

# GE\_GERICHTE ATA/947/2016 vom 8. November 2016

GE Cour de justice, 2016-11-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_947\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_947_2016)

FR: GE\_GERICHTE ATA/947/2016 du 8 novembre 2016

IT: GE\_GERICHTE ATA/947/2016 del 8 novembre 2016

## Regeste

Résumé: Appel d'offres portant sur la maintenance des applications technico-administratives « Delphi ». La recourante n'a subi aucun préjudice du fait que l'adjudicateur a notifié sa décision directement à la recourante sans passer par son conseil, puisqu'elle a interjeté recours dans les délais. L'offre de l'adjudicataire aurait dû être exclue, dans la mesure où elle n'a pas remis le cahier des charges dûment complété et signé, elle n'a pas remis une annexe portant sur un intervenant clé, ni son curriculum vitae et elle n'a pas respecté la structure de la réponse au cahier des charges. De plus et alors qu'elle aurait dû remettre toutes les annexes signées, la seule qui l'a été, a été signée par une personne disposant seulement du pouvoir de signature collective à deux. Ces éléments pris dans leur ensemble attestent que l'offre de l'adjudicataire présente des informalités graves. L'adjudicateur aurait ainsi dû l'exclure de la procédure d'adjudication. Recours admis et adjudication du marché litigieux à la recourante, dans la mesure où elle a été la seule à remplir complètement les critères de recevabilité requis, qu'elle a été classée seconde, et qu'elle est désormais la seule soumissionnaire encore en lice.

## Erwägungen

### E. 26

septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 60 al. 1 let. a et b de la de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2)

La recourante sollicite l'audition de dix-neuf personnes. Dans le corps de leur écriture du 29 juillet 2016, les SIG offrent également de prouver certains faits par l'audition de trois personnes des SIG.

a. La procédure administrative est en principe écrite, toutefois si le règlement et la nature de l'affaire le requièrent, l'autorité peut procéder oralement (art. 18 LPA).

b. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu

- 15/22 - A/2476/2016 comprend notamment le droit pour l'intéressé de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 138 I 154 consid. 2.3.2 p. 157 ; 137 I 195 consid. 2.3.1 p. 197 ; 136 I 265 consid. 3.2 p. 272 ; 135 II 286 consid. 5.1 p. 293 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C\_136/2014 du 22 juillet 2014 consid. 3.1 et 6B\_123/2013 du 10 juin 2013 consid. 1.1). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion

ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 ; 134 I 140 consid. 5.3 p. 148 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C\_799/2011 du 20 juin 2012 consid. 6.1 ; 4A\_108/2012 du 11 juin 2012 consid. 3.2 ; 2D\_2/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3 ; ATA/972/2014 du 9 décembre 2014 consid. 4a et les références citées).

Le refus d'instruire ne viole le droit d'être entendu des parties que si l'appréciation anticipée de la pertinence du moyen de preuve offert, à laquelle le juge a ainsi procédé, est entachée d'arbitraire (ATF 136 I 229 précité consid. 5.3 p. 236 ; 131 I 153 consid. 3 p. 157 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_136/2014 précité consid. 3.1 ; ATA/283/2016 du 5 avril 2016 consid. 4b).

c. En l'espèce, la recourante a pu faire valoir ses arguments dans son mémoire de recours et dans sa réplique. Il en est de même des SIG qui ont au surplus remis à la chambre de céans les trois offres complètes des soumissionnaires, ainsi que le rapport d'adjudication. La chambre administrative dispose ainsi d'un dossier complet lui permettant de se prononcer en toute connaissance de cause sur les griefs soulevés sans que les auditions sollicitées soient nécessaires à forger son appréciation.

Il ne sera dès lors pas donné suite aux requêtes de mesures d'instruction de la recourante et des intimés. 3)

La recourante soutient que la décision attaquée est nulle, car celle-ci lui a été notifiée directement et non pas à son représentant.

a. Selon l'art. 46 al. 2 LPA, les décisions sont notifiées aux parties, le cas échéant à leur domicile élu auprès de leur mandataire, par écrit. Une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 47 LPA).

b. En l'espèce, force est de constater que la recourante a pu interjeter recours dans les délais et faire ainsi valoir ses droits devant la chambre de céans, de sorte qu'elle n'a subi aucun préjudice de cette notification.

Le grief sera écarté.

- 16/22 - A/2476/2016 4)

Le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, à l'exception du grief d'inopportunité (art. 16 al. 1 et 2 AIMP ; art. 57 al. 1 et 2 RMP). 5)

La recourante considère que l'offre de Sogeti aurait dû être déclarée irrecevable voire exclue de la procédure d'adjudication en raison de nombreux vices de forme.

a. Aux termes de l'art. 42 al. 1 let. a RMP, l'offre est écartée d'office lorsque, notamment, le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non conforme aux exigences ou au cahier des charges (let. a) ou qu'il ne répond pas ou plus aux conditions pour être admis à soumissionner (let. b). 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).

b. Selon le point 3.3 de l'appel d'offres relatif à la recevabilité de l'offre, l'adjudicateur ne prendra en considération que les offres qui respectent les conditions de participation, à savoir notamment celles qui sont arrivées signées et datées dans le délai imposé, dans la forme et à l'adresse fixée, qui sont accompagnées des attestations, preuves et documents demandés par l'adjudicateur, d'une durée de validité de maximum trois mois et qui sont

remplies selon les indications de l'adjudicateur.

S'agissant des motifs d'exclusion et une fois la recevabilité de l'offre vérifiée, l'adjudicateur procédera à une vérification plus approfondie sur certains aspects parmi lesquels figurent le fait que l'offre est accompagnée des attestations, preuves et documents demandés par l'adjudicateur, d'une durée de validité de maximum trois mois, l'offre est présentée complètement selon les indications de l'adjudicateur et l'offre est signée et datée par la ou les personnes responsables de l'offre (point 3.5 de l'appel d'offres).

c. Comme la chambre de céans l'a rappelé à plusieurs reprises, le droit des marchés publics est formaliste 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/753/2016 du 6 septembre 2016 consid. 4f et les arrêts cités).

Ledit formalisme 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/175/2016 du 23 février 2016 consid. 4 ; ATA/129/2014 du 4 mars 2014 consid. 4 a contrario).

L'interdiction du formalisme excessif, tirée de la garantie à un traitement équitable des administrés énoncée à l'art. 29 Cst., interdit d'exclure une offre

- 17/22 - A/2476/2016 présentant une informalité de peu de gravité. C'est dans ce sens que des erreurs évidentes 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, *Droit des marchés publics*, 2002, p. 110 ; Olivier RODONDI, *La gestion de la procédure de soumission*, in *Droit des marchés publics*, 2008, p. 186 n. 63).

À cet égard, même les auteurs qui préconisent une certaine souplesse dans le traitement des informalités admettent que 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, pour autant qu'elle applique la même rigueur, respectivement la même flexibilité, à l'égard des différents soumissionnaires (ATA/753/2016 précité consid. 4f ; ATA/175/2016 du 23 février 2016 consid. 4 ; ATA/586/2015 précité consid. 11c ; Olivier RODONDI, *Les délais en droit des marchés publics* in RDAF 2007 I 187 et 289).

Les principes précités valent notamment 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/175/2016 précité consid. 4 ;

ATA/102/2010 du 16 février 2010, confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 2C\_197/2010 et 2C\_198/2010 du 30 avril 2010).

Le Tribunal fédéral a jugé que la garantie constitutionnelle de l'interdiction du formalisme excessif n'oblige pas le pouvoir adjudicateur à interpeller un soumissionnaire en présence d'une offre défaillante (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_197/2010 précité consid. 6.5).

La chambre de céans s'est toujours montrée stricte dans ce domaine (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 du 20 août 2014 ; 2C\_197 et 198/2010 précité), la doctrine étant

- 18/22 - A/2476/2016 plus critique à cet égard (Olivier RODONDI, op. cit., p. 186 n. 64, et p. 187 n. 66).

d. La recourante soutient que l'offre de Sogeti a été remise tardivement.

Au chapitre des conditions de participation, le dossier d'appel d'offres précise à son point 3.1 que les offres devaient parvenir aux SIG au plus tard le 1er février 2016 à 12h00.

En l'espèce, la page de garde du dossier d'appel d'offres de Sogeti est datée du 1er février 2016, sans mention de l'heure précise. Aucun tampon humide n'a été apposé par les SIG sur l'offre. Dans leurs écritures, les SIG n'ont pas précisé l'heure du dépôt de l'offre de Sogeti et on ignore également par quel biais Sogeti a fait parvenir son offre aux SIG. Toutefois, la problématique de l'heure de réception de l'offre de Sogeti par les SIG peut souffrir de rester indéfinie au vu de ce qui suit.

e. La recourante met en exergue des vices de forme qui auraient dû, selon elle, conduire les SIG à exclure l'offre de Sogeti, tels que le fait qu'elle a remis uniquement la page de garde de l'appel d'offres, en outre signée par une personne ne disposant d'aucun pouvoir pour la représenter et faisant état d'un prix manifestement erroné, le fait qu'elle n'a pas joint à son offre le dossier d'appel d'offres, le cahier des charges, l'annexe P2, l'annexe R9 relative à l'un de ses intervenants, le curriculum vitae de cet intervenant, ainsi que l'imperfection de la structure de sa « réponse » et les annexes incomplètes et non signées.

La première page de l'appel d'offres précise les annexes à retourner complétées à l'adjudicateur dans le même délai que l'offre, soit les annexes P2, P6, Q8, R6, R7, R8, R9. Le dossier d'appel d'offres, toutes les annexes ainsi que le cahier des charges dûment complétés et signés figurent également parmi les documents à remettre avec l'offre.

En l'occurrence, Sogeti a remis uniquement la page de garde du dossier d'appel d'offres, ce que les SIG reconnaissent. De plus, force est de constater que Sogeti n'a pas remis le cahier des charges, étant souligné que le cahier des charges et la réponse au cahier des charges constituent deux documents distincts.

Si la question de la remise de la seule page de garde du dossier d'appel d'offres peut rester en l'espèce ouverte, l'absence du cahier des charges est plus problématique, dans la mesure où les soumissionnaires devaient compléter le point 6 du cahier des charges relatif au prix de la prestation tous frais compris (hors TVA) offert. Même si ces données étaient disponibles dans la réponse au cahier des charges de Sogeti (p. 28 et 29), la chambre de céans s'est toujours montrée stricte et formaliste à propos de la production des documents demandés dans l'appel d'offres pour pouvoir participer au marché, ce d'autant plus que le

- 19/22 - A/2476/2016 cahier des charges précise au bas de la page 10 : « Le soumissionnaire, par sa signature, atteste qu'il a pris connaissance du cahier des charges technique y compris les annexes, ainsi que les conditions commerciales, et qu'il les accepte. Les informations données dans les différentes parties du présent document engagent le fournisseur. Des informations manquantes peuvent être éliminatoires ou donner lieu à une évaluation défavorable ». Le lieu, la date, le timbre de l'entreprise et les signatures (selon le registre du commerce) étaient en outre exigés. L'absence du cahier des charges dûment complété et signé au dossier de Sogeti constitue un vice de forme important.

Par ailleurs, force est de constater que Sogeti n'a pas remis l'annexe R9, ni le curriculum vitae de son chef de projet, ce que les SIG reconnaissent également. L'annexe R9 du chef de projet de Sogeti qui est manifestement une personne clé devait être retournée selon la liste des annexes à retourner (cf. première page de l'appel d'offre) et son curriculum vitae devait être joint à l'offre selon le point 7 du cahier des charges. On ne saurait suivre les SIG lorsqu'ils soutiennent que ce manque a été pris en considération dans le cadre de l'évaluation de Sogeti, dans la mesure où ces documents devaient être retournés complétés dans le même délai que l'offre et que par conséquent, ils devaient être pris en considération dans le cadre de la recevabilité de l'offre et non pas dans le cadre de son évaluation.

De plus, la réponse au cahier des charges de Sogeti ne respecte pas la structure imposée par le cahier des charges. En effet, on ne retrouve que partiellement l'organisation prévue selon la table des matières comprenant les chapitres du point 7 du cahier des charges. Or, le point 3.2 de l'appel d'offres précisait à propos de la présentation de l'offre que le soumissionnaire devait respecter strictement la forme, y compris la structure de la réponse. Cette exigence était d'autant plus importante qu'elle permettait une bonne lecture des éléments pertinents et une comparaison effective entre les différentes réponses des soumissionnaires.

Enfin, force est de constater que l'annexe P6, relative à l'engagement de la société à respecter l'égalité entre hommes et femmes, remise par Sogeti et prévoyant que « n[étaient] valables que les signatures des personnes qui posséd[aient] le pouvoir de signature pour engager l'entreprise ou le bureau, voire le consortium d'entreprises ou l'association de bureaux, le cas échéant. », a été signée uniquement par M. BOTOR qui, selon le RC genevois, dispose d'un pouvoir de signature collective à deux, de sorte que sa signature ne peut engager valablement Sogeti. Sur ce point, les pièces produites par les SIG dont un courrier du 18 juin 2015 remis en mains propres à M. BOTOR qui fait état que le conseil d'administration de Sogeti lui confère le pouvoir de la représenter sous sa signature individuelle auprès des administrations suisses ne modifie en rien cette analyse, dès lors que ce courrier ne figurait pas au dossier lors de la remise de l'offre de Sogeti et que l'extrait du RC genevois concernant Sogeti ne fait pas état

- 20/22 - A/2476/2016 de cette prérogative. L'annexe P6 est d'ailleurs la seule à avoir été signée par un responsable de Sogeti, alors que la première page de l'appel d'offre exigeait que toutes les annexes à remettre avec l'offre devaient être signées par le soumissionnaire, ce que Sogeti n'a pas fait.

Ces éléments pris dans leur ensemble attestent que l'offre remise par Sogeti présente des informalités qui ne peuvent, en application de la jurisprudence précitée, pas être considérées comme de peu de gravité.

Ainsi et compte tenu du fait que le droit des marchés publics est formaliste et que c'est dans le respect de ce formalisme que l'autorité adjudicatrice doit procéder à l'examen de la

recevabilité des offres, les SIG auraient dû conclure que l'offre de Sogeti ne répondait pas aux exigences qu'ils avaient eux-mêmes posées et l'exclure de la procédure d'adjudication.

En prenant en compte l'offre de Sogeti alors que celle-ci comportait de graves vices de forme, l'autorité adjudicatrice a violé le droit des marchés publics notamment le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires.

Le grief sera admis. 6)

Le recours sera admis et la décision d'adjuger le marché litigieux à Sogeti sera annulée.

Dans la mesure où la recourante est la seule soumissionnaire à avoir soumis une offre répondant complètement aux critères de recevabilité requis, étant précisé qu'il ressort du dossier de la recourante que M. MERCIER est « l'interlocuteur privilégié » et donc formellement « le chef de projet », qu'elle a été classée au deuxième rang suite à l'évaluation complète de son offre, et qu'elle est désormais la seule soumissionnaire encore en lice dans le cadre de la procédure d'adjudication, la chambre administrative, faisant usage du pouvoir de réforme conféré par l'art. 69 al. 3 LPA, lui adjugera le marché. En effet, toute autre décision, notamment un renvoi à l'intimé se heurterait au principe d'économie de procédure ainsi qu'à celui de célérité, lesquels doivent être pris en compte en matière de marchés publics (ATA/51/2015 du 13 janvier 2015 consid. 18), ce d'autant plus en l'espèce qu'une première procédure a déjà été annulée.

Le prononcé du présent arrêt au fond rend sans objet la requête de restitution de l'effet suspensif. 7)

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de Sogeti, tandis qu'aucun émolument ne sera mis à la charge des SIG, qui en sont dispensés de par la loi (art. 87 al. 1 2ème phr. LPA ; ATA/560/2015 du 2 juin 2015 consid. 19). En outre, une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée à la recourante, à concurrence de CHF 1'500.- à la charge des SIG et de CHF 500.- à celle de Sogeti (art. 87 al. 2 LPA).

- 21/22 - A/2476/2016

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.