

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/709/2018-MARPU

ATA/588/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 12 juin 2018

dans la cause

DORIER SA

contre

**FONDATION DES IMMEUBLES POUR LES ORGANISATIONS
INTERNATIONALES**

EN FAIT

- 1) La Fondation des immeubles pour les organisations internationales (ci-après : FIPOI) est une fondation de droit privé à but non lucratif, créée par la Confédération suisse et la République et canton de Genève. Elle vise, notamment, à mettre des immeubles sis dans le canton de Genève à disposition de différents bénéficiaires institutionnels jouissant d'un statut privilégié conformément à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'État hôte (loi sur l'État hôte, LEH - RS 192.12).

La FIPOI est titulaire d'une servitude personnelle de superficie sur le Centre international de conférences (ci-après : CICG).

- 2) Le 15 janvier 2018, la FIPOI a fait paraître dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève ainsi que sur la plateforme Internet simap (site www.simap.ch) un appel d'offres en procédure ouverte, non soumis aux accords internationaux, pour un marché public intitulé « CICG – systèmes de conférences, rénovation et compléments » visant l'acquisition, l'installation et le service après-vente de matériels audio-visuels et d'interprétation pour le CICG.

Le ch. 1 du dossier d'appel d'offres précisait que le soumissionnaire devait posséder les compétences et aptitudes suivantes pour l'exécution du marché, sous peine d'exclusion de la procédure : a) remise des attestations et preuves requises dans l'annexe P2, b) trois références portant sur des travaux de complexité technique similaire réalisés dans les cinq dernières années (annexe Q8) et c) la preuve que l'entreprise dispose de ressources en personnel qualifié suffisantes (annexe R6). Le ch. 3.6 du dossier d'appel d'offres précisait que constituait un motif d'exclusion le fait de ne pas fournir les attestations exigées dans l'annexe P2, ces attestations ne devant pas être antérieures de plus de trois mois à la date fixée pour le dépôt de l'offre.

L'annexe P2 précitée énumérait les attestations requises devant obligatoirement être soumises. En remettant ces attestations, le soumissionnaire s'engageait à respecter les exigences y relatives pendant toute la durée de la procédure de soumission et d'exécution du marché. Le non-respect de ces conditions entraînait l'exclusion immédiate du soumissionnaire.

Les attestations requises devaient, notamment, justifier de ce que le personnel était assuré conformément à la législation en vigueur et que les paiements de cotisations étaient à jour, que l'impôt à la source était acquitté ou que l'employeur n'avait pas de personnel soumis à cet impôt et que, pour ce qui concernait le personnel appelé à travailler sur territoire genevois, le soumissionnaire était lié à la convention collective de travail ou au contrat-type de travail applicable à Genève ou 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 en vigueur à Genève dans la branche pour laquelle il soumissionnait.

Les offres devaient être déposées au plus tard le 12 février 2018.

- 3) Le marché est subventionné à concurrence de CHF 3'250'000.- par la Confédération.
- 4) Dorier SA a soumissionné dans le délai imparti pour le montant de CHF 4'778'850.-.

Elle n'a pas produit, dans les annexes requises, celles relatives aux assurances sociales, celles justifiant du paiement de l'impôt à la source, de la signature d'une convention collective de travail ou d'un contrat-type de travail applicable à Genève en rapport avec le marché mis en concurrence (annexe P2) ni celle prouvant qu'elle disposait de ressources en personnel qualifié suffisantes (annexe R6). Elle n'a produit que deux références dans l'annexe Q8.

- 5) Par décision du 19 février 2018, la FIPOI, se référant à l'art. 42 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), a exclu Dorier SA de la procédure d'attribution du marché, au motif qu'elle n'avait pas produit les attestations visées aux annexes P2 et R6 et ne justifiait que de deux au lieu de trois références.
- 6) Par acte déposé le 28 février 2018 à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), Dorier SA a recouru contre la décision d'exclusion précitée, concluant à ce que celle-ci soit « reconsidérée ». Elle n'avait pas eu le temps de produire les documents requis et s'en excusait. Elle annexait ces derniers à son courrier, de sorte que son dossier était désormais conforme aux exigences légales.
- 7) La FIPOI a été invitée à produire son dossier. Dans le délai imparti à cet effet, elle s'est exécutée et a, pour le surplus, conclu au rejet du recours.

Par courrier du 24 avril 2018, elle a informé la chambre de ce qu'elle avait procédé le 21 mars 2018 à l'adjudication du marché litigieux.

- 8) Dorier SA ne s'étant pas manifestée dans le délai imparti pour se déterminer à la suite du courrier précité de la FIPOI, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.
- 9) Aucune détermination n'a été requise de la FIPOI.

EN DROIT

- 1) Le marché public litigieux est assujéti au droit genevois des marchés publics non soumis aux traités internationaux (art. 8 al. 2 let. b de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 7 al. 1 let. c RMP).

La décision d'exclusion du marché public peut faire l'objet d'un recours auprès de l'autorité juridictionnelle cantonale (art. 15 al. 1 et al. 1bis let. d AIMP et 55 let. c RMP), soit à Genève la chambre de céans (art. 3 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 ; art. 56 al. 1 RMP ; art 132 al. 1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05). Le recours doit être adressé à celle-ci dans le délai légal de dix jours suivant la notification de la décision (art. 62 al. 1 let. b LPA, 15 al. 1 et 2 AIMP, 3 al. 1 L-AIMP et 56 al. 1 RMP).

En l'espèce, le recours a été interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente.

- 2) Aux termes de l'art. 65 LPA, l'acte de recours contient notamment, sous peine d'irrecevabilité, les conclusions du recourant (al. 1). À défaut, la juridiction saisie impartit un bref délai au recourant pour satisfaire à ces exigences (al. 2). Compte tenu du caractère peu formaliste de cette disposition, il convient de ne pas se montrer trop strict sur la manière dont sont formulées les conclusions du recourant, pourvu que la chambre administrative et la partie adverse puissent comprendre avec certitude les fins du recourant (ATA/533/2016 du 21 juin 2016 consid. 2b ; ATA/29/2016 du 12 janvier 2016 consid. 2b).

En l'espèce, bien que la recourante demande que la décision d'exclusion du marché public soit « reconsidérée » et ne conclut pas expressément à l'annulation de celle-ci, il ressort clairement de son acte qu'elle conteste ladite exclusion et conclut à ce que son offre soit réintégrée et évaluée. Il convient dès lors d'entrer en matière sur le recours.

- 3) La recourante conteste son exclusion du marché, au motif qu'elle n'avait pas eu le temps de produire l'ensemble des attestations requises. Celles-ci étant annexées à son recours, son offre répondait désormais aux exigences légales.

a. La procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires doit suivre des critères objectifs et vérifiables (art. 13 let. d AIMP). Les conditions pour être admis à soumissionner sont mentionnées aux art. 31 ss RMP. L'offre est écartée d'office lorsque le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non-conforme aux exigences ou au cahier des charges ou ne répond pas ou plus aux conditions pour être admis à soumissionner (art. 42 al. 1 let. a et b RMP). Les

offres écartées ne sont pas évaluées. L'autorité adjudicatrice rend alors une décision d'exclusion motivée (art. 42 al. 3 RMP).

Selon l'art. 32 al. 1 RMP, ne sont prises en considération que les offres accompagnées pour le soumissionnaire, notamment, d'attestations justifiant que la couverture du personnel en matière d'assurances sociales est assurée conformément à la législation en vigueur au siège du soumissionnaire et que ce dernier est à jour avec le paiement de ses cotisations (let. a), d'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, un engagement à respecter les usages en vigueur à Genève qui lui sont applicables (let. b) et d'une attestation de l'autorité fiscale compétente justifiant que le soumissionnaire s'est acquitté de ses obligations en matière d'impôt à la source retenu sur les salaires de son personnel ou qu'il n'a pas de personnel soumis à cet impôt (let.c).

b. Le droit des marchés publics est formaliste. L'autorité adjudicatrice doit procéder à l'examen de la recevabilité des offres et à leur évaluation dans le respect de ce formalisme, qui permet de protéger notamment le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires garanti par l'art. 16 al. 2 RMP (ATA/1446/2017 du 31 octobre 2017 ; ATA/490/2017 du 2 mai 2017 et les références citées).

Toutefois, l'interdiction du formalisme excessif, tirée de l'art. 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), interdit d'exclure une offre présentant une informalité de peu de gravité ou affectée d'un vice qui ne compromet pas sérieusement l'objectif visé par la prescription formelle violée (arrêts du Tribunal fédéral 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.1 ; 2D_50/2009 du 25 février 2010 consid. 2.4). Ainsi, des erreurs évidentes de calcul et d'écriture peuvent être rectifiées (art. 39 al. 2 RMP) et des explications peuvent être demandées aux soumissionnaires (art. 40 et 41 RMP). Le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires impliquent de ne procéder à ce type de questionnement que de manière restrictive. L'autorité adjudicatrice dispose d'un certain pouvoir d'appréciation quant au degré de sévérité dont elle désire faire preuve dans le traitement des offres (ATA/384/2018 du 24 avril 2018 ; ATA/490/2017 précité). L'interdiction du formalisme excessif ne l'oblige cependant pas à interpellier un soumissionnaire en présence d'une offre défailante (arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 précité consid. 6.5).

Ces principes valent notamment pour la phase d'examen de la recevabilité des soumissions, lors de laquelle l'autorité adjudicatrice examine si les offres présentées remplissent les conditions formelles pour participer à la procédure d'évaluation 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 matière d'attestations à produire, l'autorité adjudicatrice peut attendre du soumissionnaire qu'il présente les documents requis, rédigés d'une manière qui permette de déterminer, sans recherche complémentaire, si celui-ci remplit les conditions d'aptitude ou d'offre conformes à ce qui est exigé dans le cahier des charges (ATA/384/2018 précité consid. 3b et les références citées).

L'attribution des marchés publics suppose la réalisation de conditions qui peuvent se classer dans différentes catégories. En premier lieu figurent les exigences qui subordonnent l'accès à la procédure. Les entreprises soumissionnaires qui ne les remplissent pas voient leur offre exclue d'emblée. Font partie de cette catégorie, les critères d'aptitude ou de qualification (« Eignungskriterien ») qui servent à s'assurer que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché (art. 13 let. d AIMP). La loi pose aussi des principes qui doivent être respectés par toutes les entreprises qui soumissionnent, sous peine d'exclusion (conditions légales). Tel est le cas notamment du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail ou du respect de l'égalité de traitement entre femmes et hommes (art. 11 let. e et f AIMP), indépendamment du lien entre ces exigences et l'aptitude de l'entreprise à réaliser le marché (ATF 140 I 285 consid. 5.1 et les références citées).

c. Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Tel est le cas lorsque la solution retenue est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, si elle a été adoptée sans motif objectif ou en violation d'un droit certain. En outre, pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 138 I 232 consid. 6.2 ; 138 I 49 consid. 7.1 ; 137 I 1 consid. 2.4).

d. L'appel d'offres est une décision sujette à recours (art. 15 al. 1bis let. a AIMP ; 55 let. a RMP). Le soumissionnaire qui entend contester les conditions de l'appel d'offres doit le faire, pour des raisons de bonne foi, dans le cadre de l'appel d'offres et non plus au moment de la décision d'adjudication, sans quoi il est forclos (ATF 130 I 241 consid. 4.2 ; 125 I 203 consid. 3a ; ATA/112/2018 du 6 février 2018 consid. 5b).

- 4) En l'espèce, les exigences posées par l'entité adjudicatrice sous peine d'exclusion, à savoir notamment celles de produire une attestation relative à l'affiliation aux assurances sociales, une attestation de l'autorité fiscale justifiant du paiement de l'impôt à la source, une attestation justifiant de l'affiliation à la convention collective de travail ou d'un contrat-type de travail en vigueur à Genève dans la branche pour laquelle la soumission était prévue, sont des critères

à ranger dans la première catégorie telle qu'énoncée par le Tribunal fédéral, soit des exigences qui subordonnent l'accès à la procédure.

Ces critères répondent à la définition d'un critère d'aptitude devant permettre de garantir le respect des soumissionnaires à faire une offre tenant compte des impératifs légaux en matière d'obligations fiscales et de respect des conditions de travail des employés oeuvrant sur le marché concerné. Il s'agit de critères objectifs et vérifiables, de nature à justifier l'exclusion du marché.

Or, ces attestations n'ont pas été produites par la recourante avec le dossier de soumission. S'agissant d'un critère formel important, leur non-présentation pouvait, sans consacrer un formalisme excessif, fonder l'exclusion du marché. Le fait que, comme le fait valoir la recourante, elle n'aurait pas disposé du temps suffisant pour les produire ne peut être opposé dans la procédure d'exclusion. En effet, si la recourante avait estimé que le délai de production du dossier d'offre était trop bref, il lui aurait appartenu de le faire valoir dans un recours contre l'appel d'offres. Ne l'ayant pas fait, elle est forclosée pour s'en plaindre dans le présent recours.

Au vu de ce qui précède, l'exclusion de la recourante est dûment prévue par les art. 13 let. d AIMP, 33 et 42 al. 1 let. a et b RMP notamment. L'aspect obligatoire des exigences posées et la sanction appliquée en cas de non-respect de celles-ci, à savoir l'exclusion, étaient dûment mentionnés et mis en évidence tant dans l'appel d'offres que dans le dossier d'appel d'offres. Il ne s'agissait aucunement d'une condition d'adjudication, ce que la recourante ne prétend d'ailleurs pas, mais exclusivement d'une exigence subordonnant l'accès à la procédure au sens du chapitre III RMP.

Partant, manifestement mal fondé, le recours sera rejeté, sans échange d'écritures (art. 72 LPA).

- 5) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 28 février 2018 par Dorier SA contre la décision rendue par la Fondation des immeubles pour les organisations internationales le 19 février 2017 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge de Dorier SA ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

- par la voie du recours en matière de droit public :

si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics ;

s'il soulève une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF ;

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. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Dorier SA, à la Fondation des immeubles pour les organisations internationales, ainsi qu'à la Commission de la concurrence.

Siégeant : Mme Junod, présidente, M. Thélin, Mme Krauskopf, MM. Pagan et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

la présidente siégeant :

J. Poinsot

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :