéa 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), dont le montant sera fixé à CHF 1'000.--.

En outre, la production de la pièce no 5 du chargé de la recourante pourrait être constitutive d'un faux dans les titres. Pour cette raison, le tribunal de céans communiquera la présente procédure à Monsieur le Procureur Général, en application de l'article 11 du Code de procédure pénale du 29 septembre 1977 (CPP - E 4 20).

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.-- sera mis à la charge de la recourante.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif :

déclare irrecevable le recours interjeté le 1er juillet 1999 par V. AG contre la décision de l'Hospice général du 11 juin 1999;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 1'500.--, comprenant les dépens d'instance, d'un montant de CHF 80.--;

inflige à la recourante une amende pour téméraire plaideur de CHF 1'000.--;

communique le présent arrêt à Me Olivier Carrard, avocat de la recourante, à l'Hospice général, ainsi qu'à Monsieur le Procureur général de la République et Canton de Genève, en son Parquet.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste : le président :

V. Montani D. Schucani

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :

Mme M. Oranci