

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4205/2017-MARPU

ATA/1557/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 30 novembre 2017

sur effet suspensif

dans la cause

ESSENS SÀRL

contre

SERVICES INDUSTRIELS DE GENÈVE

Attendu en fait, que :

1) Par avis publié dans la Feuille d'avis officielle du canton de Genève ainsi que sur la plateforme électronique conjointe de la Confédération, des cantons et des communes dans le domaine des marchés publics, www.simap.ch (ci-après : SIMAP) les Services industriels de Genève (ci-après : SIG) ont publié un appel d'offres soumis aux accords internationaux, en procédure ouverte, pour le mandat de personne de confiance externe (ombudsman) de 2017 à 2021.

Selon le dossier d'appel d'offres, la sous-traitance n'était pas admise. Le cahier des charges précisait que le soumissionnaire devait en tout temps disposer d'un binôme homme-femme dédié à ce mandat.

2) Dans le délai imparti, deux offres ont été déposées, l'une émanant de Essens Sàrl, à Genève.

Madame Sophie SCHINDLER, gérante de Essens Sàrl, indiquait être en mesure d'assumer le cahier des charges de la mission et l'objet du mandat.

S'agissant de l'obligation de disposer d'un binôme homme-femme, Essens Sàrl indiquait :

« L'Ombudsman met à disposition des collaborateurs, un spécialiste de sexe opposé au sien, en cas de besoin, afin de répondre à l'obligation de constituer un binôme exigé par SIG.

L'intervention de ce dernier fera l'objet d'un contrat sur appel ou à la tâche, pour répondre aux exigences du présent cahier des charges. La personne experte désignée par l'Ombudsman (voir le curriculum vitae annexé de Monsieur Beat STEINMANN) signera un engagement de confidentialité et de respect des consignes dispensées par ce dernier.

Tous les contacts avec la direction des SIG se feront toutefois uniquement par le biais de l'Ombudsman qui assurera également le suivi administratif des dossiers en coordination avec le spécialiste désigné ».

3) Le 11 octobre 2017, les SIG ont exclu de la procédure les deux soumissionnaires.

S'agissant de Essens Sàrl, son offre était incomplète. Elle indiquait que deux personnes exécutaient la prestation, mais n'indiquait aucun remplaçant, homme et femme, en cas d'absence prévue ou non de l'une desdites personnes.

Dès lors, l'offre ne répondait pas aux exigences du cahier des charges.

De plus, l'intervention d'un tiers par un contrat sur appel ou à la tâche constituait de la sous-traitance, laquelle était prohibée.

4) Le 20 octobre 2017, Essens Sàrl a saisi la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours contre la décision précitée, concluant à ce que son offre soit déclarée recevable et évaluée.

L'intervention d'un tiers par le biais d'un contrat de travail sur appel en faisait un employé et non un sous-traitant.

La mention de « ombudsman » était utilisée au singulier dans l'ensemble du dossier ; la notion de binôme n'apparaissait que dans un nota bene du cahier des charges. De plus, l'offre ne mentionnait jamais la nécessité de mettre en place des remplaçants au binôme homme-femme.

5) Le 17 novembre 2017, les SIG ont conclu au rejet du recours, tant concernant l'effet suspensif que sur le fond.

Le curriculum vitae de M. STEINMANN, produit en annexe à l'appel d'offres, indiquait que ce dernier agissait dans le cadre d'une société de coaching, et non qu'il serait employé de la recourante. L'offre déposée permettait de comprendre que Essens Sàrl ne disposait pas des ressources internes nécessaires à la réalisation du mandat. La recourante indiquait dans son mémoire de recours qu'il s'agissait d'un collaborateur d'une entreprise externe.

Le cahier des charges expliquait clairement qu'un binôme homme-femme dédié devait être disponible en tout temps. L'offre n'indiquait pas les moyens mis en place pour assurer la présence d'un homme et d'une femme dans l'hypothèse où Mme SCHINDLER ou M. STEINMANN étaient absents à cause de vacances, de maladie, d'accident ou autres.

Tans la demande de restitution de l'effet suspensif que les conclusions au fond du recours devaient être rejetées.

6) Le 27 novembre 2017, Essens Sàrl a exercé son droit à la réplique, maintenant ses conclusions antérieures.

Avant de déposer l'offre, Mme SCHINDLER avait rencontré le directeur des ressources humaines des SIG, le 21 juin 2017 ; il lui avait été dit que son profil et le descriptif de ses activités semblaient correspondre à l'offre.

M. STEINMANN collaborait avec Essens Sàrl depuis plus d'un an dans le cadre d'un mandat avec une banque ; Essens Sàrl facturait les honoraires des interventions de l'intéressé à la banque et ce dernier facturait à Essens Sàrl ses prestations via sa propre entité.

Dans le cadre du contrat des SIG, un lien contractuel, soit un contrat d'appel ou un contrat à la tâche, serait conclu et l'intéressé deviendrait de ce fait employé d'Essens Sàrl.

Quant à la question du binôme homme-femme, nécessitant des remplaçants, les deux sociétés ayant déposé une offre avaient été écartées car elles avaient mal compris l'appel d'offres. Dès lors que le contrat signé serait un mandat, il appartenait à Essens Sàrl de s'organiser afin de fournir les prestations dues.

7) Cette écriture a été transmise aux SIG et la cause a été gardée à juger tant sur effet suspensif qu'au fond.

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. 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 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, en vertu des art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, accorder 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/446/2017 du 21 avril 2017 consid. 2 ; ATA/62/2017 du 23 janvier 2017 consid. 2 ; ATA/793/2015 du 5 août 2015 consid. 2 ; ATA/701/2013 du 22 octobre 2013 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).

L'octroi 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/446/2017 précité consid. 2 ; ATA/62/2017 précité consid. 2 ; ATA/793/2015 précité consid. 2 ; ATA/60/2013 du 30 janvier 2013 consid. 5).

3) a. Selon l'art. 38 RMP, seules les offres parvenues dans les délais fixés dans les documents d'appel d'offres sont ouvertes (al. 1). Dans le cadre d'une procédure ouverte ou sélective, un procès-verbal est établi à l'ouverture des offres. Il contient notamment le nom des personnes présentes, le nom des soumissionnaires, les dates de réception et les prix des offres (al. 2). Les soumissionnaires ont le droit, sur demande, de consulter ce procès-verbal (al. 3).

Lors de l'examen des offres, l'autorité adjudicatrice examine la conformité des offres au cahier des charges et contrôle leur chiffrage (art. 39 al. 1 RMP) ; les erreurs

évidentes, telles que les erreurs de calcul et d'écriture, sont corrigées (art. 39 al. 2 1^{ère} phr. RMP). Le principe d'intangibilité des offres impose d'apprécier celles-ci sur la seule base du dossier remis, un soumissionnaire n'étant pas habilité à modifier la présentation de son offre, d'y apporter des compléments ou de transmettre de nouveaux documents après l'échéance du délai (arrêts du Tribunal fédéral 2C_197/2010 et 2C_198/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.3 ; ATA/55/2015 du 13 janvier 2015 ; ATA/102/2010 du 16 février 2010).

c. L'art. 42 RMP a trait à l'exclusion de la procédure. Ainsi, l'offre est écartée d'office notamment lorsque le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non-conforme aux exigences ou au cahier des charges (al. 1 let. a) ou n'a pas justifié les prix d'une offre anormalement basse, conformément à l'art. 41 RMP (al. 1 let. e). Les offres écartées ne sont pas évaluées. L'autorité adjudicatrice rend une décision d'exclusion motivée, notifiée par courrier à l'intéressé, avec mention des voies de recours (al. 3).

4) En l'espèce, il ressort à première vue des documents de l'appel d'offres, et cela même s'il aurait été souhaitable qu'ils soient plus clairs et explicites sur ces éléments, que les SIG voulaient donner à leurs employés la possibilité de contacter tout au long de l'année une personne de confiance, homme et femme.

Le terme « ombudsman » fait le plus souvent référence à une personne, laquelle est responsable d'un service ou travaille avec une équipe. Ainsi, par exemple, l'ombudsman de la branche suisse du voyage est composé de trois personnes, soit l'ombudsman proprement dit ainsi que de conseillers (cf. www.ombudsman-touristik.ch); l'ombudsman de l'assurance privée et de la Suva est une fondation qui chapeaute une personne portant le titre d'ombudsman, et ayant plusieurs représentants. Ainsi, toujours prima facie, le fait que l'appel d'offres utilise ce terme ne permettait pas aux candidats d'en déduire qu'une seule personne pouvait offrir ce service.

Déjà pour ce motif, les chances de succès du recours apparaissent faibles dès lors que, à première analyse, l'offre déposée ne propose pas un service correspondant à celui attendu et décrit par les SIG.

Au vu de ce qui précède, la demande de restitution de l'effet suspensif sera rejetée sans qu'il ne soit nécessaire de déterminer à ce stade si l'offre faite par la recourante impliquait ou non de la sous-traitance.

5) Le sort des frais 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. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 26 septembre 2017 ;

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.

communique la présente décision, en copie, à Essens Sàrl, ainsi qu'aux Services Industriels de Genève.

La vice-présidente :

Ch. Junod

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :