

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4076/2017-MARPU

ATA/1434/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 26 octobre 2017

sur effet suspensif

dans la cause

A_____ SA

représentée par Me Yves Magnin, avocat

contre

FONDATION B_____

représentée par Me Bertrand Reich, avocat

Attendu, en fait, que :

- 1) Le 23 mai 2011, la Fondation B_____ (ci-après : la fondation), fondation de droit public sise à Genève, a fait paraître dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) un appel d'offres pour un marché public de construction en procédure ouverte, à savoir la construction de sept immeubles totalisant environ trois cents logements, à C_____.

Le marché était divisé en plusieurs lots, le lot n° 4 (référéncé CFC 281.0) concernant les chapes. La sous-traitance était admise, selon l'art. 35 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), les sous-traitants devant aussi « respecter les conditions ». Le montant estimé du lot n° 4 était de CHF 1'155'000.- hors taxes (ci-après : HT).

- 2) A_____ SA (ci-après : A_____) est une société anonyme sise à D_____, et inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) depuis le 17 juin 2008. Elle a pour but l'exploitation d'une entreprise de confection, pose, entretien et réparation de chapes en tous genres. Son seul administrateur, et président avec signature individuelle, est Monsieur E_____.

- 3) Par décision du 3 avril 2012, la fondation a adjudgé le lot n° 4 à A_____, qui avait déposé une offre pour un montant de CHF 1'028'801.95 HT.

- 4) Le 23 avril 2013, la fondation et A_____ ont conclu le contrat d'entreprise correspondant.

Selon la clause 3 du contrat précité, « les sous-traitants et autres intervenants devront être préalablement annoncés et remettre au maître d'ouvrage les mêmes attestations que l'entreprise principale, ainsi qu'une copie du contrat de sous-traitance ».

- 5) Le 3 juillet 2017, A_____ a conclu avec l'entreprise F_____ Sàrl (ci-après : F_____), sise à Genève, un contrat de sous-traitance.

Ce dernier, très bref, concernait trois immeubles du chantier. Aucune clause ne concernait une éventuelle annonce de la sous-traitance.

- 6) Le 17 juillet 2017, A_____ a fait l'objet d'une décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) d'exclusion des marchés publics jusqu'au 18 juillet 2019, en application de l'art. 45 al. 1 let. c de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05). Cette décision a été intégrée à la liste publiée sur le site internet de l'OCIRT.

- 7) Le 15 septembre 2017, alors que les travaux de chape avaient déjà été effectués pour huit immeubles et demi sur dix sur le chantier, lequel avançait selon les prévisions, le bureau de contrôle des chantiers a prévenu l'OCIRT par courriel qu'un

sous-traitant de A_____, à savoir F_____, « non signataire » et employant quatre travailleurs sur place, n'était apparemment pas annoncé au maître d'ouvrage.

- 8) Le même jour, l'OCIRT a, par courriel également, répercuté cette information à la fondation.
- 9) Le 18 septembre 2017, la fondation a informé l'OCIRT que F_____ n'avait pas été annoncée comme sous-traitant, qu'elle n'avait pas de légitimité sur le chantier et qu'elle avait été sommée de le quitter.
- 10) Le 22 septembre 2017, l'OCIRT a demandé à la fondation quelle suite elle entendait donner à sa relation contractuelle avec A_____, qui faisait l'objet d'une inscription sur la liste des entreprises en infraction aux usages depuis le 17 juillet 2017.
- 11) Par décision du 26 septembre 2017, la fondation a révoqué sa décision d'adjudication du 3 avril 2012, et informé A_____ qu'elle résiliait le contrat d'entreprise conclu le 23 avril 2013 avec effet immédiat pour justes motifs.

La sous-traitance à F_____ n'avait pas été annoncée. F_____ se trouvait en outre « en situation irrégulière », c'est-à-dire qu'elle n'était pas signataire d'un engagement à respecter les usages de sa profession ou d'une convention collective de travail (ci-après : CCT) applicable à Genève.

Au surplus, A_____ était sous le coup d'une décision d'interdiction de marchés publics en application de l'art. 45 LIRT depuis le mois de juillet 2017. A_____ ne satisfaisait dès lors plus aux obligations de respect des usages des conditions minimales de travail et de prestations sociales ayant prévalu au moment de l'appel d'offres. En application des art. 42 et 48 RMP, la décision d'adjudication était révoquée.

- 12) Par acte posté le 9 octobre 2017, A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision de révocation précitée, concluant principalement à son annulation, et préalablement à la restitution (recte : à l'octroi) de l'effet suspensif au recours.

La décision attaquée avait été rendue sans qu'elle puisse exercer son droit d'être entendue et sans aucun avertissement préalable, ni respect de la procédure prévue à l'art. 35 RMP. La décision d'exclusion des marchés publics, si elle était publiée sur la liste de l'OCIRT, ne lui avait jamais été notifiée. De plus, F_____ était signataire de la CCT du secteur principal de la construction et respectait les conditions minimales de travail et les salaires en usage.

L'exécution immédiate de la décision emportait un risque préjudiciable à ses intérêts, puisqu'elle se voyait évincée du marché alors que tous les matériaux et

infrastructures étaient encore sur place. Il convenait dès lors de restituer (recte : d'octroyer) l'effet suspensif au recours.

- 13) Le 18 octobre 2017, la fondation a conclu au rejet de la demande de restitution (recte : d'octroi) de l'effet suspensif au recours.

Elle avait révoqué l'adjudication en raison de l'interdiction faite à A_____ de participer à des marchés publics. De plus, elle avait fait effectuer des contrôles de qualité sur le chantier, qui démontraient que la bienfaisance des travaux laissait à désirer.

L'intérêt public poursuivi par le chantier était majeur, et commandait que ce dernier pût se poursuivre sans désespérer. L'intérêt privé de A_____ ne pouvait être pris en compte, l'entreprise n'étant plus à même d'effectuer les travaux et étant devenue un intermédiaire, sans aucune plus-value. L'intérêt privé des futurs locataires à emménager aussi vite que possible devait en revanche être retenu.

Sur le fond, le recours était dénué de toute chance de succès. L'adjudication pouvait être révoquée à teneur de l'art. 48 RMP lorsque l'entreprise ne répondait pas ou plus aux conditions pour être admise à soumissionner, ce qui était le cas ici. Il n'était pas prévu que l'adjudicataire soit interpellé avant la révocation. Le droit d'être entendu ne devait être accordé que lorsque cela pouvait avoir une influence sur la décision à rendre, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Une éventuelle violation du droit d'être entendu serait quoi qu'il en soit guérie dans le cadre de la procédure de recours.

- 14) Le 24 octobre 2017, A_____ a persisté dans ses conclusions. L'organisation d'une nouvelle procédure d'adjudication serait illégale, et allongerait la durée du chantier, alors que celui-ci était en bonne voie d'achèvement.
- 15) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

- 1) Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est *prima facie* recevable de ces points de vue, en application des art. 15 al. 1 let. e et 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'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0) et 56 al. 1 RMP.
- 2) Aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, en vertu des art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP, 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.

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/1179/2017 du 15 août 2017 consid. 2 ; ATA/446/2017 du 24 avril 2017 consid. 2 ; ATA/62/2017 du 23 janvier 2017 consid. 2 ; ATA/793/2015 du 5 août 2015 consid. 2 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zurich 2010, pp. 311-341, p. 317 n. 15).

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/1179/2017 précité consid. 2 ; ATA/446/2017 précité consid. 2 ; ATA/62/2017 précité consid. 2 ; ATA/793/2015 précité consid. 2).

- 3) a. Selon l'art. 19 AIMP, chaque canton vérifie le respect, par les soumissionnaires et les pouvoirs adjudicateurs, des dispositions en matière de marchés publics, tant durant la procédure de passation qu'après l'adjudication (al. 1), et détermine les sanctions encourues en cas de violation des dispositions en matière de marchés publics (al. 2).
- b. Le Tribunal fédéral considère dans sa jurisprudence que les directives d'exécution de l'AIMP (ci-après : DEMP), même si elles n'ont pas de force contraignante, n'en constituent pas moins un texte important pour comprendre les principes auxquels les cantons se sont astreints et en définir la portée (ATF 129 I 313 consid. 8.2).

Selon l'art. 38 al. 1 DEMP, les violations graves des règles régissant les marchés publics sont sanctionnées par l'avertissement, la révocation de l'adjudication, une amende allant jusqu'à 10 % du prix final de l'offre ou l'exclusion de tout nouveau marché durant cinq ans. Il précise que ces sanctions constituent une matière appelée à être réglée au niveau de la loi formelle.

- 4) a. Le RMP, vu son rang normatif, ne contient pas de sanctions, mais l'art. 2 al. 1 let. d L-AIMP prévoit qu'en cas de violation des dispositions en matière de marchés publics, l'adjudicateur peut infliger l'exclusion pendant une période n'excédant pas cinq ans de la participation à tous ses marchés.
- b. Cette sanction a été introduite par la loi 8679, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, dont l'exposé des motifs indique que le catalogue de sanctions est inspiré par celui de la future législation fédérale sur les travailleurs détachés (MGC 2001-2002/VI A 2119).

-
- c. L'art. 45 LIRT a quant à lui été introduit par la loi 11'172, entrée en vigueur le 16 novembre 2013. L'exposé des motifs précise que le dispositif de base en matière de sanctions a été complété notamment par la possibilité de prononcer une exclusion des marchés publics futurs pour une durée maximale de cinq ans (art. 45 al. 1 let. c LIRT), cette dernière clause reprenant la sanction prévue à l'art. 2 al. 1 let. d L-AIMP (PL 11172, p. 20).
- 5) a. Au plan fédéral, la loi fédérale sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement du 8 octobre 1999 (LDét - RS 823.20) ne s'applique qu'aux employeurs ayant leur domicile ou leur siège à l'étranger (art. 1 al. 1 LDét ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_150/2016 du 22 mai 2017 consid. 3). Les entreprises ayant manqué à leur devoir d'information en matière de sous-traitance sont passibles de deux sanctions administratives, à savoir une amende de CHF 5'000.- au plus ou l'interdiction d'offrir ses services en Suisse pour une durée de un à cinq ans (art. 9 al. 1 let. d LDét). Aucune sanction ne concerne directement l'accès aux marchés publics.
- b. En revanche, la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN - RS 822.41) prévoit qu'en cas de condamnation entrée en force d'un employeur pour cause de non-respect important ou répété des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers, l'autorité cantonale compétente exclut l'employeur concerné des futurs marchés publics au niveau communal, cantonal et fédéral pour cinq ans au plus (art. 13 al. 1 LTN). Le Conseil fédéral avait du reste précisé dans le Message que « la sanction porte exclusivement sur des adjudications à venir. Il n'est pas possible (ni juridiquement ni pratiquement) de conférer un effet rétroactif à ce type de décision. Dès lors, tout marché attribué reste acquis à son adjudicataire » (FF 2002 3420).
- 6) a. En matière de révocation de l'adjudication, l'art. 48 RMP prévoit que l'adjudication peut être révoquée, sans indemnisation, pour l'un des motifs énoncés à l'art. 42 RMP ; l'autorité adjudicatrice rend une décision de révocation motivée, notifiée par courrier à l'intéressé, avec mention des voies de recours. L'art. 42 RMP énumère quant à lui tous les motifs d'exclusion d'une offre dans le cadre de la procédure d'adjudication.
- b. La sous-traitance fait l'objet de l'art. 35 RMP. Pour les marchés de construction, l'entreprise contractante doit annoncer à l'autorité adjudicatrice tout sous-traitant participant à l'exécution de la prestation, durant toute la durée d'exécution du contrat. L'annonce doit être faite avant le début prévu des travaux sous-traités (art. 35 al. 2 RMP). En cas de violation de l'obligation d'annonce de l'art. 35 al. 2 RMP, l'autorité adjudicatrice ordonne au sous-traitant de suspendre immédiatement ses travaux et le contraint à quitter le lieu de la prestation (art. 35 al. 3 RMP). La suspension des travaux dure jusqu'à ce que l'entreprise
-

contractante ait fait l'annonce du sous-traitant prévu à l'art. 35 al. 2 RMP et que l'OCIRT, ou la commission paritaire concernée chargée du contrôle par délégation, ait pu établir que le sous-traitant respecte les conditions de travail locales (art. 35 al. 4 RMP).

- 7) En l'état, et à première vue, le recours apparaît doté de bonnes chances de succès.
- a. En effet, s'agissant de la motivation principale de la révocation, à savoir l'existence d'une sanction au sens de l'art. 45 al. 1 let. c LIRT, l'intimée semble ne pas avoir correctement évalué la portée d'une telle décision. Comme il découle des considérants qui précèdent, ce type de sanction n'a pas pour effet d'exclure de facto les adjudicataires des chantiers en cours basés sur des décisions d'adjudication préexistantes, mais s'applique seulement aux marchés publics futurs, donc non encore attribués. Ce motif de révocation n'apparaît dès lors, *prima facie*, pas fondé, indépendamment du point de savoir si la recourante s'est vu notifier utilement la décision de l'OCIRT.
- b. S'agissant du second motif de révocation que constituerait la sous-traitance non annoncée, force est de constater qu'un grave problème de respect du droit d'être entendu – lequel est prévu par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et n'a donc pas besoin de rappels dans le RMP – se pose vu l'absence totale d'interpellation de la recourante avant la prise de décision. Par ailleurs, il apparaît que l'appel d'offres prévoyait la possibilité de sous-traiter, et que si l'absence d'annonce implique bien, selon l'art. 35 RMP, l'arrêt des travaux, il est également prévu à l'art. 35 al. 4 RMP une procédure de régularisation de la situation, qui n'a apparemment pas été utilisée en l'espèce. *Prima facie*, la révocation opérée par l'intimée apparaît donc comme disproportionnée.
- 8) Il apparaît par ailleurs que l'intérêt public principal mis en avant par l'intimée, à savoir une reprise rapide des travaux, n'est en tout cas pas mieux assuré par une nouvelle procédure d'adjudication, dont rien n'indique qu'elle puisse être particulièrement courte, que par une procédure au sens de l'art. 35 al. 4 RMP, pour peu qu'une régularisation de la sous-traitance soit possible, ce que les éléments présents au dossier ne permettent en l'état pas d'exclure.
- 9) Il découle de ce qui précède que l'effet suspensif sera octroyé au présent recours.
- 10) Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

Vu le recours interjeté le 9 octobre 2017 par A_____ SA contre la décision de la Fondation B_____ du 26 septembre 2017 ;

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

vu l'art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 26 septembre 2017 ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

octroie 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 Magnin, avocat de la recourante, ainsi qu'à Me Bertrand Reich, avocat de la Fondation HBM Emma-Kammacher.

La vice-présidente :

Ch. Junod

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :