

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3632/2013-MARPU

ATA/716/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 9 septembre 2014

dans la cause

APROTEC SA

contre

OFFICE DES BÂTIMENTS

EN FAIT

- 1) Le 10 septembre 2013, l'office des bâtiments (ci-après : OBA) du département de l'urbanisme, entretemps transféré au sein du département des finances, a lancé un appel d'offres en procédure ouverte intitulé « Centre Médical Universitaire - CMU Etapes 5&6 - IUML - Rénovation CMU 1-4 - CFC 233.4 - Lustrerie de secours ». La description plus détaillée du projet était libellée comme suit : « Réalisation des étages 5&6 de la construction du Centre Médical Universitaire (CMU), restructuration des plateaux techniques de la Médecine légale et de l'Anatomie et rénovation du CMU 1 à 4. CFC 233.4 - Lustrerie de secours ». Cet appel d'offres a été publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 10 septembre 2013, ainsi que sur le site internet « www.simap.ch ».

Le délai de clôture était fixé au 22 octobre 2013. Seules les offres arrivées dans ce délai, signées, datées et complètes seraient prises en compte. Le marché était soumis à l'Accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP - RS 0.632.231.422) et aux accords internationaux. Le lieu de l'exécution était à Genève.

Le point 3.1 posait les conditions de participation. Ne seraient retenues que les offres émanant de soumissionnaires respectant les usages locaux, qui payaient les charges sociales conventionnelles selon l'art. 32 du règlement cantonal sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) et qui apportaient la preuve qu'ils exerçaient une activité en rapport quant à sa nature et à son importance avec celle dont relevait le marché concerné (diplôme, certificat, maîtrise, inscription au registre du commerce ou sur un registre professionnel). L'appel d'offres étant soumis à l'AMP, tous les soumissionnaires établis en Suisse ou dans un État signataire de l'AMP qui offrait la réciprocité aux entreprises suisses pouvaient y participer.

Le point 4.7 comportait l'indication des voies de recours. Ledit appel d'offres pouvait faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) dans un délai de dix jours à compter de sa publication dans la FAO.

- 2) Le dossier d'appel d'offres relatif au marché susmentionné apportait les précisions suivantes :

Le marché était soumis à la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02), à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), ainsi qu'à ses directives d'exécution, de même qu'à 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). L'offre était recevable si elle était arrivée dans le délai imposé, dans la forme et à l'adresse fixée, et si elle provenait d'un soumissionnaire dont le siège social se trouvait dans un pays offrant la pleine réciprocité aux soumissionnaires suisses en matière d'accès à leurs marchés publics (ch. 3.3 du dossier d'appel d'offres). Une fois la recevabilité de l'offre vérifiée, l'adjudicateur procédait à une vérification plus approfondie portant sur les attestations, preuves et documents d'une durée de validité de trois mois au plus demandés par l'adjudicateur accompagnant l'offre. La vérification de ces éléments pouvait conduire à l'exclusion du soumissionnaire (ch. 3.6 du dossier d'appel d'offres).

Une annexe P2 (fiche genevoise de demande des attestations) liée aux éléments d'appréciation de l'offre devait être remplie. Selon ce document, le soumissionnaire avait l'obligation de soumettre dans le même délai que le dépôt de l'offre, sous peine d'exclusion immédiate de la procédure, une attestation certifiant, pour le personnel appelé à travailler sur territoire genevois, soit que le soumissionnaire était lié par la convention collective de travail de sa branche, 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. Le délai de validité de ladite attestation devait être de trois mois au plus.

- 3) Arotec SA (ci-après : Arotec) est une société anonyme sise à Carouge, et inscrite au registre du commerce de Genève depuis le 19 décembre 1980. Son but statutaire est l'achat, la vente, l'établissement de projets, la représentation et l'octroi de patentes sur la base de licences, dans le domaine des machines, instruments et appareils de toutes sortes. Monsieur Daniel VALLON est l'un des administrateurs avec signature collective à deux et Monsieur Jean-Marc BOCQUET possède une procuration collective à deux.
- 4) Le 21 octobre 2013, Arotec a soumis une offre pour le marché public en question pour un montant de CHF 546'480.- toutes taxes comprises.
- 5) Selon le procès-verbal d'ouverture des offres, des trois soumissionnaires, seule Arotec n'avait pas fourni l'attestation relative au personnel appelé à travailler sur le territoire genevois.
- 6) Par décision du 7 novembre 2013, l'OBA a écarté l'offre d'Arotec.

Il manquait à son dossier l'attestation certifiant, pour le personnel appelé à travailler sur le territoire genevois, soit que le soumissionnaire était lié par la convention collective de travail de sa branche, applicable à Genève, soit qu'il avait signé, auprès de l'OCIRT, un engagement à respecter les usages de sa profession en vigueur à Genève.

Ladite décision pouvait être contestée dans un délai de dix jours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative).

- 7) Par acte du 12 novembre 2013, signé par M. BOCQUET, Aprotéc a recouru contre cette décision auprès de la chambre administrative et conclu à son annulation. Elle n'a pas sollicité l'octroi de l'effet suspensif.

Depuis près de soixante ans qu'elle contribuait à la construction et au développement du canton de Genève, elle avait toujours assumé ses responsabilités sociales envers ses employés. Elle était très surprise de constater que l'attestation de l'OCIRT ne figurait pas dans son offre et l'annexait à son écriture. En période de crise, il était essentiel pour sa pérennité de pouvoir participer à cet appel d'offres.

- 8) Le 18 novembre 2013, Aprotéc a remis, sur demande du juge délégué, son recours signé à la fois par M. BOCQUET et M. VALLON.

- 9) Le 18 décembre 2013, l'OBA a conclu au rejet du recours.

L'art. 32 al. 1 RMP ainsi que l'annexe P2 du dossier d'appel d'offres rappelaient l'obligation légale de produire l'attestation relative au personnel appelé à travailler sur le territoire genevois. Il n'était pas excessif d'écarter une offre au motif qu'une attestation requise n'était pas produite, mais une telle exclusion respectait au contraire le principe de l'égalité de traitement. L'attestation de l'OCIRT produite par Aprotéc dans le cadre de son recours était tardive.

- 10) Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Le marché public litigieux est soumis à l'AMP, à l'AIMP, au RMP, à la L-AIMP, ainsi qu'à la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) et à la LMI.
- 2) a. En vertu des art. 15 al. 1 AIMP, 3 al. 1 L-AIMP et 56 RMP, les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours adressé à la chambre administrative dans les dix jours dès la notification de la décision.

Les décisions d'exclusion sont notamment sujettes à recours (art. 15 al. 1^{bis} let. d AIMP ; art. 55 let. c RMP).

Le recours n'a en principe pas d'effet suspensif (art. 58 al. 1 RMP). Il peut être accordé par la chambre administrative pour autant que le recours paraisse

suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 58 al. 2 RMP). Le contrat ne peut être conclu avec l'adjudicataire que si la chambre administrative n'a pas accordé au recours l'effet suspensif (art. 46 RMP). Selon l'art. 18 al. 2 AIMP, lorsque le contrat est déjà conclu, l'autorité qui admet le recours ne peut que constater le caractère illicite de la décision. Si cette illicéité est prononcée, le recourant peut demander la réparation de son dommage, limitée aux dépenses qu'il a subies en relation avec les procédures de soumissions et de recours (art. 3 al. 3 L-AIMP).

Ont notamment qualité pour recourir les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée (art. 60 al. 1 let. a LPA), si elles sont touchées directement par une décision et ont un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 60 al. 1 let. b LPA). Selon la jurisprudence, un intérêt digne de protection suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATA/688/2014 du 26 août 2014 et les références citées). Le soumissionnaire exclu, même lorsque le contrat a déjà été conclu, conserve un intérêt actuel à recourir contre la décision d'adjudication au sens de l'art. 60 let. b LPA, son recours étant à même d'ouvrir ses droits à une indemnisation (ATA/503/2014 du 1^{er} juillet 2014 et la référence citée).

b. En l'espèce, interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue.

L'effet suspensif n'ayant pas été demandé par la recourante, la procédure d'adjudication a continué, et le contrat a dès lors été conclu avec un autre adjudicataire.

En tant que soumissionnaire exclue, bien que le contrat ait été déjà conclu, la recourante conserve, selon la jurisprudence, un intérêt actuel à recourir contre la décision d'adjudication, car son recours lui permet d'obtenir une indemnisation éventuelle (ATA/503/2014 précité). Elle dispose donc de la qualité pour recourir.

3) a. Selon l'art. 65 al. 1 LPA, l'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant. En outre, il doit contenir l'exposé des motifs ainsi que l'indication des moyens de preuve. Les pièces dont dispose le recourant doivent être jointes. À défaut, la juridiction saisie impartit un bref délai au recourant pour satisfaire à ces exigences, sous peine d'irrecevabilité (art. 65 al. 2 LPA).

b. Même dans le contexte des marchés publics et de leurs règles matérielles formalistes, il convient de ne pas se montrer trop strict. Cette disposition autorise une certaine souplesse dans la formulation des conclusions, notamment si le recourant agit en personne. Le fait que ces dernières ne ressortent pas expressément de l'acte de recours n'est pas en soi un motif d'irrecevabilité, pourvu que la chambre administrative et la partie adverse puissent comprendre

avec certitude les fins du recourant (ATA/503/2014 précité et les références citées).

c. L'exigence de motivation de l'art. 65 al. 2 LPA a pour but de permettre à la juridiction administrative de déterminer l'objet du litige qui lui est soumis et de donner l'occasion à la partie intimée de répondre aux griefs formulés à son encontre. Elle signifie que le recourant doit expliquer en quoi et pourquoi il s'en prend à la décision litigieuse (ATA/361/2014 du 20 mai 2014 et les références citées).

d. En l'espèce, la recourante prend des conclusions tendant à l'annulation de la décision d'exclusion dans son acte de recours. Ce dernier comporte une motivation succincte mais suffisante, ce d'autant que la recourante agit en personne. Le recours est par conséquent recevable sur ce point également.

- 4) La recourante conteste la décision d'exclusion, car elle estime avoir toujours assumé ses responsabilités sociales envers ses employés, la participation au marché litigieux étant essentielle pour elle.

Selon l'art. 42 al. 1 let. a 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. L'art. 32 al. 1 let. b RMP dispose que seules sont prises en considération les offres accompagnées, pour les soumissionnaires et les sous-traitants, des documents suivants, parmi lesquels figure l'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 (ch. 1), soit qu'il a signé, auprès de l'office cantonal, 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 (ch. 2).

Lorsque le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non-conforme aux exigences ou au cahier des charges, l'offre est écartée d'office (art. 42 al. 1 let. a RMP). Selon l'art. 42 al. 3 RMP, 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.

La chambre de céans a déjà jugé que le droit des marchés publics était formaliste et que c'est dans le respect de ce formalisme que l'autorité adjudicatrice doit procéder à l'examen de la recevabilité des offres et à leur évaluation. Elle s'est toujours montrée stricte dans ce domaine (ATA/361/2014 du 20 mai 2014 consid. 6 et les références citées), ce que le Tribunal fédéral a constaté mais confirmé (arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.5).

En l'espèce, la recourante s'étonne que l'attestation relative au personnel appelé à travailler sur le territoire genevois ne figure pas dans l'offre pour le marché litigieux qu'elle a envoyée à l'autorité adjudicatrice dans le délai fixé à cet effet. Aucun élément du dossier ne permet cependant de retenir qu'elle y a effectivement figuré.

Ce n'est que dans le cadre de la présente procédure que la recourante a fourni ladite attestation, soit bien au-delà du délai. Ni la réglementation, ni la jurisprudence ne prévoyant de faits justificatifs, il appartient aux entreprises soumissionnaires de s'organiser de manière à pouvoir rendre leur offre complète dans le délai. Partant, ni le principe de la proportionnalité ni celui de l'interdiction du formalisme excessif ne commandaient d'accepter l'offre, de sorte que c'est à juste titre que l'autorité adjudicatrice a exclu la recourante du marché litigieux.

- 5) Compte tenu de ce qui précède, le recours sera rejeté. Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). 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 12 novembre 2013 par Aprotéc SA contre la décision de l'office des bâtiments du 7 novembre 2013 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge d'Aprotéc 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 ;

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

communique le présent arrêt à Aprotéc SA, à l'office des bâtiments ainsi que, pour information, à la commission de la concurrence.

Siégeants : M. Thélin, président, MM. Dumartheray et Verniory, Mme Payot Zen-Ruffinen, M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :