RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/920/2005-SI **ATA/596/2005**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 6 septembre 2005

dans la cause

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

contre

SERVICES INDUSTRIELS DE GENÈVE

et

BSH UMWELTSERVICE AG
appelée en cause

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) et sur le site internet www.simap.ch 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 des Cheneviers.

2. Par courrier du 21 mars 2005, les SIG ont informé Techfina S.A. qu'ils avaient adjugé le marché à BSH Umweltservice AG, à Sursee (ci-après : BSH), pour un montant de CHF 3'768'000.-. L'offre de Techfina S.A. n'était pas retenue. Ce courrier comportait l'indication qu'un recours dans les dix jours pouvait être interjeté auprès du Tribunal administratif.

3. Par acte déposé au greffe le 4 avril 2005, Techfina S.A. a recouru auprès du Tribunal administratif contre cette décision en concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif. Elle a demandé également qu'il soit fait interdiction aux SIG d'adjuger les travaux à BSH et à ce qu'elle soit autorisée à consulter le dossier. Principalement, elle a conclu à l'annulation de la décision entreprise et à ce que les travaux lui soient adjugés.

4. A réception du recours, le juge délégué a appelé en cause BSH et lui a imparti, de même qu'aux SIG, un délai au 11 avril 2005 pour se déterminer sur effet suspensif.

5. Le 6 avril 2005, BSH a répondu qu'elle s'abstenait de tout commentaire, les SIG pouvant certainement justifier la décision d'adjudication qu'ils avaient prise.

6. Le 11 avril 2005, les SIG se sont opposés à la restitution de l'effet suspensif. Ils ont conclu au rejet du recours en faisant valoir que même si l'offre de BSH était de prime abord plus élevée, elle était seule de nature à correspondre, à long terme, aux objectifs poursuivis par l'autorité adjudicatrice.

   De plus, il existait un intérêt public prépondérant à moderniser les installations, l'autorisation d'exploiter l'usine des Cheneviers venant à échéance cette année.

7. Par décision du 13 avril 2005, le Président du Tribunal administratif a refusé de restituer l'effet suspensif au recours en retenant, d'une part, que l'éventuelle admission dudit recours n'aurait pas nécessairement pour effet d'attribuer le marché à la recourante et, d'autre part, que les chances de succès du recours étaient minimes, car même si Techfina S.A. obtenait une note égale à celle du concurrent le mieux placé, s'agissant du rapport prix/performance, elle serait néanmoins toujours dernière du classement général.

8. Un délai a été imparti à Techfina S.A. pour répliquer. Le 2 mai 2005, elle a conclu derechef à l'admission du recours et à l'annulation de la décision entreprise. De plus, le tribunal devait ordonner aux SIG de lui adjuger les travaux de réaménagement des installations de TRL. Elle contestait certains points techniques. Il était inexact de prétendre que son recours avait peu de chance de succès, car elle ne remettait pas en cause uniquement le critère du rapport prix/performance, comme la décision sur effet suspensif donnait à le penser, mais tous les autres critères d'adjudication.

a. Reprenant les allégations contenues dans le mémoire responsif des SIG, elle a indiqué n'avoir jamais été informée du fait que ceux-ci souhaitaient que la ligne actuelle du TRL soit complètement changée et que des innovations techniques soient intégrées au projet. La description sommaire contenue dans la soumission concernant la modernisation des installations était pour le moins floue et ne satisfaisait pas clairement aux exigences d'un tel document. En tout état, le fait que le processus doive être modernisé n'excluait pas l'alternative qu'elle avait proposée de changer les éléments ne convenant plus aux SIG et de moderniser les autres. La volonté des SIG de voir installer de nouvelles technologies ne ressortait pas du cahier des charges et cet argument n'était invoqué par les intimés que pour les besoins de la cause.

b. Les SIG soutenaient qu'il était impératif de procéder à un refroidissement des eaux avant traitement, ce que la recourante contestait, car aucune étude scientifique n'avait permis d'établir qu'un tel refroidissement était nécessaire pour éviter le risque de précipitation des matières après le rejet dans les eaux du canton.

D'ailleurs, Techfina S.A. dans son option avait prévu l'installation d'un échangeur graphite permettant un tel refroidissement, mais les SIG n'en avait tenu aucun compte.

c. Contrairement aux allégués des SIG, l'installation proposée par Techfina S.A. pouvait parfaitement fonctionner sans surveillance pendant 72 heures, les SIG ayant requis que l'installation puisse fonctionner sans maintenance pendant plusieurs jours.

Sur ce point encore, le projet présenté par Techfina S.A. correspondait aux exigences du cahier des charges.

d. Dans leur mémoire responsif, les SIG indiquaient avoir souhaité qu'une formation soit dispensée à leur personnel afin que celui-ci puisse intervenir de manière autonome en cas de panne.

Or, Techfina S.A. avait prévu la formation du personnel sur place. En sus, elle avait offert la disponibilité de son propre personnel en cas de panne ultérieure. L'on ne voyait pas en quoi une telle offre pouvait lui porter préjudice.

Là encore, elle remplissait les exigences requises.

e. Les SIG alléguaient que BSH se distinguait de ses concurrents sur les critères relatifs au rapport prix/performance, aux conditions de garantie et au service après-vente, car elle avait réalisé les deux derniers TRL en Suisse, soit celui de Thoune et celui en construction à Lausanne.

Or, l'on voyait mal le rapport existant entre les références et le critère prix/performance, de même que le lien entre le critère références et celui concernant les conditions de garantie et du service après-vente, qui devaient être des critères distincts.

Par ailleurs, les SIG n'avaient pas pris en considération le fait que Techfina S.A. avait réalisé la quasi-totalité des installations de ce type en Suisse romande. S'ils l'avaient fait, il aurait dû ressortir de la notation que Techfina S.A. disposait d'un avantage majeur sur ce point.

f. Les SIG alléguaient que BSH était la seule à s'engager sur le respect des niveau et qualité des rejets, ce qui était inexact, puisqu'elle-même avait proposé un projet très performant, assurant des rejets correspondant aux prescriptions légales en vigueur, ce qui était établi notamment par les résultats obtenus sur d'autres sites où elle avait installé un « process » similaire. Il était inexact de prétendre que son projet était beaucoup plus cher sur le long terme que celui présenté par l'adjudicataire et les données retenues pour le calcul relatif au coût du projet de Techfina S.A. étaient inexactes.

Partant, la note qui lui avait été attribuée pour ce critère était absurde et totalement arbitraire.

Les SIG ne la justifiaient d'ailleurs pas dans leurs écritures.

Techfina S.A. constatait que son offre était de près de 50 % plus basse que celle retenue par les SIG. Aucun motif pertinent n'était à même de justifier une telle différence de prix.

g. Son projet respectait en tous points le cahier des charges et il était patent qu'elle présentait les meilleures références concernant la réalisation de projets similaires.

Enfin, elle disposait d'un avantage certain, compte tenu de sa situation géographique, puisque son siège se trouvait à moins de cinq minutes de l'usine des Cheneviers, de sorte qu'elle était prête à intervenir 24 heures sur 24, ce qui ne pouvait pas être le cas de BSH.

La notation de l'offre de Techfina S.A. était arbitraire.

9. Les SIG ont dupliqué le 30 mai 2005 en contestant tous les points de la réplique. Leur argumentation sera reprise ci-dessous en tant que de besoin.

Pour l'essentiel, les critiques émises dans la réplique provenaient d'une mauvaise lecture du mémoire de réponse.

L'offre de Techfina S.A. avait été étudiée et évaluée au même titre que les autres par des personnes compétentes et ces dernières avaient retenu l'offre la plus adaptée, la plus efficace et la plus économique sur la durée pour les SIG.

Ceux-ci contestaient avoir mésusé de leur pouvoir d'appréciation en adjugeant le marché à BSH.

10. Interpellés par le juge délégué, les SIG ont répondu le 9 juin 2005 qu'ils avaient signé le contrat avec BSH le 8 juin 2005.

11. Cet élément a été porté à la connaissance du conseil de Techfina S.A. le 16 juin 2005. La recourante était invitée à indiquer d'ici le 20 juin 2005 si elle maintenait son recours.

12. Le 16 juin 2005, Techfina S.A. a sollicité une audience de comparution personnelle et, par courrier du 20 juin 2005, elle a déclaré maintenir son recours.

13. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Le recours a été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente (art. 56 B al. 4 litt c) de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 litt. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

a. L'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - RS 172.056.4) a été révisé le 15 mars 2001 (RS 172.056.5), mais le canton de Genève n'a pas adhéré à ladite révision, de sorte que l'accord dans sa version initiale (RS 172.056.4) demeure applicable en l'espèce (art. 21 al. 3 AIMP révisé; ATA/409/2005 du 7 juin 2005 ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.48.2004 du 31 août 2004, consid. 4.4).

b. Les SIG sont une autorité adjudicatrice au sens de l'annexe 2 du règlement sur la passation des marchés publics en matière de fournitures et de services du 23 août 1999 (L 6 05.03) et la valeur-seuil du marché dépasse celle de CHF 766'000.- fixée par l'article 7 AIMP et l'annexe 3 du règlement précité.

c. Le Tribunal administratif demeure l'autorité judiciaire compétente au sens de l'article 15 AIMP, à teneur de l'article 3 alinéa 1 de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L 6 05.0), laquelle n'a pas été modifiée à ce jour.

2. a. A teneur de l'article 60 lettre b LPA, a qualité pour recourir toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée.

L'intérêt à obtenir un jugement favorable doit être personnel, direct, immédiat et actuel (ATA/354/2005 du 24 mai 2005 ; ATA/124/2005 du 8 mars 2005 ; ATA/2/2202 du 8 janvier 2002 et les références citées). L'existence d'un intérêt actuel s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours. L'exigence d'un tel intérêt n'est abandonnée que lorsque le recourant peut être touché à nouveau par une décision analogue ou si le recours pose une question de principe (ATA/34/2004 du 13 janvier 2004 ; B. BOVAY, Procédure administrative, 2000, p. 352 et les références citées). Tel n'est pas le cas en l'espèce.

b. Cela étant, l'obligation d'entrer en matière sur un recours, dans certaines circonstances, nonobstant l'absence d'un intérêt actuel, ne saurait avoir pour effet de créer une voie de recours non prévue par le droit cantonal (ATF 127 I 115, consid. 3c p. 118).

En l'espèce, les SIG ont signé le contrat le 8 juin 2005, de sorte que la recourante qui n'avait pris aucune conclusion en réparation du dommage n'a dès lors plus aucun intérêt actuel, ni aucun intérêt digne de protection au recours. En conséquence, il n'y avait pas lieu d'ordonner une audience de comparution personnelle.

3. Le recours ne peut plus porter que sur le caractère illicite de la décision d'adjudication et, si celui-ci est admis, sur la réparation du dommage de la recourante, limitée toutefois aux dépenses qu'elle aurait subies en relation avec les procédures de soumission et de recours, le tribunal de céans ayant admis sa compétence pour statuer sur les divers postes du dommage allégué (ATA/864/2004 du 26 octobre 2004).

4. Après la conclusion du contrat, la recourante a bien déclaré maintenir son recours, mais elle n'a pris aucune conclusion, ni dans son recours du 4 avril 2005, ni dans sa réplique, ni dans son dernier courrier du 16 juin 2005 tendant à des dommages et intérêts quelconques. Elle n'a jamais allégué avoir subi un préjudice, se bornant à répéter que le marché devrait lui être adjugé.

5. Le recours sera déclaré irrecevable.

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'500.- sera mis à la charge de Techfina S.A. Aucune indemnité de procédure ne sera allouée aux SIG ou à BSH, qui agissent en personne et n'ont pas allégué avoir encouru des frais particuliers pour cette cause (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

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 2'500.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité aux Services industriels de Genève et à BSH Umweltservice AG ;

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

Siégeants : M. Paychère, président, Mmes Bovy et Hurni, M. Thélin, 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 :