

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2332/2009-MARPU

ATA/343/2009

DÉCISION

DE LA

PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 23 juillet 2009

sur effet suspensif

dans la cause

IPSOFACTO ARCHITECTES SA

et

CSD ÉNERGIE ET TECHNIQUE DU BÂTIMENT S.A.

et

CSD INGÉNIEURS CONSEILS S.A.

et

MONAY ET ASSOCIÉS S.A.

et

PAYSAGESTION S.A.

et

Cotec Jean-Claude PITTET S.A.

représenté par Me François Bellanger, avocat

contre

LA COMMUNE DE GRAND-SACONNEX
représentée par Me Bertrand Reich, avocat

Attendu en fait que :

1. La commune du Grand-Saconnex (ci-après : la commune) a initié, par publication dans la feuille d'avis officielle du canton de Genève (ci-après : FAO) du 20 avril 2009, une procédure d'appel d'offres publique en procédure ouverte, soumise à l'accord OMC pour l'adjudication d'un marché unique de prestations de services liées à la construction, relative à l'agrandissement et à la réhabilitation de l'école PLACE, 51 chemin Sarrasin au Grand-Saconnex. Il s'agissait d'un mandat complet, selon normes SIA 102/103/108 (4.31 à 4.53) d'architectes, d'ingénieurs civils, d'ingénieurs spécialisés CSVE, en pool de mandataires pour un montant estimé de CHF 7'050'000.- HT, hors honoraires.

Les conditions de participation citées dans l'appel d'offres publié rappelaient entre autres, que :

- ne seraient retenues que les offres complètes arrivées dans les délais, signées par tous les membres et émanant de soumissionnaires qui respectent les usages locaux et payent les charges sociales conventionnelles (ch. 3.1) ;

- pour établir qu'ils remplissaient les conditions générales, les soumissionnaires devaient fournir les justificatifs requis par l'art. 32 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L6 05.01).

2. L'autorité adjudicatrice a édicté le 14 avril 2009 d'un règlement et cahier des charges qui précisait :

- a. au chiffre 1.7, les conditions de recevabilité. Ne seraient pris en considération que les dossiers de candidature qui respectaient les conditions de participation, soit ceux arrivés dans le délai imposé, accompagnés des attestations requises.

- b. au chiffre 1.10, les critères d'exclusion. Le soumissionnaire pouvait être exclus, entre autres :

- si son offre était irrecevable ;

- s'il était constaté qu'elle n'était pas présentée en français et en francs suisses, ou qu'elle n'était pas remplie complètement selon les indications de l'adjudicateur, ou qu'elle n'était pas signée et datée par la ou les personnes responsables de l'offre ;

- c. au chiffre 1.26, l'impossibilité de modifier ou compléter son offre après le délai de dépôt fixé par l'adjudicateur. A l'échéance dudit délai, un candidat ne pouvait plus corriger ou faire corriger son offre, les documents ou les informations qu'il aura transmis à l'adjudicateur.

3. Le 14 avril 2009, la commune a également établi un dossier d'appel d'offres à l'attention des soumissionnaires.

Dans ce dossier (page 20) figure la liste des preuves et documents à fournir par les soumissionnaire pour attester qu'ils étaient à jour dans le paiement de leurs cotisations sociale (AVS, LPP, CNA) et respectaient les usages de leur profession en vigueur à Genève (attestation OCIRT). Il était précisé que la non-présentation de ces attestations était éliminatoire.

4. Le 18 juin 2009, sous la responsabilité de la première nommée, les entreprises suivantes ont déposé une offre conjointe : Ipsofacto architectes S.A., CSD ingénieurs conseils S.A., CSD énergie et technique du bâtiment S.A., Cotec Jean-Claude Pittet S.A., Monay et Associés S.A., et Paysagegestion S.A.

A cette offre, elles avaient annexé les attestations destinées à établir qu'elles respectaient les usages locaux et étaient à jour avec le paiement des charges sociales.

Dans le dossier de soumission transmis par l'intimée, on trouve annexées pour Ipsofacto architectes S.A., CSD ingénieurs conseils S.A., Cotec Jean-Claude Pittet S.A., des attestations émanant de la caisse de compensation AVS, de la caisse LPP, de l'assurance LAA, de l'OCIRT et de l'impôt à la source.

Pour l'entreprise Paysagegestion SA., il n'y a pas d'attestation en matière d'AVS mais une attestation de non-poursuites.

Pour les entreprises CSD énergie et technique du bâtiment S.A. et Monay et Associés S.A., ne figure aucune attestation.

5. Par courrier du 23 juin 2009, la commune a avisé Ipsofacto architectes S.A. que, sur la base du RMP, l'offre excluant du marché le pool qu'elle représentait était écartée parce qu'il manquait l'attestation AVS du bureau Paysagegestion S.A.

6. Le 3 juillet 2009, les six entreprises constituées en pool ont recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision d'exclusion du 23 juin 2009 de la commune, notifiée le 25 juin 2009. Elles concluent préalablement à la restitution de l'effet suspensif et, sur le fond, à l'annulation de cette décision.

La décision d'exclusion violait l'art. 32 RMP. En effet, pour obtenir l'attestation prévue à l'art. 32 al. 1 let. b ch. 2, une entreprise située hors du canton, devait démontrer auprès de l'OCIRT qu'elle était en règle avec le paiement des cotisations d'assurances sociales, si bien que l'attestation de l'OCIRT qu'elle fournissait était suffisante pour établir cette conformité. L'attestation de l'OCIRT valait ainsi production des documents visés tant à la lettre a que b de l'art. 32 al. 1 RMP.

L'autorité intimée avait en outre fait preuve de formalisme excessif en excluant les recourantes du marché en raison de l'absence de cette attestation. Même si la jurisprudence du Tribunal administratif genevois était très formaliste, le Tribunal administratif fédéral, en matière de marchés publics, avait confirmé des jurisprudences d'autres cantons qui avaient considéré que ne devait pas être exclu d'un marché un soumissionnaire qui n'aurait pas produit tous les documents demandés si l'informalité constatée était mineure. Tel était le cas en l'espèce, dans la mesure où il ne manquait qu'une attestation AVS en rapport avec un membre du pool, lequel était au surplus un membre mineur, les honoraires de Paysagegestion S.A. ne représentant que CHF 50'000.- sur un total d'offres de plus de CHF 1'183'000.-.

L'effet suspensif devait être accordé eu égard aux chances de succès et à l'absence d'urgence et au fait que les travaux n'étaient pas censés débiter prochainement.

7. La commune a présenté le 15 juillet 2009 ses observations sur effet suspensif.

L'exclusion des recourantes était fondée sur le fait qu'aucune attestation n'avait été fournie pour les ingénieurs acousticiens Monay et Associés S.A., ce qui avait été constaté lors de l'ouverture des offres et consigné par écrit dans une note par la secrétaire du groupe d'évaluation. C'était d'une manière inexplicable que cet élément n'avait pas été mentionné dans la décision d'exclusion dont était fait recours.

La demande de restitution de l'effet suspensif devait être rejetée en raison de l'absence de chance de succès du recours, dans la mesure où l'application des art. 32 al. 1 let a et 34 RMP devait conduire à ce que dès qu'une attestation requise faisait défaut, l'offre devait être écartée d'office. En l'espèce, il fallait tenir compte de l'absence totale de documents en rapport avec l'entreprise Monay et Associés S.A. même s'il n'y avait pas été fait mention dans la décision querellée, cette question pouvant faire l'objet d'une discussion dans le cadre du présent recours.

Le droit des marchés publics avait pour but de placer les soumissionnaires sur pied d'égalité et il n'était pas possible de rattraper des soumissionnaires qui ne produisaient pas dans les délais toutes les attestations requises. Concernant Paysagegestion S.A, le fait que le 2 juin 2009, l'OCIRT ait certifié que celle-ci avait signé en date du 7 juin 2002 un engagement à respecter les conditions de travail et les prestations sociales envisagées à Genève, ne permettait aucunement d'attester qu'elle était, le 2 juin 2009, à jour avec ses cotisations sociales AVS. Au demeurant, il n'était pas possible de faire des distinctions entre les soumissionnaires en fonction de la taille de leur entreprise ou de l'importance de

leur part d'honoraires, dans la mesure où la finalité de la production des attestations requises était la lutte contre le travail au noir.

Considérant, en droit, que :

1. Interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est, *prima facie*, recevable (art. 15 al. 2 AIMP ; art. 3 al. 1 et 2 lettre 1 de la 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) art. 56 al. 1 RMP).
2. En tant que personnes exclues d'un marché public, les recourantes ont, *prima facie*, qualité pour recourir contre la décision d'adjudication (art. 15 al. 1bis let. d AIMP ; art. 55 al. 1 let. c RMP ; art. 60 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10)).
3. Le recours n'a pas d'effet suspensif (art. 17 al. 1 AIMP ; art 58 al. 1 RMP), celui-ci pouvant être restitué par l'autorité de recours, d'office ou sur demande, pour autant qu'il paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP ; 58 al. 2 RMP) cette formulation s'inspirant de celle de l'art. 66 al. 2 de la LPA (ATA/858/2005 du 15 décembre 2005).
4. En matière de marchés publics, la restitution de l'effet suspensif en cas de recours constitue cependant une exception (ATA/247/2009 et les références citées) et représente par conséquent une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restrictions.
5. Le droit des marchés publics est formaliste, comme le tribunal de céans l'a déjà rappelé à réitérées reprises (ATA/10/2009 du 13 janvier 2009 ; ATA/95/2008 du 4 mars 2008 ; ATA/79/2008 du 19 février 2008 ; ATA/250/2006 du 9 mai 2006 ; ATA/150/2006 du 14 mars 2006 ; ATA/663/2005). La procédure se doit en effet d'être rigoureuse afin d'assurer l'égalité de traitement et la transparence entre les candidats potentiels. Les soumissionnaires sont tenus de se conformer strictement à ces conditions et ces exigences ne sont pas des règles formelles, exemptes de toute finalité dont le respect serait une fin en soit (ATA/663/2005 du 11 octobre 2005 ; ATA/90/2000 du 8 février 2000).

Dans l'arrêt précité du 14 mars 2006, le tribunal de céans a, en particulier, confirmé une décision écartant une offre dont la validité des attestations était échue depuis quelques jours.

En l'espèce, l'avis publié dans la FAO du 20 avril 2009 indiquait que pour établir qu'ils remplissaient les conditions générales, les soumissionnaires devaient produire les documents visés à l'art. 32 RMP et que seules seraient prises en

considération, les offres accompagnées des attestations en question. Les exigences en question étaient répétées dans le règlement et cahier des charges édictés par l'autorité adjudicatrice, avec le rappel que c'était une condition de recevabilité de l'offre, le non-respect de cette exigence constituait un cas d'exclusion. En outre, mention était faite de l'interdiction de compléter les soumissions ou de produire des documents requis postérieurement à la date limite fixée pour le dépôt des offres. Compte tenu de dispositions réglementaires aussi claires et du fait que l'attention de la recourante a été attirée sur l'importance des attestations et de leur production dans le délai imparti, il apparaît difficile que l'autorité adjudicatrice opte pour une solution autre que celle de l'exclusion dès lors qu'elle constatait d'emblée qu'une offre ne remplissait déjà pas les conditions qu'elle avait annoncées pour entrer en matière sur les soumissions. La décision attaquée n'est donc pas, *prima facie* contraire à la réglementation applicable aux marchés publics. Si, à l'inverse, l'autorité adjudicatrice avait autorisé la recourante à compléter son offre par la production d'attestations mises à jour postérieurement à l'ouverture de ladite offre, c'est une telle décision qui aurait été susceptible de créer une inégalité de traitement avec les autres soumissionnaires ayant respecté les exigences précitées.

A priori, contrairement à ce qu'affirment les recourantes, l'attestation du 2 juin 2009 de l'OCIRT produite par Paysagegestion S:A ne semble pas permettre de pallier l'absence d'attestation de la caisse AVS certifiant que cette entreprise est à jour dans les trois mois qui précèdent le dépôt de la soumission (art. 32 al. 3 RMP). En effet, selon le texte de l'art. 32 al 2 let. c RMP c'est au moment où l'entreprise d'un autre canton signe son engagement de respecter les usages en vigueur à Genève qu'elle doit produire des attestations justifiant de la couverture de son personnel en matière d'assurances sociales. Ce n'est rien d'autre que ce qu'exprime, *prima facie* l'attestation de l'OCIRT du 2 juin 2009. Comme l'engagement de cette société date de 2002, on ne peut déduire de cette attestation récente qu'elle est à jour dans le paiement de ses cotisations AVS. La décision de la commune ne viole donc pas *prima facie* l'art. 32 RMP. En outre, elle ne constitue pas à priori un cas de formalisme excessif. Même si certains auteurs et décisions judiciaires cités par les recourantes peuvent laisser apparaître que des autorités adjudicatrices et tribunaux d'autres cantons feraient preuve d'une plus grande souplesse, la décision contestée ne fait que respecter les principes consacrés par la jurisprudence rendue à Genève en matière de marchés publics, qui insiste à la fois sur la nécessité, pour l'autorité adjudicatrice, de poser des règles claires et, pour toutes les parties, de s'y conformer.

Au surplus, force est de constater, à la lecture de l'offre des recourantes, que ce n'est pas seulement une attestation en rapport avec une seule des entreprises du pool qui fait défaut, mais toutes celles visées à l'art. 32 al. 1 let. a RMP qu'auraient dû présenter deux autres entreprises de celui-ci. Même si l'autorité adjudicatrice ne l'a pas retenu dans sa décision d'exclusion, elle peut retenir ce grief (art. 68

LPA). Le tribunal de céans , qui instruit les faits et statue d'office (art. 19 et 76 LPA), et qui n'est pas tenu par les motifs invoqués par les parties (69 LPA), se doit donc d'en tenir compte, à ce stade de la procédure, et de constater que ces éléments renforcent encore, *prima facie*, les motifs d'exclusion des recourantes du marché.

Eu égard aux faibles chances de succès du recours, il n'y a aucun intérêt public ou privé prépondérant qui permette de considérer qu'il faille suspendre la décision d'exclure les recourantes et de bloquer le processus de réhabilitation d'une école, si bien que la requête en restitution de l'effet suspensif sera rejetée.

PAR CES MOTIFS

LA PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

refuse de restituer l'effet suspensif au recours formé par Ipsofacto architectes S.A., CSD énergie et technique du bâtiment S.A., CSD ingénieurs conseils S.A., Monay et Associés S.A., Paysagegestion S.A. et Cottet Jean-Claude Pittet S.A. contre la décision d'exclusion du 23 juin 2009 prise par la commune du Grand-Saconnex ;

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

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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'article 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Me François Bellanger, avocat des recourantes ainsi qu'à Me Bertrand Reich, avocat de la Commune du Grand-Saconnex.

La présidente du Tribunal administratif :

L. Bovy

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :