

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4035/2018-MARPU

ATA/1300/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 4 décembre 2018

dans la cause

DORGA RESTAURATION SERVICE SA

contre

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES DE L'ÉTAT

EN FAIT

1. Par décision du 13 novembre 2018, 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 Dorga Restauration Service SA (ci-après : Dorga) à la suite de l'appel d'offres « acquisition de nourriture pour la prison de Champ-Dollon » dans le cadre d'un marché public en procédure ouverte, soumis à l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0.632.231.422) et à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (AIMP).

Dorga avait envoyé son offre par courrier électronique, alors que le ch. 5 let. c et d des conditions générales de soumission prévoyait que seules les offres adressées, sous pli fermé, par courrier ou déposées auprès du secrétariat de la DGFE étaient prises en compte.

2. Par acte expédié le 16 novembre 2018 à la chambre administrative de la Cour de justice, Dorga a recouru contre la décision précitée. Elle ne contestait pas ne pas avoir respecté la forme requise pour l'envoi du dossier. Elle s'excusait de ne pas avoir lu correctement le ch. 5 let. c et d des conditions générales. Elle pensait bien faire en envoyant son offre par voie électronique. Elle demandait ainsi à pouvoir intégrer la procédure.
3. La DGFE a fait parvenir son dossier à la chambre de céans, sans être invitée à sa déterminer.
4. Le 26 novembre 2018, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Le marché public litigieux est principalement soumis à l'AMP, à l'AIMP, à 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), au règlement cantonal sur la passation des marchés publics (RMP - L 6 06.01) ainsi qu'à la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

La décision d'exclusion du marché public peut faire l'objet d'un recours auprès de l'autorité juridictionnelle cantonale (art. 15 al. 1 et al. 1bis let. d AIMP et 55 let. c RMP), soit à Genève la chambre administrative de la Cour de justice (art. 3 L-AIMP ; 56 al. 1 RMP ; art 132 al. 1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05). Le recours doit être adressé à

celle-ci dans le délai légal de dix jours suivant la notification de la décision (art. 62 al. 1 let. b LPA, 15 al. 1 et 2 AIMP, 3 al. 1 L-AIMP et 56 al. 1 RMP).

En l'espèce, le recours a été interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente.

2. Selon l'art. 65 al. 1 LPA, 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/102/2012 ; ATA/1/2007 ; ATA775/2005 précités ; ATA/179/2001 du 13 mars 2001). Elle signifie que le recourant doit expliquer en quoi et pourquoi il s'en prend à la décision litigieuse (ATA/716/2014 précité consid. 3c ; ATA/401/2013 précité ; ATA/23/2006 du 17 janvier 2006).

En l'espèce, bien que la recourante demande à pouvoir « réintégrer » la procédure d'appel d'offres et ne conclut pas expressément à l'annulation de la décision d'exclusion, il ressort de son acte qu'elle conteste ladite exclusion et conclut à ce que son offre soit réintégrée et évaluée. En revanche, la recourante n'émet aucun grief à l'encontre de la décision d'élimination, reconnaissant d'ailleurs le bien-fondé de celle-ci. La question de savoir si le défaut de motivation doit entraîner l'irrecevabilité du recours peut toutefois rester indécise, au vu de ce qui suit.

3. L'élimination de la recourante est fondée sur le fait qu'elle ne s'est pas conformée aux prescriptions de forme requises.
 - a. 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 AMP). La procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires doit suivre des critères objectifs et vérifiables (art. 13 let. d AIMP).

Les conditions pour être admis à soumissionner sont mentionnées aux art. 31 ss 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 ou ne répond pas ou plus aux conditions pour être admis à soumissionner (art. 42 al. 1 let. a et b RMP). Les offres écartées ne sont pas évaluées. L'autorité adjudicatrice rend alors une décision d'exclusion motivée (art. 42 al. 3 RMP).

b. Le droit des marchés publics est formaliste. 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/1446/2017 du 31 octobre 2017 ; ATA/490/2017 du 2 mai 2017 et les références citées).

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 du 30 avril 2010 consid. 6.1 ; 2D_50/2009 du 25 février 2010 consid. 2.4). À cet égard, 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/490/2017 précité ; ATA/175/2016 du 23 février 2016). L'interdiction du formalisme excessif n'oblige cependant pas le pouvoir adjudicateur à interpeller un soumissionnaire en présence d'une offre défailante (arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 du 30 avril 2010 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/1446/2017 précité ; ATA/490/2017 précité ; ATA/1216/2015 du 10 novembre 2015 et les références citées).

c. Les offres sont rendues selon la forme requise par l'autorité adjudicatrice et parviennent, sous pli fermé, à l'adresse et pour la date et l'heure indiquées dans les documents d'appel d'offres (art. 37 al. 1 RMP). Les informations mises à disposition par les soumissionnaires, en particulier les secrets d'affaires et de fabrication, sont traitées de façon confidentielle (art. 22 RMP). Seules les offres parvenues dans les délais fixés dans les documents d'appel d'offres sont ouvertes. 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 présentes, le nom des soumissionnaires, les dates de réception et les prix des offres (art. 38 al. 1 et 2 RMP).

d. En l'espèce, le dossier d'appel d'offres comporte au chiffre 5 un chapitre intitulé « conditions générales » (ci-après : CG), composé des let. a à h. La let. a CG précise, en caractères gras et majuscules, que tout soumissionnaire ne respectant pas lesdites conditions sera éliminé (ch. 5 let. a). La let. c CG stipule ensuite que les offres devront parvenir sous pli fermé et avec les mentions « confidentiel » et « AO Nourriture Prison Champ-Dollon » à l'adresse postale indiquée. La let. d CG précise les horaires auxquels, en cas de remise des dossiers en mains propres ou par porteur au secrétariat de la DGFE, ceux-ci peuvent être déposés.

Il n'est nullement fait mention de la possibilité d'adresser le dossier de soumission par voie électronique. La recourante reconnaît d'ailleurs qu'elle ne pouvait pas envoyer son offre par voie électronique.

Par ailleurs, la remise – par voie postale ou en mains propres – du dossier d'offre, sous pli fermé, est apte à garantir la confidentialité des données qu'il contient, d'une part. D'autre part, ce mode de remise du dossier d'offre permet de s'assurer d'une manière simple que l'ensemble des offres soit conservé fermé jusqu'à leur ouverture, au même moment, garantissant ainsi l'égalité de traitement entre soumissionnaires. En outre, l'importance que revêtait le mode de soumission pour l'adjudicateur était dûment mise en exergue par celui-ci dans ses conditions générales. Cette exigence est, au demeurant, conforme à l'art. 37 al. 1 RMP, qui prévoit la remise des offres sous pli fermé. Partant, la condition de forme posée par l'autorité adjudicatrice ne saurait être qualifiée de formalisme excessif ; la recourante ne le soutient d'ailleurs pas.

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

Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté, dans la mesure où il est recevable, ce que la chambre de céans peut faire sans échange d'écritures, celui-ci étant manifestement infondé (art. 72 LPA).

4. Vu l'issue du litige, un émoulement 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 lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette, dans la mesure de sa recevabilité, le recours interjeté le 16 novembre 2018 par Dorga Restauration Service SA contre la décision de la direction générale des finances de l'État du 13 novembre 2018 ;

met un émoulement de CHF 1'000.- à la charge de Dorga Restauration Service 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 du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Dorga Restauration Service SA, à la direction générale des finances de l'État ainsi qu'à la Commission de la concurrence.

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 :