RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/99/2004-TPE **ATA/94/2005**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 1er mars 2005

dans la cause

MOUCHET DUBOIS BOISSONNARD S.A.
Messieurs Pierre ERBEIA et Jean-Luc BOUCHARDY
FOL & DUCHEMIN S.A.
JAUSLIN + STEBLER INGENIEURE S.A.
RICHARDET et SAINI S.A.
Monsieur Jean-Pierre ORTIS
GILBERT HENCHOZ ARCHITECTES PAYSAGISTES CONSEILS S.A.
HCC – PH. HUBERT- N. CHAPPUIS ET P. CALAME
représentés par Me Bertrand Reich, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE L'AMÉNAGEMENT, DE L'ÉQUIPEMENT ET DU LOGEMENT

et

TECH-ROUTE, soit pour lui AJS Ingénieurs civils S.A.
DECIBELS, soit pour lui Bourquin & Stencek S.A.
GSB, soit pour lui Amsler & Bombeli S.A.

GROUPEMENT URAC, soit pour lui Urbaplan S.A.
représenté par Me Christian Grosjean, avocat

et

ROBERT-GRANDPIERRE et RAPP S.A.
A7 ATELIER D'ARCHITECTURE SIA
EHRENSPERGER-ROIRON SNC
CERA INGÉNIEURS SÀRL

EN FAIT

1. Par publications dans les Feuilles d'avis officielles du canton de Genève des 26 mars et 2 juin 2003, le département de l'aménagement, de l'équipement et du logement (ci-après : DAEL) a lancé un appel d'offres en vue d'adjuger le marché consistant à réaliser les travaux d'assainissement des nuisances sonores du réseau des routes cantonales et nationales du canton de Genève.

   Il s'agissait d'une adjudication de services organisée selon la procédure ouverte et soumise à l'accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 (ci-après : accord GATT/OMC – RS 0.632.231.422) et à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP – L 6 05).

   L'appel d'offres précisait que les critères d'adjudication étaient les suivants, dans l'ordre d'importance décroissant : qualité économique globale de l'offre, références du candidat, organisation du candidat, personnel et équipement du candidat, qualité et présentation de l'offre.

2. Les candidats ont reçu un dossier composé de trois parties : instructions et directives, cahier des charges et dossier d'appel d'offres.

   Le cahier des charges les informait que le marché était découpé en plusieurs tranches : une tranche ferme concernant l'établissement des programmes d'assainissement selon l'ordonnance sur la protection contre le bruit du 15 septembre décembre 1986 (RS 814.41 ; ci-après : l'OPB), une tranche conditionnelle correspondant à l'avant-projet et une tranche conditionnelle relative à l'exécution des travaux.

3. Quatorze groupements ont rendu une offre.

   Les 21 et 28 août 2003, les offres ont été analysées par un groupe d'évaluation, selon le processus décrit dans le rapport d'évaluation subséquent. Les cinq critères d'adjudication ont été pondérés de la manière suivante : 45% pour la qualité économique globale, 35% pour les références du candidat, 10% pour l'organisation du candidat, 6% pour le personnel et l'équipement et 4% pour la qualité et la présentation de l'offre.

   Des barèmes ont été établis pour chaque critère. La cotation s'est faite entre 1 et 4.

4. Le 7 janvier 2004, les associés de la communauté de soumissionnaires « Ducalm » (ci-après : les recourants), composée de Mouchet Dubois Boissonnard S.A., Messieurs Pierre Erbeia et Jean-Luc Bouchardy, Fol & Duchemin S.A., Jauslin + Stebler Ingenieure AG, Richardet et Saini S.A., Monsieur Jean-Pierre Ortiz,

Gilbert Henchoz Architectes Paysagistes Conseils S.A., HCC – Ph. Hubert, N. Chappuis et Ph. Calame, ont été informés par le DAEL qu'ils n'avaient pas remporté le marché.

La décision précisait que cette offre avait été classée au 6ème rang sur 14 candidats. Le résultat de l'évaluation était annexé, qui indiquait pour chaque critère d'adjudication la note remportée par ce groupement ainsi que la note minimale, la note maximale et la note moyenne.

5. Le 19 janvier 2004, les associés membres du groupement Ducalm ont recouru au Tribunal administratif contre la décision du DAEL du 7 janvier 2004.

Ils invoquaient principalement une violation du principe de la transparence et faisaient valoir les griefs suivants à l'encontre de la décision entreprise :

- violation des dispositions impératives en matière de motivation sommaire des décision ;
- absence de publication des critères de pondération ;
- absence de transparence dans le critère de formation des lots ;
- modification des critères d'évaluation des offres en cours de procédure ;
- mauvaise appréciation économique des offres.

Enfin, ils sollicitaient la restitution de l'effet suspensif.

6. Le 28 janvier 2004, le DAEL a conclu au rejet de la restitution de l'effet suspensif.

Il était apparu dès l'ouverture des offres que les candidats n'avaient pas su apprécier la nature et l'ampleur de la prestation requise dans la tranche ferme.

Pour cette phase, les recourants estimaient le nombre d'heures utiles à 5'152 et offraient la prestation à CHF 566'880.-, alors qu'à l'autre extrême, le groupement URAC estimait ses heures à 28'975 et offrait la prestation à CHF 3'022'748.-. Dans ces conditions, le groupe d'évaluation avait estimé que le prix des offres (soit le nombre d'heures estimé, multiplié par le tarif horaire du candidat) n'était pas significatif. Le critère de la qualité économique globale de l'offre avait donc été évalué en tenant compte du tarif horaire moyen pour la tranche ferme, du tarif horaire moyen pour la tranche conditionnelle 1, du tarif horaire moyen pour la tranche conditionnelle 2, du tarif horaire moyen pour les prestations complémentaires et de la crédibilité de l'estimation du volume de travail de la tranche ferme.

7. Le 2 février 2004, le président du Tribunal administratif a refusé de restituer l'effet suspensif.

Le recours ne paraissait pas suffisamment fondé, dans la mesure où une grande partie des griefs avait trait au contenu de l'avis de soumission publique que les recourants auraient dû attaquer immédiatement, conformément à la jurisprudence cantonale.

Un délai au 12 février 2004 a été imparti aux recourants pour compléter leur recours.

Les groupements Tech-Route, soit pour lui AJS Ingénieurs civils S.A., Decibels, soit pour lui Bourquin & Stencek S.A., GSB, soit pour lui Amsler & Bombeli S.A., et URAC, soit pour lui Urbaplan S.A., Robert-Grandpierre et Rapp S.A., A7 Atelier d'architecture SIA, Ehrensperger-Roiron SNC et Cera Ingenieurs Sàrl, ont été appelés en cause.

8. Les recourants ont répondu le 2 février 2004.

Le DAEL avait modifié les critères d'évaluation des offres en cours de procédure, sans en informer les candidats. En réponse aux questions des soumissionnaires, il avait indiqué que l'évaluation des offres tiendrait compte « du prix offert pour la tranche ferme et des taux horaires moyens pour les tranches conditionnelles ». Après réception des offres, il avait toutefois considéré que le prix offert n'était pas significatif en raison de la divergence des offres reçues pour la tranche ferme, comme il l'exposait dans son écriture du 28 janvier 2004. Pour ces motifs, la procédure d'évaluation des offres avait été gravement faussée et devait être annulée.

9. Le 10 février 2004, les recourants ont demandé que le procès-verbal des séances du groupe d'évaluation des 21 et 28 août 2003 leur soit communiqué, ainsi que la pondération du critère originel du prix offert pour la tranche ferme, afin de compléter leur recours.

Le 13 février 2004, le Tribunal administratif a communiqué cette requête au DAEL.

Le 27 février 2004, celui-ci a répondu que les séances du groupe d'évaluation n'avaient pas fait l'objet de procès-verbaux, car le but de ces séances était de fixer les barèmes d'évaluation et d'analyser les offres. La pondération des critères et sous-critères avait également été arrêtée lors de ces séances. Le résultat des travaux du groupe d'évaluation avait fait l'objet des documents produits en annexe du rapport d'évaluation d'octobre 2003. Dès lors, le DAEL n'avait pas de pièces complémentaires à produire.

10. Le 6 avril 2004, le Tribunal fédéral a confirmé la décision sur effet suspensif du 12 février 2004.

Il a considéré que le Tribunal administratif pouvait sans arbitraire refuser d'accorder la restitution de l'effet suspensif au recours cantonal, car celui-ci ne paraissait pas suffisamment fondé au sens de l'article 17 al. 2 AIMP.

11. Le 20 avril 2004, les recourants ont produit une écriture complémentaire dans laquelle ils acceptaient la notation de leurs références et se déterminaient plus précisément sur le prix offert. Ils ont également souhaité interroger la ou les personnes qui avaient répondu aux questions des candidats, ainsi que les membres du groupe d'évaluation.

12. Le 28 mai 2004, le DAEL a conclu au rejet du recours.

Il avait pleinement satisfait à l'obligation de motivation sommaire. La non-publication de la pondération des critères et sous-critères d'adjudication aurait dû être attaquée au début de la procédure d'adjudication, par la contestation des documents d'appel d'offres. Le grief y relatif était tardif et mal fondé. Les critères d'adjudication n'avaient pas été modifiés en cours de procédure. Les recourants avaient admis que le marché ait été divisé en quatre lots. Leur argument selon lequel leur offre étant la meilleure marché, elle aurait dû obtenir la meilleure note devait être écarté, car la volonté exprimée du maître de l'ouvrage était d'évaluer la qualité économique globale des offres en fonction des taux horaires offerts par les candidats, ainsi que de la crédibilité de l'estimation du volume de travail pour la tranche ferme, et non en fonction du montant de l'offre. Enfin, en attribuant le marché à des groupements offrant des tarifs avantageux et ayant correctement évalué l'ampleur du marché, l'autorité adjudicatrice n'avait pas violé le principe d'une utilisation parcimonieuse des deniers publics.

13. Le groupement URAC a déposé un mémoire de réponse en date du 28 mai 2004.

La décision entreprise était suffisamment motivée. Les griefs tirés de l'absence de publication des critères de pondération et de l'absence de transparence dans le critère de formation des lots étaient tardifs. Il n'y avait pas eu modification des critères d'appréciation des offres. Enfin, le grief tiré d'une mauvaise appréciation des offres était mal fondé, car les recourants n'avaient pas offert un tarif-temps concurrentiel.

14. Le 16 juillet 2004, Decibels a fait savoir au Tribunal administratif qu'il n'avait pas de remarque particulière à émettre et qu'il s'en remettait à justice.

15. Le 19 juillet 2004, Tech-Route a informé le Tribunal qu'il soutenait les arguments du DAEL.

16. Le 29 septembre 2004, le DAEL a passé les contrats de mandat afférents au marché public litigieux avec les groupements Tech-Route, Decibels, GsB et Urac.

17. Le 1er octobre 2004, le Tribunal administratif a entendu en audience de comparution personnelle et d'enquêtes les représentants des recourants, de l'intimé et des groupements appelés en cause, ainsi que deux témoins ayant participé à la procédure en tant que mandataires du DAEL, l'un en sa qualité de directeur du service cantonal de la protection contre le bruit, et l'autre comme membre du bureau Techdata qui avait aidé le DAEL à préparer les documents d'appel d'offres, analyser les dossiers et répondre aux questions des soumissionnaires.

Pour les recourants, la question se posait de savoir si le prix avait été le critère déterminant pour attribuer la tranche ferme ou s'il avait été remplacé par d'autres critères.

Selon le DAEL, le prix offert pour la tranche ferme avait été considéré comme un des éléments d'analyse des offres et non comme un critère. À l'ouverture des dossiers, il avait été constaté que le prix global ne constituait pas un moyen adéquat pour apprécier les offres, car il variait pour la tranche ferme d'environ CHF 566'000.- à CHF 3'000'000.- suivant les offres. Dans ces conditions, le DAEL avait décidé de prendre en considération les deux éléments composant le prix global, à savoir les tarifs horaire et le nombre d'heure, étant précisé que l'élément déterminant n'était pas le prix final pour la tranche ferme, mais la qualité économique globale de l'offre.

Sur la base des documents d'appel d'offres, les recourants affirmaient avoir considéré que le DAEL demandait qu'on lui fournisse l'indication d'un prix plafonné pour la tranche ferme.

Le DAEL admettait avoir envisagé de plafonner les offres. Toutefois, lorsqu'il avait constaté les énormes différences de prix à l'ouverture de celles-ci, il avait décidé de les étudier de manière plus détaillée. Par conséquent, il avait considéré que le prix n'était pas déterminant, mais la qualité de l'offre, c'est-à-dire le nombre d'heures requises en relation avec le prix de ces heures.

Le DAEL admettait que le pourcentage attribué à chacun des critères n'était pas connu des concurrents, mais les critères étaient annoncés par ordre décroissant dans l'appel d'offres. Au moment où les représentants du DAEL avaient attribué une pondération à chacun des sous-critères, ils connaissaient déjà les offres, c'est-à-dire qu'ils connaissaient déjà les montants finals retenus par les concurrents. Ceux-ci devaient savoir que le volume de travail annoncé constituait un sous-critère. La notion de crédibilité reposait sur la moyenne des quantités de travail estimées annoncées par les concurrents. Cette notion d'écart à la moyenne avait été utilisée uniquement pour apprécier le volume requis d'heures, et non le prix de l'heure. Le poids relatif de chacun des sous-critères avait été arrêté après l'ouverture des offres, mais avant leur évaluation.

Le représentant du bureau Techdata a expliqué que les mots « prix offert » correspondaient au prix global du travail à effectuer pour la tranche ferme. Il y avait

effectivement eu un écart entre l'information donnée aux candidats et l'évaluation des offres, mais il n'était pas important, car le prix concernait la seule tranche ferme.

L'ensemble du groupe d'évaluation avait considéré que les prix proposés par les recourants n'étaient pas réalistes, car trop bas au regard de la majorité des tronçons concernés qui se situaient en milieu urbain et pour lesquels les interventions étaient complexes. Le DAEL avait réalisé des études pilotes qui avaient permis de considérer que l'offre des recourants n'était pas réaliste pour la tranche ferme. Le critère du prix avait donc été écarté pour l'ensemble des concurrents.

18. Le 19 novembre 2004, les recourants ont déposé leurs conclusions après enquêtes.

Il ressortait de l'audience de comparution personnelle qu'avant l'ouverture des offres, le critère déterminant pour la tranche ferme résidait dans le prix offert, soit le nombre d'heures multiplié par le taux horaire retenu. Les mots « prix offert » correspondaient au prix global du travail à effectuer pour la tranche ferme, pour laquelle le DAEL entendait plafonner les offres. Le DAEL avait modifié ses critères d'évaluation après l'ouverture des offres. L'écart entre le critère annoncé et ceux appliqués entraînait un bouleversement du classement, au préjudice des recourants qui auraient remporté le marché en l'absence de la modification des critères. Le principe de la transparence avait été gravement violé.

Le droit d'être entendu avait également été violé, car les recourants n'avaient pas été invités à justifier le coût de leur offre avant que la décision d'adjudication ne soit rendue. En outre, en pénalisant l'offre des recourants, qui était la plus basse pour la tranche ferme, respectivement qui était globalement la deuxième plus basse, l'intimé avait ignoré un des objectifs majeurs du droit des marchés publics, à savoir une utilisation parcimonieuse des deniers publics.

Les recourants renonçaient au grief de motivation insuffisante de la décision entreprise.

19. Le même jour, le DAEL a présenté ses observations après enquêtes.

Compte tenu des écarts constatés entre le montant des offres pour la tranche ferme lors de l'ouverture publique des offres, le groupe d'évaluation avait dû procéder à une analyse plus détaillée que prévue. Il avait ainsi évalué les deux éléments qui composaient le prix, à savoir les tarifs horaires et l'estimation du nombre d'heures. Ces deux éléments étaient requis dans le document de soumission, d'où la légitimité de leur évaluation.

Selon le Guide pratique pour les adjudications de marchés publics, l'évaluation de la qualité économique globale d'une offre devait tenir compte non seulement du prix, mais aussi des méthodes de calcul, de la crédibilité et de la justification des chiffres, etc. Par conséquent, on ne pouvait reprocher au groupe d'évaluation d'avoir

retenu comme éléments d'analyse du critère n° 1 les deux composantes du prix, à savoir les tarifs horaires et l'estimation du nombre d'heures. S'agissant de la crédibilité de l'estimation du volume de travail, c'était à juste titre que l'estimation des recourants avait été jugée peu crédible.

Après avoir décidé de retenir comme moyens d'analyse de la qualité économique globale de l'offre les deux éléments composant le prix, le groupe d'évaluation avait fixé l'importance respective de ces deux éléments de la sorte :

- taux horaires moyens : 70%
- estimation du nombre d'heures : 30%

Les taux horaires moyens avaient ensuite été décomposés en quatre sous-critères correspondant à chaque tranche de prestations et la pondération respective de ces sous-critères avait été arrêtée en fonction du volume de chaque tranche. On obtenait ainsi :

Sous-critères	Pondération
A1 : tranche ferme	
Taux horaires moyens	16 %
A2 : tranche conditionnelle 1,	
Taux horaires moyens	23 %
A3 : Tranche conditionnelle 2,	
Taux horaires moyens	29 %
A4 : Prestations suppl. et assistance,	
Taux horaires moyens	2 %
Total :	70 %

Comme annoncé, l'estimation du volume de travail n'avait pas été évaluée pour les tranches conditionnelles, mais uniquement pour la tranche ferme et les prestations supplémentaires, à raison de :

A5 : Tranche ferme – crédibilité de l'estimation	
du volume de travail	20 %
A6 : Prestations supplémentaires	10 %

Total : 30 %

Sur la base de ces explications, le DAEL persistait dans ses conclusions.

20. Sur quoi la cause a été gardée à juger le 25 novembre 2004.

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. Les recourants allèguent une violation du principe de la transparence dans la passation du marché public litigieux. Ils prétendent en particulier que l'intimé aurait modifié les critères d'évaluation des offres en cours de procédure, sans en informer les candidats.

a. Le principe de transparence régissant la passation des marchés publics (art. 1 al. 2 lit. c AIMP) impose au pouvoir adjudicateur de ne plus modifier les critères d'adjudication et leur ordre d'importance après leur communication aux soumissionnaires (D. ESSEIVA, note ad S38 à S41, DC 4/2003, p. 154). Il en va de même de leur pondération (ATA/834/2004 du 26 octobre 2004 ; ATA/148/2003 du 18 mars 2003).

En outre, lorsqu'en sus des critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer par avance, ainsi que leur pondération respective, aux soumissionnaires. En tous les cas, le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres des soumissionnaires, la présentation des critères telle qu'elle vient d'être définie, en particulier les pourcentages de pondération arrêtés (arrêt du Tribunal fédéral 2P.172/2002 du 10 mars 2003, cons. 2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.299/2000 du 24 août 2001, consid. 2c; ATF 125 II 86 consid. 7c p. 101 et les nombreuses références doctrinales; cf. O. RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, in: RDAF 2001 1 387, p. 404-406 et les références; H. STÖCKLI, Bundesgericht und Vergaberecht, Zur vergaberechtlichen Praxis des Bundesgerichts seit 1998, supplément DC 1/2002 p. 3 ss, p. 9)

Le principe de transparence n'exige pas toutefois la communication par avance de sous-critères ou catégories qui tendent uniquement à concrétiser les éléments qui sont inhérents au critère publié. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que la clarté et la cohérence du prix n'étaient pas un critère sortant de celui initial du prix de l'offre. L'annonce a posteriori des sous-critères de clarté et de cohérence du prix ne heurtait

par conséquent pas la réglementation en matière de marchés publics et, en particulier, ne violait pas le principe de la transparence (arrêt du Tribunal fédéral 2P.146/2001 du 6 mai 2002, consid. 4.1). A l'inverse, s'il apparaît qu'un sous-critère revêt, aux yeux du pouvoir adjudicateur, une importance prépondérante et qu'il lui confère un rôle équivalant à celui d'un critère ou qu'un tel sous-critère ne ressort pas de ce qui est communément observé dans le cadre du critère principal auquel il se rapporte (cf. à titre d'exemple, Guide romand de décembre 1999 pour l'adjudication des marchés publics, annexes, p. 2 s.), le principe de la transparence en exige la communication par avance aux soumissionnaires (arrêt du Tribunal fédéral 2P.172/2002 du 10 mars 2003, consid. 2.3).

En outre, comme le relèvent une partie de la doctrine et de la jurisprudence cantonale, la grille d'évaluation des critères, voire des sous-critères, en tant qu'il s'agit d'une échelle des notes ou d'une matrice de calcul, ne doit pas nécessairement être portée à la connaissance préalable des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (arrêt du Tribunal fédéral 2P.172/2002 du 10 mars 2003, consid. 2.3 ; O. RODONDI, op. cit., p. 405 s. et les références citées).

Décider si les critères utilisés par le pouvoir adjudicateur sont inhérents ou non au critère publié, ou encore, relèvent d'une grille d'évaluation en sorte que le principe de la transparence n'en exige pas la communication par avance, résulte de l'ensemble des circonstances qui entourent le marché public en cause, parmi lesquelles il faut mentionner l'ensemble de la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché (cf. à cet égard, arrêt du Tribunal fédéral 2P.172/2002 du 10 mars 2003, consid. 2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.85/2001 du 6 mai 2002, consid. 4.1, reproduit in: SJ 2002 I 549).

b. En l'espèce, il convient d'examiner si les catégories litigieuses constituent, ou non, des sous-critères privilégiés ou exorbitants des critères publiés dans l'appel d'offres qui auraient dû être communiqués par avance aux soumissionnaires.

Par principe, décomposer le critère du prix offert pour une prestation en deux sous-critères, respectivement le taux horaire moyen et le nombre d’heures de travail, ne paraît pas choquant, d’autant plus lorsque ces informations ont été expressément demandées aux soumissionnaires dans les documents de soumission. Ceux-ci devaient alors s’attendre à de tels sous-critères. La situation serait différente si une information contraire venait à être communiquée aux candidats.

Il faut prendre en considération les informations dont les candidats disposaient lors de l’élaboration de leur offre. En l’espèce, le critère de la qualité économique globale de l’offre a été présenté comme le plus important, sans indication de la pondération. S’agissant de ce critère, les candidats ont été requis de décrire précisément les taux horaires qu’ils proposaient, ainsi que le volume de travail estimé en heures pour chaque catégorie de personnel et pour chaque phase mentionnée dans le tableau décrivant l’objet du marché.

En réponse à la question d'un soumissionnaire, l'intimé a expliqué aux candidats que les informations qu'ils fourniraient dans les formulaires relatifs aux taux horaires et au volume de travail serviraient de base pour l'évaluation, étant encore précisé de façon sibylline : « prix offert pour la tranche ferme, taux horaires moyens pour les tranches conditionnelles ».

Sur la base de cette dernière information, on peut se demander si les candidats pouvaient légitimement comprendre des mots « prix offert » que seul le libellé chiffré de celui-ci serait pris en considération pour évaluer leur offre pour la tranche ferme. Cette formulation tendrait à exclure la prise en compte des taux horaires moyens pour la tranche ferme, a contrario de ce qui prévalait pour les tranches conditionnelles, ainsi que de tout autre élément d'appréciation.

c. L'instruction a montré que l'intimé avait d'abord prévu ne tenir compte que de la désignation chiffrée du prix offert, comme cela ressortait de la réponse aux questions, mais qu'il avait changé d'avis après l'ouverture des offres, en constatant qu'elles présentaient de grandes disparités au niveau du montant du prix offert pour la tranche ferme. L'offre la plus onéreuse était proposée à CHF 3'022'748.-, alors que l'offre la meilleure marché, au demeurant celle des recourants, s'élevait à CHF 566'880.-. Dans ces conditions, l'intimé a décidé que le prix global ne constituait pas un moyen adéquat pour apprécier les offres. Il a alors choisi de tenir compte des deux éléments qui le composent, à savoir les tarifs horaires et le nombre d'heures. Finalement, deux sous-critères ont été retenus pour la tranche ferme, à savoir les taux horaires moyens et la crédibilité de l'estimation du volume de travail.

Lors des enquêtes, le représentant du bureau Techdata a reconnu qu'il y avait effectivement eu un écart entre l'information donnée aux candidats, en particulier la réponse à la question susmentionnée, et l'évaluation des offres.

Dans ces conditions, il apparaît que les recourants étaient effectivement fondés à considérer que seul le prix offert serait pris en considération pour évaluer son offre pour la tranche ferme. C'était l'intention première de l'intimé, comme il l'a reconnu et formulé dans sa réponse aux questions aux candidats. L'intimé n'était donc pas habilité à retenir les sous-critères des taux horaires moyens et de la crédibilité de l'estimation du volume de travail pour la tranche ferme, vu que cela allait à l'encontre de ce qu'il avait assuré aux soumissionnaires. Partant, le grief de violation du principe de transparence est fondé.

3. Les recourants se plaignent également d'une violation du droit d'être entendu, car ils n'ont pas été invités à s'expliquer sur le coût de leur offre.

a. Selon l'art. 38 du Règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 (RPMPC ; L 6 05.01), si l'autorité adjudicatrice reçoit une offre paraissant anormalement basse, elle doit demander par écrit des renseignements au soumissionnaire pour s'assurer que celui-ci satisfait aux critères

d'adjudication. Cette règle est une modalité du droit d'être entendu issue de l'art. XIII chiffre 4 lettre a de l'Accord sur les marchés publics, conclu à Marrakech le 15 avril 1994, et entré en vigueur pour le Suisse le 1er janvier 1996 (AMP - RS 0.632.231.422). Bien qu'il s'agisse d'une disposition réglementaire, elle fait obligation au pouvoir adjudicateur de demander des explications complémentaires si l'offre d'un soumissionnaire lui paraît anormalement basse, le recours au verbe « devoir » utilisé dans cette disposition étant suffisamment clair au regard de l'interprétation littérale à laquelle le Tribunal fédéral donne sa préférence (cf. ATF 115 Ia 122; 102 Ia 217 consid. 6 b.; ATA/333/2000 du 23 mai 2000).

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

C'est seulement si les renseignements obtenus du soumissionnaire ne sont pas convaincants ou laissent apparaître un risque d'insolvabilité que son offre peut ensuite, dans un second temps, être écartée ou pénalisée (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.121/2003 du 28 juin 2004, consid. 7.3 ; ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, p. 121 ; GALLI/MOSER/LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2003, n. 540 et 544 ; E. POLTIER, op. cit. p .306). Une telle sanction est notamment prévue par le guide de notation des offres du DAEL.

b. En tous les cas, il n'est pas admissible d'exclure automatiquement des offres financièrement avantageuses sans avoir établi préalablement qu'elles constituent des tentatives de dumping illicites ou que l'entreprise en cause n'est pas capable de réaliser les travaux pour le prix offert (cf. arrêt du Tribunal administratif fribourgeois du 22 mai 2001 in DC 2/2002, p. 75). Une telle pratique irait à l'encontre de l'objectif d'économie des deniers publics poursuivi par le droit des marchés publics

En l'espèce, l'offre des recourants pour la tranche ferme était la plus basse. Il ressort des enquêtes que ce prix était apparu trop bas pour être réaliste aux membres du groupe d'évaluation. Cette appréciation a même fait l'objet d'un consensus. Les membres du groupe d'évaluation ont jugé qu'elle n'était pas crédible. Par conséquent, ils ont renoncé au critère du prix pour la tranche ferme. Dans ces conditions, il convient de considérer que le groupe d'évaluation a estimé que l'offre des recourants pour la tranche ferme était anormalement basse.

Dès lors, les recourants auraient dû être interpellés sur le prix qu'ils proposaient pour la tranche ferme. Comme ils n'ont pas été invités à justifier le coût de leur projet avant que la décision d'adjudication ne soit rendue, leur droit d'être entendu a été violé. Ce vice grave ne peut être réparé par le tribunal de céans

(ATA/834/2004 du 26 octobre 2004, consid. 7 ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.121/2003 du 28 juin 2004, consid. 7.3).

En retenant à dessein des sous-critères qui évitaient de recourir à celui du prix offert, l'intimé a évincé l'offre des recourants sans que ceux-ci aient pu s'expliquer sur le montant de leur offre, alors que le coût des offres adjugées est supérieur de plus de CHF 3'000'000.- à l'offre des recourants et que ceux-ci ont obtenu la note maximale pour trois des cinq critères d'adjudication, à savoir « organisation du candidat », « personnel et équipement du candidat » et « qualité et présentation de l'offre », ainsi que pour les aspects techniques de leurs références. Un tel procédé n'est pas tolérable et justifie l'admission du recours.

Le mandat a été attribué en violation du droit des marchés publics et la décision d'adjudication litigieuse est illicite (art. 18 al. 2 AIMP). Partant, les recourants sont fondés à obtenir réparation de leur dommage au sens de l'article 3 alinéa 3 LAIMPu, puisque le contrat a déjà été conclu.

4. À titre de réparation du dommage et d'indemnité de procédure, le Tribunal administratif alloue un montant de CHF 5'000.- aux recourants à charge, conjointement et solidairement, des appelés en cause (art. 3 al. 3 LAIMPu ; art. 87 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 – LPA - E 5 10).

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 4'000.- sera mis, conjointement et solidairement, à la charge des appelés en cause.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 19 janvier 2004 par Mouchet Dubois Boissonnard S.A. et consorts contre la décision du département de l'aménagement, de l'équipement et du logement du 7 janvier 2004;

au fond :

l'admet;

constate le caractère illicite de la décision d'adjudication du 7 janvier 2004 ;

alloue un montant de CHF 5'000.- aux recourants à titre de réparation du dommage et d'indemnité de procédure, à charge conjointement et solidairement des appelés en cause ;

met conjointement et solidairement à la charge des appelés en cause un émolument de CHF 4'000.- ;

communique le présent arrêt à Me Bertrand Reich, avocat de Mouchet Dubois Boissonnard S.A., Messieurs Pierre Erbeia et Jean-Luc Bouchardy, Fol & Duchemin, Jauslin & Stebler Ingenieure S.A., Richardet et Saini S.A., Monsieur Jean-Pierre Ortis, Gilbert Henchoz architecte paysagistes conseils S.A., Hcc – Ph. Hubert – N. Chappuis et P. Calame, à Tech-Route soit pour lui AJS Ingénieurs civils S.A., Décibels soit pour lui Bourquin & Stencek S.A., GSB soit pour lui Amsler & Bombeli S.A., à Me Christian Grosjean, avocat du Groupement Urac soit pour lui Urbaplan S.A., à Robert-Grandpierre et Rapp S.A. , A7 Atelier d'architecture SIA, Ehrensperger-Roiron SNC, Cera Ingénieurs Sàrl, ainsi qu'au département de l'aménagement, de l'équipement et du logement.

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 :