

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3098/2014-MARPU

ATA/807/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 23 octobre 2014

sur effet suspensif

dans la cause

AON HEWITT (SUISSE) SA

contre

CAISSE DE PRÉVOYANCE DE L'ÉTAT DE GENÈVE

Attendu, en fait, que :

- 1) Le 15 juillet 2014, la caisse de prévoyance de l'État de Genève (ci-après : CPEG) a publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) et sur le site Internet www.simap.ch un appel d'offres intitulé « Appel d'offres public pour la recherche d'un expert agréé en matière de prévoyance professionnelle ».

Le marché public, qui visait des services, était en procédure ouverte ; l'appel d'offres publié indiquait qu'il était soumis à l'accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0.632.231.422) et aux traités internationaux, de même que, selon les documents de l'appel d'offres, à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01). Le délai de clôture pour le dépôt des offres venait à échéance le 25 septembre 2014 à 16h00. Pour les justificatifs requis, il était renvoyé aux documents d'appel d'offres.

Il résultait ainsi du dossier d'appel d'offres que les soumissionnaires devaient impérativement être inscrits sur la liste des experts agréés en prévoyance professionnelle établie par la commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle (ci-après : CHS-PP). De plus, sous ch. 9 intitulé « conditions de participation », il était indiqué les attestations devant être produites sous peine d'élimination de la procédure d'adjudication.

L'une des attestations demandées devait certifier, pour le personnel appelé à travailler sur le territoire genevois, soit que le soumissionnaire était lié par la convention collective de travail (ci-après : CCT) de 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) 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 accidents et d'allocations familiales. Un autre document exigé (ch. 9.3) était une « attestation par l'autorité fiscale compétente, justifiant que le soumissionnaire s'est acquitté de ses obligations en matière d'impôts à la source retenus sur les salaires du personnel qui y est soumis ou qu'il n'a pas de personnel soumis à cet impôt ». Il était souligné à la fin du ch. 9 que les pièces en question devaient se trouver dans l'offre au moment de son dépôt, sous peine d'élimination de l'offre.

- 2) Aon Hewitt (Suisse) SA (ci-après : Aon) est une société anonyme sise à Neuchâtel. Elle a pour but statutaire : prestations de conseils et services en matière de prévoyance professionnelle, sciences actuarielles, assurances sociales et privées, ressources humaines, informatique, organisation et gestion d'entreprises.
- 3) Par le biais de sa succursale basée à Nyon, elle a soumis à la CPEG une offre pour le marché public susmentionné le 20 septembre 2014.

4) Par décision du 2 octobre 2014, la CPEG a signifié à Aon son exclusion du marché. Deux documents faisaient défauts dans son offre, à savoir l'attestation concernant le respect des usages de droit du travail (affiliation à la CCT ou attestation de l'OCIRT) ainsi que l'attestation fiscale. Concernant la première, il était indiqué dans le dossier d'appel d'offres, sous ch. 9.2, que l'activité devant être effectuée par la caisse située dans le canton de Genève, le soumissionnaire devait produire l'attestation de l'OCIRT même si son siège n'était pas dans le canton de Genève. Concernant la seconde, Aon n'avait produit d'attestation ni de l'administration fiscale cantonale genevoise, ni celle émanant d'un autre canton dans lequel l'entreprise déployait des activités.

5) Par acte posté le 10 octobre 2014, Aon a interjeté recours contre la décision précitée auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours et principalement à l'annulation de la décision d'adjudication du 26 mai 2014 ainsi qu'au renvoi de la cause à l'autorité adjudicatrice pour nouvelle évaluation des offres et nouvelle adjudication.

L'acte de recours ne contenait aucune motivation au sujet de la demande d'octroi de l'effet suspensif.

Sur le fond, la décision d'exclusion était irrecevable (sic). Aon n'avait pas de personnel travaillant sur territoire genevois, et l'exigence impérative de produire une attestation pour le personnel travaillant sur territoire genevois discriminait les soumissionnaires basés dans d'autres cantons. Pour l'attestation fiscale, elle avait indiqué dans son offre pouvoir offrir sur demande les attestations des autorités fiscales relatives à l'impôt à la source pour les trois cantons où elle avait du personnel.

6) Le 16 octobre 2014, la CPEG a conclu au rejet de la demande en restitution de l'effet suspensif.

Les exigences en matière d'attestations figuraient expressément dans l'appel d'offres, qu'Aon n'avait pas contesté.

Aon n'avait pas respecté les ch. 9.2 et 9.3 du dossier d'appel d'offres, points qui étaient pourtant explicites.

Le droit des marchés publics était formaliste, et la jurisprudence cantonale avait encore récemment maintenu une ligne stricte concernant le dépôt des attestations, y compris par des entreprises ayant leur siège hors du canton. Il n'y avait donc pas de formalisme excessif à écarter l'offre d'Aon.

7) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

- 1) Le recours, interjeté dans les dix jours par-devant l'autorité compétente, est *prima facie* recevable (art. 15 al. 2 et 2bis AIMP ; art. 56 al. 1 RMP ; art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).
- 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 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/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).

- 3) L'appel d'offres est une décision sujette à recours (art. 15 al. 1bis let. a AIMP ; 55 let. a RMP). Le soumissionnaire qui entend contester la définition, la pondération ou le manque de précision des critères d'adjudication doit le faire, pour des raisons de bonne foi, dans le cadre de l'appel d'offres et non plus au moment de la décision d'adjudication, sans quoi il est forclus (ATF 125 I 203 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.47/2004 du 6 avril 2004 ; ATA/535/2012 du 21 août 2012 consid. 4a ; ATA/399/2012 du 26 juin 2012 consid. 3 ; ATA/677/2005 du 12 octobre 2005).
- 4) On doit en l'espèce admettre, *prima facie*, que le recours semble dépourvu de chances de succès. En effet, si la question de la légitimité de l'exigence d'une attestation genevoise de respect des usages du travail peut se poser pour une entreprise située hors du canton – quoique normalement par le biais de la contestation de l'appel d'offres (ATA/361/2014 du 20 mai 2014) –, il n'en va pas de même de l'attestation fiscale, qui concerne le ou les cantons dans le(s)quel(s) l'entreprise a son siège et déploie des activités. À cet égard, la recourante n'a fourni aucune attestation, qu'elle émane de l'administration genevoise, vaudoise, neuchâteloise ou d'un autre canton. Or les documents d'appel d'offres ne parlaient pas spécifiquement d'une attestation genevoise, et étaient on ne peut plus clairs sur le fait

que les attestations devaient se trouver dans l'offre au moment de son dépôt, sous peine d'élimination. Une simple proposition de les fournir sur demande n'était donc pas admissible.

- 5) L'exclusion d'Aon du marché en cause apparaît donc à première vue comme justifiée, si bien que l'octroi de l'effet suspensif ne saurait entrer en ligne de compte, sans qu'il y ait besoin de procéder à une pesée des intérêts. Le sort des frais de la procédure sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

Vu l'art. 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ;

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

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 ; 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 Aon Hewitt (Suisse) SA ainsi qu'à la Caisse de prévoyance de l'État de Genève.

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :