RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1184/2021-MARPU **ATA/714/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 6 juillet 2021

dans la cause

BDO SA

contre

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES DE L'ÉTAT

EN FAIT

1) Le 9 avril 2021 la centrale commune d'achats (ci-après : CCA), rattachée à la direction générale des finances de l'État (ci-après : DGE) du département des finances (ci-après : DF) a publié, sur la plateforme internet www.simap.ch, un appel d'offres en procédure ouverte, soumis aux accords internationaux, portant sur un marché de services, intitulé « appel d'offres public pour une fiduciaire agréée ».

L'office cantonal de la culture et du sport (ci-après : OCCS) recherchait une fiduciaire agréée capable de mettre à disposition du personnel compétent et expérimenté pour l'analyse financière des « demandes d'indemnisations pour pertes financières » selon l'ordonnance fédérale sur les mesures dans le domaine de la culture prévues par la loi COVID-19.

Les critères d'adjudication étaient « prix, soit les honoraires de la prestation (honoraires forfaitaires pour un dossier) », pour une pondération de 50 %, la qualité de la prestation (40 %) et la qualité de l'entreprise relative au développement durable (10 %).

Le dossier d'appel d'offres détaillait, sous point 3, l'exigence du prix. Le fait qu'il devait s'agir d' « honoraires forfaitaires par dossier traité » était mis en caractères gras et soulignés. Le prix devait inclure tous les frais de la prestation. Il était précisé que le soumissionnaire devait facturer les honoraires du mois précédent en début de mois suivant. Les factures devaient être accompagnées de la liste des dossiers traités durant la période de facturation (point 3.2 a.).

Tout soumissionnaire qui n'accepterait pas ces conditions serait éliminé (point 4 a.).

2) Vingt-neuf questions ont été posées au pouvoir adjudicateur dans le délai imparti. Cinq portaient sur les honoraires, notamment sur la possibilité d'une variation selon différents éléments. La question 14 portait sur la possibilité de proposer des forfaits échelonnés en fonction de l'importance de l'aide financière sollicitée ; la question 15 évoquait une tarification différenciée selon que le dossier était une nouvelle demande, un renouvellement pour une période ultérieure ou une demande d'acompte ; la question 16 portait sur un dossier évalué comme incomplet alors que la 17 portait sur la reprise ultérieure d'un dossier initialement considéré comme incomplet.

Le pouvoir adjudicateur a systématiquement répondu aux questions qu'il n'existait aucune autre possibilité qu'un seul honoraire forfaitaire par dossier qui incluait toutes les charges et les frais relatifs à la prestation. Les offres avec un autre modèle de tarification seraient éliminées.

3) Selon le procès-verbal d'ouverture des offres du 16 mars 2021, six sociétés avaient soumissionné. Cinq avaient mentionné un tarif forfaitaire par dossier. BDO SA avait proposé une échelle de tarifs comprenant quatre paliers, le tarif étant ainsi dégressif selon le nombre de demandes.

4) Par décision du 18 mars 2021, la CCA a éliminé l'offre de BDO SA. Sa proposition était incompatible avec les exigences impératives du dossier d'appel d'offres et de son cahier des charges.

5) Par acte du 1er avril 2021, BDO SA a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision du 18 mars 2021. Elle a conclu à son annulation et à ce que l'offre déposée le 11 mars 2021 soit prise en compte dans le processus d'appel d'offres.

Elle contestait n'avoir pas respecté la « ratio legis » de l'appel d'offres et aller à l'encontre des intérêts de l'État de Genève. Elle respectait le principe du montant forfaitaire par dossier incluant tous les frais de la prestation hors TVA. Comme elle ne connaissait pas le nombre de dossiers qu'il y aurait lieu de traiter, l'appel d'offres mentionnait une estimation, sans garantie aucune, d'environ mille dossiers et, dans un souci d'efficacité tout comme de synergies, elle s'était limitée à indiquer que le montant forfaitaire par dossier était dégressif, en fonction du nombre de dossiers qui seraient traités. Ceci ne remettait pas en cause le principe du forfait.

Si, contre toute attente et en dépit du caractère favorable de son offre, la CCA devait décider qu'elle ne souhaitait pas disposer d'un montant réduit, ce qui irait à l'encontre des intérêts publics qu'il convenait en principe à l'État de défendre et, faute d'estimation du nombre de dossiers à traiter, il suffisait alors de prendre en considération son tarif forfaitaire standard de CHF 650.-, ce dernier prenant en considération l'ensemble des frais hors TVA.

6) La CCA a conclu au rejet du recours. Le dossier d'appel d'offres et son cahier des charges exigeaient clairement un tarif d'honoraires forfaitaires unique par dossier. Ce point avait aussi été clairement explicité et confirmé à plusieurs reprises dans le cadre de la procédure de questions et réponses. La recourante ne pouvait pas l'ignorer. Or, l'offre de la recourante proposait des honoraires variables en fonction du volume de dossiers effectivement traités. La décision d'exclusion s'imposait en présence d'une offre non-conforme et pour respecter le principe d'égalité de traitement.

La proposition de prendre en considération son tarif forfaitaire de CHF 650.- consistait à modifier son offre après le dépôt de celle-ci.

Il n'était pas possible de tenir compte d'une nouvelle proposition tardive sauf à violer gravement le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires et de l'intangibilité des offres.

7) Le 9 avril 2021, l'adjudication du marché à Berney-Associés Audit SA, pour un prix de CHF 380.- sans TVA, a été publiée.

8) La recourante n'ayant pas souhaité répliquer dans le délai qui lui avait été imparti pour ce faire, les parties ont été informées 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 (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 15 al. 1 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. 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01).

2) 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).

3) 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 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.

4) 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).

5) 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).

6) 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 (ATA/1208/2020 précité consid. 6 ; ATA/588/2018 du 12 juin 2018 consid. 3b).

7) 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 un prix unique forfaitaire à calculer par dossier, avec facturation chaque fin de mois, en précisant que le non-respect de cette condition entraînerait l'exclusion de l'offre de la procédure d'évaluation, conformément à l'art. 42 al. 1 let. a RMP.

La recourante ne s'est pas conformée à cette exigence, ayant produit une échelle de prix, fonction du nombre de dossiers à traiter, ce qu'elle ne conteste au demeurant pas. Contrairement à ce qu'elle soutient, le prix de traitement d'un dossier n'est pas forfaitaire puisqu'il fluctue en fonction du nombre de dossiers traités.

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 de l'art. 42 al. 1 RMP, de contrevenir au principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires.

8) La recourante sollicite subsidiairement qu'il soit tenu compte d'un prix unique.

C'est à bon droit que l'autorité intimée a considéré ne pas pouvoir y donner suite. La recourante ayant proposé plusieurs prix différents, une telle façon de procéder violerait les principes de l'intangibilité de l'offre et de l'égalité de traitement entre soumissionnaires.

Le recours, mal fondé, sera rejeté.

9) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 1er avril 2021 par BDO SA contre la décision de la direction générale des finances de l'État du 18 mars 2021 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de BDO SA 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 BDO SA, à la direction générale des finances de l'État ainsi qu'à la commission de la concurrence (COMCO).

Siégeant : M. Mascotto, président, Mmes Krauskopf, Payot Zen-Ruffinen, M. Rieben Mme Lauber, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	le présidente siégeant :
F. Scheffre	C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :