

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3970/2017-MARPU

ATA/384/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 24 avril 2018

dans la cause

JOSEF MEYER STAHL UND METALL AG

contre

OFFICE DES BÂTIMENTS

EN FAIT

- 1) Le 28 juillet 2017, le département des finances de la République et canton de Genève, soit pour lui l'office des bâtiments (ci-après : OBA), 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, soumis aux accords internationaux, pour un marché public de travaux de façades métalliques, fenêtres et portes extérieures du bâtiment de stationnement des troupes.
- 2) L'art. 3.1 de l'avis d'appel d'offres précisait que seules seraient retenues les offres de soumissionnaires qui respectaient les usages locaux et, en particulier, payaient les charges sociales prévues selon l'art. 32 du règlement cantonal sur la passation des marchés publics (RMP - L 6 06.01). Les garanties à fournir étaient celles visées à l'art. 32 RMP (art. 3.2 de l'appel d'offre). À cet effet, l'annexe P2+ du dossier d'appel d'offres 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 applicable à Genève (ci-après : CCT-GE) ou qu'il ait 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.

- 3) Josef Meyer Stahl und Metall AG (ci-après : Josef Meyer) a soumissionné dans le délai imparti. Elle n'a pas produit, dans les annexes requises, l'attestation justifiant du paiement de l'impôt à la source. Elle a produit une attestation justifiant de ce qu'elle était liée par la convention collective de travail pour le secteur suisse de la serrurerie, de la construction métallique, des machines agricoles, de la forge et de la construction d'acier (ci-après : CCT-CH).
- 4) Par décision du 20 septembre 2017, l'OBA a exclu Josef Meyer de la procédure d'attribution du marché, car elle n'avait pas produit l'attestation de l'autorité fiscale justifiant du paiement de l'impôt à la source et qu'elle n'était pas liée par la CCT-GE ni n'avait signé d'engagement avec l'OCIRT visant au respect des usages en vigueur à Genève. La CCT-CH n'était pas applicable à Genève.

- 5) Par acte expédié le 27 septembre 2017 à la chambre administrative de la Cour de justice, Josef Meyer a recouru contre la décision d'exclusion précitée, concluant à ce qu'elle soit « reconsidérée ». Elle a exposé qu'elle occupait, certes, du personnel imposé à la source, mais n'avait pas prévu d'en employer dans le projet pour lequel elle avait soumissionné. Elle annexait l'attestation de l'autorité fiscale justifiant du paiement dudit impôt. Par ailleurs, elle avait joint l'attestation de la commission paritaire nationale pour les métiers du métal (ci-après : CPNM), attestant du fait qu'elle en était membre et respectait ainsi la CCT-CH.
- 6) L'OBA a conclu au rejet du recours.
- 7) Par courrier du 12 décembre 2017, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Le marché public litigieux est principalement soumis à l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0.632.231.422), à l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68), à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), 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), au RMP ainsi qu'à la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

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 administrative de la Cour de justice (art. 3 L-AIMP ; 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 conclue 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 à produire l'attestation fiscale justifiant du paiement de l'impôt à la source, dès lors qu'elle n'entendait pas employer du personnel qui y serait soumis sur le marché public en question. Elle joignait à toutes fins utiles néanmoins l'attestation requise. Par ailleurs, elle était membre de la CPNM, ce dont elle avait déjà justifié, respectant ainsi la CCT-CH.

a. Pour être considérées en vue de l'adjudication, les soumissions doivent être conformes, au moment de leur ouverture, aux conditions essentielles spécifiées dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres, et avoir été déposées par un fournisseur remplissant les conditions de participation (art. XIII al. 4 let. a AMP). 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, dans sa teneur au moment de l'appel d'offre litigieux, n'étaient prises en considération que les offres accompagnées pour le soumissionnaire, notamment, 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 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 (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. À cet égard, 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/490/2017 précité ; ATA/175/2016 du 23 février 2016). L'interdiction du formalisme excessif n'oblige cependant pas le pouvoir adjudicateur à interpellier un soumissionnaire en présence d'une offre défailante (arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 du 30 avril 2010 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/1446/2017 précité ; ATA/490/2017 précité ; ATA/1216/2015 du 10 novembre 2015 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 (cf. 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).

- 4) En l'espèce, les exigences posées par l'autorité adjudicatrice sous peine d'exclusion, à savoir celles de produire une attestation de l'autorité fiscale justifiant du paiement de l'impôt à la source ainsi que de justifier de l'affiliation à la CCT-GE ou d'un engagement pris auprès de l'OCIRT visant au respect des usages 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, l'attestation fiscale requise n'a pas été produite par la recourante avec le dossier de soumission. S'agissant d'un critère formel important, sa non-présentation pouvait, sans consacrer un formalisme excessif, fonder l'exclusion du marché. Le fait que, comme le fait valoir la recourante, elle n'entendait pas employer de travailleurs soumis à l'impôt anticipé ne la dispensait pas de produire une attestation formelle certifiant qu'elle s'était acquittée de ses obligations en matière d'impôt à la source retenu sur les salaires de son personnel ou qu'elle n'avait pas de personnel soumis à cet impôt. La présentation d'une telle attestation avait, en effet, expressément été requise.

Par ailleurs, la recourante ne s'est pas conformée non plus à l'exigence de l'autorité adjudicatrice de produire une attestation de son affiliation à la CCT-GE ou, à défaut, de son engagement envers l'OCIRT à respecter les usages en vigueur à Genève dans la branche pour laquelle elle soumissionnait. Elle a, certes, prouvé par pièce, dans le délai de soumission, qu'elle était liée par la CCT-CH. L'art. 2 al. 1 de l'arrêté du Conseil fédéral du 22 mai 2014 étendant le champ d'application de la CCT-CH exclut toutefois cette extension au canton de Genève.

L'attestation produite par la recourante ne répondait ainsi pas à l'exigence posée en la matière par l'autorité adjudicatrice. La recourante n'a pas produit d'autre attestation, justifiant soit de son affiliation à la CCT-GE soit de son engagement auprès de l'OCIRT, telle qu'elle était spécifiée tant dans l'appel d'offre qu'à l'art. 32 al. 1 let. b RMP.

Par conséquent, l'exclusion de la recourante est dûment prévue par les art. XIII al. 4 let. a AMP, 13 let. d AIMP, 33 et 42 al. 1 let a et b notamment RMP. 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, le recours est mal fondé et sera ainsi rejeté.

- 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 27 septembre 2017 par Josef Meyer Stahl und Metall AG contre la décision d'exclusion du 20 septembre 2017 du département des finances ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge de Josef Meyer Stahl und Metall AG ;

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 Josef Meyer Stahl und Metall AG, à l'office des bâtiments, 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 :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :