

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3620/2015-MARPU

ATA/1208/2015

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 10 novembre 2015

sur effet suspensif

dans la cause

MFP PRÉFABRICATION SA

représenté par Me Pierre Heinis, avocat

contre

FONDATION HBM EMMA KAMMACHER

représenté par Me Romain Jordan, avocat

Attendu, en fait, que :

1) La Fondation HBM Emma Kammacher (ci-après : la fondation) a lancé le 18 août 2015, un appel d'offres public, sous forme de plusieurs lots, portant sur les travaux de construction d'un immeuble de 66 logements d'utilité publique (ci-après : LUP) à l'adresse 17-17a, ch. de la Petite-Boissière à Genève, soumis à l'accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0632.231.422), respectivement aux accords internationaux, 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). Les offres devaient être déposées d'ici au 28 septembre 2015 à 14h00.

2) Le dossier d'appel d'offres, qui pouvait être téléchargé à partir du site www.simap.ch, énumérait la liste des attestations et documents à fournir par les soumissionnaires, ainsi que par ses sous-traitants, en précisant que les attestations listées sous chiffres 7.1 à 7.6 ne devaient pas être antérieures de plus de trois mois à la date fixée pour le dépôt des offres, sauf dans les cas où elles ont, par leur contenu, une durée de validité supérieure. La non-présentation par le soumissionnaire et ses sous-traitants des attestations 7.2 à 7.6 était éliminatoire. Étaient considérées comme non-présentées, toutes attestations irrecevables (périmées, copies non-certifiées, etc.).

L'attestation à fournir sous chiffre 7.4 était décrite dans les conditions générales de l'appel d'offres comme étant une attestation certifiant pour le personnel appelé à travailler sur le territoire genevois, soit que le soumissionnaire était signataire d'une convention collective 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 la profession en vigueur à Genève, en adéquation avec le marché concerné. Pour l'OCIRT, il y avait lieu, pour l'obtention de ce document, de prendre contact avec celui-ci au plus tard dix jours avant la remise de l'offre.

3) MFP Préfabrication SA (ci-après : MFP), société sise à Marin dans le canton de Fribourg, a fait parvenir dans le délai requis, une offre pour les lots N° 7 et 8 (travaux de maçonnerie et de construction préfabriquée en béton et maçonnerie).

4) Avec son offre, MPF a fait parvenir en rapport avec l'attestation requise sous chiffre 7.4 précité, une copie d'un engagement à respecter les usages établi sur formulaire proposé l'OCIRT, signé à Marin par les organes de la société et enregistré à Genève le 7 janvier 2010 par l'OCIRT.

Le document produit précisait ceci : « Cet engagement ne vaut, en aucun cas, attestation du respect des usages ».

5) Selon le procès-verbal d'ouverture des offres, le pouvoir adjudicateur a laissé en blanc la case relative à la conformité de l'attestation en question en mentionnant

que le documents OCIRT relatif au respect des normes issues des conventions collectives étaient en cours de contrôle.

- 6) Il est admis par les parties que suite à la séance d'ouverture des offres, une employée du secrétariat des fondations immobilières de droit public (ci-après : SFIDP) qui centralisait les offres pour le compte de la fondation a pris contact avec MFP pour l'inviter à produire une attestation OCIRT en cours de validité, ce que celle-ci a fait immédiatement en transmettant le jour-même le document demandé, soit l'attestation OCIRT N° 114062 émise par cette autorité le 1^{er} octobre 2015. L'attestation en question certifiait l'engagement pris par la société le 22 décembre 2009.
- 7) Par décision notifiée à MPF le 8 octobre 2015, la fondation a prononcé son exclusion de la procédure. L'offre de celle-ci était incomplète. Il y manquait l'attestation OCIRT requise. La demande transmise par le secrétariat de la fondation suite à l'ouverture des offres, visant à corriger l'informalité du dossier en l'autorisant à lui adresser sans délai une attestation de l'OCIRT conforme, était le résultat d'une inadvertance, pour laquelle ils étaient priés de recevoir leurs excuses. Tant la loi que le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires ne lui permettait pas de palier la carence formelle du dossier et elle n'avait d'autre choix que de constater le caractère irrecevable de l'offre.
- 8) Par acte posté le 15 octobre 2015, MPF a interjeté un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision, concluant sur le fond à son annulation. À titre préalable, elle sollicitait la restitution de l'effet suspensif. Elle rappelait les faits précités. L'attestation transmise le 1^{er} octobre 2015 ne faisait que rappeler l'engagement de respecter les usages à Genève dans son secteur d'activité qu'elle avait pris vis-à-vis de l'OCIRT le 22 décembre 2009 et dont elle avait transmis une copie avec son offre. Sur le fond, ce document respectait la condition de l'art. 32 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (L 6 05.01 - RMP). Suivre un raisonnement contraire reviendrait à faire preuve de formalisme excessif. En outre, le principe de la bonne foi voulait que l'attestation produite le 1^{er} octobre 2015 soit admise, dès lors qu'elle avait été sollicitée par le pouvoir adjudicateur. L'attitude et les propos tenus par sa collaboratrice pouvaient laisser croire à la recourante que son offre serait considérée comme recevable si elle fournissait ladite attestation.
- 9) Dans sa réponse du 6 novembre 2015 sur effet suspensif, la fondation a conclu au rejet de la requête d'effet suspensif. Pour satisfaire à ses obligations de production d'une documentation découlant du ch. 4.7 des conditions générales, la recourante avait produit deux attestations qui étaient périmées. Il s'agissait de celle qu'elle devait solliciter de l'OCIRT, mais aussi de l'attestation d'affiliation à la convention collective de travail pour l'industrie du béton de l'Union des fabricants de produits en béton de Suisse romande. Ces vices avaient été protocolés au moment de l'ouverture des offres. Le fait qu'une employée de la fondation ait pris contact avec

MFP pour réparer l'omission en question ne pouvait être pris en considération. Se fondant sur la pratique constante en la matière dans le canton de Genève, la fondation n'avait pas d'autre choix que d'exclure la recourante pour respecter le principe de l'égalité de traitement.

Le recours ne présentait aucune chance de succès au vu de la jurisprudence restrictive en matière de production d'attestations dans le canton de Genève. L'obligation d'une production d'attestations qui n'étaient pas antérieures à trois mois découlait clairement du RMP. En outre, la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05) mentionnait le fait que l'attestation de respect des usages n'avait qu'une durée limitée. La décision attaquée ne contrevenait pas au principe du formalisme excessif. En outre, le principe de la bonne foi était respecté, dans la mesure où, même si la recourante avait été requise de produire une attestation, la production de celle-ci, postérieurement au délai de remise des offres, contrevenait à la loi. S'agissant de la restitution de l'effet suspensif, au vu des faibles chances de succès du recours et de l'intérêt public à la continuation de la procédure et à la construction de logements sociaux, celui-ci prévalait sur l'intérêt privé de la recourante.

10) Sur ce, les parties ont été avisées que la cause était gardée à juger.

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).
- 2) Le recours, interjeté dans les dix jours par-devant l'autorité compétente, est *prima facie* recevable (art. 15 al. 2 et 2bis de 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)).
- 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 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).

- 4) Les attestations litigieuses font partie des documents dont la production est requise pour pouvoir participer à l'évaluation (art. 32 RMP). Le soumissionnaire qui ne les produit pas est exclu de la procédure (art. 42 al. 1 let. a RMP). En outre, afin d'assurer le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires (art. 11 let. a AIMP et art. 16 RMP) les offres déposées ne peuvent plus être modifiées après l'échéance du délai de leurs dépôts. 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 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'attestations, 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/586/2015 du 9 juin 2015 consid. 11b ; ATA/535/2011 du 30 août 2011 consid. 6).

La pratique de la chambre de céans en la matière a déjà été examinée par le Tribunal fédéral, qui l'a considérée sévère, mais ne l'a pas moins confirmée (arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6, confirmant l'ATA/102/2010 du 16 février 2010).

- 5) En l'espèce, l'examen prima facie des écritures et pièces produites, conduit à constater que la recourante, au lieu de produire l'attestation de l'OCIRT datée de moins de trois mois requises à l'art. 35 RMP, a fourni une copie de l'engagement de respecter les conditions de travail et les prestations sociales en usage à Genève signé en 2010 en application de l'art. 25 al. 1 LIRT. Or, ce document ne remplit a priori pas les conditions de l'attestation exigées par le pouvoir adjudicateur, laquelle, selon

cette même disposition réglementaire est un document spécifique qui doit être requis en fonction des besoins et n'est émis que pour une durée limitée.

- 6) Le fait qu'une employée de l'intimée ait demandé par téléphone la correction de l'informalité, hors toute communication formelle du pouvoir adjudicateur, ne permet a priori pas d'ébranler le respect de ce principe au nom du principe de la bonne foi garanti par l'art. 5 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) dont la recourante se prévaut. La réalisation des conditions application de cette garantie devra également faire l'objet d'une instruction et d'un examen définitif dans le cadre du fond du recours. À priori, on peut cependant douter qu'elle soit réalisée, dans la mesure où, au-delà des compétences de la collaboratrice de l'intimée de solliciter l'attestation nouvelle, la recourante ne se trouve pas dans la situation d'avoir pris sur la base de celle-ci des dispositions qu'elle ne saurait modifier sans subir de préjudice (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 196, n. 578d). Le seul usage qu'elle en a fait lui a permis de corriger une informalité qui lui avait été signalée à tort et ceci en contradiction des obligations du pouvoir adjudicateur vis-à-vis des autres soumissionnaires.
- 7) Les chances de succès du recours apparaissent ainsi ténues. Au demeurant, au vu des circonstances et des raisons du présent litige, l'intérêt public à ce que la construction de 66 logements d'utilité publique puisse aller de l'avant, prévaut sur l'intérêt privé de la recourante à participer à la procédure d'évaluation des offres.
- 8) Au vu de toutes ces circonstances, La restitution de l'effet suspensif au recours sera refusée Le sort des frais de la procédure sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse 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 Pierre Heinis, avocat de la recourante, ainsi qu'à Me Romain Jordan, avocat de l'intimée.

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :