

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4534/2015-MARPU

ATA/84/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 28 janvier 2016

sur effet suspensif

dans la cause

GINOX SA

représenté par Me Philippe Ciocca, avocat

contre

OFFICE DES BÂTIMENTS

et

SERVICE ÉQUIPEMENT WESCHER SA, appelée en cause

Attendu, en fait, que :

- 1) Le 1^{er} septembre 2015, l'office des bâtiments rattaché au département des finances de l'État de Genève (ci-après : OBA), a lancé un appel d'offres en procédure ouverte sur le marché de fournitures, soumis à l'accord GATT/OMC, respectivement aux accords internationaux, à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) ainsi qu'au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), pour la fourniture d'agencement de cuisines dans le cadre de la construction des 5^{ème} et 6^{ème} étages du centre médical universitaire, pour l'aménagement d'une cafétéria.
- 2) dans le cadre de ce marché, l'OBA a reçu deux offres, soit une offre de la société GINOX SA (ci-après : Ginox), société ayant son siège à Chailly-Montreux, d'un montant de CHF 288'475.- plus CHF 25'920.- de maintenance et une autre offre de la société Service Equipement Wescher SA (ci-après : Wescher), sise au Petit-Lancy à Genève, d'un montant de CHF 265'000.- plus CHF 18'900.- de maintenance.
- 3) Le dossier K2 du document d'appel d'offres demandait à chacun des soumissionnaires de fournir différentes attestations énoncées à l'annexe P2, soit notamment les attestations requises par l'art. 32 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), destiné à établir que son personnel était couvert en matière d'assurances sociales et qu'il était à jour avec le paiement de ses cotisations, qu'il respectait les usages de sa profession en vigueur à Genève pour son personnel, qu'il était à jour avec ses obligations d'impôts à la source et s'engageait à respecter le principe de l'égalité entre femmes et hommes.
- 4) Dans ce cadre, Ginox a fourni avec son offre notamment une attestation de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) du 28 septembre 2015, certifiant qu'elle était signataire d'un engagement de respecter les usages en vigueur à Genève dans le secteur de la métallurgie, du bâtiment et des constructions métalliques.
- 5) À l'issue du processus d'évaluation, l'offre de Ginox s'est vue attribuer un total de 389.90 points et celle de sa concurrente un total de 385.50 points.
- 6) Par décision du 3 décembre 2015, le pouvoir adjudicateur a attribué le marché à GINOX SA pour le montant de sa soumission. Dans le courrier l'informant de cette nouvelle, il lui demandait, en vue d'établir le contrat et de régler le détail d'adjudication, de faire parvenir à son représentant dans un délai de quinze jours une attestation confirmant qu'il était à jour avec le paiement des cotisations sociales et un justificatif du paiement de sa prime d'assurance responsabilité civile 2016. À défaut, cette décision serait caduque.

- 7) a. Le 8 décembre 2015, l'OCIRT a rendu à l'encontre de GINOX SA une décision dont le dispositif est le suivant :

« refuse de délivrer à l'entreprise GINOX SA les attestations lui permettant de soumissionner des marchés publics ;

fixe à deux ans la durée du refus de délivrance de toute attestation permettant de soumissionner des marchés publics ;

exclut l'entreprise de tout marché public pour une période de deux ans au plus ;

(.....)

réserve les procédures de contrôles et de mise en conformité au droit public.

Cette décision pouvait faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative). Le recours n'avait pas d'effet suspensif, ainsi que la jurisprudence de cette juridiction l'avait rappelé à plusieurs reprises. »

b. La décision de l'OCIRT était fondée sur des éléments suivants : le 2 décembre 2014, celui-ci avait constaté que Ginox était active dans le canton de Genève et lui avait rappelé, par courrier de cette date, qu'en cas de détachement de personnel dans le canton de Genève, elle devait respecter les conditions minimales dans son secteur d'activité. Il lui avait demandé la production, d'ici au 2 janvier 2015, d'une documentation lui permettant de contrôler qu'elle s'était soumise à cette obligation. La seule réponse reçue de l'entreprise le 5 décembre 2014 avait été de lui indiquer que les travaux commenceraient au printemps 2015, sans qu'aucun document justificatif n'y soit joint. Il avait adressé à GINOX SA un rappel le 12 août 2015 avec fixation d'un nouveau délai au 4 septembre 2015 qui n'avait pas fait l'objet de réponse. À l'échéance du délai précité, il avait adressé un avertissement à GINOX SA en date du 15 septembre 2015 pour qu'elle s'exécute. À la date de la décision, l'entreprise n'avait pas donné suite au courrier de l'OCIRT et n'avait pas fait valoir d'observations.

Les mesures ordonnées étaient motivées par le fait que l'entreprise n'avait pas retourné les divers documents permettant de contrôler le respect des usages. Par son comportement, elle avait dès lors manifesté son intention de les contester.

La décision de l'OCIRT précisait ceci : cette mesure serait portée sur une liste accessible au public en application de l'art. 45 al. 3 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05). Une demande formelle de reconsidération pouvait être formulée, mais les sanctions ne pouvaient être réduites, voire levées que si l'entreprise signait le formulaire d'engagement à respecter les usages de son secteur d'activité, qu'elle acceptait au contrôle de

l'OCIRT et qu'elle était en mesure de prouver que les usages qui lui étaient applicables avaient été respectés.

- 8) L'OBA a eu connaissance de cette décision par le biais de sa diffusion. Si bien que, le 16 décembre 2015, il a adressé un pli recommandé à GINOX SA. Il se trouvait dans l'impossibilité de lui adjuger le marché de l'agencement de cuisine relatif à la cafétéria du CMU. Le département des finances avait en effet constaté que cette société figurait sur la liste de l'OCIRT des entreprises en infraction aux usages. Dès lors, le marché pour lequel GINOX SA avait déposé une offre, était attribué à Service Equipement Wescher SA pour un montant de CHF 289'028.90. Cette décision annulait et remplaçait celle qui lui avait été notifiée le 3 décembre 2015. Le courrier mentionnait les voies de droit disponibles pour la contester.
- 9) Le 16 décembre 2015, l'OBA a adressé un second courrier à GINOX SA pour l'informer qu'il n'avait plus la possibilité de prendre en compte les offres qu'elle pourrait déposer dans le cadre des marchés publics de l'État de Genève. En outre, il n'avait plus la possibilité de souscrire de nouveaux contrats, ni d'honorer de nouvelles factures. Dès lors, il résiliait tous les contrats en cours avec effet immédiat. Une liste des contrats concernés était annexée à ce courrier.
- 10) Par acte posté le 28 décembre 2015, mais reçu le 4 janvier 2016, GINOX SA a interjeté un recours auprès de la chambre administrative contre la décision du 16 décembre 2015 qu'elle avait reçu le 17 décembre 2015 qui révoquait la décision d'adjudication du 3 décembre 2015. Sur le fond, elle concluait à son annulation et au rétablissement de la décision d'adjudication du 3 décembre 2015. Préalablement, elle sollicitait la restitution de l'effet suspensif.

Elle avait été autorisée à soumissionner et n'avait pas été écartée de la procédure d'adjudication. Elle répondait donc à toutes les exigences imposées par le RMP et notamment respectait les usages locaux à la date de la décision d'adjudication. En outre, à la date du dépôt de son offre et durant toute la procédure d'adjudication, y compris à la date de la décision d'adjudication, elle ne faisait l'objet d'aucune mesure prononcée en application de l'art. 45 LIRT. En revenant sur sa décision d'adjudication, l'OBA avait violé le principe de la bonne foi. Subsidiairement, la décision du 8 décembre 2015 de l'OCIRT qui était postérieure à la décision d'adjudication du 3 décembre 2015, n'avait pas d'effet sur les adjudications antérieures.

La décision de lui retirer le marché public précité lui causait un préjudice extrêmement important par les conséquences financières catastrophiques qu'elle engendrait. En raison de la violation du principe de la bonne foi, son recours avait de grandes chances de succès. En outre, son intérêt privé à se voir réattribuer le marché public prévalait sur l'intérêt public à l'exécution du marché ou sur l'intérêt privé du nouvel adjudicataire.

- 11) Le 28 décembre 2015, Ginox a formellement requis de l'OCIRT qu'elle reconsidère sa décision du 8 décembre 2015 en lui transmettant tous les documents permettant de constater le respect des usages applicables au secteur d'activité de la métallurgie du bâtiment. Elle s'est en outre engagée à respecter les usages dudit secteur ait accepté de se soumettre au contrôle de l'OCIRT. En outre, par acte du même jour, elle a formé un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision du 8 décembre 2015 prises par l'OCIRT.
- 12) Par acte du 4 janvier 2016, le juge délégué a appelé en cause la société Wescher.
- 13) Le 11 janvier 2016, celle-ci a transmis sa détermination. Le 16 décembre 2015, l'OBA lui avait attribué le marché public considéré. Elle avait du souci en rapport avec les retards pris pour ce projet. Les délais de fabrication et de livraison pour certains équipements professionnels annoncés lors du dépôt de l'offre étaient de douze semaines à confirmation de la commande. Il était donc important de débloquer la situation afin qu'elle puisse passer les commandes auprès de ses fabricants, pour honorer le planning. Il était prévu une installation et livraison des cuisines la première quinzaine du mois de mars 2016. Sur le plan interne, le retard induisait pour leur société des désagréments dus à leur organisation interne. Elle demandait qu'il soit tenu compte de ses arguments dans la décision sur effet suspensif.
- 14) Le 15 janvier 2016, l'OBA a conclu au rejet du recours. Si la recourante avait effectivement fourni avec son offre une attestation de l'OCIRT certifiant qu'elle s'était engagée à respecter les usages en vigueur à Genève datée du 28 septembre 2015, entretemps, elle avait fait l'objet le 8 décembre 2015 d'une sanction qui n'avait pas d'effet suspensif et qui empêchait celle-ci de remplir les conditions pour être admise à soumissionner pour une collectivité publique. Cette décision du 8 décembre 2015 l'excluait pour une période de deux ans au plus et pouvait avoir des effets sur les adjudications et contrats en cours. En effet, il s'agissait d'un motif de révocation d'une adjudication au sens de l'art. 48 RMP.

La requête en restitution de l'effet suspensif devait être rejetée. En effet, si l'OBA ne pouvait pas rapidement signer le contrat avec Service Equipement Wescher SA, la cafétéria du CMU ne serait pas prête lors de la livraison du 4^{ème} étage aux utilisateurs, prévue le 26 février 2016. Les travaux devraient être exécutés en présence des collaborateurs, ce qui renchérirait les coûts et causerait des nuisances à ceux-ci. En outre, les réglages et ventilation ne pourraient pas être étalonnés en présence des installations de la cafétéria. Il était primordial, également pour l'adjudicataire, de conclure rapidement le contrat pour disposer des délais nécessaires à la livraison de l'ouvrage.

L'intérêt de la recourante n'était aucunement prépondérant. Celui-ci admettait en effet avoir été en tort vis-à-vis de l'OCIRT.

- 15) Le 18 janvier 2016, les parties ont été informées 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 l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) ; art. 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01); 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 1er avril 2011, et la jurisprudence citée).

Le droit des marchés publics a pour but d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires et de garantir l'égalité de traitement et l'impartialité de l'adjudication à l'ensemble de ceux-ci (art. 1 al. 3 let. a et b AIMP).

- 4) a Pour être admis à soumissionner et pouvoir prendre part à la procédure d'évaluation de leur offre, chaque soumissionnaire qui a déposé une offre, doit établir qu'il remplit les conditions d'une telle participation. Dans le canton de Genève, ses conditions sont énumérées à l'art. 32 RPM. Dans ce cadre, le soumissionnaire doit notamment fournir une attestation justifiant que la couverture du personnel en matière d'assurances sociales est assurée conformément à la législation en vigueur au siège du soumissionnaire et qu'il est à jour avec le paiement de ses cotisations (art. 32 al. 1 let. a RMP)). De même, pour le personnel appelé à travailler sur territoire genevois, il doit fournir soit une attestation certifiant qu'il est lié par la convention collective de travail de sa branche, applicable à Genève (art. 32 al. 1 let. b ch.1 RMP), soit qu'il a signé, auprès de l'office cantonal de l'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-accident et d'allocations familiales (art. 32 al. 1 let. b ch.2 RMP). Pour obtenir cette dernière attestation, il doit prendre connaissance auprès de l'office cantonal des usages locaux de sa profession (art. 32 al. 2 let. a RMP), signer un engagement officiel à respecter ses usages à l'égard de son personnel appelé à travailler sur territoire genevois (art. 32 al. 2 let. b RMP tout en remettant à l'autorité compétente chargée d'établir lors de la signature de cet engagement, les attestations mentionnées à l'art. 32 al. 1 let. a RMP. C'est l'OCIRT qui délivre cette attestation en tant qu'autorité compétente chargée d'établir les documents qui reflètent les conditions de travail prestations sociale en usage à Genève (art. 23 al. 1 LIRT. En outre, pour être valables, les attestations visées à l'art. 32 al. 1 RMP ne doivent pas être antérieures de plus de 3 mois à la date fixée pour leur production, sauf dans les cas où elles ont, par leur contenu, une durée de validité supérieure (art. 32 al. 3 RMP).
- 5) a. Pendant le déroulement de la procédure d'adjudication, une offre à laquelle les documents exigés à l'art. 32 RMP ne sont pas joints, est écartée d'emblée et le soumissionnaire exclu de la procédure (art. 42 al. 1 let. b RMP).
- b. Selon l'art. 48 RMP, une décision d'adjudication peut être révoquée lorsque l'un des motifs d'exclusion figurant à l'art. 42 est réalisé, dont les exigences générales de participation à un marché relative au respect des conditions sociales de travail, de paiement des impôts et des cotisations sociales (Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 230, n. 364) soit celles de l'art. 32 al. 1 RMP.

Dans l'exercice du droit de révoquer une décision d'adjudication, la doctrine reconnaît au pouvoir adjudicateur une liberté d'appréciation qu'il exerce dans le cadre d'une pesée des intérêts. D'une manière générale, pour déterminer si une telle mesure est proportionnée, il convient de prendre en considération le motif justifiant la mesure. Toutefois, la découverte de faits nouveaux importants postérieurs à l'adjudication, apparaît déterminante et devrait conduire à la

révocation. (Étienne POLTIER, op. cit., p. 232, n. 365, Bayeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, p. 262).

- 6) Toute entreprise soumise au respect des usages en vertu d'une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle doit en principe signer auprès de l'OCIRT un engagement de respecter les usages, lequel est de durée limitée (art. 25 al. 1 LIRT), soit trois mois (art. 40 al. 1 LIRT). Elle est réputée liée par un tel engagement dès l'instant où son personnel est amené à travailler sur un marché public (art. 25 al. 3 LIRT).

L'OCIRT est également compétent pour exercer le contrôle du respect des usages pour le compte du département de la sécurité et de l'emploi (ci-après : DSE). Les entreprises en infraction aux usages font l'objet de sanctions prévues à l'art. 45 LIRT.

Ainsi, à teneur de l'art. 45 al. 1 LIRT, lorsqu'une entreprise visée par l'art. 25 LIRT ne respecte pas les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage, l'OCIRT peut prononcer une décision de refus de délivrance de l'attestation visée à l'art. 25 LIRT, pour une durée de trois mois à cinq ans. Cette décision est exécutoire nonobstant recours (art. 45.1 let. a LIRT). L'OCIRT peut également prononcer l'exclusion de tout marché public pour une période de cinq ans (art. 45 al. 1 let. c LIRT). Une liste des entreprises faisant l'objet d'une décision exécutoire est établie, qui est accessible au public (art. 45 al. 3 LIRT). Dans le cadre du contrôle du respect des usages, l'employeur est tenu de collaborer avec l'OCIRT (art. 42 du règlement d'application de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 23 février 2005 - RIRT - J 1 05.01).

Dans le cadre du contrôle du respect des usages, l'employeur est tenu de collaborer avec l'OCIRT (art. 42 RIRT). Il doit notamment tenir à leur disposition ou fournir à leur demande toute pièce utile à l'établissement du respect des usages (art. 42 al. 2 RIRT). La sanction d'une violation de l'obligation de collaborer dans le délai imparti, notamment suite au prononcé d'un avertissement au sens de l'art. 42 A RIRT est le refus de délivrer l'attestation à l'employeur. En cas d'avertissement, au sens de la disposition précitée, s'il n'est pas donné suite dans les délais à la demande de l'OCIRT, celui-ci prononce les sanctions prévues à l'art. 45 al. 1 LIRT.

En l'espèce, la décision de révoquer l'adjudication du marché attribué à la recourante est fondée sur la décision de l'OCIRT sanctionnant cette dernière pour non-respect des usages en lui refusant de lui délivrer, pour une durée de deux ans, toute attestation permettant de soumissionner des marchés publics et l'excluant de tout marché public pour une période de deux ans. Cette décision est exécutoire, en application de l'art. 45 al. 1 let. a LIRT, mais aussi de l'art. 66 al. 1 LPA. La décision de l'OCIRT, même frappée à l'heure actuelle d'un recours, déploie donc ses effets. *Prima facie*, l'autorité intimée était fondée, en vertu de l'art. 48 RMP, à

révoquer sa décision d'attribuer le marché public à la recourante dès lors que celle-ci figurait sur la liste des entreprises qui ne respectaient pas ou plus les usages en vigueur à Genève en matière de rapport de travail. Prima facie également, elle se devait de le faire pour respecter l'égalité de traitement entre soumissionnaires, dès lors que l'obligation de respecter les usages perdure durant toute la durée du marché public et qu'elle ne pouvait pas de ce fait conclure le contrat d'exécution de sa décision d'adjudication dans ces conditions. S'agissant de l'effet suspensif, l'intérêt public de l'autorité intimée à poursuivre l'exécution du chantier sans attendre, en le réattribuant à l'autre entreprise soumissionnaire arrivée au 2^{ème} rang, prévaut sur l'intérêt privé de la recourante à suspendre les effets de cette décision pendant la durée de la procédure.

- 7) La requête en restitution de l'effet suspensif sera rejetée.

* * * * *

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer l'effet suspensif au recours interjeté par GINOX SA contre la décision de l'office des bâtiments du 16 décembre 2015 ;

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 jointes à l'envoi ;

communiquera le présent arrêt à Me Philippe Ciocca, avocat de GINOX SA, à l'office des bâtiments, ainsi qu'à Service Équipement Wescher SA.

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :