RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3569/2021-MARPU **ATA/58/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 25 janvier 2022

dans la cause

B_____
représentée par Me Dimitri Tzortzis, avocat

contre

AÉROPORT INTERNATIONAL DE GENÈVE

EN FAIT

1) B_____ (ci-après : la société) est une société anonyme inscrite au registre du commerce de la République et canton de Genève dont le siège social est à _____. Elle a notamment pour but « toutes activités liées à l'hébergement, le service et les prestations dans le domaine de l'informatique ».

2) Le 11 mai 2021, l'Aéroport international de Genève (ci-après : AIG) a publié, sur la plateforme internet www.simap.ch, un appel d'offres en procédure ouverte, soumis aux accords internationaux, portant sur un marché de services, intitulé « pool mandataires Informatique pour la Direction des technologies ».

Le marché était divisé en dix lots. Les offres étaient possibles pour tous les lots.

Pour le « Lot 1 : Développement.Net », les critères d'adjudication étaient le montant de l'offre (avec une pondération de 25 %), l'organisation du soumissionnaire (25 %) et la qualité technique de l'offre (50 %).

Le point 2.2.4 des conditions administratives de l'appel d'offres précisait que pour être admis à soumissionner, le soumissionnaire devait disposer d'une autorisation de pratiquer la location de services au sens de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de service (LSE - RS 823.11 ; ci-après : attestation ou autorisation LSE). À défaut de respecter les conditions, l'offre était déclarée irrecevable (point 4.2).

3) Quarante questions ont été posées au pouvoir adjudicateur dans le délai imparti portant sur les dix lots.

4) Selon le procès-verbal d'ouverture des offres du 29 juin 2021, vingt-trois sociétés avaient soumissionné pour le lot 1, dont A_____ pour un montant de CHF 752'000.-.

5) Par décision du 6 octobre 2021, l'AIG a éliminé l'offre de la société.

Après vérification de son dossier, et malgré une relance du 4 août 2021, l'AIG avait constaté que son offre était incomplète. L'attestation LSE était manquante au moment du dépôt de l'offre. Conformément à l'art. 42 al. 1 let. a du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) et 4.2. des conditions administratives de l'appel d'offres, la société était exclue de la procédure.

Le marché était adjugé à trois sociétés, dont les noms étaient mentionnés, pour des montants respectivement de CHF 600'000.-, CHF 840'000.- et CHF 736'000.-.

6) En réponse à une interpellation de la société, l'AIG a précisé, par courrier du 15 octobre 2021, qu'« Aucun courrier électronique n'a été envoyé le 4 août 2021 et l'indication "et malgré notre relance du 4 août 2021" ne devait donc pas se trouver dans le courrier que nous [vous] avons envoyé ». Il s'agissait d'une erreur de plume dont il priait la soumissionnaire de bien vouloir l'excuser.

La décision d'exclure la société était fondée sur l'absence de l'autorisation LSE.

7) Par acte du 18 octobre 2021, la société a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision du 6 octobre 2021. Elle a conclu à son annulation et à ce que le lot 1 lui soit adjugé. Subsidiairement, il devait être dit et constaté que son dossier était complet et ordonné à l'AIG de renouveler le processus d'adjudication pour le lot 1 en intégrant son offre. Préalablement, l'effet suspensif devait être octroyé, en ce sens qu'il devait être fait interdiction à l'AIG de signer les contrats cadres d'adjudication pour le lot 1, ordonné à l'AIG de produire les offres complètes et les tableaux de résultats de tous les soumissionnaires ainsi que les procès-verbaux du comité d'évaluation de l'AIG.

Le 23 juin 2021, elle avait informé, par courrier, le pouvoir adjudicateur qu'une demande de délivrance d'une autorisation pour pratiquer la location de services avait été déposée auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) et était en cours de traitement. Lors du dépôt de son offre, le 24 juin 2021, elle avait précisé à l'AIG que deux documents étaient en cours de délivrance, soit l'attestation délivrée par l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) et l'autorisation pour pratiquer la location de services auprès de l'OCE. Par courriel du 1er juillet 2021, l'AIG avait confirmé la bonne réception de l'offre et avait accordé un délai au 12 juillet 2021 pour fournir l'attestation délivrée par l'OCIRT. Il n'était pas fait référence à l'autorisation LSE. Dans le délai imparti, A_____ avait transmis l'attestation de l'OCIRT. L'autorisation de pratiquer la location de services, datée du 1er septembre 2021, avait été envoyée le 3 septembre 2021. Par décision du 6 octobre 2021, l'AIG l'avait exclue de la procédure d'adjudication au motif que l'attestation LSE manquait, « malgré une relance du 4 août 2021 ». Or, l'AIG ne l'avait jamais interpellée, de quelque manière que ce soit en date du 4 août 2021, ce qu'il avait reconnu dans son courrier du 15 octobre 2021.

Les faits avaient donc été établis de façon inexacte. Aucun courrier électronique ne lui avait été adressé le 4 août 2021, ce que l'AIG avait reconnu.

La décision d'exclusion, fondée sur l'absence de réponse notamment à ladite relance, était en conséquence basée sur des faits inexacts.

La décision violait le principe de l'interdiction du formalisme excessif. L'AIG n'avait pas procédé à un examen de la recevabilité des offres lors de leur réception, contrairement à ce qui était préconisé par le droit sur la passation des marchés publics. Elle n'avait pas rendu de décision d'irrecevabilité, mais avait, au contraire, sollicité l'attestation de l'OCIRT dans le délai au 12 juillet 2021, sans imposer aucun délai pour la délivrance de l'autorisation LSE. De surcroît, rien ne justifiait de traiter la communication de ces deux documents selon des processus différents.

En lui accordant un délai supplémentaire pour fournir l'attestation de l'OCIRT, sans mention d'un éventuel délai supplémentaire pour l'attestation LSE, l'AIG avait adopté un comportement propre à tromper le soumissionnaire, étant rappelé que ce dernier savait que les demandes pour les deux documents étaient en cours de traitement. La recourante pouvait, de façon légitime et de bonne foi, considérer que l'AIG avait choisi de ne pas fixer de délai pour la délivrance de l'autorisation LSE. Le comportement de l'AIG violait le principe de la bonne foi.

8) L'AIG a conclu au rejet de la requête en octroi de l'effet suspensif et du recours.

La question 6 avait porté sur l'obligation de fournir une autorisation LSE. La réponse avait été : « La licence LSE est un critère d'aptitude, elle est obligatoire. Il est toutefois précisé que, si le soumissionnaire est dispensé de cette obligation, il doit joindre le courrier en ce sens de l'office concerné ».

Il n'y avait effectivement pas eu de relance le 4 août 2021. Toutefois, ce fait n'était pas pertinent pour l'issue du litige. Le grief d'établissement inexact des faits devait être rejeté.

Celui de formalisme excessif n'était pas fondé. L'offre avait été déposée sans autorisation LSE. Au moment où un délai complémentaire avait été accordé à la société pour produire l'attestation de l'OCIRT, les conditions d'aptitude n'avaient pas encore été analysées.

Le but des deux attestations était différent. Leur analyse s'était effectuée à des moments distincts de la procédure. Enfin, l'AIG disposait d'un pouvoir d'appréciation pour juger du caractère grave ou léger d'un manquement et de son impact.

La demande de production de pièces devait être écartée, les pièces requises n'étant pas pertinentes pour l'issue de la procédure.

9) La recourante n'ayant pas souhaité répliquer dans le délai qui lui avait été imparti, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

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 ;
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. 56 al. 1 RMP).

2) La recourante sollicite la production des offres complètes et des tableaux de résultats de tous les soumissionnaires ainsi que des procès-verbaux du comité d'évaluation de l'AIG.

a. Le droit de faire administrer des preuves sur des faits pertinents, tel que la jurisprudence l'a déduit du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), n'empêche pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient pas l'amener à modifier son opinion (ATF 145 I 167 consid. 4.1 ; 140 I 285 consid. 6.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_376/2020 du 4 décembre 2020 consid. 3.3).

b. En l'espèce, la production de pièces requises ne s'avère pas pertinente pour l'issue du litige, compte tenu de ce qui suit. Il ne sera en conséquence pas donné suite à la requête de la recourante.

3) 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).

4) 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 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.

b. Aux termes de l'art. 33 RMP, l'autorité adjudicatrice définit des critères d'aptitude conformément à l'art. 24 (al. 1). Elle peut exiger des soumissionnaires des justificatifs attestant leur capacité sur les plans financier, économique, technique, organisationnel et du respect des composantes du développement durable, tels que : a) preuve que le candidat exerce une activité en rapport avec celle dont relève la soumission, par exemple sous forme d'un extrait du registre du commerce ou d'un registre professionnel ; b) déclaration indiquant l'effectif de la main-d'œuvre permanente et le nombre d'apprentis ; c) extrait du registre des poursuites et faillites ; d) pièces comptables ; e) certificat de qualité (al. 2).

c. 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 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).

7) Découlant directement de l'art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 141 V 530 consid. 6.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 8D_4/2017 du 26 avril 2018 consid. 5.5). Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que (1) l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, (2) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et (3) que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore (4) qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour

prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice et (5) que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (ATF 141 V 530 consid. 6.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_906/2017 du 7 mai 2018 consid. 3.1).

8) a. En l'espèce, les « conditions administratives de l'appel d'offres » mentionnent, sous le chiffre 2.2.4, les conditions pour être admis à soumissionner. Deux chiffres traitent de l'aptitude dont le second mentionne : « Le soumissionnaire dispose d'une autorisation à pratiquer la location de services concernant les prestations à fournir d'après le respect des dispositions de la LSE ».

La réponse à la question n° 6 avait par ailleurs rappelé que la titularité de cette autorisation était une condition d'aptitude. La recourante ne conteste pas qu'elle n'était pas en sa possession au moment du dépôt de l'offre.

Ni le fait qu'elle en ait préalablement informé le pouvoir adjudicateur, ni le fait qu'elle l'ait produite deux mois plus tard ne permettent de remédier aux conséquences prévues par les « conditions administratives de l'appel d'offres » sous 4.2 à savoir que « L'AIG ne prend en considération que les offres qui respectent les conditions du présent document. À défaut, l'offre est déclarée irrecevable ».

Par ailleurs, la recourante n'avait pas recouru, au moment du lancement de l'appel d'offres, contre l'exigence d'être titulaire d'une autorisation LSE et ses conséquences en cas d'absence de celle-ci.

b. Les deux parties s'accordent pour dire que le pouvoir adjudicateur n'a pas adressé, le 4 août 2021, de relance à la recourante. La mention, erronée, d'un tel courrier dans la décision querellée n'est toutefois pas un fait pertinent, l'exclusion de la société étant fondée sur l'absence d'autorisation LSE. Le grief de mauvais établissement des faits est infondé.

c. Au vu de la clarté des documents d'appel d'offres sur le point litigieux, il ne peut être reproché au pouvoir adjudicateur de formalisme excessif ni d'avoir violé le principe de la bonne foi, quand bien même il peut être regretté que l'absence d'attestation LSE n'ait pas été immédiatement relevée par l'AIG, que celui-ci ait accordé un délai complémentaire, inutile et contribuant à créer la confusion, et finalement commis une erreur de plume, la recourante n'a pris aucune disposition en fonction de l'attitude de l'AIG à laquelle elle ne saurait renoncer sans subir de préjudice. La quatrième condition nécessaire à l'application du principe de la bonne foi n'étant pas remplie, il n'est pas besoin d'examiner les autres conditions. Par ailleurs, le traitement, distinct, de l'attestation de l'OCIRT et de l'autorisation de pratiquer la location de services ressort tant des « conditions administratives de l'appel d'offres », qui précisent l'importance accordée à l'attestation LSE, que des

art. 32 et 33 RMP traitant, respectivement, des conditions de participation et des critères d'aptitude.

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 de l'art. 42 al. 1 RMP, de contrevenir aux principes de l'intangibilité de l'offre et d'égalité de traitement entre soumissionnaires.

Le recours, mal fondé, sera rejeté.

9) Le présent arrêt rend sans objet la requête d'effet suspensif.

10) Vu l'issue du litige, un émolument légèrement réduit à CHF 700.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe, le présent litige s'inscrivant dans un contexte de trois recours avec des problématiques identiques et aucune décision sur effet suspensif n'ayant été prononcée (art. 87 al. 1 LPA ; ATA/707/2018 du 10 juillet 2018). Il n'y a pas lieu à l'allocation d'une indemnité de procédure à l'AIG, qui a comparu en personne et n'a pas exposé avoir engagé de frais pour sa défense (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 18 octobre 2021 par A_____ contre la décision de l'Aéroport international de Genève du 6 octobre 2021 relative au « Lot 1 : Développement.Net » ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de A _____ un émolument de CHF 700.- ;

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 Me Dimitri Tzortzis, avocat de la recourante, ainsi qu'à l'Aéroport international de Genève.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, M. Verniory, Mmes Lauber et McGregor, M. Mascotto, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	la présidente siégeant :
F. Scheffre	F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.