

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1919/2016-MARPU

ATA/455/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 25 avril 2017

dans la cause

SITAG AG

contre

CENTRALE COMMUNE D'ACHATS

EN FAIT

1. a. Sitag Suisse romande sise à Nyon est une succursale de la société Sitag AG (ci-après : la société), ayant son siège à Sennwald et inscrite au registre du commerce de Saint-Gall, depuis le 29 avril 1965. Cette dernière a pour but notamment le commerce et la fabrication de meubles de bureau.
 - b. Monsieur Anton LEE, président directeur général de la société, et Monsieur Yilmaz BODUK, directeur des ventes de celle-ci, sont membres de la direction de la société et disposent chacun d'un droit de signature collective à deux.
 - c. Selon l'association « Forest Stewardship Council » (ci-après : FSC) Suisse (<https://ch.fsc.org/fr-ch/die-marke-fsc/fsc-labelarten>), la certification FSC comprend trois labels différents. Le label FSC 100 % signifie que la totalité du produit, soit chaque fibre et chaque partie, provient de forêts certifiées FSC ; le label FSC recyclé signifie que 100 % du produit, soit chaque fibre et chaque partie, est fabriqué à partir de matières recyclées dont un minimum de 85 % est issu de la post-consommation (produits en fin de vie comme les palettes, les meubles et les magazines) ; le label FSC mixte qui indique que le produit est fabriqué à partir de fibres de bois issues de forêts certifiées FSC, de matières recyclées et/ou de bois contrôlés FSC.
2. Par publication du 16 février 2016 dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) et sur le site simap.ch (ci-après : simap.ch), la centrale commune d'achats de l'État de Genève (ci-après : CCA) a fait un appel d'offres concernant l'acquisition du mobilier administratif destiné à l'aménagement de bureaux de différents services et entités publiques de l'État.

La procédure était soumise à l'accord sur les marchés publics du 15 avril 1994, entré en vigueur en Suisse le 1^{er} janvier 1996 (accord GATT/OMC - RS 0.632.231.422), à la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02), à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

Le marché était divisé en trois lots. Le premier comprenait notamment des bureaux, tables de conférence, armoires à rideau, étagères ouvertes, cloisons de séparation et cadres extensibles ; le deuxième était composé d'armoires vestiaires métalliques, armoires à portes battantes et classeurs de dossiers suspendus ; le troisième correspondait aux bureaux « assis-debout » électriques. Les offres partielles pour un des lots étaient admises, mais ne l'étaient pas à l'intérieur de chaque lot. Tous les articles d'un même lot devaient être issus de la même gamme de produits. Tous les meubles devaient être stratifiés ou couverts de mélamine.

Selon les exigences écologiques prévues dans le cahier des charges, les meubles stratifiés ou en mélamine devaient être labellisés « Forest Stewardship Council » (ci-après : FSC) recyclé ou 100 %. À cet effet, un questionnaire écologique, accompagné de certifications idoines, devait être rempli pour chaque lot. Celui-ci prévoyait certains critères « obligatoires et éliminatoires », parmi lesquels le label FSC précité.

L'appel d'offres pouvait faire l'objet d'un recours dans les dix jours après sa publication.

3. Le 24 février 2016, la société s'est inscrite pour la soumission des lots n° 1 et n° 3. Le 29 février 2016, elle a téléchargé le dossier de l'appel d'offres sur simap.ch.
4. Le 30 mars 2016, la CCA a procédé à l'ouverture des offres.
5. Le 19 mai 2016, elle a requis de la société des renseignements complémentaires au sujet des certifications FSC produites avec son offre.
6. Le 20 mai 2016, la société a informé la CCA que le mobilier qu'elle proposait portait le label FSC Mix.
7. Par décision du 31 mai 2016, la CCA a écarté de la procédure d'adjudication l'offre de la société dans la mesure où elle ne répondait pas aux exigences impératives des labels FSC requis.
8. Par acte expédié le 9 juin 2016, la société a recouru contre cette décision auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) en concluant à son annulation.

Des soumissionnaires concurrents avaient reçu un délai plus long pour répondre aux demandes de renseignements complémentaires de la CCA. Elle proposait un label FSC Mix qui était le seul disponible en quantité et en qualité pour répondre à l'appel d'offres de l'autorité adjudicatrice. Le label FSC 100 % exigé était irréaliste. Aucun fabricant ou assembleur de mobilier n'était certifié FSC 100 %.

9. Le 4 juillet 2016, la CCA a conclu à l'irrecevabilité du recours de la société et, en tout état, à son rejet et à la confirmation de sa décision.

Les soumissionnaires qui n'avaient pas fourni des certificats FSC 100 % ou FSC recyclé avaient été éliminés de la procédure d'adjudication. Ceux qui avaient produit des certifications FSC incomplètes avaient été interpellés pour des clarifications à ce sujet.

Le label FSC 100 % ou recyclé, exigé au moment du dépôt de l'offre, portait sur des panneaux de bois de particules constituant les meubles et non sur les meubles eux-mêmes. Ces panneaux étaient utilisés pour une finition en stratifié ou en mélamine. Deux soumissionnaires avaient remis la certification exigée.

10. Le 21 juillet 2016, la CCA a adjugé les lots n° 1 et n° 2 de l'appel d'offres à la société Linea Bureau SA, sise à Carouge.
11. Par courrier du 26 juillet 2016, la CCA a informé la chambre de céans de cette adjudication qui devait être publiée dans la FAO et sur simap.ch, le même jour. Aucune offre conforme n'avait été déposée pour le lot n° 3.
12. La chambre administrative a transmis à la société le courrier précité en lui impartissant un délai au 12 août 2016 pour indiquer si elle maintenait son recours.
13. La société n'ayant pas réagi dans le délai imparti, la cause a été 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. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Le litige porte sur la question de savoir si la CCA était en droit d'exclure la société de la procédure d'adjudication, le label FSC Mix que proposait celle-ci ne correspondant pas à ceux exigés dans l'appel d'offres.
3. La recourante se plaint du caractère irréaliste de l'appel d'offres. Elle allègue qu'aucun soumissionnaire ne pouvait satisfaire au label exigé FSC 100 %. En revanche, elle ne critique pas le label FSC recyclé.
 - a. À teneur de l'art. 27 let. a RMP, les documents d'appel d'offres doivent contenir tous les renseignements nécessaires à l'établissement de l'offre, notamment l'objet et l'importance du marché avec un descriptif détaillé des prestations attendues et/ou des spécifications techniques (cahier des charges).
 - b. Le principe de transparence applicable au droit des marchés publics exige tout d'abord que le pouvoir adjudicateur fasse connaître les principales étapes de la procédure et leur contenu et qu'il indique à l'avance aux soumissionnaires potentiels tous les éléments minimaux et utiles leur permettant de déposer une offre valable et correspondant pleinement aux conditions posées (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 100 ss). Il est essentiel que l'autorité adjudicatrice décrive

soigneusement l'objet du marché et les conditions qui lui sont applicables ; cela suppose qu'elle ait procédé à une définition précise de ses besoins. Concrètement, le cahier des charges doit contenir, en principe à tout le moins, un descriptif des prestations demandées, qui doit être clair et complet. En présence d'un descriptif imprécis, la faculté des entreprises de poser des questions au pouvoir adjudicateur ne constituera en règle générale pas un correctif suffisant (arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud GE.2003.0064 du 29 août 2003 consid. 3a ; Peter GALLI/André MOSER/Elisabeth LANG/Marc STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^{ème} éd., 2013, p. 175 ss).

c. L'appel d'offres est une décision sujette à recours (art. 15 al. 1bis let. a AIMP ; art. 55 let. a RMP) dans un délai de dix jours (art. 15 al. 2 AIMP ; art. 56 al. 1 RMP). Le soumissionnaire qui entend contester la définition, la pondération ou le manque de précision des critères d'adjudication doit le faire, pour des raisons de bonne foi, dans le cadre de l'appel d'offres (arrêt du Tribunal fédéral 2P.47/2004 du 6 avril 2004 consid. 3 ; ATA/1073/2016 du 20 décembre 2016 ; ATA/677/2005 du 12 octobre 2005) et non plus au moment de la décision d'adjudication, sans quoi il est forclos (ATF 130 I 241 consid. 4.2 p. 245 ss ; 129 I 313 consid. 6.2 p. 321 ; 125 I 203 consid. 3a p. 205 ss = SJ 1999 I 359 ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.47/2004 précité consid. 3 ; ATA/360/2014 du 20 mai 2014 ; ATA/535/2012 du 21 août 2012).

d. En l'occurrence, le dossier d'appel d'offres exigeait expressément comme critère impératif et éliminatoire la production par les entreprises soumissionnaires des certifications FSC 100 % ou recyclé sur le stratifié ou le mélaminé des meubles proposés. La recourante n'a pas contesté, par un recours ou d'une autre manière, cette exigence dans les dix jours qui ont suivi la publication de l'appel d'offres dans la FAO et sur simap.ch. Elle a soulevé la question de l'imprécision de l'appel d'offres après son élimination, dans le cadre de la présente procédure. Or, conformément à la jurisprudence constante de la chambre de céans, l'appel d'offres ne saurait être remis en cause dans le cadre de l'examen de la décision d'adjudication, ni, comme en l'espèce, dans le cadre de l'exclusion d'un soumissionnaire. Dès lors, en n'ayant pas contesté cette exigence dans le délai de dix jours, la recourante est forclos à remettre en cause la pertinence de ce critère.

Le grief de la recourante sera ainsi déclaré irrecevable.

4. La recourante conteste la décision de son élimination de la procédure d'adjudication. Elle allègue que celle-ci viole les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination.
5. Aux termes de l'art. 42 al. 1 let. a RMP, l'offre est écartée d'office lorsque, notamment, le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non conforme aux exigences ou au cahier des charges (let. a) ou qu'il ne répond pas ou plus aux conditions pour être admis à soumissionner (let. b). 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).

La chambre de céans s'est toujours montrée stricte au sujet du formalisme qui caractérise le domaine des marchés publics (ATA/801/2016 du 27 septembre 2016 ; ATA/535/2011 du 30 août 2011 ; ATA/150/2006 du 14 mars 2006), ce que le Tribunal fédéral a constaté mais confirmé (arrêts du Tribunal fédéral 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4 ; 2C_197 et 2C_198/2010 du 30 avril 2010 consid. 6) pour autant que la même rigueur, respectivement la même flexibilité soit appliquée à l'égard des différents soumissionnaires (ATA/732/2016 du 30 août 2016 ; ATA/256/2016 du 22 mars 2016 ; Olivier RODONDI, La gestion de la procédure de soumission, in *Droit des marchés publics* 2008, n. 63 p. 186, n. 64 p. 186 et n. 66 p. 187 ; Olivier RODONDI, Les délais en droit des marchés publics, in *RDAF* 2007 I 187 et 289). Ledit formalisme permet en effet de respecter notamment le principe d'intangibilité des offres remises, de même que celui de l'égalité de traitement entre soumissionnaires garanti par l'art. 16 al. 2 RMP (ATA/175/2016 du 23 février 2016 ; ATA/129/2014 du 4 mars 2014).

Le Tribunal fédéral a jugé que l'interdiction du formalisme excessif, tirée de la garantie à un traitement équitable des administrés énoncée à l'art. 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), n'oblige pas le pouvoir adjudicateur à interpellier un soumissionnaire en présence d'une offre défailante (arrêts du Tribunal fédéral 2C_197/2010 et 2C_198/2010 précités consid. 6.5). En revanche, elle interdit d'exclure une offre présentant une informalité de peu de gravité. C'est dans ce sens que des erreurs évidentes de calcul et d'écriture peuvent être rectifiées (art. 39 al. 2 RMP) et que des explications peuvent être demandées aux soumissionnaires relatives à leurs aptitudes et à leurs offres (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, et seulement lorsque l'offre est, au demeurant, conforme aux conditions de l'appel d'offres (Olivier RODONDI, *La gestion de la procédure de soumission*, op. cit., n. 63 p. 186 ; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/ Nicolas MICHEL, *Droit des marchés publics*, 2002, p. 110).

Les principes précités valent notamment pour la phase d'examen de la recevabilité des soumissions (Olivier RODONDI, *La gestion de la procédure de soumission*, op. cit., n. 65 p. 186). Au cours de celle-ci, l'autorité adjudicatrice doit examiner si les offres présentées remplissent les conditions formelles pour participer à la procédure d'évaluation proprement dite 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 outre, en matière d'attestation, l'autorité adjudicatrice peut attendre d'un soumissionnaire qu'il

présente les documents requis, rédigés d'une manière qui permette de déterminer, sans recherche complémentaire, interprétation ou extrapolation, si celui-ci remplit les conditions d'aptitude ou d'offre conformes à ce qui est exigé dans le cahier des charges (arrêts du Tribunal fédéral 2C_197/2010 et 2C_198/2010 précités consid. 6 ; ATA/175/2016 précité ; ATA/102/2010 du 16 février 2010).

6. a. L'inégalité de traitement, au sens de l'art. 8 al. 1 Cst., consiste à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 137 I 167 consid. 3.5 p. 175 ; 129 I 346 consid. 6 p. 357 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_63/2011 du 16 février 2012 consid. 3.3). Le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique est spécifiquement garanti à l'art. 27 Cst. En vertu de ce principe, les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les personnes exerçant la même activité économique (concurrents directs) sont prohibées (ATF 130 I 26 consid. 6.3.3.1 p. 53 ; arrêts du Tribunal fédéral 2D_15/2011 du 31 octobre 2011 consid. 3.3 ; 2C_116/2011 du 29 août 2011 consid. 7.1 ; ATA/1041/2016 du 13 décembre 2016 ; ATA/283/2016 du 5 avril 2016).

En particulier, le respect de l'égalité de traitement entre soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. b et 11 let. a AIMP ; art. 16 RMP) oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires pendant tout le déroulement formel de la procédure (ATA/899/2016 du 25 octobre 2016 ; Benoît BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics, in RDAF 2004 I 241 ; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Christophe MAILLARD/Nicolas MICHEL, op. cit., p. 109). Ce principe impose que les conditions d'accès au marché soient similaires pour tous (Guide romand pour les marchés publics, annexe D, ch. 2, version du 2 juin 2005, actualisée et complétée les 9 juin 2006, 18 décembre 2006 et 12 septembre 2008).

b. L'épuration des offres constitue un préalable à la phase de leur évaluation sur la base des critères d'adjudication. Si l'offre proposée n'est pas conforme aux conditions de l'appel d'offres, elle sera exclue comme non conforme à l'objet du marché (JAAC 65.78 consid. 3a ; ATA/1216/2015 du 10 novembre 2015 ; ATA/457/2011 du 26 juillet 2011).

7. En l'occurrence, l'appel d'offres prévoyait que les meubles, en stratifié ou en mélamine, devaient être labellisés FSC recyclé ou FSC 100 %. Ensuite, selon les différentes composantes de ces meubles notamment le bois, le métal, les revêtements et les colles, il posait d'autres exigences plus spécifiques. Il ressort du dossier que la recourante et quelques autres soumissionnaires ont envoyé des certifications portant le label FSC sans autre précision. Suite à une demande de clarification de la CCA, la recourante a indiqué être au bénéfice d'une certification FSC Mix. Cette indication claire qui ne correspondait pas aux exigences de l'appel d'offres ne laissait pas de place au doute. Elle constituait un manquement qui imposait à l'autorité adjudicatrice d'exclure l'offre de la

recourante de la procédure d'adjudication et partant de ne pas l'évaluer. Par ailleurs, les soumissionnaires qui ne remplissaient pas ce critère de labels exigés ont été également exclus.

La CCA n'a ainsi pas violé le droit ni excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant l'offre de la recourante comme non conforme, et en l'éliminant sans évaluation pour ce motif. Elle n'a pas non plus violé le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires.

L'élimination de la recourante étant conforme au droit, son grief doit être écarté.

8. Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours.

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). Il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure à l'autorité intimée qui agit par son propre service juridique (art. 87 al. 2 LPA ; ATA/414/2017 du 11 avril 2017 ; ATA/486/2009 du 29 septembre 2009 ; ATA/312/2004 du 20 avril 2004).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 9 juin 2016 par Sitag AG contre la décision de la centrale commune d'achats du 31 mai 2016 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Sitag AG un émolument de CHF 1'000.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité ;

dit que, conformément aux art. 82 et 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 et suivants 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'article 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 Sitag AG, à la centrale commune d'achats, ainsi qu'à la commission de la concurrence COMCO.

Siégeants : M. Verniory, président, M. Thélin, Mme Junod, MM. Dumartheray et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :