

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2061/2012-MARPU

ATA/469/2014

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 24 juin 2014**

dans la cause

**CONSORTIUM LULLIER, soit pour lui :**

**EXTERIEURS 2000 SA**

**GENOLET TOITURE CONCEPT SA**

**MACULLO SA**

représenté par Me Bénédicte Fontanet, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DE L'AMÉNAGEMENT, DU LOGEMENT ET DE  
L'ÉNERGIE**

---

## EN FAIT

- 1) Le 24 janvier 2012, le département des constructions et des technologies de l'information, devenu depuis lors le département de l'aménagement, du logement et de l'énergie (ci-après : le département) a publié un appel d'offres portant sur la réfection des toits plats de plusieurs corps de bâtiments du centre horticole de Lullier. Il comprenait les travaux de dépose, de repose de l'étanchéité et de l'isolation, ainsi que de l'exécution de toitures végétalisées (ci-après : le marché).

Ce marché, soumis à la procédure ouverte, était composé d'un seul lot.

Le cahier des charges prévoyait notamment, pour les quatre bâtiments concernés, la fourniture et la pose d'un système de drainage à « godets, type ZINCO AG », appelé « extensive simple » comprenant trois couches (CFC 224.2 ; ch. 202). Pour trois desdits bâtiments par ailleurs, il prévoyait la fourniture et la pose d'un dispositif anti-chute dans la zone de toiture extensive (ch. 702).

Il disposait en outre, s'agissant des variantes, que celles-ci étaient admises, mais non obligatoires, sur les produits, matériaux et/ou fournitures décrits dans le cahier des charges. Le soumissionnaire pouvait ainsi émettre des « propositions » (ch. 3.16 des conditions de participation de l'appel d'offres).

Le ch. 3.16 contenait pour le surplus les clauses suivantes :

« Une variante n'est prise en considération que si :

- a) une offre a été déposée conformément aux exigences du cahier des charges (offre de base) ;
- b) l'offre de base est recevable ;
- c) elle est déposée dans le délai de dépôt de l'offre de base ;
- d) elle respecte les exigences essentielles du cahier des charges ;
- e) elle est considérée comme au moins de même niveau qualitatif que les caractéristiques et spécifications techniques que doit obligatoirement respecter l'offre de base.

Le dossier de la variante d'offre contiendra les raisons et avantages en termes financiers, techniques, d'organisation, d'exploitation, de planification ou encore d'application optimum des préceptes du développement durable. Ce dossier contiendra également les libellés concernés, l'estimation des coûts et/ou des heures (plus-value ou moins-value) rapportées à l'article de prestation concerné. Les démarches sont à la charge du soumissionnaire à moins que l'adjudicateur n'en décide autrement. Le cas échéant et en cas de respect des conditions susmentionnées de recevabilité, la variante sera évaluée et classée en sus de l'offre de base.

En cas de dépôt de variante, l'adjudicateur s'engage auprès du soumissionnaire concerné à ne pas en divulguer le contenu aux autres soumissionnaires. De plus, dans le cadre de la présente procédure, l'adjudicateur ne profitera pas de demander une nouvelle offre aux autres concurrents sur la base d'une variante proposée par un soumissionnaire. Toutefois, si l'adjudicateur devait découvrir que la variante proposée par un soumissionnaire remet fondamentalement en question l'exécution du marché et/ou le contenu du cahier des charges, il se réserve le droit de prendre la décision d'interrompre la procédure et de la renouveler avec un nouveau cahier des charges. »

Un délai au 21 mars 2012 était fixé pour le dépôt des offres.

- 2) Aucun recours n'a été déposé contre l'appel d'offres.
- 3) Le 16 mars 2012, le consortium Lullier, soit pour lui Macullo SA, Genolet Toiture Concept SA et Extérieurs 2000 SA (ci-après : le consortium ou le recourant) a déposé une offre.

Sous ch. 202 et 702, celle-ci contient notamment les mentions suivantes :

« 202. (...) »

**Proposition de l'entreprise :** (Couches 1/2/3)

(Joindre obligatoirement une documentation technique)

Marque : SOPREMA

Type : Voile / LUSP 25 / Voile ».

« 702. (...) »

**Proposition de l'entreprise :**

(Joindre obligatoirement une documentation technique)

Marque : LUX-TOP (Approuvé SUVA) ».

- 4) En miroir de chacun de ces champs figurait l'espace dédié au chiffrage financier du « bloc » des prestations concernées ; il est marqué par une seule ligne.

Aucun autre champ n'est proposé dans la documentation, par exemple pour chiffrer une variante à l'offre de base.

- 5) Le 28 mars 2012, le département a procédé à l'ouverture des offres. Cinq offres lui étaient parvenues.
- 6) Dans son rapport d'adjudication du 1<sup>er</sup> juin 2012, le département a écarté l'offre du consortium, parce qu'elle ne répondait pas aux exigences du cahier des charges de base.

- La conception de la toiture proposée (CFC 224.2) n'était pas un système « à godets » comme stipulé dans la soumission, et, à ce titre, ne pouvait pas être considérée comme similaire mais bien comme une variante ;
- Le dispositif anti-chute proposé (CHC 224) n'était pas un système pouvant être pris (sic) en œuvre dans le cas spécifique des toitures et nécessitait des travaux induits non prévus (maçonnerie, étanchéité, paratonnerre) ; cette conception ne pouvait pas être considérée comme similaire mais comme une variante ;
- Les prix unitaires des travaux préparatoires et de démolition étaient linéairement bas.

7) Par décision du 22 juin 2012, notifiée le 25 suivant, le département a écarté l'offre du consortium. Celle-ci n'était pas conforme aux exigences du cahier des charges.

8) Par acte du 5 juillet 2012 remis à la poste le même jour, le consortium a recouru auprès de la chambre de céans contre cette décision, concluant à son annulation, sous suite de frais et dépens, et à sa réforme en ce sens que le marché lui était adjugé. Il sollicitait en outre l'effet suspensif.

Il avait strictement respecté le cahier des charges. Il s'était contenté de formuler une offre de variante, à côté de l'offre de base, comme cela était expressément prévenu par le dossier d'appel d'offres.

9) Le 17 juillet 2012, le département a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif.

10) Par ordonnance présidentielle du 27 août 2012, la restitution de l'effet suspensif a été refusée (ATA/572/2012).

11) Le 21 novembre 2012, faisant suite à la conclusion du contrat, le juge délégué a invité le recourant à se déterminer sur le maintien de son recours et, le cas échéant, chiffrer et justifier l'indemnité à laquelle il prétendait en cas d'admission du recours.

12) Le consortium s'est déterminé le 21 décembre 2012. Il sollicitait une indemnité de CHF 24'797,80 en cas d'admission de son recours, dont CHF 9'450.- TTC à titre d'honoraires de défense. Les notes d'honoraires produites n'indiquaient pas le temps consacré, ni le tarif retenu.

13) En date du 30 janvier 2013, le département s'est déterminé sur le fond du litige, concluant au rejet du recours.

L'offre de la recourante ne pouvait pas être comparée aux autres, car elle portait en ce qui concernait la toiture végétalisée, sur un autre produit. Il ne s'agissait pas d'une variante. Le montant mentionné dans sa soumission se trouvait en face de l'indication du produit proposé, lequel ne respectait pas le cahier des charges.

S'agissant du dommage, elle acceptait, en cas d'admission du recours, un montant de CHF 5'000.- au titre du dommage lié à la réalisation des offres. Quant aux honoraires d'avocat, ils paraissaient « bien élevés ».

- 14) Le 6 mars 2013, le consortium a répliqué brièvement.
- 15) Par avis du 12 mars 2013, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

## EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ ; art. 56 al. 1 du règlement cantonal sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01).
2. La chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) applique le droit d'office. Elle ne peut pas aller au-delà des conclusions des parties, sans toutefois être liée par les motifs invoqués (art. 69 LPA) ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit administratif, vol. II, Berne 2011, p. 300 ss.). Le recours peut être formé pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 61 al. 1 LPA). La chambre administrative n'a toutefois pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA) et non réalisée en l'espèce.
3. La décision attaquée se fonde sur l'art. 42 al. 1 let. a RMP. L'autorité intimée retient à cet égard qu'en remplissant le champ « Proposition de l'entreprise » des rubriques 202 et 702 de l'appel d'offres avec des solutions ne respectant pas les termes techniques décrits pour l'offre de base, la recourante aurait formulé une offre non conforme au cahier des charges, ce qui justifierait son exclusion de la procédure.
  - a. Le respect de l'égalité de traitement entre soumissionnaires (art. 1 al. 2 let. b et 11 let. a l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) ; art. 16 RMP) 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 ; Jean-Baptiste ZUFFEREY / Corinne MAILLARD / Nicolas MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 109 ; Benoît BOVAY, La non discrimination en droit des marchés publics in RDAF 2004, p. 241). La chambre 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. Selon l'art. 42 al. 1 let. a RMP, l'offre est écartée d'office lorsque le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non conforme aux exigences ou au cahier des charges. Les offres écartées ne sont pas évaluées ; l'autorité adjudicatrice rend une décision d'exclusion motivée, notifiée par courrier à l'intéressé, avec mention des voies de recours (al. 3). Lorsque le soumissionnaire présente une autre solution technique que celle décrite dans le cahier des charges, il doit être écarté du marché. Peu importe à cet égard que cette proposition aurait peut-être pu arriver à un résultat plus économique : elle ne respecte pas le cahier des charges imposé (ATA/123/2011 du 1<sup>er</sup> mars 2011 consid. 7b).

En l'espèce, la question litigieuse n'est pas tant de savoir si les solutions techniques proposées par le recourant sous le champ « Proposition de l'entreprise » du cahier des charges étaient adéquates ou conformes, mais bien plutôt de déterminer si, en procédant de la sorte, il a modifié les termes de l'offre de base au point de s'écarter des termes imposés du cahier des charges – ce qui relèverait de l'art. 42 RMP –, ou au contraire, ainsi qu'il le prétend, il a simplement formulé une variante non chiffrée, laquelle venait s'ajouter au chiffrage de son offre de base.

Il est acquis aux débats que le cahier des charges prévoyait que, s'agissant des variantes, celles-ci étaient admises, mais non obligatoires, sur les produits, matériaux et/ou fournitures décrits dans le cahier des charges. Le soumissionnaire pouvait ainsi émettre des « propositions » (ch. 3.16 des conditions de participation). L'examen du cahier des charges dans sa globalité, ainsi que de sa présentation graphique, enseigne à cet égard que le champ « Proposition de l'entreprise » a été précisément prévu dans ce but. Comme le relève pertinemment le recourant dans ses écritures, la solution inverse impliquerait que ce champ soit systématiquement rempli. Or, tel n'est de loin pas le cas ; en pareille hypothèse, l'offre soumise par le recourant aurait dû être considérée comme incomplète à maints égards. En choisissant de remplir le champ « Proposition de l'entreprise » sous les ch. 202 et 702, le recourant a en réalité formulé une variante au sens du ch. 3.16 des conditions de participation. Le contraire n'est pas soutenable au regard du principe de la confiance. L'autorité intimée n'a d'ailleurs pas produit, par exemple, les offres soumises par les autres soumissionnaires, pour démontrer que son interprétation était correcte, ou à tout le moins soutenable au regard des règles de la bonne foi, et la motivation découlant de ses écritures devant la chambre de céans n'est pas convaincante.

C'est par ailleurs en vain que le département fait valoir que la différence de prix importante constatée sur les prestations en rapport avec la toiture végétalisée (réponse, p. 4) serait la démonstration de la pertinence de son interprétation. En effet, en pareil cas, la décision attaquée n'en serait pas moins illicite, dès lors que les art. 39 à 41 RMP (cf. sur les exigences découlant de ces dispositions : ATA/633/2008 du 16 décembre 2008 consid. 4) lui auraient alors imposé de rechercher les raisons de cette différence auprès du soumissionnaire, ce qu'elle n'a pas fait.

L'autorité intimée a partant abusé de son pouvoir d'appréciation en excluant l'offre du recourant. Le recours doit être admis.

4. Le caractère illicite de la décision attaquée étant acquis, il convient d'examiner les prétentions en indemnisation du recourant.

Selon la jurisprudence de la chambre de céans, le dommage que peut donc réclamer ce dernier en se fondant sur 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) est limité à la réparation des impenses engagées dans la procédure de soumission, inclut 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/123/2011 précité consid. 8 et les arrêts cités). La mise en demeure intervient le jour où le lésé demande le paiement de son dommage, soit le jour où le recourant formule ses prétentions pour la première fois (ATA/123/2011 précité consid. 9 ; ATF 101 Ib 252 consid. 4b p. 259)

En l'espèce, le chiffre 3.17 des conditions de participation prévoit que l'élaboration d'une offre ne donne droit à aucune indemnité. Aucun recours n'a été formé contre l'appel d'offres, si bien que cette disposition apparaît *prima facie* opposable au recourant. Quoi qu'il en soit, l'autorité intimée ayant reconnu une indemnité de CHF 5'000.- au titre de la rédaction de l'offre, il sera fait droit dans cette mesure à la prétention du recourant, qui n'a quoi qu'il en soit établi qu'une seule offre. Quant aux honoraires de défense, nonobstant le caractère peu détaillé des notes d'honoraires produites quant au tarif pratiqué et au temps consacré, une estimation de ces paramètres, comme la prise en compte de la procédure menée ultérieurement, conduit à admettre en équité le montant sollicité à hauteur de CHF 7'450.-.

L'autorité intimée sera ainsi condamnée à verser au recourant la somme de CHF 12'450.- avec intérêts à 5% dès le 21 décembre 2012, date des conclusions prises à ce sujet.

5. Vu l'issue du recours, il ne sera perçu aucun émoulement (art. 87 al. 1 LPA). Il sera en revanche alloué une indemnité de CHF 2'000.- au recourant, qui y a conclu (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 5 juillet 2012 par le Consortium Lullier, soit pour lui Extérieurs 2000 SA, Genolet Toiture Concept SA et Macullo SA contre la décision du département de l'aménagement, du logement et de l'énergie du 22 juin 2012 ;

**au fond :**

l'admet ;

constate l'illicéité de la décision d'adjudication du 22 juin 2012 ;

condamne le département de l'aménagement, du logement et de l'énergie à verser au consortium Lullier, soit pour lui, conjointement et solidairement, Extérieurs 2000 SA, Genolet Toiture Concept SA et Macullo SA, une indemnité de CHF 12'450.- avec intérêts à 5 % dès le 21 décembre 2012 ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émoulement ;

alloue au consortium Lullier, soit pour lui, conjointement et solidairement, Extérieurs 2000 SA, Genolet Toiture Concept SA et Macullo SA, une indemnité de procédure de CHF 2'000.-, à la charge du département de l'aménagement, du logement et de l'énergie ;

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 ;

communiqué le présent arrêt à Me Bénédicte Fontanet, avocat du recourant ainsi qu'au département de l'aménagement, du logement et de l'énergie et à la commission de la concurrence, pour information.

Siégeants : M. Verniory, président, MM. Thélin, Dumartheray et Pagan, juges,  
M. Jordan, juge suppléant.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :