

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2319/2008-DCTI

ATA/10/2009

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 13 janvier 2009

dans la cause

CERGNEUX S.A.

et

ESPACE METALLIQUE DLG S.A.

toutes deux représentées par Me Nicolas Peyrot, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DES CONSTRUCTIONS ET DES TECHNOLOGIES DE
L'INFORMATION**

et

PROGIN S.A. METAL

et

BRANDT S.A.

toutes deux appelées en cause

EN FAIT

1. Par avis paru dans la Feuille d'Avis Officielle (ci-après : FAO) du 4 février 2008, la direction des bâtiments du département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : DCTI) soit pour lui le bureau d'architectes organisateur de la procédure, Baillif-Loponte & associés S.A. a lancé un appel d'offres pour la démolition-reconstruction du Collège Sismondi, lot n° 27220 de serrurerie, pour un montant brut hors taxes mentionné à titre indicatif s'élevant à CHF 1'074'000.-. Il s'agissait d'un avis d'appel d'offres de marché de la construction, en procédure ouverte "soumis au MC". Sous chiffre 3.9, il était mentionné que les offres devaient être remises à la direction des bâtiments, 5, rue David-Dufour le 19 mars 2008 à 09h15. Il était ensuite spécifié : "exigences formelles pour la remise des offres : les offres reçues après le délai seront exclues de la procédure d'adjudication".
2. Dans les documents de soumission, il était indiqué en première page "A retourner sous pli cacheté (étiquettes "couleur"), avec les attestations et documents à fournir selon liste de la page 10 de ce document à l'adresse de la direction du DCTI au plus tard le 19 mars 2008 à 09h15. De plus, l'ouverture aurait lieu le 19 mars 2008 à 09h30 au DCTI dans la salle de conférence D 8^{ème} étage".
3. Le 19 mars 2008, il a été procédé à l'ouverture des offres dans des conditions qui seront précisées ci-dessous.
4. Par pli recommandé du 19 juin 2008, la direction des bâtiments a informé le consortium Cergneux S.A. Espace Métallique DLG S.A., formé des entreprises précitées, pour adresse Cergneux S.A. à Genève, que ce marché avait été adjugé à Progin S.A. au montant de CHF 1'208'753.- hors taxes. Cette offre était économiquement la plus avantageuse par rapport aux critères d'adjudication énoncés dans l'appel d'offres. La proposition du Consortium formé par Cergneux S.A. Espace Métallique DLG S.A. avait été classée au 2^{ème} rang sur six candidats ayant présenté une offre recevable.

Cette décision était susceptible de recours dans les dix jours.
5. Par acte déposé le 27 juin 2008, Cergneux S.A. et Espace Métallique DLG S.A. ont recouru auprès du Tribunal administratif contre cette décision en concluant préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif, à l'apport du procès-verbal de la séance d'ouverture des offres et principalement, à l'annulation de la décision d'adjudication du DCTI du 19 juin 2008, les offres de Progin S.A. et Brandt S.A. étant parvenues en mains du DCTI au-delà du délai précité de 09h30. Ces deux offres auraient dû être exclues de la procédure. Le dossier devait être renvoyé au DCTI pour nouvelle décision en conservant le rang des soumissionnaires dont les offres avaient été

examinées. Alternativement, le Tribunal administratif devait adjuger ce marché aux recourantes.

6. Par pli recommandé du 30 juin 2008, le juge délégué a appelé en cause Progin S.A. ainsi que Brandt S.A. Par ailleurs, il a fait interdiction à titre provisionnel au DCTI et aux adjudicataires de conclure le contrat.

7. Les intimées ont été invitées à se déterminer sur effet suspensif.

Par lettre recommandée du 7 juillet 2008, Progin S.A. a souligné les effets qu'aurait l'octroi de l'effet suspensif sur le déroulement du projet de construction du cycle d'orientation Sismondi. L'entreprise devait impérativement préparer toutes les réservations d'inox pour éviter les hausses de prix conséquentes des matières annoncées par les fournisseurs. Plus de cinquante tonnes d'acier inox étaient nécessaires et ces matériaux avaient subi des hausses historiques qui se poursuivaient. Afin de pouvoir bloquer les prix de ces matériaux, des commandes fermes devaient pouvoir être passées très rapidement. Toute hausse de prix serait répercutée sur le maître de l'ouvrage, c'est-à-dire l'Etat de Genève.

Brandt S.A. ne s'est pas manifestée.

8. Le 8 juillet 2008, le DCTI s'en est rapporté à justice quant à la recevabilité du recours.

L'effet suspensif ne devait être restitué que si le recours paraissait suffisamment fondé et si aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y opposait. Ces deux conditions devaient s'interpréter restrictivement. L'offre de Progin S.A. et celle de Brandt S.A. étaient parvenues au DCTI avant l'heure fixée dans les documents de soumission. Acheminées par poste, elles avaient cependant transité par le service courrier du département qui "pour des raisons non imputables aux soumissionnaires" ne l'avait fait parvenir à la direction des bâtiments que vers 09h35.

En l'espèce, toutes les offres avaient été ouvertes simultanément en présence des intéressés. Quant au délai d'un quart d'heure fixé entre le délai pour la remise des offres et l'ouverture de celles-ci, il avait pour but de permettre, avant l'heure de l'ouverture publique, la préparation du procès-verbal et il existait pour des commodités administratives.

Ecarter une offre au motif que ce délai n'aurait pas été respecté relèverait du formalisme excessif. Dans le cas d'espèce, les recourantes, dûment représentées lors de cette ouverture publique, admettaient que les offres de Progin S.A. et de Brandt S.A. avaient été ouvertes en leur présence au cours de la séance. Si elles en contestaient la recevabilité, il leur eût appartenu de le signaler et de s'opposer à l'ouverture desdites offres. Or, les représentants des deux recourantes avaient signé le procès-verbal sans réserve. Non seulement le grief de l'irrecevabilité de l'offre de

Progin S.A. était infondé mais il était encore tardif. En tout état, le recours ne paraissait pas suffisamment fondé pour que l'effet suspensif soit restitué.

L'intérêt public à la réalisation de ce bâtiment scolaire dans les meilleurs délais devait primer l'intérêt privé des recourantes de nature purement économique visant à l'obtention du marché.

Le DCTI a sollicité encore un délai pour se déterminer sur le fond.

Par décision du 10 juillet 2008, la Présidente du Tribunal administratif a restitué l'effet suspensif au recours.

9. Un tel délai a été imparti aux intimés à mi-août.

a. Le DCTI a, le 11 août 2008, conclu au rejet du recours en ajoutant qu'il ne notait pas l'heure d'arrivée des courriers ; il n'était donc pas en mesure de prouver que l'offre des adjudicataires avait été réceptionnée par ses services avant 09h15.

Faire droit aux conclusions des recourantes serait faire preuve de formalisme excessif alors que ni le principe de l'égalité ni celui de la transparence n'avaient été violés.

Le recours devait être rejeté.

b. Le 14 août 2008, Progin S.A. a exposé que ses courriers avaient été envoyés dans deux enveloppes séparées, postées ensemble le jour précédent à Bulle à 14h12 avec la garantie de La Poste que ces plis seraient délivrés le lendemain, soit le 19 mars 2008 jusqu'à 09h00 au plus tard.

Le matin même de l'ouverture, afin de s'assurer que l'offre serait bien acheminée dans la salle de conférence du 8^{ème} étage, Progin S.A. avait envoyé un fax au DCTI. Lors de l'ouverture de la séance, l'enveloppe contenant les attestations était effectivement arrivée ainsi que le fax précité. Le responsable de l'ouverture des soumissions n'ayant pas toutes les offres en mains, avait décidé de retarder l'ouverture de quelques minutes en attendant l'arrivée des dernières offres manquantes. Progin S.A. disait regretter ces problèmes d'acheminement interne du courrier mais n'en être aucunement responsable. Elle estimait que ces plis avaient été rendus dans les délais : "après ces quelques petits retards, l'ouverture de toutes les soumissions a été faite dans les règles de l'art et des procédures, le représentant de l'entreprise recourante a participé sans opposition à l'ouverture des soumissions et en a accepté le procès-verbal d'ouverture par signature. Entrer en matière sur de tels recours pour un léger retard de quelques minutes constituant de si futiles détails serait très excessif".

Était joint un courrier du 19 mars 2008 adressé au DCTI dont rien ne permet de penser qu'il avait été expédié par fax. Ce dernier faisait référence à ce marché et

Progin S.A. indiquait : "Nous avons l'avantage de vous informer que vous avez reçu la soumission avant 09h00 selon la confirmation de La Poste ci-jointe. Merci d'avance d'en tenir compte pour l'ouverture publique de ce jour à 09h30 dans la salle de conférence D 8^{ème} étage. Dans l'attente de vos nouvelles etc.". Etais annexée une confirmation-quittance de La Poste pour un envoi Swiss Express (ci-après : SE) Lune avec un numéro de colis et un de lettre.

10. Le 16 septembre 2008, le juge délégué a écrit à La Poste Suisse Genève, centre de distribution, à La Poste Suisse à Bulle ainsi qu'à La Poste Suisse à Berne pour demander quelles étaient la date et l'heure auxquelles le colis et la lettre portant les numéros mentionnés sur cette quittance avaient été réceptionnés par leur destinataire. Selon le site de La Poste, les envois SE Lune déposés dans un office de poste la veille au soir voyaient leur distribution garantie le matin suivant avant 09h00 dans toute la Suisse. Or, la consultation du site de La Poste Track & Trace pour la prestation de base SE Lune faisait apparaître, en regard des deux numéros précités, que chacun d'eux avait été distribué le 19 mars 2008 à 09h44.
11. Le 22 septembre 2008, la direction de La Poste à Berne a répondu que ces deux colis exprès avaient été distribués au secrétariat de la direction des bâtiments au 8^{ème} étage dans le bâtiment du DCTI à 09h44. Etaient annexées, une confirmation de distribution et la signature du réceptionnaire.
12. Le 22 septembre 2008 le DCTI a indiqué au juge délégué qu'il n'avait pas retrouvé le fax qui lui avait été adressé par Progin S.A. Selon le journal du télécopieur de la réception toutefois, un fax en provenance du numéro de Progin S.A. était arrivé à 09h24.
13. Ces nouvelles pièces ont été transmises aux parties avec un délai au 10 octobre 2008 pour se déterminer à leur sujet, délai qui a été prolongé au 7 novembre 2008.
14. Dans un courrier complémentaire du 29 septembre 2008, le centre courrier Genève de La Poste a confirmé que les deux plis avaient été distribués le 19 mars 2008 à 09h44 mais que cela s'expliquait par le fait que le facteur avait mal interprété l'étiquette collée sur les envois dont une photocopie était annexée et sur laquelle il était indiqué "département des constructions et des technologies de l'information - soumission direction des bâtiments - chantier Collège Sismondi, avenue de France 30, 1202 Genève, démolition/reconstruction lot n° 27220 ouverture le 19 mars 2008 à 09h30". Le facteur en avait déduit que les bureaux ouvraient à cette heure-ci, raison pour laquelle il ne s'était présenté à la réception qu'à 09h44.
15. Le 7 octobre 2008, le DCTI a admis que le retard dans l'acheminement de ce pli était établi mais qu'il était dû à La Poste. Pour le surplus, le recours était irrecevable puisqu'il n'avait pas été interjeté contre le procès-verbal d'ouverture des offres.

Compte tenu du retard important que prenait ce chantier, le DCTI requérait une décision dans les meilleurs délais.

16. Le 28 octobre 2008, les recourantes ont déposé leurs observations. Leurs allégations se trouvaient entièrement confortées par les pièces produites et le fax peu compréhensible de Progin S.A. était par ailleurs arrivé à 09h24. En tout état, il était prouvé que les offres de Progin S.A. et de Brandt S.A. étaient arrivées au-delà de 09h15, respectivement de 09h30, ce que le DCTI admettait dans sa dernière écriture, quelqu'en soit le responsable. Il en résultait que le DCTI aurait dû exclure cette offre-ci en raison de sa double tardiveté quant à l'heure de remise et quant à celle d'ouverture de la séance d'adjudication.

La procédure en ce domaine était formaliste dans un but précis de sécurité juridique, lequel liait tant l'administration que les soumissionnaires, et l'avis paru dans la FAO était clair. Il était surprenant que le DCTI soutienne une thèse allant à l'encontre de la règle qu'il avait lui-même édictée.

L'absence de réaction des représentants des recourantes lors de l'ouverture des offres s'expliquait par le fait que ceux-ci ne pouvaient à ce moment, alors qu'ils n'avaient qu'un rôle d'observateurs, défendre leurs offres ou critiquer celles des autres. La procédure était entièrement conduite et contrôlée par le DCTI qui en assumait la responsabilité. Par ailleurs, il aurait fallu que les représentants des recourantes disposent de connaissances juridiques et aient été au courant du déroulement des faits pour réagir sur le moment et protester contre la recevabilité de ces offres-ci. Le fait que Progin S.A., de même que Brandt S.A., aient choisi de communiquer leurs offres par poste était de leur responsabilité. Les deux recourantes persistaient dans leurs conclusions.

17. Le 31 octobre 2008, le juge délégué a prié le DCTI de lui indiquer le nom du fonctionnaire qui avait procédé à l'ouverture des offres le 19 mars 2008 et dressé le procès-verbal établi à cette occasion.

Il lui a été répondu le 4 novembre 2008 qu'il s'agissait de Monsieur Richard de Senarclens. L'architecte en charge du projet, M. Roger Loponte, était également présent.

18. Progin S.A. s'est déterminée le 5 novembre 2008 en maintenant que toutes les offres avaient été ouvertes à cette même séance, que les représentants des entreprises recourantes avaient signé le procès-verbal d'ouverture et que celles-ci avaient été validées et reconnues sans contestation aucune. Le DCTI lui avait adjugé les travaux et elle se réservait le droit de recourir contre une nouvelle décision contraire.

19. Le 19 novembre 2008, M. de Senarclens, délié du secret de fonction, entendu en présence de toutes les parties, a déclaré qu'il était fonctionnaire au DCTI depuis

1990. Depuis quatorze ans, il s'occupait des ouvertures publiques d'offres pour les marchés publics notamment.

Il résultait du procès-verbal d'ouverture publique du 19 mars 2008 que les entreprises suivantes ont soumissionné :

N°	Sociétés	code postal	signatures	attestations	montant total TTC		observations délais
1	Magnin/Pavoise SA	1226		oui	1'331'607.00		
(2	Consortium Cergneux et						
3	Espace métalliques DLG	1208		oui	1'330'836.61		
4	Ouvrages métalliques SA	1260		oui	1'474'120.00		
5	Ramelet S.A.	1227		oui	1'811.100.50		
6	Progin S.A.	1630		oui	1'356'821.45	1'245'942.00	
7	Brandt S.A.	1630		oui	1'410'971.20		
8							
9							
10							
11							
pour le département :		l'architecte :			l'ingénieur :		

Ce document avait été signé de M. Loponte et de M. de Senarclens ainsi que des représentants des deux entreprises ayant assisté à l'ouverture des offres, soit les deux entreprises recourantes.

Au moment de la réception des offres, soit avant le début de la séance, c'était Monsieur André Ardovino, fonctionnaire au DCTI également, qui avait rempli les cinq premières lignes comportant le nom des entreprises et leur code postal. Les noms des deux dernières entreprises, soit Progin S.A. et Brandt S.A., avaient été indiqués, lui semblait-il, par M. Loponte pendant la séance. Celui-ci avait également apposé son paraphe à côté de la signature de M. de Senarclens.

Selon la pratique qui avait toujours été la sienne, et qui ne lui avait jamais été reprochée jusqu'ici, le témoin avait toujours accepté les offres déposées pendant l'ouverture de celles qui étaient déjà en ses mains. S'il était en vacances, c'était le technicien responsable du chantier qui procédait à l'ouverture des offres. L'avis paru dans la FAO le 4 avril 2008, qu'il n'avait jamais vu, prévoyait en effet un délai à 09h15 pour la remise des offres et un délai à 09h30 pour l'ouverture de celles-ci. Ce quart d'heure de battement avait pour but de permettre à M. Ardovino d'effectuer le travail administratif consistant à inscrire le nom des entreprises. En l'espèce, le témoin avait accepté les deux offres de Progin S.A. et Brandt S.A. qui lui avaient été apportées après 09h30, car il avait pensé que ces courriers avaient été bloqués au sein du DCTI. Il se sentait toujours un peu fautif dans un tel cas et ne voulait pas pénaliser l'Etat de Genève par un formalisme excessif, alors qu'il lui apparaissait préférable que celui-ci reçoive le plus d'offres possible. De plus, il savait qu'il existait souvent des accidents, que les routes étaient embouteillées et qu'un retard pouvait survenir.

Le DCTI ne notait pas l'heure de réception des offres.

20. La représentante du DCTI a indiqué par ailleurs qu'il n'était pas contesté que les offres de Progin S.A. et Brandt S.A. étaient arrivées à 09h44 à la réception de la

direction des bâtiments au 8^{ème} étage, en mains de M. Ardovino. La pièce dans laquelle se déroulait la séance d'ouverture des offres se trouvait à côté de la réception.

Le DCTI avait établi les étiquettes rouges envoyées aux entreprises désireuses de soumissionner et comportant la date de l'ouverture des offres ainsi que le nom du marché pour qu'à réception, le destinataire sache immédiatement de quoi il s'agissait.

21. Le témoin a poursuivi en indiquant qu'à 09h44, il était en train d'ouvrir les offres et de vérifier les attestations des soumissions déjà déposées lorsqu'une secrétaire lui avait apporté les plis de Progin S.A. et de Brandt S.A. qu'il avait acceptés et ouverts. Personne n'avait protesté, sinon il l'aurait mentionné sur le procès-verbal. Ledit procès-verbal avait été signé par les représentants des sociétés présents à ce moment-là, soit ceux de Cergneux S.A. et Espace Métallique DLG S.A. Personne ne représentait Progin S.A. et Brandt S.A.

Progin S.A. avait déposé une variante et c'était la raison pour laquelle, sur la ligne relative à cette société, se trouvait un second montant de CHF 1'245'942.-. Si les montants indiqués l'étaient TTC, c'était parce que les formulaires n'avaient jamais été modifiés. M. de Senarclens n'avait pas été tenu au courant de la suite de la procédure car il n'intervenait plus, M. Loponte procédant ensuite à la vérification de toutes les offres et des calculs. Le procès-verbal était alors remis à Monsieur Marc Andrié, responsable de la division concernée.

M. de Senarclens n'avait plus le souvenir d'avoir reçu avant la séance un fax de Progin S.A. Il ne se souvenait pas davantage d'avoir retardé l'heure d'ouverture de la séance pour attendre les offres manquantes puisqu'il acceptait celles déposées pendant la procédure d'ouverture.

22. Les représentants de Progin S.A. ont indiqué qu'ils avaient reçu de La Poste l'assurance que les plis seraient distribués le lendemain avant 09h00. Ils avaient opté pour ce mode de procéder afin d'éviter d'être retardés en cas d'accident sur l'autoroute, comme cela s'était produit récemment dans un autre dossier.
23. La représentante du DCTI a ajouté que depuis ces deux affaires, la pratique avait été modifiée. Les offres devraient dorénavant lui parvenir deux jours avant l'ouverture, soit le lundi pour le mercredi, et plus aucun délai en heure ne serait fixé pour la remise des offres. Il était exact que dans la parution faite pour ce marché dans la FAO, il était spécifié que les offres reçues après le délai fixé à 09h15 seraient exclues de la procédure d'adjudication. Néanmoins, les entreprises ayant travaillé plusieurs jours pour déposer les offres ne pouvaient se voir écartées si l'offre avait été ouverte en même temps que les autres, ce qui respectait le principe de transparence et d'égalité de traitement.

Enfin, dès 2009, le DCTI ne procéderait plus à des ouvertures publiques d'offres.

24. Le représentant de Cergneux S.A. a précisé que la séance d'ouverture des offres avait été retardée d'environ dix minutes pour attendre les offres manquantes.

Enfin, il a relevé que le prix auquel l'adjudication avait été faite à Progin S.A., soit CHF 1'208'753.- HT, était de quelque CHF 50'000.- inférieur au montant indiqué dans le procès-verbal d'ouverture s'agissant de la variante.

25. Tant Progin S.A. que la représentante du DCTI ont précisé que ce n'était pas la variante qui avait été adjugée mais l'offre de base, avec les corrections arithmétiques apportées par M. Loponte au moment de l'examen de l'offre. La représentante du DCTI a relevé que le recours ne portait pas sur cette question ; les représentantes des recourantes ont répliqué qu'ils n'avaient pu se rendre compte de cet élément précédemment. La représentante du DCTI a ajouté que le tableau d'évaluation des dossiers avait été établi par le DCTI au vu du rapport de l'architecte mandaté. Compte tenu du montant du marché, c'était en l'espèce le directeur général qui prenait la décision d'adjudication.

Le représentant de Progin S.A. a encore ajouté que dans la variante, sa société avait prévu des balustrades en acier thermolaqué au lieu de l'inox, ce qui diminuait le coût, mais n'avait pas été accepté par l'autorité adjudicatrice.

26. A l'issue de l'audience, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

EN DROIT

A. RECEVABILITE

1. Le DCTI allègue que le recours serait tardif car il aurait dû être dirigé contre le procès-verbal d'ouverture des offres, les représentantes des recourantes ayant assisté à la séance du 19 mars 2008 au cours de laquelle M. de Senarclens a accepté les offres déposées à 09h44 par Progin S.A. Métal et Brandt S.A. sans avoir émis d'objections sur le moment.

Les recourantes exposent pour leur part que leurs représentants ont certes constaté à cet instant que les offres des appelées en cause avaient été ouvertes ; n'étant pas juristes, ils ne savaient pas si ces offres seraient ultérieurement écartées, de sorte que leur recours, interjeté dans les dix jours dès réception du courrier du DCTI du 19 juin 2008 devait être déclaré recevable. Enfin, ce n'était qu'au cours de la procédure qu'ils avaient appris que l'adjudication portait sur l'offre de base de Progin S.A. - et non sur la variante - à un prix corrigé par le bureau d'architecte

Loponte, de sorte qu'ils n'avaient pu prendre aucune conclusion à ce sujet. En tout état, l'offre des adjudicataires devait être écartée car déposée après 09h15, respectivement 09h30, comme l'instruction l'avait démontré.

2. En l'espèce, il apparaît - au terme de l'instruction - que les représentants des recourantes ne disposaient pas, au moment de l'ouverture des offres le 19 mars 2008, des éléments qui leur auraient permis de recourir avec quelque chance de succès contre l'ouverture des offres des appelées en cause et leur recours aurait vraisemblablement été considéré comme prématuré.
3. a. Le Tribunal administratif est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 56A loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05). Il examine d'office et librement sa compétence (ATA/124/2005 du 8 mars 2005).

b. Jusqu'au 31 décembre 2008, le recours en matière de marchés publics n'était recevable que dans la mesure où une disposition légale, réglementaire ou statutaire spéciale le prévoyait (art. 56B al. 4 litt c LOJ). Cette disposition a cependant été abrogée depuis le 1^{er} janvier 2009 par la nouvelle du 18 septembre 2008.

L'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), entré en vigueur pour Genève le 9 décembre 1997, s'applique notamment à la passation des marchés publics en matière de constructions dont la valeur-seuil totale estimée s'élève à CHF 9'575'000.- HT pour les ouvrages (art. 7 AIMP ; annexe 1), le DCTI, soit l'Etat de Genève étant une autorité adjudicatrice au sens de l'article 8 AIMP.

Les modifications du 30 novembre 2006, apportées à la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (LAIMP - L 6 05.0), portant sur l'adhésion à l'AIMP dans sa version du 15 mars 2001 sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2008, de même que le règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6.05.01) abrogeant le règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 (ATA/622/2008 du 11 décembre 2008). La valeur seuil précitée a été maintenue et il n'est pas contesté que la valeur estimée totale de l'ouvrage est supérieure, si l'on considère la construction de tout le bâtiment.

- c. Enfin, le recours contre les décisions d'adjudication doit être interjeté auprès du Tribunal administratif dans les dix jours dès la notification de celle-ci (art. 15 al. 2 AIMP ; art. 56 al. 1 RMP ; art. 63 al. 1 litt b LPA). Déposé au greffe de la juridiction le 27 juin 2008 contre la décision du 19 juin 2008, le recours l'a été en temps utile et il est recevable.

B. FOND

4. a. Dans l'avis d'appel d'offres paru dans la FAO le 4 février 2008, le DCTI a lui-même indiqué que les offres devaient être remises à la direction des bâtiments le 19 mars 2008 à 09h15 et que celles reçues après ce délai seraient exclues de la procédure d'adjudication.

b. Entendu comme témoin le 19 novembre 2008, M. de Senarclens, fonctionnaire du DCTI en charge depuis quatorze ans de l'ouverture publique des offres pour les marchés publics notamment, a déclaré n'avoir pas eu connaissance de ce texte.

L'ouverture elle-même des offres était fixée à 09h30 et ce quart d'heure de battement avait pour but de permettre à l'autre fonctionnaire assistant M. de Senarclens, M. Ardovino, d'effectuer le travail administratif préalable consistant notamment à inscrire les noms des entreprises.

L'instruction de la cause a établi que M. de Senarclens avait retardé le début de la séance pour attendre les offres des appelées en cause. Or, ces offres ont été réceptionnées par le DCTI à 09h44 et non à 09h35 comme celui-ci l'a soutenu dans un premier temps.

5. La seule question à trancher est ainsi celle de savoir si M. de Senarclens devait refuser les offres des appelées en cause, car déposées au-delà de 09h15, et même de 09h30, et si l'annulation pour ce motif de l'adjudication faite dans ces conditions serait constitutive de formalisme excessif, ainsi que le plaident le DCTI et les adjudicataires, les principes de transparence et d'égalité de traitement ayant été néanmoins respectés, selon eux.

6. Le droit des marchés publics est formaliste, comme le tribunal de céans l'a déjà rappelé à réitérées reprises (ATA/95/2008 du 4 mars 2008 ; ATA/79/2008 du 19 février 2008 ; ATA/250/2006 du 9 mai 2006 ; ATA/150/2006 du 14 mars 2006). Dans ce dernier arrêt notamment, il a été jugé que le fait d'accepter une offre accompagnée d'attestations mises à jour postérieurement à l'ouverture des offres créerait une inégalité de traitement avec les autres soumissionnaires ayant respecté les exigences posées.

En l'espèce, la situation n'est guère différente : en retardant délibérément le début de la séance d'ouverture des offres pour attendre celle dont l'une des adjudicataires lui avait annoncé l'arrivée par fax le matin même, le fonctionnaire du DCTI n'a pas respecté le principe d'égalité de traitement puisqu'il aurait dû écarter les offres parvenues en mains de l'autorité adjudicatrice après 09h15, selon les règles que celle-ci avait elle-même posées, et en tous les cas après 09h30, favorisant ainsi des entreprises qui n'avaient pas respecté lesdites exigences comme les recourantes l'avaient fait.

Annuler une adjudication faite dans ces conditions ne saurait être constitutif de formalisme excessif.

Les offres des appelées en cause auraient dû être écartées sans même être ouvertes, M. de Senarclens devant veiller au respect des principes d'égalité de traitement et de transparence et ne pas se soucier de l'intérêt de l'Etat à obtenir le plus d'offres possibles d'une part, ou à prendre en considération d'autre part, le travail qu'aurait fourni en vain une entreprise ayant déposé tardivement son offre, quelles que soient les raisons de ce retard.

7. En conséquence, le recours sera admis. La décision d'adjudication sera annulée. Vu l'issue du litige, un émoulement de CHF 2'500.- sera mis à charge du DCTI et de Progin S.A., pris conjointement et solidairement. Une indemnité de procédure du même montant sera allouée aux recourantes, à charge de l'Etat de Genève et de Progin S.A., pris conjointement et solidairement (art. 87 LPA).

Brandt S.A. bien qu'appelée en cause, n'ayant pris aucune conclusion sera dès lors dispensée de participer au paiement de ces frais

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 27 juin 2008 par Cergneux S.A. et Espace Métallique DLG S.A. contre la décision d'adjudication du département des constructions et des technologies de l'information du 19 juin 2008 ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision du 19 juin 2008 du département des constructions et des technologies de l'information ;

met à la charge du département des constructions et des technologies de l'information et de Progin S.A., pris conjointement et solidairement, un émoulement de CHF 2'500.- ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 2'500.- à Cergneux S.A. et Espace Métallique DLG S.A. à la charge de l'Etat de Genève et de Progin S.A., pris conjointement et solidairement ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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 :

si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics ;

s'il soulève une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les articles 113 et suivants LTF ;

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'article 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 Nicolas Peyrot, avocat des recourantes, au département des constructions et des technologies de l'information, à Progin S.A. Métal ainsi qu'à Brandt S.A., appelées en cause.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

M. Tonossi

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :