

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4485/2007-DCTI

ATA/228/2009

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 5 mai 2009

dans la cause

SOTTAS S.A.

représentée par Me Christophe Claude Maillard, avocat

contre

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

et

PROGIN S.A. CONSTRUCTIONS METALLIQUES

appelée en cause

représentée par Me Pierre Vuille, avocat

EN FAIT

1. Le 17 novembre 2006, le Grand Conseil de la République et canton de Genève a voté le projet de loi du Conseil d'Etat ouvrant un crédit d'investissement de CHF 66'679'000.- pour la construction et l'équipement du cycle d'orientation de Drize à Carouge (PL 9897). La part de ce crédit attribuée à la construction elle-même s'élevait à CHF 39'432'000.-.

2. Le 16 juillet 2007, le département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : DCTI ou l'adjudicateur) a publié dans la Feuille d'avis officielle (ci-après : FAO) et sur le site internet du système d'information sur les marchés publics suisses (www.simap.ch, ci-après : Simap) un appel d'offres (CFC 221.4), en procédure ouverte, portant sur la construction de façades métalliques et de stores en toiles pour ledit cycle d'orientation. Le coût estimé du marché s'élevait à CHF 6'356'390.- hors taxes (ci-après : HT). L'appel d'offres était soumis au règlement sur la passation des marchés publics en matière de constructions du 19 novembre 1997 (RPMPC – L 6 05.01) ainsi qu'à l'accord sur les marchés publics du 15 avril 1994, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1996 (accord GATT/OMC - RS 0.632.231.422).

3. Les critères d'adjudication mentionnés dans l'appel d'offres étaient les suivants :
 - montant et crédibilité du prix (50 %) ;
 - capacité à respecter les délais d'exécution (30 %) ;
 - références et expériences (20 %).

Il ressort du dossier mis à disposition des soumissionnaires les éléments suivants :

- les offres devaient être déposées au plus tard le 29 août 2007 à 9h.20, en vue de leur ouverture publique le même jour à 9h.50 ;
- les soumissionnaires pouvaient formuler des réserves ou proposer des variantes au moment du dépôt de leur offre, à condition de les présenter séparément (art. 1.7 des conditions générales de la soumission) ;
- au point 2.09.01 étaient mentionnées les prescriptions applicables en matière d'isolation thermique du bâtiment, notamment la norme SIA 380/1, reprenant les normes EN ISO 13'790 ;

- au même point figuraient des conditions relatives aux valeurs U, soit les coefficients d'isolation thermique des matériaux :

la valeur U_f , correspondant aux châssis en aluminum, ne pouvait s'élever à plus de $2,00 \text{ W/m}^2\text{K}$;

la valeur U_g , correspondant aux vitres, ne pouvait s'élever à plus de $1,10 \text{ W/m}^2\text{K}$ en cas de double vitrage ;

la valeur $U_{\text{toute la façade}}$ devait être inférieure ou égale à $1,90 \text{ W/m}^2\text{K}$ en cas d'éléments avec ouvrants à lamelles basée sur un double vitrage, respectivement $1,70 \text{ W/m}^2\text{K}$ en cas de triple vitrage.

4. L'ouverture des offres a eu lieu le 29 août 2007 à 9h.50. Selon le procès-verbal d'ouverture, trois entreprises sur les treize inscrites avaient soumis leur dossier, soit Sottas S.A. (ci-après : Sottas ou la recourante), Hevron S.A. (ci-après : Hevron) et Progin S.A. Constructions métalliques (ci-après : Progin ou l'adjudicataire). L'offre de cette dernière comprenait aussi une variante plus économique (ci-après : variante Progin), proposant des fenêtres à lamelles avec double vitrage en cadre, avec une valeur U_g de $1,0 \text{ W/m}^2\text{K}$.

5. Selon le rapport d'évaluation des offres du 31 octobre 2007, effectué par Tekhne Management S.A. (ci-après : Tekne S.A.) pour le compte du maître de l'ouvrage, le montant des offres HT s'élevait à :

CHF 7'702'740,30 pour Sottas,

CHF 8'215'579,00 pour Hevron,

CHF 8'595'815,04 pour Progin et CHF 6'826'483.- pour sa variante.

La moyenne des offres se montait donc à CHF 7'835'154.-.

6. Par décision du 6 novembre 2007, notifiée le lendemain à Sottas, le DCTI a attribué le marché à Progin, dont la variante était économiquement la plus avantageuse "par rapport aux critères d'adjudication énoncés dans l'appel d'offres".

Selon le rapport d'évaluation précité, cette variante respectait "toutes les contraintes/valeurs acoustiques/énergétiques fixées dans le cadre du projet. Les caractéristiques techniques fonctionnelles étaient équivalentes.

7. En réponse à sa demande de renseignements des 12 et 13 novembre 2007, Sottas a reçu le 15 novembre 2007, par l'intermédiaire du DCTI, un fax de l'adjudicataire contenant des informations sur la variante retenue, ainsi libellé s'agissant des fenêtres à lamelles :

"Profil aluminium à rupture thermique variante PROGIN SA METAL
selon échantillon présenté en séance d'adjudication
Valeur U des verres : 1,0
Valeur U globale : 2,3
Selon test IFT Rosenheim"

Progin spécifiait en outre que :

"Tous ces éléments font partie intégrante de notre variante déposée en même temps que l'offre de base, sous la rubrique "variante". De plus, toutes les contraintes fixées dans le cadre du projet telles que les valeurs acoustiques, énergétiques, etc. sont respectées. Les valeurs techniques fonctionnelles sont équivalentes".

La "valeur U globale" correspond à la moyenne du coefficient thermique du vitrage et du châssis.

8. Par télécopie expédiée au Tribunal administratif le 19 novembre 2007 à 23h.19 et par acte daté du 19 novembre 2007, déposé dans une boîte aux lettres postale à 23h.20 à Bulle, selon l'attestation signée par Me Pierre Liénard, notaire, Sottas a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision précitée du 6 novembre 2007". La recourante a conclu préalablement à la restitution de l'effet suspensif, principalement à l'annulation de la décision du DCTI et à l'adjudication du lot à l'intéressée et, subsidiairement, au renvoi de la cause au département.

De plus, la décision querellée tombait également sous le coup de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02). Cette dernière fixait des règles minimales que devaient respecter les pouvoirs adjudicateurs cantonaux et communaux lors de la passation des marchés publics (ATF 125 II 86 consid. 1c).

La variante Progin n'aurait pas dû être acceptée, "puisque avec du 2,3 W/m²K de valeur U globale, elle dérogeait substantiellement à la valeur U fixée à 1,70 W/m²K". Elle ne respectait donc pas les exigences concernant les qualités physiques et énergétiques du bâtiment. L'acceptation d'une telle variante était de nature à modifier le projet, de sorte que c'était tout l'équilibre économique de celui-ci qui s'en trouvait modifié. Il suffisait pour s'en convaincre de constater que la variante de l'adjudicataire portant sur double vitrage plutôt que sur du triple vitrage tel qu'exigé par le maître d'ouvrage, induisait une moins-value de plus de CHF 2'000'000.- sur la position 2. Il allait donc de soi qu'une telle modification, portant sur des éléments aussi importants et fondamentaux du projet de construction, devait impliquer que tous les soumissionnaires fussent clairement informés de la possibilité d'offrir du double vitrage (sur la position 2) et de déroger ainsi aux contraintes s'agissant en particulier d'une valeur aussi essentielle que la valeur U globale. Il y avait eu inégalité de traitement, voire

distorsion de concurrence entre les soumissionnaires au sens des règles sur les marchés publics, respectivement de la LMI. En outre, l'entreprise adjudicataire aurait dû être écartée d'entrée de cause, son offre ayant été déposée le 29 août entre 09h.30 et 09h.45, soit après l'heure limite fixée à 09h.20. La recourante se trouverait alors en première position, avec l'offre la meilleure marché, d'un montant de CHF 1'261'487.- TTC.

L'effet suspensif devait être restitué, le recours n'apparaissant pas *prima facie* dépourvu de chances de succès. De plus, ni l'adjudicateur ni l'adjudicataire ne pouvaient se prévaloir d'un intérêt public ou privé prépondérant.

9. Le 3 décembre 2007, le DCTI a conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif et a demandé un délai pour se déterminer sur le fond.

Les valeurs prévues dans la partie 2.09.01 du dossier n'étaient pas des conditions minimales, mais des valeurs indicatives. La variante Progin était donc recevable, car elle respectait les contraintes énergétiques globales. En effet, conformément à l'art. 2.2.1 de la norme SIA 380/1, "aucune performance ponctuelle n'est (était) exigée si la performance globale est (était) atteinte".

La construction d'un établissement scolaire était un projet d'utilité publique et l'intérêt à sa réalisation dans les délais prévus primait l'intérêt purement économique de la recourante.

10. Le DCTI a produit à cet effet un rapport établi le 30 novembre 2007 par l'entreprise Gartenmann Engineering AG (ci-après : Gartenmann), mandatée pour établir une comparaison énergétique de plusieurs variantes avant l'appel d'offres. Invitée à se déterminer sur la variante Progin, elle avait attesté que celle-ci était conforme aux exigences et valeurs limites requises.

Cette variante intégrait les modifications suivantes par rapport à l'offre de base :

- fenêtres à lamelles avec double vitrage en cadre ;
- rail de guidage pour les stores en lieu et place de câble.

Cependant, toutes les contraintes fixées dans le cadre du projet, telles que les valeurs acoustiques, énergétiques etc. sont (étaient) respectées. Les caractéristiques techniques fonctionnelles sont (étaient) équivalentes".

En effet, la variante Progin était supérieure à la "variante 13" de Gartenmann, qui tenait compte d'une valeur U globale des vitrages ouvrants de 2,3 W/m²K et qui était néanmoins conforme aux prescriptions énergétiques, la valeur limite de 94 MJ/m²a (correspondant ici à l'indice de dépense annuelle en énergie électrique pour le chauffage) étant respectée.

Dans un courrier complémentaires du 5 décembre 2007, Gartenmann - sous la plume de M. Ballenegger notamment - a précisé à l'intention de Tekhne S.A. que le résultat de son analyse était le suivant :

"Bases pour les calculs : solution de l'entreprise Progin, c'est-à-dire avec les parties vitrées

V1 vitrage ouvrant (lamelles) avec valeur $U_w = 2,3 \text{ W/m}^2\text{K}$ (vitrage isolant double, $A = 600 \text{ m}^2$)

V2 vitrage fixe avec valeur $U_w = 1.0 \text{ W/m}^2\text{K}$ (vitrage triple, $A = 3'656 \text{ m}^2$)

V3 vitrage fixe avec valeur $U_w = 1.0 \text{ W/m}^2\text{K}$ (vitrage triple, $A = 585 \text{ m}^2$)

Résultats des calculs :

- Valeur limite pour le besoin de chaleur (chauffage + eau chaude) : $H_{g,tot} = 94 \text{ MJ/m}^2\text{a}$
- Nouvelle valeur pour objet Drize : $Q_{h,tot} = 88 \text{ MJ/m}^2\text{a}$ (voir annexe comparaison énergétique)

Conclusion : l'exigence $Q_{h,tot} \leq H_{g,tot}$ est respectée".

11. Appelée en cause, Progin s'est déterminée le 4 décembre 2007 en concluant au rejet de la demande en restitution de l'effet suspensif. Si celle-ci devait être admise, la date annoncée pour la fin des travaux ne pourrait pas être respectée en raison du planning déjà extrêmement serré. En outre, l'équipe prévue pour l'élaboration des plans et de l'étude technique ne pourrait pas entreprendre d'autres travaux, car elle devrait se tenir prête à démarrer immédiatement dès la levée de l'effet suspensif.

12. Par décision du 5 décembre 2007, le président du Tribunal administratif a rejeté la requête en restitution de l'effet suspensif, considérant que les chances de succès du recours ne paraissaient pas s'imposer de manière telle qu'il conviendrait d'accorder l'effet suspensif. En outre, la pesée des intérêts ne permettait pas de considérer que ceux de la recourante étaient prépondérants par rapport à ceux des intimés, les premiers étant de nature économique uniquement et les seconds reposant sur l'intérêt public à la construction et à la mise en service dans les meilleurs délais d'un cycle d'orientation dont la nécessité n'était pas contestée.

Il a en outre imparti au DCTI et à l'adjudicataire un délai au 15 janvier 2008 pour se déterminer sur le fond du litige.

13. Par mémoire du 15 janvier 2008, le DCTI s'en est rapporté à justice sur la recevabilité du recours et il a conclu à son rejet dans la mesure où il était recevable.

Les documents de soumission autorisaient expressément les soumissionnaires à proposer des variantes.

La variante Progin respectait les conditions minimales impératives et les caractéristiques techniques, car elle offrait un coefficient de $88 \text{ MJ/m}^2\text{a}$, inférieur à la valeur limite maximale de $94 \text{ MJ/m}^2\text{a}$ selon le rapport complémentaire de Gartenmann du 5 décembre 2007 sollicité par le DCTI. Seule cette valeur était déterminante pour apprécier les performances énergétiques de l'ouvrage, les valeurs U moyennes figurant dans le dossier de soumission n'étant qu'indicatives.

14. Le 15 janvier 2008, Progin a conclu principalement à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet.

Dans l'hypothèse où le cachet postal était celui du 20 novembre 2007 et que le dépôt du recours avait eu lieu dans une boîte postale plutôt qu'à un bureau de poste ce qui n'était pas admissible, le recours était tardif.

Les documents de soumission prévoyaient expressément la possibilité de présenter une variante.

La sienne respectait toutes les contraintes fixées dans le cadre du projet, notamment les valeurs acoustiques et énergétiques. Les travaux lui avaient été adjugés à juste titre, l'offre contenue dans sa variante étant la plus économique.

15. Par arrêt du 26 février 2008 (2D_130/2007), le Tribunal fédéral a rejeté le recours constitutionnel subsidiaire formé par Sottas le 6 décembre 2007 contre la décision précitée du 5 décembre 2007 sur effet suspensif.

16. Le 20 juin 2008, le juge délégué a tenu une audience de comparution personnelle des parties et d'enquêtes, pour l'audition de Monsieur Jacques Ballenegger, ingénieur civil, spécialiste en physique des bâtiments, employé de Gartenmann et signataire du rapport complémentaire du 30 novembre 2007 établi par cette société au sujet de la variante Progin et co-signataire du courrier précité du 5 décembre 2007.

A. HEURE DU DEPOT DE L'OFFRE DE PROGIN :

a. M. Thorin, responsable des ventes et marketing de Progin, a déclaré que le 29 août 2007, c'était lui qui était chargé d'apporter l'offre de cette société au DCTI. Venant de Bulle en voiture le matin même, il avait été retardé par trois accidents qui s'étaient produits sur l'autoroute. Il était entré dans le parking du DCTI à 09h.20 et quelques minutes après, il avait croisé M. Angelini de l'entreprise Sottas qui lui avait indiqué qu'il venait lui-même d'arriver.

b. La représentante du DCTI a indiqué que celui-ci ne notait pas l'heure de réception des offres. Ce qui importait, c'était qu'elles parviennent en ses mains

avant l'heure fixée pour leur ouverture, soit en l'espèce à 09h.50, ce qui avait été le cas. L'heure fixée pour le dépôt l'était pour des raisons pratiques, afin qu'avant l'ouverture, le nom de toutes les personnes présentes ait pu être noté et les dossiers enregistrés.

c. Selon Mme Sottas, l'offre de Progin avait été déposée à 09h.30, soit avec 10 minutes de retard, celle de Sottas l'ayant été avant 09h.20.

B. VARIANTE PROGIN :

d. M. Ballenegger a déclaré que le rapport du 30 novembre 2007 précité avait été établi à la demande de Tekhne S.A. Ses collègues et lui-même étaient parvenus à la conclusion que la variante Progin respectait la valeur-limite maximale de dépense annuelle en chauffage de 94 MJ/m^2 en procédant à un calcul global, tenant compte d'un triple vitrage pour tout le bâtiment à l'exception du double vitrage à lamelles pour lequel une valeur $U_w 2,3 \text{ MJ/m}^2\text{a}$ avait été retenue. Le bilan énergétique était atteint par le fait qu'une compensation avait été effectuée dans la variante en cause puisque les vitrages de la salle de gymnastique et ceux du hall d'entrée étaient en triple vitrage dans la variante alors qu'ils étaient en double vitrage dans le projet de base. Non seulement la variante n'avait donc pas occasionné de perte énergétique mais elle avait engendré une amélioration puisqu'elle permettait d'arriver à $88 \text{ MJ/m}^2\text{a}$ au lieu de $93 \text{ MJ/m}^2\text{a}$ dans le projet initial.

e. Tant la représentante du DCTI que ceux de Sottas ont déclaré découvrir par les déclarations du témoin qu'une compensation énergétique avait été faite dans la variante de Progin.

La première a précisé que le contrat avait été signé dès réception de l'arrêt du Tribunal fédéral à une date qu'elle indiquerait ultérieurement. Le DCTI n'avait pas évoqué cette compensation dans ses écritures car il n'en avait pas eu connaissance.

Mme et M. Sottas ont maintenu le recours de Sottas et conclu à la constatation de l'illicéité de l'adjudication, la variante déposée par Progin ne spécifiant pas qu'une telle compensation avait été opérée, et celle-ci ne ressortant pas du document produit sous chiffre 4 par le DCTI et intitulé "rapport technique du soumissionnaire".

S'agissant des fenêtres à lamelles, Progin avait en effet annoncé au titre des modifications auxquelles elle avait procédé par rapport à la soumission :

"Système Colt Coltlite LWST avec verres selon fournisseurs (pas Luxgand)

$V_g = 1.0 \text{ W/m}^2\text{K}$ / Les fournisseurs ne peuvent pas garantir les valeurs physiques".

M. Thorin a ajouté que les éléments de la variante de Progin avaient été soumis à Emmer Pfenninger pour vérification des valeurs techniques, en particulier thermiques. Puis Emmer Pfenninger avait communiqué celles-ci à Gartenmann qui avait procédé aux analyses relatées dans le rapport et la lettre de ce bureau, datés respectivement des 30 novembre et 5 décembre 2007.

M. Thorin a indiqué avoir en sa possession un courrier de Progin à Emmer Pfenninger que, malgré l'insistance du conseil de la recourante, son avocat l'avait enjoint de ne pas produire au motif qu'il n'était pas complet, précisant qu'il serait annexé à son écriture responsive.

M. Dubost, ingénieur thermicien du DCTI, a déclaré que ce dernier avait toujours fait un concept énergétique pour la totalité du bâtiment, qui devait répondre aux exigences du service cantonal de l'énergie.

17. Sur quoi, un délai au 31 juillet 2008 a été fixé à la recourante et au 1^{er} septembre 2008 pour les intimés pour se déterminer et produire toutes pièces utiles, une prorogation d'enquêtes sollicitée par l'appelée en cause étant réservée.

D'entente entre les parties, ces délais ont été prolongés respectivement aux 5 août et 30 septembre 2008.

Le 29 juillet 2008, le DCTI a produit un extrait de la FAO du 16 juillet 2007 relatif à l'appel d'offres pour les travaux de façades métalliques du CO de Drize d'une part, et précisant d'autre part, que le contrat entre l'Etat de Genève et Progin avait été signé le 4 mars 2008.

18. Dans une écriture réceptionnée par le tribunal de céans le 9 septembre 2008, Sottas a fait valoir que Progin avait admis avoir déposé son offre après l'heure fixée dans l'appel d'offres, étant précisé que le chiffre 3.9 de celui-ci spécifiait que "les offres reçues après le délai seront exclues de la procédure d'adjudication. Les heures de remise et d'ouverture sont indiquées sur la première page des soumissions". Par référence à ce dernier document, les heures étaient respectivement de 09h.20 pour le dépôt des offres et 09h.50 pour l'ouverture de celles-ci.

L'audition de M. Ballenegger avait révélé, même au DCTI, et en tout cas à son service juridique, que la variante de Progin respectait la valeur globale énergétique du bâtiment puisque la perte énergétique relative à la pose de double vitrage à doubles lamelles était compensée par l'amélioration énergétique relative au triple vitrage pour ceux de la salle de gym ainsi que du hall d'entrée. C'était ainsi les besoins de chaleur sur l'ensemble du bâtiment qui avaient été pris en considération et ce n'était pas la valeur U qui était à respecter mais la valeur globale fixée pour tout le bâtiment.

Au moment du dépôt de l'offre, seul déterminant, la variante de Progin n'intégrait aucune compensation du fait de sa proposition du double vitrage pour les vitrages à lamelles au lieu du triple vitrage selon l'offre de base. La variante déposée à ce moment, intitulée "modifications par rapport à la soumission", était une variante de fenêtres à lamelles à double vitrage tenues par cadre, comme le DCTI l'avait admis dans sa détermination du 3 décembre 2007 en page 2 sous point 4.

Le rapport de Gartenmann avait été sollicité après le dépôt du recours, ce qui résultait également de la détermination du DCTI du 3 décembre 2007 en page 5, et la description de la variante de Progin faite par ce bureau, selon laquelle il s'agissait de triple vitrage partout excepté les vitrages lamelles "VI - 2" (pièce 4 du chargé du DCTI), ne correspondait donc pas à la soumission déposée par l'adjudicataire.

Sous la rubrique "protection thermique - conditions et exigences" les documents d'appel d'offres ne mentionnaient pas que ce n'était pas la valeur U mais la valeur globale fixée pour tout le bâtiment, par ailleurs non précisée, qui devait être respectée. Le jeu de la concurrence s'en était trouvé faussé et les principes d'égalité de traitement et de non discrimination n'avaient pas été respectés.

La recourante contestait par ailleurs que les besoins de chaleur puissent se calculer sur l'ensemble du bâtiment car ce faisant, d'autres parties de l'ouvrage, objet d'un autre lot, étaient concernées, ce qui n'était pas admissible non plus.

Vu la passation du contrat, le tribunal de céans devait constater l'illicéité de la décision d'adjudication. Sottas chiffrait son préjudice et prétendait à des dommages et intérêts pour un montant de CHF 150'000.- environ.

Le tribunal devait ainsi admettre le recours, constater l'illicéité de la décision d'adjudication du 6 novembre 2007 et ouvrir une instruction sur le montant du dommage à lui allouer.

19. Le 14 octobre 2008, le DCTI a déposé ses observations. L'offre de Progin avait été remise en temps utile puisque, si elle était arrivée quelques minutes après 09h.20, elle était parvenue en mains de l'autorité adjudicatrice avant l'ouverture publique prévue à 09h.50. L'adjudicataire ne pouvait donc écarter cette offre sans commettre un excès de formalisme.

Quant à la recevabilité de la variante de Progin choisie par l'adjudicateur, il fallait se référer à l'historique de l'élaboration des documents de soumission pour juger de l'adéquation de cette variante par rapport aux spécifications techniques du projet, et notamment aux performances thermiques des façades. Plusieurs variantes de vitrages avaient été envisagées et avaient fait l'objet de comparaisons

énergétiques réalisées par le bureau Gartenmann. Selon l'hypothèse de base, les vitrages ouvrants devaient être réalisés en triple vitrage, les vitrages fixes également sauf pour ceux des salles de gym, du hall d'entrée et de la façade du rez inférieur, pour lesquels un double vitrage était suffisant, afin d'atteindre la valeur-limite requise de 94 MJ/m²a.

Lors de l'élaboration des documents de soumission, les architectes, - soit Tekhne S.A., - pour des raisons esthétiques d'harmonisation des façades avaient décrit les vitrages ainsi :

- vitrages à lamelles : triple.
- vitrages fixes : triple, y compris sur les salles de gym et dans le hall d'entrée,
- vitrages rez inférieur : double.

Référence était faite à la partie 2.00.00 de la soumission, page 155 et pièce 11 DCTI. Ainsi, les soumissionnaires devaient offrir :

- aux postes 2.1 et 2.2 des fenêtres à lamelles à triple vitrage,
- au poste 4.2 de la soumission, des panneaux fixes à double vitrage pour le rez inférieur,
- au poste 4.3 de la soumission, des panneaux fixes à triple vitrage pour toutes les autres parties de l'ouvrage, y compris pour les salles de gym et le hall d'entrée.

Ils devaient également chiffrer au chapitre VIII de la soumission, les moins values éventuelles :

- pour des fenêtres à lamelles en double vitrage,
- pour un double vitrage dans l'entrée et les salles de gym.

Tous les soumissionnaires avaient agi comme indiqué ci-dessus. Progin avait en outre proposé dans sa variante des vitrages à lamelles en double vitrage. Le coût de cette variante était indiqué sur la première page de la soumission. Des précisions concernant cette variante avaient également été apportées par Progin au cours de la séance d'audition des candidats qui s'était déroulée le 18 octobre 2007 à 10h30. Dans son rapport d'adjudication du 31 octobre 2007, Tekhne S.A. avait analysé cette variante de Progin en ces termes :

"La variante intègre les modifications suivantes par rapport à la base :

- fenêtres à lamelles avec double vitrage en cadre,

- rails de guidage pour les stores en lieu et place de câbles.

Cependant, toutes les contraintes fixées dans le cadre des projets telles que les valeurs acoustiques, énergétiques etc. sont respectées. Les caractéristiques techniques fonctionnelles sont équivalentes".

Ce constat reposait notamment sur les comparaisons énergétiques supplémentaires effectuées par le bureau Gartenmann.

Lors de son audition, M. Ballenegger avait expliqué que le bilan énergétique devait être calculé sur l'ensemble du bâtiment et que la variante de Progin était meilleure que le projet de base pour les raisons susénoncées. Le témoin avait parlé à tort d'une compensation effectuée par Progin avec des triples vitrages dans les salles de gym et le hall d'entrée. Or, ce n'était pas le soumissionnaire qui avait fait cette proposition mais l'architecte qui avait rédigé la soumission de la sorte. De plus, l'analyse de la variante de Progin faite par Gartenmann dans sa lettre du 5 décembre 2007 n'était pas tout à fait exacte car elle ne prenait pas en compte le double vitrage du rez inférieur. La valeur exacte du projet avec la variante de Progin concernant les fenêtres à lamelles en double vitrage s'élevait à CHF 89 MJ/m²a, ce qui respectait largement la valeur-limite fixée à 94 MJ/ m²a.

Selon le DCTI, la situation pouvait être résumée comme suit :

La soumission intégrait une marge si importante avec le vitrage triple des

	Projet de base	Soumission	Variante Progin S.A.
Vitrages fixes des classes	Triple	Triple	Triple
Vitrages fixes des salles de gym	Double	Triple	Triple
Vitrages fixes de l'entrée	Double	Triple	Triple
Vitrages fixes du rez inférieur	Double	Double	Double
Vitrages à lamelles	Triple	Triple	Double

salles de gym et de l'entrée que la variante de Progin portant uniquement sur les vitrages à lamelles, soit un petit pourcentage de la façade, paraissait d'emblée conforme aux prescriptions de base. C'était ainsi à juste titre que le rapport d'adjudication considérait que la variante de Progin respectait les contraintes du projet et que les caractéristiques fonctionnelles étaient équivalentes. D'après la norme SIA 380/1 art. 2 point 2.1 et selon la déclaration de M. Ballenegger, le respect des prescriptions de base s'observait au regard de la performance énergétique totale de l'immeuble et non des valeurs U des structures de la façade. Le montant de la variante s'élevait à CHF 7'031'278.- HT dont il fallait déduire

des frais d'étude à hauteur de CHF 204'794.- raison pour laquelle les travaux avaient été adjugés au prix de CHF 6'826'443.- HT.

La recourante alléguant avoir subi un préjudice de l'ordre de CHF 150'000.-, le DCTI requérait, en cas de rejet du recours, le paiement par Sottas d'une indemnité pour le préjudice causé par sa demande au Tribunal fédéral. en restitution de l'effet suspensif. Alors que la décision d'adjudication avait été rendue le 6 novembre 2007, le contrat d'entreprise n'avait pu être conclu que le 4 mars 2008, après l'arrêt du Tribunal fédéral. Ce retard de quatre mois dans l'exécution des travaux avait eu pour conséquence que le bâtiment ne pourrait être livré comme prévu pour la rentrée scolaire 2009. Des surcoûts importants de l'ordre de CHF 320'000.- devaient être supportés par le maître de l'ouvrage. Aussi, le DCTI concluait-il au rejet du recours, à la condamnation de la recourante en tous les frais et cela fait, à l'ouverture d'une instruction sur les dommages et intérêts qui lui étaient dus pour les raisons sus-indiquées.

20. Le 10 octobre 2008, l'appelée en cause a sollicité une prolongation d'un mois du délai qui lui avait été imparti, elle a déposé son écriture reçue par le tribunal de céans le 17 novembre 2008.

Derechef, elle a contesté avoir déposé son offre tardivement puisque l'ouverture des offres, fixée à 09h.50, n'avait pas débuté.

Le comportement de Sottas était contraire à la bonne foi. Au moment de l'ouverture des offres, Sottas ne s'était pas prévalu de ce retard. Elle ne l'avait pas fait davantage dans les jours suivants et avait attendu que le marché soit adjugé à Progin pour s'en plaindre. Ce grief devait être rejeté.

Quant à sa variante, elle n'intégrait aucune compensation contrairement à ce que M. Ballenegger avait exposé. Elle avait proposé une variante avec des vitrages à lamelles en double vitrage tel que cela avait été prévu aux points 1.01.07 et 1.01.08 de l'appel d'offres.

Le 29 août 2007, elle avait remis au DCTI une lettre d'accompagnement indiquant qu'elle proposait une variante pour les fenêtres à lamelles ainsi que le prix de celles-ci. Elle avait joint à ce courrier le descriptif de sa variante qui ne concernait que les vitrages à lamelles en verre double au lieu de triple. La description de la variante faite par Gartenmann correspondait en tous points à la soumission déposée par Progin, aucune compensation n'ayant été opérée.

Les soumissionnaires étaient autorisés à présenter une variante. Ils pouvaient soumissionner tant pour un triple que pour un double vitrage pour autant que les contraintes techniques restent proches de la demande de base, la valeur U n'étant qu'une valeur indicative. Il fallait prendre en considération la performance énergétique globale du bâtiment et non celle des différents éléments.

C'était bien ce que M. Ballenegger avait déclaré et le rapport Gartenemann indiquait à juste titre que la variante de Progin respectait la valeur-limite.

Si le tribunal de céans faisait droit aux conclusions de la recourante, Progin contesterait le préjudice allégué par celle-ci, puisqu'elle ne pouvait réclamer le montant du gain manqué. Sottas ne pourrait en aucun cas prétendre à des dommages s'élevant à CHF 150'000.-, cette somme étant sans rapport avec l'élaboration du dossier de soumission ni même avec la procédure de recours.

Si le recours devait au contraire être rejeté, Progin sollicitait le paiement par la recourante, des surcoûts dus au retard de quatre mois dans l'exécution des travaux en raison de la demande en restitution de l'effet suspensif et elle chiffrait ces surcoûts à environ CHF 550'000.- comprenant :

- l'augmentation des coûts des matières premières ;
- les surcoûts énergétiques sur les verres ;
- les modifications des taux horaire 2007/2008 ;
- le manque de volume de travail pendant le report ;
- les frais administratifs et de planification ;
- les frais de déplacements et de transports.

Elle concluait principalement à l'irrecevabilité du recours.

Si le recours était déclaré recevable, elle concluait principalement à son rejet, à la confirmation de la décision d'adjudication pour la variante qu'elle avait proposée et à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Subsidiairement, elle concluait à l'ouverture d'une instruction relative aux dommages et intérêts que la recourante devrait lui verser.

L'appelée en cause n'a pas produit avec ses dernières observations le courrier qu'elle avait adressé à Emmer Pfenninger et qu'elle avait refusé de déposer lors de l'audience du 20 juin 2008.

21. Le 24 novembre 2008, l'écriture de Progin a été transmise aux autres parties.

Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. 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'art. 8 AIMP (ATA/10/2009 du 13 janvier 2009).

- c. 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'accord intercantonal sur les marchés publics, dans sa version du 15 mars 2001 (ci-après : AIMP 2001), ne sont entrées en vigueur que le 1^{er} janvier 2008, de même que le règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (L 6 05.01) abrogeant l'ancien règlement. Ces nouvelles dispositions ne s'appliquent pas aux procédures "en cours" au moment de leur entrée en vigueur. Les procédures sont dites "en cours" dès la publication de l'avis d'appel d'offres (art. 62 du règlement L 6 05.01 du 7 décembre 2007 et 22 AIMP 2001).

En l'espèce, la publication de l'appel d'offre dans la FAO et sur Simap datant du 16 juillet 2007, ce sont les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 qui sont applicables, à savoir l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), le RPMPC, et cas échéant la LMI.

2. a. L'accord s'applique si la valeur estimée du marché public à adjuger atteint pour les ouvrages CHF 9'575'000.- (art. 7 al. 1 let. a AIMP). Si un adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction pour la réalisation d'un ouvrage, leur valeur totale est déterminante. L'autorité intercantonale détermine le pourcentage de la valeur que chacun des marchés de construction doit représenter dans l'ensemble de l'ouvrage, pour être dans tous les cas soumis au présent accord (clause de minimis ; art. 7 al. 2 AIMP).

b. En application de cette clause, l'art. 6 RPMPC précise que l'AIMP ne s'applique pas à l'adjudication de lots qui ne dépassent pas séparément la valeur de 2 millions de francs et, calculés ensemble, 20 % de la valeur totale de l'ouvrage.

En l'espèce, la valeur totale de la construction prévue dépasse manifestement CHF 9'575'000.- selon le crédit voté par le Grand Conseil. La moyenne des offres du CFC 221.4 s'élevant à plus de CHF 2'000'000.- (soit CHF 7'835'154.-), l'AIMP est applicable à la présente cause.

3. Reste à examiner, quant à la recevabilité, si le recours a été déposé dans les délais.

a. En vertu de l'art. 3 LAIMP, le Tribunal administratif est l'autorité compétente au sens de l'art. 15 AIMP pour statuer sur recours contre les décisions de l'adjudicateur. Le recours contre les décisions d'adjudication doit être interjeté dans un délai de 10 jours dès la notification de la décision (art. 15 al. 2 AIMP).

b. Les délais commencent à courir le lendemain de leur communication ou de l'événement qui les déclenche (art. 17 al. 1^{er} de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Par ailleurs, lorsque le dernier jour du délai est un samedi, un dimanche ou un jour légalement férié, le délai expire le premier jour utile (art. 17 al. 3 LPA). Les délais sont réputés observés lorsque l'acte de recours est parvenu à l'autorité ou a été remis à son adresse à un bureau de poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse au plus tard le dernier jour du délai avant minuit (art. 17 al. 4 LPA).

c. La jurisprudence et la doctrine dominante s'accordent à dire qu'il faut également entendre par "poste" les boîtes postales destinées à récolter le courrier non recommandé, car, dès cet instant, le pli est sous la garde de l'administration postale et ne peut plus être restitué à son expéditeur ; ainsi le délai peut être observé par le dépôt du pli ordinaire dans une boîte postale avant minuit, même après la dernière levée, ce qui pose en revanche le problème de la preuve (ATF 109 Ia 183 consid. 3a p. 184 ; JAAC 61 (1997) n. 14, p. 147 ; B. KNAPP, Précis de droit administratif, Bâle 1991, p. 400 n. 1923). Alors que la preuve de la notification d'une décision incombe à l'autorité, celle de l'observation du délai de recours, donc de l'expédition de l'acte en temps utile, incombe à la partie recourante (ATA/121/2006 du 7 mars 2006 consid. 2 ; ATA/928/2004 du 30 novembre 2004 consid. 3). Si le sceau postal fait foi de la date d'expédition, cette présomption est réfragable, la partie ayant le droit de prouver par tous moyens utiles – en particulier par témoins – que le pli a été déposé en temps utile dans une boîte postale alors même qu'il n'aurait été oblitéré que le lendemain (ATF 109 Ib 343 consid. 2a p. 344). La simple possibilité que l'acte ait été déposé dans les délais ne suffit pas (ATF 98 Ia 247 consid. 2 p. 249) ; il faut au contraire, sinon

une preuve, du moins la vraisemblance (haute probabilité) que les faits allégués se sont passés comme prétendu (JAAC 61 n. 14, p. 147 précitée).

d. En l'espèce, le dies ad quem est le lundi 19 novembre 2007. Le cachet de la poste du 20 novembre 2007 donne à penser que le recours est tardif. Toutefois, l'attestation figurant au dos de l'enveloppe, qui n'a pas été remise en question par les intimés, démontre que l'acte a été déposé le dernier jour du délai dans une boîte postale. Ce mode de faire, bien qu'exceptionnel, est admissible (ATA/564/1998 du 15 septembre 1998). Le recours a donc été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente. Il est donc recevable de ce point de vue également.

4. La recourante invoque enfin une violation de l'art. 33 al. 1^{er} RPMPC, le dossier de Progin ayant été déposé après le délai fixé par l'adjudicateur.

a. Selon les art. 3 al. 2 LAIMP et 45 RPMPC, les décisions sujettes à recours sont la décision d'adjudication et la décision concernant l'inscription ou la radiation d'un soumissionnaire sur une liste de prestataires qualifiés. Cette disposition n'est toutefois pas exhaustive. En effet, selon l'art. 15 AIMP, l'ensemble des décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours auprès de l'autorité juridictionnelle cantonale.

b. Le Tribunal administratif a par exemple considéré que l'appel d'offres constitue une décision sujette à recours dès lors que les points fixés par ce dernier ne peuvent plus être remis en cause dans le cadre de recours dirigés contre des décisions adoptées à un stade ultérieure de la procédure (ATA/372/2006 du 30 juin 2006). De la même manière, l'ouverture d'une offre déposée tardivement doit être considérée comme une décision sujette à recours dans le délai 10 jours prévu par les art 15 al. 2 AIMP et 45 RPMPC.

c. Selon le Tribunal fédéral, doivent être attaquées dans les dix jours, sous peine de forclusion, les irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_107/2007 du 22 janvier 2008 et jurisprudence citée).

En l'espèce, Sottas a constaté au moment de l'ouverture des offres le retard de Progin dont l'instruction a démontré qu'elle avait déposé son dossier après l'heure fixée par la remise des offres mais avant celle prévue pour l'ouverture. Ce cas diffère donc de celui jugé récemment par le tribunal de céans concernant le retard de Progin également (ATA/10/2009 du 13 janvier 2009).

d. Dans la présente cause, la recourante avait déjà connaissance de ce retard au moment de l'ouverture publique des offres et cette irrégularité était manifeste. Elle aurait donc dû recourir à ce stade de la procédure, ce qu'elle n'a pas fait. Par

conséquent, le tribunal de céans ne saurait entrer en matière sur l'éventuelle violation par le DCTI de l'art. 33 al. 1^{er} RPMPC.

Le recours sera donc déclaré recevable, sauf sur ce point.

5. La recourante invoque une violation du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, le DCTI ayant adjudgé le marché à un soumissionnaire dont la variante n'était pas conforme aux exigences énergétiques.

a. L'AIMP poursuit l'objectif de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et d'assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 2 let. b AIMP). En particulier, la passation des marchés doit se faire dans le respect des principes de non-discrimination, d'égalité de traitement de chaque soumissionnaire dans toutes les phases de la procédure et de concurrence efficace (art. 11 let. a et b AIMP ; art. 7 al. 1 RPMPC).

b. Une décision viole le principe de l'égalité de traitement garanti par l'art. 8 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. La question de savoir si une distinction juridique repose sur un motif raisonnable peut recevoir une réponse différente selon les époques et suivant les conceptions, idéologies et situations du moment (ATF 118 Ia 1 consid. 3 p. 2, 3 et arrêts cités).

En l'espèce, Progin a spontanément proposé une variante à un coût réduit. On ne saurait en déduire une quelconque inégalité de traitement, sachant que tous les soumissionnaires auraient pu en faire de même conformément au point 1.7 des conditions générales de la soumission. Le dossier soumis par l'adjudicataire reflète au contraire l'essence même du principe de la concurrence efficace, Progin ayant eu l'idée de proposer une variante dont le coût se rapprocherait de la valeur estimée du marché dans l'appel d'offres.

6. Reste à examiner si cette variante respecte les conditions fixées par le dossier de l'appel d'offres.

La norme SIA 380/1, à laquelle ce dernier fait expressément référence, présente une base permettant l'optimisation technique et économique de l'isolation thermique de l'enveloppe d'un bâtiment. Seul l'objectif global est défini par la performance globale requise (MJ/m²). Les valeurs U des différents éléments de construction peuvent être choisies librement (Conférence des services cantonaux de l'énergie, Isolation thermique des bâtiments – aide à l'application, édition mai

2003, n. 3.1). Il est donc possible d'utiliser certains éléments de construction présentant des valeurs U médiocres s'ils sont compensés par des valeurs U inférieures à la moyenne dans d'autres éléments d'enveloppe (Ibid., n. 3.3).

C'est bien à une compensation qu'a procédé l'adjudicataire, comme l'a clairement exposé M. Ballenegger, et cela avec l'aval du service technique du DCTI, de Tekhne S.A. de Gartenmann et, vraisemblablement - puisque l'appelée en cause n'a pas produit la pièce topique - de Emmer et Pfenninger.

7. En l'espèce, la valeur U_g du double vitrage prévue par la variante Progin s'élève à $1,0 \text{ W/m}^2\text{K}$. Elle est donc inférieure de $0,10 \text{ W/m}^2\text{K}$ aux exigences requises. En revanche, la valeur U globale étant de $2,3 \text{ W/m}^2\text{K}$, il y a lieu d'en déduire que la valeur U_f est supérieure aux $2,00 \text{ W/m}^2\text{K}$ fixés. La performance globale est néanmoins atteinte, car inférieure à $94 \text{ MJ/m}^2\text{a}$.

Par conséquent, le département était fondé à retenir la variante Progin au même titre que les autres offres, étant donné qu'elle satisfaisait aux exigences énergétiques globales. La recourante ne conteste pas, à juste titre, que cette offre est économiquement la plus avantageuse au vu des critères d'adjudication.

8. Le recours sera rejeté. Un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge de la recourante. Une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée à Progin, appelée en cause, à la charge de la recourante (art. 87 LPA).
9. Les conclusions de Progin et du DCTI tendant au paiement des surcoûts liés au retard apporté à la conclusion du contrat du fait de la procédure sur effet suspensif seront rejetées, sans qu'il soit nécessaire d'examiner la question de leur recevabilité.

En effet, le recours constitutionnel subsidiaire n'ayant pas effet suspensif, rien n'empêchait les parties de conclure le contrat avant que le Tribunal fédéral n'ait statué par l'arrêt du 26 février 2008 précité.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

rejette dans la mesure où il est recevable le recours interjeté le 19 novembre 2007 par Sottas S.A. contre la décision du département des constructions et des technologies de l'information du 6 novembre 2007 ;

rejette les conclusions de l'appelée en cause du 10 octobre 2008 et celles de l'intimé du 14 octobre 2008 ;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 2'000.- ;

alloue une indemnité de CHF 2'000.- à Progin, à la charge de la recourante ;

dit que, conformément aux art 82 et 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 :

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 ;

si la contestation porte sur une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art 113 et ss 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'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession de la recourante, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Christophe Claude Maillard, avocat de la recourante, à Me Pierre Vuille, avocat de Progin S.A., appelée en cause, ainsi qu'au département des constructions et des technologies de l'information.

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 :