

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2046/2016-MARPU

ATA/628/2016

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Décision du 21 juillet 2016**

**sur effet suspensif**

dans la cause

**Monsieur Patrick EICHENBERGER**

contre

**VILLE DE GENÈVE**

---

Attendu, en fait, que :

1. Par avis paru dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 19 avril 2016 et sur le site informatique simap.ch des marchés publics, la Ville de Genève (ci-après : la ville) a lancé une procédure d'appel d'offres en procédure ouverte, ayant pour objet la rénovation de bancs publics : sablage et thermo-laquage. Le marché, estimé à CHF 210'000.- et divisé en deux lots, n'était pas soumis au traités internationaux. Le dossier d'appel d'offres, qui pouvait être obtenu par téléchargement sur le site informatique précité, décrivait les critères d'aptitudes, les justificatifs requis et les critères d'adjudication.

En particulier, selon les conditions générales de soumission, pour pouvoir participer au marché, le soumissionnaire devait notamment produire, pour tout le personnel appelé à travailler sur le territoire genevois, une attestation certifiant soit qu'il était signataire de la convention collective de travail (ci-après : CCT) dans sa branche applicable à Genève, soit qu'il avait signé auprès de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), lequel devait être contacté au plus tard dix jours avant la remise de l'offre, un engagement à respecter les usages de sa profession en vigueur à Genève, notamment en ce qui concernait la couverture sociale pour le personnel en matière de retraite, de perte de gain en cas de maladie, d'assurance-accident et d'allocations familiales. Le non-respect des conditions définies dans l'appel d'offres conduisait à l'élimination du soumissionnaire.

2. Dans le délai imparti, soit le 10 mai 2016, Monsieur Patrick EICHENBERGER, exploitant sous son propre nom une entreprise en raison individuelle, à l'adresse 31, chemin du Champ-des-filles à Plan-les-Ouates, a adressé à la ville une soumission pour un montant total de CHF 304'700.- toutes taxes comprises (ci-après : TTC), arrêté à CHF 300'000.-.

À son offre, il a joint une attestation du Groupement genevois d'entreprises du bâtiment et du génie civil (ci-après : GGE) du 26 avril 2016, certifiant qu'il lui était affilié, qu'il était à jour avec les cotisations envers celui-ci et que son personnel n'était soumis à aucune CCT. Cette attestation était délivrée pour une durée d'un mois.

3. Le 23 mai 2016, le pouvoir adjudicateur a adressé un courriel à l'ensemble des soumissionnaires. À l'ouverture des offres, il avait été constaté que tous les soumissionnaires sans exception n'étaient pas à jour avec les documents et l'attestation exigée dans le cahier de soumission. Un délai exceptionnel jusqu'au 1<sup>er</sup> juin 2016 à 16h00 leur était accordé pour la remise des pièces manquantes. Dans le courriel qu'il adressé à M. EICHENBERGER, il était précité que celui-ci

n'avait pas transmis l'attestation de son engagement à respecter les usages délivrée par l'OCIRT.

4. Le même jour, M. EICHENBERGER a obtenu du GGE une attestation qu'il a transmise au pouvoir adjudicateur, certifiant que son entreprise n'était pas soumise au champ d'application de la convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse (gros-œuvre « CN ») conformément à l'art. 2 de la convention nationale du secteur principal de la construction 2012 (CN 2012). En outre, de par son but, son entreprise n'entrait pas non plus dans le champ d'application de la CCT de second œuvre romand (ci-après : CCT-SOR 2011) conformément à l'art. 2 CCT-SOR 2011. Le GGE certifiait également qu'il n'existait pas en Suisse de CCT particulière régissant le secteur d'activité de l'intéressé. Le GGE précisait que M. EICHENBERGER, à titre facultatif, avait toujours souhaité respecter les conditions minimales de travail et de salaire de ses employés telles que codifiées dans la CCT-SOR-2011.
5. Par décision du 13 juin 2016, la ville a exclu M. EICHENBERGER du marché public en question dans la mesure où il n'avait pas transmis l'attestation de soumission à la CCT de sa branche applicable à Genève, ou, à défaut, l'engagement de respecter les usages dans sa profession en vigueur à Genève, concernant notamment la couverture du personnel dans différents domaines. En outre, deux offres avaient été reçues et le prix de la sienne était significativement plus élevé que celui offert par l'autre soumissionnaire.
6. Par acte déposé le 21 juin 2016 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) M. EICHENBERGER a interjeté un recours contre la décision d'exclusion précitée reçue le 14 juin 2016 en concluant à son annulation. Préalablement, il sollicitait la restitution de l'effet suspensif.

Sur le fond, la décision d'exclusion était arbitraire. Son offre n'était nullement incomplète. Du fait de son activité spécifique (sablage, métallisation et thermo-laquage industriels), son entreprise n'était soumise à aucune CCT de force étendue à Genève du secteur de la construction, ni non plus du nettoyage. Il ne pouvait donc remettre une attestation de soumission, ce que l'attestation du GGE confirmait. Pour les marchés publics antérieurs de la ville dont l'adjudication lui avait été attribuée, l'attestation du GGE était suffisante et conforme au surplus, la ville ne demandant aucune attestation supplémentaire. Le 23 mai 2016, nonobstant cela, il avait fourni une seconde attestation fournie par le GGE confirmant sa non-soumission. En outre, de par son activité spécifique, il n'était soumis au respect d'aucun usage à Genève, si bien qu'il ne pouvait pas signer un engagement à respecter de tels usages auprès de l'OCIRT et ne pouvait donc pas remettre un tel document à l'intimée. C'était de manière arbitraire et d'une manière empreinte de mauvaise foi que son offre avait été exclue. Subsidiativement, il contestait que le prix de son offre soit exagéré.

7. Le 4 juillet 2016, la ville a conclu au rejet de la demande d'effet suspensif ainsi que, sur le fond, à celui du recours. Même si le recourant semblait ne pas avoir d'activité soumise à une CCT, il avait omis délibérément pour des motifs qui lui étaient propres et sur lesquels il ne s'expliquait pas, de solliciter l'attestation de l'OCIRT, ce qu'il aurait pu faire sur une base volontaire. Il n'avait pas non plus effectué cette démarche dans le délai supplémentaire imparti à toutes les entreprises soumissionnaires. Son offre était incomplète, le pouvoir adjudicateur était en droit de l'exclure du marché.
8. À la date de clôture de l'instruction, le recourant a répliqué en persistant dans ses conclusions. Il contestait que la ville puisse conditionner sa soumission à la production de l'engagement auprès de l'OCIRT de respecter les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage à Genève. En effet, son entreprise exerçant ses activités dans le domaine du sablage, du thermo-laquage, de la métallisation et de la peinture industrielle, celle-ci n'était soumise à aucune CCT ni au respect d'aucun usage. Ainsi, dans son cas, la production d'une attestation de son groupement patronal était suffisante, ce que la ville avait admis dans de précédents marchés publics.

Considérant, en droit, que :

1. La présidence de la chambre administrative est compétente pour statuer en matière de mesures provisionnelles (art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010 ; ci-après : le règlement).
2. Le recours, interjeté dans les dix jours contre une décision d'exclusion et par-devant l'autorité compétente, est *prima facie* recevable (art. 15 al. 2 et 2bis de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 55 let. c et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01)).
3. Aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, restituer cet effet lorsque deux conditions cumulatives sont réalisées, soit que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP, 58 al. 2 RMP et 66 al. 3 LPA).

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

La restitution de l'effet suspensif constitue cependant une exception en matière de marchés publics et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/85/2016 du 29 janvier 2016 consid. 3 ; ATA/4/2016 du 6 janvier 2016, consid. 2 et la jurisprudence citée).

4. Le marché public considéré, au regard du prix auquel il est estimé, n'est pas soumis aux dispositions des traités internationaux mais exclusivement à celles de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02), de l'AIMP et du RMP (art. 8 al. 1 RMP).
5. En vertu de l'art. 11 AIMP, les principes suivants doivent être respectés, parmi lesquels la non-discrimination et l'égalité de traitement de chaque soumissionnaire (art. 11 let. a AIMP) et le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail (art. 11 let. e AIMP). Ainsi, aux termes de l'art. 32 al. 1 RMP qui détaille certaines règles appliquant les principes précités, ne sont prises en considération que les offres accompagnées, pour le soumissionnaire et ses sous-traitants, de différents documents énumérés dans cette disposition, parmi lesquels, à teneur de la lettre b : une attestation certifiant pour le personnel appelé à travailler sur territoire genevois : 1° soit que le soumissionnaire est lié par la CCT 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.

Selon l'art. 32 al. 2 RMP, si le soumissionnaire veut obtenir l'attestation prévue à l'art. 32 al. 1, let. b, ch. 2 RMP, il doit prendre connaissance auprès de l'office cantonal des usages locaux de sa profession (let. a) ; signer un engagement officiel à respecter ces usages à l'égard de son personnel appelé à travailler sur territoire genevois (let. b) ; remettre à l'office cantonal lors de la signature dudit engagement les attestations de l'art. 32 al. 1 let. a RMP (let. c), soit les attestations justifiant que la couverture de son personnel en matière d'assurances sociales est assurée conformément à la législation en vigueur au siège du soumissionnaire et qu'il est à jour avec le paiement de ses cotisations.

6. a. Le recours à l'art. 32 RMP à la notion de respect des usages de la profession renvoie à la définition qui en est donnée dans la loi sur l'inspection et les relations du travail, du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05). Selon l'art. 23 al. 1 LIRT, l'OCIRT est l'autorité compétente chargée d'établir les documents qui reflètent les conditions de travail et prestations sociales en usage à Genève (ci-après : usages), sur la base des directives émises par le conseil de surveillance institué par l'art. 12 de la loi sur le service de l'emploi et la location de services, du 18 septembre 1992 (LSELS - J 2 05). Pour constater les usages, l'OCIRT se base notamment sur les CCT, les contrats-types de travail, les résultats de données recueillies ou d'enquêtes menées auprès des entreprises, les travaux de

l'observatoire [du marché du travail instauré par l'art. 19 LIRT] ainsi que sur les statistiques disponibles en la matière (art. 23 al. 2 LIRT dans sa teneur applicable à la date du dépôt des offres, puisque celle-ci a été légèrement modifiée dès le 1<sup>er</sup> mai 2016 par une référence supplémentaire au calculateur des salaires utilisé par l'observatoire). L'OCIRT met ces informations à disposition du public intéressé par tout moyen approprié, notamment par le biais de l'internet (art. 23 al. 4 LIRT).

b. À teneur de l'art. 25 al. 1 LIRT, toute entreprise soumise au respect des usages en vertu d'une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle doit en principe signer auprès de l'OCIRT un engagement de respecter les usages. L'office délivre à l'entreprise l'attestation correspondante, d'une durée limitée. L'engagement pris vaut pour l'ensemble du personnel concerné en prenant effet au jour de sa signature (art. 25 al. 2 LIRT), sous réserve que, dès l'instant où son personnel est appelé à travailler sur un marché public une entreprise est réputée liée par un tel engagement (art. 25 al. 3 LIRT).

7. À teneur de l'art. 42 al. 1 let. a RMP, lorsque le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non conforme aux exigences ou au cahier des charges, l'offre est écartée d'office. 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 (art. 42 al. 3 RMP).
8. Comme la chambre de céans l'a rappelé à plusieurs reprises, le droit des marchés publics est formaliste. Ainsi, 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/1216/2015 du 10 novembre 2015 consid. 5 ; ATA/586/2015 du 9 juin 2015 consid. 11b et la jurisprudence citée). Dans ce domaine, la chambre de céans s'est toujours montrée stricte et formaliste (ATA/535/2011 du 30 août 2011 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 du 20 août 2014 ; 2C\_197/210 et 2C\_198/2010 du 30 avril 2010 consid. 6) ce 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/175/2016 du 23 février 2016 consid. 4 ; ATA/129/2014 du 4 mars 2014 consid. 4 a contrario).
9. Le requérant soutient que, le domaine d'activités de son entreprise n'étant soumis à aucune CCT ni à aucun usage professionnel, il n'a aucune obligation de produire l'attestation officielle délivrée par l'OCIRT pour pouvoir valablement soumissionner au marché litigieux. Il était présumé respecter la loi et s'engager à le faire. Dès lors, les attestations de son groupement patronal qu'il avait produites sur une base volontaire devaient être considérées comme suffisantes pour qu'il remplisse les critères de participation à la procédure d'adjudication. Cette question fera l'objet de l'instruction sur le fond du recours. Cela étant, *prima facie*,

l'art. 32 RMP qui énonce les exigences requises dans le canton de Genève pour mettre en application l'art. 11 let. e AIMP prévoit deux situations : soit le recourant est soumis à une CCT, soit il est soumis aux usages professionnels de l'art. 25 LIRT définis par l'OCIRT en vertu des compétences que l'art. 23 LIRT lui confère s'agissant de la définition desdits usages. Dans la mesure où le recourant, dont l'entreprise est située dans le canton de Genève, prétend y présenter une soumission dans le cadre d'un marché public, il est a priori soumis à la production de l'une ou l'autre de ces attestations délivrées par l'autorité chargée du contrôle du marché du travail dans le canton de Genève. Le fait qu'il ne soit soumis à aucune CCT voire à aucun usage n'y change rien, le RMP chargeant a priori l'OCIRT de le constater également.

Le dispositif de certification instauré par l'art. 32 RMP a pour objectif de simplifier la tâche des différents pouvoirs adjudicateurs en ne leur laissant la charge d'aucun autre contrôle à effectuer que celui de l'obtention de l'attestation par le soumissionnaire. En ne produisant pas ce document, et ce apparemment de manière délibérée puisqu'à l'instar des autres soumissionnaires, un délai supplémentaire lui avait été accordé à cette fin par le pouvoir adjudicateur, il s'est exposé au risque de se voir exclure du marché pour lequel il avait déposé son offre, décision qui, a priori, respecte la lettre de l'art. 32 al. 1 RMP. Sous cet angle, les chances de succès du recours sont ténues (art. 17 al. 2 loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 - L-AIMP - L 6 05.0 et 58 al. 2 RMP). Pour le surplus, l'intérêt public à ce que les travaux de réfection envisagés par la ville puissent aller de l'avant prévalent sur ceux, de nature privée, du recourant à pouvoir participer à la procédure de soumission.

10. La requête en restitution de l'effet suspensif sera rejetée.

### **LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

refuse de restituer l'effet suspensif au recours interjeté par Monsieur Patrick EICHENBERGER contre une décision de la Ville de Genève du 13 juin 2016 l'excluant du marché public « rénovation de bancs publics : sablage et thermo-laquage » ;

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

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens

de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi ;

communiqué le présent arrêt à Monsieur Patrick EICHENBERGER, à la Ville de Genève, ainsi qu'à la commission de la concurrence (COMCO).

Le vice-président :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :