RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/4192/2021-MARPU** **ATA/220/2022**

# COUR DE JUSTICE

## Chambre administrative

## Arrêt du 1er mars 2022

dans la cause

**A_____ AG**

contre

**DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES DE L'ÉTAT**

## EN FAIT

1) Par décision du 2 décembre 2021, la direction générale des finances de l'État (ci-après : DGFE), rattachée au département des finances et des ressources humaines, a écarté l'offre présentée par la société A_____ AG (ci-après : A_____) à la suite de l'appel d'offres pour l'« achat de carburant via des cartes individuelles » dans le cadre d'un marché public en procédure ouverte, soumis 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).

A_____ n'avait pas joint à son offre, au moment de son dépôt, l'attestation exigée relative à l'impôt à la source.

2) Par acte posté le 10 décembre 2021, A_____, sous les signatures – apparemment scannées – de Messieurs B_____ et C_____, a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, sans prendre de conclusions formelles, mais en « sollicit[ant] votre compréhension, une décision d'élimination priverait d'emblée l'Etat de Genève de son fournisseur actuel de cartes de carburant, dont les nombreux services et notamment la police [étaient] jusqu'à aujourd'hui très satisfaits ».

Un problème de compréhension linguistique était à l'origine de cet oubli. Elle serait en mesure de fournir ce document dans la semaine du 13 au 17 décembre 2021. Elle respectait scrupuleusement les lois et règlements en vigueur dans le pays, conformément à son code de conduite. Elle participait régulièrement à des appels d'offres dans toute la Suisse auprès de différents cantons. Lorsque les documents demandés venaient à manquer dans des dossiers fort complexes, l'organisateur de l'appel d'offres contactait le soumissionnaire en lui rappelant que le dossier était incomplet, lui laissant quelques jours pour régulariser la situation, ceci dans l'intérêt des deux parties.

3) A_____ a adressé à la chambre administrative, le 16 décembre 2021, une copie de l'attestation de l'impôt à la source émise le 14 décembre 2021 par l'administration fiscale cantonale genevoise.

4) La DGFE a conclu, le 20 janvier 2022, au rejet du recours et à ce qu'une juste indemnité de procédure lui soit allouée.

Elle s'en rapportait à justice quant à la recevabilité de cet acte, soulevant toutefois qu'il ne comportait pas les signatures de personnes autorisées à

représenter A_____, selon extrait du registre du commerce du canton de Zoug produit, daté du 7 janvier 2022.

Sur le fond, l'appel d'offres précisait clairement au point 5 « conditions de participation » quels documents, comprenant l'attestation relative à l'impôt à la source, devaient obligatoirement être fournis au moment du dépôt des offres et les conséquences d'un manquement, à savoir l'élimination de l'offre.

A_____ reconnaissait clairement avoir oublié de remettre cette attestation. Cet oubli pouvait être qualifié d'inexcusable, dans la mesure où elle précisait participer régulièrement à des appels d'offres publiques dans toute la Suisse.

Il n'était pas possible, sous peine de violer les principes de l'égalité de traitement et de l'intangibilité des offres, de tenir compte de l'attestation en cause produite tardivement, soit plus de deux semaines après le délai formel du dépôt des offres. Il était manifeste que cette attestation avait été demandée après la décision d'élimination, ce qui prouvait que le document était bien manquant dans le dossier d'appel d'offres.

5) La DGFE a informé la chambre administrative le 27 janvier 2022 de la fin du processus d'évaluation des offres recevables et de la prochaine adjudication du marché et sa publication sur la plate-forme Internet Simap.ch, après quoi suivrait la contractualisation.

6) A_____ n'ayant pas exercé son droit à la réplique dans le délai imparti, les parties ont été informées, le 14 février 2022, que la cause était gardée à juger.

## EN DROIT

1) Le recours a été interjeté contre une décision d'exclusion, en temps utile et devant la juridiction compétente (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 15 al. 1 AIMP ; 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) a. Selon l'art. 65 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), l'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant. En outre, il doit contenir l'exposé des motifs ainsi que l'indication des moyens de preuve. Les pièces dont dispose le recourant doivent être jointes. À défaut, un bref délai pour satisfaire à ces exigences est fixé au recourant, sous peine d'irrecevabilité (art. 65 al. 2 LPA). Compte tenu du caractère peu formaliste de cette disposition, il

convient de ne pas se montrer trop strict sur la manière dont sont formulées les conclusions du recourant, pourvu que la chambre administrative et la partie adverse puissent comprendre avec certitude les fins du recourant (ATA/533/2016 du 21 juin 2016 consid. 2b ; ATA/29/2016 du 12 janvier 2016 consid. 2b).

L'exigence de motivation de l'art. 65 al. 2 LPA a pour but de permettre à la juridiction administrative de déterminer l'objet du litige qui lui est soumis et de donner l'occasion à la partie intimée de répondre aux griefs formulés à son encontre (ATA/64/2021 du 19 janvier 2021 consid. 2). L'exigence de la motivation est considérée comme remplie lorsque les motifs du recours, sans énoncer les conclusions formelles, permettent de comprendre aisément ce que la personne recourante désire (arrêt du Tribunal fédéral 2C_823/2017 du 23 mars 2018 consid. 4 ; ATA/1337/2020 du 22 décembre 2020 consid. 2c).

b. En l'espèce, bien que la recourante ne conclue pas expressément à l'annulation de la décision d'exclusion, on comprend de son acte qu'elle conteste ladite exclusion, soutenant que l'absence de transmission de l'attestation en matière d'impôt à la source à l'adjudicateur avec son offre ne saurait entraîner son élimination.

3) Selon l'art. 60 let. b LPA, a qualité pour recourir toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée.

4) a. En vertu de l'art. 64 al. 1 LPA, le recours est formé par écrit et adressé à la juridiction administrative appelée à en connaître. À teneur des art. 12 ss de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220) et notamment de l'art. 14 al. 1 CO, la forme écrite implique que la signature doit être écrite à la main par celui qui s'oblige. De jurisprudence constante, la signature olographe originale est une condition nécessaire que doit respecter tout acte pour être considéré comme un recours (ATA/227/2019 du 5 mars 2019 ; ATA/820/2021 du 10 août 2021).

Le défaut de signature est un vice réparable, pour autant que la signature soit apposée pendant le délai de recours (art. 65 al. 3 LPA ; art. 52 al. 2 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 - PA - RS 172.021 ; ATF 125 I 166 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_319/2011 du 26 janvier 2012 consid. 6.1 ; ATA/201/2012 du 3 avril 2012 consid. 5b).

b. S'agissant de la validité des actes de recours déposés au nom de personnes morales, la chambre de céans exige que celle-ci s'exprime par la voix de ses organes (ATA/1331/2021 du 7 décembre 2021 ; ATA/136/2012 du 13 mars 2012).

c. En droit de la société anonyme, le conseil d'administration est responsable de la gestion des affaires sociales (art. 716 al. 2 CO) et représente la société à l'égard des tiers (art. 718 al. 1 CO première phrase). En principe, chaque membre du conseil d'administration a le pouvoir de représenter la société (art. 718 al. 1 CO seconde phrase). Ce pouvoir peut toutefois être restreint, notamment en exigeant une signature collective (cf. art. 718a al. 2 CO; ATF 121 III 368 consid. 3 et 4). Dans une telle hypothèse, pour engager la société, plusieurs représentants autorisés doivent agir ensemble, en apposant collectivement leur signature (arrêt du Tribunal fédéral 9C_446/2014 du 2 septembre 2014 consid. 3.1; Henry PETER/ Emmanuelle CAVADINI, Commentaire romand CO II, 2008, n. 21 ad art. 718a CO).

Le nom des personnes habilitées à représenter la société doit être inscrit au Registre du commerce (art. 720 CO et 45 al. 1 let. o de l'ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 ; ORC - RS 221.411).

L'assemblée générale des actionnaires est le pouvoir suprême de la société (art. 698 al. 1 CO). Elle a notamment le droit intransmissible d'adopter et de modifier les statuts, de nommer les membres du conseil d'administration et de leur donner décharge et d'approuver le rapport annuel et les comptes (art. 698 al. 2 CO).

5) La jurisprudence a tiré du principe de la bonne foi et de l'interdiction du formalisme excessif le devoir qui s'impose à l'administration, dans certaines circonstances, d'informer d'office le justiciable qui commet ou s'apprête à commettre un vice de procédure, à condition que celui-ci soit aisément reconnaissable et qu'il puisse être réparé à temps, le cas échéant dans un bref délai (ATF 125 I 166 consid. 3a ; 124 II 265 consid. 4a et les arrêts cités ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_39/2013 du 11 mars 2013 consid. 2.1 et 2.3 ; 2C_165/2012 du 29 mai 2012 consid. 5.1 ; ATA/557/2014 du 17 juillet 2014 consid. 5).

6) En l'espèce, l'acte de recours ne contient vraisemblablement pas des signatures manuscrites, mais uniquement scannées. De plus, ce qui a été relevé par l'autorité intimée dans ses observations du 20 janvier 2022, aucun des deux signataires n'avait, à teneur de l'extrait du registre du canton de Zoug du 7 janvier 2022, le pouvoir d'engager la recourante, une société anonyme, au moment du dépôt de l'acte de recours. Cette dernière n'a pas réagi sur ce point dans le cadre de son droit à la réplique dont elle n'a pas fait usage.

La recourante n'a ainsi pas corrigé à tout le moins l'un des vices entachant son acte de recours. Elle n'a pas davantage produit de procuration autorisant les deux signataires de l'acte à faire valoir ses droits devant la chambre de céans. Pour le surplus, elle ne soutient à juste titre pas que MM. B_____ et C_____ auraient signé le recours en leur nom et pourraient se prévaloir d'être des mandataires

professionnellement qualifiés pouvant la représenter dans la présente cause (art. 9 al. 1 LPA).

La recourante ne s'est toutefois pas vu expressément impartir par la chambre de céans un délai pour remédier à ces deux apparents vices de forme, sous peine d'irrecevabilité de son recours.

La question de la recevabilité du recours, au vu de ces deux apparents vices l'entachant, souffrira de ne pas être instruite plus avant et de rester indécise, dès lors que le recours doit de toute façon être rejeté pour les motifs qui suivent.

7) a. 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).

b. 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). La procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires doit suivre des critères objectifs et vérifiables (art. 13 let. d AIMP).

c. 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 (ci-après : 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 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 le recourant ne remet pas en cause.

d. 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).

8) a. 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 ; ATA/604/2021 du 8 juin 2021 consid. 8). 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).

b. 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).

9) 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 reconnaît avoir oublié de joindre à son offre l'attestation de l'impôt à la source.

Le pouvoir adjudicateur était donc 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, après le dépôt du recours devant la chambre de céans, n'y change rien.

La décision d'exclusion ne prête ainsi pas le flanc à la critique.

Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.

10) 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). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à la DGFE qui dispose de son propre service juridique (art. 87 al. 2 LPA ; ATA/1017/2020 du 13 octobre 2020).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS**

**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

rejette, en tant qu'il est recevable, le recours interjeté le 10 décembre 2021 par A_____ AG contre la décision de la direction générale des finances de l'État du 2 décembre 2021 ;

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

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 A_____ AG, à la direction générale des finances de l'État ainsi qu'à la Commission de la concurrence (COMCO).

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

Au nom de la chambre administrative :

| la greffière-juriste : | la présidente siégeant : |
|---|---|
| S. Hüsler Enz | F. Payot Zen-Ruffinen |

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :