RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1187/2021-MARPU **ATA/426/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 20 avril 2021

dans la cause

GIVAUDAN INTERNATIONAL SA

contre

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES DE L'ÉTAT

EN FAIT

1) Par décision du 22 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 Givaudan International SA (ci-après : Givaudan) à la suite de l'appel d'offres « achat de désinfectants/virucides pour les objets, les surfaces et les mains en gel, en solution, ou lingettes » dans le cadre d'un marché public en procédure ouverte, soumis à l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0.632.231.422) et à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 et 15 mars 2001 (AIMP - L 6 05).

Givaudan avait envoyé son offre par courrier électronique, alors que le ch. 4 let. c (« cadre de la procédure d'appel d'offres ») du dossier d'appel d'offres prévoyait que seules les offres adressées, sous pli fermé, avec l'identification du soumissionnaire et les mentions « Confidentiel » et « Appel d'offres désinfectants » inscrites sur l'enveloppe ou le paquet, seraient prises en compte.

De plus, l'offre ne contenait aucune des cinq attestations exigées relatives aux assurances sociales, à l'impôt à la source et au respect des usages.

2) Par acte posté le 31 mars 2021, Givaudan 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 demandant de bien vouloir « considérer la soumission ». Elle ne contestait pas ne pas avoir respecté la forme requise pour l'envoi du dossier, ni ne pas avoir joint à son offre les attestations requises. Ces défauts étaient dus à des difficultés imprévues et indépendantes de sa volonté. Deux exemplaires imprimés de l'offre complète étaient joints, ainsi qu'une version électronique sur clef USB.

L'acte de recours était signé par Madame Isabelle NICOL, directrice générale du site Givaudan de Vernier. Selon le registre du commerce (ci-après : RC) du canton de Genève, elle est inscrite comme disposant de la signature collective à deux, aucun administrateur de la société ne possédant par ailleurs la signature individuelle.

3) Sur ce, la cause a été 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 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2017 - RMP - L 6 05.01).

2) a. En vertu de l'art. 64 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), le recours est formé par écrit et adressé à la juridiction administrative appelée à en connaître. À teneur des art. 12 ss de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220) et notamment de l'art. 14 al. 1 CO, la forme écrite implique que la signature doit être écrite à la main par celui qui s'oblige. De jurisprudence constante, la signature olographe originale est une condition nécessaire que doit respecter tout acte pour être considéré comme un recours (ATA/1452/2017 du 31 octobre 2017 consid. 5 et les références citées).

b. Selon l'art. 65 al. 1 LPA, 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).

3) En l'espèce, bien que la recourante demande à ce que son offre soit « considérée » et ne conclut pas expressément à l'annulation de la décision d'exclusion, il ressort de son acte qu'elle conteste ladite exclusion et conclut à ce que son offre soit réintégrée et évaluée. En revanche, la recourante n'émet aucun

grief à l'encontre de la décision d'élimination, reconnaissant d'ailleurs le bien-fondé de celle-ci. Les questions de savoir si le défaut de motivation doit entraîner l'irrecevabilité du recours, tout comme celle de savoir s'il convient d'accorder un délai à la recourante pour régulariser la signature de l'acte de recours – signé en l'état par une personne ne pouvant engager seule la société – peuvent toutefois rester indécises, au vu de ce qui suit.

4) 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).

5) a. 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, contrairement à ce que semble plaider 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.

b. L'art. 32 al. 3 RMP précise que pour être valables, les attestations visées à l'al. 1 ne doivent pas être antérieures de plus de trois mois à la date fixée pour leur production, sauf dans les cas où elles ont, par leur contenu, une durée de validité supérieure.

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) 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).

8) 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).

9) 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 ne s'est pas conformée à ces exigences s'agissant des attestations AVS/AI/AC/APG, LPP, LAA, OCIRT ou CCT, et impôt à la source, ce qu'elle ne conteste au demeurant pas.

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.

10) a. 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 AMP). La procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires doit suivre des critères objectifs et vérifiables (art. 13 let. d AIMP).

Les conditions pour être admis à soumissionner sont mentionnées aux art. 31 ss 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 (art. 42 al. 1 let. a et b RMP). Les offres écartées ne sont pas évaluées. L'autorité adjudicatrice rend alors une décision d'exclusion motivée (art. 42 al. 3 RMP).

b. Les offres sont rendues selon la forme requise par l'autorité adjudicatrice et parviennent, sous pli fermé, à l'adresse et pour la date et l'heure indiquées dans les documents d'appel d'offres (art. 37 al. 1 RMP). Les informations mises à disposition par les soumissionnaires, en particulier les secrets d'affaires et de fabrication, sont traitées de façon confidentielle (art. 22 RMP). Seules les offres parvenues dans les délais fixés dans les documents d'appel d'offres sont ouvertes. Dans le cadre d'une procédure ouverte ou sélective, un procès-verbal est établi à l'ouverture des offres. Il contient notamment le nom des personnes présentes, le

nom des soumissionnaires, les dates de réception et les prix des offres (art. 38 al. 1 et 2 RMP).

11) En l'espèce, le dossier d'appel d'offres précise que tout soumissionnaire ne respectant pas lesdites conditions sera éliminé, et que les offres devront parvenir sous pli fermé et avec les mentions « Confidentiel » et « Appel d'offres désinfectants » sur l'enveloppe ou le paquet, à l'adresse postale indiquée.

Il n'est nullement fait mention de la possibilité d'adresser le dossier de soumission par voie électronique. La recourante reconnaît d'ailleurs qu'elle ne pouvait pas envoyer son offre par voie électronique.

Par ailleurs, la remise – par voie postale ou en mains propres lorsque cela est prévu – du dossier d'offre, sous pli fermé, est apte à garantir la confidentialité des données qu'il contient, d'une part. D'autre part, ce mode de remise du dossier d'offre permet de s'assurer d'une manière simple que l'ensemble des offres soit conservé fermé jusqu'à leur ouverture, au même moment, garantissant ainsi l'égalité de traitement entre soumissionnaires (ATA/1300/2018 du 4 décembre 2018 consid. 3.1). En outre, l'importance que revêtait le mode de soumission pour l'adjudicateur était dûment mise en exergue par celui-ci. Cette exigence est, au demeurant, conforme à l'art. 37 al. 1 RMP, qui prévoit la remise des offres sous pli fermé. Partant, la condition de forme posée par l'autorité adjudicatrice ne saurait être qualifiée de formalisme excessif ; la recourante ne le soutient d'ailleurs pas.

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

Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté, en tant qu'il est recevable, ce que la chambre de céans peut faire sans échange d'écritures, celui-ci étant manifestement infondé (art. 72 LPA).

12) 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).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette, en tant qu'il est recevable, le recours interjeté le 31 mars 2021 par Givaudan International SA contre la décision de la direction générale des finances de l'État du 22 mars 2021 ;

met à la charge de Givaudan International 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 Givaudan International SA ainsi qu'à la direction générale des finances de l'État.

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

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	la présidente siégeant :
F. Scheffre	F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :