RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1001/2021-MARPU **ATA/604/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 8 juin 2021

dans la cause

TIP-TOP JUNIOR SÀRL

contre

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES DE L'ÉTAT

EN FAIT

1) Par décision du 11 mars 2021, la direction générale des finances de l'État (ci-après : DGFE), rattachée au département des finances et des ressources humaines, a écarté l'offre présentée par la société Tip-Top Junior Sàrl (ci-après : Tip-Top) à la suite de l'appel d'offres pour la « location et l'entretien de cabines wc chimiques » dans le cadre d'un marché public en procédure ouverte, soumis à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

Tip-Top n'avait pas joint à son offre, au moment de son dépôt, l'attestation exigée relative à l'impôt à la source.

2) Par acte posté le 17 mars 2021, Tip-Top a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, sans prendre de conclusions formelles, mais en « contestant votre courrier […] car il n'[était] pas admissible d'écarter [s]on offre de la sorte ».

Elle joignait à son recours une copie de l'attestation de l'impôt à la source dont la date, soit le 8 février 2021, était largement antérieure au dépôt de l'offre, preuve donc qu'elle était jointe à son offre.

3) La DGFE a conclu, le 9 avril 2021, au rejet du recours et à ce qu'une juste indemnité de procédure lui soit allouée.

Il était préalablement relevé que Tip-Top n'avait pas demandé la restitution de l'effet suspensif, de sorte que la procédure de marché public se poursuivait.

L'appel d'offres précisait clairement au point 5 « conditions de participation » quels documents devaient obligatoirement être fournis au moment du dépôt des offres et les conséquences d'un manquement, à savoir l'élimination de l'offre.

Tip-Top avait déposé son offre dans le délai, en doubles exemplaires reliés. Lors de l'ouverture de l'enveloppe, le 2 mars 2021, en présence de deux collaborateurs de la centrale commune d'achat (ci-après : CCA) et donnant lieu à un procès-verbal, il avait été constaté l'absence de l'attestation obligatoire relative à l'impôt à la source. Cet examen avait porté sur les deux exemplaires fournis par Tip-Top, lesquels étaient remis à la chambre de céans avec l'enveloppe originale les ayant contenus.

Il était exclu qu'un document ait pu être égaré, dans la mesure où les deux exemplaires de l'offre étaient reliés. Le fait que l'attestation jointe au recours fût datée d'avant la date prévue pour la remise des offres n'était pas concluant. Cela prouvait qu'elle se trouvait en possession de Tip-Top, mais non qu'elle était jointe à son offre. Il s'agissait manifestement d'un oubli de sa part. Il n'était pas possible, sous peine de violer le principe de l'égalité de traitement, de tenir compte de cette pièce produite tardivement.

4) Tip-Top n'ayant pas exercé son droit à la réplique dans le délai imparti, les parties ont été informées, le 7 mai 2021, que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1) Interjeté contre une décision d'exclusion, en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 15 al. 1 AIMP ; 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).

2) a. Selon l'art. 65 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), l'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant. En outre, il doit contenir l'exposé des motifs ainsi que l'indication des moyens de preuve. Les pièces dont dispose le recourant doivent être jointes. À défaut, un bref délai pour satisfaire à ces exigences est fixé au recourant, sous peine d'irrecevabilité (art. 65 al. 2 LPA). 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).

L'exigence de motivation de l'art. 65 al. 2 LPA a pour but de permettre à la juridiction administrative de déterminer l'objet du litige qui lui est soumis et de donner l'occasion à la partie intimée de répondre aux griefs formulés à son encontre (ATA/64/2021 du 19 janvier 2021 consid. 2). L'exigence de la motivation est considérée comme remplie lorsque les motifs du recours, sans énoncer les conclusions formelles, permettent de comprendre aisément ce que la personne recourante désire (arrêt du Tribunal fédéral 2C_823/2017 du 23 mars 2018 consid. 4 ; ATA/1337/2020 du 22 décembre 2020 consid. 2c).

b. En l'espèce, bien que la recourante ne conclue pas expressément à l'annulation de la décision d'exclusion, on comprend de son acte qu'elle conteste

ladite exclusion, soutenant avoir fourni à l'adjudicateur, dans le délai, l'attestation en cause, et demande que son offre soit réintégrée et évaluée.

Son recours est partant recevable sous cet angle également.

3) Le droit des marchés publics a pour but d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires et de garantir l'égalité de traitement et l'impartialité de l'adjudication à l'ensemble de ceux-ci (art. 1 al. 3 let. a et b AIMP). En particulier, le principe d'égalité de traitement doit être garanti à tous les candidats et soumissionnaires dans toutes les phases de la procédure (art. 16 al. 1 et 2 RMP ; ATA/165/2011 du 15 mars 2011).

4) 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 de l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0.632.231.422). La procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires doit suivre des critères objectifs et vérifiables (art. 13 let. d AIMP).

5) L'art. 32 al. 1 RMP, intitulé « conditions de participation », prévoit que 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 (ci-après : CCT) 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.

Il ressort du texte qui précède (« offres accompagnées (...) des documents suivants ») que 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, ce que le recourant ne remet pas en cause.

6) 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 (art. 42 al. 1 let. a RMP). 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).

7) a. 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). 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).

b. 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 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 interpeller un soumissionnaire en présence d'une offre défaillante (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 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).

8) En l'espèce, l'autorité intimée, tant dans l'appel d'offres lui-même que dans le dossier d'appel d'offres, a expressément demandé à chaque soumissionnaire de produire une série d'attestations au moment du dépôt de l'offre, en précisant que la non-production des attestations requises entraînerait l'exclusion de l'offre de la procédure d'évaluation, conformément à l'art. 42 al. 1 let. a RMP.

La recourante soutient s'être conformée à ces exigences s'agissant de l'attestation de l'impôt à la source. Elle échoue toutefois à démontrer avoir effectivement joint une telle attestation à son offre. À cet égard, il n'y a nulle raison de remettre en question le constat des deux collaborateurs de la CCA ayant procédé à l'ouverture, le 2 mars 2021, de l'enveloppe contenant les deux offres reliées de la recourante, ne contenant pas l'attestation en cause. Cette attestation ne se trouvait pas plus insérée seule dans l'enveloppe, ce que la recourante ne prétend au demeurant pas.

La lettre de couverture, datée du 26 février 2021 et première page de l'offre, ne fait pour le surplus pas mention d'annexes qui n'auraient pas figuré dans l'exemplaire relié.

Dans ces conditions, quand bien même l'attestation en cause, datée du 8 février 2021, l'est en effet antérieurement à l'offre du 26 février 2021, ceci ne suffit nullement à attester qu'elle se serait trouvée dans l'enveloppe soumise au pouvoir adjudicateur.

Le pouvoir adjudicateur était donc, sur le principe, non seulement fondé à prendre une décision d'exclusion, mais il ne pouvait prendre une autre décision sous peine, vu le texte clair des art. 35 al. 2 et 42 al. 1 RMP, de contrevenir au principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires. La remise subséquente de l'attestation en cause n'y change rien.

La décision d'exclusion ne prête ainsi pas le flanc à la critique.

Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.

9) 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 la DGFE qui dispose de son propre service juridique (art. 87 al. 2 LPA ; ATA/1017/2020 du 13 octobre 2020).

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 17 mars 2021 par Tip-Top Junior Sàrl contre la décision de la direction générale des finances de l'État du 11 mars 2021 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Tip-Top Junior Sàrl un émolument de CHF 1'000.- ;

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 Tip-Top Junior Sàrl, à la direction générale des finances de l'État ainsi qu'à la commission de la concurrence (COMCO).

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, M. Verniory, Mme Lauber, M. Mascotto, Mme Tombesi, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	la présidente siégeant :
J. Balzli	F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :