RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/927/2004-HG **ATA/864/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

(jugement sur partie et sur compétence)

du 26 octobre 2004

dans la cause

SPS S.A.
représentée par Me Yael Hayat, avocate

contre

H.

et

P. S.A.
représentée par Me Jean-Charles Sommer, avocat

EN FAIT

1. Selon un avis publié dans la Feuille d'avis officielle (FAO) du 23 février 2004, l'H. (ci-après : l'h.) a procédé à un appel d'offres portant sur la surveillance de huit foyers d'hébergement de requérants d'asile répartis dans le canton, comportant, à cette dernière date, 1513 résidents.

Selon cette publication, la procédure d'appel d'offres était ouverte.

Elle n'était soumise ni à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) ni à l'accord GATT/OMC, mais à la loi fédérale sur le marché intérieur (ch. 4.3 de l'avis). En application de cette dernière, un recours au Tribunal administratif était ouvert contre toute décision, dans les 30 jours dès sa notification (ch. 4.4).

Elle visait la conclusion d'un contrat annuel débutant au plus tôt le 1er mai 2004, reconductible d'année en année pour un maximum de 48 mois, après lesquels le marché ferait l'objet d'un nouvel appel d'offres (ch. 2.7).

L'appel d'offres était ouvert uniquement aux soumissionnaires établis en Suisse (« critères d'aptitude », ch. 3.3).

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

« 1. Montant de l'offre hors TVA (pondération 50%),

2. Expérience et références de la société (pondération 20%),

3. Système d'organisation et d'encadrement des agents (pondération 20 %)

4. Respect des critères de formation et profil des agents de sécurité prestants (pondération 10 %) . »

Le délai pour déposer les offres était fixé au 19 mars 2004.

2. Le même jour, l'h. a édicté un cahier des charges destiné aux soumissionnaires, reprenant ces critères et comportant des indications détaillées sur les objectifs poursuivis par l'institution, la structure des foyers visés par l'offre, les prestations à exécuter, etc. A son chiffre 12, ce document précisait que le marché serait adjugé à l'offre économiquement la plus avantageuse, en fonction des critères précités.

3. Suite à l'examen des dossier déposés, quatre offres ont été retenues, parmi lesquelles figuraient celles de la société SPS SA (ci-après, SPS) et de la société P. SA (ci-après, P.).

4. Les montants des offres admises étaient les suivants :

GPA : CHF 1'932'876.-

SPS : CHF 2'176'000.-

P. : CHF 2'341'920.-

SECURITAS : CHF 2'440'896.-

5. Par lettre-signature du 31 mars 2004, reçue le 2 avril 2004, l'h. a informé SPS qu'elle avait adjugé le marché à P., dont l'offre avait été jugée « économiquement et qualitativement la plus avantageuse ».

SPS avait été classée au 4ème rang sur les quatre offres évaluées.

La procédure n'était soumise ni à l'accord GATT/OMC, ni à l'AIMP, mais à la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI – 943.02).

La « restriction à l'accès au marché prévue par l'article 9 alinéa 1 LMI » était sujette à recours dans un délai de 30 jours à compter de la notification de la décision d'adjudication auprès du Tribunal administratif.

6. SPS a accusé réception de cette décision et fait part à l'h. de son étonnement quant au choix opéré, l'offre qu'elle avait proposée étant plus basse que celle de P..

Elle priait l'h. de lui donner des précisions sur les raisons de son choix.

7. Le 19 avril 2004, en réponse à cette demande, l'h. a envoyé à SPS le récapitulatif des notes attribuées et le résultat de leur pondération.

8. Il résulte de ce tableau les éléments suivants :

Sur le critère « montant de l'offre (50%) », SPS a obtenu une note de 4 sur 4. En revanche, elle n'a obtenu que 2 sur 4 dans les trois notes attribuées sur la base des trois critères restants (expérience et référence de la société [20%], système d'organisation et d'encadrement des agents et respect des critères de formation [20%] et profil des agents de sécurité prestants [10%]).

P. a obtenu une note de 3,18 sur 4, sur le premier critère. En revanche, elle a été notée 4 sur 4 sur les trois suivants, ce qui lui a permis d'obtenir un nombre de points global supérieur à SPS.

9. Le 27 avril 2004, l'h. a conclu avec l'adjudicataire huit contrats portant sur les huit centres d'hébergement objets de l'appel d'offres.

Les contrats ont été conclus pour une durée d'une année. Certains ont pris effet le 1er mai 2004, d'autres le 1er août de la même année.

10. En date du 3 mai 2004, SPS a interjeté recours contre la décision d'adjudication auprès du tribunal de céans. Elle conclut, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif et, à titre principal, au constat, par le tribunal, de l'illicéité de la décision. Cela fait, elle prie le tribunal d'annuler la décision attaquée, de renvoyer la cause au pouvoir adjudicataire, de dire et constater que la recourante a droit à une indemnité et de réserver sa possibilité de chiffrer ses conclusions sur ce point.

L'AIMP aurait du être appliqué à la procédure de soumission, car l'appel d'offres portait sur un marché public visé par cet accord. En excluant expressément l'application de l'AIMP, l'h. avait agit de manière contraire au règles sur la passation des marchés publics, de sorte que pour ce seul motif déjà, sa décision était illicite.

Il n'en résultait pas pour autant que le délai pour recourir de 10 jours prévu dans l'AIMP était applicable. En effet, dès lors que l'h. avait expressément exclu l'application de l'AIMP à la procédure de soumission et mentionné dans la décision entreprise un délai de recours de 30 jours, il convenait, au titre du principe de la bonne foi, d'appliquer ce dernier délai au présent recours.

Les critères d'adjudication posés par l'autorité adjudicatrice n'étaient pas admissibles du point de vue du droit des marchés publics. Ils intégraient des critères d'aptitude, qui portaient sur la personne du soumissionnaire, et non sur l'offre proposée. Ainsi en allait-il de l'expérience et des références de la société, ou de ses capacités organisationnelles. Inclure ces critères au stade de l'examen de l'offre faussait le jeu de la concurrence, car ils prétéritaient, indépendamment de la qualité de l'offre proposée, les jeunes entreprises qui, comme elle, participaient à procédure de soumission.

Les notes attribuées n'avait été explicitées à aucun moment dans la procédure, de sorte qu'il était impossible pour SPS d'apprécier la notation effectuée. Il en résultait une violation du droit d'être entendu.

Ses notes étaient, au surplus, incompréhensibles, au regard des nombreux mandats publics assumés par SPS (CICR, OMPI, PALEXPO, HUG). Son expérience et ses références la rendaient parfaitement apte à conclure le marché, et son offre était économiquement la plus avantageuse, de sorte qu'aucune raison objective ne permettait d'écarter son offre et de conclure le marché avec un offrant dont l'offre était supérieure à la sienne.

11. L'h. a répondu au recours le 17 mai 2004.

Le recours était irrecevable, car il n'avait pas été interjeté dans le délai de 10 jours prévu par l'AIMP.

SPS faisait preuve de la plus évidente mauvaise foi, en se prévalant, d'un côté, du délai de recours de 30 jours indiqué dans la décision querellée et en soutenant, de l'autre, que l'AIMP était applicable à la procédure d'adjudication.

SPS n'avait pas qualité pour agir, car elle ne rendait pas vraisemblable ses chances d'obtenir le marché et sa capacité à accomplir la prestation adjugée au cas où le contrat conclu avec P. était annulé. Elle était arrivée en 4ème position sur quatre offres évaluées, de sorte que ses chances d'obtenir le marché étaient nulles.

La surveillance ne pouvait être assurée par l'h., qui ne disposait pas assez de personnel pour assumer cette tâche.

L'urgence avait motivé la conclusion du contrat avec P..

L'application de l'AIMP n'était pas contestée. Mais l'h. avait opté pour une loi plus restrictive, la LMI. Celle-ci couvrait tous les types de marchés et s'appliquait indépendamment des valeurs seuil ; l'application de l'AIMP était, en conséquence, superflue.

Quoi qu'il en était, SPS invoquait ce motif tardivement. Elle aurait dû interjeter recours au stade de l'appel d'offres, si elle considérait que ce dernier était entaché de vices.

S'agissant de la motivation de la décision, celle-ci pouvait être sommaire, selon la jurisprudence.

Enfin, les critères d'adjudication pouvaient être décidés par le pouvoir adjudicateur, qui disposait d'une grande liberté d'appréciation que les instances de recours devaient respecter sous peine de tomber dans l'arbitraire. Un pondération du prix à 50% était parfaitement admissible. Les autres critères étaient justifiés par le fait que le marché portait sur la surveillance de lieux sensibles.

12. L'h. a joint à sa réponse au recours un ensemble de tableaux qui explicitent la manière dont il a procédé pour évaluer les offres soumises.

13. Par décision du 25 mai 2004, le président du tribunal de céans a rejeté la demande d'effet suspensif formée par SPS, le contrat entre l'h. et l'adjudicataire ayant été déjà conclu.

14. P. a été invitée par le tribunal de céans à se déterminer sur le recours. Sa détermination, datée du 25 juin 2004, se limite à appuyer les arguments développés par l'h. et à démontrer qu'elle remplit les critères d'adjudication posés par l'appel d'offres.

EN DROIT

1. a. Les parties se querellent sur la question du droit applicable. L'h. tient dans ses écritures une position contradictoire à cet égard. Il prétend, d'un côté, pouvoir exclure l'application de l'AIMP à toute la procédure de soumission du marché offert au motif que la LMI suffirait à garantir le respect des règles sur les marchés publics. De l'autre, il allègue que le délai de recours de 10 jours prévu à l'article 15 alinéa 2 AIMP est applicable et que le recours, interjeté en dehors de ce délai, est, en conséquence, irrecevable. La recourante soutient que l'AIMP est applicable, hormis pour le délai, la décision indiquant expressément un délai de 30 jours.

La question du droit applicable doit donc être prioritairement résolue.

b. Parmi les accords GATT/OMC figure notamment l'accord sur les marchés publics conclu à Marrakech le 15 avril 1994, entré en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1996 (RS 0.632.231.422; RO 1996 p. 609 ss; ci-après: AMP). Tombent dans le champ d'application de cet accord certains types de marchés publics passés par les entités adjudicatrices limitativement énumérées à l'Annexe 1 (entités du gouvernement fédéral) et à l'Annexe 2 (entités des gouvernements sous-centraux, c'est-à-dire les cantons suisses) de l'appendice I à l'AMP, à condition toutefois que les valeurs seuils soient atteintes (ATF 125 II 86 consid. 1 a p. 90). En matière de services, la valeur seuil est de CHF 383'000.-, de sorte que l'AMP est applicable au marché offert (Annexe 2).

c. L'AIMP est entré en vigueur le 9 décembre 1997. Le 12 juin 1997, le canton de Genève a adopté une loi, entrée en vigueur le 9 août 1997, autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics (LAIMP - L 6 05.0). Ces lois sont concrétisées, en matière de services, par le règlement sur la passation des marchés publics en matière de fournitures et de services du 23 août 1999 (RMPFS – L 6 05.03).

Selon ses articles 6 al. 1 let. c et 7 al. 1 let. b, l'AIMP s'applique notamment à la passation des marchés de service dont la valeur estimée atteint CHF 383'000.-. En l'espèce, le marché en cause est un marché de service, qui vise la surveillance des huit centres d'hébergement de l'Aide aux requérants d'asile. La valeur du marché offert avoisine les deux millions de francs suisses, au vu des offres faites par les soumissionnaires. Selon la jurisprudence, ce sont ces offres qui déterminent la valeur du marché (cf. ATA/615/2000 du 10 octobre 2000). En l'espèce, les offres dépassent très largement le seuil fixé par la loi.

Par ailleurs, à teneur de l'annexe 2 RMPFS, l'h. est une autorité adjudicatrice soumise à l'AIMP.

Enfin, aucun des cas d'exclusion figurant à l'article 10 AIMP n'est réalisé, de sorte que l'AIMP est pleinement applicable au présent marché.

Il convient de préciser que les dispositions de l'AIMP sont impératives et qu'une autorité qualifiée d'autorité adjudicatrice par la loi ne peut se soustraire aux obligations que cet accord lui impose. En effet, à l'inverse des particuliers, les autorités visées par la loi ne peuvent pas demander des offres et adjuger des travaux en toute liberté. Elles sont obligées d'appliquer les procédures légales relatives aux marchés publics et de se soumettre à cet égard à un contrôle judiciaire. Leur position dans une procédure judiciaire en matière de marchés publics ne se confond donc pas avec celle d'un simple particulier; c'est au contraire en tant que détentrices de la puissance publique qu'elles interviennent (cf. ATF 129 I 313, consid. 4.2 p. 319 ; 2P.175/2001 du 12 octobre 2001, cité in ZBl 103/2002 p. 481 ss, consid. 1b p. 482).

d. L'applicabilité de la LMI n'est pas contestée par les parties. C'est à raison, puisque la LMI s'applique à tous les marchés publics cantonaux et communaux (à l'exclusion des marchés de la Confédération), indépendamment des valeurs seuils et des types de marchés (E. CLERC, L'ouverture des marchés publics : effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, p. 435/436). Ainsi, le marché public en question tombe sous le coup de cette loi, qui fixe certaines règles minimales que doivent respecter les pouvoirs adjudicateurs cantonaux et communaux lors de la passation des marchés publics (ATF 125 II 86 consid. 1c p. 91).

e. Cependant, pour l'h., la LMI accorderait des garanties supérieures ou équivalentes à l'AIMP, rendant les règles de cet accord superflues. Ce point de vue n'est étayé par aucun argument ; il est au demeurant parfaitement infondé.

En effet, selon l'article 5 alinéa 1 LMI, les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal ; ces dispositions, ainsi que les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse de manière contraire à l'art. 3 LMI. La LMI comporte ainsi certaines garanties. Mais elle se borne à fixer un nombre limité de principes fondamentaux dont la Confédération, les cantons et les communes doivent tenir compte tant dans la pratique que dans leur activité législative (Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la LMI, FF 1995 I p. 1231).

Selon son article 1, la LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse, l'accès libre et non-discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse. Dans cette fonction, la LMI est complémentaire à l'AIMP, mais elle ne constitue qu'une loi-cadre orientée vers la protection des offreurs externes et l'unification du marché suisse (CLERC, op. cit., p. 432). Elle ne vise pas à s'immiscer dans les réglementations cantonales, mais se borne à exiger que ces dernières ne constituent pas une entrave au libre-échange des services et des marchandises, ainsi qu'à la liberté des personnes de s'établir et de circuler (F. BELLANGER, Le droit applicable aux marchés publics, in RDAF 2001 I 367-385, p. 382).

L'AIMP garantit à tous les soumissionnaires une procédure transparente, non-discriminatoire et fondée sur la libre concurrence, au moyen de règles précises, qui peuvent être invoquées non seulement par les offreurs externes, mais par tous les soumissionnaires. Il constitue, avec ses dispositions d'exécution, la réglementation principale des marchés publics cantonaux. C'est donc à tort que l'h. a considéré que les garanties accordées par la LMI couvraient celles figurant dans l'AIMP.

f. Quant à la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP - RS 172.056.1), elle ne s'applique qu'aux marchés publics de la Confédération (art. 2) et n'entre donc pas en considération dans le présent litige.

2. Selon l'article 15 alinéa 2 AIMP, le recours doit être déposé dans les 10 jours dès la notification de la décision d'adjudication. Le recours ayant été interjeté après ce délai, on doit se demander si SPS n'a pas interjeté son recours tardivement.

En l'espèce, la décision de l'h. comporte l'indication d'un délai de 30 jours. Le délai de 30 jours de l'article 63 al. 1 LPA, applicable en cas de violation alléguée de la LMI, n'entre pas en jeu dans le cas d'espèce, aucune violation à cette loi n'étant alléguée par la recourante (C. BOVET, Le contentieux des marchés publics, in RDAF 2001 I, p. 415-438, p. 419). L'indication figurant dans la décision était donc erronée.

Aux termes de l'article 63 alinéa 2 LPA, si la décision indique, par erreur, un délai supérieur au délai légal, le recours peut être formé jusqu'à l'expiration du délai indiqué.

La décision querellée ayant été reçue le 2 avril 2004 et l'acte de recours ayant été déposé le lundi 3 mai 2004, le présent recours a été interjeté dans le délai imparti par la décision (art. 63 al. 2 en relation avec 17 al. 3 LPA). Le recours est donc recevable s'agissant du délai.

3. En matière de décisions relatives à l'attribution de marchés publics, le recours au Tribunal administratif n'est recevable que dans la mesure où une disposition légale, réglementaire ou statutaire spéciale le prévoit expressément (art. 56 B al. 4 litt. c de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 [LOJ - E 2 05]). Selon l'article 15 alinéa 1 AIMP, les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours auprès d'une autorité juridictionnelle cantonale. A teneur de l'article 3 alinéa 1 LAIMP, le Tribunal administratif est l'autorité judiciaire compétente au sens de cette disposition.

Le tribunal administratif est ainsi compétent pour connaître du présent litige.

4. La question de savoir si la recourante aurait dû recourir plus tôt, lors de l'appel d'offres, s'agissant des griefs qui s'y rapportent, peut rester ouverte en l'espèce, dans la mesure où le recours sera admis pour un vice indépendant de l'appel d'offres, affectant la décision d'adjudication elle-même.

La recevabilité desdits griefs ne sera donc pas examinée.

5. L'article 60 lettre b LPA donne la qualité pour recourir à 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. Tel est le cas de celui auquel la décision attaquée apporte des inconvénients qui pourraient être évités grâce au succès du recours, qu'il s'agisse d'intérêts juridiques ou de simples intérêts de fait (ATA/248/2003 du 29 avril 2003).

Le contrat ayant été conclu avec l'adjudicataire, il convient de se demander si la recourante conserve un intérêt digne de protection, ainsi que le soulève l'h..

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 AIMP), mais lorsque le contrat est déjà conclu, l'autorité qui admet le recours doit se borner à constater le caractère illicite de la décision (al. 2). Si le caractère illicite de la décision est constaté, le recourant peut demander la réparation de son dommage, limité aux dépenses qu'il a subies en relation avec les procédures de soumissions et de recours (art. 3 al. 3 LAIMP).

En tant que soumissionnaire évincé, et bien que le contrat ait été déjà conclu, la recourante conserve un intérêt actuel à recourir contre la décision d'adjudication au sens de l'article 60 lettre b LPA, son recours étant à même d'ouvrir ses droits à une indemnisation (ATF 125 II 86, consid. 5 b p. 96).

6. Selon l'article 37 RMPFS, l'autorité adjudicatrice rend une décision d'adjudication sommairement motivée.

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 Cst. ; 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).

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).

En l'espèce, l'h. s'est borné, dans sa décision, à informer la recourante qu'elle avait été classée 4ème sur 4 offres évaluées et que P. avait obtenu le marché, cette dernière offre ayant été « jugée économiquement et qualitativement la plus avantageuse », alors même que le montant de l'offre de la recourante était inférieur à celui de l'adjudicataire. Par la suite, sur les sollicitations de la recourante, il lui a envoyé les notes attribuées, sans aucune explication. Avant le dépôt du recours, à aucun moment, et alors qu'il en était requis, il n'a avancé d'arguments justifiant les raisons pour lesquelles P. était mieux à même de remplir le mandat offert et pourquoi la recourante avait été moins bien évaluée. Ce n'est que dans les pièces annexées à sa réponse au recours que l'h. a fourni des pièces susceptibles d'expliciter le choix opéré. Dans ces conditions, il était impossible pour la recourante de savoir, en temps utile, si l'autorité avait respecté les exigences de transparence, d'égalité de traitement et de concurrence loyale imposées par la loi, puisque les raisons des notes attribuées n'étaient pas connues.

L'exigence de motivation a donc été gravement violée.

7. Selon la jurisprudence du tribunal de céans, une fois admise l'existence d'un vice de procédure, l'autorité de recours doit examiner l'appréciation matérielle des offres faites par l'autorité intimée pour vérifier si l'erreur a eu ou non une incidence discriminatoire pour le soumissionnaire évincé (ATA/140/2004 du 10 février 2004 ; cf. aussi RDAF 2000 I 345 consid. 4b p. 349-350 ; Étienne POLTIER, "Les marchés publics : premières expériences vaudoises" in RDAF 2000 I p. 297-313; p. 308). Toutefois, lorsque l'autorité ne donne aucune indication sur la manière dont elle a apprécié les offres, l'autorité de recours ne peut procéder à cette vérification sans réparer, préalablement, la violation du droit d'être entendu.

8. La violation du droit d'être entendu ne peut être réparée par l'autorité de recours que si celle-ci jouit du même pouvoir d'examen des questions litigieuses que l'autorité intimée et si l'examen de ces questions ne relève pas de l'opportunité, car l'autorité de recours ne peut alors substituer son pouvoir d'examen à celui de l'autorité de première instance (ATF 120 V 357 consid. 2b p. 363; 118 Ib 269 consid. 3a p. 275-276; 117 Ib 64 consid. 4 p. 87; 116 Ia 94 consid. 2 p. 96; 114 Ia 307 consid. 4a p. 314; en droit genevois: cf. art. 61 al. 2 LPA; P. MOOR, Droit administratif: les actes administratifs et leur contrôle, vol. II, Berne 2002, ch. 2.2.7.4 p. 283).

En matière de marchés publics, le pouvoir adjudicateur dispose d'un très large pouvoir d'appréciation, tant dans la détermination des procédures (ouverte ou

sélective), que dans l'établissement, la pondération et l'évaluation des critères d'aptitude et d'adjudication. En conséquence, une réparation de la violation du droit d'être entendu par le Tribunal de céans n'est pas envisageable.

C'est donc à juste titre que la recourante se plaint de ce que la procédure de passation du marché public en question est entachée d'irrégularités.

9. Lorsqu'elle constate un vice qu'elle ne peut réparer, l'autorité de recours renvoie la cause au pouvoir adjudicateur dont elle annule la décision (art. 18 al. 1 AIMP). Cependant, lorsque le contrat est déjà conclu, comme c'est le cas en l'espèce, l'autorité qui admet le recours doit se borner à constater le caractère illicite de la décision (art. 18 al. 2 AIMP).

On peut se demander, en l'espèce, si le vice formel dont se prévaut à bon droit la recourante, emporte l'illicéité de la décision d'adjudication.

Il ne peut en être autrement. En effet, dès lors que le vice constaté atteste d'une irrégularité dont la nature empêche tout contrôle de la licéité de la décision, il faut considérer que cette irrégularité emporte l'illicéité de la décision d'adjudication. A défaut, on rendrait inopérantes les garanties constitutionnelles précitées. Il suffirait alors au pouvoir adjudicateur de ne pas motiver sa décision pour se soustraire au contrôle juridictionnel. Dès lors, la décision d'adjudication doit être considérée comme étant illicite et le recours doit être admis.

10. Peuvent ainsi rester ouvertes les autres questions posées par la recourante (portée de la non-application de l'AIMP à la procédure d'adjudication, conclusion du contrat avant le délai de recours imparti par la décision, admissibilité des critères d'adjudication, etc.).

11. Se pose enfin la question des conséquences du constat de l'illicéité de cette décision.

L'Accord intercantonal sur les marchés publics ne contient aucune disposition sur l'obligation de la collectivité publique de réparer le dommage subi par le soumissionnaire évincé en cas de violation des règles de la procédure d'adjudication. Il présuppose cependant l'existence d'une réglementation pour dédommager ce dernier, dans la mesure où l'art. 18 al. 2 AIMP permet de faire constater le caractère illicite de la décision d'adjudication (CLERC, op. cit., p. 588 et 604 ch. 3). Toutefois, le paragraphe 34 des Directives d'exécution de l'Accord intercantonal sur les marchés publics, édictées en 1995 par les représentants des cantons, a repris la règle contenue à l'art. XX ch. 7 lettre c de l'AMP. Il prévoit que l'adjudicateur, soit la collectivité publique, répond des dommages causés par une disposition qu'il a prise et dont l'illégalité a été constatée par les instances de recours (al. 1). Cette responsabilité reste limitée à la réparation des dépenses engagées par le soumissionnaire en relation avec la procédure d'adjudication et de recours (al. 2; voir aussi CLERC, op. cit.

p. 613). Pour le reste, le droit cantonal sur la responsabilité est applicable à l'adjudicateur (al. 3). La Confédération ne dispose ainsi d'aucune compétence pour imposer aux cantons des prescriptions en la matière, de sorte que la responsabilité pour les dommages résultant d'une décision illicite est régie exclusivement par le droit cantonal (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.218/2001 du 31 janvier 2001, consid. 2.3 ; Message concernant la loi fédérale sur le marché intérieur du 23 novembre 1994, FF 1995 I p. 1255; A. GADOLA, Rechtschutz und andere Formen des Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, PJA 8/1996, n. 4.2.3. p. 977; R. WOLF, Neues Submissionsrecht für Kantone und Gemeinden, PBG aktuell 1996, p. 17: T.COTTIER/M.WAGNER, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), PJA 12/1995 p. 1590; K. WEBER, Das neue Binnenmarktgesetz, RSDA 4/1996 p. 174).

12. En droit genevois, 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).

Selon l'article 3 alinéa 1 LAIMP, l'autorité compétente pour statuer sur recours contre les décisions de l'adjudicateur est le tribunal administratif. Le rapport intrinsèque de ces deux dispositions, qui ne sont que deux alinéas d'un même article, pourrait laisser penser que « l'autorité compétente » de l'alinéa 3 est celle visée à l'alinéa 1er. Toutefois, l'article 7 de la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989 (LREC – A 2 40) prévoit que l'autorité compétente en matière de responsabilité pour les actes illicites commis par des fonctionnaires ou des agents est le Tribunal de première instance. On doit dès lors se demander laquelle de ces deux autorités est visée par l'article 3 al. 3 LAIMP.

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral (ATF 120 V 521 consid. 3a p. 525 et arrêts cités), la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte légal n'est pas absolument clair et si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, comme c'est le cas en l'espèce, le juge recherchera la véritable portée de la norme, en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort, notamment, des travaux préparatoires (interprétation historique).

Il résulte des travaux préparatoires relatifs à la LREC que le législateur genevois a voulu, d'une manière générale, soumettre les effets civils des actes commis par les agents de l'Etat dans l'exercice de leurs fonctions à une instance civile (Mémorial des séances du Grand Conseil, 1989 I p. 878-879). Cette position a été précisée lors de la révision de la LREC survenue en 1995. C'est lors de cette révision que l'article 7 LREC, prévoyant expressément le recours à la procédure et à la voie civile dans les cas de responsabilité de l'Etat et des communes, a été adopté.

L'intégration de cette disposition dans la LREC s'est faite dans le cadre de la modification de la loi d'application de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite LALP – E 3 60). Il s'agissait de prendre position sur les instances compétentes (civiles ou administratives) pour statuer sur la responsabilité primaire et causale du canton pour les dommages causés par les organes de poursuite, instituée par la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP – RS 281. 1), nouvellement révisée (art 5 LP ; RO 1995 1227). La soumission de ces litiges à une instance civile n'a pas été discutée dans les débats (cf. Mémorial des séances du Grand Conseil, 1996 V p. 4676-4684).

Ce n'est que plus tard, en juin 1997, que le canton de Genève a adhéré à l'AIMP et adopté la LAIMP. Les travaux préparatoires ne donnent pas d'indications sur la question de savoir qui, du Tribunal administratif ou du Tribunal de première instance, est visé par l'article 3 alinéa 3 LAIMP.

L'AIMP prévoit que l'autorité peut constater l'illicéité d'une décision lorsque le contrat a déjà été conclu (art. 18 al. 2 AIMP). La détermination du caractère illicite d'une décision ne se confond pas, en matière de marché public, avec la qualification de l'acte illicite fautif prévue par la LREC qui emporte, outre l'illicéité de la décision, la violation d'un devoir primordial de la fonction (ATF 112 II 231 consid. 4 p. 234). En effet, il est de jurisprudence constante qu'en droit genevois, la prise d'une décision formellement ou matériellement viciée, même gravement, ne constitue pas un acte illicite s'il n'est pas prouvé qu'en plus de l'illicéité de la décision, une violation grave d'un devoir imposé par la fonction a été commise (ibidem; cf. aussi ATF 120 Ib 248 consid. 2 p. 249 ; 118 Ib 163 consid. 2 p. 163).

Quant à l'article 3 alinéa 3 LAIMP, il ouvre les droits à l'indemnisation lorsque « le caractère illicite de la décision [a été] constaté ». De la même manière que l'article 18 alinéa 2 AIMP, il n'exige pas, pour que soit engagée la responsabilité de l'Etat, la commission d'un acte illicite fautif au sens de la LREC.

Il découle de ces considérations que la responsabilité instituée par la LAIMP, limitée aux dépenses subies pendant les procédures de soumission et de recours est une responsabilité spéciale, propre aux marchés publics, qui ne tombe pas sous le coup de la LREC.

Cette interprétation est encore confortée par l'article 3 alinéa 4 LAIMP qui prévoit que les procédure prévues par l'article 3 al. 1 à 3 LAIMP – soit, notamment, la demande d'indemnisation en cas de constat du caractère illicite de la décision – sont régies par la procédure administrative « sauf disposition contraire contenue dans l'accord intercantonal ». Si le législateur avait voulu soumettre la procédure d'indemnisation à la LREC, il n'aurait vraisemblablement pas procédé ainsi, dès lors que cette loi prévoit l'application de la procédure civile à l'action en responsabilité (art. 7 al. 2 LREC).

Enfin, même à supposer que la LREC soit applicable aux marchés publics, force est de constater qu'elle ne le serait que dans une mesure très réduite, la détermination de l'illicéité étant laissée à la juridiction administrative selon l'article 18 alinéa 2 AIMP et celle du montant du dommage limitée aux dépenses subies dans les procédures de soumission et de recours (art. 3 al. 3 LAIMP). On ne voit pas, dans ces conditions, sauf à aller à l'encontre du principe de l'économie des procédures, en quoi l'intervention du juge civil, plutôt que du juge administratif, se justifierait dans ce domaine.

13. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis en tant qu'il constate l'illicéité de la décision d'adjudication prise par l'h. le 31 mars 2004.

Le Tribunal administratif se déclare compétent pour statuer sur les conséquences pécuniaires de cette illicéité. Un délai sera imparti aux parties pour se déterminer sur le montant du dommage subi par la recourante, qui obtient gain de cause. Le sort des frais est réservé jusqu'à droit jugé au fond.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 3 mai 2004 par SPS S.A. contre la décision de l'H. du 31 mars 2004 ;

au fond :

statuant sur partie

l'admet;

constate l'illicéité de la décision d'adjudication du 31 mars 2004 ;

statuant sur compétence

dit que le Tribunal administratif est compétent pour statuer sur le montant du dommage à allouer à SPS S.A. ;

ouvre une instruction à cette fin ;

réserve le sort des frais et dépens jusqu'à droit jugé au fond ;

communique le présent arrêt à Me Yaël Hayat, avocate de la recourante, à l'H. ainsi qu'à Me Jean-Charles Sommer, avocat de P. S.A.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal Administratif :

la greffière-juriste :	la vice-présidente :
C. Del Gaudio-Siegrist	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :