

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/685/2008-CM

ATA/626/2009

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 1^{er} décembre 2009

dans la cause

G. DEMENGA & FILS S.A.

représentée par Me Mike Hornung, avocat

contre

COMMUNE DE THÔNEX

représentée par Me Bénédicte Fontanet, avocat

et

LORETTI S.A., appelée en cause

EN FAIT

1. G. Demenga & fils SA (ci-après : Demenga S.A.) est une entreprise générale de vitrerie, sise à Morges.
2. Par publication du 19 novembre 2007 dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO), la commune de Thônex (ci-après : la commune), en tant qu'autorité adjudicatrice, a publié un appel d'offres portant sur l'exécution de travaux de vitrerie (CFC 221.7) d'aménagements extérieurs (CFC 41) dans le cadre plus général de la reconstruction de l'école de Marcelly, à l'adresse : 15, avenue de Tronchet à Thônex.

La procédure était soumise au règlement cantonal concernant la passation de marchés publics en matière de constructions du 19 novembre 1997 (aRPMPC-L 6 05) ; à l'accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1996 (accord GATT/OMC - RS 0.632.231.422) et à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1997 (AIMP - L 6 05), entré en vigueur pour Genève le 9 décembre 1997.
3. Cette procédure d'appel d'offres supprimait et annulait une procédure précédente lancée le 30 janvier 2006 pour le même marché dans le cadre de laquelle Demenga S.A. avait soumissionné. Cette société avait été avisée le 2 février 2007 par le mandataire de la commune, le bureau d'architecte J. Schär - C. Sjöstedt & consorts (ci-après : le mandataire), que le contenu de la soumission avait dû être modifié. Elle avait donné son accord pour que la commune lui remette, ainsi qu'à l'ensemble des entreprises inscrites à cet appel d'offres, une nouvelle soumission correspondant aux changements intervenus. C'est cette nouvelle soumission qui était l'objet de la publication du 19 novembre 2007.
4. A teneur du nouvel appel d'offres, l'adjudication serait faite conformément aux critères cités dans le dossier de soumission. Toute offre ne comportant pas en annexe la totalité des justificatifs serait écartée. Tout "round de négociation" était exclu. De même, le soumissionnaire n'était pas autorisé à corriger ou à modifier le document ou les informations qu'il aurait transmis à l'autorité adjudicatrice.
5. Le 3 décembre 2007, Demenga S.A. a reçu du mandataire de la commune le nouveau dossier de soumission pour les travaux de vitrerie CFC 221.7. Le délai pour la remise de cette soumission était fixé au 8 février 2008 à la mairie de Thônex.

Au ch. 1.5 de ce dossier, étaient énoncés les critères d'adjudication.

Selon le ch. 1.7, toute soumission pouvait proposer des variantes d'exécution ou de matériaux, toutefois, toute variante devait impérativement être

dissociée par un document remis en annexe à la soumission de base. En outre, toute entreprise proposant une variante avait l'obligation de remplir l'offre de base. Toute variante devait respecter les conditions essentielles de la soumission de base sous peine d'être écartée.

6. Le 1^{er} février 2008, le mandataire a informé Demenga S.A. qu'il serait procédé à l'ouverture publique des offres du marché de vitrerie CFC 221.7 le 8 février 2008 à 17h15 à la mairie de Thônex.
7. En annexe à ce courrier, le mandataire a transmis sa réponse à quatre questions techniques posées par Demenga S.A. En particulier, il refusait une proposition de variante formulée par cette entreprise d'augmenter le jeu entre les verres.
8. Demenga S.A. a déposé son offre le 7 février 2008.
9. Le mandataire et un représentant de la commune ont procédé à l'ouverture des offres le 8 février 2008 à 17h15. Etait également présent M. G. Badan de l'entreprise Loretto S.A., une autre société soumissionnaire. Selon le procès-verbal d'ouverture du 8 février 2008, cinq entreprises avaient fourni une offre chiffrée.

Il s'agissait de :

- Loretto S.A. CHF 317'420.- ;
- G. Demenga S.A. CHF 497'239.- ;
- Bativer SA CHF 505'720.- ;
- Alphaverre SA CHF 516'576.- ;
- Raymond Stefano SA CHF 525'942.-.

Il a été constaté dans le procès-verbal, qu'aucune variante n'avait été proposée.

10. Le 11 février 2008, le mandataire a adressé un courrier à Loretto S.A. dont la teneur était la suivante :

« (...) Nous avons procédé au contrôle des soumissions.

En ce qui concerne votre entreprise, force est de constater que contrairement à l'art. 1.7 variantes, figurant dans le cahier des charges, vous avez modifié plusieurs positions de la soumission, notamment les art. 1, 2, 3, 14, 28, 35 et 36, sans en parallèle, remplir la soumission selon le texte de base.

Par conséquent, nous vous demandons de bien vouloir, pour mardi 12 février à 17 heures, nous indiquer le coût de votre soumission selon le texte de base ».

11. Selon un rapport d'adjudication du même jour, les offres ont été évaluées le 13 février 2008 par le pool des mandataires. Au sujet de la soumission présentée par Loretto S.A. le rapport mentionnait : "A modifié l'épaisseur des verres pour les art. 1 - 2 - 3 & 14. Tenant compte que cette modification n'est pas une variante, pas de proposition de modification d'exécution, ni un changement de matériau, il a été demandé à l'entreprise Loretto S.A. de transmettre à la DT une offre conforme aux épaisseurs figurant dans la soumission. L'offre modifiée est acceptée à l'évaluation".
12. Le 19 février 2008, la commune a écrit à Loretto S.A. Le marché pour lequel elle avait déposé une offre pour le montant de CHF 414'900.- H.T. lui avait été adjugé. L'adjudicataire était rendu attentif au fait que la présente décision pouvait faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif dans les dix jours "à compter de sa notification aux soumissionnaires".
13. Par pli recommandé du 19 février 2008, la commune de Thônex a avisé Demenga S.A. que les travaux avaient été adjugés à Loretto S.A. "pour le montant corrigé à H.T. CHF 414'900.-". L'offre de cette dernière remplissait pleinement les conditions qui lui permettaient d'être adjudicataire selon le règlement cantonal des marchés publics et cette offre avait été jugée économiquement la plus avantageuse conformément à la grille d'évaluation annexée, qui faisait partie intégrante de la décision.

Demenga S.A. était classée au 2^{ème} rang. Selon la grille d'évaluation annexée, elle avait obtenu un total de 3,37 points pondérés pour 3,88 attribués à Loretto S.A..

Demenga S.A. avait la possibilité de recourir « dans les 10 jours à compter de la date de réception à la présente notification ».
14. Le 29 février 2008, la commune a renvoyé à Loretto S.A. le contrat relatif au marché adjugé après l'avoir contresigné.
15. Par acte du 3 mars 2008, Demenga S.A. a recouru contre cette décision qu'elle avait reçue le 21 février 2008.

Elle conclut préalablement à ce qu'il soit fait interdiction à la commune de signer le contrat avec la société adjudicataire, à la restitution de l'effet suspensif au recours et à ce que la commune produise l'intégralité des dossiers de soumission, ou tout au moins celui de l'adjudicataire. Au fond, elle conclut à l'annulation de la décision et à ce que le marché litigieux lui soit adjugé, avec suite de dépens.

Subsidiairement, elle conclut au constat du caractère illicite de la décision et à la condamnation de la commune à lui verser un montant de CHF 15'630.- avec intérêts à 5% dès le 3 mars 2008, avec suite de dépens. Ce montant était constitué d'une somme de CHF 7'400.-, soit CHF 5'400.- de frais encourus pour établir la soumission (36 heures à CHF 150,-) et CHF 2'000.- de frais de secrétariat et autres démarches en vue d'obtenir des attestations. S'y ajoutaient les honoraires de son avocat au 3 mars 2008, soit un montant de CHF 7'668,85.

La recourante se plaignait que :

- la soumission de l'adjudication avait été corrigée en dehors du cadre des corrections autorisées par l'art. 36 al. 2 aRPMPC ;

- le prix adjugé n'était pas celui de la soumission, ce qui violait le principe de l'art. 9 aRPMPC ;

- la procédure d'explication prévue par l'art. 38 aRPMPC en cas de soumission à un prix anormalement bas, qui prévoyait notamment la forme écrite, n'avait pas été respectée ;

- la procédure d'explication relative à l'aptitude et à l'offre, prévue par l'art. 37 aRPMPC, qui prévoyait la forme écrite, n'avait pas été respectée ;

- le fait que l'entreprise adjudicataire ait formulé des prix différents était susceptible de s'expliquer par le dépôt d'une variante dont il n'avait pas été fait état dans le cadre de la procédure d'examen des soumissions, ce qui aurait dû conduire à convoquer les parties à une séance de clarification ;

- les critères d'évaluation avaient été appliqués de manière arbitraire. L'entreprise adjudicataire aurait dû être davantage pénalisée qu'elle ne l'avait été pour le critère de la crédibilité des prix unitaires, tandis que la recourante avait été trop pénalisée en raison du critère du montant total de l'offre.

16. Par décision du 6 mars 2008, le Tribunal administratif a appelé en cause Loretti S.A. Par pli recommandé du même jour, il a avisé la commune et cette société, qu'elles ne pouvaient pas signer le contrat jusqu'à droit jugé sur l'effet suspensif.

17. Le 17 mars 2008, la commune a transmis sa détermination sur effet suspensif, concluant au rejet de la requête.

Elle n'avait pas été informée du dépôt d'un recours par devant le Tribunal administratif, à l'échéance du délai de dix jours depuis la notification de la décision et elle avait conclu le contrat avec Loretti S.A. le 29 février 2008. Ce n'était que postérieurement à la conclusion du contrat que Demenga S.A. avait déposé son recours.

18. Par courrier du 17 mars 2008, Loretto S.A. s'en est rapportée à justice sur la question de l'effet suspensif. Le contrat avait été signé avec la commune le 29 février 2008 et les travaux de vitrerie avaient déjà débuté.

19. Par décision du 20 mars 2008, le président du Tribunal administratif a rejeté la requête en restitution de l'effet suspensif.

Le contrat avait déjà été signé. De ce fait, seules paraissaient encore avoir un objet les conclusions en constatation du caractère illicite de la décision litigieuse et en paiement d'une indemnité au sens de l'art. 3 al. 3 de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP-L 6 05.0), dans sa version antérieure à celle modifiée avec effet au 1er janvier 2008.

20. Le 4 avril 2008, Demenga S.A. a complété ses écritures. Elle a persisté dans sa demande en constatation de l'illicéité de la décision d'adjudication et en allocation de dommages et intérêts.

Dans son offre d'origine, Loretto S.A. s'était écartée du descriptif de soumission et avait apporté plusieurs modifications concernant les matériaux à fournir pour les postes 1, 2, 3, 14, dont il résultait des coûts inférieurs. En outre, elle avait modifié les art. 28, 35 et 36. Elle avait ainsi soumis une variante sans remplir l'offre de base contrairement à ce que prévoyait le ch. 1.7 du cahier des charges. Elle aurait dû être disqualifiée et non pas invitée à transmettre son offre de base dans un nouveau délai imparti. Tout ceci s'était fait sans que les autres soumissionnaires en soient avertis, si bien que les principes de transparence et d'égalité de traitement n'avaient pas été respectés. Il n'était pas possible de soutenir que l'offre d'origine de Loretto S.A. procédait d'une inadvertance et qu'elle pouvait être admise dans la phase d'évaluation des offres.

Au-delà de cela, l'offre d'origine de Loretto S.A. constituait une variante. En effet, la comparaison entre l'offre d'origine et l'offre corrigée mettait en évidence une modification de la soumission d'origine sur des éléments importants (épaisseur des verres, finitions de ceux-ci et dimension de certaines pièces). Une telle modification était prohibée et aurait dû être refusée, avec pour conséquence que l'offre d'origine aurait dû être écartée car incomplète, la soumission de base n'ayant pas été remplie.

L'autorité adjudicatrice avait contrevenu au principe de transparence en ne communiquant pas que certains critères se subdivisaient en sous-critères et sans préciser que leur importance respective n'était pas similaire.

La note de 2.42 que Demenga S.A. avait obtenue pour le critère «montant total de l'offre» était arbitraire, ou en tout cas incompréhensible au vu des éléments ressortant de la formule standard n° 20.

Le contrat d'entreprise avec Loretto S.A. avait été signé au plus tard le 29 février 2008 selon le courrier produit par l'intimée qui porte cette date. De ce fait, la commune n'avait même pas attendu l'échéance du délai de recours pour signer le contrat avec l'adjudicataire, ce qui constituait une violation de l'art. 14 al. 1 AIMP.

21. Le 18 avril 2008, la commune a répondu au recours. Demenga S.A. devait être déboutée de toutes ses conclusions.
 - a. A l'ouverture des soumissions, le pool des mandataires avait immédiatement établi pour l'ensemble de celles-ci un comparatif des coûts. Toutes les entreprises soumissionnaires, sauf Alphaverre et Reymond Stefano, avaient apporté des correctifs à la soumission. Ceux-ci n'étaient pas constitutifs de variante car ils ne concernaient pas l'exécution telle que prévue par la soumission ni des propositions de changement de matériaux.
 - b. Lors de l'étude des correctifs, il était encore apparu que Loretto S.A. avait «effectué un calcul pour une épaisseur de verre plus fine aux points 1, 2, 3, et 14 de la soumission». Le pool des mandataires de la commune de Thônex, par courrier du 11 février 2008, l'avait alors interpellée pour qu'elle corrige cette erreur.
 - c. Loretto S.A. avait répondu le même jour en transmettant une offre totale augmentée à CHF 443'800.- T.T.C..
 - d. Les différentes offres avaient alors été évaluées suivant la méthode d'évaluation recommandée par le département des constructions et des technologies de l'information dans le formulaire standard n. 20 qui permet une évaluation en pourcentage, en prenant pour référence le prix moyen des soumissions. Loretto S.A., avait présenté l'offre la moins disante et était également l'entreprise qui avait obtenu le meilleur total de points. Elle avait donc remporté l'adjudication.
22. Le 7 mai 2008, Loretto S.A. s'est déterminée sur le recours. Elle s'en est rapportée à justice se référant pour le surplus aux écritures de la commune.
23. Par courrier du 5 septembre 2008, le juge délégué a requis de la commune la production des originaux de la première et de la deuxième soumission de Loretto S.A., ainsi que du courrier du 11 février 2008 du pool des mandataires de la commune adressé à Loretto S.A..
24. Le 18 septembre 2008, la commune a transmis les originaux des deux soumissions. Elle ne détenait pas l'original du courrier du pool des mandataires de la commune de Thônex à Loretto S.A..

Le contenu de ces documents sera repris ci-après en tant que de besoin dans la partie en droit.

25. Elle a également transmis à cette occasion, un exemplaire du contrat signé avec Lorette S.A.. En son article 7, ce contrat prévoyait :

"Arrangements spéciaux

Le montant du présent contrat correspond à l'offre rectifiée par l'architecte du 7 février 2008 en accord avec l'entreprise Lorette SA."

26. Les parties ont été entendues lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 3 octobre 2008.

a. Selon le mandataire de la commune, toutes les entreprises devaient proposer une soumission correspondant au cahier des charges et au descriptif de la soumission. Elles pouvaient proposer des variantes mais sur un document à part. En prenant connaissance des soumissions, le comité d'adjudication avait constaté que tous les soumissionnaires, dont Demenga S.A., avaient annoté leur soumission.

Le mandataire avait considéré qu'aucune autre entreprise n'avait présenté de variante parce que dans le milieu professionnel, cette notion avait une acception particulière. Proposer un mode d'exécution ou un matériau différent constituait une variante. En revanche, proposer de modifier les épaisseurs de verre ou de renoncer au terme « biseauté », voire proposer un autre mode de percement, n'était pas constitutif de variante. Contrairement à ce qui pouvait ressortir du courrier du 11 février 2008 du pool des mandataires, il n'avait jamais considéré que l'offre de Lorette S.A. constituait une variante. Il ne voulait que demander à cette entreprise qu'elle respecte les épaisseurs. Cela ne signifiait pas qu'il considérait que la première soumission de cette dernière constituait une variante.

Au-delà de cela, dans la mesure où il avait constaté que la soumission de Lorette S.A. comportait des erreurs, il avait écrit à cette société pour demander des corrections. C'est après avoir reçu la soumission rectifiée que le tableau final avait été établi et l'adjudication faite sur cette base.

b. Selon M. Erny qui représentait Lorette S.A., la modification de prix était principalement due à la modification du prix des matériaux, la base de calcul restant la même.

c. M. Demenga a contesté ce point de vue. Le fait de biffer le mot "biseauté" sur le texte de la soumission, conduisait à proposer une variante puisque cela affectait l'exécution du produit. Dans sa première soumission, Lorette S.A. proposait l'exécution de l'ouvrage avec un vitrage impliquant une exécution d'angle non biseauté. Il en résultait une différence importante d'exécution dans

le sens que l'on n'avait pas besoin de travailler le verre de façon à ce que les deux verres perpendiculaires se joignent précisément à 45 degrés. En traçant le mot "biseauté", Lorette S.A. proposait ainsi d'utiliser un matériau qui coûtait beaucoup moins cher à appliquer à tous les vitrages, puisqu'il n'y avait pas besoin de travailler préalablement l'épaisseur du verre. Ce fait était établi par les croquis qu'elle versait à la procédure. Pour lui, l'exécution en bords simples ou en bords biseautés à 45 degrés était un changement de mode d'exécution. Par ailleurs, il s'était rendu sur place à l'école de Marcellly. Il y avait constaté que Lorette S.A. n'avait en définitive pas respecté les cahiers des charges puisque des verres partiellement biseautés (seul le verre intérieur était travaillé) avaient été posés.

d. Pour le mandataire, cette modification ne constituait pas un changement du mode d'exécution puisque la pose était restée la même. Il s'agissait de finitions et l'architecte avait le droit de modifier le détail de la finition en fonction des discussions avec l'entreprise et les maîtres de l'ouvrage.

Selon le représentant de Lorette S.A., il est exact que l'adjudicataire n'avait posé des verres que partiellement biseautés en précisant que cela n'avait pas changé le coût des verres par rapport à la deuxième offre de base.

D'après M. Demenga, l'incidence de la modification entre les deux soumissions était de plus de CHF 130'000.-, soit 35% du montant de l'offre, ce qui ne constituait pas une petite modification.

Pour M. Erny, la différence de prix entre la première et la deuxième offre pour le poste 28 résultait de la finition des bords. Dans la première soumission, le prix avait été calculé sur la base de la fourniture d'un verre poli et non "biseauté", même si ce mot n'avait pas été barré dans celle-ci. Dans la deuxième, Lorette S.A. avait recalculé les postes en fonction de l'exigence du verre biseauté, telle que formulée dans l'offre de base.

27. Le 28 octobre 2008, Demenga S.A. a transmis ses observations après comparaison personnelle. Elle conclut préalablement à ce que la commune de Thônex soit invitée à produire l'avis de confirmation d'envoi du fax daté du 11 février 2008, que Lorette S.A. fournisse les coordonnées de son fournisseur pour les verres ainsi que le nom et prénom de la personne avec laquelle elle avait traité afin que son audition soit ordonnée.

Sur le fond, elle conclut à ce que le Tribunal administratif constate le caractère illicite de la décision d'adjudication et condamne la commune de Thônex à verser CHF 15'630,95, avec intérêts à 5% dès le 3 mars 2008. De même, la commune devait être condamnée au versement des dépens ainsi que d'une indemnité à titre de participation à ses frais de procédure.

Le droit des marchés publics consacrait le principe de l'intangibilité de l'offre à l'échéance du délai de remise. Sous réserve des cas de formalisme excessif, une offre incomplète devait être exclue. Selon l'art. 1.7 du cahier des charges, les soumissionnaires pouvaient proposer des variantes mais avaient l'obligation de remplir l'offre de base. Celle-ci visait la fourniture et la pose de verres d'épaisseur déterminée et devant pour la majeure partie, comporter un angle biseauté sur l'épaisseur des deux verres, par opposition à un angle droit standard. C'était en fonction de ces critères que la recourante avait formulé son offre. Tel n'était pas le cas de celle de l'appelée en cause que la commune aurait dû écarter. La comparaison des deux offres remises par Lorette S.A. complétée par les éléments ressortant de la comparution personnelle, permettait d'établir ce fait.

L'appelée en cause n'ayant pas fourni une offre complète, il était inadmissible de l'autoriser à la corriger. Dans sa première offre, Lorette S.A. s'était écartée du descriptif de soumission sur des éléments essentiels, qui avaient une incidence économique importante, ce que la simple comparaison entre l'offre d'origine et l'offre corrigée mettaient en évidence.

28. La commune de Thônex a déposé ses observations le 24 novembre 2008. Elle conclut au rejet du recours.

Le courrier du 11 février 2008 de son mandataire n'était pas anti-daté ainsi qu'en attestait l'avis de réception du fax qu'elle produisait. La commune était dans l'obligation d'interpeller Lorette S.A. afin de permettre à celle-ci de corriger l'erreur survenue dans le calcul des prix, découlant d'une épaisseur des verres insuffisante. La célérité avec laquelle l'appelée en cause avait été en mesure de fournir son offre corrigée démontrait qu'il ne s'agissait que d'une erreur de calcul qui pouvait être aisément rectifiée. L'exécution des travaux par Lorette S.A. était conforme au cahier des charges, même si les verres qui avaient été posés étaient effectivement partiellement biseautés. Cela n'avait cependant rien changé à leur coût qui était resté identique à celui indiqué pour ce poste dans la deuxième soumission.

29. Par courrier du 1^{er} décembre 2008, Lorette S.A. s'est référée aux écritures de la commune et s'en est rapportée à justice.
30. Par courrier du 10 février 2009, les parties ont été avisées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. L'AIMP entré en vigueur à Genève le 9 décembre 1997 s'applique notamment à la passation des marchés publics en matière de constructions dont la valeur totale estimée est supérieure à CHF 9'575'000.- hors taxe pour les ouvrages

(art. 7 AIMP ; annexe 1), la commune étant un pouvoir adjudicateur au sens de l'art. 8 al. 1 let. a de ce texte.

En l'espèce, la valeur de l'ensemble de l'ouvrage (construction d'une école) étant supérieure à ce montant, le marché considéré est soumis à ce texte légal et à sa législation cantonale d'application.

2. Le 1^{er} janvier 2008, sont entrées en vigueur plusieurs modifications de la législation genevoise sur les marchés publics, à savoir une modification de quelques dispositions de l'AIMP et de la L-AIMP. Le aRPMPC a été abrogé et remplacé par le règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

3. L'appel d'offres datant du 19 novembre 2007 et la décision d'adjudication du 19 février 2008, il y a lieu de déterminer le droit applicable.

Le RMP prévoit une disposition transitoire : ce texte réglementaire ne s'applique pas aux procédures en cours au moment de son entrée en vigueur, une procédure devant être considérée comme étant en cours dès la publication de l'avis d'appel d'offres ou de l'envoi de l'invitation à soumissionner (art. 62 RMP).

La publication de l'appel d'offres datant du 19 novembre 2007, le litige doit être apprécié au regard de la L-AIMP, dans sa teneur antérieure au 1^{er} janvier 2008, ainsi qu'à celle du aRPMPC.

4. Le Tribunal administratif est compétent pour connaître des recours interjetés contre une décision d'adjudication (art. 3 al. 1 et 2 let. a AIMP ; art. 45 aRPMPC), de même que pour statuer sur les actions en dommages et intérêts dirigées contre l'autorité adjudicatrice en cas de constatation du caractère illicite d'une telle décision (art. 3 al. 3 AIMP, 45 aRPMPC).

5. Interjeté dans le délai légal de 10 jours (art. 15 AIMP), le recours est recevable.

6. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre. Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne pourraient l'amener à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (Arrêts du

Tribunal fédéral 2P.200/2003 du 7 octobre 2003 consid. 3.1 ; 2P.77/2003 du 9 juillet 2003 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/172/2004 du 2 mars 2004 ; ATA/39/2004 du 13 janvier 2004 consid. 2). Le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les griefs et moyens de preuve du recourant ; il suffit que le juge discute ceux qui lui paraissent pertinents (Arrêts du Tribunal fédéral 1P.32/2004 du 12 février 2004 consid. 6 ; 1P.24/2001 du 30 janvier 2001 consid. 3a et les arrêts cités ; ATA/292/2004 du 6 avril 2004).

En l'occurrence, les mesures d'instruction ordonnées à ce jour ont permis d'établir les faits d'une manière suffisante pour permettre au Tribunal administratif de statuer. Il ne sera donc pas donné suite aux requêtes formulées par la recourante dans ses dernières conclusions.

7. A teneur de l'art. 18 al. 2 AIMP, l'autorité de recours, si le contrat est déjà conclu, ne peut que constater le caractère illicite ou non de la décision d'adjudication, à défaut de pouvoir l'annuler. De ce fait, seules les conclusions à caractère constatatoires et celles en paiement d'une indemnité fondée sur l'art. 3 al. 3 L-AIMP ont encore un objet.

Demande en constatation du caractère illicite de l'adjudication.

8. Le but de la législation en matière de marchés publics est de garantir le respect des principes énoncés à l'art. 1 AIMP. Il s'agit en particulier d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, de garantir l'égalité de traitement à l'ensemble de ceux-ci, l'impartialité de l'adjudication ainsi que la transparence des marchés publics.
9. a. En particulier, le respect de l'égalité de traitement entre soumissionnaires (art. 1 al. 2 let. b et 11 let. a AIMP ; 7 aRPMPC) oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires pendant tout le déroulement formel de la procédure (ATA/884/2004 du 26 octobre 2004 ; ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 109 ; B. BOVAY, La non discrimination en droit des marchés publics in RDAF 2004, p. 241 ;). Le tribunal de céans a déjà eu l'occasion de rappeler le caractère formaliste du droit des marchés publics qu'impose le respect de ce principe (ATA/150/2009 du 14 mars 2009 ; ATA/10/2009 du 13 janvier 2009)
- b. En vertu de ce principe, une offre qui ne correspond pas aux exigences de l'appel d'offres doit être considérée comme incomplète et ne peut être prise en compte (art. 35 let. a aRPMPC ; Arrêt du Tribunal fédéral du 12 avril 2002, résumé in BR/DC 2003 no 49 p. 156 ; ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, op. cit., p.110. O. RODONDI, La gestion de la procédure de soumission, in ZUFFEREY/STOECKLI, Droit des marchés publics 2008, p.185 ; no 63, p. 186).

c. Sont réservés les cas où la divergence entre la soumission et l'offre de base résulte d'une erreur. Dans une telle situation, une correction est possible, mais ne doit être autorisée que restrictivement et à certaines conditions. Ne peuvent être rectifiées que les erreurs de calculs ou d'écritures (art. 36 al. 2 aRPMPC). Cette disposition légale précise encore que s'il y a omission de chiffrer un poste, l'autorité adjudicatrice pourra tout au plus rectifier celle-ci en retenant pour ce poste, le montant de l'offre la plus élevée formulée par un autre soumissionnaire. En tout état, la correction des erreurs ne peut conduire à permettre à un soumissionnaire de compléter son offre.

d. L'interdiction du formalisme excessif, tiré de la garantie à un traitement équitable des administrés énoncé à l'art. 29 Cst. interdit également d'écarter une offre présentant un vice de peu de gravité. L'offre doit être au demeurant conforme aux conditions de l'appel d'offres et la décision d'écarter l'offre en raison du vice constaté doit paraître une sanction disproportionnée (ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL op. cit. p. 110 ; O. RODONDI op. cit. no 63, p. 186)

e. Il n'est pas interdit aux soumissionnaires de présenter des variantes d'exécution du marché à adjuger, sauf mention contraire dans les conditions de l'appel d'offres. Toutefois, afin d'assurer l'égalité de traitement des soumissionnaires, elles ne peuvent être prises en compte que si l'offre de base a également été déposée et que la soumission satisfait à toutes les exigences de l'appel d'offres (ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, op. cit. p. 115).

10. L'examen du contenu des originaux des deux soumissions de Loretto S.A. permet en particulier de constater que :

a. Deux documents distincts ont été établis. La première soumission (ci-après : soumission I), qui est datée du 7 février 2008, a été signée par M. Badan pour cette société et porte le timbre humide du 8 février 2008 de la commune. La deuxième (ci-après : soumission II) porte également la date du 7 février 2008. Elle est signée de MM. Badan et Erny. C'est sur la base de celle-ci que l'offre a été adjugée à l'intimée.

b. Loretto S.A. a établi ses deux soumission en utilisant le formulaire de soumission transmis par la commune, qui détaillait les caractéristiques des articles de verrerie et de leurs supports à fournir selon l'offre de base.

c. Dans la soumission I, les caractéristiques de certains articles de verrerie figurant dans l'offre de base ont fait l'objet de modifications manuscrites :

- l'offre relative à l'article 1 a été formulée en fonction de la fourniture d'un verre feuilleté d'une épaisseur de "11 mm" au lieu de celle de "13 mm" demandée dans l'offre de base ;

- l'offre relative à l'article 2 a été formulée en fonction de la fourniture d'un verre trempé extérieur d'une épaisseur de "10 mm", d'un espace d'air de "20 mm", et d'un verre feuilleté intérieur d'une épaisseur de "22 mm (2x8 mm)" au lieu de, respectivement, "12 mm", "22 mm" et "22 m (2x10 mm)" demandée dans l'offre de base ;

- l'offre relative à l'article 3 a été formulée en fonction de la fourniture d'un verre sécurit feuilleté avec angle "poli" au lieu de "biseauté et poli" ;

- l'offre relative à l'article 14 a été formulée en fonction de la fourniture d'un miroir en 3 pièces de 2433/2600 mm, au lieu de 2 pièces de 3650/2160 demandé dans l'offre de base ;

- l'offre relative à l'article 28 a été formulée en fonction de la fourniture d'un verre sécurit feuilleté d'une épaisseur de 20 mm au lieu de 16 mm avec bords biseautés demandé edans l'offre de base.

d. Les caractéristiques de certains autres articles de la soumission, soit des autres articles de verrerie de l'offre de base, se réfèrent à celles des articles précités. Ainsi :

- les articles 17, 18 se réfèrent aux caractéristiques de l'art. 2 ("dito art. 2") ;

- les articles 9, 19, 23, 34 se réfèrent aux caractéristiques de l'art. 3 ("dito art. 3") ;

- les articles 30, 32 38 se réfèrent aux caractéristiques de l'art. 28 (indiqué faussement "dito art. 25" car ce dernier n'est pas un article se rapportant à la fourniture de verre).

e. Le prix offert pour tous les articles précités, a augmenté entre la première et la deuxième soumission, celui des autres ne changeant pas. Ainsi, le prix total de l'offre pour la partie fourniture est passé de CHF 187'816,00 dans la soumission I et à CHF 259'826.- dans la soumission II.

f. Le prix total de l'offre, incluant la main-d'oeuvre, était de CHF 299'269,80 H.T. dans la soumission I et de CHF 420'941,90 H.T. dans la soumission II.

Au vu des éléments précités, il est avéré que la soumission I, seule transmise par Loretti S.A. dans le délai imparti par l'appel d'offres, contenait une offre qui ne correspondait pas aux données de base de celui-ci. Le mandataire de l'intimée l'avait d'ailleurs constaté dans son courrier du 11 février 2008. De fait, il résulte de l'examen de cette première offre, contrairement à ce que ce mandataire et l'intimée ont soutenu dans la suite de la procédure, que l'appelée en cause avait dans un premier temps pris l'option délibérée de présenter une soumission divergent de l'offre de base, soit la fourniture d'articles de même genre mais présentant des

caractéristiques (épaisseurs, ou dimensions de verres, absence de biseautage) qui étaient susceptibles d'entraîner des techniques de pose différentes. Or un tel choix avait pour conséquence de lui permettre de soumettre une offre pour un prix total bien inférieur à celui offert par les autres soumissionnaires qui avaient respecté l'offre de base, sans possibilité de comparaison entre les différentes soumissions.

Dans de telles circonstances, l'autorité adjudicatrice n'avait pas d'autre attitude à prendre pour respecter ses obligations légales, que de constater à l'ouverture de l'offre que l'appelée en cause avait présenté une offre incomplète puisqu'elle avait omis de présenter une soumission correspondant à l'offre de base, ce qui contrevenait au ch. 1. 7 des critères d'adjudication et devait être écartée du processus d'évaluation.

En particulier, l'intimée ne peut ainsi valablement soutenir qu'ayant constaté que la soumissionnaire avait «par inadvertance» indiqué de mauvaises épaisseurs de verre, elle était légitimée, voire dans l'obligation de lui fixer un délai pour corriger des chiffres erronés. Les conditions de l'art. 36 al. 2 aRPMPC n'étaient aucunement réalisées. L'offre ne recelait pas d'erreur de calcul ou de plume qu'il était possible de rectifier après coup et le courrier du mandataire du 11 février 2008 ne visait pas à obtenir simplement des précisions techniques supplémentaires. En accordant un nouveau délai à l'appelée en cause pour rectifier sa soumission, puis en lui adjugeant le marché, l'autorité adjudicatrice a contrevenu au principe d'égalité de traitement garanti par l'art. 1 al. 2 let. b AIMP.

11. La décision d'autoriser l'appelée en cause à compléter son offre a également eu pour conséquence d'entraîner la commune à contrevenir à son obligation d'assurer l'impartialité de l'adjudication également garantie par l'art. 1 al. 2 let. b AIMP.

En effet, le représentant de l'appelée en cause étant présent lors de l'ouverture des offres, il a pu prendre connaissance du montant total de celles de ses concurrents. Le fait qu'il ait eu la possibilité de modifier la teneur de sa soumission postérieurement à cette séance laisse ouvert le soupçon - quel que soit son fondement - qu'il aurait par la suite pu formuler son prix de façon à présenter l'offre la moins disante, ou que la commune voulait le favoriser au détriment de ses concurrents. Cette suspicion est d'ailleurs renforcée par la difficulté à reconstituer après-coup la chronologie des faits, la soumission II qui l'a emportée portant la date du 7 février 2008 alors que selon l'intimée, elle aurait été établie après l'envoi de son courrier du 11 février 2008. Elle l'est également en raison de la position adoptée par l'intimée et son mandataire après l'ouverture des offres. Alors que dans le courrier du 11 février 2008, ce dernier invitait sans équivoque l'appelée en cause à reformuler celle-ci qui n'avait pas été remplie selon le texte de base, tous deux n'ont eu de cesse de répéter dès le rapport d'évaluation du 13 février 2008 que la nouvelle soumission s'inscrivait dans le cadre d'un processus

de rectification d'erreur, allant même jusqu'à le rappeler dans le contrat d'architecte. Cela peut signifier qu'ils avaient pris conscience dès cette date que l'autorisation de reformuler l'offre accordée à l'appelée en cause pouvait être contraire à la loi. Or le fait qu'ils n'en n'aient pas tiré les conséquences juridiques en écartant celle-ci et qu'ils aient persévéré dans leur volonté d'attribuer le marché à cette dernière, est également de nature à jeter un doute sur le respect de leur devoir d'impartialité.

Le Tribunal administratif constatera donc le caractère illicite de la décision d'adjudication du 19 février 2008 du fait des violations de l'art. 1 al. 2 let. b AIMP qui viennent d'être mises en évidence.

12. Le recourante se plaint également de ce que la commune n'a pas attendu l'échéance du délai de recours pour signer le contrat, en contravention à l'art. 14 al. 1 AIMP.
13. Dans la mesure où la conclusion du contrat fait partie de la procédure d'adjudication, le tribunal de céans est compétent pour examiner ce grief dans le cadre de l'action constatatoire dont il est saisi.
14.
 - a. Selon l'art. 14 al. 1 AIMP, le contrat ne peut être conclu avec l'adjudicataire qu'après l'écoulement du délai de recours de l'art. 15 al. 2 AIMP.
 - b. Cette période pendant laquelle le statu quo doit être maintenu ("standstill") a été instaurée pour permettre à un soumissionnaire évincé de faire valoir ses droits. En effet, si son objectif est d'obtenir le marché, la démarche judiciaire qu'il pourrait entreprendre perdrait tout son sens si le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire avaient la possibilité de conclure sans attendre le contrat (O. RODONDI, op. cit. no 93, p. 195).
 - c. La période de protection commence dès la notification de la décision et dure tant qu'un recours à son encontre est possible. Formellement, le délai de recours est de 10 jours, mais avant de conclure le contrat, il incombe à l'autorité adjudicatrice de se renseigner auprès des offices postaux pour savoir quand sa décision a été notifiée aux soumissionnaires ou auprès du greffe du Tribunal administratif pour savoir si un recours a été déposé. De fait, la période d'interdiction de contracter dure nécessairement quelques jours de plus (O. RODONDI, op. cit. no 94 p. 195).

Dans le cas d'espèce, il n'est pas contesté que la décision d'adjudication date du 19 février 2008 qu'elle a été envoyée le jour-même aux soumissionnaires. Le délai de recours échéait dix jours après sa réception, le 21 février 2008, par la recourante. Le délai de recours prenait fin le lundi 3 mars 2008. Dans la mesure où le contrat avait déjà été signé le 29 février 2008 par la commune et l'appelée en

cause, celles-ci n'ont pas respecté le délai d'attente de l'art. 14 al. 1 AIMP, ce que le tribunal de céans constatera également dans le cadre de la présente action.

15. Le sort d'un contrat conclut avant l'échéance du délai de recours est une question controversée qui n'a pas fait l'objet de décision jurisprudentielle (O. RODONDI, op. cit. no 95 p. 195 ; CARRON/FOURNIER, La protection juridique dans la passation des marchés publics, 2002 p. 187 ; E. CLERC, Le sort du contrat conclut en violation des règles sur les marchés publics, AJP 7/97 no 7, p. 804 ; P. GAUCH, Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag, BR/DC 2003 p. 3). Le Tribunal administratif ne l'abordera cependant pas dans la mesure où elle échappe au cadre de l'art. 3 al. 1 ou al. 3 L-AIMP. Cette disposition légale ne lui donne pas d'autre compétence que de contrôler sur recours des intéressés les décisions, au sens de l'art. 4 LPA, prises par l'adjudicateur (art. 15 al. 1 AIMP) en application du droit des marchés publics. Cette compétence ne va pas jusqu'à inclure celle de statuer sur les effets qu'une violation de cette législation a sur la validité du contrat déjà conclut entre ce dernier et l'adjudicataire qui ressortit aux juridictions civiles habilitées à trancher les litiges de droit privé ou ressortant de la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989 de la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989 (LREC - A 2 40).

Indemnisation de la recourante

16. Le caractère illicite de la décision d'adjudication du 19 février 2008 était ainsi constaté, le recours de Demenga S.A. sera admis.
- a. Aux termes de l'art. 3 alinéa 3 L-AIMP, si le caractère illicite de la décision est constaté, le recourant peut demander devant l'autorité compétente la réparation de son dommage, limitée aux dépenses qu'il a subies en relation avec les procédures de soumission et de recours.
- b. Par dépenses « subies » « en relation » avec ces procédures, le législateur a visé les dépenses exposées par le soumissionnaire lésé ; il a nécessairement exclu les dépenses inutiles ou superflues que celui-ci a engagées du fait d'une mauvaise gestion ou de circonstances exorbitantes auxdites procédures. Du point de vue du droit de la responsabilité, il n'est en effet pas possible d'imputer à l'auteur du dommage – fût-ce une collectivité publique - une lésion qui ne se serait pas produite en présence d'une gestion normale et régulière de la société. Cette condition découle du principe de causalité adéquate qui exige qu'il existe un rapport raisonnable entre le dommage subi et l'illicéité de la décision (ATF 131 III 12 consid. 4 p. 13 et références citées).
- c. La L-AIMP est calquée, de ce point de vue, sur la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP – RS 172.056.1) qui prévoit, à son art. 34 al. 1, une limitation de la responsabilité aux dépenses « nécessaires »

engagées par le soumissionnaire en relation avec les procédures d'adjudication et de recours. Plus explicitement que dans la L-AIMP, mais de la même manière, la loi fédérale exclut les dépenses subies par le soumissionnaire lésé qui sortent du cadre des dépenses ordinaires consenties par une société régulièrement administrée.

17. Selon la jurisprudence du tribunal de céans, le dommage que peut donc réclamer la recourante en se fondant sur l'art. 3 al. 3 AIMP est limité à la réparation des impenses engagées dans la procédure de soumission, inclu le remboursement de ses frais d'avocat, à défaut de la réparation du gain manqué, voire d'autres indemnités susceptibles d'être réclamées en raison de la conclusion anticipée du contrat (ATA/409/2005 du 7 juin 2005).
18. La recourante affirme qu'elle a engagé un montant de CHF 7'400.- à titre de frais encourus pour établir sa soumission, représentant 36 heures à CHF 150.- l'heure de frais d'études et de calculation ainsi que 20 heures à CHF 100.- l'heure pour le secrétariat et les demandes d'attestation. Ce montant n'est pas discuté par l'intimée et paraît raisonnable au regard de l'importance de la procédure d'adjudication. Il sera donc admis.
19. Elle allègue également avoir exposé CHF 7'668,55 de frais d'avocat au 3 mars 2008 incluant la rédaction du recours. Ce montant n'est pas discuté par l'intimée. Compte tenu du volume de travail que le contentieux a généré pour son conseil et du tarif horaire appliqué par celui-ci pour établir la note d'honoraires qui correspond au tarif usuel pratiqué par les avocats, ce poste de la demande d'indemnisation sera admis.
20. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'Etat et les administrés sont tenus de payer des intérêts moratoires de 5%, lorsqu'ils sont en demeure d'exécuter une obligation pécuniaire de droit public. Il s'agit là d'un principe général du droit, non écrit, auquel la loi peut certes déroger, mais qui prévaut lorsque celle-ci ne prévoit rien, comme c'est le cas en l'espèce (ATF 101 Ib 252 consid. 4b p. 259; 95 I 263 consid. 3 p. 262).

La mise en demeure intervient le jour où le lésé demande le paiement de son dommage (ATF 101 Ib 252 consid. 4b p. 259). En l'espèce, cette date correspond à celle du dépôt du recours formé contre la décision d'adjudication, dans lequel la recourante a conclu à l'allocation des dommages-intérêts alloués, soit au 3 mars 2008 (ATA/409/2005 du 7 juin 2005).
21. Un émolument de procédure de CHF 2'500.- sera mis à la charge de la commune de Thônex (art. 87 al. 1 LPA). En outre, une indemnité sera allouée à la recourante (art. 87 al. 2 LPA) à la charge exclusivement de la commune, Lorette S.A. s'en étant rapportée à justice, qui sera cependant réduite et fixée à

CHF 2'000.- pour tenir compte, de l'indemnisation des frais d'avocat pour la période antérieure au 3 mars 2008.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 3 mars 2008 par G. Demenga & fils S.A. contre la décision de la commune de Thônex du 19 février 2008 ;

au fond :

l'admet ;

constate l'illicéité de la décision d'adjudication du 19 février 2008 ;

condamne la commune de Thônex à verser à Demenga & fils S.A. une indemnité de CHF 15'630,95 avec intérêts à 5% dès le 3 mars 2008 ;

met à la charge de la commune de Thônex un émolument de procédure de CHF 2'500.- ;

condamne la commune de Thônex à verser à G. Demenga & fils S.A. une indemnité de procédure de CHF 2'000.-.

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Mike Hornung, avocat de la recourante ainsi qu'à Me Bénédic Fontanet, avocat de commune de Thônex ainsi qu'à Loretti S.A..

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy, Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. a.i. :

F. Rossi

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :