

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1629/2016-MARPU

ATA/453/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 31 mai 2016

dans la cause

**Monsieur Stéphane JEANRENAUD, titulaire de l'entreprise individuelle SJDN,
Stéphane Jeanrenaud**

contre

COMMUNE D'ONEX
représentée par Me Bertrand Reich, avocat

EN FAIT

1. SJDN, Stéphane Jeanrenaud (ci-après : l'entreprise individuelle) est une entreprise individuelle sise à Onex et ayant pour but d'être consultant en média et publicité et formateur d'adultes dans divers secteurs d'activités. Son titulaire est Monsieur Stéphane JEANRENAUD.
2. Par contrat de mandat pour l'exploitation de Canal-Onex signé le 2 décembre 2003, puis par contrat mixte pour l'exploitation de Canalonex signé le 25 août 2015, TéléOnex SA a confié à M. JEANRENAUD, titulaire de l'entreprise individuelle, l'élaboration des grilles de programmes et la réalisation d'émissions qu'elle diffusait sur le réseau Canalonex. Le second contrat était conclu jusqu'au 31 décembre 2016 car la structure dans laquelle s'inscrivait Canalonex était en révision ; le contrat ne pourrait pas être renouvelé sans faire l'objet d'un appel d'offres ouvert (art. 8).
3. En date du 8 mars 2016, la commune d'Onex (ci-après : la commune) a publié un appel d'offres en procédure ouverte portant sur la production d'émissions de télévision relatant la vie onésienne et leur diffusion. Les offres devaient parvenir au plus tard le 29 avril 2016 à 11h00 auprès de MMD Consulting, Myriam Matthey-Doret (à Carouge), organisateur de la procédure. S'agissant des aptitudes et des compétences requises, le candidat devait être un spécialiste de la production d'émissions de télévision et au bénéfice de moyens, canaux et autorisation de diffusion au moins à l'échelle de la commune d'Onex, voire idéalement du canton de Genève.

À teneur du dossier d'appel d'offres (ci-après : document K2), p. 1, parmi les annexes liées aux éléments d'appréciation de l'offre figurait l'annexe P2 (fiche genevoise de demande des attestations).

Selon le ch. 3.3 du document K2, concernant la « recevabilité de l'offre », l'adjudicateur ne prendrait en considération que les offres qui respectaient les conditions de participation, à savoir les offres qui, notamment, étaient accompagnées des attestations, preuves et documents demandés par l'adjudicateur, d'une durée de validité d'au maximum trois mois ; en cas de doute sur la recevabilité d'une offre, l'adjudicateur procéderait à une vérification plus approfondie. À teneur du ch. 2.4, intitulé « contenu de l'offre », du descriptif de prestations et cahier des charges de l'appel d'offres en question, dans l'offre, devait figurer notamment le « dossier d'appel d'offres K2, complété, daté et signé », ainsi que « les attestations et autres documents énoncés dans le dossier d'appel d'offres K2 (attention : daté de moins de trois mois) » ; les offres incomplètes et non conformes n'étaient pas prises en considération.

L'annexe P2 contenait les attestations requises que le candidat ou le soumissionnaire avait l'obligation de remettre dans le même délai que le dépôt du dossier de l'offre. Y figuraient, s'agissant de l'intégrité sociale et fiscale du soumissionnaire, notamment une « attestation du paiement de l'impôt à la source pour le personnel étranger », et, concernant le respect des usages professionnels et des conditions de base relatives à la protection du travailleur, « la preuve de la signature d'une Convention collective de travail (ci-après : CCT) ou d'un contrat-type de travail (ci-après : CTT) applicable au lieu d'origine (lieu d'exécution pour le canton de Genève), ceci en rapport avec le marché mis en concurrence (cette preuve peut être remplacée par un engagement à respecter les conditions auprès d'un organisme officiel du lieu d'exécution. À Genève : l'organisme officiel est l'Office cantonal de l'inspection et des relations de travail (ci-après : OCIRT), (...) ».

4. Quatre candidats ont déposé une offre, dont l'entreprise individuelle.
5. Par décision du 6 mai 2016 signée par Mme MATTHEY-DORET, mandataire, et notifiée à l'entreprise individuelle le 10 mai suivant, accompagnée du procès-verbal d'ouverture des offres, la commune a écarté l'offre de celle-ci.

Elle était en effet incomplète, puisqu'il manquait, premièrement, la preuve du respect des usages professionnels et des conditions de base relatives à la protection des travailleurs qui pouvait être fournie par la preuve de la signature d'une CCT ou d'un CTT applicable dans le canton de Genève, lieu d'exécution du marché, soit par un engagement à en respecter les conditions signé auprès de l'OCIRT pour le canton de Genève, deuxièmement, l'attestation de l'impôt à la source pour le personnel étranger qui devait être fournie même si le soumissionnaire n'avait pas de personnel qui était soumis à cet impôt, ce que l'administration fiscale devait attester, troisièmement, l'autorisation de diffusion de programmes.

Ces trois documents, clairement requis par le dossier d'appel d'offres, constituaient des éléments essentiels dudit dossier. Il n'y avait pas de formalisme excessif à écarter l'offre de l'entreprise individuelle.

6. Par acte expédié le 20 mai 2016 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), M. JEANRENAUD, titulaire de l'entreprise individuelle, a formé recours contre cette décision, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif et à l'interdiction à la commune de poursuivre la procédure et de signer tout contrat ou tout autre acte juridique avec l'adjudicataire qui était la seule soumissionnaire encore en lice, jusqu'à droit connu sur le recours, principalement, à l'annulation de ladite décision, au déboutement de la commune de toute autre ou contraire conclusion et à la condamnation de celle-ci en tous les frais de la procédure ainsi qu'à une indemnité équitable à titre de « dépendis » en sa faveur.

7. Par lettre du 23 mai 2016, le juge délégué de la chambre administrative a informé M. JEANRENAUD et la commune que la cause était gardée à juger.

Dans l'intervalle et jusqu'à droit jugé sur la requête d'effet suspensif et/ou mesures provisionnelles, il était fait interdiction à la commune d'adjuger le marché litigieux et de conclure un contrat à ce titre.

8. Par courrier du 25 mai 2016 signé par son avocat, la commune a, pour la bonne forme, invité la chambre administrative à rejeter sans autre la demande d'effet suspensif et indiqué qu'elle se déterminerait ultérieurement volontiers en temps utile et, s'il y avait lieu, sur le fond.
9. Pour le reste, les arguments des parties seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

1. Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est recevable (art. 15 al. 1bis let. d et al. 2 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 3 al. 1 de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 - L-AIMP - L 6 05.0 ; art. 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01 ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05).
2. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (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).
3. Aux termes de l'art. 32 al. 1 RMP, ne sont prises en considération que les offres accompagnées, pour le soumissionnaire et ses sous-traitants, des documents suivants :

« a) attestations justifiant que la couverture du personnel en matière d'assurances sociales est assurée conformément à la législation en vigueur au siège du soumissionnaire et que ce dernier est à jour avec le paiement de ses cotisations ; b) attestation certifiant pour le personnel appelé à travailler sur territoire genevois : 1° soit que le soumissionnaire est lié par la convention collective de travail de sa branche, applicable à Genève, 2° soit qu'il a signé, auprès de l'office cantonal, un engagement à respecter les usages de sa profession en vigueur à Genève, notamment en ce qui concerne la couverture du personnel en matière de retraite, de perte de gain en cas de maladie, d'assurance-accident et d'allocations familiales ; c) attestation de l'autorité fiscale compétente justifiant que le soumissionnaire s'est acquitté de ses obligations en matière d'impôt à la source retenu sur les salaires de son personnel ou qu'il n'a pas de personnel soumis à cet impôt ; d) déclaration du soumissionnaire s'engageant à respecter le principe de l'égalité entre femmes et hommes ».

L'al. 3 de cette disposition légale précise que, pour être valables, les attestations visées à l'al. 1 ne doivent pas être antérieures de plus de trois mois à la date fixée pour leur production, sauf dans les cas où elles ont, par leur contenu, une durée de validité supérieure.

À teneur de l'al. 5, si le soumissionnaire n'emploie pas de personnel, il doit prouver son statut d'indépendant ; dans ce cas, il est délivré de l'obligation de fournir les attestations concernant le personnel.

En vertu de l'art. 42 RMP, l'offre est écartée d'office lorsque le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non-conforme aux exigences ou au cahier des charges (al. 1 let. a) ; les offres écartées ne sont pas évaluées ; l'autorité adjudicatrice rend une décision d'exclusion motivée, notifiée par courrier à l'intéressé, avec mention des voies de recours (al. 3).

4. Le droit des marchés publics est formaliste, comme la chambre de céans l'a déjà rappelé à plusieurs reprises et c'est dans le respect de ce formalisme que l'autorité adjudicatrice doit procéder à l'examen de la recevabilité des offres et à leur évaluation (ATA/420/2016 du 24 mai 2016 consid. 5c ; ATA/1216/2015 du 10 novembre 2015 consid. 5b ; ATA/129/2014 du 4 mars 2014 consid. 3 ; ATA/535/2011 du 30 août 2011 consid. 5).

L'interdiction du formalisme excessif, tirée de la garantie à un traitement équitable des administrés énoncée à l'art. 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), interdit d'exclure une offre présentant une informalité de peu de gravité. C'est dans ce sens que des erreurs de calcul et d'écriture peuvent être rectifiées (art. 39 al. 2 RMP) et que des explications peuvent être demandées aux soumissionnaires relatives à leurs aptitudes et à leurs offres (art. 40 et 41 RMP). Le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre

soumissionnaires impliquent de ne procéder à ce type de questionnement que de manière restrictive, et seulement lorsque l'offre est, au demeurant, conforme aux conditions de l'appel d'offres (Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, *in* Droit des marchés publics, 2002, p. 110 ; Olivier RODONDI, La gestion de la procédure de soumission [ci-après : La gestion de la procédure de soumission], *in* Droit des marchés publics 2008, p. 186 n. 63).

Les principes précités valent également pour la phase d'examen de la recevabilité des soumissions (Olivier RODONDI, *op. cit.*, p. 186 n. 65). Lors de celle-ci, l'autorité adjudicatrice doit examiner si les offres présentées remplissent les conditions formelles pour participer à la procédure d'évaluation proprement dite et il est exclu d'autoriser un soumissionnaire à modifier la présentation de son offre, à y apporter des compléments ou à transmettre de nouveaux documents. En outre, en matière d'attestation, l'autorité adjudicatrice peut attendre d'un soumissionnaire qu'il présente les documents requis, rédigés d'une manière qui permette de déterminer, sans recherche complémentaire, interprétation ou extrapolation, si celui-ci remplit les conditions d'aptitude ou d'offre conformes à ce qui est exigé dans le cahier des charges (ATA/1216/2015 précité consid. 5c ; ATA/291/2014 du 29 avril 2014 consid. 5, confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 2C_418/2014 du 20 août 2014 ; ATA/102/2010 du 16 février 2010, confirmé par arrêts du Tribunal fédéral 2C_197/2010 et 2C_198/2010 du 30 avril 2010). Dans l'hypothèse où des documents sont manquants à réception de l'offre, il convient d'en considérer l'importance eu égard au dossier dans son ensemble (ATA/1216/2015 précité consid. 5c ; ATA/79/2008 du 19 février 2008 consid. 4 ; ATA/250/2006 du 9 mai 2006 consid. 4 ; Denis ESSEIVA, DC 2/2002 p. 77-78).

La chambre de céans s'est toujours montrée stricte dans ce domaine (ATA/420/2016 précité consid. 5c ; ATA/291/2014 précité consid. 5 ; ATA/535/2011 précité consid. 6 ; ATA/150/2006 du 14 mars 2006, notamment), ce que le Tribunal fédéral a constaté mais confirmé (arrêts du Tribunal fédéral 2C_418/2014, 2C_197/2010 et 2C_198/2010 précités), la doctrine étant plus critique à cet égard (Olivier RODONDI, *op. cit.*, p. 186 n. 64, et p. 187 n. 66).

5. En l'espèce, concernant l'exigence de la preuve du respect des usages professionnels et des conditions de base relatives à la protection des travailleurs ainsi que l'attestation du paiement de l'impôt à la source pour le personnel étranger, c'est en vain que le recourant prétend que ces exigences de production de documents n'auraient pas été explicitées de façon compréhensible par l'intimée, ni ne ressortiraient du dossier d'appel d'offres ou du descriptif de prestations et cahier des charges. En effet, ces deux documents sont expressément requis à l'annexe P2, laquelle est mentionnée en p. 1 du document K2 ; le ch. 3.3 de ce document exprime clairement que la commune ne prendrait pas en considération des offres qui ne seraient pas accompagnées de ces documents

d'une durée de validité d'au maximum trois mois, et cette condition est au surplus rappelée au pt 2.4 du descriptif de prestations et cahier des charges.

Ces attestations manquantes sont au surplus expressément exigées par la législation applicable aux marchés publics dans le canton de Genève, à savoir par l'art. 32 al. 1 let. b et c RMP, avec la précision que les offres non accompagnées de ces documents ne sont pas prises en considération. Du reste, dans son arrêt du 20 août 2014, le Tribunal fédéral a relevé que l'attestation relative à l'imposition à la source était une condition de participation essentielle au marché public en cause (arrêt du Tribunal fédéral 2C_418/2014 précité consid. 4.2).

Vu les principes rappelés plus haut relatifs au caractère formaliste du droit des marchés publics, l'allégation de l'intéressé selon laquelle il travaillait avec deux employés-clé et respectait bien évidemment les usages professionnels et les conditions de base relatives à leur protection, comme cela était d'ailleurs connu de la commune depuis treize ans, est sans aucune pertinence. Il en va de même de l'allégation selon laquelle il n'aurait pas de personnel étranger.

Enfin, contrairement à ce que soutient le recourant, la commune ne pouvait pas attirer son attention sur le fait que ces deux attestations manquaient. Dans le cas présent, le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires excluaient un tel procédé. À cet égard, l'art. 40 RMP ne pouvait pas s'appliquer dans la mesure où l'offre n'était pas accompagnée des attestations requises (dans ce sens, arrêt du Tribunal fédéral 2C_418/2014 précité consid. 4.2).

Dans ces conditions, l'intimée ne pouvait qu'écarter, comme elle l'a fait, l'offre du recourant.

Il n'est donc pas nécessaire d'examiner les griefs afférents à la question de l'autorisation de diffusion des programmes.

6. Vu ce qui précède, le recours, manifestement mal fondé, sera rejeté sans instruction préalable, en application de l'art. 72 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

Le présent arrêt au fond rend sans objet la requête de restitution de l'effet suspensif et met évidemment fin à l'interdiction d'adjuger le marché litigieux et de conclure un contrat à ce titre contenue dans la lettre de la chambre de céans du 23 mai 2016.

7. Vu l'issue du litige et compte tenu de l'absence de décision sur effet suspensif, un émoulement de CHF 1'000.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 20 mai 2016 par Monsieur Stéphane JEANRENAUD, titulaire de l'entreprise individuelle SJDN, Stéphane Jeanrenaud contre la décision de la commune d'Onex du 6 mai 2016 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Monsieur Stéphane JEANRENAUD, titulaire de l'entreprise individuelle SJDN, Stéphane Jeanrenaud, un émolument de CHF 1'000.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 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 :

si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics ;

s'il soulève une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF ;

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 ;

communiquera le présent arrêt à Monsieur Stéphane JEANRENAUD, titulaire de l'entreprise individuelle SJDN, Stéphane Jeanrenaud, à Me Bertrand Reich, avocat de la commune d'Onex, ainsi qu'à la commission de la concurrence COMCO.

Siégeants : M. Thélin, président, MM. Dumartheray et Verniory, Mme Payot Zen-Ruffinen, M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :