

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4205/2017-MARPU

ATA/150/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 20 février 2018

dans la cause

ESSENS SÀRL

contre

SERVICES INDUSTRIELS DE GENÈVE

EN FAIT

1) Essens Sàrl est une entreprise de droit suisse, située à Chêne-Bougeries, ayant pour but social les « conseils et services en accompagnement et gestion des ressources humaines ». Madame Sophie SCHINDLER, gérante, en est l'unique associée.

2) Le 9 juin 2017, les Services industriels de Genève (ci-après : SIG) ont publié sur la plateforme électronique conjointe de la Confédération, des cantons et des communes dans le domaine des marchés publics, www.simap.ch (ci-après : SIMAP) et dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO), un appel d'offres soumis aux accords internationaux, en procédure ouverte, pour un mandat de personne de confiance externe (ombudsman) de 2017 à 2021.

Selon le dossier d'appel d'offres, la sous-traitance n'était pas admise (point 3.8) et les candidats disposaient d'un délai au 26 juin 2017 pour poser des questions (point 4.3). Le cahier des charges précisait en outre en son point 2.2.3 que « dès la prise en charge de l'alerte par le soumissionnaire, la mission [était] traitée intégralement par l'ombudsman "collaborateur-trice dédié-e" préalablement choisi-e par le-la lanceur d'alerte et ne pourra ensuite être déléguée à un tiers ». À cet égard, « le soumissionnaire [devait] en tout temps disposer d'un binôme homme-femme dédié à ce mandat » (Nota bene, point 2.2.3). La présentation du soumissionnaire devait également contenir « les qualifications des intervenants (ombudsmans dédiés au mandat SIG) » (point 3.1.1).

3) Le 21 juin 2017, une rencontre a eu lieu entre Monsieur Robert MONNIN, directeur des ressources humaines (ci-après : DRH) des SIG, et Mme SCHINDLER, à l'initiative de cette dernière pour une présentation des activités d'Essens Sàrl. Le DRH l'a alors informée de la publication SIMAP précitée, en lui recommandant de soumissionner à cette procédure si elle estimait en remplir les conditions.

4) Dans le délai imparti au 10 juillet 2017, deux offres ont été déposées, dont l'une émanant d'Essens Sàrl.

Au nom de cette dernière, Mme SCHINDLER mentionnait être en mesure d'assumer le cahier des charges de la mission et l'objet du mandat.

S'agissant de l'obligation de disposer d'un binôme homme-femme, elle indiquait :

« L'ombudsman met à disposition des collaborateurs, un spécialiste de sexe opposé au sien, en cas de besoin, afin de répondre à l'obligation de constituer un

binôme exigé par SIG. L'intervention de ce dernier fera l'objet d'un contrat sur appel ou à la tâche, pour répondre aux exigences du présent cahier des charges. La personne experte désignée par l'ombudsman (voir le curriculum vitae annexé de Monsieur Beat STEINMANN) signera un engagement de confidentialité et de respect des consignes dispensées par ce dernier. Tous les contacts avec la direction des SIG se feront toutefois uniquement par le biais de l'ombudsman qui assurera également le suivi administratif des dossiers en coordination avec le spécialiste désigné ».

- 5) Par courrier recommandé daté du 11 octobre 2017, selon le timbre postal, les SIG ont exclu Essens Sàrl de la procédure de marché public. Il en a été de même du second soumissionnaire.

L'offre de celle-là avait été écartée au motif qu'elle était incomplète et non conforme au cahier des charges et aux conditions de l'appel d'offres. Plus précisément, elle ne mentionnait aucun remplaçant (homme et femme) permettant d'assurer la prestation en tout temps, en cas d'absence prévue ou non de l'une desdites personnes. En outre, la mention selon laquelle la sollicitation de M. STEINMANN ferait l'objet d'un contrat sur appel ou à la tâche était constitutive d'une sous-traitance, laquelle était inadmissible.

- 6) Par acte déposé le 20 octobre 2017, Essens Sàrl, comparaisant en personne, a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, concluant principalement à son annulation et à ce que son offre soit déclarée recevable et évaluée. Préalablement, elle sollicitait la restitution de l'effet suspensif à son recours.

L'intervention de M. STEINMANN par le biais d'un contrat de travail sur appel ou à la tâche en faisait un employé et non un sous-traitant. Cette approche était la mieux adaptée aux besoins ponctuels de l'activité concernée, laquelle ne permettait pas d'occuper des collaborateurs d'une entreprise externe à plein temps. Ainsi, M. STEINMANN opérerait dans le cadre fixé avec elle et sur ses instructions. La mention d' « ombudsman » était utilisée au singulier dans l'ensemble du dossier d'appel d'offres. La notion de binôme n'apparaissait que dans le nota bene du point 2.2.3 du cahier des charges et l'offre ne mentionnait aucunement la nécessité de mettre en place des remplaçants au binôme homme-femme. Cet élément contredisait le fait que la mission ne pouvait être déléguée à un tiers après que le-la lanceur d'alerte eut choisi un/une ombudsman. Compte tenu des particularités du rôle de l'ombudsman, il était difficilement concevable que celui-ci soit, dans son entier, occupé concurremment et ponctuellement ou à tour de rôle par quatre personnes différentes. Un tel dispositif revenait à mobiliser quatre personnes ou plus en permanence avec les coûts correspondants, sans réelle connaissance des besoins intrinsèques au bon fonctionnement de ce rôle.

- 7) Le 17 novembre 2017, les SIG ont conclu au rejet du recours, tant sur la question de la restitution de l'effet suspensif que sur le fond, ainsi qu'à la condamnation d'Essens Sàrl aux frais de la procédure.

Les éléments du dossier ne confirmaient pas que M. STEINMANN était au bénéfice d'un contrat sur appel et considéré comme un employé d'Essens Sàrl. Au contraire, le curriculum vitae de celui-ci indiquait qu'il agissait depuis 2007 sous le nom d'une société dont il était le fondateur. Essens Sàrl ne disposait donc pas des ressources internes nécessaires à la réalisation du mandat d'ombudsman. Elle indiquait elle-même dans ses écritures que le contrat sur appel ou à la tâche était « l'approche retenue qui parai[ssait] la mieux adaptée aux besoins ponctuels de cette activité ne permettant pas d'occuper des collaborateurs d'une entreprise externe à plein temps ». Le cahier des charges expliquait clairement qu'un binôme homme-femme dédié devait être disponible en tout temps. Le soumissionnaire devait ainsi disposer d'un personnel d'au moins quatre personnes dédiées à l'accomplissement dudit mandat. L'offre d'Essens Sàrl n'indiquait pas les moyens mis en place pour assurer la présence requise dans l'hypothèse où Mme SCHINDLER ou M. STEINMANN étaient absents. En cas de doute, Essens Sàrl aurait dû poser la question sur le forum SIMAP dans le délai prévu à cet effet. Les arguments invoqués étant manifestement infondés, il ne se justifiait pas de restituer l'effet suspensif au recours, lequel devait être rejeté.

- 8) Le 27 novembre 2017, Essens Sàrl a répliqué, en persistant dans ses conclusions.

Dans le cadre des divers échanges qu'elle avait eus avec M. MONNIN à la suite de l'entretien du 21 juin 2017, l'exigence d'une structure d'au minimum quatre personnes pour remplir les conditions de l'appel d'offres n'avait aucunement été évoquée. M. STEINMANN collaborait sur la base de contrats de mandat, notamment avec Essens Sàrl depuis plus d'un an. Dans le cadre du contrat avec les SIG, un lien contractuel, soit un contrat d'appel ou à la tâche, serait conclu et l'intéressé deviendrait employé d'Essens Sàrl. Quant à la question du binôme homme-femme, nécessitant des remplaçants, elle s'étonnait que les deux sociétés soumissionnaires aient été écartées pour avoir mal compris ce point de l'appel d'offres. Dès lors que le contrat signé serait un mandat, il appartenait à Essens Sàrl de s'organiser afin de fournir les prestations dues, les moyens technologiques actuels permettant de répondre aux exigences des SIG.

- 9) Le 29 novembre 2017, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

- 10) Par décision du 30 novembre 2017, la présidence de la chambre administrative a rejeté la demande d'effet suspensif.

Le terme « ombudsman » faisant le plus souvent référence à une personne responsable d'un service ou travaillant en équipe, la mention de celui-ci dans l'appel d'offres ne permettait pas aux candidats d'en déduire qu'une seule personne pouvait offrir ce service. Prima facie, l'offre déposée ne proposait pas un service correspondant à celui attendu et décrit par les SIG, ce qui, à ce stade, suffisait à rejeter la demande de restitution de l'effet suspensif sans examiner si l'offre en question impliquait ou non une sous-traitance.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 15 al. 1bis let. d et al. 2 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 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01 ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05).
- 2) L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (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 deniers 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 let. a et b).
- 3) a. Selon les art. 25 ss RMP, l'appel d'offres, publié dans la FAO contient les indications pertinentes relatives au type de marché, à l'autorité adjudicatrice, aux conditions de participation, aux critères d'adjudication et aux documents mis à disposition des candidats donnant les renseignements nécessaires à l'établissement de l'offre, dont la liste des pièces et documents à joindre (art. 27 let. e RMP).
b. À teneur de l'art. 38 RMP, seules les offres parvenues dans les délais fixés dans les documents d'appel d'offres sont ouvertes (al. 1). Dans le cadre d'une procédure ouverte ou sélective, un procès-verbal est établi à l'ouverture des offres. Il contient notamment le nom des personnes présente, le nom des soumissionnaires, les dates de réception et les prix des offres (al. 2). Les soumissionnaires ont le droit, sur demande, de consulter ce procès-verbal (al. 3).

Lors de l'examen des offres, l'autorité adjudicatrice examine la conformité des offres au cahier des charges et contrôle leur chiffrage (art. 39 al. 1 RMP) ; les erreurs évidentes, telles que les erreurs de calcul et d'écriture, sont corrigées (art. 39 al. 2 1^{ère} phr. RMP). Le principe d'intangibilité des offres impose d'apprécier celles-ci sur la seule base du dossier remis, un soumissionnaire n'étant pas habilité à modifier la présentation de son offre, d'y apporter des compléments ou de transmettre de nouveaux documents après l'échéance du délai (arrêts du Tribunal fédéral 2C_197/2010 et 2C_198/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.3 ; ATA/55/2015 du 13 janvier 2015 ; ATA/102/2010 du 16 février 2010).

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).

- 4) Le droit des marchés publics est formaliste, comme la chambre de céans l'a déjà rappelé à plusieurs reprises 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 (ATA/420/2016 du 24 mai 2016 consid. 5c ; ATA/1216/2015 du 10 novembre 2015 consid. 5b ; ATA/129/2014 du 4 mars 2014 consid. 3 ; ATA/535/2011 du 30 août 2011 consid. 5).

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 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 (Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, in *Droit des marchés publics*, 2002, p. 110 ; Olivier RODONDI, *La gestion de la procédure de soumission* [ci-après : *La gestion de la procédure de soumission*], in *Droit des marchés publics* 2008, p. 186 n. 63).

Les principes précités valent également pour la phase d'examen de la recevabilité des soumissions (Olivier RODONDI, op. cit., p. 186 n. 65). Lors 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 (ATA/1216/2015 précité consid. 5c ; ATA/291/2014 du 29 avril 2014 consid. 5, confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 2C_418/2014 du 20 août 2014 ; ATA/102/2010 du 16 février 2010, confirmé par arrêts du Tribunal fédéral 2C_197/2010 et 2C_198/2010 du 30 avril 2010). Dans l'hypothèse où des documents sont manquants à réception de l'offre, il convient d'en considérer l'importance eu égard au dossier dans son ensemble (ATA/1216/2015 précité consid. 5c ; ATA/79/2008 du 19 février 2008 consid. 4 ; ATA/250/2006 du 9 mai 2006 consid. 4 ; Denis ESSEIVA, DC 2/2002 p. 77-78).

La chambre de céans s'est toujours montrée stricte dans ce domaine (ATA/420/2016 précité consid. 5c ; ATA/291/2014 précité consid. 5 ; ATA/535/2011 précité consid. 6 ; ATA/150/2006 du 14 mars 2006, notamment), ce que le Tribunal fédéral a constaté mais confirmé (arrêts du Tribunal fédéral 2C_418/2014, 2C_197/2010 et 2C_198/2010 précités), la doctrine étant plus critique à cet égard (Olivier RODONDI, op. cit., p. 186 n. 64, et p. 187 n. 66).

- 5) D'origine scandinave, le terme « ombudsman », au pluriel des « ombudsmans » ou des « ombudsmen », visait initialement une personnalité indépendante chargée d'examiner les plaintes des citoyens contre les pouvoirs publics. De nos jours, il renvoie généralement à une instance neutre chargée des plaintes envers un organisme. Ainsi, l'ombudsman fait le plus souvent référence à un service ou une personne, responsable d'un service travaillant en équipe. À titre d'exemple, il existe l'ombudsman des banques suisses (une personne portant le titre d'ombudsman, secondé par des avocats, économistes et spécialistes du secteur bancaire), celui de la branche suisse du voyage (composé de trois personnes, soit l'ombudsman proprement dit et deux conseillers), celui de l'assurance-maladie sociale (une médiatrice et sept collaborateurs) ou de l'assurance privée et de la Suva (fondation dirigeant une personne portant le titre d'ombudsman, ayant plusieurs représentants), lesquels constituent des offices indépendants.
- 6) En l'espèce, le cahier des charges de l'appel d'offres mentionne certes dans un nota bene, mais néanmoins expressément que « le soumissionnaire doit en tout temps disposer d'un binôme homme-femme dédié au mandat d'ombudsman ». D'une part, cela indique clairement que, dans le contexte de l'appel d'offres en question, le terme « ombudsman » ne vise pas qu'une seule personne, mais au minimum deux, soit un homme et une femme. D'autre part, la disponibilité permanente requise nécessite d'envisager une solution de remplacement. À cet égard, on voit mal comment la recourante escomptait être présente en permanence. Par ailleurs, le fait que la mission ne puisse être déléguée ultérieurement à un tiers n'exclut pas de prévoir des remplaçants en cas d'absence. En revanche, cela implique que ledit remplaçant devra continuer à assumer la

mission confiée, ce qui confirme encore qu'au moins quatre personnes doivent pouvoir être à disposition. Enfin, il sied de relever que les candidats avaient la possibilité de demander des renseignements dans un délai fixé au 26 juin 2017 selon une procédure précisément détaillée dans le dossier d'appel d'offres. La recourante n'a toutefois pas saisi cette opportunité afin de clarifier cet aspect de son dossier, alors que selon les bases légales et principes susrappelés, un certain formalisme s'impose en matière de marché public.

Ainsi, pour ce seul motif, l'intimé devait déjà écarter le dossier de la recourante.

Cela étant dit, quant à la nature des rapports juridiques entre M. STEINMANN et la recourante, force est de constater que le dossier ne contient aucun élément venant étayer ses allégations d'un prétendu contrat sur appel ou à la tâche prévu entre ces deux parties. Bien qu'il y soit fait référence dans l'offre soumise, il n'est produit aucun document le confirmant. Au contraire, le curriculum vitae de M. STEINMANN indique que celui-ci agit en qualité de mandataire par l'intermédiaire de sa propre entreprise. À cela s'ajoutent les écrits relativement contradictoires de la recourante indiquant tantôt que M. STEINMANN interviendrait en qualité d'employé et non de sous-traitant, puis préconisant une « approche mieux adaptée aux besoins ponctuels » de l'activité concernée, laissant transparaître un mode contractuel se rapprochant davantage de celui de la sous-traitance. En toute hypothèse, l'absence de personnel dont dispose réellement la recourante, hormis sa gérante, ne lui permet à l'évidence pas de répondre aux exigences posées.

En ces circonstances, il existait effectivement des motifs d'exclusion de son offre au sens de l'art. 42 al. 1 let. a RMP.

- 7) La décision d'exclusion attaquée est dès lors conforme au droit, et le recours sera rejeté.
- 8) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'300.-, comprenant les frais liés à la procédure de restitution de l'effet suspensif, sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 20 octobre 2017 par Essens Sàrl contre la décision des Services industriels de Genève du 11 octobre 2017 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge d'Essens Sàrl un émolument de CHF 1'300.- ;

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 Essens Sàrl, aux Services industriels de Genève, ainsi qu'à la commission de la concurrence (COMCO).

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

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :