

GE_GERICHTE ATA/289/2018 vom 27. März 2018

GE Cour de justice, 2018-03-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_289_2018

FR: GE_GERICHTE ATA/289/2018 du 27 mars 2018

IT: GE_GERICHTE ATA/289/2018 del 27 marzo 2018

Regeste

Résumé: Révocation d'une adjudication en cours d'exécution du contrat, en violation du principe de proportionnalité. Admission du recours.

Erwägungen

E. 26

septembre 2010 - LOJ - E 2 05). 2) a. La recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue, n'ayant pas été interpellée avant le prononcé de la décision litigieuse.

b. La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) en particulier le droit, pour le justiciable, de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 142 III 48 consid. 4.1.1 ; 141 V 557 consid. 3.1 ; 139 II 489 consid. 3.3).

Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond (ATF 135 I 279 consid. 2.6.1 ; 132 V 387 consid. 5.1). Le contenu du droit d'être entendu et les modalités de sa mise en œuvre sont déterminés en premier lieu par les dispositions de droit cantonal de procédure (arrêt du Tribunal fédéral 8C_615/2016 du 15 juillet 2017 consid. 3.2.1 et les références citées).

Par exception au principe de la nature formelle du droit d'être entendu, une violation de ce dernier est considérée comme réparée lorsque l'intéressé jouit de la possibilité de s'exprimer librement devant une autorité de recours disposant du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure, et qui peut ainsi contrôler librement l'état de fait et les considérations juridiques de la décision attaquée, à condition toutefois que l'atteinte aux droits procéduraux de la partie lésée ne soit pas particulièrement grave (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; 137 I 195 consid. 2.3.2). Étant donné l'effet dévolutif complet du recours à la chambre administrative, celle-ci dispose d'un libre pouvoir d'examen en fait et en droit (arrêt du Tribunal fédéral 8C_615/2016 précité consid. 4.2 et les références citées).

c. En l'espèce, il ressort du dossier que la recourante n'a été ni interpellée ni entendue avant le prononcé de la décision litigieuse, ce qui n'est au demeurant pas contesté. Le fait qu'une telle interpellation ne soit pas prévue par le RMP ne dispensait en particulier pas l'intimée d'offrir à la recourante la possibilité de

- 8/13 - A/4076/2017 s'exprimer avant de l'exclure du marché, dès lors qu'un tel droit découle directement de l'art. 29 al. 2 Cst., ce qu'elle ne pouvait ignorer. En procédant de la

sorte, l'intimée a ainsi violé de manière évidente le droit d'être entendue de la recourante, la question de sa réparation pouvant pour le surplus souffrir de rester indécise au regard de ce qui suit. 3) a. Le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, à l'exception du grief d'inopportunité (art. 16 al. 1 et 2 AIMP ; art. 57 al. 1 et 2 RMP).

b. Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables ou viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 consid. 5.1 ; ATA/56/2018 du 23 janvier 2018). 4) a. Selon l'art. 11 let. e AIMP, lors de la passation de marchés, doit notamment être respecté le principe du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail. Chaque canton vérifie le respect, par les soumissionnaires et les pouvoirs adjudicateurs, des dispositions en matière de marchés publics, tant durant la procédure de passation qu'après l'adjudication, et détermine les sanctions encourues en cas de violation des dispositions en matière de marchés publics (art. 19 al. 1 et 2 AIMP).

Les directives d'exécution de l'AIMP (ci-après : DEMP) de l'autorité intercantonale pour les marchés publics qui, même si elles n'ont pas de force contraignante, constituent un texte important pour comprendre les principes auxquels les cantons se sont astreints et en définir la portée (ATF 129 I 313 consid. 8.2), prévoient que l'adjudication peut être révoquée aux conditions de l'art. 27 DEMP (art. 35 DEMP), soit en particulier lorsque le soumissionnaire ne répond pas aux dispositions de l'art. 11 let. e AIMP (art. 27 let. d DEMP). Par ailleurs, les violations graves des règles régissant les marchés publics sont sanctionnées par l'avertissement, la révocation de l'adjudication, une amende allant jusqu'à 10 % du prix final de l'offre ou l'exclusion de tout nouveau marché durant cinq ans, ces sanctions constituant une matière appelée à être réglée au niveau de la loi formelle (art. 38 al. 1 DEMP).

b. L'art. 2 al. 1 L-AIMP, dans sa teneur au moment des faits, prévoit qu'en cas de violation des dispositions en matière de marchés publics, l'adjudicateur peut notamment infliger les sanctions suivantes : l'exclusion de la procédure (let. a), la révocation de l'adjudication (let. b), le prononcé d'une amende administrative jusqu'à CHF 60'000.- (let. c), et l'exclusion pendant une période n'excédant pas

- 9/13 - A/4076/2017 cinq ans de la participation à tous ses marchés (let. d). L'art. 2 al. 2 L-AIMP précise que les sanctions sont infligées en tenant compte de la gravité de l'infraction ainsi que des circonstances dans lesquelles elle a été commise. Ces dispositions ont été introduites dans la L-AIMP par la loi 8'679, entrée en vigueur le 1er janvier 2008, dont l'exposé des motifs indique qu'elles sont inspirées par le catalogue des sanctions de la future législation fédérale sur les travailleurs détachés (MGC 2001-2002/VI A 2119).

Depuis le 20 décembre 2017, l'art. 2 al. 2 L-AIMP prévoit en outre qu'en cas de violation des dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et à l'égalité de traitement entre femmes et hommes, l'OCIRT peut prononcer à l'encontre des entreprises en infraction les sanctions prévues par la LIRT. Cette disposition vise à créer un lien avec la LIRT et les sanctions infligées par l'OCIRT, qui peuvent se cumuler avec celles

prononcées notamment par l'autorité adjudicatrice (exposé des motifs relatif au PL 12'070, p. 6), le même état de fait pouvant conduire au prononcé de deux sanctions différentes (rapport de la commission des affaires communales, régionales et internationales chargée d'étudier le PL 12'070, p. 10). Par ailleurs, la sanction fondée sur l'art. 45 LIRT, prononcée par l'OCIRT, a un effet direct sur tout futur marché public, l'entreprise en cause ne pouvant plus soumissionner dès le prononcé de la sanction. S'agissant des marchés en cours, il incombe à l'autorité adjudicatrice d'examiner si elle a des raisons suffisantes de rompre le marché et si une telle mesure est conforme au principe de proportionnalité, en fonction de la situation et des impératifs du chantier. L'autorité adjudicatrice qui veut sanctionner une entreprise qui n'est pas en règle peut dès lors choisir entre prononcer une amende, résilier le contrat et exclure l'entreprise du chantier, en fonction de la situation (rapport, op. cit., p. 12 s.).

c. Selon l'art. 45 al. 1 let. c LIRT, lorsqu'une entreprise ne respecte pas les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage, l'OCIRT peut notamment prononcer l'exclusion de tous les marchés publics pour une période de cinq ans au plus. Cette disposition a été introduite par la loi 11'172, entrée en vigueur le 16 novembre 2013, dont l'exposé des motifs indique que le dispositif de base en matière de sanctions a été complété notamment par la possibilité de prononcer une exclusion des marchés publics futurs pour une durée maximale de cinq ans, cette dernière clause reprenant la sanction prévue à l'art. 2 al. 1 let. d L AIMP (MGC 2012-2013 / IX A 9781).

d. Au plan fédéral, la loi fédérale sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement du 8 octobre 1999 (LDét - RS 823.20) ne s'applique qu'aux employeurs ayant leur domicile ou leur siège à l'étranger (art. 1 al. 1 LDét ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_150/2016 du 22 mai 2017 consid. 3). Les entreprises ayant manqué à leur devoir d'information en matière de sous-traitance sont passibles de

- 10/13 - A/4076/2017 deux sanctions administratives, à savoir une amende de CHF 5'000.- au plus ou l'interdiction d'offrir ses services en Suisse pour une durée de un à cinq ans (art. 9 al. 1 let. d LDét). Aucune sanction ne concerne directement l'accès aux marchés publics.

En revanche, la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN - RS 822.41) prévoit qu'en cas de condamnation entrée en force d'un employeur pour cause de non-respect important ou répété des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers, l'autorité cantonale compétente exclut l'employeur concerné des futurs marchés publics au niveau communal, cantonal et fédéral pour cinq ans au plus (art. 13 al. 1 LTN). Le Conseil fédéral avait du reste précisé dans le message que « la sanction porte exclusivement sur des adjudications à venir. Il n'est pas possible (ni juridiquement ni pratiquement) de conférer un effet rétroactif à ce type de décision. Dès lors, tout marché attribué reste acquis à son adjudicataire » (Message concernant la loi fédérale contre le travail au noir du 16 janvier 2002, FF 2002 3371, p. 3420). Par ailleurs, l'exclusion intervient sans préjudice d'autres sanctions qui pourraient être prononcées par une autre autorité pour les mêmes faits et demeure réservée la compétence de l'autorité fédérale adjudicatrice d'exclure, pour le marché en cours d'exécution, une entreprise qui se serait rendue coupable d'infractions (Message, op. cit., p. 3420). 5) a. Selon l'art. 48 RMP, l'adjudication peut être révoquée, sans indemnisation, pour l'un des motifs énoncés à l'art. 42 RMP. L'autorité adjudicatrice rend une décision de révocation motivée, notifiée par courrier à l'intéressé, avec mention

des voies de recours.

L'art. 42 RMP énumère tous les motifs d'exclusion d'une offre dans le cadre de la procédure d'adjudication. Il prévoit que l'offre est écartée d'office notamment lorsque le soumissionnaire ne répond pas ou plus aux conditions pour être admis à soumissionner (al. 1 let. b) ou qu'il fait l'objet, à la date du dépôt de l'offre ou en cours de procédure (al. 1 let. f) : d'une sanction entrée en force prononcée en application de l'art. 13 LTN (ch. 1) ou de l'art. 9 al. 2 let. b LDét (ch. 2) ou d'une mesure exécutoire prononcée en application de l'art. 45 al. 1 let. a ou c LIRT (ch. 3).

b. La sous-traitance fait l'objet de l'art. 35 RMP. Dans sa version antérieure au 20 décembre 2017, il prévoit que pour les marchés de construction, l'entreprise contractante doit annoncer à l'autorité adjudicatrice tout sous-traitant participant à l'exécution de la prestation, durant toute la durée d'exécution du contrat. L'annonce doit être faite avant le début prévu des travaux sous-traités et doit notamment indiquer le lieu de la prestation et le début prévu des travaux sous-traités (art. 35 al. 2 RMP). En cas de violation de cette obligation d'annonce, l'autorité adjudicatrice ordonne au sous-traitant de suspendre immédiatement ses

- 11/13 - A/4076/2017 travaux et le contraint à quitter le lieu de la prestation. À titre exceptionnel, sur requête de l'autorité adjudicatrice, le Conseil d'État peut renoncer à la mesure, notamment lorsque l'arrêt des travaux est de nature à compromettre un intérêt public prépondérant (art. 35 al. 3 RMP). La suspension des travaux dure jusqu'à ce que l'entreprise contractante ait effectué l'annonce et que l'office cantonal, ou la commission paritaire concernée chargée du contrôle par délégation, ait pu établir que le sous-traitant respecte les conditions de travail locales (art. 35 al. 4 RMP). Un soumissionnaire peut être exclu s'il subsiste à l'encontre de l'un de ses sous-traitants un motif d'exclusion au sens de l'art. 42 RMP. Il en va de même de la révocation de l'adjudication au sens de l'art. 48 RMP (art. 35 al. 7 RMP). 6) a. En l'espèce, l'intimée a révoqué l'adjudication en raison, d'une part, de la décision de l'OCIRT du 18 juillet 2017 et, d'autre part, de la sous-traitance non annoncée confiée par la recourante à E_____ le 3 juillet 2017.

b. La recourante allègue ne pas s'être vu notifier la décision de l'OCIRT du 18 juillet 2017. Elle perd toutefois de vue qu'une liste des entreprises faisant l'objet d'une décision prise en application de l'art. 45 LIRT est publiée selon l'art. 45 al. 3 LIRT, ce qu'il appartenait au demeurant également à l'autorité adjudicatrice de vérifier, selon l'art. 19 AIMP.

Indépendamment de ce grief, il ressort du dossier que l'intimée a donné à cette décision une portée qu'elle n'a pas, puisqu'elle ne concerne que les marchés publics futurs, non encore attribués, et n'a pas pour effet d'exclure de facto les adjudicataires des chantiers en cours basés sur des décisions d'adjudication préexistantes. De plus, si l'art. 42 RMP, applicable par le renvoi de l'art. 48 RMP, permet certes à l'autorité adjudicatrice de prononcer la révocation de l'adjudication dans le cas d'une décision prise par l'OCIRT sur la base de l'art. 45 LIRT, il ne saurait pour autant la dispenser de respecter le principe de proportionnalité, rappelé dans la loi, à l'art. 2 al. 2 L-AIMP, étant précisé que la révocation de l'adjudication constitue l'une des sanctions les plus sévères parmi celles énumérées à l'art. 2 al. 1 L-AIMP. En particulier à ce stade du chantier, il ne se justifiait plus de prononcer une telle mesure, puisqu'au moment du prononcé de la décision, le lot avait presque été exécuté dans sa totalité, que ce soit par la recourante ou sa sous-traitante.

c. S'agissant de ce dernier point, l'intimée ne pouvait pas non plus révoquer l'adjudication pour ce motif. Outre le fait que l'appel d'offres prévoyait la possibilité d'une telle sous-traitance, l'art. 35 al. 4 RMP institue une procédure spécifique en vue de régulariser l'absence d'annonce d'un sous-traitant, à laquelle l'intimée devait se conformer. Même si elle a ordonné l'arrêt des travaux, l'intimée n'apparaît pas avoir utilisé cette procédure, rien n'indiquant que l'entreprise sous-traitante ne respectait pas les conditions de travail locales, au vu des pièces versées au dossier.

- 12/13 - A/4076/2017 7)

Il s'ensuit que le recours sera admis et la décision litigieuse annulée. 8)

Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge de l'intimée, qui en est dispensée de par la loi (art. 87 al. 1 2ème phr. LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée à la recourante, qui y a conclu, à la charge de l'intimée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

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