

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3252/2024-MARPU

ATA/175/2025

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 18 février 2025

dans la cause

A_____ SA

représentée par Me Stéphane GRODECKI, avocat

recourante

contre

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES DE L'ÉTAT

intimée

EN FAIT

A. a. A_____ SA, avec siège à B_____, est une société active dans les domaines de la sûreté, de la surveillance et de la prévention.

b. Le 27 août 2024, l'État de Genève, soit pour lui la centrale commune d'achats (ci-après : la CCA), a publié sur la plateforme www.simap.ch un appel d'offres public pour des prestations de sécurité, d'accueil et de surveillance 2024.

Le marché était divisé en trois lots de prestations, à savoir la direction du service de protection de l'adulte (ci-après : SPAd) du département de la cohésion sociale ; le service de probation et d'insertion de l'office cantonal de la détention du département des institutions et du numérique (ci-après : DIN) et le centre cantonal de biométrie de l'office cantonal de la population et des migrations du DIN.

L'appel d'offres précisait sous « conditions de participation » que, sous peine d'élimination de l'offre, les attestations justifiant que la couverture du personnel en matière d'assurances sociales, soit les attestations AVS/AI/AC/APG, attestations LAA et attestations LPP, devaient se trouver dans l'offre au moment de son dépôt (point 7 du dossier d'appel d'offres).

c. Trois soumissionnaires, dont A_____ SA, ont déposé des offres.

d. Par décision du 2 octobre 2024, la direction générale des finances de l'État de Genève (ci-après : la direction générale) a éliminé l'offre de A_____ SA, au motif que les attestations LAA et LPP n'avaient pas été produites dans l'offre au moment de son dépôt.

B. a. Par acte du 3 octobre 2024, A_____ SA a recouru devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision, concluant à sa réintégration dans le processus de sélection.

L'absence des deux attestations dans le dossier de soumission résultait d'un oubli, dû à une maladresse lors de la préparation du dossier. Ces attestations étaient bien en leur possession. Les prestations d'accueil et de sécurité pour l'État de Genève représentait une grande importance. Elle avait dédié beaucoup de temps à « peaufiner » l'élaboration de l'offre, qui reflétait à la fois ses compétences et moyens, et sa volonté de devenir partenaire de confiance en matière de sécurité.

Elle a produit les deux attestations manquantes, soit l'attestation LAA datée du 15 février 2024 et l'attestation LPP datée du 23 août 2024.

b. Le 11 octobre 2024, A_____ SA, représentée par un mandataire nouvellement constitué, a invité la chambre administrative, sur mesures superprovisionnelles, à interdire au département des finances, des ressources humaines et affaires extérieures, à la direction générale et à la CCA de poursuivre la procédure d'appel d'offres et à accorder l'effet suspensif au recours. Au fond, elle a conclu à

l'annulation de la décision entreprise et à ce qu'elle soit autorisée à produire les attestations LPP et LAA existantes au moment du dépôt de l'offre.

Selon la doctrine et la jurisprudence, une exclusion était disproportionnée s'il ne manquait que des attestations. L'absence dans un dossier de soumission des attestations relatives aux cotisations sociales n'était pas réhabilitoire. Il ne s'agissait pas de règles essentielles de procédure, une évaluation sérieuse de l'offre apparaissant possible malgré le vice. Une exclusion ne s'imposait nullement, ce d'autant moins qu'elle n'avait pas été invitée à réparer le vice. L'absence des deux attestations dans le dossier de soumission résultait d'une « erreur évidente de manipulation », soit une « informalité de peu de gravité ». Elle était en possession d'une attestation d'affiliation LAA datée du 15 février 2024 et d'une attestation d'affiliation pour le 2^e pilier datée du 23 août 2024. En ne l'invitant pas à remédier à son erreur, préférant l'éliminer pour ce motif, l'autorité intimée avait excédé son pouvoir d'appréciation et agi par formalisme excessif, la sanction de l'informalité en cause ne servant nullement l'objectif visé par le formalisme inhérent au droit des marchés publics. Elle bénéficiait d'une excellente réputation, jouissait d'un savoir-faire reconnu et avait formé une offre particulièrement avantageuse pour l'administration publique.

c. Par décision du 31 octobre 2024, la chambre de céans a refusé de restituer l'effet suspensif au recours.

d. Le 4 novembre 2024, la direction générale a conclu au rejet du recours.

La recourante reconnaissait avoir omis de produire les deux attestations. Or, l'art. 32 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) imposait à l'autorité adjudicatrice de ne prendre en considération que les offres accompagnées de tous les documents obligatoires. Son attention avait expressément été attirée sur l'obligation de produire ces attestations et sur les conséquences de leur absence. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, en particulier l'arrêt 2C_197/2010, l'interdiction du formalisme excessif n'obligeait pas l'autorité adjudicatrice à interpellier un soumissionnaire en présence d'une offre défailante. Elle était donc non seulement fondée à prendre cette décision d'exclusion, mais elle ne pouvait pas prendre une autre décision, sous peine de contrevenir au droit et au principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires. Le recours n'avait ainsi aucune chance de succès.

L'art. 42 RMP précisait sans ambiguïté qu'une offre incomplète devait être écartée et ne serait pas évaluée. Il n'y avait pas lieu de changer la jurisprudence constante de la chambre administrative, confirmant les décisions d'exclusion d'offres fondées sur la non-production des attestations requises au titre de condition de participation à la procédure de soumission. L'omission des deux attestations obligatoires ne saurait être considérée comme une simple erreur qui pourrait être corrigée. La remise subséquente d'attestations n'y changeait rien.

e. Le 2 décembre 2024, la recourante a relevé que, contrairement à ce qu'affirmait l'autorité intimée, elle ne demandait nullement que soit corrigée une offre matériellement incomplète – ce qui était impossible –, mais entendait simplement remédier à une erreur évidente de pure forme, ce que l'autorité devait faire d'office. L'autorité adjudicatrice aurait dû proposer de remédier aux lacunes, une exclusion de l'offre ne s'imposant nullement, et ce d'autant moins lorsque le soumissionnaire n'avait pas été invité à les réparer. Doctrine et jurisprudence s'accordaient à dire qu'une exclusion devait être tenue pour disproportionnée s'il ne manquait que des attestations. Dans ce cas, le vice devait être considéré de peu de gravité. Le canton de Genève était le seul à maintenir une jurisprudence restrictive, laquelle tendait à exclure d'emblée les offres incomplètes ou contenant des attestations périmées. Dans les autres cantons, la pratique tendait depuis longtemps à fixer aux soumissionnaires un délai supplémentaire pour produire ou corriger les attestations défectueuses. Compte tenu des singularités du cas, l'application de cette pratique restrictive s'apparentait à du formalisme excessif. Le défaut d'attestations provenait d'une malencontreuse omission d'annexes et les attestations en cause existaient bel et bien au moment de l'envoi. Au vu de leur date d'émission, elles devaient en toute évidence faire partie du dossier. L'oubli de celles-ci constituait bien une informalité de peu de gravité.

f. Sur quoi, les parties ont été informées que 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. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 3 al. 1 et 4 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. c et 56 al. 1 RMP).

La recourante, dont l'offre a été exclue et qui a ainsi été privée de la possibilité de participer à la phase d'adjudication, est directement touchée par la décision contestée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (ATA/1200/2024 du 15 octobre 2024 consid. 1.3). Elle dispose donc de la qualité pour recourir (art. 60 al. 1 LPA), ce qui n'est au demeurant pas contesté.

2. Le litige porte sur le bien-fondé de la décision du 2 octobre 2024, par laquelle l'autorité intimée a prononcé l'exclusion de l'offre de la recourante.

2.1 L'AIMP poursuit plusieurs objectifs, soit assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. a AIMP), garantir l'égalité de traitement entre ceux-ci et assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 3 let. b AIMP), assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) et permettre l'utilisation parcimonieuse des données publiques (art. 1 al. 3 let. d

AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 let. a et b AIMP).

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 de l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics [AMP - RS 0.632.231.422]).

2.2 Aux termes de l'art. 32 RMP, intitulé « Conditions de participation », ne sont prises en considération que les offres accompagnées, pour le soumissionnaire et ses sous-traitants, des 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 (al. 1 let. a). 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 (al. 3).

Il ressort du texte qui précède (« offres accompagnées [...] des documents suivants ») que 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, ce que la recourante ne remet pas en cause.

En vertu de l'art. 42 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 (al. 1 let. a). 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 (al. 3).

2.3 Le droit des marchés publics est formaliste, ce que la chambre administrative a rappelé à maintes reprises (ATA/1200/2024 du 15 octobre 2024 consid. 3.3 ; ATA/349/2023 du 4 avril 2023 consid. 3.2.1 ; ATA/1208/2020 du 1^{er} décembre 2020 consid. 5 ; ATA/243/2020 du 3 mars 2020 consid. 4d ; ATA/970/2019 du 4 juin 2019 et les références citées). 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, dans la phase d'examen de la recevabilité des offres et de leur évaluation (ATA/102/2010 du 16 février 2010, confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.4).

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 défailante (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).

2.4 Le Tribunal fédéral a relevé que les cantons avaient tendance à fixer aux soumissionnaires un délai supplémentaire pour produire ou corriger les attestations défailtantes (arrêts du Tribunal fédéral 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.3 ; 2D_50/2009 du 25 février 2010 consid. 2.4 et les arrêts et la doctrine cités). Il a toutefois exclu de cette tendance le canton de Genève, qui avait sur ce point développé une jurisprudence sévère en excluant les offres incomplètes ou contenant des attestations périmées. Aussi, dans un arrêt 2C_418/2014 du 20 août 2014 concernant le canton de Genève, le Tribunal fédéral a-t-il confirmé l'exclusion de l'offre d'un soumissionnaire, au motif qu'elle n'était pas accompagnée de l'attestation fiscale pourtant requise par l'art. 32 al. 1 let. c RMP. Il a notamment considéré que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas se prononcer sur une condition de participation essentielle en se fondant uniquement sur le dossier remis par la recourante conformément au principe d'intangibilité de l'offre (consid. 4.2).

Dans sa jurisprudence récente, la chambre administrative a maintenu sa pratique consistant à confirmer l'exclusion de l'offres de soumissionnaires en raison d'attestations manquantes (soit, en l'occurrence, les attestations LAA ou LPP) ou obsolètes (ATA/1090/2024 du 17 septembre 2024 consid. 3 ; ATA/1273/2023 du 28 novembre 2023 consid. 7 ; ATA/354/2021 du 23 mars 2021 consid. 7 ; ATA/1208/2020 du 1^{er} décembre 2020).

2.5 En l'espèce, dans le dossier d'appel d'offres, l'autorité intimée a expressément demandé à chaque soumissionnaire de produire une série d'attestations au moment

du dépôt de l'offre, dont les attestations LAA et LPP, en précisant que la non-production des attestations requises entraînerait l'exclusion de l'offre de la procédure d'évaluation (point 7 du dossier d'appel d'offres, intitulé « Conditions de participation »).

La recourante ne conteste pas que son offre ne contenait pas les attestations LAA et LPP requises par l'appel d'offres. Il faut donc constater que la recourante a déposé une offre qui n'était pas accompagnée des attestations pourtant requises par l'appel d'offres et l'art. 32 al. 1 let. a RMP, de sorte que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas se prononcer sur une condition de participation essentielle en se fondant uniquement sur le dossier remis par la recourante conformément au principe d'intangibilité de l'offre.

Du moment que le dossier ne contenait pas les attestations requises, la recourante ne peut tirer aucun argument de l'art. 40 RMP selon lequel l'autorité peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre. Le principe de l'intangibilité de l'offre suppose à cet égard que des documents soient produits, qui, le cas échéant, nécessitent des explications. L'absence des deux attestations ne constitue pas davantage une « erreur évidente de calcul et d'écriture » au sens de l'art. 39 al. 2 RMP. Bien au contraire, l'autorité intimée avait expressément attiré l'attention de la recourante sur l'obligation de produire ces attestations et sur les conséquences de leur absence, à savoir l'exclusion de son offre. On ne saurait ainsi suivre la recourante lorsqu'elle fait valoir qu'il s'agissait d'une informalité de peu de gravité. L'arrêt 2C_197/2010 invoquée par l'intéressée ne dit pas le contraire. Il concerne une situation différente puisque les soumissionnaires avaient produit les attestations requises dans le délai imparti, mais celles-ci contenaient des erreurs matérielles. Le Tribunal fédéral a alors constaté qu'en ne donnant pas l'occasion aux soumissionnaires de corriger les erreurs matérielles, la chambre de céans avait interprété strictement le droit cantonal. Bien que sévère, la solution de la chambre administrative restait toutefois dans les limites de sa latitude de jugement (consid. 6.5). Enfin, c'est en vain que l'intéressée se prévaut de deux arrêts du Tribunal administratif fédéral pour en déduire qu'une exclusion est disproportionnée s'il ne manque que des attestations. Outre que ces arrêts portent sur l'application de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP - RS 172.056.1) – en l'occurrence inapplicable –, ils se limitent à indiquer qu'une exclusion prononcée en raison de l'absence d'une attestation, dont la production ultérieure n'a pas d'incidence sur l'offre, peut, selon les circonstances, paraître disproportionnée. Or, comme on l'a vu, l'autorité intimée a spécifiquement relevé que l'absence d'attestations constituait *in casu* un motif d'exclusion. C'est le lieu de rappeler que la question de savoir si un vice est suffisamment grave pour justifier l'exclusion d'une procédure de soumission dépend très largement, sinon exclusivement, des conditions d'espèce (arrêt du Tribunal fédéral 2C_678/2015 du 13 janvier 2016 consid. 1.2 et les références citées).

L'exclusion de l'offre apparaît ainsi bien fondée. La conclusion de la recourante visant à lui permettre de produire les attestations litigieuses sera, partant, rejetée. En effet, selon la jurisprudence constante de la chambre de céans, accorder *a posteriori* à la recourante la possibilité de corriger son offre en raison d'une inadvertance reviendrait à violer le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires et serait source d'insécurité juridique.

Mal fondé, le recours sera rejeté.

3. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'300.-, tenant compte de la décision sur effet suspensif, sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). Bien qu'elle y ait conclu, aucune indemnité de procédure ne sera allouée à l'intimée qui dispose de son propre service juridique (art. 87 al. 2 LPA ; ATA/220/2022 du 1^{er} mars 2022 consid. 10 ; ATA/1017/2020 du 13 octobre 2020).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 3 octobre 2024 par A_____ SA contre la décision de la direction générale des finances de l'État du 2 octobre 2024 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'300.- à la charge de A_____ SA ;

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 des recourantes, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Stéphane GRODECKI, avocat de la recourante, à la direction générale des finances de l'État ainsi qu'à la commission de la concurrence.

Siégeant : Michèle PERNET, présidente, Florence KRAUSKOPF, Jean-Marc VERNIORY, Eleanor McGREGOR, Claudio MASCOTTO, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. SCHEFFRE

la présidente siégeant :

M. PERNET

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :