

du 26 novembre 2002

dans la cause

X. S.P.A.

représentée par Me Donatella Amaducci, avocate

contre

Y.

représentée par Me Pierre Louis Manfrini, avocat

et

HOPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENEVE

représentés par Me Pierre Martin-Achard, avocat

EN FAIT

1. Les Hôpitaux Universitaires de Genève (ci-après : HUG) étaient propriétaires d'un hélicoptère de type "Écureuil", monoturbiné, acquis quelque treize ans auparavant. Cet appareil était destiné principalement à des opérations de secours. Il effectuait en moyenne 500 missions par an, ce qui représentait près de 400 heures de vol.
2. Dès le début 2002, les opérations commerciales avec hélicoptère, y compris les vols sanitaires, devaient obéir à de nouvelles normes pour le survol des agglomérations. L'utilisation d'appareils biturbines était destinée à devenir obligatoire.
3. Aussi, l'Etat de Genève, agissant par le département de l'action sociale et de la santé (ci-après : DASS), a décidé d'acquérir un hélicoptère léger biturbine.
4. Le DASS a donc procédé à un appel d'offres soumis à la législation sur la passation des marchés publics en matière de fournitures et de services. L'appel d'offres a été publié dans la Feuille d'avis officielle (FAO) la première fois le 19 février 2001. Etait joint à l'appel d'offres un "Cahier des charges technique, renouvellement de l'hélicoptère".

La procédure était ouverte et le délai pour la remise de l'offre était fixé au 5 avril 2001 à 12 heures.

Le marché devait être adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse eu égard aux sept critères suivants : Respect des exigences du cahier des charges technique, appareil respectueux de l'environnement, qualité et fiabilité de l'appareil, prix et modalités de paiement, délai de livraison, coût d'exploitation et de maintenance et contenu et organisation de la formation.

5. Deux constructeurs ont déposé une offre dans le délai imparti :
 - . La société X. S.p.A. (ci-après : X.) pour un modèle A 109 Power, et
 - . La société Y. (ci-après : Y.), pour un modèle

EC 135.

6. Le 11 avril 2001 s'est déroulée l'ouverture publique des offres en présence des constructeurs et des représentants de l'adjudicataire.

Selon le procès-verbal de l'ouverture des offres, le prix de l'hélicoptère proposé par X. s'élevait à CHF 5'671'300.-, tandis que celui d'Y. était devisé à CHF 5'920'000.-. Ayant appris l'existence d'un tableau de comparaison indiquant les différents critères de pondération, lequel tableau ne figurait pas dans l'appel d'offres, X. a demandé et obtenu communication de ce tableau. Elle a formulé plusieurs critiques à l'endroit du barème utilisé, par lettres ou lors des réunions qui ont suivi l'ouverture des offres.

7. Le 25 septembre 2001, des tests auditifs comparatifs ont été entrepris par l'Atelier d'acoustique du bâtiment AAB - J. Stryjenski & Monti S.A. avec l'accord préalable et la présence des parties, et ceci sur les deux appareils concurrents et sur l'hélicoptère alors utilisé par les HUG.

Les experts ont déposé un rapport circonstancié daté du 27 septembre 2001 et, dans un document annexe du 2 octobre 2001, ils ont conclu que l'appareil d'Y. générait moins de nuisances acoustiques pour l'environnement que celui d'X., et ceci autant du point de vue du niveau de bruit que de la durée de la nuisance.

8. Par décision du 9 octobre 2001, les HUG ont attribué le marché à Y.. Celle-ci avait obtenu un total de 260 points et X. 240 points.

Selon le tableau de pondération communiqué aux intéressés, ceux-ci étaient à égalité sur quatre critères d'adjudication. Y. l'avait emporté sur le critère du respect de l'environnement et sur le coût d'exploitation, tandis que l'appareil d'X. était supérieur de 20 points sur le critère du prix et des modalités de paiement.

X. a reçu la décision susmentionnée le 13 octobre 2001. L'adjudication de l'appareil était attribuée pour le prix de CHF 5'900'000.-, selon publication dans la FAO du 15 octobre 2001.

9. X. a recouru par acte déposé au greffe du Tribunal administratif le 19 octobre 2001. L'adjudication avait

été faite de manière arbitraire.

Elle a conclu à titre préalable à l'octroi de l'effet suspensif, ce à quoi les HUG se sont opposés. Les deux conditions prévues par la loi n'étaient pas remplies.

10. Par ordonnance du 6 novembre 2001, le président du Tribunal administratif a refusé l'octroi de l'effet suspensif. Le recours en effet n'apparaissait pas suffisamment fondé pour justifier l'octroi de l'effet suspensif.

11. Sur le fond, X. a développé les arguments suivants :

a. La grille d'évaluation avait été conçue de telle manière qu'une légère différence entre les deux concurrents sur un seul des sept critères de l'appel d'offres avait le même poids qu'une différence sur un autre critère bien plus essentiel. Suivant l'appréciation donnée à l'un des critères, l'on parvenait à des conséquences disproportionnées. L'absence de progression dans l'attribution des points était injustifiée et inexplicable. Le résultat en était ainsi faussé.

Sur ce point, X. s'était d'ailleurs plainte auprès des HUG dans un courrier du 25 juillet 2001 que le tableau proposé ne prenait pas en considération, et par conséquent n'attribuait aucune valeur, à certaines caractéristiques fondamentales pour l'emploi d'un hélicoptère, comme par exemple l'autonomie de vol, l'accès à l'appareil au moyen des portes coulissantes des deux côtés, la capacité du treuil de secours, etc.

Enfin, seuls les critères d'adjudication étaient connus des soumissionnaires, mais pas les coefficients de pondération.

b. Le cabinet d'acoustique s'était livré à des affirmations péremptoires sur le fait que l'appareil d'Y. était moins bruyant que celui de la recourante, en omettant de mettre en évidence les méthodes utilisées. Celles-ci avaient été tout à fait artisanales et non conformes aux règles de l'office de l'aviation civile internationale (OACI). Il n'était pas concevable qu'un test inusuel, non prévu dans le cahier des charges, ait été utilisé pour avantager un des candidats. Or, celui-ci prévoyait (cahier des charges sous point 1.2) que

l'appareil devait avoir un bruit selon les normes OACI moins 3 dB. De plus, lors des tests acoustiques, l'hélicoptère d'X. était équipé de tous les accessoires demandés dans l'appel d'offres, tandis que celui d'Y. en était dépourvu. Or, tous ces appareils correspondaient à un surpoids estimé à plus de 275 kg.

c. L'adjudicateur avait négligé plusieurs facteurs, s'agissant de la consommation de carburant qui était plus faible pour l'appareil de la recourante que pour celui d'Y.. D'une part, celui-là atteignait une vitesse de croisière supérieure, ce qui entraînait une diminution des heures de vol, et par conséquent de carburant. D'autre part, l'on avait ignoré que l'hélicoptère de la recourante, en raison de son aérodynamisme, consommait moins de carburant que l'appareil concurrent. La différence était loin d'être négligeable. Il suffisait de se référer aux manuels de vol des deux hélicoptères pour comparer les données relatives à la vitesse et à la consommation. A cette occasion, X. a fourni les données techniques émanant de ses propres experts, la société Conklin & Decker Associates, Inc., donnant des résultats plus favorables que pour l'appareil Y..

d. Les HUG n'avaient pas tenu compte du fait que X. offrait trois années d'assistance gratuites.

e. Enfin, le prix adjugé était de CHF 5'900'000.- tel que publié dans la FAO, alors qu'à l'ouverture des offres, ce prix s'élevait à CHF 5'920'000.-. Ce cadeau avait empêché une saine concurrence.

12. X. a conclu à la mise à néant de la décision d'adjudication et au renvoi de la cause à l'autorité adjudicatrice. Au cas où le contrat serait finalement signé avec Y., le tribunal était invité à constater le caractère illicite de la décision rendue par les HUG et de lui accorder réparation de son dommage. A titre subsidiaire, elle a conclu à la mise en oeuvre d'un expert habilité à procéder à une comparaison technique des deux appareils.

13. Les HUG se sont opposés au recours.

a. S'agissant des mesures acoustiques, L'Atelier jouissait d'une très haute réputation et les compétences des deux ingénieurs ayant accompli les tests étaient très élevées. Avant de procéder à ceux-ci, chaque constructeur avait été informé du déroulement et des modalités de ces

tests. Aucune remarque, ni aucune opposition n'avaient été communiquées à l'expert. Chaque constructeur avait dépêché sur place un ingénieur acousticien et ceux-ci avaient validé la procédure et indiqué que les tests pouvaient commencer. Pendant tous le déroulement des tests, les ingénieurs du son délégués étaient restés sur place. Quant à la critique selon laquelle les mesures n'avaient pas été faites en harmonie avec les dispositions de l'OACI, elle était sans fondement, car les tests que les HUG avaient entrepris étaient d'une toute autre nature. Ils avaient pour objectif de déterminer, dans le périmètre immédiat de l'hôpital cantonal, quelles pouvaient être les conséquences des survols de l'appareil sur l'environnement et la tranquillité publique. Il ne s'agissait pas d'une certification officielle devant être mise en avant par le constructeur.

b. S'agissant de la consommation de carburant, les HUG ont produit une attestation démontrant que c'était au contraire l'hélicoptère d'Y. qui apparaissait moins consommateur d'énergie que celui d'X.. L'heure de vol du premier coûtait CHF 482.-, tandis que celle du second s'élevait à CHF 646.-. Une différence de CHF 164.- en défaveur de l'hélicoptère de la recourante s'élèverait à quelque CHF 656'000.-, à raison de 400 heures de vol par année, sur dix ans d'exploitation. La comparaison était ainsi en faveur d'Y., même si l'on prenait en compte les trois années d'assistance gratuite offertes par la recourante. D'ailleurs, les coûts de carburant ne représentaient environ qu'un quart du coût total de l'heure de vol, selon les données fournies par X. elle-même. Cet élément n'avait donc pas été déterminant pour le choix de l'appareil Y..

A cela s'ajoutait le fait que lors des tests, l'hélicoptère d'X. n'avait jamais pu atteindre la vitesse - pourtant garantie par le constructeur - de 150 noeuds. Tout au plus, l'appareil avait-il quelque peu dépassé la vitesse de 125 noeuds. Le nombre d'heures d'utilisation de cet appareil serait ainsi plus important qu'annoncé et les coûts plus élevés.

c. S'agissant du tableau de pondération, il n'était pas obligatoire de le fournir en même temps que la liste des critères. Enfin, en ce qui concernait le prix publié dans la FAO de CHF 5'900'000.- au lieu de CHF 5'920'000.-, cette différence résultait d'une inadvertance, laquelle correspondait d'ailleurs à 3,3

o/oo de la valeur de l'hélicoptère.

14. Les HUG se sont opposés à la mise en oeuvre d'une expertise, les tests acoustiques ayant été suffisamment probants.

Ils ont précisé que les deux appareils concurrents remplissaient tous deux les critères de base du marché, c'est à dire qu'ils étaient conformes au cahier des charges. Cela expliquait pourquoi les HUG n'avaient pas retenu de valeur, pour l'attribution du marché, à des caractéristiques telles que l'autonomie de vol, les portes coulissantes, ou autres propriétés, puisque les deux appareils étaient semblables sur ces points. Simplement, les HUG avaient porté leur choix sur le meilleur des deux appareils. Récemment, Y. avait été préférée à X., notamment par la REGA et par Air Zermatt. Y. équipait également HELICAP, base importante d'hélicoptères de sauvetage de la région parisienne.

15. Y. a été appelée en cause. Elle s'est exprimée dans une écriture du 15 mai 2002. Elle a insisté sur le fait qu'à aucun moment, X. s'était opposée au principe et à la manière dont les tests acoustiques avaient été entrepris par l'atelier d'acoustique. Les ingénieurs d'X. avaient participé à ces tests. A aucun moment ils n'avaient formulé la moindre des objections lors du déroulement de ces tests. Or, eux seuls permettaient de déterminer le niveau effectif de bruit à l'atterrissage, au décollage et pendant le survol d'une localité déterminée. Les certifications officielles de l'OACI n'étaient quant à elles représentatives que du bruit théorique d'un hélicoptère, mesuré dans des conditions environnementales aseptisées : il fallait que la pression atmosphérique corresponde à celle du niveau de la mer, que la température de l'air ambiant soit de 25°C, une humidité relative de 70 %, un vent nul, etc.

Y. a également relevé que les émissions de bruit de son appareil étaient bien inférieures à celles de son concurrent en phase de survol et de décollage. Ce n'était qu'en matière d'atterrissage que l'hélicoptère d'X. apparaissait moins bruyant en termes de certification OACI. Cependant, ces valeurs étaient théoriques, car les mesures de bruit sur le terrain avaient immédiatement contredit les évaluations théoriques.

Y. a encore tenu à préciser que contrairement à ce qu'affirmait la recourante, son appareil avait été lui

aussi équipé de tous les instruments internes et externes prévus dans l'appel d'offres lors des vols effectués le 25 septembre 2001. Seul manquait un treuil, pesant quelque 80 kg, dont l'absence avait été compensée par le transport d'un passager supplémentaire. La comparaison des deux hélicoptères avait donc eu lieu dans des conditions équivalentes.

X. avait fourni des chiffres sur sa consommation kilométrique en carburant qui faisait état d'une légère différence en faveur de son appareil. Mais les chiffres avancés n'avaient pu compenser l'avantage considérable d'Y. résultant des tests sonores.

S'agissant enfin de l'absence du tableau de pondération, cet élément n'avait eu aucune incidence sur le choix définitif.

16. Par lettre du 7 juin 2002, les HUG ont informé le tribunal de céans que par acte du même jour, ils avaient finalisé le marché public. Le contrat d'achat avait donc été signé.

17. Le tableau de pondération ayant servi à l'attribution du marché est ainsi conçu :

TABLEAU DE PONDERATION

<u>Critères de pondération</u>	<u>Pondération</u>	<u>X. A10E</u>		<u>Y. EC 135</u>	
1. Respect des exigences des charges techniques	35	nbre de points 2	70	nbre de points 2	70
2. Respect de l'environnement	30	1	30	2	60
3. Qualité et fiabilité de l'appareil	25	2	50	2	50
4. Prix et modalités de paiement	20	2	40	1	20
5. Délai de livraison	15	2	30	2	30
6. Coût d'exploitation	10	1	10	2	20

7. Contenu et organisation de la formation	5	2	10	2	10
--	---	---	----	---	----

—

Totaux	140	240	260
--------	-----	-----	-----

—

EN DROIT

1. La recevabilité du recours a déjà été reconnue dans l'ordonnance présidentielle du 6 novembre 2001. Il n'y a pas lieu d'y revenir.
2. La recourante a conclu à titre subsidiaire à la mise en oeuvre d'un expert. Cette mesure d'instruction apparaît inutile, dès lors que le dossier contient suffisamment d'éléments pour permettre au tribunal de statuer utilement.
3. Le contrat d'achat entre Y. et les HUG ayant été signé, l'autorité de recours ne peut qu'examiner si la décision d'adjudication revêt un caractère illicite (art. 18 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés public du 25 novembre 1994 entré en vigueur le 9 décembre 1997 - AIMP - L 6 05), texte légal applicable en la présente espèce (voir ordonnance présidentielle précitée).
4. Selon l'article 16 alinéa 1 AIMP, le recours contre une décision d'adjudication peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus de pouvoir d'appréciation, et pour constatation inexacte ou incomplète de faits pertinents.
5. La recourante reproche à l'autorité adjudicatrice de ne pas avoir fourni le tableau de pondération en même temps que la liste des critères. Selon la jurisprudence fédérale, la grille d'évaluation et le barème utilisé pour chaque critère doivent normalement accompagner la liste des critères par ordre d'importance (ATF 125 II p. 101 consid. 7 c; JAAC 2001 65.10 p. 121 ss; ATA B. et S. S.A. du 24 avril 2001). Certains cantons ont tranché dans un sens différent, tandis que le règlement genevois est muet sur cette question. Celle-ci pourra être laissée indécise, car l'appel d'offres constitue une décision finale qui doit être immédiatement attaquée dans le délai de recours prévu, de sorte que la protestation sur ce point de la recourante

est tardive (SJ 2000 p. 546).

6. La recourante se plaint du fait que la marché a été conclu au prix de CHF 5'900'000.-, alors que celui apparu au moment de l'ouverture des offres était de CHF 5'920'000.-. Elle estime ainsi que l'article 11 lettre c AIMP a été violé, car il est fait interdiction de procéder à des rounds de négociation. Ce grief doit être rejeté. Si le législateur a entendu interdire des pourparlers destinés à réduire le prix et procéder ainsi à de la sous-enchère, la légère différence de CHF 20'000.- n'a pas été consentie pendant la procédure d'adjudication, mais postérieurement. De toute façon, cette différence n'a pas joué de rôle décisif dans la décision d'adjudication, puisqu'elle est apparue après l'attribution du marché. De plus, la différence de prix n'a eu aucune influence dans le choix du pouvoir adjudicateur, puisque la recourante était placée en meilleure position s'agissant du coût d'exploitation.

7. La recourante s'en est prise au tableau de pondération lui-même, estimant que la méthode d'attribution des points manquait de progressivité, ce qui avait pour résultat qu'une différence minime sur l'un des critères pouvait donner des résultats très différents en rapport avec une différence beaucoup plus importante sur un autre critère. A ce sujet, force est de constater que la recourante ne démontre nullement en quoi l'absence de progressivité dans les points attribués à chaque critère et la pondération adoptée pour chacun d'eux entraîne un déséquilibre et peut favoriser l'un des deux concurrents. Sur ce point, le Tribunal administratif relève 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 d'attribuer une plus ou moins grande importance à tel ou tel critère, le prix par exemple, suivant le type de marché à adjuger, ou encore, comme dans le cas d'espèce, le respect de l'environnement - qui suppose aussi bien les nuisances sonores que la quantité de combustible à utiliser -, ou la qualité et la fiabilité de l'appareil. De plus, l'offre économique la plus avantageuse ne signifie pas qu'elle doit être la moins chère. 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).

Il en résulte qu'aucune critique ne saurait être

adressée aux intimés pour la manière dont elles ont fixé les coefficients de pondération et les points à attribuer à chaque critère.

8. En l'espèce, l'appareil Y. l'a emporté sur celui d'X. sur deux aspects. Le respect de l'environnement et le coût d'exploitation. Pour le premier, le coefficient de pondération a été fixé à 30. Venant en seconde position, X. a reçu 30 points (une fois 30) et son concurrent 60 points (deux fois 30). Pour le coût, le coefficient de pondération a été fixé à 10. Venant en première position, X. a obtenu 10 points (une fois 10) et son concurrent 20 points (2 x 10). En revanche, le prix et les modalités de paiement, critère ayant reçu le coefficient de 20, a été apprécié à l'avantage d'X.. Celle-ci a reçu 40 points (deux fois 20) tandis que Y. n'a reçu que 20 points (une fois 20). Sur tous les autres critères, les deux soumissionnaires ont été à égalité. Ce qui explique une différence de 20 points en faveur d'Y.. 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, 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 de pouvoir d'appréciation doit être sanctionné, ce que le Tribunal fédéral a affirmé à maintes reprises (ATA B. et S. du 24 avril 2001 et jurisprudence citée).

9. Reste à examiner s'il y a eu excès ou abus de pouvoir d'appréciation de la part des intimés en estimant que la société appelée en cause devrait être préférée dans les deux critères du respect de l'environnement et celui du coût d'exploitation.

a. Le critère du respect de l'environnement est placé en deuxième position. Compte tenu de son importance, les HUG ont fait procéder à des tests destinés à établir les nuisances sonores liées à l'utilisation des hélicoptères dans une situation concrète, c'est-à-dire au coeur de l'agglomération genevoise, là où se situe l'hôpital cantonal. Les tests avaient pour objectif de déterminer quelles pouvaient être les conséquences des survols de l'hélicoptère dans un cadre fortement urbanisé, sur l'environnement et la tranquillité publique. Ils ont été confiés à une entreprise réputée pour ses compétences, son

expérience et son sérieux. Ils ont été organisés dans une transparence parfaite, puisque toutes les parties ont été invitées à participer à ces tests. Ils ont été menés dans le strict respect des règles professionnelles par des experts remplissant toutes les garanties de sérieux. A aucun moment la recourante, qui a délégué à cette occasion l'un de ses ingénieurs, n'a élevé la moindre protestation, tout au moins jusqu'à que les résultats favorables à Y. soient connus. A l'évidence, l'autorité adjudicatrice n'a pas excédé son pouvoir d'appréciation en donnant la préférence à l'appareil français plutôt qu'à l'hélicoptère italien. Même la référence aux critères de l'OACI, dont se réclame X., sont favorables à Y. dans deux situations sur trois.

b. Il en est de même en ce qui concerne l'analyse de la consommation et du coût d'exploitation des deux appareils. Le dossier contient des attestations pour chacun d'eux et qui parlent en faveur de l'appareil Y.. Là encore, l'on ne peut reprocher aux intimés d'avoir donné leur préférence à ce dernier.

10. En tous points mal fondé, le recours sera ainsi rejeté. Un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge d'X., qui succombe. Celle-ci sera tenue de verser une indemnité de CHF 2'500.- aux HUG et d'un pareil montant à la société Y. à titre d'indemnité.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 19 octobre 2001 par X. S.p.A contre la décision d'adjudication des Hôpitaux Universitaires de Genève publiée dans la Feuille d'avis officielle du 15 octobre 2001;

au fond :

le rejette;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 1'500.-;

alloue une indemnité de CHF 2'500.- aux Hôpitaux Universitaires de Genève, ainsi qu'à la société Y., à la charge de la recourante;

communiqué le présent arrêt à Me Donatella Amaducci, avocate de la recourante, à Me Pierre Louis Manfrini, avocat d'Y., ainsi qu'à Me Pierre Martin-Achard, avocat des Hôpitaux Universitaires de Genève.

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

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

C. Del Gaudio-Siegrist Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Mme M. Oranci