RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1450/2020-MARPU **ATA/188/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 23 février 2021

dans la cause

EMIL FREY SA, SUCCURSALE CENTRE AUTOMOBILE AUX VERNETS

contre

VILLE DE GENÈVE - SERVICE D'INCENDIE ET DE SECOURS

EN FAIT

1) Le 6 janvier 2020, la Ville de Genève (ci-après : la ville), soit pour elle le service d'incendie et de secours (ci-après : SIS) a publié sur la plateforme Internet www.simap.ch un appel d'offres en procédure ouverte, non soumis aux accords internationaux, portant sur un marché public de fournitures, à savoir l'achat de voitures de sapeurs-pompiers, intitulé « Projet Voitures sapeurs-pompiers_2019 ».

Le marché, qui portait sur des véhicules de service à quatre roues motrices équipés de signaux prioritaires, n'était pas divisé en lots. Les critères d'adjudication étaient les qualités techniques de l'offre (pondérées à 50 %), le prix (35 %), la garantie, le service après-vente et la livraison (10 %) ainsi que la présentation de l'offre (5 %). Le délai de clôture des offres était fixé au 28 février 2020 à 12h00. La sous-traitance était admise. Pour les critères d'aptitude et les justificatifs requis, il était renvoyé respectivement aux art. 14 et 15 du cahier de soumission.

Selon l'art. 13 du cahier de soumission, intitulé « Conditions de participation », n'étaient prises en considération que les offres accompagnées, au moment de leur remise, pour le soumissionnaire et ses sous-traitants (ce dernier membre de phrase étant souligné), 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 le territoire genevois, soit que le soumissionnaire est lié par la convention collective de travail (ci-après : CCT) de sa branche, applicable à Genève, soit qu'il a signé, auprès de l'office cantonal de l'inspection et des relations de travail (ci-après : OCIRT), un engagement à respecter les usages de sa profession en vigueur à Genève ; 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 le salaire de son personnel ou qu'il n'a pas de personnel soumis à cet impôt, et d) déclaration du soumissionnaire s'engageant à respecter le principe de l'égalité entre femmes et hommes. Pour être valables, les attestations requises ci-dessus ne doivent pas être antérieures de plus de trois mois à la date de remise des offres, sauf dans le cas où elles ont, par leur contenu, une date de validité supérieure.

Selon l'art. 14 du cahier de soumission, le soumissionnaire et ses sous-traitants devaient remplir les critères d'aptitude suivants : a) exercer une activité en rapport avec celle dont relevait le marché ; b) présenter des garanties de pérennité et de solvabilité de l'entreprise ; c) justifier de ses compétences techniques ; d) justifier de compétences organisationnelles ; e) justifier de l'existence d'une politique d'entreprise appliquant les principes du développement

durable ; et f) être apte à présenter, sur demande, un véhicule similaire ou équivalent à celui proposé dans l'offre.

Selon l'art. 15 du cahier de soumission, afin de prouver le respect des critères d'aptitude susmentionnés, le soumissionnaire devait fournir tout justificatif ou document utile avec son offre, dont notamment les documents suivants : a) extrait du registre du commerce ou d'un registre professionnel ; b) attestation de non-poursuite ou extrait du registre des poursuites (validité des documents : trois mois) ; c) évolution du chiffre d'affaires de l'entreprise des trois dernières années ou toute pièce comptable justificative ; d) liste de références ; e) organigramme ou déclaration indiquant l'effectif de la main-d'œuvre permanente et le nombre d'apprentis (validité du document : trois mois) ; f) déclaration indiquant la disponibilité des pièces détachées relatives à l'objet du marché pendant au minimum cinq ans à compter de la date de la livraison ; et g) attestation relative au développement durable, sous la forme soit d'un certificat ISO 14001, EMAS ou autre certification équivalente (la durée de validité du document est mentionnée sur celui-ci), soit d'une déclaration prouvant l'engagement de l'entreprise dans le développement durable (validité du document : trois mois).

Enfin, selon l'art. 17 du cahier de soumission, en répondant à l'appel d'offres, le soumissionnaire s'engageait à accepter les conditions définies dans tous les documents qui le composent. Toute offre ne respectant pas ces conditions serait écartée de la procédure.

2) Emil Frey SA, succursale Centre automobile aux Vernets (ci-après : Emil Frey Vernets) est une succursale genevoise de la société anonyme Emil Frey AG, sise à Zurich. Elle est inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) du canton de Genève depuis le 4 décembre 1984 et a pour but statutaire de traiter toutes affaires se rapportant à l'automobilisme.

3) Cinq sociétés ont soumis des offres dans les délais, dont Emil Frey Vernets, une autre succursale genevoise d'Emil Frey AG et AMAG Automobil und Motoren AG (ci-après : AMAG).

Il ressort du procès-verbal d'ouverture des offres – laquelle a eu lieu le 2 mars 2020 – que les cinq soumissionnaires s'étaient associés à des sous-traitants, et que tous avaient fourni les documents requis tant pour eux-mêmes que pour leurs sous-traitants, à l'exception d'Emil Frey Vernets.

Ledit procès-verbal contient l'annotation suivante : « Par courriel du 10.03.2020, le SIS a accordé un délai de 48h au soumissionnaire pour fournir les documents manquants/valables le concernant […] ainsi que les documents relatifs aux conditions de soumission concernant le(s) sous-traitant(s) éventuel(s). Par courrier du 12.03.2020 remis au SIS en mains propres, le soumissionnaire a

transmis les documents suivants concernant Emil Frey [Vernets] (attestation relative aux charges sociales du 13.02.2020, attestation de l'UPSA du 10.03.2020, extrait du registre des poursuites du 13.02.2020, attestation relative au paiement des impôts à la source du 28.02.2020), aucun document n'a été fourni concernant le sous-traitant, à savoir Perroud Audio Sàrl (ci-après : Perroud Audio). Les documents relatifs aux conditions de soumission (conditions de participation et preuves d'aptitude) concernant le sous-traitant n'ont pas été produits par le soumissionnaire, et ce malgré le délai supplémentaire de 48h : décision du comité d'ouverture : exclusion du soumissionnaire s'agissant de ses 4 offres ».

4) Par décision du 14 mai 2020, la ville a exclu Emil Frey Vernets de la procédure d'attribution du marché.

Son dossier de soumission comprenait quatre offres. Celles-ci avaient dû être écartées car elles étaient incomplètes, ne contenant pas les documents relatifs aux conditions de participation et aux preuves d'aptitude concernant son sous-traitant, documents qui étaient requis conformément aux art. 13 et 15 du cahier de soumission et à l'art. 35 al. 2 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01). Les documents n'avaient pas été remis malgré le délai supplémentaire de quarante-huit heures qui avait été accordé à Emil Frey Vernets.

5) Par acte posté le 22 mai 2020, Emil Frey Vernets a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision d'exclusion précitée, concluant à ce que son dossier soit réintégré à la procédure.

Elle faisait recours car son sous-traitant n'avait pas réussi à lui fournir l'intégralité des documents demandés dans le délai convenu. En effet, après une première confusion dans les documents que son sous-traitant devait lui remettre, le décès d'un proche collaborateur dudit sous-traitant avait perturbé ses démarches administratives, et la communication avait été plus compliquée qu'à l'accoutumée.

Elle joignait à son recours l'intégralité des documents requis. Ses offres correspondaient en tous points aux éléments demandés par le SIS.

6) Le 9 juillet 2020, la ville a conclu au rejet du recours.

Le droit des marchés publics était formaliste. La chambre administrative avait confirmé en 2016 une décision d'exclusion fondée sur l'absence de l'une des pièces requises concernant un sous-traitant. Un délai de quarante-huit heures avait en l'espèce été imparti à Emil Frey Vernets pour remédier à la situation.

Les problèmes d'organisation soulevés par le soumissionnaire lui étaient propres, et n'étaient pas de nature à remettre en cause la décision d'exclusion.

7) Le 15 juillet 2020, le juge délégué a fixé à la ville un délai au 31 juillet 2020 pour produire l'offre complète déposée par Emil Frey Vernets – ce qu'elle a fait le 30 juillet 2020 –, et aux parties un délai 21 août 2020 pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger.

8) Aucune des parties ne s'est manifestée s'agissant de cette dernière invite.

9) Le 17 décembre 2020, la ville a informé la chambre administrative qu'elle avait conclu le contrat correspondant au marché en cause avec AMAG.

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 ; 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), étant précisé que bien que le pouvoir adjudicateur ait passé le contrat avec l'entreprise adjudicataire, la recourante conservait un intérêt à recourir (ATA/927/2020 du 22 septembre 2020 et les arrêts cités).

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) 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 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.

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.

c. Selon l'art. 35 al. 2 RMP, tout sous-traitant doit satisfaire à l'ensemble des dispositions dudit règlement, notamment aux art. 20, 21 et 31 à 33 RMP.

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/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. 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).

7) En l'espèce, l'autorité intimée, dans le dossier d'appel d'offres, a expressément demandé à chaque soumissionnaire de produire une série d'attestations, en précisant, d'une part, que cette obligation concernait aussi le ou les sous-traitants (ce point étant même souligné typographiquement), et, d'autre part, 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 de son sous-traitant, Perroud Audio, ce qu'elle ne conteste pas.

Le pouvoir adjudicateur – qui a en l'espèce fait preuve de compréhension dès lors qu'il a accordé à l'intéressée un délai de quarante-huit heures pour régulariser son offre, ce qu'il n'était pas tenu de faire – 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 des attestations en cause n'y peut rien changer.

8) 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 22 mai 2020 par Emil Frey SA, succursale Centre automobile aux Vernets contre la décision de la Ville de Genève - service d'incendie et de secours, du 14 mai 2020 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge d'Emil Frey SA, succursale Centre automobile aux Vernets, 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 Emil Frey SA, succursale Centre automobile aux Vernets ainsi qu'à la Ville de Genève - service d'incendie et de secours.

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 :
F. Scheffre	C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :