

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4138/2013-MARPU

ATA/285/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 25 avril 2014

sur effet suspensif

dans la cause

MARTI CONSTRUCTION SA

et

MAULINI SA

et

CLAUDIO D'ORLANDO SA

représentées par Me Yves Jeanrenaud, avocat

contre

TRANSPORTS PUBLICS GENEVOIS

représentés par Me Bertrand Reich, avocat

et

IMPLENIA SUISSE SA, appelée en cause

Attendu, en fait, que :

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 GC 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 16h00. 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 GC 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 finirait sur la parcelle de la société Rutorail SA. Un contrat avait été conclu avec cette dernière 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 Rutorail SA. Dès cet instant, les matériaux devenaient propriété de Rutorail SA.

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) Le 24 mai 2013, les TPG ont présenté, à l'occasion d'une séance publique, le projet relatif au lot GC 2. Cette présentation portait sur la description du projet, ses objectifs principaux et ses contraintes, des explications concernant la zone de sécurité de Genève Aéroport, le balisage lumineux d'approche de la piste 05, le ceilomètre et le gazoduc, les caractéristiques du bâtiment, la méthodologie et l'appel d'offres du lot.

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

Cette dernière comportait une solution de base, devisée à CHF 105'049'306,15, 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 Rotorail SA. 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 Rotorail SA. La solution « CarbOptima 2 » prévoyait le même traitement que « 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.

- 4) Lors d'une séance de la « délégation En Chardon » le 8 juillet 2013, les TPG ont validé leur décision de lancer un appel d'offres pour le lot GC 5 relatif à l'évacuation des déblais et la valorisation des matériaux.
- 5) Le 9 juillet 2013, les TPG ont procédé à l'ouverture non publique des offres reçues pour le lot GC 2.
- 6) Le 16 juillet 2013, les TPG ont publié dans la FAO un avis d'appel d'offres concernant le lot GC 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 16h00. Selon le chiffre 2.4.1.1 de l'annexe 18 du dossier d'appel d'offres, l'acheminement des matériaux, par le lot GC 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 acheminés sur la plateforme ferroviaire, par le lot GC 2, deviendraient propriété de l'entreprise qui se verrait confier le lot GC 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 %

- 7) Le 26 juillet 2013, le consortium a formé recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre l'appel d'offres relatif au lot GC 5, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif et, au fond, à l'annulation de cet appel d'offres. Ce dernier se recoupait en plusieurs points avec le lot GC 2 pour lequel il avait soumissionné. L'appel d'offres du lot GC 5 lui occasionnait ainsi des inconvénients 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.
- 8) Par décision présidentielle du 9 septembre 2013, la chambre administrative a refusé de restituer l'effet suspensif au recours.

Compte tenu des circonstances, les chances de succès du recours apparaissaient, à première vue, faibles et il ne s'avérait pas nécessaire de procéder à une pesée des intérêts.

- 9) Le 28 octobre 2013, les TPG ont procédé à l'audition du consortium dans le cadre de l'examen des offres relatives au lot CG 2. A cette occasion, le consortium a fourni des explications et répondu aux questions des TPG, concernant tant l'offre de base que les variantes, se basant sur une présentation PowerPoint intitulée « Séance de clarification de l'offre du 8 juillet 2013 ».
- 10) Par courrier du 2 décembre 2013, les TPG ont attiré l'attention du consortium sur l'existence d'un doublon entre le lot GC 1 « travaux préparatoires » déjà adjugé et le lot GC 2 « génie civil et béton armé ». Dès lors que le chapitre « bassin de rétention » était réalisé dans le cadre du premier lot, l'offre de base du consortium avait été réduite du montant correspondant. Après correction, le montant d'adjudication était porté à CHF 104'845'848,96 hors TVA, soit une différence de CHF 203'457,19.
- 11) Le 10 décembre 2013, le marché relatif au lot GC 2 a été adjugé à l'entreprise Implenia Suisse SA (ci-après : Implenia) pour un montant de CHF 92'446'285,03, selon son offre de base.

La variante « TechnOptima », ainsi que l'offre de base soumises aux TPG par le consortium avaient été classées au deuxième et troisième rang, sur six offres évaluées.

- 12) Le 10 décembre 2013, le marché relatif au lot GC 5 a été adjugé à l'entreprise Gravières D'Epeisses SA (ci-après : GESA).
- 13) Par courrier du 12 décembre 2013 adressé aux TPG, le consortium a sollicité l'accès au dossier et aux rapports d'évaluation des offres et d'évaluation des candidatures, ainsi qu'un complément d'explications concernant l'attribution des notes et le fait que plusieurs variantes avaient été écartées.
- 14) Les TPG ont répondu le 13 décembre 2013, fixant au consortium un rendez-vous le 13 (recte : le 16) décembre 2013, lors duquel le rapport d'évaluation multicritères des offres pourrait être consulté, à l'exclusion des offres elles-mêmes, pour des motifs de secret d'affaire et de fabrication.

Les variantes « CarbOptima 1 », « CarbOptima 2 » et « EcOptima » avaient effectivement été considérées comme irrecevables. Le cahier des charges précisait en effet que « les matériaux seront évacués par train pour leur valorisation et ceci sous la responsabilité du Maître d'Ouvrage. Pour cette raison, le marché mis dans cet appel d'offres ne comprend que l'acheminement des matériaux jusqu'à la parcelle de RoutOrail. » et que « Dès cet instant, les matériaux deviennent propriété de RoutOrail. ». Les variantes en lien avec les matériaux d'excavation avaient ainsi été

exclues et les variantes précitées avaient été écartées car elles prévoyaient l'évacuation et/ou la valorisation des déblais qui s'inscrivaient hors du périmètre du marché mis en concurrence.

- 15) Le consortium et les TPG se sont rencontrés le 16 décembre 2013, lors d'une séance au cours de laquelle les informations utiles à la bonne compréhension des notes attribuées pour le marché ont été communiquées. A la suite de cette séance, les TPG ont transmis par courriel au consortium le tableau de notation des offres du lot GC 2, ainsi que les critères et sous-critères de notation.

Le 17 décembre 2013, le conseil du consortium a indiqué par courriel aux TPG que le tableau des critères de notation reçu différait de celui qui avait été présenté au cours de la séance de la veille. S'agissant de la crédibilité de la variante « TechnOptima », sur le tableau présenté figurait « Moyenne : risque de coûts complémentaires », mais, contrairement au tableau transmis, un montant de « env. 3M CHF » n'était pas mentionné. Par ailleurs, le consortium sollicitait le rapport des experts ayant procédé à évaluation des différentes offres.

Les TPG ont répondu le 18 décembre 2013 et confirmé que le tableau transmis était strictement et rigoureusement le même, contenant les mêmes données, que celui présenté deux jours plus tôt. Aucune modification n'avait été apportée entre-temps. D'autre part, le rapport d'analyse des experts dont le consortium souhaitait prendre connaissance était un document de travail à usage interne et n'était, par conséquent, pas communiqué.

- 16) Par acte déposé au greffe le 23 décembre 2013, Marti Construction SA, Maulini SA et Claudio D'Orlando SA ont recouru auprès de la chambre administrative, concluant préalablement à ce que l'effet suspensif au recours soit restitué, ainsi qu'à ce que la production du rapport d'analyse des experts ayant servi à l'évaluation des différentes offres et de la décision d'adjudication du lot GC 5 du 10 décembre 2013 soit ordonnée. Au fond, le consortium concluait, sous suite de frais et dépens, à ce que la décision d'adjudication du lot GC 2 du 10 décembre 2013 soit annulée et qu'il soit ordonné aux TPG d'évaluer l'ensemble des variantes proposées, puis d'adjuger une nouvelle fois le lot GC 2 du projet de CMS au soumissionnaire ayant proposé la meilleure offre ou variante.

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, notamment économiques, des recourantes.

La décision d'adjudication du lot GC 2 à Implenia était entachée de plusieurs irrégularités et violait les principes de délimitation transparente du marché, de transparence dans le choix des critères, de non-discrimination et d'égalité de traitement.

La non-admissibilité de variantes dans le cadre de l'appel d'offres du lot C 2 ne portait que sur l'évacuation des matériaux d'excavation, non sur leur revalorisation sur place, ce dernier aspect ne figurant pas dans l'intitulé de l'appel d'offre concernant le lot GC 5, contrairement à ce qui était mentionné sur le procès-verbal de la « délégation En Chardon » huit jours plus tôt. Par conséquent, les trois variantes proposées par le consortium avaient été écartées de manière abusive et injustifiée par les TPG, lesquels avaient d'ailleurs, lors de la séance de clarification du 28 octobre 2013, interrogé les recourantes au sujet de chacune de leur variantes, laissant de cette manière entendre qu'elles étaient recevables. L'appel d'offres relatif au lot GC 5 était survenu ultérieurement et se recoupait avec le lot GC 2, ce qui nuisait à leurs intérêts.

Les critères pris en considération dans le cadre de l'attribution du marché devaient être objectifs, vérifiables, pertinents et communiqués préalablement aux soumissionnaires. Or, les TPG s'étaient fondés sur des sous-critères existant déjà au moment de l'appel d'offres et n'ayant pas été transmis aux soumissionnaires.

Notamment, la pondération du critère « références du candidat » était subjective, dès lors que l'un des sous-critères tenait compte des références non seulement de « génie civil », mais également de « contraintes aéroportuaires », ce qui n'avait pas été indiqué au préalable et alors même que le projet de CMS n'était pas sous contraintes aéroportuaires, mais sous la seule contrainte d'un plafond aérien. Dès lors que les recourantes avaient présenté davantage de références de « génie civil » qu'Implenia, ce sous-critère de « contraintes aéroportuaires » avait eu pour unique but de favoriser cette dernière.

D'autre part, la pondération du sous-critère « crédibilité de l'offre » (10 %) était anormale par rapport à celle du sous-critère « coûts » (90 %), composant le critère de la « qualité économique globale de l'offre ». Ces deux sous-critères auraient dû être pondérés pour 50 % chacun. En effet, les TPG avaient décidé de supprimer du lot GC 2 le bassin de rétention, déjà réalisé dans le cadre du lot GC 1 et, ainsi, de réduire l'offre de base des recourantes du montant correspondant. Après correction, le montant d'adjudication était porté à CHF 104'845'848,96 hors TVA, soit une différence de CHF 203'457,19 correspondant au prix dudit bassin. Or, dans le cadre de l'offre d'Implenia ayant remporté le marché, ce montant à déduire ne s'élevait qu'à CHF 116,86, démontrant que celle-ci avait manifestement fourni un prix trop bas pour la réalisation du bassin de rétention. Tant la pondération des sous-critères que la suppression du bassin de rétention du lot GC 2 avaient eu également pour but de privilégier Implenla, qui n'avait ainsi pas perdu de points puisqu'elle n'avait pas été évaluée sous l'angle de la « crédibilité de l'offre ».

- 17) Le 3 janvier 2014, la chambre administrative a ordonné l'appel en cause d'Implenia et lui a imparti, de même qu'à l'intimée, un délai pour se déterminer sur effet suspensif.

- 18) Le 20 janvier 2014, les TPG ont transmis leurs observations sur effet suspensif, concluant au rejet de la demande de restitution, faute de chances de succès du recours et d'intérêt privé prépondérant des recourantes.

Les recourantes ne concluaient pas à ce que le marché leur soit attribué, mais uniquement à l'annulation de la décision litigieuse et à une nouvelle adjudication au soumissionnaire ayant présenté la meilleure offre ou variante. Faute d'intérêt digne de protection du consortium qui contestait l'attribution du marché à Implenia et non une adjudication à un autre soumissionnaire, le recours devait être déclaré irrecevable.

Au surplus, la décision d'adjudication du lot GC 2 à Implenia avait été prise compte tenu de l'offre la plus avantageuse économiquement et ayant obtenu le plus de points en fonction des critères d'évaluation.

Suite à l'appel d'offres pour le lot GC 2, les TPG avaient reçu les offres de quatre soumissionnaires, chacun ayant présenté une offre de base et une ou plusieurs variantes. Toutes les offres de base étaient recevables, mais pas toutes les variantes. En l'occurrence, trois des variantes soumises par les recourantes portaient sur l'évacuation des matériaux d'excavation, alors que de telles variantes avaient été exclues, raison pour laquelle elles avaient été considérées comme irrecevables. Au final, seules quatre offres de base et deux variantes avaient été examinées, à l'exclusion de six variantes écartées d'emblée.

En effet, dans le cadre de l'appel d'offre concernant le lot GC 2, les variantes avaient été proscrites non seulement pour l'évacuation des matériaux d'excavation, mais également pour leur valorisation, ce qui ressortait clairement dudit appel d'offres et des indications relatives à cet aspect. D'autre part, le lot GC 5 consistait en une évolution du projet et n'avait pas d'incidence sur le lot GC 2, dès lors que les prestations mises en concurrence dans ce contexte ne comprenaient pas l'évacuation, ni le traitement des matériaux d'excavation.

S'agissant des critères retenus, vu la complexité du projet, un groupe d'évaluation ad hoc avait été mis sur pied, lequel avait déterminé les critères d'adjudication, les sous-critères, leur pondération et la méthode de notation avant l'envoi des documents relatifs à l'appel d'offres et donc avant la réception des offres et leur ouverture. Tous les critères n'avaient pas été communiqués aux soumissionnaires, ainsi que l'autorisait la législation en la matière.

Le chantier du CMS allait s'avérer complexe, non seulement au vu de la taille de l'ouvrage, mais également en raison des contraintes, outre celle du plafond aérien à respecter, résultant de sa proximité immédiate de l'aéroport, soit à quelques dizaines de mètres et dans l'axe de la piste. Il comprenait de plus une zone sensible dans laquelle aucun engin, quel qu'il soit, n'était autorisé durant les heures d'exploitation de l'aéroport. Le chantier se trouvait incontestablement dans la zone

aéroportuaire, laquelle s'étendait au-delà de l'aéroport lui-même, et était ainsi soumis aux « contraintes aéroportuaires », raison pour laquelle il avait été tenu compte de ce sous-critère dans l'attribution du marché. D'autre part, en invoquant ce grief, les recourantes confondaient les notions de pondération et de notation.

Le bassin de rétention avait été exécuté dans le cadre du lot GC 1 et les TPG avaient omis de retirer cette prestation du cahier des charges du lot GC 2. La prestation concernait en réalité les travaux de fondation et non le bassin en tant que tel. Le sujet avait néanmoins été abordé lors de la séance d'information du 24 mai 2013, à laquelle le consortium avait assisté et au cours de laquelle il avait été clairement indiqué qu'en principe, le bassin de rétention serait réalisé dans le cadre du premier lot. De plus, les recourantes avaient connaissance du contenu du lot GC 1, puisqu'elles avaient elles-mêmes soumissionné. Ce marché avait été attribué à Implenia au cours du printemps 2013. La correction du prix correspondant au bassin de rétention avait davantage favorisé le consortium qu'Implenia, celle-ci ayant déjà retiré le bassin de son offre pour le lot GC 2. Cette dernière offre était ainsi économiquement crédible et les recourantes n'auraient pas obtenu une meilleure note si la pondération de ce sous-critère avait été différente.

Enfin, les TPG refusaient de communiquer les éléments qui leur avaient permis de fonder leur appréciation, dès lors que les travaux et délibérations concernant l'évaluation des offres étaient confidentiels.

- 19) Le 21 janvier 2014, Implenia a communiqué ses déterminations sur effet suspensif, concluant au rejet de la demande de restitution, faute de chances de succès du recours et d'intérêt privé prépondérant des recourantes.

L'offre de base et les variantes soumises par le consortium auraient dû être écartées d'emblée, dans la mesure où l'interdiction de sous-traitance des travaux spéciaux mentionnée dans l'appel d'offres relatif au lot GC 2 n'avait pas été respectée. En effet, Marti Construction SA, ayant son siège à Lausanne, était l'une des entités du consortium ayant soumissionné. Lors de la séance de clarification du 28 octobre 2013, les recourantes avaient présenté un document PowerPoint duquel il ressortait que le consortium était formé d'entreprises locales et que le groupe Marti Arc Lémanique était composé de Marti Constructions SA Lausanne et de Marti Constructions SA Genève. Or, au cours de leur audition du 28 octobre 2013, les recourantes avaient confirmé que les travaux spéciaux à entreprendre dans le cadre du marché le seraient par une autre entreprise, à savoir Marti Bern.

L'appel d'offres concernant le lot GC 2 indiquait clairement que des variantes étaient admises, sauf pour l'évacuation (annexe 19). En revanche, les variantes de projet, soit de conception, étaient interdites, seules les variantes de l'entrepreneur, soit d'exécution, étant autorisées. Or, dans trois des variantes des recourantes, il n'y avait pas de convoyeur à bande. Il s'agissait d'une modification du projet tel que décrit dans le cahier des charges, qui avait été considérée à juste titre comme

irrecevable, dès lors qu'elle contenait des caractéristiques techniques différentes et concernait l'évacuation des matériaux d'excavation.

La quatrième variante des recourantes aurait également dû être considérée comme irrecevable et, partant, écartée d'emblée. En effet, les prestations relatives au lot GC 5 avaient été exclues du lot GC 2 et il était erroné de laisser croire que la décision de procéder à un appel d'offres pour le cinquième lot avait été prise grâce aux recourantes. L'abandon de la solution d'évacuation via l'entreprise Rotorail ne changeait rien du point de vue du deuxième lot et ne constituait pas un « changement des règles du jeu ». Il ressortait clairement de l'appel d'offres du lot GC 2 que le Maître de l'Ouvrage était exclusivement propriétaire des matériaux évacués et que leur valorisation s'effectuerait sous la responsabilité des TPG et ne faisait pas l'objet de ce lot. Par conséquent, la quatrième variante soumise par le consortium ne respectait pas le cahier des charges, puisqu'elle proposait clairement l'évacuation des matériaux alors que cette prestation était exclue du lot GC 2. De plus, cette variante ne respectait pas les quantités de l'offre de base, les recourantes s'appropriant 25 % du volume total des matériaux propriété des TPG.

La prestation liée au bassin de rétention était prévue tant dans le lot GC 1 que dans le lot GC 2. Cependant, elle avait été attribuée au premier lot avant le retour des offres concernant le deuxième lot, raison pour laquelle Implenia ne l'avait chiffrée que très faiblement, par un montant symbolique, dans son offre pour le lot GC 2.

La décision d'adjudication du lot GC 2 ne violait pas le principe de transparence, car la jurisprudence rendue en matière de marchés publics considérait qu'il n'était pas indispensable que l'autorité adjudicatrice communique par avance tous les sous-critères pris en considération dans l'attribution du marché, ce d'autant s'ils étaient inhérents aux critères publiés dans l'appel d'offres. Il convenait d'apprécier l'ensemble des circonstances entourant le marché. En l'occurrence, les TPG avaient mentionné des sous-critères non transmis aux candidats et les recourantes devaient s'attendre, vu le nombre de pages de l'appel d'offres et de ses annexes, ainsi que de questions posées lors de la séance d'information du 24 mai 2013 consacrées à ce sujet, à ce que les TPG accordent de l'importance aux références des soumissionnaires en matière de « contraintes aéroportuaires ».

Enfin, les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement n'avaient pas été violés. Les recourantes avaient au contraire été davantage ménagées que d'autres soumissionnaires au cours de la procédure d'adjudication. Par ailleurs, une des variantes d'IMPLENIA avait également été écartée par les TPG.

- 20) Le 31 janvier 2014, les recourantes ont répliqué, persistant dans les termes et conclusions de leur recours.

Les irrégularités constatées dans le cadre de l'attribution du lot GC 2 étaient nombreuses et constituaient autant de violations des principes de base du droit des marchés publics.

Le recours présentait des chances de succès, les TPG n'avaient pas fait valoir d'urgence à la conclusion du contrat relatif au lot GC 2 et les recourantes avaient un intérêt privé prépondérant, dans la mesure où elles risquaient de subir un dommage irréparable. Partant, l'effet suspensif devait être restitué.

Le rapport d'analyse des experts ayant servi à l'évaluation des différentes offres des soumissionnaires devait être produit.

Le projet de CMS ne se trouvait pas « sous contraintes aéroportuaires », raison pour laquelle ce sous-critère et sa pondération étaient arbitraires.

S'agissant du bassin de rétention, Implenia avait été la seule candidate à retirer cette prestation de son offre relative au lot GC 2 et à y inscrire un montant correspondant symbolique, ce qui démontrait que la suppression de cette prestation du deuxième lot au début du mois de décembre 2013 avait eu pour seul but de la favoriser.

Les deuxième et cinquième lots se recoupaient de telle façon que l'appel d'offres relatif au lot GC 2 reposait sur la base d'un concept s'avérant inadapté, voire illégal. Les TPG n'avaient pas prouvé avoir décidé au mois de juin 2013 déjà de soumettre le lot GC 5 au concours. L'intitulé de ce dernier lot mentionnait d'ailleurs l'évacuation des matériaux, non leur valorisation. L'adjudicataire du lot GC 5 avait proposé une solution identique à la variante « EcOptima » des recourantes, qui n'aurait ainsi pas dû être écartée. Il s'agissait d'une grave violation du principe de délimitation transparente du marché.

Des variantes pouvaient porter sur la revalorisation sur place des matériaux, avant leur évacuation, conformément au principe de développement durable mis en exergue par les TPG.

La variante « EcOptima » des recourantes équivalait à la solution choisie par les TPG en adjugeant le lot GC 2 à IMPLENIA et le lot GC 5 à GESA, mais pour un moindre coût. Le principe de l'utilisation parcimonieuse des deniers publics avait également été violé.

- 21) Le 3 février 2014, 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) a. 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).

b. « 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 » (Benôit BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Bernard ZUFFEREY / Hubert STÖCKLI, *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, pp. 311-341, n. 15 p. 317).

c. 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/236/2014 du 19 mars 2014 consid. 2 ; 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 1er avril 2011 et la jurisprudence citée).

d. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics (art. 1 al. 1 AIMP). Il vise à harmoniser les règles de passation des marchés ainsi qu'à transposer les obligations découlant de l'accord GATT/OMC ainsi que de l'accord entre la communauté européenne et la Confédération suisse (art. 1 al. 2 AIMP). Il poursuit plusieurs objectifs, soit assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. a AIMP), garantir l'égalité de traitement entre ceux-ci et assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 3 let. b AIMP), assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) et permettre l'utilisation parcimonieuse des données publiques (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, notamment let. a et b AIMP).

3) a. En l'espèce, il sied de constater *prima facie* que, dans le cadre de l'appel d'offres relatif au lot GC 2, les TPG ont communiqué aux soumissionnaires les différents critères d'appréciation et d'évaluation des offres, ainsi que leur pondération, tout en indiquant que certains sous-critères existaient, mais ne seraient pas transmis aux candidats. A première vue, à teneur des documents et annexes de l'appel d'offres, ainsi que de la présentation PowerPoint diffusée par les TPG lors de la séance d'information du 24 mai 2013, les recourantes ont eu l'occasion d'apprécier sous plusieurs angles le contexte et la complexité du chantier du CMS sis en zone

aéroportuaire, de même que d'anticiper l'importance qu'accorderait l'adjudicatrice au sous-critère de références non seulement de génie civil, mais également « sous contraintes aéroportuaires ». Les recourantes ne peuvent, a priori, pas se prévaloir d'avoir ignoré ce sous-critère de références au seul motif que celui-ci ne leur a pas été formellement communiqué au préalable.

b. Par ailleurs, il n'est pas contesté que les TPG ont supprimé du cahier des charges du lot GC 2 la réalisation des fondations du bassin de rétention mentionné également dans celui du lot GC 1, portant sur les travaux préparatoires. Toutefois, le montant correspondant a été déduit des offres de base des soumissionnaires qui avaient proposé un prix pour cette prestation, afin de ne pas les pénaliser au niveau de la qualité économique de leurs offres. Implenia est certes la seule candidate à n'avoir proposé pour cette prestation qu'un montant symbolique. Il y a néanmoins lieu d'admettre, à première vue, que cela n'a rien d'étonnant dès lors que, tout comme les recourantes, l'entreprise adjudicataire avait d'une part assisté à la séance d'information du 24 mai 2013 lors de laquelle le sujet avait été abordé et, d'autre part, soumissionné pour le lot GC 1. Elle avait ainsi connaissance du doublon existant quant au bassin de rétention. Il semble donc, *prima facie*, difficile de suivre les recourantes à considérer que la suppression de cette prestation du cahier des charges du lot GC 2 n'aurait eu pour unique but que de favoriser Implenia, ou encore que la crédibilité de l'offre de celle-ci puisse être remise en cause et que la pondération de ce sous-critère serait anormale.

c. Enfin, la chambre de céans a déjà eu l'occasion de constater, dans sa précédente décision sur effet suspensif (ATA/591/2013 du 4 septembre 2013), que les prestations faisant l'objet du lot GC 5 recourent partiellement celles du lot GC 2, en ce qu'elles concernent l'évacuation des matériaux. Néanmoins, ces prestations sont à première vue précisément celles pour lesquelles l'appel d'offres du lot GC 2 excluait la possibilité d'offrir des variantes. Le fait que ce ne soient plus les TPG et ROUTORAIL, mais l'entreprise adjudicataire des travaux du lot GC 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 GC 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 celles proposées par le consortium, qu'il s'agisse des variantes concernant l'évacuation des matériaux, comme celles concernant leur valorisation. Le fait que l'intitulé de l'appel d'offres pour le lot GC 5 ne mentionne que l'évacuation et non plus la valorisation des matériaux ne paraît pas suffire, à première vue, à considérer que des variantes n'auraient pas dû être écartées au motif qu'elles portaient sur la valorisation des déblais dans le cadre du deuxième lot. Il y a lieu de relever finalement que, si les recourantes estiment que leurs variantes auraient permis d'atteindre l'objectif recherché par les TPG en procédant à des appels d'offres et des adjudications distincts pour les lots GC 2 et GC 5 à un coût moindre, elles n'ont pas pour autant soumissionné dans le cadre de ce dernier.

- 4) Au vu de ce qui précède, les chances de succès du recours apparaissent, prima facie, 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.
- 5) Le sort des frais de la procédure sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.
- 6) Un délai au 10 juin 2014 sera accordé aux TPG et à Implenja pour se déterminer au fond du litige.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

vu le recours interjeté le 23 décembre 2013 par Marti Construction SA, Maulini SA et Claudio D'Orlando SA contre la décision des Transports publics genevois du 10 décembre 2013 ;

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 ;

fixe aux Transports publics genevois, ainsi qu'à Implenja Suisse SA un délai au 10 juin 2014 pour se déterminer 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, à Implenja Suisse SA, 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 :