

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1545/2009-MARPU

ATA/247/2009

DÉCISION

DE LA

PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 19 mai 2009

sur effet suspensif

dans la cause

**CONSORTIUM LOSINGER CONSTRUCTION S.A./
SIF-GROUTBOR S.A.**

représenté par Me Louis Waltenspühl, avocat

contre

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

et

MARTI GENÈVE S.A.

Vu le recours du 1^{er} mai 2009 interjeté par le consortium Losinger Construction S.A. et SIF-Groutbor S.A. (ci-après : le consortium) ;

vu les conclusions en restitution d'effet suspensif contenues dans l'acte de recours précité ;

vu la détermination du 15 mai 2009 du département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : le département) sur effet suspensif ;

vu la détermination du 15 mai 2009 de Marti Genève S.A. (ci-après : Marti) sur effet suspensif ;

attendu en fait que :

1. Losinger Construction S.A. et SIF-Groutbor S.A. ont formé un consortium dans le cadre des travaux du tram Cornavin-Meyrin-CERN (ci-après : TCMC) afin de réaliser la tranchée couverte de Meyrin (ci-après : la tranchée couverte).
2. Le 7 juin 2007, le département, agissant au nom de l'Etat de Genève, a attribué au consortium le marché portant sur les travaux de gros œuvre pour les travaux de la tranchée couverte (procédure ouverte soumise à l'accord GATT/OMC et à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05).
3. En date du 3 avril 2008, le département et le consortium ont signé un contrat d'entreprise pour les travaux y relatifs. L'article 14 dudit contrat réserve expressément les travaux imprévus.
4. A la fin de l'année 2008, la présence d'un dôme de molasse a été détecté dans le terrain de l'exécution du soutènement sur le tronçon PK 1525 au PK 1635.
5. Le 12 janvier 2009, la direction des travaux a adressé au consortium une « soumission n° 2 » ayant pour objet la « variante molasse » des travaux de génie civil de la tranchée couverte.
6. Entre le 12 janvier et le 11 mars 2009, la direction des travaux a eu plusieurs contacts avec le consortium en relation avec la « variante molasse ».
7. Le 4 mars 2009, le consortium a remis à la direction des travaux une « soumission n° 2 » « variante molasse » s'élevant à CHF 12'966'673,68 ainsi qu'un planning de fin de chantier.
8. Le 25 mars 2009, le consortium a remis au département une nouvelle proposition s'élevant à un montant total de CHF 11'284'403,33 ainsi qu'un planning de fin chantier.

9. Par décision du 21 avril 2009, le département a informé le consortium que les travaux « secteur molasse » - génie civil de la tranchée couverte étaient adjugés à Marti pour le montant hors TVA, pieux exclus, de CHF 5'304'108,20.

Le consortium avait été classé au 3^{ème} rang sur trois offres évaluées.

Dite décision comportait la voie et e le délai de recours au Tribunal administratif.

10. Le consortium a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision précitée par acte du 1^{er} mai 2009. Préalablement, il conclut à la restitution de l'effet suspensif au recours et sur le fond, à l'annulation de la décision querellée et à ce que lui soit attribuée l'adjudication des travaux « secteur molasse », avec suite de frais et dépens.

S'agissant de la restitution de l'effet suspensif, le recourant a relevé que son recours devait être considéré comme ayant de grandes chances de succès. L'autorité adjudicatrice avait décidé de passer le marché de construction selon la procédure sur invitation, ce qui était en contradiction flagrante avec les règles applicables qui prévoient que la procédure sur invitation ne peut pas être utilisée pour les marchés soumis aux accords internationaux. De surcroît, l'autorité adjudicatrice n'avait jamais formellement informé le consortium du fait qu'il était soumis à concurrence pour l'obtention des travaux en cause. Enfin, l'autorité adjudicatrice n'avait nullement énoncé les critères sur lesquels elle se baserait pour procéder à l'adjudication du marché. En l'absence d'effet suspensif, l'Etat de Genève serait en mesure de conclure un contrat avec Marti, ce qui aurait pour effet d'écarter définitivement le consortium du marché concerné. Cette crainte était d'autant plus fondée qu'au regard du procès-verbal de la séance technique du 21 avril 2009, le département semblait avoir déjà conclu ou être, à tout le moins, sur le point de conclure un contrat d'entreprise avec Marti. Or, le consortium souhaitait obtenir l'attribution des travaux supplémentaires lesquels revêtaient pour elle une importance économique non négligeable. Il avait un intérêt évident à l'octroi de l'effet suspensif afin de préserver ses intérêts économiques ainsi que la garantie d'une protection juridique conforme aux exigences l'AIMP.

11. Le département s'est déterminé le 15 mai 2009. Il avait choisi la procédure de gré à gré en application de l'art. 15 al. 3 let. d du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01). L'incident géologique survenu sur le chantier était incontestablement un événement imprévisible. Le maître de l'ouvrage aurait pu adjuger les prestations supplémentaires aux entreprises en place en application de l'art. 15 al. 3. let. e RMP, mais celles-ci l'en avaient empêché en présentant des prix excessifs. Lorsqu'il s'en était rendu compte, soit fin mars 2009 à la lecture de l'offre du consortium, le département n'était plus en mesure d'organiser une procédure ouverte pour l'adjudication des travaux supplémentaires.

Le classement des offres reposait essentiellement sur les prix présentés et à ce sujet le grief de l'offre anormalement basse de Marti était totalement infondé.

S'agissant de la pesée des intérêts en présence, l'intérêt économique du consortium à l'obtention du marché ne saurait être protégé. Il avait en effet aggravé la situation d'urgence en tardant à présenter une offre complémentaire. Il avait de plus abusé de sa situation d'adjudicataire principal pour présenter des prix excessifs.

La tranchée couverte devait être terminée pour permettre la réalisation de la nouvelle ligne de tram en direction du CERN, l'inauguration de cet ouvrage étant prévue pour décembre 2010. La découverte du bloc de molasse entraînait d'ores et déjà un retard dans le déroulement du chantier d'environ deux mois et il était impératif que le département puisse conclure le contrat avec Marti et que cette entreprise démarre les travaux imprévus, en parallèle à l'exécution des prestations initiales et sans interruption du chantier.

A cet intérêt prépondérant du maître de l'ouvrage s'ajoutait celui des riverains et des usagers de la route de Meyrin qui subissaient les nuisances du chantier.

Le département s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif avec suite de frais et dépens et a conclu à être autorisé à passer le contrat pour les travaux « secteur molasse » avec Marti.

12. Marti a présenté ses observations le 15 mai 2009. Elle avait été approchée au mois de mars 2009 par le département et une dizaine de jours plus tard elle avait communiqué une offre établie la base des prix qu'elle pratiquait usuellement à Genève sur d'autres chantiers. Les allégations du consortium selon lesquelles ses prix seraient sous-évalués étaient formellement contestées.

Le recours à la procédure de gré à gré était en l'espèce parfaitement admissible vu l'urgence de résoudre le problème de la molasse pour assurer la poursuite du chantier tant de la tranchée couverte que celle du tramway. Elle avait un intérêt privé au rejet de l'effet suspensif, dès lors qu'elle avait présenté une offre nettement plus avantageuse que celle du consortium. En outre, il y avait un intérêt public manifeste à ce que les travaux puissent être réalisés très rapidement.

Elle s'est opposée à la demande d'octroi de l'effet suspensif, avec suite de frais et dépens

Considérant en droit que :

1. Interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est, prima facie, recevable (art. 15 al. 2 AIMP ; art. 3 al. 1 et 2 let. 1 de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0 ; art. 56 al. 1 RMP).
2. En tant que personne exclue du marché adjudgé à un tiers, la recourante a prima facie qualité pour recourir contre la décision d'adjudication (art. 15 al. 1bis let. d AIMP ; art. 55 al. 1 let. c RMP ; art. 60 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
3. En matière de marchés publics, le recours n'a pas d'effet suspensif (art. 17 al. 1 AIMP), celui-ci pouvant être restitué par l'autorité de recours, d'office ou sur demande, pour autant qu'il paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP) cette formulation s'inspirant de celle de l'art. 66 al. 2 LPA (ATA/218/2009 du 4 mai 2009 et les réf. citées).

La restitution de l'effet suspensif en cas de recours constitue cependant une exception et représente par conséquent une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restrictions (ATA/173/2009 du 7 avril 2009 et les réf. citées).

Si l'effet suspensif n'est pas restitué, le contrat peut être conclu dès l'expiration du délai de recours (art. 14 AIMP).

4. En application de l'art. 12A al. 1 AIMP, dans des cas particuliers déterminés par les traités eux-mêmes, les marchés soumis aux traités internationaux peuvent être passés selon la procédure de gré à gré.

L'art. 15 RMP a pour objet la procédure de gré à gré, à laquelle l'autorité adjudicatrice peut notamment recourir en raison d'événements imprévisibles, lorsque l'urgence du marché est telle qu'il est impossible de suivre une autre procédure (al. 3 let. d).

5. En l'espèce, il est établi par pièces que le 12 janvier 2009, la direction des travaux a adressé au consortium une « soumission n° 2 » « variante molasse ». Il résulte également des pièces en possession du Tribunal administratif que les parties ont échangé régulièrement des pièces au sujet de cette « variante molasse » entre le 12 janvier et le 11 mars 2009. Finalement, le consortium a adressé deux soumissions à la direction des travaux, respectivement les 4 et 25 mars 2009.

Parallèlement, le département allègue avoir sollicité des offres comparatives auprès de deux entreprises de la place et les avoir reçues toutes deux le 23 mars 2009.

Au vu de la chronologie ci-dessus établie, le critère de l'urgence invoqué par le département qui justifierait le recours à la procédure de gré à gré doit faire l'objet d'une instruction et à première vue le recours n'apparaît pas d'emblée dépourvu de chance de succès sur ce point.

6. S'agissant de la pesée des intérêts qui doit présider à la question de l'effet suspensif, l'intérêt public de l'Etat de Genève à l'avancement du chantier TCMC est indéniable.

Celui au respect de régulariser la procédure d'adjudication l'est tout autant au regard des objectifs poursuivis par l'AIMP, notamment assurer la transparence des procédures de passation de marchés publics et permettre une utilisation parcimonieuse de ces derniers (art. 1 al. 3 AIMP).

Si l'on ne saurait ignorer que les inconvénients pouvant découler de l'exécution des travaux ne sont pas négligeables, il faut néanmoins admettre que l'intérêt public à permettre aux justiciables de faire valoir leurs droits ne l'est pas davantage.

L'intérêt privé du consortium à l'obtention du marché est économique et en cela, équivalent à celui des intimés, en particulier de Marti.

7. Au vu de ce qui précède, la requête en restitution de l'effet suspensif au recours sera admise et il sera fait interdiction au département de signer le contrat pour les travaux « secteur molasse » avec Marti.

Cette décision pourra être revue en tout temps en fonction de l'évolution de la procédure.

Un délai au 15 juin 2009 a d'ores et déjà été fixé aux parties intimées pour produire leurs observations sur le fond du recours.

Vu l'art. 66 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) ;

Vu l'art. 5 du règlement du Tribunal administratif du 5 février 2007 ;

LA PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

restitue l'effet suspensif au recours ;

fait interdiction au département des constructions et des technologies de l'information de conclure le contrat pour les travaux « secteur molasse » avec l'entreprise Marti Genève S.A ;

réserve le sort des frais de l'incident jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que, conformément aux art. 82 et ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Me Louis Waltenspühl, avocat du consortium Losinger Construction S.A. et SIF-Groutbor S.A., au département des constructions et des technologies de l'information ainsi qu'à Me François Bellanger, avocat de Marti Genève S.A.

La présidente du Tribunal administratif :

L. Bovy

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :