

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1545/2009-MARPU

ATA/358/2009

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 28 juillet 2009

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.

appelée en cause

représentée par Me François Bellanger, avocat

EN FAIT

- 1) Losinger Construction S.A. et SIF-Groutbor S.A. (ci-après : le consortium) 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 des constructions et des technologies de l'information (ci-après : le département), agissant au nom de l'Etat de Genève, a attribué au consortium le marché portant sur les travaux de gros œuvre pour 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'art. 14 dudit contrat réservait expressément les travaux imprévus.
- 4) A la fin de l'année 2008, la présence d'un dôme de molasse a été détectée dans le terrain de l'exécution du soutènement sur le tronçon PK 1525 au PK 1635. Cet incident géologique a remis en cause la méthode de construction du tunnel qui devait être réalisé initialement au moyen de parois moulées depuis la surface. Du fait de la présence de blocs de molasse, le tunnel devrait alors être creusé au moyen d'une paroi berlinoise étayée.
- 5) Lors d'une séance technique du 16 décembre 2008, le département a donné son accord pour commander les profilés de la paroi berlinoise.

A cette séance, le planning suivant a été adopté :
 - Descriptif à établir par la direction des travaux : 9 janvier 2009
 - Planning des travaux à établir par le consortium : 22 janvier 2009
 - Prix à établir par le consortium : 12 février 2009.
- 6) Le 12 janvier 2009, la direction des travaux a remis au consortium une « soumission n° 2 » ayant pour objet la description des travaux de la variante « molasse ».
- 7) Le département a procédé à une étude géotechnique complémentaire ayant pour objet les incidences du dôme de molasse sur l'exécution du soutènement de la tranchée couverte. Selon le rapport du 2 février 2009, la plus-value probable

engendrée par les travaux y relatifs était comprise entre CHF 4'700'000.- et CHF 6'836'000.-.

- 8) Dès le début de l'année 2009, le consortium a entrepris les travaux de pose des pieux forés dans le « secteur molasse ».
- 9) Le 10 février 2010 (recte : 2009), le consortium a remis à la direction des travaux la « soumission n° 2 » remplie pour les seuls prix de réalisation de pieux forés avec HEB et réalisation du béton projeté (prestation uniquement SIF) pour un montant de CHF 2'717'390.-.

Le consortium indiquait qu'il transmettrait à la direction des travaux fin février 2009, le chiffrage complet avec planning.

- 10) Respectant le planning initial modifié dès le 20 janvier 2009 et fixant à fin février la date de remise du planning des travaux et des prix, le consortium a transmis à la direction des travaux le 18 février 2009, un planning enveloppe fin de chantier intégrant les travaux liés à la découverte de la molasse et à ses conséquences directes. La fin des dalles (zone de la molasse) était programmée pour fin janvier 2010 et celle des aménagements intérieurs pour fin juillet 2010, soit un mois de plus que le planning du 18 septembre 2008. Ce délai restait malgré tout conforme au délai du marché (fin globale du chantier juillet 2010).
- 11) Le 4 mars 2009, le consortium a remis à la direction des travaux la « soumission n° 2 » variante « molasse » remplie pour un montant de CHF 12'050'811,97 ainsi que le planning des travaux molasse et celui de l'enveloppe du chantier. Ces deux plannings reprenaient ceux présentés du 18 février 2009.
- 12) Par fax du 4 mars 2009, la direction des travaux a confirmé au consortium qu'il demandait l'arrêt immédiat de tous les travaux et commandes concernant la grue chemin du Bournoud. Le consortium était invité à fournir une analyse de prix (détails) de tous ceux de l'offre complémentaire concernant les travaux dus à la présence de molasse au plus tard le 9 mars 2009 à 10h00.
- 13) Le 25 mars 2009, le consortium a remis au maître de l'ouvrage une offre de prix remise à jour, suite à l'entrevue du 18 mars 2009. L'offre était ramenée à CHF 10'487'363,69 ou à CHF 9'979'960,69 pour tenir compte de la mise à niveau des prix du consortium sur une base de ceux de 2006, de l'élimination des redondances avec les prix du contrat de base et de l'analyse de certains des prix du consortium. Selon la solution retenue pour l'accès, le planning des travaux était différent. L'accès par la zone molasse nécessitant d'attendre la fin des travaux de SIF Groutbor S.A. (ci-après : SIF Groutbor), les conséquences sur le planning étaient les suivantes : fin du local technique : novembre 2009 ; fin des travaux de surface : juin 2010, soit un décalage de cinq mois sur le planning travaux molasse

déjà transmis. Pour la solution d'accès de SIF Groutbor par le haut du chemin du Bournoud, les conséquences sur le planning étaient les suivantes : fin du local technique : septembre 2009 ; fin des travaux de surface : mars 2010.

- 14) 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 Genève S.A. (ci-après : 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.

Le « concerne » de la lettre d'adjudication précisait que les travaux « secteur molasse - génie civil » faisaient l'objet d'une « procédure sur invitation soumise aux accords internationaux et à l'AIMP révisé du 15 mars 2001 ».

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

- 15) Lors de la séance technique du 21 avril 2009, la direction des travaux a précisé qu'une séance de coordination avec l'entreprise Marti était agendée au 22 avril 2009 afin de définir les limites des prestations entre le consortium d'une part, et Marti d'autre part.

- 16) 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.

L'autorité adjudicatrice n'avait pas choisi la bonne procédure et, partant, avait commis une violation grave des art. 12A al. 1 AIMP et 11 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

Le marché des travaux « secteur molasse » était soumis aux traités internationaux puisqu'il faisait partie d'un ouvrage dont la valeur dépassait de plus de sept fois les seuils prévus par l'annexe 1 let. a et b RMP. L'adjudication du marché ne pouvait se faire qu'au terme d'une procédure ouverte ou sélective.

En l'espèce, rien ne permettait de justifier le choix d'une procédure sur invitation.

Le respect du type de procédure déterminé par la loi était primordial. La jurisprudence du Tribunal administratif avait maintes fois insisté sur le caractère formaliste du droit des marchés publics. La décision du 21 avril 2009 ne pouvait dès lors qu'être annulée.

Le département ne l'avait jamais correctement informé du fait que les travaux pour lesquels il avait soumis des propositions faisaient l'objet d'un marché public. Corrélativement, il n'avait reçu aucune information concernant les critères d'évaluation des offres. Le département ne s'était dès lors pas conformé au principe de transparence et n'avait en particulier pas respecté l'art. 1 al. 3 let. c AIMP ainsi que les art. 24 et 43 al. 2 RMP. Au surplus, le département avait procédé à des négociations sur les prix, ce qui était contraire aux art. 11 let. c AIMP et 18 RMP.

Enfin, l'offre de Marti, dont le consortium ignorait le contenu, était anormalement basse ou incomplète. Vu l'absence totale de transparence dans le cadre de cette procédure, le consortium n'était pas en mesure de se déterminer plus en détails sur celle-là. L'attribution du marché à Marti aurait pour conséquence de lui retirer une partie du marché originel attribué par décision du département du 7 juin 2007. Or, une révocation partielle de l'adjudication initiale n'était possible que dans des circonstances définies exhaustivement par la loi aux art. 42 et 48 RMP.

L'art. 13.2 des conditions générales du contrat d'entreprise du 3 avril 2008 prévoyait que le maître de l'ouvrage ne pouvait retirer une prestation à l'entrepreneur et la faire exécuter par un tiers qu'en présence de justes motifs. De surcroît, ce même contrat prévoyait qu'en cas de travaux imprévus, un devis devait être effectué avant de procéder à la réalisation de ceux-ci (art. 14.3 des conditions générales). Il était donc sous-entendu que les travaux supplémentaires devaient être effectués par l'entrepreneur en charge de l'ouvrage initial.

En l'espèce, il était extrêmement difficile de dissocier précisément les opérations à effectuer dans le cadre de l'ouvrage initial de celles qui relevaient uniquement de la présence imprévue de la molasse.

- 17) Le Tribunal administratif a appelé en cause Marti.
- 18) Une instruction sur effet suspensif a été ordonnée. Les parties intimées se sont opposées à la restitution de l'effet suspensif.
- 19) Par décision présidentielle du 19 mai 2009, l'effet suspensif a été restitué au recours (ATA/247/2009).
- 20) Le 8 juin 2009, le département a présenté ses observations sur le fond du recours. A titre préalable, il a conclu à ce que le tribunal de céans ordonne la levée de l'effet suspensif du recours ainsi qu'un transport sur place et, sur le fond, au rejet du recours.

Le marché litigieux était effectivement soumis aux traités internationaux et respectivement aux art. 6 AIMP et 6 RMP.

L'offre remise par le consortium le 10 février 2009 semblait correspondre à l'estimatif de l'ingénieur du département alors que l'offre complète du 4 mars 2009 était près de CHF 6'000'000.- plus élevée que l'estimatif de celui-là. Compte tenu du montant exorbitant de l'offre du consortium, le maître de l'ouvrage lui avait demandé en séance technique du 10 mars 2009, de terminer la pause des pieux forés mais de stopper la suite des travaux.

Des offres comparatives avaient été demandées à deux entreprises de la place soit Marti d'une part, et Implenia Construction S.A. (ci-après : Implenia), d'autre part. Ces dernières avaient rendu leurs offres le 23 mars 2009 lesquelles s'élevaient respectivement à CHF 6'987'827.- et CHF 7'802'454.-.

Le consortium pour sa part avait présenté, le 25 mars 2009, une nouvelle offre pour un montant total de CHF 11'284'403.- avec une variante à CHF 10'738'437.-. Dans les deux hypothèses, le chantier subissait un retard important.

L'analyse des prix avait mis en évidence des grands écarts entre l'offre du consortium et les offres comparatives. Sur les prestations standards, le consortium n'avait même pas respecté les prix offerts dans sa soumission de base. Les écarts étaient d'autant plus injustifiés que le consortium était déjà actif sur place, ce qui lui permettait de faire des économies par rapport à une entreprise tierce (installation de chantier, nettoyage de chaussée etc.). Les prix offerts par le consortium étaient manifestement excessifs et le maître de l'ouvrage ne pouvait pas lui attribuer les prestations du « secteur molasse ».

Compte tenu des délais, le département n'avait pas le temps d'organiser une procédure d'appel d'offres et il avait adjugé les travaux de gré à gré à Marti.

Contrairement à ce qui était malencontreusement indiqué dans le « concerne » de la décision du 21 avril 2009, la procédure retenue était une procédure de gré à gré et non une procédure sur invitation.

L'art. 15 al. 3 let. d RMP autorisait le recours à la procédure de gré à gré si en raison d'événements imprévisibles l'urgence du marché était telle qu'il était impossible de suivre une autre procédure. Tel était le cas en l'espèce.

De plus, la situation d'urgence était partiellement due à l'attitude du consortium. En effet, le département aurait pu adjuger les travaux du « secteur molasse » à ce dernier en application de l'art. 15 al. 3 let. e RMP, mais celui-ci l'en avait empêché en tardant à rendre son offre complémentaire et en présentant finalement des prix excessifs. Lorsqu'il s'en était rendu compte, soit à fin mars, le département n'avait pas été en mesure d'organiser une procédure ouverte pour l'adjudication des travaux supplémentaires.

Les art. 24, 27 et 43 RMP n'étaient pas applicables dans le cadre d'une adjudication directe. La procédure de gré à gré conférait à l'adjudicateur un large pouvoir d'appréciation quant aux qualités de l'adjudicataire, sans qu'il n'ait à justifier des critères de son choix. L'évaluation des critères d'aptitude et d'adjudication n'entraînait pas en ligne de compte dans le cadre d'une telle procédure, dans laquelle l'adjudicateur adjugeait le marché directement à un soumissionnaire sans procéder à un appel d'offres.

Le grief de l'offre anormalement basse était totalement infondé. Les prix offerts par Marti étaient sensiblement identiques à ceux d'Implenia et correspondaient à l'estimatif de l'ingénieur du département.

La pesée des intérêts en présence, soit l'intérêt à l'avancement du chantier et à la réalisation du TCMC dans les délais prévus apparaissaient largement prépondérants. Les conséquences d'un arrêt du chantier sur un secteur important étaient particulièrement dommageables. Le planning élaboré par le consortium démontrait que pour tenir les échéances, les travaux du « secteur molasse » devaient débiter en mars 2009. S'agissant des intérêts du consortium, celui-ci ne pourrait obtenir le marché compte tenu des prix excessifs qu'il pratiquait ; il ne pouvait se prévaloir d'aucun intérêt économique.

Le département a conclu à ce que la décision de restitution de l'effet suspensif soit revue et l'effet suspensif retiré au recours.

- 21) Marti s'est déterminée le 11 juin 2009.

La procédure de gré à gré adoptée par le département était admissible compte tenu de l'urgence. Référence était faite notamment à la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Elle contestait le caractère anormalement bas de son offre, ce grief ne reposant que sur des suppositions.

Elle conclut au rejet du recours, se rapportant à l'appréciation du Tribunal administratif quant à la recevabilité de celui-ci, avec suite de frais et dépens.

- 22) Le 12 juin 2009, Marti a appuyé la requête de retrait d'effet suspensif présentée par le département.

- 23) Les parties ont été entendues en audience de comparution personnelle le 29 juin 2009.

Le consortium a précisé que lorsqu'il avait reçu le document intitulé « soumission n°2 » lors de la réunion de chantier du 12 janvier 2009, il l'avait interprété comme une demande d'offre complémentaire s'inscrivant dans le cadre des travaux de base. Cette soumission avait été remplie de concert avec les

représentants du département et parallèlement, les parties avaient mis sur pied la solution qui devait être adoptée pour les travaux de « molasse ».

Lors de la séance du 20 janvier 1999, il avait été convenu du planning, à savoir fin février, pour la remise du descriptif de la liste de prix et du planning des travaux. L'offre complétée avait été remise au maître de l'ouvrage le 4 mars 2009 et le document discuté lors de la séance du 18 mars 2009. Au cours de cette séance, le maître de l'ouvrage avait demandé au consortium de retravailler certains postes et c'est à cette occasion que le consortium avait été informé que deux autres entreprises de la place avaient été consultées.

C'était également en date du 4 mars 2009 que par fax le département avait demandé au consortium l'arrêt immédiat de tous les travaux et commandes en relation avec les travaux de « molasse ».

A plusieurs reprises, le consortium avait demandé au département de le rencontrer pour en savoir davantage sur la procédure parallèle qui semblait se dessiner. Une rencontre avait finalement eu lieu le 24 mars 2009. Ce jour-là, le représentant du consortium avait précisé à celui de la direction des travaux les raisons pour lesquelles certains postes de la soumission avaient été modifiés entre le 4 et le 25 mars 2009. Ces ajustements étaient essentiellement dus aux redondances figurant dans les documents établis par le mandataire du département ainsi qu'à la mise à niveau des prix du consortium à ceux du marché initial. Ils tenaient également compte du nouveau planning dans l'avancement des travaux en fonction de la solution adoptée. En d'autres termes, ce n'était pas la prestation qui changeait mais le déroulement des travaux. Lors de cet entretien, le représentant du consortium avait exprimé son étonnement au sujet de la procédure suivie par le département, à savoir la consultation d'entreprises tierces au chantier.

Présent à l'audience, le représentant de la direction des travaux a confirmé que lors de l'entretien du 24 mars 2009, il avait fait part au maître de l'ouvrage de sa satisfaction concernant l'avancement du chantier et les prestations du consortium. L'offre remise le 4 mars 2009 n'était pas satisfaisante au niveau des prix. Quant aux redondances évoquées par le consortium, il s'agissait d'adapter l'offre complémentaire au fait que ce dernier travaillait déjà sur le chantier. Il avait également confirmé au représentant du consortium que deux autres offres comparatives avaient été demandées en même temps qu'il avait demandé au consortium de revoir les prix et si ces modifications avaient une incidence sur l'avancement des travaux, il serait prêt à les étudier. Cela étant, il n'avait pas allégé le programme des travaux.

Il était exact que le 4 mars 2009 il avait fait stopper les travaux complémentaires « molasse » parce qu'il n'était pas en possession de l'offre revue suite aux discussions antérieures avec le consortium. Parallèlement, il avait fait

établir des documents destinés aux entreprises qu'il se proposait de consulter pour les travaux de « molasse ».

A cet égard, la représentante du département a précisé que le descriptif du 12 janvier 2009 n'avait pas été modifié.

Le représentant du consortium a ensuite expliqué que suite à la séance du 24 mars 2009, il avait eu un nouvel entretien téléphonique avec le représentant de la direction des travaux, au cours duquel il avait réitéré ses incompréhensions quant à la procédure suivie par le département et à la difficulté qui lui apparaissait de comparer des offres établies sur la base de paramètres différents, notamment la différence résultant d'une entreprise travaillant déjà sur le site et d'une entreprise tierce.

Le département a précisé qu'il ne s'était rien passé entre le consortium et le département au sujet des travaux de « molasse » entre le 25 mars et le 21 avril 2009. En revanche, le 9 avril 2009, la direction des travaux avait appelé le consortium pour l'informer qu'il n'était pas adjudicataire des travaux de « molasse », le choix s'étant porté sur l'entreprise Marti.

Le représentant du consortium a déclaré pour sa part que lors de l'entretien téléphonique du 9 avril 2009, la direction des travaux lui avait dit qu'il était fort probable que sous réserve de quelques vérifications, les travaux de « molasse » soient adjugés à un tiers.

L'entreprise Marti a confirmé s'être rendue sur place le 13 mars 2009 puis avoir reçu les documents de soumission qu'elle avait remplis. C'était les seules démarches qu'elle avait effectuées dans cette affaire.

Le consortium et le département ont confirmé que les travaux de pieux forés en relation avec les travaux de « molasse » première partie, exécutés par le consortium, étaient terminés depuis le 7 mai 2009.

Le département a confirmé que le rapport géotechnique du 2 février 2009 n'avait pas été porté à la connaissance du consortium avant la procédure en cours.

Le département a déclaré renoncer à la tenue d'un transport sur place, mesure sollicitée essentiellement en relation avec la question de l'effet suspensif.

Un délai a été fixé aux parties pour se déterminer, celles-ci étant avisées qu'à réception des observations des intimés, le 13 juillet 2009, la cause serait gardée à juger.

- 24) Dans le délai imparti au 6 juillet 2009, le consortium a présenté sa détermination après l'audition des parties.

Le choix d'engager une procédure sur invitation pour adjuger le marché public « secteur molasse » était absolument injustifiable au regard de la législation sur les marchés publics. En raison de sa valeur, le marché en question était soumis aux traités internationaux et, dès lors, seules les procédures ouvertes ou sélectives pouvaient être utilisées conformément à l'art. 12A al. 1 AIMP. L'organisation d'une procédure sur invitation était à l'inverse exclue puisque cette dernière ne concernait que les marchés qui, lorsqu'ils portent sur des travaux de gros œuvres, ne dépassent pas le seuil de CHF 500'000.- H.T (art. 11 al. 2 et annexe 2 RMP).

L'art. 15 al. 3 RMP prévoyait une liste de situations exceptionnelles permettant le recours à la procédure de gré à gré. Toutefois, cette disposition légale concernait exclusivement la procédure de gré à gré et nullement la procédure sur invitation.

Quant aux situations exceptionnelles de l'art. 15 al. 3 let. d RMP, elles n'étaient pas réunies en l'espèce.

Les explications du département selon lesquelles la décision d'adjudication du 21 avril 2009 contiendrait une erreur de plume, en tant que la procédure suivie était en réalité une procédure de gré à gré et non une procédure sur invitation, ne pouvaient être suivies. Hormis une maladroite tentative de justification a posteriori, aucun élément concret ne permettait de démontrer que le département entendait mener une procédure de gré à gré et non pas une procédure sur invitation. La terminologie utilisée était celle d'une procédure ouverte, sélective ou sur invitation mais certainement pas une procédure de gré à gré. En outre, le département n'avait jamais informé le consortium de la nature exacte de la procédure qu'il avait choisi de suivre.

Enfin et surtout, si la procédure de gré à gré était justifiée par l'urgence de la situation, elle aurait dû faire l'objet d'une publication dans la Feuille d'Avis Officielle avec indication des motifs ayant amené l'autorité à choisir ladite procédure. Une telle publication aurait dû intervenir au maximum septante-deux jours après la notification de l'adjudication, ce qui n'était pas le cas.

La jurisprudence du Tribunal administratif avait maintes fois insisté sur le caractère formaliste du droit des marchés publics. Le fait de choisir un type de procédure inapplicable au marché public en cause devait à lui seul conduire à l'annulation de la décision querellée.

Même si l'on partait de l'hypothèse que la tenue d'une procédure sur invitation était envisageable dans le cas d'espèce, le Tribunal administratif ne pouvait que constater la violation des principes juridiques de base s'appliquant à toute procédure relative à la passation d'un marché public, en particulier les principes d'égalité de traitement et de transparence.

A cet égard, le document remis le 12 janvier 2009 par la direction des travaux au consortium correspondait à un simple cahier des charges et non pas à un véritable document d'appel d'offres. Par ailleurs, le résultat de l'élaboration des offres devait faire l'objet d'un tableau comparatif. Or en l'espèce, l'autorité adjudicatrice n'apportait aucune précision quant à l'appréciation des plannings remis par les différents soumissionnaires. Au demeurant, le procédé de comparaison des prix était lui-même insatisfaisant car il ne permettait pas de prendre en compte le fait que le consortium était déjà présent depuis dix-huit mois sur le chantier. Enfin, le département avait largement tardé à informer le consortium de la mise en concurrence avec deux autres entreprises de la place. Ce n'était que le 18 mars 2009 que le consortium avait été subitement informé que les offres de deux autres entreprises avaient été sollicitées. Enfin, le département avait demandé au consortium de revoir les prix de l'offre, ce qui était contraire à l'art. 18 RMP.

Pour l'ensemble de ces raisons, la décision querellée devait être annulée.

Dût-on considérer que la décision du département contenait une erreur de plume et que la procédure suivie par le département était en réalité une procédure de gré à gré, celle-ci n'était pas justifiée par une exception prévue par la législation sur les marchés publics. En particulier, la notion d'urgence, devant être comprise comme celle d'une « extrême urgence », n'était pas réalisée en l'espèce. La présence d'un bloc de molasse créait tout au plus le risque de décaler de quelques mois la fin des travaux et partant, d'entraîner - dans le pire des cas - un léger retard dans la mise en service du futur TCMC. L'intérêt public à la réalisation dans les délais de la ligne TCMC ne relevait aucunement de la notion d'ordre public et ne pouvait par conséquent justifier le recours à l'exception de l'art. 15 al. 3 let. d RMP.

En effet, la découverte du bloc de molasse remontait au mois de novembre 2008. Le 16 décembre 2008, le département avait une connaissance précise de la délimitation et de l'importance de celui-ci et avait arrêté définitivement la technique de réalisation des travaux relatifs à cette zone (soutènement avec des parois berlinoises). L'offre et le planning des travaux devaient être remis à fin février 2009 et le consortium s'était exécuté le 4 mars 2009, soit deux jours ouvrables seulement après le délai fixé. A cette date, il s'était écoulé deux mois et demi depuis la connaissance précise de la délimitation du bloc de molasse. Entre le moment de la réception des dernières offres (23 mars 2009 pour les offres de Marti et Implenia S.A., 25 mars 2009 pour l'offre modifiée du consortium) et celle de la notification de la décision d'adjudication (21 avril 2009) il s'était écoulé plus d'un mois. Par conséquent, on ne pouvait manifestement pas considérer que l'adjudication du marché en question revêtait le caractère d'une urgence impérieuse ou d'une extrême urgence.

De même à considérer - à tort - qu'il y avait urgence impérieuse, il n'existait aucun lien de causalité entre l'évènement imprévisible et l'urgence. Il était contraire à la bonne foi de déclarer que le consortium avait contribué à aggraver la prétendue urgence de la situation en présentant des prix excessifs. L'autorité adjudicatrice avait pris la décision de négocier initialement l'adjudication du marché public sur une base bilatérale, alors qu'elle avait le temps d'engager une procédure ouverte ou sélective. Si l'on devait déceler l'aggravation d'une quelconque situation d'urgence, elle était le fait du pouvoir adjudicateur et non pas du consortium.

Selon l'art. 15 al. 3 let. d RMP, l'urgence devait être telle que l'autorité adjudicatrice ne serait pas en mesure d'y faire face si elle procédait par le biais d'une procédure ouverte ou sélective. A cet égard, il convenait de se référer aux délais nécessaires à la conduite d'une procédure ouverte ou sélective, tels que fixés par l'art. 49 al. 2 et 3 RMP. Ainsi, le délai de quarante jours pouvait être réduit pour de justes motifs sans être inférieur à dix jours. Au vu de la chronologie, l'autorité adjudicatrice disposait du temps suffisant pour mettre sur pied une procédure ouverte ou sélective avec les délais réduits de l'art. 49 al. 3 RMP.

Ainsi, le département aurait dû, alternativement, soit engager une procédure ouverte sélective, soit attribuer directement le marché au consortium sur la base de l'art. 15 al. 3 let. e RMP mais en aucun cas n'était-il autorisé à suivre une procédure de gré à gré fondée sur la clause d'urgence de l'art. 15 al. 3 let. d RMP.

De plus, à supposer que le recours à la procédure de gré à gré ait été fondé, le département n'avait pas respecté les principes de transparence et d'égalité de traitement. A cet égard, le consortium a repris son argumentation précédente.

Enfin, le consortium s'est opposé à la révocation de la décision octroyant l'effet suspensif au recours.

Il a persisté dans ses conclusions initiales.

25) Marti s'est déterminé le 10 juillet 2009.

Il résultait de la chronologie établie lors de l'audience du 29 juin 2009, que le consortium n'avait pas respecté le délai convenu puisqu'il n'avait remis son offre que le 4 mars 2009. Dès la lecture de celle-ci et la découverte des prix ahurissants pratiqués par le consortium, le département avait arrêté les travaux commandés en urgence lors de la découverte de la molasse, sous réserve de ceux concernant la pose des pieux forés qui étaient en cours et il avait demandé des offres à d'autres entreprises. Ces dernières avaient reçu des documents datés du 4 mars 2009 qui correspondaient exactement à ceux remis au consortium le 12 janvier 2009.

Le consortium avait expressément admis, lors de l'audience du 29 juin 2009, qu'il avait été informé par le département en date du 18 mars 2009 que deux autres entreprises de la place avaient été consultées. Il n'avait pas réagi à cette annonce ni contesté la procédure suivie par l'autorité intimée.

A nouveau, lors de l'entrevue du 24 mars 2009, le consortium n'avait pas contesté la procédure à laquelle le département avait recours. Le lendemain, il avait remis une offre modifiée sans davantage contester la procédure choisie. Le 9 avril 2009, le département avait avisé le consortium qu'il n'était pas retenu pour les travaux de molasse, message que ce dernier n'avait pas pu ne pas comprendre, mais il n'avait pas réagi.

Les travaux relatifs aux pieux forés étant terminés depuis le 7 mai 2009, le chantier relatif à la molasse était arrêté dès cette date en raison de la procédure.

Concernant la procédure sur invitation, le seul et unique lien avec une telle procédure était la mention de celle-ci dans la décision querellée. Or, le département avait précisé qu'il s'agissait d'une erreur de plume. Celui-ci n'avait pas de formulaire standard pour le marché de gré à gré et avait utilisé par erreur le formulaire établi pour la procédure sur invitation. Une telle erreur ne suffisait pas pour provoquer l'application des règles concernant cette procédure.

L'attitude du consortium, telle qu'exposée durant la comparution personnelle, démontrait que dès la découverte de la molasse, il avait accepté de négocier la réalisation des travaux avec le département sur une base de gré à gré. En premier lieu, il avait accepté de commencer les travaux de pose des pieux forés sans même avoir rempli de soumission. Ce faisant, il avait reconnu l'urgence dans laquelle le département se trouvait. En second lieu, le consortium avait reconnu avoir reçu le document intitulé « soumission n° 2 » le 12 janvier 2009 et considéré celui-ci comme une demande d'offre complémentaire. Il s'agissait d'une approche typique d'une procédure de gré à gré. En troisième lieu, les termes « demande d'offre complémentaire » utilisés par le consortium étaient ceux en matière de gré à gré au sens de l'art. 15 al. 3 let. e RMP. En quatrième lieu, lorsque le consortium avait été informé que des offres avaient été demandées à deux autres entreprises car la sienne était excessive, il avait pris acte de cette démarche et n'avait pas contesté la nature de la procédure choisie par l'autorité intimée. Enfin, lorsque le département avait fait stopper les travaux relatifs à la molasse qu'il avait fait exécuter en urgence début janvier 2009, le consortium n'avait pas protesté.

Partant, ce dernier agissait de manière abusive en prétendant a posteriori que l'autorité intimée aurait choisi une procédure de gré à gré.

Outre que pour ce motif déjà le recours était infondé, l'invocation du grief du mauvais choix de la procédure était tardif et partant irrecevable. En toute hypothèse, le consortium savait dès le 18 mars 2009 que l'autorité intimée s'était

adressée à deux autres entreprises pour avoir des offres comparatives. Or, il n'avait pas réagi.

La procédure de gré à gré était justifiée dès lors qu'il y avait urgence au sens de l'art. 15 al. 3 let d RMP.

Elle conclut principalement à l'irrecevabilité du recours et subsidiairement à son rejet avec suite de frais et dépens.

- 26) Le département a présenté ses observations le 13 juillet 2009.

La chronologie des faits telle que résultant de l'audience de comparation personnelle, justifiait la procédure choisie. Jusqu'à la réception de l'offre du consortium du 4 mars 2009, il avait l'intention d'adjuger le marché complémentaire à l'entreprise en place en application de l'art. 15 al. 3 let e RMP. Compte tenu de l'urgence, il avait immédiatement autorisé le consortium à commencer les travaux du « secteur molasse » mais lorsque celui-ci avait annoncé ses prix, qui étaient nettement supérieurs aux estimations du mandataire, il avait pris de nouvelles mesures à savoir l'interruption des travaux en cours et la demande des offres comparatives. Par ailleurs, il avait poursuivi ses pourparlers avec le consortium afin d'obtenir des prix correspondant aux prix du marché et adaptés à la situation.

L'on pouvait se poser la question de savoir s'il aurait dû à ce stade organiser un appel d'offres public. Compte tenu de l'urgence, les délais pouvaient être raccourcis (art. 30 al. 4 RMP), mais les circonstances impliquaient impérativement que l'autorité adjudicatrice organise une visite des lieux. Or, cette mesure pouvait être difficilement organisée en moins de dix semaines. Début mars 2009, les plannings établis par le consortium les 18 février et 3 mars 2009 démontraient que même en démarrant immédiatement les travaux, le délai de remise de l'ouvrage était compromis. L'urgence était donc telle que le département n'était pas en mesure d'y faire face s'il procédait à un appel d'offres public. Il était donc légitimé à opter pour une procédure de gré à gré en application de l'art. 15 al. 3 let. d RMP.

Les griefs soulevés par le consortium concernant le déroulement de la procédure, notamment la violation des art. 24, 27 et 43 RMP, n'étaient pas pertinents dans la mesure où ces dispositions ne régissaient pas la procédure de gré à gré.

Le consortium évoquait les principes de transparence et d'égalité de traitement. Ce faisant, il oubliait le principe de l'économie des deniers publics (art. 1 al. 3 let d AIMP). Si l'on suivait son argumentation, le marché devrait lui être adjugé à un prix 81 % plus élevé que l'estimatif des ingénieurs, 65 % plus élevé que l'offre d'Implenia et 86 % plus élevé que celle de Marti. A l'inverse, on

devrait plutôt s'attendre à ce que l'offre du consortium soit la moins disante puisqu'il était déjà actif sur le chantier. En fait, les prix pratiqués étaient incompréhensibles. L'offre ne pouvait donc être retenue, sauf à violer le principe de l'utilisation parcimonieuse des deniers publics.

Le département avait effectivement discuté les prix du consortium. Dans la procédure de gré à gré, de telles négociations étaient autorisées. En revanche, les offres comparatives n'avaient, elles, pas été négociées et le montant de l'offre du consortium ne leur avait pas été communiqué. Les négociations n'avaient donc pas faussé la concurrence.

Le consortium se plaignait de ne pas avoir été informé à temps de la demande d'offres comparatives. Il avouait par là-même que ces prix auraient été calculés différemment s'il avait su qu'il était en concurrence avec d'autres entreprises de la place. Il avait manifestement profité du fait que le maître de l'ouvrage avait l'intention de lui adjuger le marché de gré à gré pour majorer ses prix, ce qui dénotait une parfaite mauvaise foi.

Dans la procédure de gré à gré, la décision d'adjudication ne revêtait pas une forme particulière et pouvait intervenir par actes concluants. Pour les marchés soumis aux traités internationaux, l'art. 52 al. 3 RMP imposait néanmoins la publication d'un avis dans les septante-deux jours qui suivaient la décision. En l'espèce, la décision étant contestée, cet avis n'avait toujours pas été publié.

Le département a insisté sur le fait qu'il avait malencontreusement utilisé la lettre-type existant pour la procédure sur invitation. Il était manifeste que les termes « procédure sur invitation soumise aux accords internationaux » n'avaient pas de sens car les accords internationaux ne connaissent pas une telle procédure.

S'agissant des conclusions du consortium, il relevait qu'à l'issue d'une nouvelle procédure d'adjudication, la décision serait vraisemblablement identique à celle du 21 avril 2009. En tous les cas, il était peu probable que le consortium obtienne le marché, compte tenu des prix qu'il offrait pour ses travaux. Le Tribunal administratif ne pouvait donc pas donner suite aux conclusions du recourant.

Le département a persisté dans ses conclusions initiales.

27) Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1) a. Le Tribunal administratif est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 56A loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05). Il examine d'office et librement sa compétence (ATA/124/2005 du 8 mars 2005).

b. Jusqu'au 31 décembre 2008, le recours en matière de marchés publics n'était recevable que dans la mesure où une disposition légale, réglementaire ou statutaire spéciale le prévoyait (art. 56B al. 4 let c LOJ). Cette disposition a cependant été abrogée depuis le 1^{er} janvier 2009 par la novelle du 18 septembre 2008.

L'AIMP, entré en vigueur pour Genève le 9 décembre 1997, s'applique notamment à la passation des marchés publics en matière de constructions dont la valeur-seuil totale estimée s'élève à CHF 9'575'000.- HT pour les ouvrages (art. 7 AIMP ; annexe 1), le département, soit l'Etat de Genève étant une autorité adjudicatrice au sens de l'art. 8 AIMP.

Les modifications du 30 novembre 2006, apportées à la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (LAIMP - L 6 05.0), portant sur l'adhésion à l'AIMP dans sa version du 15 mars 2001 sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2008, de même que le règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6.05.01) abrogeant le règlement sur la passation des marchés publics en matière de constructions du 19 novembre 1997 (ATA/622/2008 du 11 décembre 2008). La valeur-seuil précitée a été maintenue. En l'espèce, il n'est pas contesté que la valeur estimée totale de l'ouvrage est supérieure, si l'on considère la construction dans son ensemble.

c. Enfin, le recours contre les décisions d'adjudication doit être interjeté auprès du Tribunal administratif dans les dix jours dès la notification de celles-ci (art. 15 al. 2 AIMP ; art. 56 al. 1 RMP ; art. 63 al. 1 let b LPA). Posté le 1^{er} mai 2009 contre une décision du 21 avril 2009, réceptionné par le consortium le 22 avril 2009, le recours a été déposé en temps utile

De ce point de vue, le recours est donc recevable.

2) Le consortium, en tant que destinataire de la décision querellée, a qualité pour recourir.

De plus, en matière de marchés publics, les membres d'un consortium sont touchés non pas individuellement par une décision de non-adjudication, mais uniquement en leur qualité d'associés. Aussi bien le droit de recourir contre une

telle décision afin d'obtenir le marché, ne leur appartient qu'en commun et doit être exercé conjointement, à l'instar de Consorts nécessaires dans un procès civil (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.157/2003 du 17 décembre 2004, consid. 5.4 ; ATA/659/2006 du 12 décembre 2006).

En l'espèce, les membres du consortium exercent conjointement leur droit de recours de sorte que le recours est également recevable de ce point de vue là.

- 3) a. L'AIMP poursuit notamment quatre objectifs énoncés en son art. 1 al. 2, à savoir :
- assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires ;
 - garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et assurer l'impartialité de l'adjudication ;
 - assurer la transparence des procédures de passation des marchés ;
 - permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics.
- b. Selon la jurisprudence constante du Tribunal administratif, le droit du marché public est formaliste (ATA/10/2009 du 13 janvier 2009 et les réf. citées).

C'est à l'aune de ces principes, qu'il convient d'examiner la légalité de la procédure adoptée en l'espèce par le département.

- 4) Le choix de la procédure est discuté par le consortium lequel déclare que jusqu'à la décision du 21 avril 2009, il ignorait quel type de procédure avait été engagé par le département. Entendu en audience de comparution personnelle, le consortium a confirmé que c'était à l'occasion de la séance du 18 mars 2009 que le département lui avait dit que d'autres entreprises de la place étaient consultées. Lors d'un entretien téléphonique du 9 avril 2009, il avait su qu'il n'était pas adjudicataire, et c'était finalement par la décision querellée qu'il avait appris l'existence d'une procédure sur invitation, soumise aux accords internationaux et à l'AIMP révisé du 15 mars 2001.

Le consortium a immédiatement réagi en déposant un recours devant le Tribunal administratif, s'élevant notamment sur le choix de la procédure utilisée par le département. Vu la valeur du marché, seule la procédure ouverte ou sélective était envisageable.

Dans sa réponse au recours, l'autorité intimée se réclame d'une erreur de plume, dès lors qu'il s'agissait d'une procédure de gré à gré.

Dans une matière aussi formaliste que celle des marchés publics, un tel argument est spécieux et ne saurait être admis sans autres.

Aux termes de l'art. 12A al. a AIMP et 11 RMP, la procédure sur invitation n'existe pas pour les marchés publics supérieurs aux seuils internationaux.

Rappelons que cette procédure se déroule en deux étapes, similaires à la procédure sélective, sauf qu'il n'y a pas d'appel public à participer. Le pouvoir adjudicateur s'adresse directement aux entreprises de son choix et les invite à déposer une offre.

En l'espèce, c'est exactement ce qui s'est passé : le département a contacté directement deux entreprises de la place les invitant à déposer leurs offres.

Dans la mesure où le marché public litigieux ne pouvait pas être l'objet d'une telle procédure, toute décision qui aurait été prise sur cette base est radicalement nulle.

Or, au moment du dépôt du recours, le consortium n'avait aucune information au sujet de la procédure suivie par le département, malgré ses demandes dans ce sens formulées à la direction des travaux à plusieurs occasions, notamment le 24 mars 2009. En entretenant sciemment le flou sur la question de la procédure choisie, le département a violé l'un des préceptes essentiels du droit des marchés publics qui veut qu'en application du principe de la légalité, le pouvoir adjudicateur est lié par le *numerus clausus* des procédures de passation instauré par l'art. 13 let. b et ses dispositions d'exécution de l'ordonnance des marchés publics du 11 décembre 1995 (OMP - RS 172.056.11). Il ne peut pas, selon son bon plaisir, mélanger des éléments de différentes procédures ou introduire une nouvelle procédure non prévue par la loi. Il est essentiel que soit toujours clairement reconnaissable quelle procédure de passation est applicable au cas d'espèce (CRM 2004-017 du 8 septembre 2005 in BR 4/05 p. 168).

Il résulte de ce qui précède que le recours du 1^{er} mai 2009 est à cet égard fondé.

5) L'autorité intimée fait valoir que les impératifs découlant du calendrier de mise en œuvre du TCMC l'empêchait d'utiliser une autre voie que celle présentée comme une procédure de gré à gré pour cause d'urgence.

a. Dans une telle procédure, l'adjudicateur prend contact directement avec un contractant et lui adjuge le marché, à l'exclusion de tous ses éventuels concurrents. Si la valeur-seuil est atteinte, la procédure de gré à gré ne peut se pratiquer que dans certaines circonstances très limitées et il convient à cet égard de se référer au texte de l'art. XV de l'accord sur les marchés publics du 15 avril 1994, entré en vigueur en Suisse le 1er janvier 1996 (AMP - RS 0.632.231.422). Il faut ensuite vérifier que le droit suisse n'a pas introduit une restriction ponctuelle qui irait au-delà de l'accord OMC.

Selon la doctrine, l'expérience enseigne que les adjudicateurs comme les entreprises soumissionnaires ont une tendance naturelle à considérer que dans leur situation concrète, il existe bel et bien un cas de gré à gré, en particulier l'urgence. A l'instar de la jurisprudence européenne et étrangère, les tribunaux suisses interprètent cette clause de manière très restrictive. Ainsi, l'adjudicateur doit établir un rapport justificatif pour avoir choisi la procédure de gré à gré et il doit publier sa décision. Cette publication ouvre la voie du recours à toute entreprise intéressée, à savoir toutes celles qui rendent vraisemblable qu'elles auraient pu déposer une offre si la procédure avait été ouverte ou sélective (H. STÖCKLI et J.-B. ZUFFEREY, Le droit des marchés publics dans le secteur de la construction in La vie économique, revue de politique économique 10-2002, p. 10 et ss).

b. L'art. XV AMP consacré à l'appel d'offres limité prévoit la possibilité de procéder à une telle procédure notamment lorsque les conditions du chiffre 1 let. c sont remplies, à savoir « pour autant que cela soit strictement nécessaire lorsque, pour des raisons d'extrême urgence dues à des événements qui ne pouvaient être prévus par l'entité, les procédures ouvertes ou sélectives ne permettraient pas d'obtenir les produits ou services en temps voulu ».

La législation fédérale sur les marchés publics reprend cette notion d'évènements imprévisibles et d'urgence (art. 13 al. 2 let. d OMP).

En droit cantonal, on retrouve les mêmes principes.

L'art. 12 al. 1 let. c AIMP définit la procédure de gré à gré en ces termes : « l'adjudicataire adjuge le marché directement à un soumissionnaire, sans procéder à un appel d'offres ».

Le choix de la procédure fait l'objet de l'art. 12A AIMP. Ainsi, « les marchés soumis aux traités internationaux peuvent, au choix, être passés selon la procédure ouverte ou la procédure sélective. Dans des cas particuliers déterminés par les traités eux-mêmes, ils peuvent être passés selon la procédure de gré à gré.

Les marchés publics non soumis aux traités internationaux peuvent en outre être passés selon la procédure sur invitation ou la procédure de gré à gré selon l'annexe 2.

Les cantons ont la faculté d'abaisser les valeurs-seuils non soumis aux traités internationaux, mais ne peuvent pas invoquer la clause de réciprocité ».

Enfin, l'art 15 RMP énumère les cas dans lesquels l'autorité adjudicatrice peut recourir à la procédure de gré à gré :

« a) dans le cadre d'un appel d'offres, aucune offre n'est présentée ou aucun soumissionnaire ne remplit les conditions de participation et/ou les critères d'aptitude ;

- b) les offres ont été concertées ou ne satisfont pas aux exigences essentielles de l'appel d'offres ;
 - c) un seul prestataire entre en considération en raison des particularités techniques ou artistiques du marché ou pour des motifs relevant du droit de la propriété intellectuelle ;
 - d) en raison d'événements imprévisibles, l'urgence du marché est telle qu'il est impossible de suivre une autre procédure ;
 - e) en raison d'événements imprévisibles, des prestations supplémentaires sont nécessaires pour exécuter ou compléter un marché adjugé sous le régime de la libre concurrence et elles ne peuvent être séparées du marché initial sans causer des difficultés importantes à l'autorité adjudicatrice pour des raisons techniques ou économiques. La valeur des prestations supplémentaires ne doit pas dépasser la moitié de la valeur du marché initial ;
 - f) les prestations destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des prestations déjà fournies doivent être acquises auprès de l'adjudicataire initial, étant donné que la compatibilité avec du matériel ou des services existants ne peut être garantie que de cette façon ;
 - g) l'autorité adjudicatrice achète des biens nouveaux (prototypes) ou des services d'un nouveau genre qui ont été produits ou mis au point à sa demande dans le cadre d'un marché de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original ;
 - h) l'autorité adjudicatrice adjuge un nouveau marché lié à un marché de base similaire, à condition que les documents d'appel d'offres relatifs au projet de base prévoient la possibilité de recourir par la suite à la procédure de gré à gré pour de tels marchés ;
 - i) l'autorité adjudicatrice achète des biens sur un marché de produits de base ;
 - j) l'autorité adjudicatrice peut acheter des biens à un prix nettement inférieur aux prix usuels, à la faveur d'une offre publique avantageuse limitée dans le temps, notamment dans le cas de liquidations ;
 - k) le marché est adjugé au lauréat d'un concours ou d'un mandat d'études parallèle, à condition que la procédure suivie respecte les dispositions du présent règlement et que les documents de procédure l'indiquent expressément ».
- c. Dans l'un des rares arrêt relatif à ce type de procédure, le Tribunal administratif vaudois a retenu que la législation fédérale, respectivement cantonale, devait être interprétée en conformité à l'art. XV AMP. Ainsi, dans la

mesure où une règle cantonale met en œuvre la disposition de l'AMP, il est exclu de l'interpréter en ce sens qu'elle assouplirait les conditions d'application de l'AMP. Dans le cas de l'arrêt vaudois, il s'agissait précisément des conditions d'application de la clause d'urgence de l'art. XV AMP (Arrêt du Tribunal administratif vaudois du 24 janvier 2001 in RDAF 2002 I p. 142 et ss, consid. 4b.).

Et le Tribunal administratif vaudois de poursuivre en s'inspirant de la jurisprudence des autorités européennes - démarche saluée par Denis Esseiva dans une note relative à cet arrêt publiée in BR 4/2001 p. 160 - que pour admettre la clause d'urgence, trois conditions au moins doivent être réunies, à savoir : la survenance d'un événement imprévisible, la réalisation de la prestation du marché doit revêtir une urgence impérieuse et il doit y avoir un lien de causalité entre cet événement imprévisible et l'urgence.

c.a. Dans le cas d'espèce, le département évoque la découverte d'un bloc de molasse important qui n'avait jamais été relevé par les sondages de reconnaissance géotechnique réalisés dans le cadre du projet initial. Cet élément peut effectivement être assimilé à la survenance d'un événement imprévisible.

c.b. En l'occurrence, les travaux nécessités par la présence du dôme de molasse devaient s'inscrire dans le planning du chantier du TCMC et à ce titre, revêtir un caractère d'urgence, à défaut d'impérieuse, à tout le moins de manifeste. Cela étant, si la mise en circulation du TCMC est certes d'un intérêt public évident, celui-ci, contrairement à ce qu'allègue le département, ne relève pas de l'ordre public. La deuxième condition nécessaire pour admettre la clause d'urgence est donc réalisée.

c.c. L'urgence doit être telle que l'autorité adjudicatrice ne serait pas en mesure d'y faire face si elle procédait par le biais d'un appel d'offres public.

En l'espèce, il résulte de la chronologie des événements que le bloc de molasse a été découvert à la fin de l'année 2008, que le département a très rapidement adopté la solution de soutènement au moyen d'une paroi berlinoise étayée et en a confié les premiers travaux (pose de pieux forés) au consortium. Un planning très précis de remise du descriptif, puis de remise du planning d'exécution des travaux et de listes de prix a été établi le 16 décembre 2008, actualisé le 20 janvier 2009 et pratiquement respecté par les parties. Le département a remis le descriptif avec trois jours de retard sur le planning (12 janvier en lieu et place du 9 janvier) et le consortium a déposé une première offre le 10 février, suivie d'un planning de l'exécution des travaux le 18 février. Après discussion avec la direction des travaux, le consortium a établi une nouvelle offre du 4 mars 2009, soit deux jours ouvrables après le délai fixé par le département.

A ce stade, la découverte du bloc de molasse remontait à plus de quatre mois et depuis le début de l'année 2009 à tout le moins, le département poursuivait les discussions avec le consortium dans le but évident - et avoué dans le cadre de la présente procédure - de lui octroyer le marché des travaux du « secteur molasse ». En ayant pris connaissance de l'offre du 4 mars 2009 du consortium, le département a estimé que les prix étaient trop élevés, voire surfaits. Il a alors pris la décision de procéder à une adjudication des travaux sur la base d'une procédure de gré à gré. Cette décision n'est en soit pas contestable. Ce qui l'est en revanche, c'est le motif de l'urgence invoqué. En effet, celle-ci résulte non pas de la découverte du bloc de molasse en tant que telle, mais bien plutôt de la planification choisie par le département, lequel pendant plus de trois mois a poursuivi des discussions avec le consortium pour finalement avoir recours à la procédure de gré à gré, de surcroît sans en informer son contractant. Le 4 mars 2009, le département a demandé au consortium de stopper les travaux dans le « secteur molasse » mais il ne lui a nullement dit qu'il envisageait de recourir à une procédure de marchés publics. Lors de la séance du 18 mars 2009, le département a informé le consortium que deux autres entreprises de la place avait été consultées sans donner aucune précision à ce sujet. Il n'a pas donné suite aux interrogations du consortium énoncées lors de la rencontre du 24 mars 2009 et c'est toujours sans aucune autre précision que, par un entretien téléphonique du 9 avril 2009, il a informé le consortium qu'il n'était pas l'adjudicataire des travaux de molasse. Il a fallu encore près de deux semaines au département pour notifier la décision d'adjudication. A cela s'ajoute que le département n'allègue pas avoir examiné la question de savoir si, avant d'envisager l'adjudication de gré à gré, un appel d'offres avec des délais réduits était possible. Or, l'art. 49 al. 3 RMP lui donnait expressément cette possibilité si tant est, qu'à teneur de cette disposition, le délai de remise des dossiers ainsi que le délai de remise des offres peuvent être réduits pour de justes motifs à dix jours au minimum. Dût-on retenir l'argument du département, à savoir que l'offre du 4 mars 2009 du consortium était à ce point inacceptable qu'elle l'a amené à entamer une procédure de marchés publics, force est tout de même de constater que le 4 mars 2009 le département pouvait recourir à une procédure sélective et/ou ouverte avec un délai de dix jours pour la remise des dossiers de candidature puis un délai de dix jours des offres. Ainsi, l'adjudication pouvait intervenir dans un délai de vingt jours, soit dès le 24 mars, c'est-à-dire encore plus rapidement que ce qui s'est passé en réalité.

A ces considérations s'ajoute le délai anormalement long qui s'est écoulé entre le téléphone du 9 avril 2009 au cours duquel le consortium a été informé qu'il n'était pas adjudicataire des travaux de molasse et la décision d'adjudication du 21 avril 2009, soit treize jours plus tard. Cet élément à lui seul s'inscrit en faux contre l'urgence plaidée par le département.

Il sied de rappeler que dans ses instructions, l'office fédéral des constructions et de la logistique (ci-après : OFCL) rappelle que les motifs justifiant l'application exceptionnelle de la procédure de gré à gré doivent être interprétés de manière restrictive (<http://www.gimap.admin.ch/praxis/glossar/f/fvg.htm>).

Quant à Denis Esseiva il relève que le recours en adjudication de gré à gré est une atteinte grave aux principes fondamentaux du droit du marché public et qu'il ne sera admissible que si d'autres mesures moins incisives s'avèrent impossibles (cf. note à propos de l'Arrêt du Tribunal administratif vaudois du 24 janvier 2001 déjà citée).

Il résulte de ce qui précède que l'ensemble des conditions à l'application de la clause d'urgence, lesquelles sont cumulatives, ne sont pas réunies et qu'en définitive c'est à tort que le département a appliqué l'art. 15 al. 3 let. d RMP. Le recours doit ainsi être admis dès lors que l'autorité adjudicatrice a procédé à l'adjudication du 21 avril 2009 par une procédure de passation de marchés publics incorrecte.

- 6) Aux termes de l'art. 18 al. 1 AIMP, si le contrat n'est pas encore conclu, l'autorité de recours peut, soit statuer au fond, soit renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur dont elle annule la décision, au besoin avec des instructions impératives.

Dans le cas d'espèce, le contrat n'est pas encore conclu. Il convient donc de renvoyer la cause au pouvoir adjudicataire pour qu'il entreprenne une procédure dans le respect du droit des marchés publics.

- 7) Le recours étant admis, il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs dont serait entachée la décision querellée.

Vu la nature du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge du département des constructions et des technologies de l'information. Une indemnité de procédure de CHF 2'500.- sera allouée au consortium à charge conjointe de l'Etat de Genève et de Marti Genève S.A. (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 1er mai 2009 par le consortium Losinger Construction S.A. et SIF-Groutbor S.A. contre la décision du 21 avril 2009 du département des constructions et des technologies de l'information ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision du 21 avril 2009 ;

retourne le dossier au département des constructions et des technologies de l'information pour nouvelle procédure d'adjudication des travaux du « secteur molasse » de la tranchée couverte de Meyrin du chantier TCMC ;

met à la charge du département des constructions et des technologies de l'information un émolument de CHF 1'500.- ;

alloue au consortium d'entreprise Losinger Construction S.A./Sif-Groutbor S.A. une indemnité de procédure de CHF 2'500.- à charge conjointe et solidaire de l'Etat de Genève et de Marti Genève S.A. ;

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

communique le présent arrêt 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., appelée en cause.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Thélin, Mmes Hurni et Junod, M. Dumartheray,
juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

M. Tonossi

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :