RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1012/2004-DIV **ATA/834/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 26 octobre 2004

dans la cause

A. & B. S.A.
représentée par Me Christian Reiser, avocat

contre

La F. HBM E. K.
représentée par Me Saverio Lembo, avocat

et

Monsieur T. J.
appelé en cause, en personne

EN FAIT

1. Le 16 février 2004, la Fondation HBM E. K. (ci-après : la Fondation HBM) a publié un avis de soumission publique dans la Feuille d'Avis Officielle du canton de Genève (ci-après : FAO) pour un mandat d'ingénieur civil visant à la construction de deux immeubles HBM à Grange-Collomb (Carouge). Cet avis a également été publié sur le site Internet simap.ch.

   La publication précisait que la procédure était ouverte et soumise à l'Accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 (ci-après : accord GATT - RS 0.632.231.422) et à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05).

2. Le point 3.5 de l'appel d'offres définissait les critères d'adjudication de la manière suivante : « Critères d'adjudication : conformément aux critères suivants par ordre d'importance : 1. approche spécifique au mandat et motivation (pondération : 50%), 2. montant de l'offre (pondération : 25%), 3. références, potentiels, organisation, personnel et équipement du candidat (pondération : 25%).

   Le point 3.9 stipulait, au titre des exigences formelles pour la remise des offres, que seuls les dossiers de candidature complets et signés seraient admis.

3. Dès le 16 février 2004, le dossier de candidature se trouvait à disposition de l'ensemble des soumissionnaires dans les locaux de la Fondation HBM.

   Son contenu différait de celui publié dans la FAO et sur le site Internet simap.ch en ce qui concerne les pondérations indiquées des critères d'adjudication. En effet, le dossier de candidature gardé à la Fondation HBM prévoyait en caractère gras les pondérations suivantes : 50% pour le premier critère, 30% pour le deuxième critère et 20% pour le dernier critère.

4. Le 1er mars 2004, le bureau d'ingénieurs A. & B. S.A. (ci-après : A. & B. S.A.) a prié la Fondation HBM de lui faire parvenir le dossier de candidature sous forme électronique. Celle-ci s'est exécutée le lendemain en faisant parvenir à A. & B. S.A. ledit dossier sous forme de CD-ROM, avec le même contenu que le dossier de candidature mis à disposition dans ses locaux, c'est-à-dire avec les pondérations à 50%, 30% et 20%.

   Le dossier de candidature élaboré par la Fondation HBM prévoyait notamment que les candidats devaient fournir une « attestation justifiant que pendant 3 ans au moins le prestataire a exercé, en qualité d'entreprise inscrite au registre du commerce de son siège social ou dans un registre professionnel, une activité en rapport quant à sa nature et à son importance avec celle dont relève la soumission ».

5. Le 29 mars 2004, A. & B. S.A. a soumissionné pour le marché susmentionné en faisant parvenir à la Fondation HBM un dossier de candidature complet au délai imparti.

6. L'ouverture publique des offres a eu lieu à la Fondation HBM le 31 mars 2004.

7. D'après le procès-verbal d'ouverture des offres, le soumissionnaire T. J., entreprise individuelle, a annexé à son offre un extrait le concernant du registre professionnel REG tenu par la Fondation des Registres suisses des ingénieurs, des architectes et des techniciens.

La Fondation HBM a cependant prié M. J. de lui fournir un extrait du Registre du commerce. Celui-ci s'est exécuté le lendemain, à savoir le 1er avril 2004.

8. Il ressort du procès-verbal d'ouverture des dossiers que l'offre présentée par A. & B. S.A. était largement la plus basse avec un montant hors TVA de CHF 282'634.-

9. Le comité d'évaluation mis en place dans le cadre du projet « Grange-Collomb », composé pour l'essentiel de spécialistes de la construction, a d'emblée estimé que le volume de travail que A. & B. S.A. proposait de consacrer au projet était, vu les caractéristiques de ce dernier, largement insuffisant.

10. Par décision du 30 avril 2004, le marché a été adjugé à M. J. pour le montant hors TVA de CHF 398'000.-, au motif que son offre remplissait pleinement les conditions qui lui permettait d'être adjudicataire et qu'elle avait été jugée économiquement la plus avantageuse.

11. Le 3 mai 2004, A. & B. S.A. a reçu notification de la décision d'adjudication à M. J., qui rejetait son offre par la même occasion. En annexe de cette décision, l'adjudicatrice avait joint le tableau d'évaluation des dossiers regroupant les trois critères d'évaluation, ainsi que les notes attribuées à chacun des soumissionnaires, avec le total du nombre de points obtenus.

A. & B. S.A. avait obtenu une note de 3.1 s'agissant du premier critère, une note de 0.4 pour le montant de son offre et la note 3.6 quant au dernier critère d'évaluation ; la note maximale pouvant être obtenue étant un 4.

12. Le 13 mai 2004, A. & B. S.A. a interjeté recours au Tribunal administratif contre la décision d'adjudication en requérant l'effet suspensif et en concluant à l'annulation de la décision d'adjudication ou à la constatation de son illicéité, ainsi qu'à la condamnation de la Fondation HBM en tous les dépens de la procédure, parmi lesquels une équitable indemnité valant participation aux honoraires de son conseil.

13. Le 26 mai 2004, la Fondation HBM a conclu au refus de restituer l'effet suspensif et au rejet du recours, tout en demandant au tribunal un délai pour répondre sur le fond.

14. Par décision du 2 juin 2004, le Tribunal administratif a rejeté la requête d'effet suspensif de A. & B. S.A.

15. Le 5 juillet 2004, la Fondation HBM a conclu le contrat relatif au marché susmentionné avec M. J..

16. Le lendemain, la Fondation HBM a fait parvenir son mémoire de réponse au tribunal, qui concluait au rejet du recours au motif que l'ensemble des griefs soulevés par A. & B. S.A. étaient infondés et que la décision d'adjudication ne saurait être déclarée illicite.

17. Le 15 juillet 2004, M. J., appelé en cause, a fait savoir au tribunal qu'il se ralliait en tous points à la position de la Fondation HBM.

18. En date du 2 septembre 2002, le Tribunal administratif a avisé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté dans le délai légal de dix jours dès la notification de la décision devant l'autorité de recours compétente, le présent recours est recevable (art. 15 al. 1-2 AIMP ; art. 3 al. 1 de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 – LAIMPu – L 6 05.0).

2. La recourante prétend que l'autorité adjudicatrice aurait modifié la pondération des critères d'adjudication entre le moment de la publication de l'offre dans la FAO et celui de la communication du tableau d'évaluation fourni à l'appui de sa décision d'adjudication.

Le principe de transparence régissant la passation des marchés publics (art. 1 al. 2 lit. c AIMP) impose au pouvoir adjudicateur de ne plus modifier les critères d'adjudication et leur ordre d'importance après leur communication aux soumissionnaires (D. ESSEIVA, note ad S38 à S41, DC 4/2003, p. 154). Il en va de même de leur pondération (ATA/148/2003 du 18 mars 2003).

En l'espèce, la pondération des critères n'a pas été modifiée en cours de procédure, car les soumissionnaires ont pu avoir connaissance le même jour de la divergence entre la pondération indiquée dans l'appel d'offres et celle contenue dans le dossier de candidature. En effet, ce dernier a été mis à la disposition des soumissionnaires le jour de l'appel d'offres, sur simple demande.

La recourante a rempli le dossier que l'autorité adjudicatrice lui a transmis, sur sa requête, en version électronique, après avoir pris connaissance de l'appel d'offres. Compte tenu de l'importance attachée aux critères d'adjudication et à leur pondération, le pourcentage attribué à chaque critère est une information dont les soumissionnaires prennent connaissance avec attention. Dès lors, la recourante n'a pas pu ignorer la divergence litigieuse, qui ne l'a pas empêchée de soumettre son offre. À tout le moins aurait-elle dû interpeller l'autorité adjudicatrice sur la divergence entre les pondérations indiquées respectivement dans l'appel d'offres et dans le dossier y relatif.

Quoi qu'il en soit, selon la jurisprudence et la doctrine, l'appel d'offres et les documents associés sont des décisions finales et les griefs y relatifs doivent être invoqués sans retard, par le biais d'un recours déposé dans les dix jours dès leur communication (ATF 129 I 313 consid. 6.2; 125 I 203 ; 2P47/2004 du 6 avril 2004 consid. 3 ; ATA A/1047/2001 du 26 novembre 2002 consid. 5 ; ATA A/201/2001 du 27 mars 2001 ; E. CLERC, L'ouverture des marchés publics : effectivité et protection juridique, thèse Fribourg, 1997, p. 505). La recourante ayant omis de recourir contre la divergence des pondérations indiquées par l'appel d'offres et le dossier de candidature dans le délai de dix jours dès leur communication, le grief de manque de transparence est à rejeter sur ce point.

3. La recourante se plaint d'une inégalité de traitement entre soumissionnaires au motif que l'offre de l'adjudicataire a été admise en dépit du fait qu'elle ne contenait pas d'extrait du Registre du commerce, alors qu'il était stipulé au point 3.9 de l'appel d'offres, au titre des exigences formelles pour la remise des offres, que « seuls les dossiers de candidature complets et signés seraient admis ».

Le but de la législation en matière de marchés publics est notamment de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et d'assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 2 lit. b AIMP). Dans cette optique, l'autorité adjudicatrice a l'obligation de traiter de manière égale les soumissionnaires pendant tout le déroulement formel de la procédure. C'est pourquoi, par principe, une offre qui ne correspond pas aux exigences de l'appel d'offres ne peut être prise en compte (ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 109). Ce principe doit toutefois être nuancé : il peut être disproportionné d'exclure une offre qui ne contient pas toutes les attestations requises, car ces documents n'ont en effet guère d'influence sur la qualité des prestations offertes (ZUFFEREY/MAILLARD/ MICHEL, op. cit., p. 110). Reste à voir si l'offre de l'adjudicataire était réellement lacunaire.

L'appel d'offres exigeait la production d'une « attestation justifiant que pendant 3 ans au moins le prestataire a exercé, en qualité d'entreprise inscrite au registre du commerce de son siège social ou dans un registre professionnel, une activité en rapport quant à sa nature et à son importance avec celle dont relève la soumission ». En outre, le Règlement sur la passation des marchés publics en matière

de construction du 19 novembre 1997 (RPMPC ; L 6 05.01) prévoit que, pour être admis à soumissionner, un candidat doit « justifier que, pendant trois ans au moins, il a exercé en qualité d'entreprise inscrite, à son siège social, au Registre du commerce ou dans un registre professionnel, une activité en rapport, quant à sa nature et à son importance, avec celle dont relève la soumission » (art. 26 al. 1 lit. a RPMPC).

Pour satisfaire à l'exigence de l'appel d'offres, l'adjudicataire a joint à son offre un extrait le concernant du registre professionnel REG tenu par la Fondation des Registres suisses des ingénieurs, des architectes et des techniciens. Ainsi, l'adjudicataire avait choisi de produire l'un des termes de l'alternative expressément admise à l'extrait du Registre du commerce. Ce faisant, il a remis une offre complète au vu des exigences de l'appel d'offres.

En tout état de cause, même à admettre que les soumissionnaires devaient produire un extrait du Registre du commerce, l'acceptation par l'intimée de l'offre formulée par le candidat T. J. serait conforme aux principes de la proportionnalité et de la prohibition du formalisme excessif et ne serait donc pas illicite.

Pour le surplus, que l'intimée ait prié le soumissionnaire T. J. de lui fournir un extrait du Registre du commerce ne signifiait pas que son offre était incomplète, mais procédait d'un droit de vérification qu'elle se réservait expressément dans le dossier de candidature. Pour toutes ces raisons, le grief d'inégalité de traitement est infondé sur ce point.

4. La recourante reproche à l'autorité adjudicatrice de ne pas avoir suffisamment motivé sa décision d'adjudication en lui indiquant seulement le rang de son offre par rapport à celles des autres candidats, ainsi qu'en lui remettant le tableau d'évaluation des dossiers la concernant.

À cet égard, il faut relever que l'article 13 lit. h AIMP n'exige qu'une motivation sommaire des décisions d'adjudication (cf. aussi art. 41 RPMPC). En outre, une décision d'adjudication à laquelle un tableau d'évaluation des dossiers est joint sera en principe considérée comme suffisamment motivée (ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, op. cit., p. 126 s.).

Dans le cas présent, l'autorité adjudicatrice a spontanément annexé un tableau d'évaluation à la décision contestée. Dès lors, elle a rempli les exigences légales en matière de motivation. En outre, la recourante n'a pas demandé à l'autorité adjudicatrice qu'elle explicite davantage sa décision. Par conséquent, le grief de motivation insuffisante de la décision d'adjudication est à rejeter.

5. La recourante invoque une violation des principes de transparence et d'impartialité s'agissant de l'appréciation du critère de la qualité économique de l'offre.

Elle relève que le montant de son offre était plus bas que celui des offres formulées par l'ensemble des autres candidats et que son offre a pourtant obtenu la note de 0.4 sur 4 pour le critère d'adjudication relatif au montant de l'offre, soit une note inférieure à celle attribuée à la plupart des autres candidats. Sur cette base, la recourante considère que son offre aurait, en vertu des principes d'égalité de traitement et d'impartialité consacrés dans l'AIMP, dû obtenir la meilleure note de 4 en raison de son prix le plus bas. Elle affirme encore, à titre alternatif, que le principe de transparence a été violé dès lors que les offres n'auraient pas été évaluées d'après le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, mais sur d'autres sous-critères qui n'auraient jamais été portés à la connaissance des soumissionnaires. La recourante se prévaut encore de la règle qui prévoit que « l'adjudication de biens largement standardisés peut intervenir selon le critère du prix le plus bas » (art. 39 al. 2 RPMPC). Selon elle, l'intimée devait, en vertu de cette disposition, attribuer la note maximale à son offre qui proposait le prix le plus bas. Dès lors, la question se pose de savoir s'il s'agissait en l'espèce d'un marché portant sur des biens largement standardisés.

Un marché concernant des travaux ou des services ne peut être qualifié de marché portant sur des biens largement standardisés (cf. arrêt du Tribunal administratif vaudois du 26 janvier 2000 in DC 4/2002, p. 169 ; ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, op. cit., p. 118 s.). C'est pourquoi les prestations d'ingénierie qui devaient être fournies dans le cadre du projet « Grange-Collomb » ne répondaient pas à la définition de biens largement standardisés. L'autorité adjudicatrice était donc en droit, d'une part, de ne pas adjuger le marché à l'offre proposant le prix le plus bas, et d'autre part, de prendre en considération d'autres critères que celui du prix. L'argument de la recourante est donc mal fondé sur ce point.

En dehors de l'hypothèse du marché portant sur des biens largement standardisés, le prix est un critère d'adjudication parmi d'autres. Il en découle premièrement que ce n'est pas nécessairement l'offre la meilleure marché qui obtiendra l'adjudication. Deuxièmement, chacun des critères doit faire l'objet d'une appréciation, en principe sous forme de notation, l'adjudication étant prononcée en faveur de l'offre qui aura obtenu le plus grand nombre de points (cf. D. ESSEIVA, note ad S10-S13 in DC 2/2002, p. 76).

6. a. L'autorité adjudicatrice est libre de choisir la méthode qu'elle entend utiliser pour noter les offres qui lui sont soumises. La loi ne lui impose aucune méthode de notation particulière. Le choix de la méthode de notation relève ainsi du pouvoir d'appréciation de l'autorité adjudicatrice, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (Arrêt du Tribunal fédéral 2P/172/2002 du 10 mars 2003 consid. 3.2 ; ATA A/201/2001 du 24 avril 2001 consid. 9 ; D. ESSEIVA, note ad S12 in DC 2/2003, p. 62). L'opportunité du choix de la méthode de notation ne peut être revue par l'autorité de recours (cf. art. 16 al. 2 AIMP). De surcroît, aucune norme n'impose

à l'autorité adjudicatrice de faire connaître à l'avance la méthode de notation qu'elle utilisera (ATF 2P/172/2002 du 10 mars 2003 consid. 2.3 ; arrêt du Tribunal administratif vaudois du 26 janvier 2000 in DC 2/2001, p. 67 et note de D. ESSEIVA ; O. RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, RDAF I 2001, p. 406).

En matière de prix en particulier, la notation s'effectue en fonction de règles qui définissent la manière de transformer des informations formulées en francs (le prix) en note (cf. D. ESSEIVA, note ad S10-S13 in DC 2/2002, p. 76). La pratique démontre qu'il existe une multitude de méthodes de notation qui permettent d'arriver à des résultats très différents, d'où un risque de manipulations de la part de l'adjudicateur (cf. D. ESSEIVA, L'évolution du droit des marchés publics de construction, 2002, p. 9 s.). Sachant que toutes les méthodes de notation présentent un aspect critiquable, l'autorité de recours n'interviendra cependant que dans la mesure où la méthode retenue est arbitraire.

S'agissant du critère du montant du prix, l'offre qui propose le prix le plus bas doit en principe obtenir la meilleure note. En tout cas, elle ne peut être automatiquement prétéritée (cf. D. ESSEIVA, note ad S10-S13 in DC 2/2002, p. 76). L'offre la meilleure marché ne peut être écartée que si les conditions très restrictives en matière de dumping sont remplies (cf. arrêt du Tribunal administratif zurichois du 23 novembre 2001 in BEZ 1/2002, p. 43 ss ; arrêt 2A 01 21 du Tribunal administratif fribourgeois du 22 mai 2001 ; arrêt du Tribunal cantonal valaisan du 9 février 2001 in RJV 2002, p. 66 ss ; arrêt 21/00 du Tribunal administratif jurassien du 19 octobre 2000). En particulier, il n'est pas possible de désavantager à l'avance les offres particulièrement basses en adoptant une méthode de notation du prix qui pénalise les soumissionnaires lorsqu'ils s'écartent de plus d'un certain pourcentage de la moyenne des autres offres ou de l'estimation faite par l'adjudicateur (cf. ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, op. cit., p. 118 s.). En outre, si l'autorité adjudicatrice reçoit une offre paraissant anormalement basse, elle doit demander par écrit des renseignements au soumissionnaire pour s'assurer que celui-ci satisfait aux critères d'adjudication (art. 38 RPMPC).

b. En l'espèce, s'agissant du critère d'adjudication du montant de l'offre, l'intimée a noté les offres des soumissionnaires au moyen d'une méthode directement inspirée de la méthode recommandée à la fois dans le Guide genevois sur les marchés publics élaboré pas le DAEL et dans le Guide romand pour l'adjudication des marchés publics élaborés par la Conférence Romande des Travaux Publics. Reste à savoir si un abus ou un excès de son pouvoir d'appréciation peut lui être reproché dans le choix de sa méthode de notation.

L'intimée a d'abord estimé le prix de l'ouvrage sur la base de la norme SIA 103. Elle est parvenue à un montant de CHF 460'000.-, ce chiffre correspondant pratiquement à la moyenne des montants des offres soumises (CHF 460'472.-). Elle a ensuite décidé que les offres dont le montant était égal ou supérieur à CHF 460'000.-

+ 15%, c'est-à-dire CHF 529'000.-, obtiendraient la note 0 et que les offres dont le montant était égal à CHF 460'000.- - 15%, c'est-à-dire CHF 391'000.-, obtiendraient la note 4. Pour noter les offres situées entre CHF 391'000.- et CHF 529'000.-, l'intimée a calculé l'écart entre le montant desdites offres et CHF 391'000.-. Elle a ensuite divisé cet écart par l'écart entre CHF 391'000.- et CHF 529'000.-, soit CHF 138'000.-, puis a soustrait la proportion ainsi obtenue (exprimée en %) à 100%. Enfin, elle a multiplié le pourcentage obtenu par la note maximale 4. Ainsi, plus la différence entre le montant d'une offre et CHF 391'000.- était basse, plus la note obtenue sur le critère du montant du prix était élevée.

L'intimée a considéré que les offres d'un montant inférieur à CHF 391'000.- n'étaient pas crédibles et devaient de ce fait être pénalisées. Par conséquent, ces dernières ont été notées sur la base du même calcul que les autres, mais leur note a ensuite été divisée par deux. C'est selon ce procédé que l'offre de la recourante a été notée, compte tenu du fait qu'elle avait été formulée pour un montant de CHF 282'636.-. C'est pourquoi la recourante a d'abord reçu la note de 0.85, qui a ensuite été divisée par 2, pour aboutir à la note de 0.43.

c. On peut se demander si la méthode de notation du prix choisie par l'adjudicateur, consistant à pénaliser le soumissionnaire dans la notation plutôt que d'écarter son offre, est admissible. La doctrine semble plutôt pencher du côté d'une exclusion du soumissionnaire dont l'offre est anormalement basse, en considération de son défaut d'aptitude lié au risque qu'il ne puisse pas exécuter correctement le mandat, par exemple à cause d'un risque accru d'insolvabilité (cf. ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, op. cit., p. 121 s. ; GAUCH/STÖCKLI/ DUBEY, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, 1999, p. 36 ; E. POLTIER, Les marchés publics : premières expériences vaudoises, in RDAF 2000 I p. 306). Cette question peut toutefois demeurer indécise car la règle de notation choisie se révèle insoutenable pour un autre motif.

En effet, cette méthode revient en réalité à considérer comme anormale et à pénaliser, à l'avance et sans aucun discernement, toute offre nettement plus basse que l'estimation faite par l'adjudicateur, ce que le Tribunal fédéral a considéré comme inadmissible dans une jurisprudence très récente (cf. ATF 2P.121/2003 du 28 juin 2004 ; ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, op. cit., p. 122). En l'espèce, la méthode de l'intimée a eu pour effet de désavantager à l'avance les offres particulièrement basses en adoptant une notation du prix qui pénalise les soumissionnaires lorsqu'ils s'écartent de moins de 15% de l'estimation du marché faite par l'intimée, qui admet avoir considéré que les offres d'un montant inférieur à CHF 391'000.- n'étaient pas crédibles et devaient de ce fait être pénalisées en divisant leur note par deux.

Cette pratique visant à exclure automatiquement toutes les offres particulièrement favorables va à l'encontre de l'objectif d'économie des deniers publics poursuivi par le droit des marchés publics. En tous les cas, il n'est pas

admissible d'exclure automatiquement des offres financièrement avantageuses sans avoir établi préalablement qu'elles constituent des tentatives de dumping illicites ou que l'entreprise en cause n'est pas capable de réaliser les travaux pour le prix offert (cf. arrêt du Tribunal administratif fribourgeois du 22 mai 2001 in DC 2/2002, p. 75).

En l'espèce, non seulement l'intimée a omis de demander par écrit des renseignements au soumissionnaire comme le prescrit l'article 38 RPMPC, mais en plus, elle n'a pas établi que l'offre de la recourante constituait une tentative de dumping ou que celle-ci n'était pas capable de réaliser les travaux pour le prix offert. Or, la possibilité devrait à tout le moins être offerte au soumissionnaire visé, avant toute décision d'adjudication, de s'expliquer et de justifier le prix avantageux qu'il offrait, surtout lorsqu'il obtient de bonnes notes sur les critères techniques (cf. arrêt 2P.121/2003 du 28 juin 2004, consid. 7.3), ce qui est le cas de la recourante qui s'est vue attribuer de bonnes notes s'agissant des deux autres critères (3.1 pour le critère approche spécifique au mandat et motivation et 3.6 pour le critère références, potentiels, organisation, personnel et équipement).

Ce devoir d'interpeller le soumissionnaire sur le montant anormalement bas de son offre ressort expressément du guide de notation des offres du DAEL, dont l'autorité adjudicatrice affirme s'être inspirée pour élaborer sa méthode de notation, qui prévoit que l'adjudicateur doit demander des explications ou des justifications au soumissionnaire dont l'offre ne serait pas crédible, c'est-à-dire inférieure à la limite admise.

C'est seulement si les renseignements obtenus du soumissionnaire ne sont pas convaincants ou laissent apparaître un risque d'insolvabilité que son offre peut ensuite, dans un second temps, être écartée ou pénalisée (ATF 2P.121/2003 du 28 juin 2004, consid. 7.3 ; ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, op. cit., p. 121 ; GALLI/MOSER/LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2003, n. 540 et 544 ; E. POLTIER, op. cit. p. 306). Une telle sanction est notamment prévue par le guide de notation des offres du DAEL. Par conséquent, la méthode de notation adoptée par l'intimée heurte gravement l'objectif premier des marchés publics, soit celui d'adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse.

7. Inscrite à l'art. XIII chiffre 4 lettre a de l'Accord sur les marchés publics, conclu à Marrakech le 15 avril 1994, et entré en vigueur pour le Suisse le 1er janvier 1996 (AMP - RS 0.632.231.422), cette règle, qui constitue une modalité du droit d'être entendu, a été formalisée par le canton de Genève à l'art. 38 RPMPC qui stipule bien que l'autorité adjudicatrice doit demander par écrit des renseignements au soumissionnaire pour s'assurer que celui-ci satisfait aux critères d'adjudication. Bien qu'il s'agisse d'une disposition réglementaire, elle fait obligation au pouvoir adjudicateur de demander des explications complémentaires si, comme en l'espèce, l'offre de la recourante lui paraissait anormalement basse, le recours au verbe « devoir » utilisé dans cette disposition étant suffisamment clair au regard de

l'interprétation littérale à laquelle le Tribunal fédéral donne sa préférence (cf. ATF 115 Ia 122; 102 Ia 217 consid. 6 b.; ATA/333/2000 du 23 mai 2000).

Comme la recourante n'a pas été invitée à justifier le coût de son projet avant que la décision d'adjudication ne soit rendue, son droit d'être entendu a été violé. Selon une jurisprudence récente, vu la gravité du vice, il ne peut être réparé par le tribunal de céans (cf. ATF 2P.121/2003 du 28 juin 2004, consid. 7.3), comme l'intimée le laissait entendre dans son mémoire de réponse.

En résumé, il appert que la soumission de la recourante a été évincée sans qu'elle ait pu s'expliquer sur le montant de son offre, bien que celle-ci fût notablement plus avantageuse que celle de l'adjudicataire sur le plan du prix, qu'elle en fût très proche sur les plans de l'approche spécifique au mandat et de la motivation - sur ce critère, la recourante a obtenu la note 3.1 et l'adjudicataire celle de 3.3. - et qu'elle recueillît la même note que l'adjudicataire (3.6) s'agissant du critère références, potentiels, organisation, personnel et équipement. Un tel résultat est insoutenable et justifie l'admission du recours. Dans la mesure où le contrat a déjà été passé entre les parties, il est constaté que le mandat a été attribué au candidat T. J. en violation du droit des marchés publics et que la décision d'adjudication litigieuse est illicite (art. 18 al. 2 AIMP).

8. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 3'000.- sera mis, conjointement et solidairement, à la charge de l'intimée et de l'appelé en cause. Pour le surplus, le Tribunal administratif alloue un montant de CHF 3'500.- au recourant, à titre de dépens (art. 87 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 – LPA - E 5 10).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 13 mai 2004 par A & B. S.A. contre la décision de la Fondation HBM E. K. du 30 avril 2004 ;

au fond :

l'admet;

constate le caractère illicite de la décision d'adjudication du 30 avril 2004 ;

alloue un montant de CHF 3'500.- au recourant à titre de dépens, à charge, conjointement et solidairement de l'intimée et de l'appelé en cause ;

met à la charge de l'intimée et de l'appelé en cause un émolument de CHF 3'000.- ;

communique le présent arrêt à Me Christian Reiser, avocat de la recourante ainsi qu'à Me Saverio Lembo, avocat de la Fondation HBM E. K. et à Monsieur T. J..

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

Au nom du Tribunal Administratif :

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

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :