

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/284/2014-MARPU

ATA/112/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 21 février 2014

sur effet suspensif

dans la cause

A.P.S. INSTALLATIONS SYSTÈMES S.A.
représentée par Me Jacopo Rivara, avocat

contre

OFFICE DES BÂTIMENTS

Vu l'art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010 ;

Attendu qu'il ressort du dossier les faits suivants :

1) Dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève du 19 novembre 2013, l'office des bâtiments (ci-après : OBA), rattaché au département des finances (ci-après : DF ou département) de l'Etat de Genève, a ouvert une procédure d'appel d'offres, soumise à l'accord GATT/OMC, pour des travaux portant sur la « construction d'un établissement pénitentiaire – Brenaz 2 700 – Sécurité ». Le délai de clôture pour le dépôt des offres était fixé au 6 janvier 2014. A titre de conditions générales de participation, il était indiqué : « ne seront retenues que les offres émanant de soumissionnaires qui respectent les usages locaux, qui paient les charges sociales conventionnelles selon l'art. 32 du règlement cantonal sur la passation des marchés publics (L 6 05.01) (...) ».

Dans l'annexe P2+ au dossier d'appel d'offres étaient énumérées les attestations requises, dont le contenu est le suivant :

« Le candidat ou le soumissionnaire a l'obligation de remettre les attestations et preuves ci-dessous dans le même délai que le dépôt de l'offre.

(...)

Il est rappelé que le non-respect de l'une ou l'autre des conditions entraînera l'exclusion immédiate du candidat ou du soumissionnaire de la procédure, voire du contrat en cours d'exécution du marché.

(...)

3. Attestation certifiant pour le personnel appelé à travailler sur territoire genevois

- Soit que le soumissionnaire est lié par la convention collective de sa branche, applicable à Genève,

- Soit qu'il a signé auprès de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (OCIRT <http://geneve.ch/ocirt/>), un engagement à respecter les usages de sa profession en vigueur à Genève ».

Délai de validité des attestations max. 3 mois (NDR : en encadré) ».

2) En date du 8 janvier 2014, la société A.P.S. Installations Systèmes S.A. (ci-après : A.P.S.), sise à Vernier, a déposé une offre afférente à l'appel susmentionné.

Elle a joint au dossier une attestation LPP, une attestation LAA, une attestation d'indemnités journalières par suite de maladie, une attestation de soumission établie le 27 septembre 2013 par l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC) et certifiant qu'A.P.S. était à jour avec toutes ses obligations en matière d'impôts à la source, ainsi qu'un formulaire de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT)

intitulé « Engagement à respecter les usages » et rempli à la main, signé le 4 novembre 2013 par Monsieur Agostinho Varandas Covas, administrateur, et le 13 novembre 2013 par l'OCIRT.

A teneur de ce dernier document, A.P.S. déclarait « avoir pris connaissance du/des document(s) reflétant les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage applicable(s) à l'entreprise », et s'engageait à « respecter les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage applicables à l'entreprise », à « remettre à chaque travailleur une copie du présent engagement ainsi que du document reflétant les conditions minimales de travail et prestations sociales en usage correspondant à l'activité exercée par le travailleur concerné », à « signaler sans délai à l'office tout changement concernant l'entreprise nécessitant une actualisation de l'engagement (changement d'activité ; de raison sociale ; de droit de signature ; *etc.*) », enfin à « signaler à tout éventuel sous-traitant, concerné par l'article 25 LIRT, l'obligation de signer auprès de l'office un engagement à respecter les usages ». Sous la signature de l'administrateur, il était indiqué en gras : « Cet engagement ne vaut, en aucun cas, attestation du respect des usages ».

Selon le courrier auquel étaient annexés ces documents, l'attestation AVS/AI/APG/cotisations chômage et allocations familiales manquait, car la société procédait actuellement à l'établissement de l'attestation des salaires versés durant l'année 2013 auprès de l'office cantonal des assurances sociales (ci-après : OCAS) et attendait la décision définitive de celui-ci pour régulariser la situation comptable. A.P.S. ne manquerait dès lors pas de faire parvenir à l'OBA l'attestation requise dans les meilleurs délais.

3) Le 13 janvier 2014, A.P.S. a fait parvenir à l'OBA l'attestation de l'OCAS requise, datée du même jour.

4) Par décision du 20 janvier 2014, notifiée le lendemain, l'OBA (service des achats) a fait part à A.P.S. de ce que son offre avait été écartée, aux motifs, d'une part, que le dossier était incomplet, l'attestation visée au ch. 3 de l'Annexe P2+ étant manquante, d'autre part, que l'attestation de soumission de l'AFC, datant de plus de trois mois, était échue.

5) Par lettre du 24 janvier 2014, A.P.S. a adressé à l'OBA le document « Engagement à respecter les usages » mentionné plus haut, ainsi qu'une attestation de soumission établie le 24 janvier 2014 par l'AFC, dont le contenu est le même que celle du 27 septembre 2013, et demandé la reconsidération de la décision d'exclusion du 20 janvier 2014.

6) Par acte déposé le 31 janvier 2014 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), A.P.S. a recouru contre la décision d'écartier son offre prise le 20 janvier 2014, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif, au fond, à l'annulation de ladite décision, à sa réintégration dans la procédure d'appel d'offres, l'émolument ainsi qu'une indemnité de procédure en sa faveur devant en outre être mis à la charge de l'Etat de Genève.

7) Par lettre du 5 février 2014, transmise à l'OBA, la recourante a spontanément informé la chambre administrative de ce que l'OBA avait rejeté le 31 janvier 2014 sa demande de reconsidération, et a maintenu son grief de formalisme excessif déjà formulé dans son acte de recours.

La recourante a en outre produit une attestation établie le 4 février 2014, d'une validité de trois mois, par laquelle l'OCIRT certifiait qu'A.P.S. « [s'était] engagée, par signature du 04.11.2013, à respecter pour le personnel appelé à travailler sur le territoire genevois les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage à Genève dans son secteur d'activité, à savoir : Sécurité ».

8) Dans sa réponse au recours datée du 11 février 2014, l'OBA a conclu au rejet de la requête de restitution de l'effet suspensif et du recours, ainsi qu'à la condamnation d'A.P.S. aux frais de procédure.

Il avait fait preuve de souplesse en acceptant l'attestation de l'OCAS qui avait été produite tardivement. Il n'en demeurait pas moins que l'offre était également incomplète en raison de l'absence d'autres documents.

Selon les allégations de l'intimé, après vérification faite auprès de l'OCIRT, il s'avérait que la recourante n'était pas en mesure de produire, au moment du dépôt de son offre, une attestation justifiant qu'elle respectait les usages, car le contrôle dudit office n'était pas terminé.

9) Les arguments des parties seront repris en tant que de besoin dans la partie en droit.

Considérant en droit :

1) Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est recevable de ce point 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'Etat 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, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, restituer cet effet pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP).

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/701/2013 du 22 octobre 2013 consid. 2 ; ATA/683/2013 du 10 octobre 2013 consid. 2 ; B. BOVAY, Recours, effet

suspensif et conclusion du contrat, *in* J.-B. ZUFFEREY / H. 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/60/2013 du 30 janvier 2013 consid. 5 ; ATA/85/2012 du 7 février 2012 consid. 2 ; ATA/752/2011 du 8 décembre 2011 ; ATA/614/2011 du 28 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/214/2011 du 1^{er} avril 2011 et la jurisprudence citée).

Ces principes ne sont pas infirmés par l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_203/2013 du 25 mars 2013, invoqué par la recourante.

3) 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 AIMP).

4) Le droit des marchés publics est formaliste, comme la chambre de céans l'a déjà rappelé à plusieurs reprises (ATA/535/2011 du 30 août 2011 consid. 5 ; 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) 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/535/2011 précité 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 calculs et d'écritures 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 (J.-B. ZUFFEREY / C. MAILLARD / N. MICHEL, *Droit des marchés publics*, 2002, p. 110 ; O. RODONDI, *La gestion de la procédure de soumission*, *Droit des marchés publics* 2008, p. 185 n. 63, p. 186).

Les principes précités valent également pour la phase d'examen de la recevabilité des soumissions (O. 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/535/2011 précité consid. 6 ; ATA/102/2010 du 16 février 2010, confirmé par Arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 et 2C_198/2010 du 30 avril 2010).

La chambre de céans s'est toujours montrée stricte dans ce domaine (ATA/535/2011 précité consid. 6 ; ATA/150/2006 du 14 mars 2006, notamment), ce que le Tribunal fédéral a constaté mais confirmé (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_197 et 198/2010 précité), la doctrine étant plus critique à cet égard (O. RODONDI, *op. cit.*, p. 186 ch. 64).

5) En l'espèce, à ce stade à tout le moins, la question peut demeurer indécise de savoir si l'absence de production dans le délai de l'attestation requise certifiant l'engagement à respecter les usages – prévue par l'art. 32 al. 1 let. b ch. 2 RMP – est ou non de peu de gravité, ou si la recourante pouvait de bonne foi croire que le formulaire de l'OCIRT intitulé « Engagement à respecter les usages » signé le 4 novembre 2013 par l'administrateur et le 13 novembre 2013 par l'office, présenté le 8 janvier 2014, correspondait à l'attestation requise par l'intimé.

En effet, la décision querellée est également fondée sur le fait que l'attestation de soumission établie le 27 septembre 2013 par l'AFC - prévue par l'art. 32 al. 1 let. c RMP - ne respectait pas le délai de validité de trois mois clairement exprimé en bas de l'annexe P2+ et exigé par l'art. 32 al. 3 RMP. Ce manquement, non négligeable au regard des exigences et des conséquences de leur non-respect (« exclusion immédiate ») bien mises en évidence par l'intimé à l'intention des candidats, ne pouvait *prima facie* pas échapper à la recourante au moment du dépôt de son offre, si elle avait fait preuve de la diligence requise par les circonstances et les exigences de forme propres au droit des marchés publics. La recourante n'a à cet égard soulevé aucun grief concernant ce manquement.

A cet égard, le respect de l'égalité de traitement entre soumissionnaires, garanti par l'art. 16 al. 2 RMP, oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires pendant tout le déroulement formel de la procédure (ATA/581/2013 du 3 septembre 2013 consid. 7b ; ATA/884/2004 du 26 octobre 2004 ; J.-B. ZUFFEREY / C. MAILLARD / N. MICHEL, *op. cit.*, p. 109 ; B. BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics, *in* RDAF 2004 p. 241). La chambre administrative a rappelé le caractère formaliste du droit des marchés publics qu'impose le respect de ce principe (ATA/581/2013 précité consid. 7b ; ATA/150/2009 du 14 mars 2009 ; ATA/10/2009 du

13 janvier 2009). L'égalité de traitement impose que les conditions d'accès au marché soient similaires pour tous (ATA/581/2013 précité consid. 7b ; CROMP, version du 2 juin 2005, actualisée et complétée les 9 juin 2006, 18 décembre 2006 et 12 septembre 2008, annexe D, ch. 2).

Enfin, vu l'acceptation de la production tardive de l'attestation de l'OCAS, on ne saurait *prima facie*, pour le moins, reprocher à l'intimé un quelconque formalisme excessif dans le traitement de l'offre de la recourante.

6) Au vu de ce qui précède, sur la base d'un examen sommaire du cas et compte tenu de l'art. 42 al. 1 let. a RMP, qui dispose que 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, le recours paraît dénué de chances de succès, ce qui conduit au refus de la restitution de l'effet suspensif.

7) Le sort des frais de la procédure est réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer 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 ; 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, en copie, à Me Jacopo Rivara, avocat de la recourante, ainsi qu'à l'office des bâtiments.

La présidente :

Ch. Junod

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :