

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2433/2013-MARPU

ATA/591/2013

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Décision du 4 septembre 2013**

**sur effet suspensif**

dans la cause

**MARTI CONSTRUCTION S.A.**

et

**CLAUDIO D'ORLANDO S.A.**

et

**MAULINI S.A.**

représentées par Me Yves Jeanrenaud, avocat

contre

**TRANSPORTS PUBLICS GENEVOIS**

représentés par Me Bertrand Reich, avocat

---

## EN FAIT

1. Le 14 mai 2013, les Transports publics genevois (ci-après : TPG) ont fait publier dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) un appel d'offres concernant le lot 2 du projet de construction du centre de maintenance secondaire « En Chardon » (ci-après : le CMS), soit les travaux de terrassement et de construction (gros œuvre). Il s'agissait d'une procédure ouverte et les offres devaient être déposées avant le 8 juillet 2013 à 16h. Des variantes étaient admises, à certaines conditions.

a. Selon l'annexe 19 de l'appel d'offres, soit les conditions générales complémentaires et les conditions particulières à l'ouvrage (ci-après : l'annexe 19), le lot 2 avait trois objets, soit :

- Pousse-tube et convoyeur à bande ;
- Bâtiment ;
- Etanchéité, isolation, végétalisation, cheminement.

b. Le point 3.18 du dossier d'appel d'offres précisait qu'une variante était admise, mais pas obligatoire. Le soumissionnaire pouvait en proposer concernant les produits, matériaux et/ou fournitures décrits dans le cahier des charges (proposition d'un autre produit, matériau et/ou fourniture) ou l'exécution du marché, sauf pour l'évacuation des matériaux. Une variante n'était prise en considération que si une offre avait été déposée conformément aux exigences du cahier des charges et qu'elle était recevable, que la variante était déposée dans le délai de dépôt de l'offre de base, qu'elle respectait les exigences du cahier des charges et qu'elle était considérée comme au moins de même niveau qualitatif que les caractéristiques et spécifications techniques que devait respecter l'offre de base. Dans ces hypothèses, la variante serait évaluée sur le même plan que l'offre de base et classée en sus de cette dernière. L'autorité adjudicatrice se réservait le droit d'interrompre la procédure et de la renouveler avec un nouveau cahier des charges si la variante proposée devait remettre fondamentalement en question l'exécution du marché et/ou le contenu du cahier des charges.

c. Selon les chiffres 2.1.3.4 et 3.2.3 de l'annexe 19, l'auteur du projet avait conçu une méthode d'évacuation des matériaux d'excavation par train. Un puits devait être construit à l'angle sud-ouest du bâtiment. De ce puits, un pousse-tube permettrait de passer au sud des voies CFF. Cette installation serait équipée d'un convoyeur à bande qui finira sur la parcelle de la société RoutOrail. Un contrat avait été conclu avec cette société concernant l'évacuation des matériaux depuis la plateforme ferroviaire. Pour cette raison, le marché mis dans l'appel d'offres ne comprenait que

l'acheminement des matériaux d'excavation jusqu'à la parcelle de RoutOrail. Dès cet instant, les matériaux devenaient propriété de RoutOrail.

d. Les critères d'adjudication du marché étaient les suivants :

Qualité économique globale de l'offre	35 %
Qualité technique de l'offre : adéquation de l'offre au cahier des charges	30 %
Prescriptions/exigences des critères d'aptitude relatifs au développement durable	15 %
Références du candidat	10 %
Organisation du candidat mise en place pour l'exécution du marché	10 %

2. Les entreprises Marti Construction S.A., Maulini S.A. et Claudio d'Orlando S.A. (ci-après : le consortium) se sont associées et ont remis, le 8 juillet 2013, une offre concernant le lot 2.

Cette dernière comportait une solution de base, devisée à CHF 100'049'306,15, une variante « TechnOptima » à CHF 93'819'418.-, une variante « CarbOptima » à CHF 90'252'127,49, une variante « CarbOptima 2 » à CHF 76'022'926,15, ainsi qu'une variante « EcOptima » à CHF 75'836'074,80.

Il ressortait du dossier remis que la solution « TechnOptima » se différenciait de la solution de base par le recours partiel au travail « en taupe ».

Les variantes « CarbOptima 1 », « CarbOptima 2 » et « EcOptima » se différenciaient de la solution « TechnOptima » par le principe de gestion des déblais de terrassement. La solution de base prévoyait une évacuation par rail, par RoutOrail S.A. La solution « CarbOptima 1 » consistait à valoriser une partie des matériaux sur place au moyen d'une unité de traitement consistant à laver, cribler, concasser, trier et presser les résidus limono-argileux, alors que les matériaux non revalorisés et les résidus seraient transportés par camion sur la plateforme de RoutOrail. La solution « CarbOptima 2 » prévoyait le même traitement « CarbOptima 1 », si ce n'est que les matériaux non revalorisés et les résidus étaient transportés par camion à destination d'une décharge locale, alors que la solution « EcOptima » consistait à transporter par camion, à destination d'une décharge locale l'ensemble des matériaux d'excavation en vue d'une revalorisation.

3. Le 16 juillet 2013, les TPG ont publié dans la FAO un avis d'appel d'offres concernant le lot 5 du CMS, intitulé « évacuation des matériaux ». Il s'agissait d'une

procédure ouverte. Les offres devaient parvenir aux TPG au plus tard le 9 septembre 2013 à 16h. Selon le chiffre 2.4.1.1 de l'annexe 18 du dossier d'appel d'offres, l'acheminement des matériaux, par le lot 2, jusqu'à la plateforme ferroviaire de Vernier-Meyrin Cargo se ferait au début par camion, puis, dès l'installation du convoyeur à bande, par ce dernier. En cas de panne du convoyeur, l'acheminement jusqu'à la plateforme ferroviaire se ferait par camion. Les matériaux qui seront acheminés sur la plateforme ferroviaire, par le lot 2, deviendraient propriété de l'entreprise qui se verrait confier le lot 5.

Tous les matériaux excavés du chantier seraient acheminés par bandes convoyeuses ou par camion après avoir été concassés dans une granulométrie de 0/100mm.

Les critères d'adjudication étaient les suivants :

qualité économique globale de l'offre	30 %
Qualité environnementale de l'offre	30 %
Organisation du candidat pour la réalisation du marché	20 %
Autorisations nécessaires pour la réalisation du marché	20 %

4. Par acte déposé au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) le 26 juillet 2013, le consortium a formé recours contre l'appel d'offres relatif au lot 5, concluant préalablement à ce que l'effet suspensif soit restitué et, au fond, à ce que cet appel d'offres soit annulé.

L'appel d'offres du lot 2 prévoyait que les matériaux devaient être acheminés jusqu'à la parcelle de la société RoutOrail, alors que celui du lot 5 mentionnait un acheminement sur celle de Vernier-Meyrin Cargo. La première était située à 1'500 m du chantier et la seconde à 400 m. Le dossier du lot 2 imposait un mode d'évacuation des matériaux et une destination, la valorisation étant de la responsabilité des TPG, alors que cette évacuation faisait l'objet maintenant d'un appel d'offres. Le lot 2 mentionnait que 1'162'590 tonnes de matériaux devaient être évacuées, alors que le descriptif du lot 5 indiquait seulement 840'000 tonnes. De plus, les critères d'adjudication avaient subi des changements importants.

L'appel d'offres du lot 5 occasionnait des inconvénients au consortium et violait le principe de la transparence dans la délimitation des marchés, ainsi que celui de l'égalité de traitement, certaines des variantes proposées par le consortium devenant sans objet.

Or, de telles variantes étaient expressément autorisées dans le descriptif du lot 2, les seules qui étaient exclues concernant l'évacuation. Les variantes élaborées par le consortium respectaient cette exigence. L'appel d'offres du lot 5 créait une inégalité de traitement par rapport aux autres soumissionnaires, susceptibles d'avoir soumis des variantes pouvant être prises en considération, si le lot litigieux n'avait pas d'effet à leur égard. Les travaux d'évacuation des matériaux étaient visés tant par le lot 2 que par le lot 5, mais ces lots prévoyaient des critères difficilement conciliables.

Préalablement, l'effet suspensif devait être restitué au terme d'une balance d'intérêts à effectuer entre l'intérêt public, lequel comprenait le respect des principes cardinaux en matière de marchés publics, et les intérêts privés des recourants.

5. Le 8 août 2013, les TPG ont remis au guichet leurs observations sur effet suspensif.

Rien n'imposait à un pouvoir adjudicateur d'utiliser les mêmes critères ou une pondération identique dans les lots d'un marché.

Les TPG avaient décidé au mois de juin 2013 d'ouvrir à la concurrence les prestations du lot 5, sans imposer RoutOrail comme partenaire. Cela impliquait que la longueur du convoyeur à bande ne pouvait être déterminée, dès lors qu'elle était fonction du processus d'évacuation proposé par l'adjudicataire.

La décision de mettre en concurrence le lot 5 constituait une évolution marquée par rapport aux indications mentionnées dans le lot 2, sans toutefois avoir d'incidence sur ce dernier, puisque l'évacuation et le traitement des matériaux d'excavation en étaient exclus. Parallèlement, les études relatives au CMS avaient été menées, et les cotes de l'ouvrage n'étaient pas fixées définitivement, ce qui entraînait des différences quant au volume de matériaux à évacuer.

L'intérêt du consortium à l'admission du recours n'était pas évident. Le recours apparaissait dénué de toute chance de succès. L'intérêt public à la réalisation du CMS était prépondérant. Les limites imposées par les TPG aux variantes, dans le lot 2, visaient aussi bien l'évacuation que la valorisation des matériaux et cette exigence n'avait pas été respectée par le consortium.

Les critères de pondération du lot 5 avaient été fixés avant l'ouverture des offres du lot 2. L'appel d'offres du lot 5 ne violait pas le principe de l'égalité de traitement ni celui de la délimitation transparente des marchés, dès lors que l'appel d'offres du lot 2 excluait les prestations liées à l'évacuation et à la revalorisation des matériaux d'excavation.

A cette détermination étaient jointes diverses pièces, en particulier une pièce 3, soit un procès-verbal de la délégation des TPG en charge de ce projet, du 8 juillet

2013. Les TPG précisait à son sujet que ce document comportait des indications sur le marché querellé et qu'il avait un caractère confidentiel.

6.
  - a. La pièce 3 des TPG a été mise sous scellé par le juge délégué à l'instruction de la procédure.
  - b. Le 12 août 2013, le consortium a demandé à pouvoir consulter, sans délai, cette pièce.
  - c. Le 13 août 2013, la chambre administrative a imparti un délai, échéant au 15 août 2013, afin que les TPG se déterminent sur la consultation de cette pièce, voire sur son retrait.
  - d. Le 14 août 2013, les TPG ont transmis à la chambre administrative une nouvelle pièce 3, soit le procès-verbal de la séance du 8 juillet 2013 de la délégation du conseil d'administration, caviardé afin de respecter l'égalité de traitement entre les soumissionnaires du lot 5.
  - e. Le même jour, cette pièce a été transmise au consortium, et l'enveloppe scellée contenant le procès-verbal non caviardé a été restituée aux TPG.
7. Le 19 août 2013, le consortium a requis la production intégrale de la pièce n° 3. La pièce caviardée ne permettait pas de comprendre les motifs qui avaient entraîné la délégation à ne pas valider les critères d'adjudication proposés par le comité de pilotage pour le lot n° 5.

Le recours n'était pas manifestement dépourvu de chances de succès. L'appel d'offres relatif au lot 2 comprenait dans une très large mesure l'évacuation des déblais, des déchets de chantier et des matériaux d'évacuation, d'excavation, ainsi que leur valorisation. L'intérêt privé des recourants à ce que l'effet suspensif soit restitué était indéniable, dès lors que l'appel d'offres du lot 5 les lésait, par le fait qu'ils avaient déposé des variantes autorisées dans le cadre du lot 2 et devenues sans objet par le lot 5.

8. Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur la question de l'effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

1. Le recours, interjeté dans les dix jours par-devant l'autorité compétente, est *prima facie* recevable (art. 15 al. 2 et 2bis de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01 ; art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. Aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, restituer cet effet pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP).

« L'examen de la requête suppose une appréciation *prima facie* du bien-fondé du recours ; le but est alors de refuser l'effet suspensif au recours manifestement dépourvu de chances de succès, dont le résultat ne fait aucun doute ; inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire mais suppose de constater et de pondérer le risque de préjudice » (B. BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in J.-B. ZUFFEREY / H. STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zurich 2010, pp. 311-341, n. 15 p. 317).

La restitution de l'effet suspensif constitue cependant une exception en matière de marchés publics et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/60/2013 du 30 janvier 2013 consid. 5 ; ATA/85/2012 du 7 février 2012 consid. 2 ; ATA/752/2011 du 8 décembre 2011 ; ATA/614/2011 du 28 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/214/2011 du 1<sup>er</sup> avril 2011 et la jurisprudence citée).

3. L'appel d'offres est une décision sujette à recours (art. 15 al. 1bis let. a AIMP ; 55 let. a RMP). Le soumissionnaire qui entend contester la définition, la pondération ou le manque de précision des critères d'adjudication doit le faire, pour des raisons de bonne foi, dans le cadre de l'appel d'offres et non plus au moment de la décision d'adjudication, sans quoi il est forclos (ATF 125 I 203 consid. 3a ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.47/2004 du 6 avril 2004 ; ATA/535/2012 du 21 août 2012 consid. 4a ; ATA/399/2012 du 26 juin 2012 consid. 3 ; ATA/677/2005 du 12 octobre 2005). Le Tribunal fédéral a en outre déjà jugé qu'il était admissible d'exiger des candidats qu'ils contestent immédiatement les documents d'appels d'offres prétendument incomplets ou entachés d'autres vices de forme lors de la procédure d'appel d'offres déjà et non dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision d'adjudication (cf. ATF 130 I 241 consid. 4.2 ; 129 I 313 consid. 6.2). Cela vaut également pour une procédure sur invitation (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.184/2005 du 8 décembre 2005 consid. 3.2.1 ; ATA/337/2010 du 18 mai 2010 consid. 4 ; ATA/486/2009 du 29 septembre 2009 et les références citées).

4. a. En l'espèce, il y a lieu de constater que les prestations faisant l'objet du lot 5 recourent partiellement celles du lot 2, en ce qu'elles concernent l'évacuation des matériaux. A première vue, ces prestations sont précisément celles pour lesquelles l'appel d'offres du lot 2 excluait la possibilité d'offrir des variantes. Le fait que ce ne soit plus les TPG et RoutORail, mais l'entreprise qui se verra adjudger les travaux du lot 5 qui prenne en charge les matériaux après leur transport par le convoyeur à bande ne peut dès lors, selon une appréciation faite à première vue, désavantager ou avantager les concurrents du lot 2, pour autant que les variantes qu'ils proposent

respectent les exigences de l'appel d'offres, ce qui semble, *prima facie*, ne pas être le cas de toutes celles proposées par le consortium.

b. D'autre part, il est patent que le cubage des matériaux à évacuer varie entre l'appel d'offres du lot 2 et celui du lot 5. Il est toutefois à première vue évident, s'agissant d'un chantier de cette importance, que les évaluations faites par le maître d'ouvrage sont appelées à évoluer au fur et à mesure que le projet s'affine et se précise. Cet élément apparaît à première vue inapte à modifier l'attribution du marché de l'un ou de l'autre des lots, l'ensemble des concurrents de chacun de ces derniers étant soumis au même traitement.

c. Le consortium relève en dernier lieu que les critères d'adjudication du lot 2 et du lot 5 ne sont pas les mêmes, ce qui est exact. Toutefois, il n'existe aucune obligation, en matière de marchés publics, de soumettre l'ensemble des lots d'un chantier aux mêmes critères d'adjudication. Au surplus, le consortium ne critique pas, en soi, les critères et la pondération du lot 5.

5. Au vu de ce qui précède, les chances de succès du recours apparaissent, à première vue, faibles. Dans ces circonstances, la chambre administrative refusera de restituer l'effet suspensif au recours, sans qu'il y ait besoin de procéder à une pesée des intérêts.

Le sort des frais de la procédure sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

### **LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

vu l'art. 66 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ;

vu l'art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010 ;

refuse d'octroyer l'effet suspensif au recours ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que, conformément aux art. 82 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 Yves Jeanrenaud, avocat des recourantes, ainsi qu'à Me Bertrand Reich, avocat des Transports publics genevois.

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :