

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4174/2017-MARPU

ATA/1446/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 31 octobre 2017

dans la cause

SHOW THEATRE EQUIPMENT TREKWERK BV

contre

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

EN FAIT

- 1) Le 3 juillet 2017, la Ville de Genève, département des constructions et de l'aménagement (ci-après : la ville) a publié, dans la feuille d'avis officielle du canton de Genève, un appel d'offres en procédure ouverte soumise à l'accord GATT/OMC, respectivement aux accords internationaux concernant la serrurerie, machinerie, menuiserie scénique de la Nouvelle Comédie.

Le cahier de soumission rappelait que pour participer à l'appel d'offres, chaque soumissionnaire devait produire différents documents en application de l'art. 32 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), en particulier une attestation certifiant, pour le personnel appelé à travailler sur le 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 de l'inspection et des relations du travail (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 ».

Il était en outre indiqué : « si le soumissionnaire prouve que les documents exigés par l'autorité adjudicatrice n'existent pas à son siège, des moyens de preuve équivalents peuvent être acceptés ».

Les offres devaient être déposées avant le 28 septembre 2017 à 14 heures.

- 2) La société néerlandaise Show Theatre Equipment Trekwerk bv (ci- après : Trekwerk) a soumis, le 25 septembre 2017 à la ville une offre.
- 3) À sa réception, soit le jour même, la ville a adressé à Trekwerk un courrier électronique. L'attestation de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), qui n'avait pas été produite, devait l'être avant le 28 septembre à 14 heures.
- 4) Par décision du 2 octobre 2017, la ville a exclu Trekwerk de la procédure d'appel d'offres. L'attestation de l'OCIRT n'avait pas été produite dans le délai.
- 5) Par courrier du 11 octobre 2017, adressé à la ville, Trekwerk a recouru contre la décision précitée.

À la lecture de l'indication selon laquelle, lorsqu'un document exigé n'existait pas au siège du soumissionnaire un moyen de preuve équivalent pouvait être accepté, elle avait compris qu'elle n'avait pas à produire d'attestation de l'OCIRT, mais avait remis en lieu et place une copie de sa propre convention collective.

À réception du courrier électronique du 25 septembre 2017, elle avait requis de l'OCIRT l'attestation concernée et signé, le 27 septembre 2017, l'engagement en question. Elle n'avait toutefois reçu la réponse de l'OCIRT que le 4 octobre 2017, qu'elle avait immédiatement transmise, par courrier électronique, à la ville.

- 6) Le 17 octobre 2017, la ville a transmis le recours de Trekwerk à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative). Elle a de plus transmis, à la demande de cette chambre, son dossier, le 23 octobre 2017.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue (art. 15 al. 1bis let. d et al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 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 ; art. 56 al. 1 RMP ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ – E 2 05).
- 2) L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP). Il vise à harmoniser les règles de passation des marchés, ainsi qu'à transposer les obligations découlant de l'accord GATT/OMC et de l'accord entre la communauté européenne et la Confédération suisse (art. 1 al. 2 AIMP). Il poursuit plusieurs objectifs, soit assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. a AIMP), garantir l'égalité de traitement entre ceux-ci et assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 3 let. b AIMP), assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) et permettre l'utilisation parcimonieuse des données publiques (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, notamment let. a et b).
- 3) Ne sont prises en considération par le pouvoir adjudicateur que les offres accompagnées, pour le soumissionnaire et ses sous-traitants, d'une part, à teneur de l'art. 32 al. 1 let. a RMP, 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, d'autre part, à teneur de l'art. 32 al. 1 let. b

RMP, soit 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'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.

- 4) En vertu de l'art. 42 al. 1 let. b RMP, l'offre est écartée d'office lorsque le soumissionnaire ne répond pas aux conditions pour être admis à soumissionner ; 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).
- 5) Le droit des marchés publics est formaliste, comme la chambre de céans l'a déjà rappelé à plusieurs reprises et 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 (ATA/420/2016 du 24 mai 2016 consid. 5c ; ATA/1216/2015 du 10 novembre 2015 consid. 5b ; ATA/129/2014 du 4 mars 2014 consid. 3 ; ATA/535/2011 du 30 août 2011 consid. 5).

L'interdiction du formalisme excessif, tirée de la garantie à un traitement équitable des administrés énoncée à 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. C'est dans ce sens que des erreurs de calcul et d'écriture peuvent être rectifiées (art. 39 al. 2 RMP) et que des explications peuvent être demandées aux soumissionnaires relatives à leurs aptitudes et à leurs offres (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, et seulement lorsque l'offre est, au demeurant, conforme aux conditions de l'appel d'offres (Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, in *Droit des marchés publics*, 2002, p. 110 ; Olivier RODONDI, *La gestion de la procédure de soumission in Droit des marchés publics*, 2008, p. 186 n. 63).

Les principes précités valent également pour la phase d'examen de la recevabilité des soumissions (Olivier RODONDI, *op. cit.*, p. 186 n. 65). Lors de celle-ci, l'autorité adjudicatrice doit examiner si les offres présentées remplissent les conditions formelles pour participer à la procédure d'évaluation proprement dite 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 outre, en matière d'attestation, l'autorité adjudicatrice peut attendre d'un soumissionnaire qu'il présente les documents requis, rédigés d'une manière qui permette de déterminer, sans recherche complémentaire, interprétation ou

extrapolation, si celui-ci remplit les conditions d'aptitude ou d'offre conformes à ce qui est exigé dans le cahier des charges (ATA/1216/2015 précité consid. 5c ; ATA/291/2014 du 29 avril 2014 consid. 5, confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 2C_418/2014 du 20 août 2014 ; ATA/102/2010 du 16 février 2010, confirmé par arrêts du Tribunal fédéral 2C_197/2010 et 2C_198/2010 du 30 avril 2010). Dans l'hypothèse où des documents sont manquants à réception de l'offre, il convient d'en considérer l'importance eu égard au dossier dans son ensemble (ATA/1216/2015 précité consid. 5c ; ATA/79/2008 du 19 février 2008 consid. 4 ; ATA/250/2006 du 9 mai 2006 consid. 4 ; Denis ESSEIVA, DC 2/2002 p. 77-78).

La chambre de céans s'est toujours montrée stricte dans ce domaine (ATA/420/2016 précité consid. 5c ; ATA/291/2014 précité consid. 5 ; ATA/535/2011 précité consid. 6 ; ATA/150/2006 du 14 mars 2006, notamment), ce que le Tribunal fédéral a constaté mais confirmé (arrêts du Tribunal fédéral 2C_418/2014, 2C_197/2010 et 2C_198/2010 précités), la doctrine étant plus critique à cet égard (Olivier RODONDI, op. cit., p. 186 n. 64 et p. 187 n. 66).

- 6) En l'occurrence, la recourante admet que, dans le délai imparti pour le dépôt des offres, elle n'a pas fourni l'attestation de l'OCIRT, requise pour fonder son droit de participer à la phase d'examen des soumissions. En l'absence de ce document, le pouvoir adjudicateur était en droit de prononcer son exclusion du marché en vertu de l'art. 42 al. 1 RMP. Le fait que la recourante, à cause d'une mauvaise compréhension du dossier d'appel d'offres – lequel n'était pourtant pas équivoque – n'ait pas été en mesure de produire ce document dans le délai ne saurait l'excuser. Il lui incombait en effet de prendre toutes dispositions pour se le procurer dans un délai lui permettant de le joindre à son offre avant la fin du délai de dépôt.
- 7) Manifestement mal fondé, le recours sera rejeté sans qu'il y ait besoin d'ouvrir une instruction (art. 72 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 8) Vu l'issue du recours, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée.

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 11 octobre 2017 par Show Theatre Equipment Trekwerk bv contre la décision de la Ville de Genève du 2 octobre 2017 prononçant son exclusion de la procédure ouverte lancée le 3 juillet 2017 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge de Show Theatre Equipment Trekwerk bv ;

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 Show Theatre Equipment Trekwerk bv, à la Ville de Genève, département des constructions et de l'aménagement, ainsi qu'à la commission de la concurrence (COMCO).

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, M. Thélin, Mmes Krauskopf et Junod, M. Pagan.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

K. De Lucia

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :