

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/952/2016-MARPU

ATA/732/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 30 août 2016

dans la cause

LEDIXA SÀRL

contre

OFFICE DES BÂTIMENTS

EN FAIT

1. Le 2 février 2016, le département des finances (ci-après : DF), soit pour lui l'office des bâtiments (ci-après : OBA) a lancé un appel d'offres en procédure ouverte, portant sur des travaux d'assainissement, soit la lustrerie du collège Claparède.
2. L'appel d'offres, publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO), faisait mention des conditions de participation à remplir à son chiffre 3.1, notamment le paiement des charges sociales conventionnelles conformément à la réglementation cantonale.
3. L'annexe P2+ était jointe au dossier d'appel d'offres, laquelle listait les attestations à fournir en même temps que le dépôt de l'offre, sous peine d'exclusion immédiate en cas de défaut. La liste comprenait notamment:
 - les attestations justifiant que le personnel était assuré conformément à la législation en vigueur et que le paiement des primes était à jour ;
 - l'attestation de l'autorité fiscale compétente justifiant que le soumissionnaire s'était acquitté de ses obligations en matière d'impôt à la source retenu sur les salaires de son personnel ;
 - 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 applicable à Genève dans la branche pour laquelle il soumissionnait, 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 en vigueur à Genève dans la branche pour laquelle il soumissionnait.
4. L'OBA a reçu huit offres, dont celle de Ledixa Sàrl (ci-après : Ledixa), société basée à Romanel-sur-Lausanne, dont le but social est le commerce de matériel électrique et électronique.

L'offre remise à l'OBA, le 26 février 2016, comprenait :

- un extrait de compte de la caisse AVS de la Fédération patronale vaudoise (ci-après: FPV) faisant état de divers paiements de primes d'assurances ;
- une facture de la FPV du 11 février 2016 mentionnant un solde en faveur de cette dernière de CHF 4'188.25.- ;
- un tableau de synthèse indiquant le montant dû par Ledixa au titre d'impôt à la source ;

- une proposition de police d'assurance accident d'Axa Winterthur (ci-après : Axa).

5. Par décision du 16 mars 2016, l'OBA a écarté l'offre de Ledixa, au motif que son dossier était incomplet. Il manquait toutes les attestations requises dans la loi et dans l'annexe P2+.

6. Par acte posté le 24 mars 2016, Ledixa a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision, concluant à la réévaluation de son dossier.

Elle avait remis tous les documents attestant que la société était saine et affiliée aux différentes caisses et aux assurances obligatoires et qu'elle s'acquittait des cotisations sociales et des primes. Elle ignorait qu'elle devait transmettre des attestations émises directement par les caisses d'assurance, ce qui n'était pas précisé dans l'appel d'offres.

Dans le cadre de son écriture, Ledixa a produit trois attestations :

- une attestation de la FPV indiquant que la société payait régulièrement ses charges sociales ;
- une attestation d'Axa certifiant que l'ensemble du personnel de ladite société était couvert en cas d'accident ;
- une attestation d'adhésion à la fondation de prévoyance professionnelle d'Axa.

7. Par observations du 22 avril 2016, l'OBA a conclu, « sous suite de frais et dépens », au rejet du recours.

Les pièces produites par la recourante ne démontraient pas qu'elle était à jour dans le paiement de ses primes, que ce soit en faveur de la caisse AVS ou en faveur de l'assurance-accident. Par ailleurs, le contenu du document concernant l'impôt à la source ne prouvait pas son paiement effectif. Enfin, l'attestation relative au paiement de la LPP manquait.

Le dossier de la recourante avait donc été écarté car il était incomplet, et partant ne remplissait ni les exigences légales, ni celles des conditions générales de l'appel d'offres.

8. La cause a été gardée à juger le 23 mai 2016.

EN DROIT

1. a. Le marché public litigieux est soumis à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), 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), ainsi qu'à la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

b. La chambre administrative est l'autorité compétente pour connaître des recours contre les décisions du pouvoir adjudicateur en matière de marchés publics (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).

Les art. 15 al. 1 et al. 1bis let. e AIMP et 55 let. c RMP disposent que la décision d'exclusion du marché public peut faire l'objet d'un recours auprès de l'autorité juridictionnelle cantonale.

En vertu des art. 62 al. 1 let. b LPA, 15 al. 1 et 2 AIMP, 3 al. 1 L-AIMP et 56 al. 1 RMP, le recours est adressé à la chambre administrative dans les dix jours suivant la notification de la décision.

Le recours est ouvert au destinataire de ladite décision (art. 60 al. 1 let. a et b LPA).

c. En l'espèce, interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente par un soumissionnaire exclu du marché, le recours est recevable.

2. Aux termes de l'art. 32 al. 1 RMP, ne sont prises en considération que les offres accompagnées, pour le soumissionnaire et ses sous-traitants, des documents suivants : a) 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 ; b) attestation certifiant pour le personnel appelé à travailler sur territoire genevois : 1° soit que le soumissionnaire est lié par la convention collective de travail de sa branche, applicable à Genève, 2° 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 ; c) 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 ; d) déclaration du soumissionnaire s'engageant à respecter le principe de l'égalité entre femmes et hommes.

3. À teneur de l'art. 42 al. 1 let. a RMP, 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. 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 (art. 42 al. 3 RMP).
4. Comme la chambre de céans l'a rappelé à plusieurs reprises, le droit des marchés publics est formaliste 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/641/2016 du 26 juillet 2016 consid. 6). Dans cet arrêt, la décision d'exclusion d'un soumissionnaire n'ayant pas produit une attestation de non-poursuite a été considérée comme conforme au droit, du seul fait de ce défaut de production.

Ledit formalisme 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/175/2016 du 23 février 2016 consid. 4).

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 évidentes 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, *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).

À cet égard, même les auteurs qui préconisent une certaine souplesse dans le traitement des informalités admettent que 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, pour autant qu'elle applique la même rigueur, respectivement la même flexibilité, à l'égard des différents soumissionnaires (ATA/175/2016 précité consid. 4 ; ATA/586/2015 du 9 juin 2015 consid. 11c ; Olivier RODONDI, *Les délais en droit des marchés publics* in RDAF 2007 I 187 et 289).

Les principes précités valent notamment 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/175/2016 précité consid. 4 ; ATA/102/2010 du 16 février 2010, confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 et 2C_198/2010 du 30 avril 2010).

Le Tribunal fédéral a jugé que la garantie constitutionnelle de l'interdiction du formalisme excessif n'oblige pas le pouvoir adjudicateur à interpellier un soumissionnaire en présence d'une offre défailante (arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 précité consid. 6.5).

La chambre de céans s'est toujours montrée stricte dans ce domaine (ATA/535/2011 du 30 juillet 2011 consid. 6 ; ATA/150/2006 du 14 mars 2006, notamment), ce que le Tribunal fédéral a constaté mais confirmé (arrêt du Tribunal fédéral 2C_418/2014 du 20 août 2014), la doctrine étant plus critique à cet égard (Olivier RODONDI, op. cit., p. 186 n. 64, et p. 187 n. 66).

5. En l'espèce, afin de satisfaire aux conditions de l'art. 32 al. 1 RMP et à celles de l'annexe P2+ transmise avec l'appel d'offres, la recourante a fourni trois documents.

Le premier est un extrait de compte des mois de janvier et février 2016 de la caisse AVS de la FPV et une facture de cette dernière faisant état d'un solde en sa faveur de CHF 4'485.30.-. Même s'il ne constitue pas une attestation à proprement dite, ce document démontre que le paiement des charges sociales est régulièrement exécuté par la recourante. Néanmoins, l'OBA a estimé que cet extrait de compte ne prouvait pas que le paiement des primes étaient à jour au vu du solde à régler, or l'échéance pour régler ce montant de CHF 4'485.30.- était au 13 mars 2016 et le dossier a été déposé antérieurement à cette échéance. Partant, au moment du dépôt du dossier, le paiement desdites primes était à jour. La chambre administrative laisse ouverte la question de savoir si ce document devait être considéré comme équivalent à une attestation démontrant que le paiement des primes était à jour.

Le deuxième document est une proposition de police pour l'assurance-accident. Ce document n'est pas signé, ne démontre pas que le personnel est assuré ni que les primes sont payées. Il ne constitue dès lors pas une attestation au sens des documents requis par la loi par l'appel d'offres.

Le troisième document est un extrait du site du canton de Vaud indiquant le montant dû par Ledixa pour l'impôt à la source. Il ne s'agit pas d'une attestation, conformément à la législation et à l'appel d'offres, émanant de l'autorité fiscale compétente. Il s'agit d'une capture d'écran d'un site internet qui ne peut pas avoir valeur probante quant au paiement effectif de l'impôt à la source.

La recourante n'a par ailleurs pas fourni d'attestation concernant le paiement de la LPP.

Force est ainsi de constater que la recourante n'a pas remis les attestations requises tant par la loi que par les conditions générales de l'appel d'offres. Ce manquement, non négligeable au regard des exigences et des conséquences de leur non-respect (« exclusion immédiate »), bien mises en évidence par l'OBA à l'attention des candidats, ne pouvait pas échapper à la recourante au moment du dépôt de son offre, si elle avait fait preuve de la diligence requise par les circonstances et les exigences de forme propres au droit des marchés publics.

Elle a admis, dans son recours du 24 mars 2016, que les documents fournis n'avaient pas le « format habituellement souhaité » par l'autorité. Elle a par conséquent transmis, dans le cadre dudit recours, les attestations de paiement des charges sociales, de couverture assurance-accident et d'affiliation à une fondation de prévoyance professionnelle. L'attestation de l'autorité fiscale manquait toujours.

Par conséquent, au regard des principes et de la jurisprudence susmentionnés, l'OBA n'a pas violé le droit ni excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant l'offre de Ledixa comme incomplète, et en l'éliminant pour ce motif.

6. Au vu de ce qui précède, la décision d'exclusion sera confirmée et le recours rejeté.
7. 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). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à l'OBA, représenté par son service juridique (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 24 mars 2016 par Ledixa Sàrl contre la décision de l'office des bâtiments du 16 mars 2016 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge de Ledixa Sàrl ;

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 Ledixa Sàrl, à l'office des bâtiments, ainsi qu'à la commission fédérale de la concurrence (COMCO).

Siégeants : M. Verniory, président, M. Thélin, Mme Junod, M. Dumartheray,
Mme Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

M. Mazza

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :