RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1270/2021-MARPU **ATA/965/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 21 septembre 2021

dans la cause

BCH Services Sàrl

contre

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES DE L'ÉTAT

et

G. HOMINAL ET FILS SA

EN FAIT

1) Le 19 janvier 2021, la centrale commune d'achat (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 et sous la référence 214711, un appel d'offres en procédure ouverte, soumis aux accords internationaux, portant sur « la location et l'entretien de cabines de wc chimiques ».

La police recherchait un prestataire capable de proposer un service complet de location de cabines de toilettes (cabines wc) chimiques autonomes sur divers sites qu'elle gérait ainsi que de l'entretien de ses cabines.

Les critères d'adjudication étaient le prix, pour une pondération de 54 %, la qualité de l'offre, « soit notamment rapidité de livraison et d'installation, fréquence du nettoyage et de la vidange, rapidité d'enlèvement, éclairage intérieur, etc. », pour une pondération de 40 %, et qualité de l'entreprise, « soit contribution à la composante sociale du développement durable et contribution à la composante environnementale du développement durable », pour une pondération de 6 %.

2) Selon le procès-verbal d'ouverture des offres du 2 mars 2021, quatre sociétés avaient soumissionné, dont BCH Services Sàrl (ci-après : BCH) et G. Hominal et Fils SA (ci-après : Hominal).

3) Le 11 mars 2021, la CCA a indiqué à Hominal que son offre ne contenait pas, au moment de son dépôt, l'attestation de son assurance LAA certifiant que ses collaborateurs étaient couverts contre le risque accident et qu'elle était à jour dans le paiement des primes, ce qui entraînait son élimination.

4) Le 23 mars 2021, la CCA a annoncé à BCH que son offre avait été placée au premier rang sur deux offres recevables, et que le marché lui était attribué.

5) Le 18 mars 2021, Hominal a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision d'élimination de son offre, concluant à l'annulation de celle-ci.

Elle avait bien fourni l'attestation LAA établie pas son assureur Helvetia Assurances SA, qui faisait partie intégrante de son dossier, ainsi qu'en attestait la date, du 23 décembre 2020, qu'elle portait.

L'attestation de la société suisse des entrepreneurs (ci-après : SSE) nommée « charte d'éthique » (ci-après : la charte), qu'elle avait également fournie,

reprenait elle aussi les points indiquant qu'elle était à jour en matière de charges conventionnelles et sociales.

6) Le 29 mars 2021, la CCA a indiqué à Hominal qu'aucun des deux classeurs remis ne contenait l'attestation d'Helvetia et qu'elle ne pouvait en tenir compte sans violer le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires et celui de l'intangibilité des offres. Son offre ne contenait pas non plus la clé USB qui aurait pu éventuellement contenir la copie électronique du document.

La charte qu'elle avait produite certifiait uniquement qu'elle était affiliée et liée par un code de déontologie, et non qu'elle était à jour avec toutes ses obligations. Des recherches avaient cependant été conduites, et avaient montré que la charte n'était délivrée par la SSE qu'après la remise de nombreux documents et notamment d'une attestation de couverture d'assurance LAA datant de moins de trois mois. Celle-ci pouvait ainsi être reconnue comme valant attestation LAA.

Son offre était réintégrée à la procédure et serait évaluée.

7) Le même jour, la CCA a indiqué à la chambre administrative que l'élimination de l'offre d'Hominal avait été annulée et que celle-ci avait été réintégrée. La cause était devenue sans objet et devait être rayée du rôle.

8) Sans réponse d'Hominal et de la CCA, interpellées le 30 mars 2021, la chambre administrative a déclaré le recours sans objet et rayé la cause du rôle par décision du 19 avril 2021 (ATA/419/2021), rendue dans la procédure A/1030/2021.

9) Le 8 avril 2021, la CCA a indiqué à BCH qu'après le dépôt d'un recours et les explications fournies par Hominal à la chambre administrative, il était apparu que son offre était finalement recevable et avait été réintégrée à la procédure.

Une nouvelle évaluation avait été conduite, et avait placé son offre au deuxième rang sur trois offres recevables. La décision d'adjudication en sa faveur du 23 mars 2021 était annulée et le marché attribué à Hominal.

Son offre était classée en deuxième position par rapport au critère du prix, en première position par rapport à celui de la qualité de l'offre et en deuxième position par rapport à celui du développement durable.

Le même, jour, la CCA a informé Hominal que le marché lui était attribué.

10) Par acte remis à la poste le 13 avril 2021, BCH a recouru auprès de la chambre administrative contre cette décision, concluant à son annulation.

Elle ne pouvait concevoir qu'une offre jugée incomplète soit réintégrée hors délai et choisie.

Le jugement sur l'aspect du développement durable était absolument subjectif et constituait un cas d'inégalité de traitement, une petite entreprise comme elle, constituée de deux salariés seulement, n'ayant pas les mêmes ressources que les grosses PME pour justifier de mesures de développement durable.

Ses démarches concernant la valorisation des déchets n'avaient par ailleurs pas été prises en compte car le cahier des charges était incomplet.

Elle se tenait à disposition pour défendre sa cause de vive voix.

11) Le 17 mai 2021, la CCA a conclu au rejet du recours.

Les vérifications qu'elle avait conduites avaient conclu au bien-fondé d'une partie de l'argumentation d'Hominal. L'attestation de l'assureur LAA n'avait pas été fournie à temps, mais celle de la SSE, jointe à l'offre, valait bien comme attestation « multipack » et partant comme attestation LAA au sens des conditions de participation obligatoires prévues par le dossier d'appel d'offres.

L'effet suspensif au recours n'ayant pas été demandé par BCH, le marché avait été adjugé et il était en cours de contractualisation avec Hominal.

Il était apparu, suite au recours d'Hominal, qu'en pratique la charte était acceptée par les différents maîtres d'ouvrage publics, dont l'office cantonal des bâtiments (ci-après : OCBA), comme attestation « multipack » et remplaçait l'ensemble des attestations demandées à titre de condition de participation lors des appels d'offres.

Elle n'avait eu d'autre choix que de réintégrer l'offre d'Hominal et de procéder à une nouvelle évaluation qui avait placé celle-ci en première position.

Les critiques contre le cahier des charges auraient dû faire l'objet d'un recours dès la publication de l'appel d'offres.

Les projets novateurs en matière d'environnement que BCH disait avoir initiés dans son courrier de présentation étaient, de son propre aveu, au point mort en raison de la crise sanitaire, de sorte qu'aucune valorisation n'avait pu être réalisée sur ces points futurs.

12) Hominal ne s'est pas déterminée dans le délai imparti au 17 mai 2021.

BCH n'a pas répliqué dans le délai imparti au 24 juin 2021.

Le 14 juillet 2021, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile 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. 55 let. f et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01).

2) La recourante dit se tenir à disposition pour défendre sa cause, déclaration qui sera traitée comme une demande d'être entendue lors d'une comparution personnelle des parties.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il y soit donné suite (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 127 I 54 consid. 2b). Ce droit n'empêche pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2 ; 131 I 153 consid. 3). En outre, il n'implique pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1).

b. En l'espèce, la recourante a pu exposer ses arguments et produire toute pièce pertinente à à l'appui de son recours et n'a pas fait usage de la possibilité qui lui a été offerte de répliquer. La chambre de céans dispose d'un dossier complet et il ne sera pas donné suite à sa demande d'audition.

3) Le recours a pour objet les deux décisions du 8 avril 2021, de révocation de l'adjudication du marché à BCH, respectivement d'adjudication de celui-ci à Hominal.

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) 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.

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 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 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).

9) Selon l'art. 48 RMP, l'adjudication peut être révoquée, sans indemnisation, pour l'un des motifs énoncés à l'art. 42 RMP. Il peut notamment s'agir de motifs propres à l'adjudicataire, telles les exigences générales de participation à un marché public, relatives au respect des conditions sociales de travail, de paiement des impôts et des cotisations sociales (ATA/232/2016 du 15 mars 2016 consid. 5 ; Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, n. 364 p. 230 ; Martin BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, n. 2738 p. 1501). Il doit s'agir de motifs qui rendent la conclusion d'un contrat avec l'adjudicataire impossible, inexigible ou contraire au droit des marchés publics (ATA/232/2016 précité consid. 5 ; Martin BEYELER, ibid.).

L'art. 48 RMP utilisant une formule potestative concernant l'exercice du droit de révocation, une liberté d'appréciation est reconnue au pouvoir adjudicateur dans la prise d'une telle décision, que celui-ci l'exerce à la suite d'une pesée des intérêts pour respecter le principe de la proportionnalité (ATA/490/2017 du 2 mai 2017 consid. 5 ; ATA/232/2016 précité consid. 5 ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2011, n. 2.4.3.1 p. 383).

Selon l'art. 47 al. 1 RMP, la procédure peut par ailleurs être interrompue pour de justes motifs ou raisons importantes, notamment lorsque l'autorité

adjudicatrice a reçu un nombre insuffisant d'offres pour adjuger le marché dans une situation de concurrence efficace (let. a) ; les offres ont été concertées (let. b) ; un abandon ou une modification importante du projet est nécessaire (let. c) ; toutes les offres dépassent le montant du budget prévu ou octroyé pour le marché (let. d).

10) En l'espèce, le recourant dit ne pas comprendre comment le marché a pu être réadjugé à Hominal alors que son offre était irrecevable, puisqu'incomplète.

L'autorité adjudicatrice expose qu'elle a révoqué l'adjudication à BCH après avoir révoqué la décision d'exclusion d'Hominal et avoir procédé à une nouvelle évaluation des offres.

La CCA a reconnu que l'exclusion d'Hominal résultait d'une erreur de sa part, consistant à avoir retenu à tort qu'il manquait à son offre une attestation d'assurance LAA, défaut qui aurait constitué une cause formelle d'exclusion. Cette erreur consacrait une violation de l'art. 42 RMP. La recourante ne conteste pas que l'exclusion d'Hominal était infondée. L'annulation de l'exclusion d'Hominal n'a pas été querellée.

La CCA explique avoir ensuite réévalué toutes les offres pour parvenir à la conclusion que celle d'Hominal devait être classée an premier rang, ce qui entraînait la révocation de l'adjudication à BCH et une nouvelle adjudication à Hominal.

Ce raisonnement ne prête pas le flanc à la critique. L'exclusion d'Hominal étant infondée, la décision consécutive d'adjudication à BCH, dont elle constituait le préalable, était dès lors affectée par une atteinte au principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, du moment qu'un concurrent avait été écarté pour un motif formel en réalité inexistant, en violation de la loi, alors que le marché aurait pu et même dû lui être attribué.

Certes, aucun motif tiré de l'art. 42 RMP n'a été ni ne pouvait être opposé à la recourante, dont la soumission répondait aux exigences formelles. C'est toutefois bien l'application correcte de cette disposition formaliste qui fondait la révocation de l'exclusion, et par voie de conséquence celle de l'adjudication. Au demeurant, les décisions administratives irrégulières sont par principe sujettes à révocation, et il est admis que d'autres motifs de révocation peuvent être invoqués, par référence notamment aux cas non exhaustifs d'interruption (arrêt du Tribunal fédéral 2C_876/2014 du 4 septembre 2015 consid. 6.2 ; Etienne POLTIER, op. cit., n. 363 p. 230).

Il sera encore observé que le recours d'Hominal contre l'exclusion de son offre aurait selon toute vraisemblance été admis et un recours contre l'adjudication à BCH également.

La CCA n'a ainsi ni violé la loi ni commis d'excès ou abus de son pouvoir d'appréciation.

Le grief sera écarté.

11) La recourante se plaint encore du caractère incomplet du cahier des charges.

Elle ne saurait être suivie. Selon la jurisprudence, en vertu du principe de la bonne foi et sauf exceptions non pertinentes en l'espèce, le soumissionnaire qui désire contester certains éléments de l'appel d'offres doit le faire immédiatement, sous peine de forclusion, dans le délai prévu par la législation topique (ATF 130 I 241 consid. 4.2 ; 129 I 313 consid. 6.2). Dans le canton de Genève, il doit recourir contre l'appel d'offres dans un délai de dix jours, conformément aux art. 55 let. a et 56 al. 1 RMP, dispositions qui correspondent à l'art. 15 al. 1bis let. a et al. 2 de l'AIMP (arrêt du Tribunal fédéral 2C_841/2016 du 25 août 2017 consid. 1.2.2 ; ATA/995/2019 du 11 juin 2019 consid. 7b).

Ainsi, et dans la mesure où elle critique l'appel d'offres lui-même, la recourante est forclose, et son grief est irrecevable.

12) La recourante se plaint enfin de l'appréciation de son offre par le CCA. Cette dernière aurait dû tenir compte de ses démarches concernant la valorisation des déchets.

L'intimée a objecté que la recourante n'avait évoqué que des projets, dont l'exécution n'avait pas débuté pour des motifs conjoncturels. La recourante n'a pas soutenu qu'elle avait effectivement mis en place ou réalisé ses projets.

L'autorité adjudicataire, qui dispose d'une grande liberté d'appréciation, pouvait sans commettre ni excès ni abus de son pouvoir d'appréciation, ne pas tenir compte, pour l'évaluation de l'offre, de qualités que la recourante mettait en avant mais n'avait pas encore acquises.

Le grief sera écarté.

Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.

13) 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, la recourante ayant succombé, la CCA n'ayant pas allégué de frais de conseil et disposant d'un service juridique et Hominal n'ayant pas produit d'écritures (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 13 avril 2021 par BCH Services Sàrl contre la décision de la direction générale des finances de l'État du 8 avril 2021 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de BCH Services 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 BCH Services Sàrl, à G. Hominal et fils SA ainsi qu'à la direction générale des finances de l'État.

Siégeant : M. Mascotto, président, M. Verniory, Mmes Payot Zen-Ruffinen, Lauber et Tombesi, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	le président siégeant :
I. Semuhire	C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :