RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1850/2020-MARPU **ATA/354/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 23 mars 2021

dans la cause

BUSINESS & DÉCISION (SUISSE) SA

contre

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES DE L'ÉTAT

EN FAIT

1) Le 28 avril 2020, 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 public de fournitures, à savoir un logiciel de base de données, intitulé « Appel d'offres public pour l'acquisition d'une solution de virtualisation des données ».

Le marché n'était pas divisé en lots. Les critères d'adjudication étaient la qualité (notamment de la plateforme et des services liés, résultats des tests - pondérée à 70 %), le prix (24 %) ainsi que la qualité de l'entreprise (soit la contribution aux composantes sociale et environnementale du développement durable - 6 %). Le délai de clôture des offres était fixé au 15 juin 2020 à 12h00, aucun délai supplémentaire n'étant accordé.

Le point 3.1 de l'appel d'offres, intitulé « Conditions générales de participation » recensait une liste des pièces devant se trouver dans l'offre au moment de son dépôt, sous peine d'élimination. Les premières mentionnées étaient les attestations justifiant que la couverture du personnel en matière d'assurances sociales était assurée conformément à la législation en vigueur au siège du soumissionnaire et que ce dernier était à jour avec le paiement de ses cotisations, à savoir l'attestation AVS (assurance vieillesse et survivants) / AI (assurance-invalidité) / AC (assurance-chômage) / APG (assurance perte de gain), l'attestation LAA (loi sur l'assurance-accidents) et l'attestation LPP (loi sur la prévoyance professionnelle).

Le point 8 du dossier d'appel d'offres reprenait également ce point, soulignant en gras que « les pièces ci-dessous [dont l'attestation LPP] doivent se trouver dans l'offre au moment de son dépôt, sous peine d'élimination de l'offre ».

2) Business & Décision (Suisse) SA (ci-après : B&D) est une société anonyme sise à Genève. Elle est inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) du canton de Genève depuis le 25 août 1999 et a pour but statutaire les activités de services, conseils, formation, développement, mise en place de solutions, commerce de matériel et systèmes ainsi que location de services dans le domaine des technologies de l'information, en Suisse et à l'étranger.

3) B&D a soumis une offre dans le cadre du marché public précité.

4) Par décision du 23 juin 2020, la DGE a exclu B&D de la procédure d'attribution du marché.

Son offre avait dû être écartée car elle ne contenait pas l'attestation LPP au moment du dépôt.

5) Par acte posté le 26 juin 2020, B&D 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 la pièce manquante soit « réintégrée au dossier » et son offre évaluée.

La pièce manquait effectivement au moment du dépôt de l'offre, et la procédure s'appliquait, ce qui n'était pas contesté. Néanmoins, le document de la LPP avait été interverti dans le dossier avec l'attestation de responsabilité civile provenant de la même compagnie d'assurance. Il y avait eu une confusion, mais le document manquant avait bel et bien été demandé à l'assureur, preuve de sa bonne foi.

De plus, l'offre avait été réalisée durant la période de confinement partiel en lien avec la situation sanitaire, laquelle obligeait son personnel à travailler à distance. De ce fait, les contrôles habituels et les échanges n'avaient pu se faire comme à l'accoutumée.

Enfin, l'art. 32 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), intitulé « conditions de participation », ne prévoyait pas que les pièces dussent forcément être incluses dans l'offre au moment du dépôt. Il s'était déjà vu que l'autorité demande les pièces éventuellement manquantes avec un délai supplémentaire.

B&D demandait dès lors une indulgence exceptionnelle liée au contexte et à la situation actuelle.

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

Tant l'appel d'offres que le dossier y relatif énuméraient précisément les pièces qui devaient obligatoirement être produites avec les offres, de même que la sanction encourue en cas de non-production des documents, soit l'exclusion.

Le droit des marchés publics était formaliste. La chambre administrative s'était toujours montrée stricte dans le domaine de la production d'attestations.

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

7) Le 31 juillet 2020, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 4 septembre 2020 pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger.

8) Le 3 septembre 2020, la DGE a indiqué qu'elle n'avait pas de requête ni d'observations complémentaires à formuler.

9) B&D ne s'est quant à elle pas manifestée.

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).

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.

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.

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. 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, 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 de l'attestation LPP, 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.

8) La recourante invoque enfin la situation sanitaire pour justifier la production d'une attestation obsolète.

La législation sur les marchés publics ne contient toutefois aucune disposition permettant de restituer la possibilité de remettre de telles attestations à jour une fois le délai de production des offres échu.

On relèvera par ailleurs que même si toutes les restrictions liées à la crise sanitaire n'ont été levées que très peu avant le moment du dépôt des offres (lequel avait lieu le 15 juin 2020), lors du semi-confinement des mois de mars et avril 2020, le Conseil fédéral avait suspendu les délais judiciaires, tout en ménageant une exception pour ceux qui ne bénéficiaient pas de suspensions pascales selon les lois de procédure applicable (art. 1 al. 1 a contrario de l'ordonnance sur la suspension des délais dans les procédures civiles et administratives pour assurer le maintien de la justice en lien avec le coronavirus [COVID-19], du 20 mars 2020),

ce qui est précisément le cas des délais en matière de marchés publics selon l'art. 63 al. 2 let. b LPA.

La situation sanitaire ne saurait dès lors justifier de consacrer une exception à la jurisprudence constante de la chambre de céans en matière de remise d'attestations (ATA/1208/2020 précité consid. 8), si bien que 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 26 juin 2020 par Business & Décision (Suisse) SA contre la décision de la direction générale des finances de l'État du 23 juin 2020 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Business & Décision (Suisse) 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 Business & décision (Suisse) SA, à la direction générale des finances de l'État ainsi qu'à la Commission de la concurrence (COMCO).

Siégeant : M. Mascotto, président, Mme Krauskopf, M. Verniory, Mmes 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 :