RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2217/2006-CM **ATA/598/2006**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 14 novembre 2006

dans la cause

CONSTRUCTION PERRET S.A.
représentée par Me Louis Waltenspuhl, avocat

contre

COMMUNE DE THÔNEX
représentée par Me Bénédict Fontanet, avocat

et

GRISONI-ZAUGG S.A.
représentée par Me Michel D'Alessandri, avocat

EN FAIT

1. Le 12 décembre 2005, la commune de Thônex (ci-après : la commune) a publié dans la Feuille d'Avis Officielle un appel d'offres en procédure ouverte portant sur la démolition et la reconstruction du groupe scolaire Marcelly-Tronchet. L'ouvrage avait pour objet la construction d'une école primaire avec seize classes spéciales, d'une salle de gym, de vestiaires pour la piscine existante et d'une crèche. Il devait être réalisé en deux étapes, soit début juillet 2006 à fin août 2007 pour la première étape et juillet 2007 à août 2008 pour la seconde étape.

   Le marché était divisé en lots, avec possibilité de soumissionner pour plusieurs d'entre eux.

   La procédure était soumise au règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 (RPMPC - L 6 05.01) ainsi qu'à l'accord OMC sur les marchés publics et à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05).

   Le soumissionnaire devait remplir des critères d'aptitude suivants :

   1. Présenter des garanties de pérennité et de solvabilité de l'entreprise.

   2. Justifier de ses capacités à exécuter le marché en terme de connaissances techniques et de respect des délais.

   3. Justifier d'expérience(s) dans un ou des marchés de nature et d'importance similaire.

   4. Offrir des garanties organisationnelles notamment en ce qui concerne la disponibilité et la compétence de son personnel pour satisfaire les exigences du cahier des charges.

   La date de remise des offres était fixée au 22 février 2006.

2. La commune a établi un document intitulé « procédure et cahier des charges » remis aux soumissionnaires, dont le chiffre 1.5 a pour objet les critères d'adjudication et est libellé comme suit :

   « l'ensemble des soumissionnaires sera jugé selon les critères suivants :

   1. Montant et crédibilité du prix = 50 %.

   2. Organisation de l'entreprise et méthodes de travail pour respecter impérativement les délais = 30 %.

3. Capacité et disponibilité du personnel, du matériel et des équipements = 15 %.

4. Expérience dans les domaines des objets à réaliser = 5 %.

3. L'ouverture publique des offres pour les lots de béton, béton armé (lot 211.5) et maçonnerie (lot 211.6) a eu lieu le 23 février 2006 à 10h15.

Quinze offres ont été déposées dont celle de Construction Perret S.A. de siège à Genève (ci-après : Perret S.A. ou la recourante) et celle de Grisoni-Zaugg S.A. (GUEX S.A.) de siège à Vevey, dont les montants respectifs (HTT) s'élevaient à :

- Perret S.A
  béton/béton armé : CHF 6'854'323,65
  maçonnerie : CHF 1'729'091,10

- Grisoni-Zaugg S.A.
  béton/béton armé : CHF 6'643'678,15
  maçonnerie : CHF 1'571'140,45

4. Par courrier LSI du 5 mai 2006, le mandataire de la commune a requis de Perret S.A. des confirmations au sujet des prix unitaires du chapitre « divers » figurant dans la soumission ainsi qu'à celui du respect du délai d'exécution.

Perret S.A. s'est déterminée le 8 mai 2006. Après contrôle elle avait relevé trois erreurs, lesquelles rectifiées, diminuaient le montant de l'offre de CHF 151'328,85.

De plus, elle s'était aperçue que les mois de location de grue avaient été comptés deux fois entre la première et la deuxième étape. Cette correction apportait une déduction sur l'installation de chantier première étape de CHF 49'725.-, rabaissant ainsi le montant de son offre de CHF 197'953,30.

Elle confirmait que son entreprise possédait le personnel et le matériel nécessaire pour l'exécution des travaux dans les règles de l'art et le respect total du planning.

5. Par pli recommandé du 6 juin 2006, la commune a informé Perret S.A. que le marché avait été adjugé à Grisoni-Zaugg S.A. pour le montant de CHF 7'777'662.-.

L'offre de Grisoni-Zaugg S.A. remplissait pleinement les conditions et avait été jugée économiquement la plus avantageuse, conformément à la grille d'évaluation annexée et faisant partie intégrante de la décision.

Perret S.A. était classée au deuxième rang sur dix offres évaluées.

Dite décision indiquait les voies et délais de recours au Tribunal administratif.

La grille d'évaluation du 15 mai 2006 se présentait ainsi :

	Grisoni-Zaugg S.A.	Perret S.A.
Montant et crédibilité du prix	3,98	3,90
Montant total de l'offre béton armé	3,95	3,83
Montant total de l'offre maçonnerie	4	3,96
Organisation de l'entreprise et méthode de travail pour respecter les délais	4	4
Structure de l'entreprise et qualifications	4	4
Méthode de travail proposée	4	4
Capacité et disponibilité du personnel, du matériel et des équipements		
Effectifs	4	4
Expérience dans les domaines des objets à réaliser	4	4
Expérience/références	4	4
Total des points pondérés	3,98	3,93

Les autres soumissionnaires obtenaient un total de points pondérés s'échelonnant entre 3,65 et 2,73. Les différences provenaient essentiellement du critère du prix, mais également de celui relatif à la structure de l'entreprise et qualifications

6. Par acte déposé au greffe du Tribunal administratif le 19 juin 2006, Perret S.A. a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision précitée.

Elle conclut préalablement à ce que l'effet suspensif soit accordé au recours et, sur le fond, à l'annulation de la décision de la commune du 6 juin 2006 et à ce que lui soit attribuée l'adjudication des travaux de béton, béton armé et maçonnerie ; subsidiairement à l'annulation et au renvoi à l'autorité adjudicatrice pour nouvelle décision, le tout avec suite de frais et dépens.

La commune avait procédé à un établissement incomplet des faits d'une part, et commis une violation de l'article 39 RPMPC, d'autre part.

Concernant le premier grief, la commune avait attribué au critère du prix la note de 3,98 à Grisoni-Zaugg S.A. et 3,90 à elle-même, soit une différence de 2 % environ. Cet écart correspondait approximativement à celui existant entre les prix d'adjudication mais l'offre originelle de Perret S.A. avait été légèrement corrigée à la demande du maître de l'ouvrage, portant la différence avec celle de Grisoni-Zaugg S.A. à CHF 1'500.-, soit 0,02 %. La grille d'évaluation du 6 juin 2006 sur laquelle s'était basée la commune résultait dès lors d'une appréciation erronée des faits.

La violation de l'article 39 RPMPC consistait dans le fait que le critère du prix le plus bas ne pouvait être utilisé seul que dans l'hypothèse de l'adjudication de biens largement standardisés. Pour des ouvrages complexes, le critère du prix le plus bas ne pouvait être utilisé que conjointement avec les autres critères de l'article 39 alinéa 1 RPMPC. Or, la commune s'était limitée à ne tenir compte que du critère du prix le plus bas : en attribuant la note maximale à six entreprises pour les critères d'adjudication 2, 3 et 4, elle avait tenu compte exclusivement du prix de l'offre pour attribuer le marché.

Perret S.A. ne comprenait pas comment la commune lui avait attribué les mêmes notes qu'à Grisoni-Zaugg S.A. pour les critères 2, 3 et 4, compte tenu des éléments suivants :

La seule réalisation à Genève de Grisoni-Zaugg S.A. était le magasin Manor. Cette entreprise ne comptait qu'un seul employé à Genève, ne disposait pas d'un entrepôt dans le canton et était à la recherche d'employés.

L'attribution des notes organisationnelles identiques à six entreprises démontrait que la commune n'avait pas procédé à une étude sérieuse de la situation réelle des candidats.

7. Invitées à se prononcer sur la question de l'effet suspensif, les deux intimées ont conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif au recours.

8. Par décision du 14 juillet 2006, le président du Tribunal administratif a restitué l'effet suspensif au recours, celui-ci ne paraissant pas manifestement dépourvu de chance de succès, au vu du très faible écart opposant les offres de Perret S.A. et Grisoni-Zaugg S.A.

9. Le 28 juillet 2006, la commune a présenté sa réponse sur le fond et s'est opposée au recours.

Les corrections des erreurs figurant dans la soumission de Perret S.A. conduisaient à une baisse du montant de l'offre de CHF 147'541,50 et non pas de

CHF 197'953,30, celle-là ayant compté l'économie de la grue de la première étape à deux reprises. Dès lors, le montant de la soumission de Perret S.A. s'élevait à CHF 7'835'992,61. La différence avec celle de Grisoni-Zaugg S.A. était de CHF 58'330,49 soit 0,744 %.

S'agissant de l'examen des critères d'adjudication, la commune a relevé les éléments suivants :

- Ad montant et crédibilité du prix :
  Dans le cadre de la soumission relative au béton armé, les entreprises soumissionnaires devaient fournir des garanties quant au prix des fers à béton. Le prix de base de référence garanti n'était pas le même, Perret S.A. ayant avancé CHF 1,38 par kilogramme et Grison-Zaugg S.A. CHF 1,20 par kilogramme. Ces prix représentaient une différence considérable à l'issue de la période de blocage des prix. Cet élément était d'autant plus important que le marché de l'acier était à la hausse et le chantier en question représentait plusieurs centaines de tonnes de fer à béton. Dans ce contexte, la différence de 15 % entre les deux offres devait être prise en considération dans l'appréciation du prix et de sa crédibilité.

- Ad organisation de l'entreprise et méthodes de travail pour respecter impérativement les délais :
  Fondée en 1926, Grisoni-Zaugg S.A. était l'un des leaders helvétiques de sa branche. Elle comptait environ 600 employés et faisait partie des dix plus grandes entreprises suisses en matière de gros œuvre et de maçonnerie. Active dans toute la Suisse, elle pilotait actuellement entre 60 et 80 chantiers en romandie. De siège à Fribourg, elle gérait de nombreuses succursales. A Genève, elle disposait d'un entrepôt de 2'600 m2 dans la zone industrielle de Satigny. En conséquence, rien n'empêchait la commune d'attribuer la note maximale à Grisoni-Zaugg S.A. sur ce poste.

- Ad capacité et disponibilité du personnel, du matériel et des équipements :
  Les allégations de la recourante eu égard à la domiciliation hors de Genève de la société intimée étaient discriminatoires et totalement contraires à la loi fédérale sur les marchés intérieurs du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02).

- Ad expérience dans le domaine des objets à réaliser :
  Grisoni-Zaugg S.A. comptait parmi ses clients Migros, Coop, Manor, l'Etat de Vaud, l'Etat de Fribourg et avait notamment réalisé le cycle d'orientation de la Gruyère.

Chacun des critères avait fait l'objet d'une appréciation sous forme de notation et l'adjudication avait été prononcée en faveur de l'offre qui avait obtenu le plus grand nombre de points. L'opportunité du choix dans la méthode de notation ne pouvait pas être revue par l'autorité de recours. En l'espèce, la commune avait noté les soumissionnaires au moyen d'une méthode directement inspirée de celle recommandée dans le guide genevois sur les marchés publics élaborée par le département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : DCTI). La méthode de notation des prix n'était donc pas contraire au droit et encore moins arbitraire. En raison des spécificités techniques, la commune avait confié l'analyse des offres à un bureau d'ingénieur civil spécialisé, le bureau Guscetti/Tournier.

10. Grisoni-Zaugg S.A. s'est déterminée le 14 août 2006. Se ralliant aux arguments développés par la commune, elle a conclu au rejet du recours.

11. Les parties ont été entendues en audience de comparution personnelle le 21 septembre 2006.

Perret S.A. s'est déclarée d'accord avec le montant des soumissions arrêté par la commune, à savoir CHF 7'777'662.- pour Grisoni-Zaugg S.A. et CHF 7'835'933,61 pour elle-même. La différence entre les deux soumissions était donc de CHF 58'330,49 soit 0,75 %.

La commune a précisé la procédure de notation. Elle utilisait le formulaire de notation des offres établi par le DCTI et la première étape dans le processus de notation était celle de la détermination du prix. L'évaluation des autres critères d'adjudication était faite par le groupe d'évaluation de la commune qui établissait un document global, adressé aux entreprises soumissionnaires avec la décision d'adjudication.

Concernant le critère organisationnel, la commune déclarait avoir pénalisé les consortiums formés de petites entreprises, car si dans l'ensemble un tel consortium pouvait offrir le personnel suffisant, il n'avait en revanche pas la structure ni les équipements souhaitables pour mener à bien un tel chantier. Ceci expliquait que les consortiums Cuenod ou Arn aient reçu une note de 3. Quant aux entreprises Belloni S.A. et Rampini S.A., elles n'avaient répondu que partiellement au cahier des charges et avaient été de ce fait pénalisées. La commune a encore précisé que dès qu'une entreprise offrait les garanties attendues, elle obtenait la note de 4 quelle que soit sa taille.

Tous les soumissionnaires avaient obtenu la note maximale de 4 sur le critère de la capacité et disponibilité du matériel, car tous répondaient aux attentes de la commune.

Concernant le critère de l'expérience, Grisoni-Zaugg S.A. avait remis avec son offre une liste de références comportant notamment la réalisation récente de deux collèges en Suisse romande.

Perret S.A. a relevé qu'elle avait été injustement pénalisée sur le critère de l'évolution des prix de l'acier. Les prix étaient bloqués pour la première étape et, pour la seconde, qui portait sur une estimation de 400 tonnes de fer à béton, l'augmentation du prix pourrait être de l'ordre de CHF 7'000.- en cas de hausse de l'acier de 10 %. La commune avait attaché une importance démesurée à une éventuelle hausse du marché de l'acier.

Grisoni-Zaugg S.A. a précisé que la hausse du prix de l'acier était de 30 % depuis le début des soumissions et que celle-ci allait se poursuivre.

La commune de Thônex a encore ajouté que ce n'était pas la première étape qui était bloquée mais la première année du chantier.

12. Suite à l'audience de comparution personnelle, les parties ont été invitées à déposer leurs observations sur le fond.

13. Perret S.A. s'est déterminée le 29 septembre 2006. Le critère du prix avait été appliqué dans toute sa rigueur par la commune. Toutefois, la différence de 0,744 % sur un montant total de CHF 7'835'992,61 ne justifiait pas à elle seule l'attribution du marché. Selon la jurisprudence, deux offres séparées par 0,6 % avaient été jugées équivalentes. Référence était faite à un arrêt zurichois.

La différence du montant des offres étant dérisoire, la commune devait procéder à une étude approfondie des autres critères. Perret S.A. était choquée de l'égalité des notes maximales attribuées à six entreprises alors que dans le cadre d'une autre partie du marché, la commune avait attribué des notes au centième. Une telle différenciation aurait dû être appliquée dans le marché objet de la procédure.

Il était surprenant qu'elle ait obtenu la même note sur le critère de la capacité que Grisoni-Zaugg S.A. alors que cette dernière n'avait ni ouvrier, ni infrastructure à Genève et que des coupures de presse attestaient que sitôt après l'adjudication du 6 juin 2006 elle était à la recherche d'employés. De plus, elle n'avait fait qu'une seule réalisation à Genève (Manor) et la rénovation d'un immeuble à la rue des Etuves.

Une entreprise locale était plus disposée à réagir rapidement tant pour la main-d'œuvre que pour les moyens mis en œuvre.

Le critère de la capacité du matériel et des équipement semblait avoir été purement et simplement supprimé, la grille d'évaluation ne mentionnant que l'élément « effectifs ». Ce mode de faire était arbitraire, ce d'autant plus que

Grisoni-Zaugg S.A. ne disposait à Genève d'aucun entrepôt de stockage digne de ce nom.

S'agissant de l'expérience, celle de Grisoni-Zaugg S.A. était notoire dans le domaine du génie civil, mais tel n'était pas le cas dans la réalisation d'ouvrages similaires alors qu'elle-même avait participé à la réalisation de plusieurs écoles à Genève, en particulier celles de Satigny, l'école allemande de Vernier et l'école Jollien à Confignon.

14. La commune s'est référée à ses observations du 5 octobre 2006. La différence de prix entre les soumissions de la recourante et celle de Grisoni-Zaugg S.A. était de l'ordre de CHF 60'000.-, sans compter les hausses du prix des fers à béton. Ce montant n'était pas infime au point de considérer les offres comme équivalentes. Les notes des autres critères que celui du prix avaient été attribuées après une étude approfondie des capacités des entreprises, à l'aune des besoins du chantier. Il n'y avait pas lieu de pénaliser Grisoni-Zaugg S.A. au motif qu'elle n'avait pas son siège à Genève. Au demeurant, cet argument était contraire à la LMI.

15. Grisoni-Zaugg S.A. a présenté ses observations le 5 octobre 2006. Concernant les critères du prix, il convenait de retenir les conséquences de la hausse de l'acier sur le prix réel des travaux. Lors de l'audience de comparution personnelle, la recourante avait admis que pour 400 tonnes d'acier, l'augmentation du prix de son offre pourrait être de l'ordre de CHF 7'000.- en cas de hausse du prix de l'acier de 10 %. Or, l'estimation des fers à béton pour la seconde étape était de 600 tonnes et non pas de 400 tonnes. Par ailleurs, le prix indicatif pour l'acier d'armature publié par l'ASCA en février 2006 oscillait entre CHF 569.- et CHF 584.- la tonne. Au mois d'octobre 2006, le prix était de CHF 837.- à CHF 852.- la tonne. Ainsi, entre février et octobre 2006, le prix des fers à béton avait subi une augmentation de 47 %. Au final, sur la base de ces chiffres, l'offre de Perret S.A. était de CHF 91'231.- plus élevée que la sienne propre. Quant aux autres critères d'adjudication, les déclarations de la commune et les pièces du dossier établissaient qu'ils avaient été évalués par la commune de manière parfaitement conforme au droit et à la jurisprudence.

16. Parallèlement, soit le 5 octobre 2006, la commune a saisi le Tribunal administratif d'une requête en retrait de l'effet suspensif. A la prépondérance des intérêts publics à la réalisation du projet s'ajoutait une situation de risques concrets liés à la suspension du chantier

17. Par courrier du 10 octobre 2006, Grisoni-Zaugg S.A. a fait siennes les conclusions de la commune concernant le retrait de l'effet suspensif.

18. Dans le délai imparti par le tribunal, soit le 23 octobre 2006, Perret S.A. s'est opposée à cette requête, en concluant préalablement à un transport sur place afin de constater l'état des travaux de terrassement effectués.

19. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 15 al. 1 et 2 AIMP ; art. 3 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. Le marché litigieux est soumis à l'accord GATT/OMC ainsi qu'à l'AIMP, la valeur seuil fixée par cet accord étant atteinte.

3. La recourante critique la notation des critères d'adjudication. La commune n'aurait tenu compte que du prix de l'offre pour attribuer le marché, sans avoir procédé à une étude sérieuse des autres critères d'adjudication.

4. L'article 39 RPMPC a pour objet les critères d'adjudication :

> « 1. Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans l'évaluation, le rapport prestation/prix doit être observé. Dans ce cadre, en dehors du prix, les avantages directs et indirects pour l'autorité adjudicatrice peuvent être pris en considération, comme la qualité, les délais, les coûts d'exploitation, le service après vente, la protection de l'environnement, la santé et la sécurité au travail, la formation et le perfectionnement professionnels, la valeur technique, l'esthétique, l'assurance qualité, la créativité et l'infrastructure.
>
> 2. L'adjudication de biens largement standardisés peut intervenir selon le critère du prix le plus bas.
>
> 3. Lorsque la durée et l'importance du marché le justifient, l'autorité adjudicatrice peut subordonner l'adjudication à la condition que le prestataire et ses éventuels sous-traitants, établis en dehors du canton, y constituent un établissement stable ».

5. En l'espèce, la commune a fixé des critères d'adjudication et indiqué la pondération de chacun d'entre eux. Au vu de l'ensemble des circonstances, les critères choisis et le poids qui leur est donné sont pertinents et ne prêtent pas le flanc à la critique. Compte tenu de la nature du chantier et les matériaux qu'il implique - notamment l'acier dont les parties s'accordent à admettre que le prix

du marché est à la hausse - ainsi que sa durée - soit plus de deux ans -, il est normal que le critère du prix revête un caractère prépondérant. Il est également admissible de prendre largement en considération le critère organisationnel permettant de respecter les délais fixés. Quant aux deux derniers critères d'adjudication (capacité du personnel et des équipements et expérience dans le domaine à réaliser), il n'est pas inadéquat de leur accorder une importance moindre, en particulier le premier des deux étant partiellement englobé dans le critère organisationnel et le second revêtant un caractère informatif.

6. S'agissant de la notation, la grille d'évaluation du 15 mai 2006 ainsi que le tableau d'évaluation du 29 mai 2006 et ses annexes permettent de vérifier que chaque poste des critères d'adjudication a été examiné par la commune. A cet égard, celle-ci a exposé en comparution personnelle, sans être contredite, qu'elle procédait sur la base de la formule établie par le DCTI, l'examen du critère du prix constituant la première étape du processus de notation, puis un groupe d'évaluation de la commune a examiné les autres critères. A ce stade, on ne peut que déplorer que la commune n'ait pas produit la grille signée par ses auteurs. Cet élément n'est toutefois pas déterminant en l'espèce, la recourante ne remettant pas en cause le mode de procéder de la commune pas plus qu'elle ne prétend que les membres du groupe d'évaluation n'auraient pas effectué une appréciation individuelle des candidatures, en fonction des critères d'adjudication publiés. Il n'est pas davantage discuté que la commune a soumis les dossiers d'offres à un bureau d'ingénieurs spécialisés.

7. L'analyse de la grille d'évaluation faisant partie intégrante de la décision attaquée établit que toutes les rubriques des critères d'adjudication ont été étudiées par la commune, chaque entreprise soumissionnaire s'étant vue doter d'une note correspondant à l'estimation du groupe d'évaluation. La recourante reproche à l'autorité intimée la subdivision des critères d'adjudication. On ne voit pas en quoi ce mode de procéder serait prohibé, voire préjudiciable aux soumissionnaires.

Il résulte des pièces du dossier que la commune s'en est tenue aux critères qu'elle avait établis et s'est fondée sur les documents remis par les soumissionnaires pour attribuer les notations.

8. L'autorité adjudicatrice dispose d'une grande liberté d'appréciation lors de l'adjudication. Ainsi, même dans les marchés publics plus importants, soumis à l'AIMP, elle n'est pas liée par telle ou telle méthode, mais il lui est loisible de choisir celle qui est la mieux appropriée au marché. Il est donc parfaitement admissible d'attribuer une plus ou moins grande importance à tel ou tel critère, le prix par exemple, suivant le type de marché à adjuger. De plus, l'offre économique la plus avantageuse ne signifie pas qu'elle doit être la moins chère. Ce n'est qu'en présence de biens standardisés que l'adjudicateur peut alors se fonder exclusivement sur le critère du prix le plus bas (RDAF 1999 I p. 305). La

latitude de jugement laissée au pouvoir adjudicateur par la notion d'offre la plus avantageuse économiquement est d'autant plus grande que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques et que l'autorité intimée a confié l'analyse des offres à un bureau spécialisé (JAAC 1999 p. 143 ; ATA/609/2005 du 13 septembre 2005 et la jurisprudence citée).

9. S'agissant du montant des offres, après les corrections apportées à celle de la recourante et admises par elle, seuls CHF 58'330,61 les séparent. Ce chiffre n'est pas discuté par la recourante. Au vu de l'ampleur du marché, l'on ne saurait nier que les deux offres sont très proches l'une de l'autre, ce qui se reflète notamment par le faible écart entre les points alloués aux soumissionnaires, soit 3,98 à Grisoni-Zaugg S.A. et 3,90 à la recourante.

Cela étant, l'offre de la société intimée est non seulement la moins chère, mais elle est également la plus avantageuse économiquement. A cet égard, c'est à juste titre que la commune a attaché une importance particulière au prix unitaire des fers à béton, la hausse du marché de l'acier était susceptible d'avoir des répercussions non négligeables sur le coût final de l'ouvrage.

En retenant l'offre de Grisoni-Zaugg S.A. eu égard au critère du prix, le choix de la commune échappe à tout grief.

10. En ce qui concerne le critère organisationnel, la recourante s'étonne du fait que six entreprises sur dix - dont elle-même et la société intimée - se soient vues attribuer la note maximale de 4.

Sur ce point, l'argumentation de la recourante est spécieuse en tant qu'elle constitue le reproche en filigrane d'avoir accordé la préférence à une entreprise hors canton.

C'est le lieu de relever ici que la LMI s'applique à tous les marchés publics cantonaux et communaux (ATA/609/2005 du 13 septembre 2005).

Or, aux termes de son article premier, la LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse, l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse. La LMI ne constitue qu'une loi-cadre orientée vers la protection des soumissionnaires externes et l'unification du marché suisse. Elle ne vise pas à s'immiscer dans les réglementations cantonales, mais se borne à exiger que ces dernières ne constituent pas une entrave au libre-échange des services et des marchandises ainsi qu'à la liberté des personnes de s'établir et de circuler (Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la LMI, FF 1995 I p. 1248-1249).

Selon l'article 5 alinéa 1 LMI, les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales

sont régis par le droit cantonal ou intercantonal ; ces dispositions, ainsi que les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse de manière contraire à l'article 3 LMI qui fixe les conditions auxquelles des restrictions à la liberté d'accès au marché de soumissionnaires externes peuvent être prévues.

La LMI comporte ainsi certaines garanties visant principalement à protéger les offreurs externes. Elle fixe un nombre limité de principes fondamentaux dont la Confédération, les cantons et les communes doivent tenir compte tant dans la pratique que dans leur activité législative (Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la LMI, FF 1995 I p. 1231).

En l'espèce, le marché litigieux constitue un marché de grande importance au sens de l'article 5 alinéa 2 LMI (cf. ATA/209/2006 du 11 avril 2006). Il s'ensuit que les exigences posées à l'article 5 alinéa 1 LMI sont applicables.

A supposer qu'ils soient fondés, les griefs de la recourante à cet égard sont donc en totale contradiction avec la LMI et de ce fait, ils ne peuvent qu'être écartés.

11. Pour les mêmes motifs, la discussion sur le critère d'adjudication « capacité et disponibilité du personnel, du matériel et des équipements » soulevé par la recourante ne résiste pas à l'analyse.

12. Enfin, la recourante discute le critère « expérience ». A cet égard, la notation de la commune établit qu'elle a pris en considération, à égale valeur, les réalisations des deux soumissionnaires, qui toutes deux ont effectivement participé dans un passé récent à la construction de bâtiments scolaires. Les griefs y relatifs de la recourante sont donc sans fondement.

13. Il résulte de ce qui précède qu'aucune violation de l'article 39 RPMPC ne peut être retenue dans l'attribution du marché discuté. Le Tribunal administratif ne saurait se substituer à l'appréciation du pouvoir adjudicateur, lequel n'a pas mésusé de son pouvoir d'appréciation en attribuant le marché à la société intimée. Le recours doit ainsi être rejeté. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 3'500.- sera mis à la charge de la recourante.

Une indemnité de procédure de CHF 2'500.- sera allouée à Grisoni-Zaugg S.A. à charge de la recourante (art. 87 LPA)

14. Compte tenu du présent arrêt, la demande de retrait d'effet suspensif devient sans objet.

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 19 juin 2006 par Construction Perret S.A. contre la décision de la commune de Thônex du 6 juin 2006 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 3'500.- ;

alloue une indemnité de CHF 2'500.- à Grisoni-Zaugg S.A. à la charge de Construction Perret S.A.

communique le présent arrêt à Me Louis Waltenspuhl, avocat de la recourante, à Me Bénédict Fontanet, avocat de la commune de Thônex ainsi qu'à Me Michel d'Alessandri, avocat de Grisoni-Zaugg S.A.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :	la vice-présidente :
M. Tonossi	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :