RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1841/2021-MARPU **ATA/657/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 24 juin 2021

sur effet suspensif

dans la cause

A_____ SA
représentée par Mes Guillaume Francioli et David Bensimon, avocats

contre

OFFICE CANTONAL DES BÂTIMENTS

Attendu, en fait, que :

1) Le 23 mars 2021, l'office cantonal des bâtiments du canton de Genève (ci-après : OCBA) a adjugé à A_____ SA (ci-après : A_____) le lot 1_____ portant sur les travaux de béton armé et de maçonnerie dans le cadre de la rénovation et de la surélévation du collège B_____, pour un montant de CHF 3'548'029.85 toutes taxes comprises (ci-après : TTC).

Son offre avait été retenue car elle avait présenté l'offre économiquement la plus avantageuse par rapport aux critères d'adjudication énoncés dans l'appel d'offres.

En vue d'établir le contrat et de régler les détails d'adjudication, elle était invitée à faire parvenir au mandataire les attestations de paiement des cotisations sociales et des primes d'assurance responsabilité civile 2021 pour elle et ses sous-traitants.

Était arrivé en deuxième position un consortium formé des entreprises C_____ SA et D_____ SA (ci-après : le consortium), avec une offre de CHF 4'229'829.45 TTC.

2) Le 3 mars 2021, A_____, faisant suite à une demande de clarification sur les moyens de levage reçue le 1er mars 2021, confirmait à l'OCBA qu'elle installerait une grue qui répondrait au cahier des charges, transmettait les plans d'installation pour les phases n° 1 et n° 2 ainsi que la fiche technique de la grue Liebherr 280 ECH12 litronic et confirmait qu'elle maintiendrait ses prix unitaires relatifs aux moyens de levage tels que prévus dans son offre.

3) Par courriel du 9 avril 2021, A_____ a indiqué au mandataire de l'OCBA que dans le cadre de la mise au point des installations de chantier et de sa demande de supprimer la dépose des dallettes, elle proposait de ramener le montant adjugé brut à CHF 3'467'915.95 hors-taxes (ci-après : HT). Elle proposait également d'installer une grue unique en position centrale, avec pour effet de ramener le montant total à CHF 3'446'874.95 HT.

4) Par courriel du 12 avril 2021, le mandataire de l'OCBA a indiqué qu'il envisageait de faire réaliser par une autre entreprise la dépose des dallettes et d'accepter la proposition de grue centrale à la condition que celle-ci n'engendre aucune plus-value autre que celles liées au travail le samedi, sinon le maître de l'ouvrage exigerait de revenir à la solution de base de deux grues inclue dans l'offre de base.

5) Par courriel du 13 avril 2021, A_____ a rappelé qu'avec son courriel du 3 février 2021, elle avait confirmé l'ensemble de ses prix unitaires ainsi que le montant total de son offre.

La volonté de supprimer une prestation sur laquelle elle comptait ne lui permettait plus de réaliser le chantier dans les conditions qu'elle avait envisagées.

Concernant la grue, la position G1 puis la position G2 nécessitaient des plus-values, non décrites en soumission, pour les fonctions et les montages et démontages le samedi. Afin de limiter cet impact, elle avait proposé, dans un souci d'optimisation, de monter la grue en position centrale.

Elle confirmait donc sa proposition de monter la grue en position centrale avec une moins-value sur le montant adjugé de CHF 21'041.- brut HT, y compris la suppression du poste 222.001, soit un montant contractuel de CHF 3'446'875.95 brut HT.

Si l'OCBA souhaitait maintenir la position de la grue en G1 pour déplacement en G2, elle devrait lui proposer une plus-value sur le montant adjugé de CHF 25'440.- brut HT, portant le montant contractuel à CHF 3'493'355.95 brut HT.

Si l'OCBA lui laissait la pose des dallettes, elle devrait rajouter CHF 20'000.- sur ces montants.

« Malheureusement suivant toutes autres conditions, [elle ne pourrait] réaliser le chantier dans les conditions envisagées et [elle serait contrainte] de décliner la réalisation de ce chantier, et [lui facturerait] uniquement les prestations déjà effectuées ».

Enfin, suivant la séance du 9 avril 2021, elle avait prévu de venir installer des clôtures de chantier dès le 16 avril 2021, de sorte qu'elle attendait son accord au plus tard le 14 avril 2021 pour maintenir cette intervention.

6) Par courrier du 15 avril 2021, A_____ a indiqué à l'OCBA avoir pris bonne note de sa correspondance du 13 avril 2021 et souhaiter supprimer du contrat la dépose des dallettes.

Suite aux séances de démarrage des travaux et concernant l'installation du chantier, elle confirmait que des travaux complémentaires étaient nécessaires. Ces surcoûts étaient inhérents aux travaux de samedi, aux doléances des exploitants du site, à la gestion du voisinage, aux travaux non décrits ou non quantifiés dans l'appel d'offres et à la modification du planning et transmis dans celui-ci.

Deux devis étaient joints, proposant des travaux complémentaires de montage des grues en G1 et G2 pour un montant de CHF 199'020.-, respectivement des travaux complémentaires de montage d'une grue en position centrale pour un montant de CHF 152'539.-.

Elle attendait la détermination de l'OCBA et demandait que la solution retenue soit intégrée dans le contrat d'entreprise à établir avant le démarrage des travaux.

7) Le 16 avril 2021, l'OCBA a indiqué à A_____ qu'elle maintenait sa décision de lui adjuger les travaux, à l'exclusion de la dépose des dallettes. Elle lui transmettrait un contrat le même jour et lui demandait de le lui retourner signé au 20 avril 2021.

Il était tout à fait interdit après adjudication d'intégrer dans le contrat des plus-values qui auraient dû figurer dans l'offre et avec lesquels le candidat n'aurait peut-être pas été adjudicataire. Elle avait eu la possibilité lors de la soumission et dans le cadre des questions le 3 février 2021 de mentionner que des positions ou des articles de la soumission étaient à son point de vue manquants ou erronés. Or, elle ne l'avait pas fait. En déposant son offre, elle avait confirmé qu'elle était conforme aux exigences du cahier des charges et incluait toutes les prestations justifiées pour l'exécution du marché et son bon déroulement, ce qui comprenait également les mesures à prendre pour respecter les dispositions relatives à la santé et la sécurité.

Son ingénieur avait procédé à l'analyse des demandes de compléments et ses calculs avaient abouti à environ CHF 11'050.-, auxquels il serait éventuellement ajouté un complément pour le travail le samedi – toutes choses à traiter dans le cadre des métrés, des négociations étant en cours avec le département de l'instruction publique, de la jeunesse et des sports (ci-après : DIP) pour réaliser les travaux du samedi durant la semaine.

8) Le 19 avril 2021, A_____ a retourné à l'OCBA le contrat non signé.

Elle ne signerait pas « un contrat dans lequel [était supprimé le poste de la dépose des dallettes], qui faisait partie intégrante de [son] offre ainsi qu'un avenant pour les travaux complémentaires des installations de chantier résultant des séances de démarrage et mise au point [qu'ils] avaient fait, malgré l'absence de contrat ».

9) Le 20 avril 2021, le mandataire de l'OCBA a remis à A_____ le contrat d'entreprise du « Lot 1_____ Travaux de béton armé et de maçonnerie » au montant de CHF 3'548'029.95 TTC ainsi que les conditions générales, la priant de lui retourner ces deux documents signés au plus tard le 22 avril 2021.

10) Le 6 mai 2021, A_____ a informé le mandataire de l'OCBA que suite à la séance relative aux polluants présents sur le bâtiment du 5 mai 2021 et en vertu de l'art. 365 al. 3 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220) et de l'art. 25 al. 1 et 2 de la norme SIA, elle interviendrait dans les zones polluées de catégorie 1 et 2 uniquement après dépollution, pour des raisons de sécurité et de santé de son personnel. Elle avait pris note de la confidentialité des diagnostics amiante souhaitée par le maître de l'ouvrage, mais ceux-ci devaient également être remis à son contremaître sur place avant le début des travaux et elle sollicitait que lui soit remise la dérogation écrite du service de l'air, du bruit et des rayonnements non ionisants (ci-après : SABRA) et celle de la caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accident (ci-après : SUVA).

11) Le 12 mai 2021, l'OCBA a indiqué à A_____ que lors de la séance du 5 mai 2021, elle avait reconnu n'avoir pas pris en compte dans l'établissement de son offre les conditions générales relatives aux polluants du bâtiment et aux interventions sur ceux-ci, documents qu'elle avait néanmoins signés et qui faisaient partie intégrante de son offre.

Dans son courrier du 6 mai 2021, elle interprétait une partie de ses conditions générales concernant les polluants sans tenir compte de l'ensemble du document qui était par ailleurs particulièrement détaillé.

Les locaux de catégorie 1 et 2 correspondaient à des zones dans lesquelles des travaux d'assainissement seraient menés par une entreprise spécialisée en zone confinée complète ou allégée. Au préalable, les interventions qui lui incombaient dans ces locaux consistaient à réaliser des travaux préparatoires de démontage de mobilier et de curage d'installations telle que des faux plafonds, étant précisé que ces travaux ne concernaient que des éléments et des installations non pollués. La SUVA avait confirmé qu'il était d'usage de procéder ainsi.

D'autre part, le paragraphe 4.2.1 décrivait de manière détaillée les interventions coordonnées entre les entreprises traditionnelles, telle que A_____, et les entreprises spécialisées pour les travaux ponctuels de pose ou de dépose d'équipements sur des revêtements pollués (amiante ou PCB) et de dépose des encadrements de fenêtres avec joints d'encadrement contenant des PCB (laquelle intervention coordonnée ne concernait que le façadier). Le protocole pour ces interventions était conforme aux exigences de la SUVA.

L'ensemble des interventions prévues sur le collège B_____ était décrit dans les conditions générales et était conforme aux directives en vigueur et aux règles de l'art et elle devait s'y conformer.

Elle pouvait obtenir un exemplaire papier, moyennant la signature de l'annexe S1, de quatre diagnostics et plans amiante, PCB et HAP. Son mandataire avait procédé à des contrôles et des tests complémentaires ainsi qu'à une compilation de l'ensemble des études existantes, de sorte que tous les types et la localisation des éléments pollués étaient identifiés et répertoriés sur les plans de l'annexe 2 des conditions générales, lesquels faisaient foi.

La SUVA était informée du dossier et aucun procédé d'intervention qui ne réponde strictement aux conditions générales signées ne serait accepté et ce sans aucune plus-value.

Si elle refusait de réaliser les prestations décrites, il ferait appel à une entreprise tierce et les frais induits seraient intégralement déduits de ses demandes d'acomptes et de sa facture finale. Elle serait par ailleurs tenue pour responsable de tout retard engendré.

Un ultime délai au 14 mai 2021 à 17h00 lui était imparti pour retourner le contrat signé.

12) Le 17 mai 2021, l'OCBA a révoqué l'adjudication du 23 mars 2021 à A_____ et adjugé le marché au deuxième candidat, en application de l'art. 48 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

Après de nombreux échanges, il devait constater qu'il ne serait pas possible de conclure avec elle un contrat conforme à l'offre qu'elle avait rendue.

Il se réservait également d'exiger réparation de sa part du dommage causé.

13) Le même jour, l'OCBA a informé le consortium que n'ayant pu contracter avec l'entreprise adjudicataire, il lui adjugeait le marché pour un montant de CHF 4'229'829.45 conformément à l'offre qu'il avait déposée le 30 novembre 2021, l'invitant à remettre les attestations de paiement des cotisations sociales et des primes d'assurance responsabilité civile 2021.

Le concurrent arrivé initialement en troisième position a été avisé le même jour.

14) Par acte déposé au guichet le 28 mai 2021, A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision, concluant à son annulation ainsi qu'à l'annulation de toute décision d'adjudication en faveur d'un autre soumissionnaire et à la confirmation de la décision du 23 mars 2021 lui adjugeant le marché public litigieux. Préalablement, l'effet suspensif devait être accordé au recours et interdiction devait être faite, jusqu'à droit jugé au fond et sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0), à l'OCBA de notifier à tout soumissionnaire la décision de révoquer l'adjudication, de procéder à une nouvelle adjudication et de conclure tout contrat avec tout soumissionnaire. Monsieur Jean-Baptiste BRUN, directeur du gros œuvre, devait être entendu.

Elle s'était vue adjuger le marché le 23 mars 2021. Le 12 mai 2021, elle avait signé le contrat d'entreprise qu'elle avait retourné le 18 mai 2021. Le 19 mai 2021, soit près de deux mois après la décision d'adjudication du marché public litigieux et postérieurement à la signature du contrat d'entreprise, elle avait, contre toute attente, reçu une décision de révocation. Celle-ci n'était d'aucune manière motivée. L'annonce de la décision d'adjuger le marché public au second soumissionnaire alors que la révocation n'était pas encore définitive et exécutoire était par ailleurs prématurée. Elle avait annoncé qu'elle recourait, faisant interdiction à l'OCBA, « jusqu'à droit jugé au fond, sous menace de la peine d'amende prévue à l'art. 292 CP », de notifier la décision litigieuse, de procéder à l'adjudication du marché public et de conclure tout contrat. Elle avait également réservé ses droits vu les dispositions organisationnelles qu'elle avait engagées, pour un total de

646 heures, soit encore CHF 104'553.68. Elle avait notamment présenté le chantier, créé des plans, commandé des travaux exécutés, demandé une autorisation pour un obstacle à la navigation aérienne, installé des clôtures, commandé des armatures, des profilés spéciaux et des tuyaux en béton et mobilisé son personnel.

Son droit d'être entendue avait été violé. Elle n'avait été ni interpellée ni entendue avant le prononcé de la décision. Celle-ci ne contenait aucune motivation de la révocation de l'adjudication.

L'art. 42 RMP, par renvoi de l'art. 48 RMP, permettait certes à l'autorité adjudicatrice de révoquer l'autorisation, pour un motif qu'elle continuait d'ignorer, mais ne la dispensait pas de respecter le principe de proportionnalité, la révocation constituant l'une des sanctions les plus sévères. Or, elle avait engagé des dispositions organisationnelles.

La situation ne souffrait pas d'une urgence particulière et il n'était pas nécessaire que le contrat soit conclu immédiatement. Son intérêt à conclure le contrat l'emportait sur l'intérêt de l'OCBA à en conclure un autre immédiatement.

15) Le 28 mai 2021, la chambre administrative a fait défense à l'OCBA, jusqu'à droit jugé sur la requête en restitution de l'effet suspensif, de conclure un nouveau contrat d'exécution de l'offre et de communiquer à tout tiers la révocation de l'adjudication du 23 mars 2021, cette interdiction s'étendant aux éventuels mandataires, qu'il lui incombait d'informer sans délai.

16) Le 4 juin 2021, l'OCBA a conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif et à ce qu'il soit autorisé à conclure le contrat avec le consortium.

Avant l'adjudication, il s'était assuré que A_____ avait correctement chiffré les articles concernant l'installation de la grue il avait obtenu confirmation que les prix de son offre comportaient bien les prestations décrites dans la soumission.

Or, A_____ avait élevé le 13 avril 2021 des prétentions supplémentaires relatives au montage de la respectivement des grues. Il les avait rejetées et avait exigé le retour du contrat pour le 20 avril 2021. Un nouveau délai au 22 avril 2021 pour retourner le contrat signé n'avait pas été respecté.

Le dossier d'appel d'offres contenait un cahier intitulé « Conditions générales relative aux polluants du bâtiment et aux interventions sur des polluants », établi par un bureau spécialisé, qui identifiait et localisait les éléments pollués présents dans le bâtiment et indiquait aux entreprises comment elles devaient intervenir, notamment comment elles devaient collaborer avec l'entreprise spécialisée mandatée pour l'assainissement.

Son mandataire avait organisé le 5 mai 2021 une séance en présence de A_____, du maître de l'ouvrage et du bureau spécialisé, au cours de laquelle le

représentant de A_____ avait indiqué ne pas avoir pris en compte, dans le calcul de l'offre, les exigences du concept d'intervention sur les polluants.

Le lendemain, A_____ avait écrit qu'elle refusait d'effectuer des travaux avant l'intervention de dépollution, alors que son offre comportait ces travaux, ce qu'il lui avait rappelé le 12 mai 2021, lui fixant un ultime délai au 14 mai 2021 à 17h00 pour lui retourner le contrat signé.

Le 17 mai 2021, le contrat n'étant toujours pas retourné signé, il avait décidé de révoquer l'adjudication et d'adjuger le marché au soumissionnaire placé en deuxième position.

Les travaux à charge du maçon comportaient des travaux préparatoires, tels que les installations de chantier, les moyens de levage et les protections, indispensable au démarrage du chantier prévu le 28 juin 2021. Le planning de ce chantier particulièrement complexe, consistant à rénover et surélever un bâtiment scolaire en activité, était très serré et ne supportait aucun retard.

L'attitude de la recourante durant les pourparlers pour la conclusion du contrat l'avait conduit à conclure que celle-ci ne pouvait aboutir dans des délais permettant le démarrage du chantier de la fin des examens scolaires. Il était donc en droit de révoquer l'adjudication et la recourante connaissait pertinemment les motifs de cette révocation, puisqu'elle n'avait pas respecté les différents délais qui lui avaient été impartis pour retourner son contrat signé et devait s'attendre à des conséquences. Il disposait d'un large pouvoir d'appréciation dans l'application de l'art. 48 RMP. Le motif de la révocation était l'impossibilité de conclure un contrat avec l'adjudicataire aux conditions de son offre et il était clairement indiqué dans la décision. Aucune autre mesure ne pouvait être prise, vu l'écoulement du temps et les enjeux d'un chantier aussi important.

L'intérêt de l'État, mais également du corps enseignant et des élèves, à ce que le chantier se déroule conformément au planning et à ce que les travaux de dépollution soient effectués pendant les vacances scolaires de l'été 2021, de même que toutes les interventions les plus bruyantes, était prépondérant. Si l'effet suspensif était restitué au recours, aucun travail ne pourrait être effectué durant l'été et le chantier serait reporté d'une année, ce qui porterait également préjudice aux autres entreprises adjudicataires qui avaient pris leurs dispositions pour intervenir dès le 28 juin 2021.

17) Le 21 juin 2021, A_____ a répliqué.

Afin d'éviter des plus-values, elle avait proposé une solution économique en montant la grue en position centrale. Lors d'une séance de clarification le 23 avril 2021, elle avait expressément renoncé à réclamer les plus-values dérivant de ses

prestations complémentaires liées aux installations de chantier et avait accepté de les inclure dans le prix forfaitaire du contrat d'entreprise.

Lors de la séance du 5 mai 2021, elle s'était conformée à son obligation d'aviser la direction des travaux concernant l'exécution des travaux de désamiantage préalablement à celle des prestations de démontage et ce conformément à la loi.

Rien ne permettait d'exiger d'elle qu'elle exécute ses prestations de démontage préalablement aux travaux de désamiantage comme l'affirmait à tort l'OCBA.

L'OCBA lui reprochait de n'avoir retourné le contrat signé que le 18 mai 2021, et non dans le délai au 14 mai 2021. Or, des séances de préparation de chantier avaient eu lieu et des fournitures avaient été commandées postérieurement à la décision d'adjudication, de sorte que le contrat d'entreprise avait d'ores et déjà été conclu par actes concluants, dans la mesure où les parties s'étaient au préalable mises d'accord sur les éléments essentiels du contrat, soit la désignation des parties, une détermination suffisante de l'ouvrage et le principe de la rémunération forfaitaire pour la réalisation de celui-ci, la loi n'exigeant demeurant aucune forme particulière pour la conclusion d'un tel contrat.

Aucun motif de révocation n'était réalisé. Elle avait toujours été, et était toujours, en mesure d'exécuter le marché public litigieux aux conditions de son offre.

Les plus-values auxquelles elle avait prétendu correspondaient à des travaux non décrits en soumission, soit le montage et le démontage le week-end, des micropieux sous la grue en position G1 et la protection des chambres de canalisations. Elle avait en outre renoncé le 23 avril 2021 à ces plus-values.

Elle était en droit d'exiger le maintien dans le contrat de la dépose des dallettes.

Le cahier de soumission prévoyait bien que l'assainissement de l'ensemble des éléments pollués devrait être réalisé avant la démolition par une entreprise spécialisée. Elle avait mis le doigt sur un point sensible de l'appel d'offres, qui pourrait être évité avec le second soumissionnaire, en toute hypothèse plus flexible sur cette question, en vue de la préservation du calendrier des travaux. La décision violait le principe de proportionnalité et l'interdiction du formalisme excessif. Aucun des motifs invoqués n'était dans un rapport raisonnable avec le but visé par la révocation. Même à considérer que tel eut été le cas, la mesure avait été mise en œuvre de façon très agressive et disproportionnée, dès lors que dans son dernier courrier du 12 mai 2021, l'OCBA n'avait en aucune manière indiqué son intention de révoquer la décision d'adjudication. Il allait de soi qu'avec un tel avertissement, elle aurait pris la peine de reprendre langue avec l'OCBA pour éviter la survenance d'une telle situation.

En toute hypothèse, les travaux préparatoires ne seraient pas achevés d'ici le 28 juin 2021 en raison du dépôt du recours, avec pour corollaire que le chantier ne serait pas lancé à cette date et qu'il appartiendrait à la direction des travaux de replanifier son exécution.

18) Le 22 juin 2021, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

1) Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est prima facie recevable de ces points de vue, en application des art. 15 al. 2 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), 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) et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

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

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 (ATA/217/2021 du 1er mars 2021 consid. 2 ; ATA/1170/2020 du 19 novembre 2020 consid. 3 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zurich 2010, pp. 311-341, p. 317 n. 15).

L'octroi de l'effet suspensif constitue cependant une exception en matière de marchés publics (arrêt du Tribunal fédéral 2D_34/2018 du 17 août 2018 consid. 5.2), et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/1170/2020 précité consid. 3).

3) a. 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 et 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 let. a et b AIMP).

b. Aux termes de l'art. 27 RMP, les documents mis à disposition des candidats doivent contenir tous les renseignements nécessaires à l'établissement de l'offre, notamment l'objet et l'importance du marché avec un descriptif détaillé des prestations attendues et/ou des spécifications techniques (cahier des charges ; let. a), les conditions particulières relatives aux variantes, aux offres partielles, au partage du marché, aux offres communes et à la sous-traitance (let. c), ainsi les principales clauses contractuelles qui feront foi en cas d'adjudication (let. l).

c. Selon l'art. 48 RMP, l'adjudication peut être révoquée, sans indemnisation, pour l'un des motifs énoncés à l'art. 42 RMP. Il peut notamment s'agir de motifs propres à l'adjudicataire, telles les exigences générales de participation à un marché public, relatives au respect des conditions sociales de travail, de paiement des impôts et des cotisations sociales (ATA/232/2016 du 15 mars 2016 consid. 5 ; Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 230 n. 364 ; Martin BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, p. 1501 n. 2738). Il doit s'agir de motifs qui rendent la conclusion d'un contrat avec l'adjudicataire impossible, inexigible ou contraire au droit des marchés publics (ATA/232/2016 précité consid. 5 ; Martin BEYELER, ibid.).

L'art. 48 RMP utilisant une formule potestative concernant l'exercice du droit de révocation, une liberté d'appréciation est reconnue au pouvoir adjudicateur dans la prise d'une telle décision, que celui-ci l'exerce à la suite d'une pesée des intérêts pour respecter le principe de la proportionnalité (ATA/490/2017 du 2 mai 2017 consid. 5 ; ATA/232/2016 précité consid. 5 ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2011, n. 2.4.3.1 p. 383).

d. Le droit des marchés publics est formaliste, ce que la chambre administrative a rappelé à plusieurs reprises (ATA/243/2020 du 3 mars 2020 consid. 4d ; ATA/970/2019 du 4 juin 2019 et les références citées), notamment lorsqu'elle a confirmé des décisions d'exclusion d'offres fondées sur la non-production des attestations requises dans l'appel d'offres au titre de condition de participation à la procédure de soumission (ATA/188/2021 du 23 février 2021 consid. 5 : ATA/1208/2020 du 1er décembre 2020 consid. 5).

L'autorité adjudicatrice doit procéder à l'examen de la recevabilité des offres et à leur évaluation dans le respect de ce formalisme, qui permet de protéger notamment le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires garanti par l'art. 16 al. 2 RMP (ATA/243/2020 précité consid. 4d ; ATA/794/2018 du 7 août 2018 et les références

citées ; ATA/1446/2017 du 31 octobre 2017). Le respect de ce formalisme est nécessaire pour concrétiser l'obligation d'assurer l'égalité de traitement entre soumissionnaires dans la phase d'examen de la recevabilité des offres et de leur évaluation.

La conformité au droit de cette approche formaliste a été confirmée par le Tribunal fédéral (ATA/102/2010 du 16 février 2010, confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.4).

e. Tel qu'il est garanti par les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 41 LPA, le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé de se déterminer avant qu'une décision ne soit prise qui touche sa situation juridique, d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre (ATF 136 I 265 consid. 3.2 ; 135 II 286 consid. 5.1 ; 132 II 485 consid. 3.2 ; 127 I 54 consid. 2b).

4) Statuant sur effet suspensif, l'autorité judiciaire peut procéder à un examen sommaire du droit et se contenter d'une analyse juridique globale (arrêt du Tribunal fédéral 2D_34/2018 précité consid. 4.4.1). Lorsqu'une autorité judiciaire se prononce sur l'effet suspensif ou d'autres mesures provisoires, elle peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit (examen prima facie), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles, tout en ayant l'obligation de peser les intérêts respectifs des parties (ATF 139 III 86 consid. 4.2 et les références).

En l'espèce, il sera renoncé à l'audition du directeur du gros-œuvre de la recourante, la chambre administrative disposant des informations nécessaires pour trancher la question de l'effet suspensif.

5) La recourante se plaint de ne pas avoir été entendue avant la décision de révocation. À ce stade de la procédure, et sans préjudice de l'examen au fond, le grief apparaît prima facie de peu de poids, dès lors que la recourante avait pu faire valoir ses prétentions et s'exprimer sur les arguments de l'OCBA, avait été invitée plusieurs fois à retourner le contrat signé dans des délais stricts et connaissait par ailleurs les impératifs de la planification du chantier. La décision attaquée, bien que motivée succinctement, se réfère explicitement à l'impossibilité de conclure le contrat conformément à l'offre retenue.

La recourante soutient que le non-respect du délai au 14 mai 2021 pour retourner le contrat signé était sans portée, le contrat ayant été conclu par actes concluants. De prime abord, et sans préjudice de l'examen au fond, cet argument n'apparaît de prime abord pas convaincant, l'OCBA ayant plus d'une fois manifesté

explicitement, en exigeant le retour d'un exemplaire signé par la recourante, que le contrat devait revêtir la forme écrite.

La recourante soutient qu'aucun motif de révocation n'était réalisé, et qu'elle avait toujours été, et était en mesure d'exécuter le marché public litigieux aux conditions de son offre. Prima facie, l'OCBA paraissait fondé à conclure, dès le 14 mai 2021, après les nombreuses divergences nées des prétentions de la recourante, un précédent refus de sa part de retourner le contrat signé et alors qu'elle n'avait toujours pas retourné le contrat signé dans l'ultime délai imparti, que celui-ci ne pourrait être conclu, voire que les exigences successives de la recourante portaient atteinte au principe d'intangibilité des offres.

Les chances de succès du recours apparaissent ainsi à première vue insuffisantes pour octroyer l'effet suspensif, étant rappelé que l'absence d'un tel effet au recours constitue la règle en matière de marchés publics.

Il existe par ailleurs un intérêt public prépondérant à l'exécution immédiate du marché. L'OCBA a fait valoir de manière crédible que le calendrier strict ne pourrait être tenu, et les travaux devraient être reportés d'un an, si le nouveau contrat ne pouvait être signé au 28 juin 2021. Or, l'intérêt public à ce que les travaux puissent se dérouler dans les délais apparaît important compte tenu des potentielles conséquences sur la mise à disposition d'un établissement scolaire. Cet intérêt public prime l'intérêt privé de la recourante.

6) Le rejet de la demande lève l'interdiction de conclure le contrat d'exécution de la nouvelle adjudication prononcée par la chambre de céans le 28 mai 2021.

7) Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse d'octroyer l'effet suspensif au recours ;

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

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

- par la voie du recours en matière de droit public :

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. 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 à Mes Guillaume Francioli et David Bensimon, avocats de la recourante, à l'office cantonal des bâtiments ainsi qu'à la commission de la concurrence (COMCO) pour information.

La présidente :

F. Payot Zen Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :