

# **GE\_GERICHTE ATA/156/2025 vom 11. Februar 2025**

GE Cour de justice, 2025-02-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_156\\_2025](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_156_2025)

FR: GE\_GERICHTE ATA/156/2025 du 11 février 2025

IT: GE\_GERICHTE ATA/156/2025 del 11 febbraio 2025

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté en temps utile et dans les formes exigées par la loi devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; 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. 55 let. c et 56 al. 1 - RMP ; art. 64 al. 1 et 65 al. 1 et 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

La recourante, dont l'offre a été exclue et qui a ainsi été privée de la possibilité de participer à la phase d'adjudication, est directement touchée par la décision contestée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (ATA/1200/2024 du 15 octobre 2024 consid. 1.3). Elle dispose donc de la qualité pour recourir (art. 60 al. 1 LPA), ce qui n'est au demeurant pas contesté.

### **E. 2**

Le litige a pour objet l'exclusion de la recourante de l'appel d'offres au motif qu'elle n'avait pas fourni les attestations requises, respectivement avait fourni des attestations non conformes aux exigences de l'appel d'offres.

### **E. 3.1**

L'AIMP poursuit notamment les objectifs d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, de leur garantir l'égalité de traitement, d'assurer l'impartialité de l'adjudication et la transparence des procédures de passation des marchés, et de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 3 AIMP). Les dispositions cantonales d'exécution doivent garantir une procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires selon des critères objectifs et vérifiables (art. 13 let. d AIMP). Selon la jurisprudence, le principe de la transparence est le principe cardinal et incontournable des marchés publics. Il limite le large pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur (RDAF 2001 I 403). Il permet d'assurer la mise en œuvre du principe de concurrence, lequel permet la comparaison des prestations et de choisir ainsi l'offre garantissant un rapport optimal entre le prix et la prestation ainsi que le contrôle de l'impartialité de la procédure d'adjudication, autre principe qui doit être respecté. Le principe de transparence exige que le pouvoir adjudicateur se conforme aux conditions qu'il a préalablement annoncées ; ainsi, une fois les critères d'aptitude et d'adjudication arrêtés dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur doit en règle générale s'y tenir. Ce principe

- 8/15 - A/2370/2024 se rapproche dans cet aspect du principe de la bonne foi, qui prohibe les comportements contradictoires de l'autorité (art. 9 de la Constitution fédérale de la

Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101), et du principe de la non-discrimination. En effet, si le pouvoir adjudicateur s'écarte des « règles du jeu » qu'il a fixées, en particulier s'il modifie les critères d'aptitude ou d'adjudication après le dépôt des offres (ATA/349/2023 du 4 avril 2023 consid. 3.2), il adopte un comportement qui se rapproche d'une manipulation, typiquement discriminatoire, du résultat du marché (ATF 141 II 353 consid. 8.2.3 et la référence citée ; ATA/167/2024 du 6 février 2024 consid. 4.2.2 et les références citées) et agit de manière contraire au droit des marchés publics (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-6744/2023 du 20 août 2024 consid. 6.1.1 et les arrêts cités).

### **E. 3.2**

Conformément à l'art. 4 L-AIMP, le Conseil d'État édicte les dispositions d'exécution de l'accord intercantonal (al. 1) ; il précise notamment les critères d'aptitude (al. 2).

### **E. 3.3**

Sous l'intitulé « Conditions de participation », l'art. 32 al. 1 RMP prévoit que ne sont prises en considération que les offres accompagnées, pour le soumissionnaire et ses éventuels sous-traitants, notamment, 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 des cotisations (let. a), d'une attestation certifiant, pour le personnel appelé à travailler sur le territoire genevois, soit qu'il est lié par la convention collective de travail de sa branche, applicable à Genève (let. b ch. 1), soit qu'il a signé, auprès de l'OCIRT, un engagement à respecter les usages en vigueur à Genève qui lui sont applicables, notamment en ce qui concerne les salaires minimaux, la couverture du personnel en matière de retraite, y compris retraite anticipée, de perte de gain en cas de maladie, d'assurance-accidents et d'allocations familiales ainsi que la contribution professionnelle (let. b ch. 2), et d'une déclaration du soumissionnaire s'engageant à respecter le principe de l'égalité entre femmes et hommes. L'art. 32 al. 5 RMP prévoit que, si le soumissionnaire n'emploie pas de personnel, il doit prouver son statut d'indépendant. Dans ce cas, il est délivré de l'obligation de fournir les attestations concernant le personnel. Il ressort du texte de l'art. 32 al. 1 RMP (« offres accompagnées [...] des documents suivants ») que, contrairement à ce que semble soutenir la recourante, c'est bien au moment du dépôt des offres que les différentes attestations doivent être remises – en même temps que celle-ci – au pouvoir adjudicateur (ATA/1090/2024 du 17 septembre 2024 consid. 3.3).

### **E. 3.4**

À teneur de l'art. 40 al. 1 RMP, l'autorité adjudicatrice peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre. L'interdiction du formalisme excessif, également tirée de l'art. 29 Cst., ne l'oblige toutefois pas à interpellier un soumissionnaire en présence d'une offre défailante (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.5).

- 9/15 - A/2370/2024

### **E. 3.5**

Conformément à l'art. 42 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 (al. 1 let. a et b). Les offres écartées ne sont pas évaluées. L'autorité adjudicatrice rend alors une décision d'exclusion motivée (al. 3).

### **E. 3.6**

Le droit des marchés publics est formaliste, ce que la chambre administrative a rappelé à plusieurs reprises (ATA/243/2020 du 3 mars 2020 consid. 4d ; ATA/970/2019 du 4 juin 2019 et les références citées), notamment lorsqu'elle a confirmé des décisions d'exclusion d'offres fondées sur la non-production des attestations requises dans l'appel d'offres au titre de condition de participation à la procédure de soumission (ATA/188/2021 du 23 février 2021 consid. 5 ; ATA/1208/2020 du 1er décembre 2020 consid. 5 ; ATA/604/2021 du 8 juin 2021 consid. 8). 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/243/2020 précité consid. 4d ; ATA/794/2018 du 7 août 2018 et les références citées ; ATA/1446/2017 du 31 octobre 2017). Le respect de ce formalisme est nécessaire pour concrétiser l'obligation d'assurer l'égalité de traitement entre soumissionnaires dans la phase d'examen de la recevabilité des offres et de leur évaluation. La conformité au droit de cette approche formaliste a été confirmée par le Tribunal fédéral (ATA/102/2010 du 16 février 2010, confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.4). Toutefois, l'interdiction du formalisme excessif, tirée de l'art. 29 Cst., 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 précité 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. 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/384/2018 du 24 avril 2018 ; ATA/490/2017 du 2 mai 2017). L'interdiction du formalisme excessif ne l'oblige cependant pas à interpellier un soumissionnaire en présence d'une offre défectueuse (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_197/2010 précité 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

- 10/15 - A/2370/2024 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/1208/2020 précité consid. 6 ; ATA/588/2018 du 12 juin 2018 consid. 3b).

### **E. 4**

En l'occurrence, les attestations devant être fournies par les soumissionnaires, qui correspondaient à celles prévues par l'art. 32 RMP, étaient énumérées et détaillées au document B1 du DAO. Ce document précisait d'une part que les attestations et preuves requises devaient être produites dans le même délai que le dépôt de l'offre et d'autre part que le non-respect de cette obligation entraînerait l'exclusion immédiate du soumissionnaire.

L'appel d'offres lui-même indiquait que seules les offres déposées en temps utile, signées, datées et complètes seraient prises en considération. Parmi les justificatifs requis figurait notamment l'attestation OCIRT décrite à l'art. 32 al. 1 let. b RMP.

Le document B1 précisait par ailleurs que les indépendants devaient uniquement fournir les attestations AVS prouvant leur statut d'indépendant ainsi que la preuve du paiement de la cotisation assurance accident.

Dans la décision attaquée, puis dans ses écritures en réponse au recours, l'OCBA a retenu que les attestations fournies par la recourante lors du dépôt de son offre n'étaient pas conformes au DAO sous trois aspects : - aucune attestation OCIRT n'avait été produite pour A\_\_\_\_\_ ; - aucune attestation AVS justifiant du statut d'indépendant revendiqué par D\_\_\_\_\_ n'avait été produite, et l'attestation URSSAF produite par C\_\_\_\_\_ mentionnait une activité indépendante exercée par l'entremise d'une société française, sans référence à A\_\_\_\_\_ ; - aucune preuve de paiement de cotisation d'assurance accidents n'avait été produite pour D\_\_\_\_\_ ; les attestations URSSAF produites par C\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ ne faisaient pas état d'une assurance accidents et aucune preuve de paiement de cotisations d'assurance accidents n'avait été produite les concernant.

#### **E. 4.1**

Sur le premier point, la recourante considère que, n'employant pas de personnel et étant une société de personnes dénuée de la personnalité juridique, il ne pouvait être attendu de sa part qu'elle produise une attestation OCIRT. Les attestations à produire étaient déterminées par le statut de ses associés, qui revêtaient la qualité d'indépendants au sens de l'art. 32 al. 5 RMP. Cette argumentation ne convainc pas. Même si elle ne dispose pas de la personnalité juridique, en effet, une société en nom collectif est, dans ses rapports externes, considérée à certains égards comme une personne juridique dès lors que, en tant

- 11/15 - A/2370/2024 que société, elle peut acquérir des droits et s'engager par les actes qu'un associé gérant a effectués en son nom (art. 562 et 567 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse [CO, Code des obligations - RS 220] ; ATF 134 III 643 consid. 5.1 et références citées). Elle peut de même, en son propre nom, agir ou être actionnée en justice (art. 562 CO). Dans le cas d'espèce, c'est bien la recourante et non ses associés qui a déposé une offre et c'est à elle que, le cas échéant, le marché aurait été adjugé. Il ne saurait donc, comme elle le soutient, être fait abstraction de son existence dans l'examen des conditions de participation à l'appel d'offres litigieux pour ne vérifier la réalisation de ces conditions que dans la personne de ses associés. Il résulte des pièces produites que la recourante, qui peut juridiquement conclure des contrats de travail en son propre nom, a été enregistrée en qualité d'employeuse auprès de l'OCAS et invitée à se manifester dès qu'elle emploierait du personnel. Elle a par ailleurs exposé dans son offre envisager de renforcer son équipe au cours de la durée du marché, sans préciser la forme juridique que prendrait ce renfort, n'excluant ainsi pas la conclusion d'un ou de plusieurs contrats de travail. Dans la mesure où elle ne peut prétendre à un statut d'indépendant, réservé aux personnes physiques, on ne voit dès lors pas pour quelle raison l'exigence de production d'une attestation OCIRT stipulée par l'art. 32 al. 1 let. b RMP et par l'annexe B1 du DAO ne se serait pas appliquée à elle, étant relevé que, contrairement aux attestations mentionnées à l'art. 32 al. 1 let. a RMP, la délivrance d'une attestation OCIRT ne suppose pas l'emploi effectif de personnel. C'est donc à juste titre que l'OCBA a retenu que l'attestation OCIRT requise n'avait pas été produite.

#### **E. 4.2**

Sur le deuxième point, la recourante considère avoir satisfait aux exigences énoncées dans l'appel d'offres en produisant, pour deux de ses associés soumis au régime de sécurité sociale français, des attestations de l'URSSAF et, pour le troisième associé, soumis au régime suisse, un courrier de l'OCAS concernant sa demande d'affiliation en qualité d'indépendant. Les attestations URSSAF produites pour C\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ mentionnent toutes deux une activité principale – non salariée pour C\_\_\_\_\_, salariée pour B\_\_\_\_\_ – en France, emportant application de la législation sociale française, et une activité délocalisée auprès de A\_\_\_\_\_ à Genève. Ces deux attestations mentionnent toutefois, en contradiction avec les allégations de la recourante (et vraisemblablement par erreur), que cette activité serait salariée : elles ne sont ainsi pas de nature à établir la qualité d'indépendants des prénommés. Quant à la demande d'affiliation de D\_\_\_\_\_ en qualité d'indépendant auprès de l'OCAS, il résulte de son texte même que le sort qui serait donné à cette demande n'était alors pas connu, de telle sorte que ce document ne pouvait aucunement être considéré comme une attestation prouvant le statut d'indépendant de celui-ci, étant

- 12/15 - A/2370/2024 rappelé que les conditions de participation à un appel d'offres doivent être réalisées au moment du dépôt des offres. Le fait, résultant de l'extrait du Registre du commerce de la recourante, que D\_\_\_\_\_ est l'un de ses associés ne permet pour sa part de tirer aucune conclusion sur son éventuelle condition d'indépendant au regard de la législation sociale applicable. C'est donc également à juste titre que l'OCBA a considéré que la recourante n'avait pas fourni les attestations et preuves requises.

#### **E. 4.3**

Sur le troisième point, la recourante a soutenu dans son acte de recours que l'affiliation de C\_\_\_\_\_ et de B\_\_\_\_\_ au régime de sécurité sociale française, tel qu'établi par les attestations URSSAF produites, impliquait leur affiliation à une assurance accidents et le paiement régulier des primes. Dans ses écritures en réplique, elle a relativisé cette affirmation et produit des pièces supplémentaires aux fins d'établir tant la couverture d'assurance accidents que le paiement des primes, paraissant ainsi implicitement admettre que les attestations produites en même temps que l'offre ne permettaient pas d'établir ces conditions. En ce qui concerne son troisième associé D\_\_\_\_\_, elle a indiqué que celui-ci ne disposait lors du dépôt des offres d'aucune couverture d'assurance accidents, ayant quitté son emploi à l'État de Genève et attendant que son statut d'indépendant soit reconnu pour souscrire une assurance accidents. En tout état, les indépendants n'avaient selon elle aucune obligation de conclure un tel contrat. Selon le document B1 du DAO, la recourante n'était toutefois pas tenue de produire un justificatif de couverture d'assurance accidents pour D\_\_\_\_\_, mais uniquement la preuve du paiement de la cotisation d'assurance accident. Lorsqu'il cesse d'être soumis à l'assurance accidents obligatoire au sens de la loi fédérale sur l'assurance- accidents du 20 mars 1981 (LAA - RS 832.20), un ancien travailleur continue en effet de bénéficier d'une couverture contre les risques d'accident en application de l'art. 8 al. 2 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal - RS 832.10). Dans une telle hypothèse, il ne peut cependant plus se prévaloir de la suspension de la couverture accidents LAMal dont il bénéficiait jusqu'alors en qualité de travailleur soumis à la LAA, et doit donc s'acquitter de la prime y relative auprès de son assureur maladie (art. 10 LAMal) ; c'est du paiement de cette prime par D\_\_\_\_\_ que la recourante devait apporter la preuve, ce qu'elle ne prétend pas avoir fait. Sur ce point également, l'OCBA a donc retenu à juste

titre que la recourante n'avait pas produit les attestations et preuves demandées.

#### **E. 4.4**

Au vu de ces multiples carences, l'intimé était non seulement fondé à prendre une décision d'exclusion, mais il ne pouvait prendre une autre décision sous peine, vu le texte clair de l'art. 42 al. 1 RMP, de contrevenir au principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires. La fourniture, après le prononcé de la décision contestée, d'explications supplémentaires, de même que la production, pour partie

- 13/15 - A/2370/2024 avec l'acte de recours et pour partie avec le mémoire de réplique, de pièces supplémentaires, n'y change rien. La décision d'exclusion ne viole ni le principe de transparence ni l'interdiction du formalisme excessif. Les attestations et justificatifs devant être fournis par les soumissionnaires en même temps que leur offre, lesquels correspondaient au demeurant à ceux énumérés à l'art. 32 RMP, étaient clairement décrits dans la documentation de l'appel d'offres, de même que les conséquences en cas de manquement à cette obligation. À supposer que la recourante ait éprouvé des incertitudes sur l'un ou l'autre des documents requis, elle aurait eu la possibilité de poser une question par écrit dans le délai fixé par l'autorité adjudicatrice, ce qu'elle n'a pas fait. Les manquements imputables à la recourante ne sauraient par ailleurs être considérés comme de peu de gravité, dans la mesure où ils touchent le contrôle par l'autorité adjudicataire des conditions de participation à l'appel d'offres litigieux en matière de respect de la législation sociale. Outre le fait que certains documents étaient manquants, d'autres étaient dénués de force probante ou, s'agissant des attestations URSSAF, difficilement interprétables voire entachées d'incohérences. La tâche de l'autorité adjudicatrice a ainsi été rendue considérablement plus difficile et il ne pouvait être attendu de celle-ci, sauf à violer les principes de l'intangibilité des offres et d'égalité entre les soumissionnaires, qu'elle interpelle la recourante afin d'obtenir des éclaircissements. Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours.

#### **E. 5**

Le présent arrêt rend sans objet la requête d'effet suspensif.

#### **E. 6**

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).

\* \* \* \* \*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.