

du 24 avril 2001

dans la cause

B. ET S. S.A.

et

F. G. S.A.

représentées par Me Jacques Gautier, avocat

contre

FONDATION H.

et

CONSORTIUM P. S.A. ET F. S.A.

représenté par Me Maurice Ropraz, avocat

EN FAIT

1. La Fondation H. (ci-après : la Fondation) a publié dans la Feuille d'Avis Officielle (FAO) du vendredi 10 mars 2000 un "Avis de soumission publique" concernant des travaux de construction à effectuer sur la future halle à Palexpo.

La procédure était de type "ouverte" et le début des travaux était prévu dès février 2001.

Les marchés concernés étaient répartis en une vingtaine de lots, numérotés, désignés, avec le coût estimé des travaux.

Le lot 8 concernait les façades métalliques, le lot 9 la vitrerie et le lot 10 les stores.

Le délai d'inscription et de paiement d'un émolument de CHF 50.- était fixé au 31 mars 2000.

Parmi les conditions de participation figurait l'obligation de joindre à l'inscription différentes pièces, telle que celle émise par l'autorité fiscale compétente justifiant que le candidat s'était acquitté de ses obligations en matière d'impôts à la source retenus sur les salaires de son personnel étranger et la quittance du paiement de l'émolument d'inscription.

Quant aux critères d'adjudication, ils étaient au nombre de cinq et étaient énumérés par ordre d'importance décroissant. Le barème utilisé pour chaque critère n'était pas indiqué. Le premier critère était le montant et la crédibilité du prix, le deuxième la capacité à respecter les délais d'exécution, le troisième l'organisation du soumissionnaire, le quatrième l'expérience dans le domaine de réalisation de grands chantiers et le cinquième, la présentation et la qualité des dossiers.

Enfin, la procédure était celle prévue dans l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP - L 6 05) et par le règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction (ci-après : le règlement - L 6 05.01).

2. En temps utile, les entreprises Fondation G. S.A.

et B. et S. S.A. (ci-après : les recourantes) se sont inscrites pour le lot 8 (façades métalliques).

Par lettre du 3 octobre 2000, le mandataire du maître de l'ouvrage a transmis aux recourantes et aux autres entreprises soumissionnaires les dossiers de soumission pour les lot 8 (façades métalliques), 9 (vitrierie) et 10 (stores).

3. En temps utile, soit le 21 novembre 2000, les recourantes ont transmis à la Fondation leur offre pour les travaux concernant le lot 8. Le montant de la soumission s'élevait à CHF 5'950'125.- TTC.

4. De son côté, le consortium P. S.A. et Fondation S.A. (ci-après : les adjudicataires) ont présenté une offre concernant l'ensemble des lots 8, 9 et 10 s'élevant à CHF 7'055'354.- TTC.

Quatre consortiums représentant neuf entreprises ont rendu une offre. Il s'est agi des deux consortiums précités, de R. S.A. + C. S.A. (ci-après : le 3e consortium) pour un montant figurant sur le procès-verbal d'ouverture publique de CHF 6'176'716.-. Et de S. B. S.A., pour un montant de CHF 6'482'250.- (avec une variante de CHF 6'321'000.-).

5. Entre le mois de décembre 2000 et celui de février 2001, diverses séances ont eu lieu avec les recourantes; de même plusieurs demandes de renseignements complémentaires leur ont été adressées, auxquelles satisfaction a été donnée.

Le 12 février 2001, une nouvelle séance réunissant les deux consortiums les mieux placés a eu lieu.

6. Par lettre du 19 février 2001 comportant voie et délai de recours, la Fondation a informé les recourantes qu'elle avait adjugé le marché pour les façades au consortium P. S.A. et F. S.A. pour le montant de CHF 5'663'000.- HT. Celui-ci avait présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. La proposition des recourantes avait été classée au deuxième rang sur quatre candidats ayant rendu une offre conforme au cahier des charges.

7. Après avoir consulté le dossier des soumissions auprès du département compétent, les sociétés Fondation G. S.A. et B. et S. S.A. ont recouru auprès du Tribunal

administratif par acte du 2 mars 2001. Elles ont conclu à titre préalable à l'octroi de l'effet suspensif et, au fond, à l'annulation de la décision d'adjudication en faveur de leurs concurrents et qu'il soit procédé à une réadjudication du lot 8.

Elles ont relevé les vices de procédure suivants :

- Elles avaient proposé un montant de CHF 5'648'778.-, tandis que l'autre proposition s'élevait à CHF 5'958'733.- (arrondi). L'offre des recourantes était donc inférieure à celle de l'autre consortium de quelque CHF 309'956.-. Les chiffres retenus par la Fondation n'étaient pas clairs, comme par exemple le montant adjugé de CHF 5'663'000.- qui n'apparaissait nulle part dans le dossier.

- Aucun tableau de pondération des différents critères d'adjudication ne figurait dans le dossier. Aucune comparaison ne semblait avoir été faite entre les soumissionnaires.

- Selon un courrier du 6 décembre 2000, les adjudicataires avaient proposé le renfort du consortium par une entreprise qui n'était pas inscrite dans le procès-verbal d'ouverture publique des offres, ce qui était contraire aux conditions prévues dans l'avis de soumission publique. Un consortium pouvait en effet se constituer après l'inscription pour autant que chaque membre se soit inscrit dans les délais et remplisse toutes les conditions.

- F. S.A. avait fourni une attestation fiscale établie par sa succursale de Crissier et non par son siège à la Chaux-de-Fonds. F. S.A. aurait dû être écartée de l'ouverture des offres.

- Les critères d'adjudication étaient incomplets, en ce sens que la pondération de chacun d'eux et le barème utilisé faisaient défaut. Selon la jurisprudence, ce procédé n'était pas admissible.

- Le marché avait été adjugé pour un montant de CHF 5'663'000.- HT, alors que la soumission qu'avaient déposée les adjudicataires s'élevait à CHF 5'958'733.- (arrondi). Ce qui contrevenait à l'interdiction d'organiser des rounds de négociation. Or, ceux-ci avaient eu lieu malgré l'interdiction.

- L'offre des recourantes aurait dû être placée en première position, car elle était la plus avantageuse économiquement.

- Le principe de l'égalité de traitement avait été violé, car toute comparaison entre les chiffres s'était révélée impossible, les adjudicataires ayant mélangé les différents lots.

- Le principe de transparence avait lui aussi été violé, notamment parce que le pouvoir adjudicateur ne les avait jamais informées du fait que la soumission de P. S.A. et F. S.A. comprenait les lots 8, 9 et 10.

8. Par lettre du 2 mars 2001, le juge délégué a intimé l'ordre à la Fondation de ne signer aucun contrat avec l'adjudicataire jusqu'à que soit connu le sort réservé à la demande d'effet suspensif.

9. La Fondation s'est opposée à la demande. Elle s'est déterminée de la manière suivante :

a. Une erreur de calcul s'était produite dans la soumission de P. S.A. et F. S.A. en ce sens que le report de la page 57 à la page 58 était incorrect. Le total pour le lot 8 s'élevait donc à CHF 5'958'733.- au lieu de CHF 5'987'602,70.

Le soumissionnaire avait décidé de chiffrer indépendamment du total le poste figurant au point 5.4 page 99, de CHF 60'000.-. Or, le maître de l'ouvrage avait décidé de rajouter ce montant au total de chaque soumission. Compte tenu de ces deux corrections, ainsi que du rabais et de l'escompte, le total était arrêté à CHF 5'663'000.-, ce qui résultait du tableau d'analyse des offres. Selon ce tableau, l'offre des recourantes s'élevait, après rabais, à CHF 5'569'075,40.

b. S'agissant de la candidature d'un nouveau membre du consortium annoncé après les délais, la Fondation a précisé qu'il s'agissait d'un sous-traitant, et non d'un membre du consortium, ce qui n'aurait pu être admis. Il était fréquent qu'un soumissionnaire annonce après coup - comme l'avaient d'ailleurs fait les recourantes elles-mêmes - voire après l'adjudication, le nom d'un sous-traitant.

c. C'était bien la succursale de F. S.A. à Crissier qui avait formé un consortium avec P. S.A. Inscrite au

registre du commerce de Lausanne, la succursale était imposée dans le canton de Vaud, et c'était l'autorité fiscale de ce canton qui avait délivré l'attestation pour le paiement de l'impôt à la source. Toutefois, comme le personnel de la succursale était engagé et assuré par la maison mère à La Chaux-de-Fonds, toutes les attestations concernant les cotisations sociales avaient été émises au nom de la société-mère. Il n'y avait là aucune irrégularité dans l'appréciation des offres.

d. Le consortium avait déposé dans les délais, dans une même enveloppe, ses offres pour les lots 8, 9 et 10, reliées dans un seul document. L'enveloppe avait été ouverte le 22 novembre 2000 à 9h30, alors que l'ouverture publique pour le lot 9 avait eu lieu à 9h50.

Sur la page de garde du document figurait le total du lot 8 et le total des trois lots. Le consortium avait additionné par erreur les trois lots sur la page de garde du document, contrairement à ce qui avait été indiqué en tête des soumissions des lots 9 et 10.

e. La pondération des critères d'adjudication a été la suivante :

1.	Montant et crédibilité du prix :	50 %
2.	Capacité à respecter les délais d'exécution :	20 %
3.	Organisation du soumissionnaire :	15 %
4.	Expérience dans le domaine de la réalisation de grands chantiers :	10 %
5.	Présentation et qualité des dossiers :	5 %

S'agissant du prix, le faible écart existant entre les deux offres - environ 1,7 % -, les deux candidats avaient reçu la même note. Les adjudicataires l'avaient emporté en ce qui concernait le critère no 4.

f. En ce qui concernait les critères d'adjudication, la pratique à Genève était d'indiquer ces critères par ordre d'importance, procédé considéré comme admissible par le Tribunal fédéral et par d'autres cantons, le Valais en particulier.

g. Il n'y avait eu aucun round de négociation, mais simplement une erreur de calcul. Le montant de l'adjudication correspondait bien à celui de l'offre.

h. Le fait que le consortium P. S.A. et F. S.A. avait soumissionné pour les trois lots en un seul document

n'avait joué aucun rôle dans la décision d'adjudication et cette circonstance n'avait eu aucun effet sur la situation des entreprises concurrentes. Simplement, le consortium adjudicataire avait fourni l'offre la plus avantageuse économiquement.

La Fondation a relevé que le consortium a été placé en tête pour les lots 8 et 9, mais pas pour le lot 10, celui-ci ayant été attribué à un tiers.

10. Il ressort du tableau d'évaluation des dossiers que les deux candidats concurrents ont obtenu la même note pour quatre critères sur cinq. Pour le critère no 4 concernant l'expérience dans le domaine de la réalisation de grands chantiers, P. S.A. et Fondation S.A. ont obtenu la note de 3,5, tandis que les recourantes ont obtenu la note de 3. Compte tenu de la pondération du critère (10 %) les premiers nommés ont obtenu 35 points et les seconds 30 points, ce qui a expliqué la différence de 5 points sur le total.
11. S'agissant de l'intérêt public, la Fondation a estimé que celui-ci s'opposait à l'octroi de l'effet suspensif. La construction de la halle de Palexpo était soumise à un planning extrêmement serré du fait de l'échéance du Salon de l'automobile et de Télécom 2003. L'intérêt public attaché au respect de cette échéance était évident. Dans le respect de ce planning, l'entreprise adjudicataire des façades métalliques devait impérativement commencer l'établissement des plans d'exécution au début du mois de juin 2001. Auparavant, elle devait fabriquer un prototype qui nécessitait deux mois d'exécution et devait être livré à fin mai, selon un planning général dont la Fondation a fourni un exemplaire. Aussi, le contrat devait être conclu dans les plus brefs délais.
12. Le consortium P. S.A. et F. S.A. a été invité à s'exprimer sur la demande d'effet suspensif. Il a répondu en temps utile, soit par télécopie du 23 mars 2001. Il a conclu au rejet de la demande et, dans les grandes lignes, il s'est rallié aux observations de la Fondation.
13. Dans un courrier spontané adressé au tribunal de céans le 23 mars 2001, les recourantes ont fourni un tableau qu'elles ont rempli elles-mêmes selon le standard no E20 du Guide pratique pour l'adjudication des marchés publics, édité par le département de l'aménagement, de l'équipement et du logement (ci-après : DAEL). Selon la

méthode d'évaluation tirée du guide précité, les recourantes se voyaient attribuer le note de 3,78 et l'autre consortium la note de 3,46. Une fois ces notes pondérées, et en conservant les mêmes notes pour les autres critères, les recourantes étaient classées en première position, avec 354 points, alors que le consortium P. S.A. et F. S.A. obtenait 343 points.

14. Par décision du 27 mars 2001, le Tribunal administratif a accordé l'effet suspensif au recours.

* * * * *

15. La Fondation s'est encore exprimée dans une écriture du 2 avril 2001. Elle a apporté quelques précisions. A la suite de la séance technique ayant réuni les soumissionnaires, le 1er décembre 2000, un délai au 7 décembre suivant leur avait été accordé pour qu'ils répondent à différentes questions.

a. Par lettre du 6 décembre 2000, P. S.A. et F. S.A. ont indiqué que les salaires et le prix des matériaux étaient bloqués jusqu'à la fin du chantier.

b. Par lettre du 7 décembre 2000, les recourantes ont également fourni un certain nombre de réponses. A cette occasion, ils ont annoncé comme partenaire dans le domaine du montage des façades la maison F. S.A. à Villars-Ste-Croix.

c. Les soumissionnaires ont encore eu l'occasion d'adresser à la Fondation le curriculum vitae des chefs de projet ainsi qu'une indication du chiffre d'affaires de leurs entreprises.

16. Dans un courrier du 8 février 2001, les recourantes ont encore écrit à la Fondation, s'agissant des variations de prix, que les hausses sur la main d'oeuvre seraient les hausses légales. Quant aux matériaux, les prix seraient bloqués jusqu'à la fin du chantier pour autant que l'ensemble des matériaux nécessaires à la construction des façades ainsi que le choix des couleurs soient approuvés dans le délai de trois mois suivant l'adjudication.

17. En vue de l'adjudication, la Fondation a organisé le 12 février 2001 une audition des deux consortiums les

mieux placés, à savoir les parties à la présente procédure. Les soumissionnaires étaient invités, lors de la convocation, à répondre à une nouvelle série de questions et à déposer des pièces supplémentaires, ce qu'elles ont fait.

La réunion du 12 février 2001 a donné lieu à l'établissement d'un procès-verbal où certaines appréciations ont été portées en faveur ou en défaveur de l'un ou l'autre des candidats. C'est ainsi que le consortium P. S.A. et F. S.A. a obtenu plus de points que l'autre candidat, en particulier pour les raisons suivantes : le prix des matériaux et de la main d'oeuvre était bloqué, tandis que les recourantes avaient prévu des hausses sur la main d'oeuvre, ce qui représentait, selon l'estimation de la Fondation un supplément de CHF 63'000.- (21'000 heures à CHF 3.-). En outre, Fondation S.A. était spécialisée dans les façades ventilées. La planification du consortium adjudicataire était très détaillée, davantage semble-t-il que celle des recourantes. Enfin, le chef de projet, M. S. serait présent sur le site un à deux jours par semaine. Mais il ne faisait pas partie de l'entreprise pilote. Au contraire, M. N. appartenait à l'entreprise pilote - P. S.A. - et serait présent sur le site à 80 % au minimum.

18. La Fondation a encore précisé que le critère "montant et crédibilité du prix" était le suivant : offre la meilleur marché ou s'écartant de 0 à 5 % de la meilleur marché : 4, de 5 à 10 % : 3, de 10 à 15 % : 2, de 15 à 20 % : 1 et de plus de 20 % de la meilleur marché : 0.

Elle a donc attribué la même note aux deux soumissionnaires les mieux placés, étant donné le faible écart entre leur prix.

19. Quant à l'appréciation du critère de l'expérience, la Fondation a estimé que F. S.A. avait démontré qu'elle était spécialisée dans la réalisation de façades ventilées et qu'elle avait une expérience meilleure dans ce domaine. De plus, M. N. chef de projet, avait une bonne expérience dans la conduite de grands chantiers. Aussi l'adjudicataire avait reçu la note de 3,5 pour le critère no 4, tandis que les recourantes avaient obtenu la note de 3.

S'agissant enfin du critère du prix tel qu'il figurait dans le standard no E20 du guide pratique, la

Fondation a expliqué que les instructions figurant dans le guide en question n'avaient pas force obligatoire, même si elles étaient largement appliquées. La méthode proposée dans le standard no E20 était utilisée lorsqu'une grande importance était attribuée au critère du prix. Or, tel n'était pas le cas en l'espèce, où le prix n'entraînait que pour 50 % du total des critères.

Enfin, la Fondation a rappelé que toutes les entreprises inscrites pour le lot 8 avaient reçu un cahier de soumission incluant les lots 8, 9 et 10. Les recourantes auraient donc fort bien pu déposer des offres pour les trois lots. De plus, l'attention des soumissionnaires avait été dûment attirée sur le fait que le chiffrage des lots 9 et 10 était facultatif et que ces lots étaient susceptibles d'être adjugés à une autre entreprise que celle du lot 8.

20. L'audience de comparution personnelle tenue le 5 avril 2001 a fait apparaître que :

a. D'une manière générale, les recourantes ont protesté contre le fait que sur le procès-verbal d'ouverture publique des offres, le consortium adjudicataire avait exprimé un prix supérieur à 7 millions, alors que le leur se chiffrait à moins de 6 millions. Elles ignoraient que le montant de 7 millions comprenait également la vitrerie. La consultation du procès-verbal les avaient amenées à penser qu'elles occupaient la première place, tandis que P. S.A. et F. S.A. étaient en quatrième position. Cette différence avait modifié toute leur stratégie. Sur ce point, les adjudicataires ont répondu qu'eux non plus n'étaient pas sûrs des chiffres de leurs concurrents. Selon la Fondation les indications figurant sur le procès-verbal d'ouverture pouvaient parfois accuser des écarts importants, car aucune vérification arithmétique n'avait encore eu lieu à ce stade et certaines offres étaient partielles. De toute manière, ces différences n'avaient eu aucune incidence sur l'appréciation du prix et celle des autres critères.

b. Les recourantes ont protesté contre le fait que la Fondation avait pris en compte un deuxième escompte de 3 % chez leurs adversaires, ce qui représentait tout de même un montant de CHF 175'145.-. A cela, M. P. représentant l'une des entreprises, et la Fondation ont répondu que sur la page de garde de la soumission P. S.A. et Fondation S.A., il y avait la mention : rabais 3 +

3 %, alors que les recourantes n'avaient accordé qu'un rabais de 2 %. Il n'y avait pas eu d'adjonction après coup.

c. Les recourantes se sont élevées contre le fait que la Fondation avait estimé à CHF 63'000.- le montant de la hausse consécutive aux adaptations de salaire. En effet, l'on ignorait quelle serait la hausse en vigueur en 2002. Consentir un blocage des salaires revenait à accorder un rabais déguisé qui n'était pas exprimé dans le cahier de soumission. M. P. a rétorqué que la même question avait été posée aux deux soumissionnaires sur une hausse possible des salaires et du matériel, et chaque soumissionnaire avait eu l'occasion de répondre dans le sens qu'il souhaitait. En ayant proposé un prix forfaitaire, M. P. a expliqué que cela signifiait qu'en cas de hausse de la main d'oeuvre, le consortium la prenait en charge.

De son côté, la Fondation a indiqué qu'il était évident qu'un prix forfaitaire offrait plus de garantie au maître de l'ouvrage qu'une offre soumise à variations, notamment aux hausses légales de main d'oeuvre. Le forfait était pratiqué couramment et la règle n'était pas absolue que de le prévoir dans les documents de soumission. La Fondation a admis que l'estimation de CHF 63'000.-, correspondant à 21'000 heures à CHF 3.- était exagérée. Selon M. S., représentant de l'une des entreprises, le prix calculé l'avait été en février 2001 et le travail devait être exécuté en 2002. Il fallait donc prévoir une seule augmentation au lieu de deux. Le représentant de la Fondation a admis ce calcul, tout en soulignant que pour les maçons, l'augmentation horaire était d'environ CHF 1.- à CHF 1,15 pour 2001.

d. S'agissant de la méthode de notation, la Fondation a indiqué qu'elle utilisait des méthodes différentes selon l'importance du marché. Le guide établi par le DAEL avait été conçu pour des marchés standards. Pour de gros marchés comme celui de la halle, elle avait adopté une autre méthode. Pour le marché de la vitrerie, faisant l'objet de la procédure actuellement pendante no A/200/2001, la méthode du DAEL avait été utilisée, laquelle était différente des méthodes telle que celle de Pictet/Bollinger du guide romand et de celle utilisée à Fribourg.

e. Les recourantes ont attiré l'attention du tribunal sur le fait que leur chiffre d'affaires était plus que

deux fois plus élevé que celui de P. et F. S.A. (pièces 16 et 17 chargé Fondation).

f. M. L. représentant de F. S.A., a précisé que son entreprise, créée en 1985, était spécialisée en matière de façades ventilées. Cet atout était illustré par un cahier qu'elle avait adressé à l'adjudicateur comportant les réalisations qu'elle avait faites (pièce 20 chargé Fondation), à l'intérieur duquel un cahier de format plus petit correspondant aux façades ventilées était inclus. La Fondation a ajouté qu'il était apparu en séance que P. et F. S.A. avaient une expérience supérieure en matière de façades ventilées et que c'était ce point qui l'avait emporté.

g. A l'occasion de l'audience, les recourantes ont fourni au tribunal et à la Fondation un jeu supplémentaire de pièces. Il s'est agi de six plaquettes en couleur, sur papier glacé, représentant divers travaux réalisés par la F. G. S.A. et par l'un des sous-traitants, F. S.A.

h. S'agissant du sous-traitant précisément, la Fondation a indiqué que P. et F. S.A. avaient annoncé dans les délais un sous-traitant, l'entreprise Fondation (pages 2 et 35 de la soumission). Par la suite, ce sous-traitant avait été changé et la société ST M. s'était substituée à lui. Quant aux recourantes, elles n'avaient annoncé aucun sous-traitant dans les délais. F. S.A. était apparue ultérieurement. Sur ce point, les recourantes ont admis l'exactitude de cette explication et elles ont renoncé à invoquer cet argument.

i. M. L. a confirmé que F. S.A. n'avait aucun personnel étranger au siège principal de la Chaux-de-Fonds. Les recourantes ont alors renoncé au grief de la fourniture tardive de l'attestation en question (celle de la succursale au lieu du siège principal).

j. L'un des représentants de la Fondation a fait observer que pour le Cycle d'Orientation de A. (CO), la F. G. S.A. avait soumissionné à la fois pour les façades et à la fois pour la vitrerie. M. Fondation représentant de l'entreprise précitée, a admis ce fait et a reconnu que celle-ci avait reçu pour la halle un acte de soumission pour les trois lots. Il n'avait pas donné suite à la vitrerie, car dans la lettre du 3 octobre 2000 (ch. 2 partie en fait), la vitrerie était facultative, et

aussi parce que B. et S. S.A. n'aurait pas reçu une soumission pour les vitres. M. A. s'est étonné de cette dernière affirmation, car tous les soumissionnaires pour les façades avaient reçu le même cahier de soumission, pour les trois lots.

k. M. A. a relevé que le 3e consortium avait soumissionné à la fois pour les façades et à la fois pour la vitrerie. Restait à vérifier si le montant indiqué par ce consortium sur le procès-verbal d'ouverture comprenait un ou deux lots.

21. Dans une lettre du 9 avril 2001, la Fondation a précisé que le 3e consortium avait retourné en temps utile ses offres pour les lots 8, 9 et 10 dans une même enveloppe. Sur la page d'entête de la soumission du lot 8, il n'était mentionné que le montant du lot 8, de CHF 6'176'716.-.
22. A l'issue de l'audience de comparution personnelle, les recourantes ont renoncé à s'exprimer par écrit. P. et F. S.A. ont également renoncé par lettre du 2 avril 2001.

EN DROIT

1. La recevabilité du recours a déjà été admise dans la décision du Tribunal administratif du 27 mars 2001.
2. Le Tribunal administratif relève tout d'abord que l'un des premiers griefs avancés par les recourantes, celui de l'existence d'un round de négociation, doit être abandonné. Les explications que la Fondation a fournies, soit une erreur de calcul évidente et la prise en compte d'un poste que le candidat avait ignoré, n'ont pas été contredites. Au surplus, de telles corrections sont admissibles (cf. décision du 27 mars 2001 précitée).
3. Le tribunal ne retiendra pas non plus le grief relatif à l'annonce tardive d'un sous-traitant, les intimés s'étant exprimés sur ce point lors de l'audience de comparution personnelle et les recourantes ayant abandonné ce grief.

Il en est de même du défaut de production en temps utile de l'attestation fiscale concernant le siège principal de F. S.A., et ce pour les mêmes raisons.

4. Reste à examiner s'il est contraire à la loi d'avoir négligé de fournir à l'avance une grille d'évaluation précise, en plus des critères d'admission par ordre d'importance. De même s'agit-il d'examiner s'il est admissible, du point de vue de la transparence, d'accepter des offres portant sur plusieurs lots. En outre, la question doit être tranchée de savoir si une même note peut être attribuée à deux soumissionnaires qui ont proposé des prix différents. Enfin, le tribunal examinera s'il y a lieu, le cas échéant, de renvoyer l'affaire au pouvoir adjudicateur.

5. S'agissant de la grille d'évaluation, le Tribunal administratif a déjà examiné cette question dans sa décision du 27 mars 2001. La jurisprudence fédérale sur ce point semble assez claire. La grille d'évaluation et le barème utilisé pour chaque critère doivent accompagner la liste des critères par ordre d'importance (ATF 125 II p. 101 consid. 7c; JAAC 2001 65.10 p. 121 ss). Certains cantons comme celui du Valais ont tranché dans un sens différent. Il en est de même à Genève, où le règlement se limite à l'obligation d'indiquer les critères d'adjudication particuliers, sans autre précision (art. 20 alinéa 2 lettre g du règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 (RPMP - L 6 05.01). Cette question pourra être laissée indécise, car l'appel d'offre constitue une décision finale qui doit être immédiatement attaquée dans le délai de recours prévu (E. CLERC, L'ouverture des marchés publics : effectivité et protection juridique, Fribourg 1997 p. 501; SJ 2000 p. 546).

6. La seconde question concerne la violation éventuelle du principe de la transparence lorsque des offres portent sur plusieurs lots et les éventuelles incertitudes quant aux montants figurant sur le procès-verbal d'ouverture publique des offres.

Le Tribunal administratif relève tout d'abord que la pratique de grouper plusieurs lots en un seul cahier de soumission semble établie. Dans la présente affaire, plusieurs consortiums ont fourni une offre globale pour les lots 8, 9 et 10. Dans une autre affaire actuellement pendante devant le tribunal de céans (cause A/200/2001), un soumissionnaire a spontanément fait des offres pour les lots 9 et 36. Mais surtout, l'une des entreprises recourantes, F. G. S.A., dans une procédure antérieure touchant le C.O. de A. a soumissionné à la fois pour les

façades et à la fois pour la vitrerie. De plus, le représentant de l'entreprise précitée a reçu, à l'instar des autres soumissionnaires pour les façades, un acte de soumission pour les trois lots. Les recourantes étaient donc au courant de la pratique du pouvoir adjudicateur, et il leur était loisible de se renseigner sur les offres des soumissionnaires concurrents. Dans le même ordre d'idées, les recourantes auraient pu elles aussi faire une offre portant sur les lot 8 et 9, voire sur les lots 8, 9 et 10.

7. Plus délicate est la question de savoir si le jeu de la concurrence a été faussé par le fait que le procès-verbal d'ouverture publique des offres comporte tantôt des montants comprenant seulement les façades et tantôt des montants comprenant d'autres lots, dont la vitrerie. A ce sujet, les recourantes se sont plaintes d'avoir été induites en erreur par le montant élevé de la soumission de P. et F. S.A., et qui concernait les trois lots, tandis que leur propre offre, inférieure de quelque CHF 1'100'000.- à celle concurrente, ne concernait que les façades.

En effet, il est regrettable que sur le procès-verbal d'ouverture publique des offres, que chaque soumissionnaire peut consulter, le détail des lots n'y figure pas. A l'avenir, le pouvoir adjudicateur devrait se donner les moyens de préciser sur ledit procès-verbal à quel(s) lot(s) correspondent les montants indiqués. A tout le moins, l'ouverture des offres portant sur plusieurs lots devrait être groupée à la même heure. Cela dit, le tableau que constitue le procès-verbal d'ouverture ne correspond nullement à un classement des offres, fût-il provisoire ou implicite, contrairement à ce que pensent les recourantes dont la stratégie a été influencée, soutiennent-elles, par l'offre de leur concurrent, plus élevée que la leur. Le but d'une ouverture publique des offres à un moment donné, qui soit le même pour tous les soumissionnaires, n'est pas d'établir un classement des offres, mais bien plutôt d'arrêter, à un moment défini à l'avance et dans un lieu indiqué, le montant de chaque offre, ceci afin d'éviter toute manipulation ultérieure des montants en question. Selon l'article 34 alinéa 2 RMPM, un procès-verbal est établi à l'ouverture des offres et il contient notamment le nom des personnes présentes, celui des soumissionnaires, et les prix globaux des offres. Dès lors que les recourantes auraient pu se renseigner sur la composition des montants exprimés, sachant que des offres portant sur plusieurs lots étaient possibles, le Tribunal

administratif estime que le principe de la transparence n'a pas été violé dans le cas particulier. D'ailleurs un autre consortium a également fait une offre pour les trois lots et le chiffre indiqué était de CHF 6'176'716.-. Il est apparu en cours d'instruction que ce montant ne correspondait qu'aux façades. Les recourantes ne sauraient donc soutenir que leur stratégie a été bouleversée, puisque ce dernier montant est beaucoup plus proche de leur offre, et que la différence, de quelque CHF 226'600.-, est négligeable.

A noter que l'offre du quatrième candidat, S. B. S.A., s'élevait, à teneur du procès-verbal d'ouverture publique, à CHF 6'482'250.-, avec une variante à CHF 6'321'000.-. Le premier de ces montants n'est pas davantage éloigné de l'offre des recourantes pour influencer sa stratégie.

8. Force est toutefois de constater que, à supposer que l'absence de clarté dans la composition des montants des offres figurant sur le procès-verbal d'ouverture publique constitue une informalité, celle-ci n'a causé aucun préjudice aux recourantes. D'abord, chaque soumissionnaire était logé à la même enseigne, en ce sens que les candidats pouvaient se renseigner pour savoir si le montant d'une offre portait sur un ou plusieurs lots. Les recourantes n'ont donc pas été désavantagées par rapport aux autres soumissionnaires. Ensuite, le défaut n'aurait eu pour effet, selon les recourantes, que de modifier leur stratégie. Or, le juge ne peut entrer dans ce type de considérations. L'essentiel est que les principes de transparence et de concurrence efficaces commandent que les soumissionnaires connaissent à l'avance toutes les informations utiles pour présenter un dossier de soumission qui n'entraînera pas leur exclusion (RDAF 2000 p. 349). C'est donc avant l'ouverture publique des offres qu'il faut se placer pour déterminer si les candidats ont été traités d'une manière égale et transparente. Aucun indice dans le dossier ne montre que le défaut, s'il était avéré, aurait pu influencer la décision. Le pouvoir adjudicateur a en effet examiné chaque offre pour elle-même et chaque lot a été examiné et analysé pour lui-même.

9. La Fondation a attribué la même note de 4 aux recourantes et aux entreprises adjudicataires, quand bien même les prix n'étaient pas semblables. La différence a été de CHF 94'000.-, ce qui représente un peu moins de 1,7 %. Le Tribunal administratif relève tout d'abord que

le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation lors de l'adjudication. Il ne doit pas être lié par telle ou telle méthode, mais il lui est loisible de choisir celle qui est la mieux appropriée au marché. Il est donc parfaitement admissible que, suivant l'ampleur de ce dernier, la méthode utilisée soit différente. De même est-il concevable d'attribuer une plus ou moins grande importance au prix suivant le type de marché à adjuger. Dans le cas d'espèce, le prix n'intervient que pour une part plutôt faible, de 50 %, alors que pour des marchés standardisés, le critère du prix peut être estimé à 80 %, voire à 100 %. La loi précise que le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 13 let. f AIMP; art. 39 al. 1 RMPM). Le terme économiquement ne doit pas prêter à confusion. Le prix n'a pas obligatoirement un rôle décisif, puisqu'il n'est pas le seul critère. Ce n'est qu'en présence de biens standardisés que l'adjudicateur peut alors se fonder exclusivement sur le critère du prix le plus bas (RDAF 1999 I p. 305; art. 39 al. 1 et 2 RMPMP).

Dans le cas d'espèce, il ne s'agit précisément pas de biens standardisés, de sorte que le prix pouvait intervenir d'une façon moins importante par rapport aux autres critères. En outre, une différence de 1,7 % entre deux soumissionnaires doit être considérée comme insignifiante (RDAF 2000 I p. 350). En conclusion, le pouvoir adjudicateur n'a pas violé ni la loi, ni le principe de l'égalité de traitement en ayant attribué la même note aux deux soumissionnaires les plus proches, en dépit d'une différence minime du prix offert.

10. Malgré l'absence d'informalités décisives dans la procédure d'adjudication, le Tribunal administratif s'est néanmoins posé la question de savoir s'il convenait de renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur, dans l'hypothèse où il aurait admis une violation des principes d'égalité de traitement et de transparence, afin que la procédure soit reprise entre les deux soumissionnaires.

A ce sujet, le tribunal constate que le score entre les deux candidats est extrêmement serré. La Fondation a attribué 365 points aux recourantes et 370 à P. et Fondation S.A. Si l'on retient la méthode que les recourantes ont choisie - les autres critères demeurant inchangés -, les recourantes l'emporteraient par 354 points contre 343. Si l'on choisit l'une des trois autres

méthodes de notation telles que décrites par J. Pictet et D. Bollinger (DC 2/00 p. 63 ss), l'on parvient à des résultats extrêmement proches l'un de l'autre. Si l'on examine les autres critères, en particulier celui de l'expérience en matière de grands chantiers, lequel a valu aux entreprises adjudicataires une note de 35 points alors que les recourantes n'ont obtenu que 30 points, la différence est également très faible. Compte tenu du fait que la nature même de la décision d'adjudication impose une grande retenue à l'autorité de recours sur l'appréciation des prestations offertes (C. P. Colloque du 3 octobre 2000 sur les marchés publics, module 3 : le déroulement de la procédure de recours, chiffre III), et que la notion d'offre la plus avantageuse économiquement est une notion juridique imprécise qui laisse au pouvoir adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus grande que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques, l'appréciation du Tribunal administratif ne saurait se substituer à celle du pouvoir adjudicateur. Seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation doit être sanctionné, comme l'a affirmé à maintes reprises le Tribunal fédéral (RDAF 1999 I p. 301; JAAC 1999 p. 143). La commission fédérale de recours en matière de marchés publics a d'ailleurs précisé que lorsqu'un recours met en cause une décision qui a pour objet l'interprétation et l'application de la notion d'offre la plus avantageuse économiquement, il ne suffit pas, pour que le recours soit fondé, que l'un ou l'autre des critères pris isolément ait été mal interprété ou mal appliqué; il faut encore que le résultat, considéré dans son ensemble, soit en contradiction avec le sens de la norme ou constitue un usage abusif ou excessif du pouvoir d'appréciation (JAAC 1999 p. 143).

Dans la présente espèce, la Fondation a attribué une note semblable aux deux soumissionnaires pour le prix proposé, et elle a favorisé P. et F. S.A. pour leur expérience et leur savoir-faire en matière de façades ventilées et de grands chantiers. Elle a retenu en outre plusieurs points favorables à ces dernières, tel que le prix forfaitaire proposé, c'est-à-dire l'absence de

hausse des salaires, la présence plus fréquente sur le site du chef de projet, une meilleure planification au niveau "exécution", etc. (pièce 23 chargé Fondation). Compte tenu de cette appréciation globale des critères d'adjudication en faveur de P. et F. S.A., il serait inutile de renvoyer la cause à la Fondation pour nouvelle décision.

11. Compte tenu de ce qui précède, le recours sera rejeté. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'500.- sera mis à la charge des recourantes qui succombent. Aucune indemnité ne sera allouée au consortium intimé, faute par lui d'avoir conclu dans ce sens, ni à la Fondation, qui n'a pas engagé de frais.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 2 mars 2001 par B. et S. S.A. et F. G. S.A. contre la décision de la Fondation H. du 19 février 2001;

au fond :

le rejette;

met à la charge des recourantes un émolument de CHF 2'500.-;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité aux intimés;

communique le présent arrêt à Me Jacques Gautier, avocat des recourantes, à la Fondation H. , ainsi qu'à Me Maurice Ropraz, avocat du consortium P. et F. S.A.

Siégeants : M. Schucani, président, M. Thélin,
Mme Bonnefemme-Hurni, M. Paychère, juges,
M. Mascotto, juge suppléant.

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

C. Goette

D. Schucani

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Mme M. Oranci