

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3524/2013-MARPU

ATA/788/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 3 décembre 2013

sur effet suspensif

dans la cause

SOCIÉTÉ LIROM CHAPES S.A.

représentée par Me Yves Nidegger, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE L'URBANISME

Attendu, en fait, que :

- 1) Le 27 août 2013, l'office des bâtiments du département de l'urbanisme (ci-après : DU) 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 « Construction d'un établissement pénitentiaire – Brenaz 2 ». La description plus détaillée du projet était libellée comme suit : « Construction d'un établissement pénitentiaire – Brenaz 2 ; 281.0 Chapes – Travaux de fourniture et pose de chapes ».

Le marché public, qui visait des travaux de construction, 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 qu'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 7 octobre 2013.

Sous chiffre 3.1 intitulé « conditions générales de participation », il était précisé que « ne seront retenues que les offres émanant de soumissionnaires qui respectent les usages locaux [et] qui paient les charges sociales conventionnelles selon l'art. 32 RMP ».

- 2) L'annexe P2, intitulée « attestations requises », mentionnait la nécessité de fournir une attestation certifiant, pour le personnel appelé à travailler sur territoire genevois : soit que le soumissionnaire est lié par la convention collective de travail de sa branche applicable à Genève, soit qu'il a 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. Une mention en caractères gras, encadrée, indiquait : « Délai de validité des attestations max. 3 mois ».
- 3) Lirom Chapes S.A. (ci-après : Lirom Chapes) est une société anonyme sise à Bienne, dans le canton de Berne. Elle a pour but statutaire l'exécution de chapes et d'isolations ainsi que tous travaux de bâtiment.
- 4) Elle a soumis au DU une offre pour le marché public susmentionné le 7 octobre 2013.

En relation avec l'annexe P2, elle a fourni une attestation de l'OCIRT datée du 3 avril 2013.

- 5) Par décision du 22 octobre 2013, le DU a informé Lirom Chapes que son offre avait été écartée, car l'attestation OCIRT fournie datait de plus de trois mois et était donc échue.
- 6) Le 30 octobre 2013, Lirom Chapes a soumis au DU une demande de reconsidération de sa décision d'exclusion.

La société avait toujours bénéficié d'attestations de l'OCIRT à jour. C'était à la suite d'une regrettable erreur de classement que la nouvelle secrétaire de l'entreprise avait joint par erreur au dossier une autorisation échue. La situation matérielle de

l'entreprise n'avait jamais cessé d'être conforme, si bien qu'il se justifiait de reconsidérer son exclusion de la procédure d'adjudication.

Était jointe une attestation de l'OCIRT datée du 25 octobre 2013.

7) Le 4 novembre 2013, le DU a refusé de reconsidérer sa décision d'exclusion. En vertu de l'art. 32 al. 3 RMP, les attestations jointes aux offres ne devaient pas être antérieures de plus de trois mois à la date fixée pour leur production. Le droit des marchés publics était formaliste, et les règles fixées devaient dès lors être respectées.

8) Par acte posté le 4 novembre 2013, Lirom Chapes a interjeté recours contre la décision d'exclusion du 22 octobre 2013 auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant préalablement à ce que l'effet suspensif soit prononcé et principalement à l'annulation de la décision attaquée.

L'effet suspensif devait être accordé. L'exclusion de la procédure d'adjudication causait en effet à la société un dommage difficilement réparable lorsque son droit aurait été établi en justice. Sur le fond, la société était depuis 1998 continûment au bénéfice d'attestations de l'OCIRT. L'erreur commise avait été immédiatement guérie. La décision attaquée devait donc être annulée, sauf à verser dans le formalisme excessif.

9) Le 14 novembre 2013, le DU a conclu au rejet de la demande en restitution de l'effet suspensif.

L'absence d'effet suspensif était la règle en matière de marchés publics. L'annexe P2 du dossier d'appel d'offres rappelait l'exigence posée par l'art. 32 al. 3 RMP. De plus, comme le confirmait de manière constante la chambre administrative, le droit des marchés publics était formaliste. Le recours avait dès lors peu de chances de succès, si bien que l'effet suspensif ne pouvait pas être restitué.

10) 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 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 56 al. 1 du 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 » (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).

- 3) Par rapport à l'examen *prima facie* qui prévaut dans le cadre de l'estimation des chances de succès du recours, l'art. 32 al. 3 RMP, qui est clair, exige que, pour être valables, les attestations fournies ne doivent pas être antérieures de plus de trois mois à la date fixée pour leur production, sauf dans les cas où elles ont, par leur contenu, une durée de validité supérieure.

La chambre de céans a de plus déjà jugé des espèces similaires. Selon sa jurisprudence, lors de l'examen de la recevabilité des soumissions, 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 ; accorder *a posteriori* au soumissionnaire la possibilité de substituer à l'attestation périmée celle plus récente reviendrait à violer le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires et serait source d'insécurité juridique (ATA/535/2011 du 30 août 2013 consid. 6).

La pratique de la chambre de céans en la matière a déjà été examinée par le Tribunal fédéral, qui l'a trouvée sévère mais ne l'en a pas moins confirmée (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.5).

- 4) Les chances de succès du recours apparaissent ainsi ténues, si bien que la restitution de l'effet suspensif au recours sera refusée, 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. 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 Me Yves Nidegger, avocat de la recourante ainsi qu'au département de l'urbanisme.

Le vice-président :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :