

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4077/2018-MARPU

ATA/1301/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 4 décembre 2018

dans la cause

TRANSGOURMET SCHWEIZ AG

contre

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES DE L'ÉTAT

EN FAIT

1. Le 18 septembre 2018, la direction générale des finances de l'État (ci-après : DGFE), soit pour elle la centrale commune d'achats (ci-après : CCA) a fait paraître sur le site internet www.simap.ch un appel d'offres pour un marché de fournitures divisé en dix-neuf lots et concernant l'acquisition de nourriture pour la prison de Champ-Dollon. Il s'agissait d'un marché public en procédure ouverte soumis à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) ainsi qu'aux accords internationaux.

Selon le point 1.4 de l'appel d'offres, le délai de clôture pour le dépôt des offres était le 29 octobre 2018 à 12h00 ; aucun délai supplémentaire ne serait accordé.

2. Transgourmet Schweiz AG (ci-après : Transgourmet) est une société anonyme sise à Bâle, qui est grossiste dans le domaine de la restauration.
3. Transgourmet a soumis une offre dans le cadre du marché public de fourniture de nourriture pour Champ-Dollon, mais son offre est parvenue à la CCA le jeudi 8 novembre 2018.
4. Par décision du 13 novembre 2018, la DGFE a exclu Transgourmet du marché public en cause. Son offre n'avait pas été reçue dans le délai imparti. Son offre devait dès lors être éliminée sans être évaluée.
5. Par acte posté le 20 novembre 2018, Transgourmet a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant à ce que son appel d'offres soit reconsidéré (recte : à ce que l'exclusion de son offre soit annulée).

Le retard était dû à une erreur de son prestataire de services en matière de courrier, la société DPD. L'offre avait ainsi été en possession de DPD dès le 29 octobre 2018, mais n'avait été remise que le 8 novembre 2018.

Était joint un courriel émanant de DPD, selon lequel l'envoi était parvenu à leur dépôt de Meyrin tôt le matin du 29 octobre 2018. Cependant, au lieu d'être distribué à son destinataire dans les 24 heures, comme cela aurait dû être le cas (et l'était dans 98 % des occurrences), l'envoi était resté à l'entrepôt et n'avait été livré que le 8 novembre 2018.

6. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ce point de vue (art. 131 et 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 15 AIMP ; art. 3 al. 1 de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 - L-AIMP - L 6 05.0).

2. La qualité pour recourir appartient à toute personne touchée directement par une décision et ayant un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 60 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

En tant que soumissionnaire exclu, la société recourante dispose de la qualité pour recourir (art. 15 al. 1bis let. d AIMP ; art. 55 let. c du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01).

3. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics (art. 1 al. 1 AIMP). Il vise à harmoniser les règles de passation des marchés ainsi qu'à transposer les obligations découlant de l'accord GATT/OMC ainsi que de l'accord entre la communauté européenne et la Confédération suisse (art. 1 al. 2 AIMP). Il 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 AIMP, notamment 11 let. a et b AIMP).

4. L'offre d'un soumissionnaire est écartée d'office par une décision d'exclusion lorsque son offre est tardive, incomplète ou non-conforme aux exigences du cahier des charges (art. 42 al. 1 let. a RMP).

5. Le droit des marchés publics est formaliste, comme la chambre de céans l'a déjà rappelé à plusieurs reprises (ATA/784/2018 du 16 octobre 2018 consid. 7c ; ATA/794/2018 du 7 août 2018 consid. 3b et les références citées) et c'est dans le respect de ce formalisme que l'autorité adjudicatrice doit procéder à l'examen de la recevabilité des offres et à leur évaluation.

6. 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), interdit d'exclure une offre présentant une informalité de peu de gravité. C'est dans ce sens que des erreurs 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 implique 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 (ATA/516/2018 du 29 mai 2018 consid. 4b et les références citées).

7. En l'espèce, la recourante ne conteste pas que l'offre déposée était tardive. La date d'échéance pour le dépôt des offres figurait dans l'appel d'offres et était donc connue de la recourante ; il était même mentionné que cette date, fixée au 29 octobre à 12h00 pour la réception des offres par le pouvoir adjudicateur, n'était pas prolongeable.

La faute de son mandataire, qu'elle invoque à présent, ne saurait lui être d'aucun secours. En effet, c'était à elle, en tant que soumissionnaire, de faire en sorte que son offre soit réceptionnée par le pouvoir adjudicateur dans les délais ; en outre, en droit public comme dans les autres branches du droit, la faute du mandataire est imputable au mandant (ATF 143 I 284 consid. 1.3 ; 119 II 86 consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1212/2013 du 28 juillet 2014 consid. 6.1). On doit noter du reste que DPD dit avoir reçu le pli le 29 octobre tôt le matin à Meyrin, si bien que, même si elle avait tenu son délai contractuel de livraison, soit 24 heures, l'offre aurait très bien pu n'être livrée qu'après 12h00.

Manifestement mal fondé, le recours ne peut ainsi qu'être rejeté, sans autre acte d'instruction conformément à l'art. 72 LPA.

8. 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), 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 20 novembre 2018 par Transgourmet Schweiz AG contre la décision de la direction générale des finances de l'État du 13 novembre 2018 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Transgourmet Schweiz AG 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 Transgourmet Schweiz, à la direction générale des finances de l'État, ainsi qu'à la commission fédérale de la concurrence (COMCO).

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, M. Thélin, Mme Junod, MM. Pagan et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

F. Krauskopf

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :