

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/747/2012-MARPU

ATA/176/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 27 mars 2012

sur effet suspensif

dans la cause

MARCHAND & PARTNER S.A.

représentée par Me Jean-Rodolphe Fiechter, avocat

contre

**VILLE DE GENÈVE - DÉPARTEMENT DES CONSTRUCTIONS ET DE
L'AMÉNAGEMENT**

Attendu, en fait, que :

1. Le 1^{er} janvier 2012 sont entrés en vigueur les « Usages bureaux d'ingénieurs » (ci-après : UBI 2012) sur les conditions de travail dans la branche en question (www.ge.ch/relations-travail/usages/EnVigueur/doc/U_114201_d.pdf).
2. Le 10 janvier 2012, le département de l'aménagement et des constructions (ci-après : DAC) de la Ville de Genève (ci-après : la ville) a publié dans la Feuille d'Avis Officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) et sur le site Internet www.simap.ch un appel d'offres intitulé « Z.I. de Châtelaine - construction d'un EcoPôle (M125TI) ». La description plus détaillée du projet était libellée comme suit : « Développement de la zone industrielle de Châtelaine : Construction d'un EcoPôle (Incubateur et pépinière d'entreprises - Mandat comprenant les prestations complètes d'ingénieur civil - Phases 3,4, 5 du règlement SIA 103, édition 2003 ».

Le marché public, qui visait des prestations de construction (étude technique), était en procédure ouverte ; l'appel d'offres publié indiquait qu'il était soumis à l'accord (GATT/OMC) sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP - RS 0.632.231.422) et aux traités internationaux, de même qu'au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01). Le délai de clôture pour le dépôt des offres venait à échéance le 21 février 2012 à 11h00. Les justificatifs requis étaient ceux figurant dans le dossier d'appel d'offres.

Le montant estimé du marché était de CHF 800'000.-.

3. Le 10 janvier 2012, le DAC a également publié dans la FAO et sur le site Internet www.simap.ch un appel d'offres intitulé « Grand-Théâtre de Genève (M127TI) Ingénieur civil ». La description plus détaillée du projet était libellée comme suit : « Mandat d'ingénieur civil pour la rénovation du Grand Théâtre de Genève. Les travaux comprendront la reprise des éléments de façades et de toiture, la réalisation d'un doublage complet de la tour de scène avec création de locaux administratifs, la mise à niveau des installations techniques, la mise en conformité des installations et dispositifs de sécurité, la restauration du foyer historique, la rénovation des espaces liés à l'exploitation ».

Le marché public, qui visait des prestations de construction (étude technique), était en procédure ouverte ; l'appel d'offres publié indiquait qu'il était soumis à l'AMP et aux traités internationaux, de même qu'au RMP. Le délai de clôture pour le dépôt des offres venait à échéance le 21 février 2012 à 11h00. Les justificatifs requis étaient ceux figurant dans le dossier d'appel d'offres.

Le montant estimé du marché était de CHF 6'000'000.-.

4. Dans les deux cas, le dossier pouvait être obtenu sur le site www.simap.ch.

Il était précisé sous ch. 3.1 (remise des offres) que les attestations devaient, comme les offres, parvenir à l'autorité adjudicatrice au plus tard le 21 février 2012 à 11h00, mais sous pli fermé séparé.

La rubrique intitulée « bases légales » (ch. 4.1) précisait qu'étaient applicables, outre l'AMP et le RMP, l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0).

Dans le document B1 annexé au dossier, sous ch. 1, il était indiqué les attestations devant être produites, sous peine d'élimination de la procédure d'adjudication. L'une des attestations demandées devait certifier, pour le personnel appelé à travailler sur le territoire genevois, soit que le soumissionnaire était lié par la convention collective de travail (ci-après : la CCT) 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 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 accidents et d'allocations familiales.

5. Marchand & Partners S.A. (ci-après : la société) est une société anonyme sise à Berne, dont le but statutaire est l'exploitation d'un bureau d'ingénieurs actif dans la construction en béton, acier et bois, dans la construction de ponts, d'industries et d'exploitations souterraines, de même que dans la production de rapports d'expertise.

Le 18 février 2012, elle a soumis une offre dans le cadre des deux procédures d'appel d'offres précitées.

S'agissant de l'attestation visant les conditions de travail, la société, ignorant l'entrée en vigueur récente des UBI 2012 en tant que CCT applicable au canton de Genève, a inclus dans son dossier de soumission le contrat-cadre de travail (ci-après : le CCT) conclu au niveau national entre les sociétés d'architectes et les syndicats suisses de cadres et d'employés de commerce.

6. Le 21 février 2012 à 08h52, la responsable des soumissions du DAC a envoyé à la société un courriel. L'offre avait bien été reçue, mais il manquait encore : « attestation de l'OCIRT (téléphoner au numéro + 41 22 388 29 29, puis ratifier l'engagement, ensuite vous leur demandez une attestation OCIRT) (il faut fournir soit une CCT de GENEVE, soit l'OCIRT) ». Il était encore indiqué : « Vous pouvez me fournir ce document jusqu'à jeudi 23 février à 14:00 par FAX 022 418 20 31 ».
7. La société a signé le formulaire de l'OCIRT le jour même, soit le 21 février 2012.
8. Le lendemain, soit le 22 février 2012, la société a faxé ce document à l'OCIRT, avec diverses attestations, et en demandant à ce que son dossier soit traité en priorité.

Par courriel du 22 février à 15h34, la société a envoyé à la responsable des soumissions du DAC, en pièce jointe, le formulaire de l'OCIRT signé, a signalé qu'elle était en contact avec l'OCIRT, mais qu'il était impossible d'obtenir l'attestation demandée pour le 23 février, et a demandé une extension du délai accordé pour la fournir.

9. Le 23 février 2012, l'OCIRT a délivré l'attestation à la société.

Cette dernière a reçu l'attestation le lendemain 24 février 2012, et l'a envoyée par fax au DAC dans la journée.

10. Le 24 février 2012, le DAC a écrit à la société pour l'informer de ce que son offre avait été écartée, car l'attestation de l'OCIRT manquait à son dossier.

11. Par acte posté le 7 mars 2012, la société a interjeté recours contre cette décision auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative).

Préalablement, elle conclut à la restitution de l'effet suspensif au recours.

Sur le fond, elle conclut à l'annulation de la décision d'exclusion du 24 février 2012 et à sa réintégration dans la procédure d'appel d'offres.

La décision attaquée consacrait un formalisme excessif. La société avait remis un dossier complet le 18 février 2012. La ville avait eu raison de lui octroyer un délai supplémentaire pour soumettre l'attestation de l'OCIRT. La société avait signé le jour même le formulaire de l'OCIRT, mais c'était ce dernier qui n'avait pas établi l'attestation suffisamment à temps pour qu'elle soit remise dans le délai imparti, qui s'avérait dès lors un délai-alibi. La société avait de plus transmis avant l'écoulement du délai imparti le formulaire signé, en indiquant que selon l'OCIRT, l'émission de l'attestation prendrait un peu de temps. De ce fait, la condition posée par l'art. 32 RMP, à savoir que le soumissionnaire doit avoir signé, auprès de l'OCIRT, un engagement à respecter les usages de sa profession en vigueur à Genève, était pleinement remplie.

12. Le 19 mars 2012, le DAC a répondu sur l'effet suspensif, concluant au refus de restituer ce dernier.

En matière de marchés publics, le Tribunal fédéral admettait que la procédure soit extrêmement formaliste, admettant qu'il était possible d'exclure un soumissionnaire qui n'avait pas remis une attestation en temps utile. Les chances de succès du recours étaient dès lors nulles.

13. Sur ce, la cause a été gardée à juger sur la question de l'effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

1. Les recours, interjetés en temps utile devant l'autorité compétente, sont à première vue recevables (art. 15 al. 2 AIMP).
2. Par ailleurs, les deux causes A/747/2012 et A/748/2012 sont concomitantes, concernent les mêmes parties et portent sur les mêmes questions factuelles et juridiques ; il se justifie dès lors de joindre les deux causes, quand bien même elles ne portent pas sur le même marché public (art. 70 al. 1 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 pour autant qu'il 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 » (B. BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in J.-B. ZUFFEREY/H. 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/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. Par rapport à l'examen *prima facie* qui prévaut dans le cadre de l'estimation des chances de succès du recours, l'unique grief développé au fond se rapporte à la question du formalisme excessif du DAC quant au dépôt de l'attestation de l'OCIRT.

Même si la procédure en matière de marchés publics est formaliste (ATA/535/2011 du 30 août 2011 ; AT/102/2010 du 16 février 2010 consid. 7 et les arrêts cités), l'autorité adjudicatrice a donné en l'espèce, à la société recourante un délai supplémentaire pour réparer l'informalité liée au défaut d'attestation de l'OCIRT. Or, à première vue, ce délai n'était pas suffisant pour obtenir l'attestation en cause, puisque la société, qui a procédé auprès de l'OCIRT le jour même, ne s'est vu délivrer l'attestation qu'à l'expiration du délai. Dès lors, à ce stade, le recours n'apparaît pas dénué de chances de succès.

5. Par ailleurs, au vu de l'étape en cause de la procédure d'appel d'offres, aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'oppose à ce que la collectivité publique attende l'issue du contentieux relatif à l'exclusion de la société recourante, ladite

issue pouvant intervenir assez rapidement dès lors que l'intimée a d'ores et déjà présenté ses observations sur le fond du litige.

6. La restitution de l'effet suspensif sera dès lors accordée, le sort des frais de la procédure étant réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

ordonne la jonction des procédures A/747/2012 et A/748/2012 sous le numéro A/747/2012 ;

restitue 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 Jean-Rodolphe Fiechter, avocat de la recourante ainsi qu'à la Ville de Genève - département des constructions et de l'aménagement.

La présidente :

E. Hurni

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :