

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2D 24/2017

Arrêt du 14 mai 2018

Ile Cour de droit public

Composition
MM. les Juges fédéraux Seiler, Président,
Donzallaz et Haag.
Greffier : M. Dubey.

Participants à la procédure
X. _____ SA,
représentée par Me Mohamed Mardam Bey, avocat,
recourante,

contre

Etat de Genève,
représenté par la Centrale Commune d'Achats,
intimé.

Objet
Marchés publics,

recours contre l'arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, du 25 avril 2017 (ATA/454/2017).

Faits :

A.

Le 22 mars 2016, X. _____ SA a déposé une offre répondant à la publication du 16 février 2016 par la Centrale commune d'achats de l'Etat de Genève d'un appel d'offres concernant l'acquisition du mobilier administratif destiné à l'aménagement de bureaux de différents services et entités publics de l'Etat. Selon les exigences écologiques prévues dans le cahier des charges, les meubles, stratifiés ou en mélamine, devaient être labellisés FSC recyclé ou FSC 100 %. À cet effet, un questionnaire écologique, accompagné notamment de certifications idoines, devait être rempli pour chaque lot. Celui-ci prévoyait certains critères «obligatoires et éliminatoires», parmi lesquels le label précité. L'appel d'offres pouvait faire l'objet d'un recours dans les dix jours après sa publication.

Par décision du 27 avril 2016, la Centrale commune d'achats a écarté l'offre de X. _____ SA de la procédure d'adjudication et de l'évaluation des offres. Celle-ci ne répondait pas aux exigences impératives du cahier des charges s'agissant des labels FSC. Pour le lot n° 2, la largeur de l'armoire vestiaire proposée ne respectait pas l'exigence requise. D'autres offres non conformes aux labels FSC requis ont également été écartées.

Le 9 mai 2016, X. _____ SA a recouru contre la décision du 27 avril 2016 auprès de la Cour de justice du canton de Genève. Par décision du 5 juillet 2016, l'effet suspensif au recours a été refusé.

Le 21 juillet 2016, la Centrale commune d'achats a adjudgé les lots n° 1 et n° 2 de l'appel d'offres à la société Y. _____ SA sise à A. _____ et le 26 juillet 2016 a indiqué qu'aucune offre conforme n'avait été déposée pour le lot n° 3.

Le 30 septembre 2016, X. _____ SA a informé la Cour de justice de l'inscription de la société adjudicataire et de son fournisseur de meubles sur une liste noire de l'association FSC Suisse. L'adjudicataire ne disposait pas, son fournisseur non plus, du label exigé pour les meubles proposés.

Le 10 octobre 2016, le juge délégué a tenu une audience de comparution personnelle des parties et d'enquêtes.

Le 15 décembre 2016, la Centrale commune d'achats a informé la Cour de justice que le contrat d'adjudication des lots n° 1 et n° 2 avait été signé entre l'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire.

B.

Par arrêt du 25 avril 2017, la Cour de justice du canton de Genève a rejeté le recours. Elle a renoncé aux auditions requises par X. _____ SA, parce qu'elles n'apporteraient pas d'éléments supplémentaires pertinents qui ne figuraient pas déjà dans le dossier. X. _____ SA n'avait pas contesté le contenu de l'appel d'offres s'agissant des labels exigés dans les dix jours qui ont suivi sa publication. Elle était forclosée sur ce point et son grief irrecevable. Elle n'avait pas fourni un label correspondant aux exigences de l'appel. Son offre devait par conséquent être éliminée, ce qui, du reste, avait aussi eu lieu pour les autres soumissionnaires qui ne remplissaient pas le critère du FSC recyclé ou FSC 100%. Compte tenu de l'élimination de X. _____ SA, il n'y avait pas lieu d'examiner les griefs dirigés contre l'adjudication du marché à la société adjudicataire ni les preuves produites à leur appui, qui étaient exorbitants du litige et par conséquent irrecevables. Les conclusions en indemnisation du préjudice devenaient sans objet.

C.

Agissant par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, X. _____ SA demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt attaqué, de dire que la décision de la Centrale commune d'achats du 27 avril 2016 a violé ses droits fondamentaux, de constater le caractère illicite de l'adjudication du 21 juillet 2016 de la Centrale commune d'achats au profit de Y. _____ SA et de renvoyer la cause à la Cour de justice pour décision sur la réparation du dommage qu'elle a subi ainsi que sur les frais et dépens de l'instance cantonale.

La Cour de justice du canton de Genève et la Commission de la concurrence renoncent à déposer des observations. La Centrale commune d'achats, sous la signature du Conseiller d'Etat en charge du Département des finances, conclut au rejet du recours.

Considérant en droit :

1.

1.1. L'arrêt attaqué est une décision finale (art. 90 LTF) qui concerne une cause de droit public (art. 82 let. a LTF) et émane d'un tribunal supérieur statuant en dernière instance cantonale, sans qu'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral ne soit ouvert (art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF). Il peut donc a priori faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, à condition que la cause ne tombe pas sous le coup de l'exception prévue à l'art. 83 let. f LTF, ce qui suppose que l'on soit en présence d'un marché public qui atteigne la valeur prévue au ch. 1 de cette disposition et que l'arrêt attaqué soulève une question juridique de principe (ch. 2). Ces deux conditions sont cumulatives (ATF 137 II 313 consid. 1.1.1 p. 315 s.; 133 II 396 consid. 2.2 p. 398 s.).

Or à cet égard, la recourante souligne à juste titre qu'elle ne formule aucune question juridique de principe. Il s'ensuit que c'est à bon droit qu'elle a déposé un recours constitutionnel subsidiaire, seul recevable dans ces conditions.

1.2. L'objet de la contestation porté devant le Tribunal fédéral est déterminé par l'arrêt attaqué. L'objet du litige, délimité par les conclusions des parties (art. 107 al. 1 LTF), ne saurait s'étendre au-delà de l'objet de la contestation. Par conséquent, devant le Tribunal fédéral, le litige peut être réduit, mais ne saurait être ni élargi, ni transformé par rapport à ce qu'il était devant l'autorité précédente, qui l'a fixé dans le dispositif de l'arrêt entrepris et qui est devenu l'objet de la contestation devant le Tribunal fédéral (ATF 142 I 155 consid. 4.4.2 p. 156; 136 II 457 consid. 4.2 p. 462 s.).

En l'espèce, l'Instance précédente a rejeté le recours déposé contre la décision rendue le 27 avril 2016 excluant X. _____ SA de la procédure d'adjudication. Au considérant 9 de l'arrêt attaqué, elle a jugé que les griefs dirigés par X. _____ SA contre la poursuite par l'autorité intimée de la procédure d'adjudication et contre l'adjudication à une société qui ne remplissait pas les critères exigés étaient exorbitants du litige et les a déclarés irrecevables ajoutant que, dans ces conditions, les conclusions en indemnisation du préjudice allégués par la recourante devenaient sans objet (consid. 9 de l'arrêt attaqué).

2.

A qualité pour former un recours constitutionnel quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (art. 115 LTF).

La recourante a formulé deux séries de griefs de droit constitutionnel, d'une part, un grief reprochant à l'instance précédente un déni de justice formel et, d'autre part, des griefs relatifs aux règles régissant la passation des marchés publics. La qualité pour recourir répond à des règles différentes dans les deux cas, raison pour laquelle il convient de procéder à un examen séparé de la qualité pour recourir.

2.1. Invoquant l'art. 29 al. 1 Cst., la recourante se plaint de déni de justice formel en ce que l'instance précédente s'est abstenue de statuer sur sa conclusion sur le caractère illicite de l'adjudication du 21 juillet 2016. Elle dispose à cet égard de la qualité pour recourir.

2.2. En matière de marchés publics, la partie qui dépose un recours constitutionnel subsidiaire dispose d'un intérêt juridique au sens de l'art. 115 let. b LTF lorsque le soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue aurait, en cas d'admission du recours, une chance réelle de remporter le marché, ce qui a été admis pour le soumissionnaire qui, classé en deuxième position, a des chances sérieuses de se voir attribuer le marché, ainsi que pour le soumissionnaire, devancé de peu par le deuxième, quand il n'apparaît pas clairement qu'en cas d'admission du recours, le classement resterait le même. Il en va différemment pour le soumissionnaire en quatrième position, sauf dans le cas où la différence entre les première et quatrième places est en termes absolus et relatifs minime. La qualité pour recourir a aussi été reconnue à celui qui conteste son exclusion de la procédure (ATF 141 II 14 consid. 4.1 p. 27 trad. JdT 2015 I 81 et les nombreuses références citées).

2.2.1. Le soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue conserve le droit d'obtenir un jugement en constatation du caractère illicite de l'adjudication qui ouvre la voie de l'action en dommages-intérêts. Or, selon la jurisprudence, l'action en dommages-intérêts suppose que, sans la conclusion du contrat, la partie recourante ait eu une réelle chance d'obtenir l'adjudication, à défaut de quoi l'illégalité de la décision ne peut être la cause du dommage. Il faut distinguer à cet effet selon les conclusions et les griefs de la partie recourante : le soumissionnaire classé en quatrième position qui conteste l'adjudication ou réclame l'interruption de la procédure, mais discute seulement la qualification ou le classement du premier, est privé de la qualité pour recourir parce que ses conclusions ne pourraient être accueillies même si ses critiques étaient fondées et que l'adjudication reviendrait au soumissionnaire classé deuxième. En revanche, celui qui discute la qualification ou le classement de ses trois devanciers a qualité pour recourir. Il n'est cependant pas question d'accorder l'adjudication à une offre qui ne satisfait pas aux exigences de qualification, raison pour laquelle celui qui a présenté une pareille offre est d'emblée dépourvu d'un intérêt digne de protection à obtenir l'annulation d'adjudication, à moins qu'il ne réclame un nouvel appel d'offres après invalidation de l'ensemble de la procédure, ce qui lui ouvrirait la possibilité de présenter éventuellement une nouvelle offre (ATF 141 II 14 consid. 4.6 p. 31 trad. JdT 2015 I 81 et les nombreuses références citées).

2.2.2. En se plaignant de violation du droit d'être entendu, de l'interdiction de l'arbitraire ainsi que de la violation du droit à l'égalité de traitement de la part de l'instance précédente aux fins d'exclure toutes les offres, également celles des deux soumissionnaires finalistes, Y. _____ SA et de Z. _____, défaillantes parce que ces dernières ne disposaient d'aucun des deux labels exigés dans l'appel d'offre, la recourante fait valoir en substance qu'un nouvel appel d'offres aurait pu et dû avoir lieu après invalidation de l'ensemble de la procédure par l'Instance précédente : cela lui aurait ouvert la possibilité de présenter éventuellement une nouvelle offre. Elle a par conséquent qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral sous cet angle pour autant que son grief de déni de justice formel relatif à la conclusion tendant au constat d'illicéité de la décision d'adjudication soit admis, ce qu'il faut examiner en premier lieu.

3.

Invoquant l'art. 29 al. 1 Cst., la recourante se plaint de déni de justice formel.

3.1. Aux termes de l'art. 29 al. 1 Cst., toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. Il y a déni de justice formel lorsqu'une autorité n'applique pas ou applique d'une façon incorrecte une règle de procédure, de sorte qu'elle ferme l'accès à la justice au particulier qui, normalement, y aurait droit.

L'autorité qui se refuse à statuer, ou ne le fait que partiellement, viole l'art. 29 al. 1 Cst. (cf. ATF 141 I 172 consid. 5 p. 181 et les références citées; arrêts 2C 658/2016 du 25 août 2016 consid. 3.3; 2C 601/2010 du 21 décembre 2010 consid. 2). Le Tribunal fédéral examine librement le point de savoir s'il y a déni de justice formel. Par contre, il n'examine que sous l'angle de l'arbitraire l'interprétation et l'application des dispositions de droit cantonal topiques (ATF 135 I 6 consid. 2.1 p. 9). Devant le Tribunal fédéral, les droits garantis par l'art. 29 al. 1 Cst. en la matière sont concrétisés par l'art. 94 LTF (par l'art. 117 LTF) selon lequel le recours est recevable si, sans en avoir le droit, la juridiction saisie s'abstient de rendre une décision sujette à recours ou tarde à le faire.

3.2. En l'espèce, le 9 mai 2016, la recourante a déposé un mémoire de recours qui demandait à l'instance précédente, notamment, d'accorder l'effet suspensif et, sur le fond, d'annuler la décision attaquée en tant qu'elle excluait X. _____ SA de la procédure d'adjudication des lots 1 et 3 de l'appel d'offres public et de la réintégrer dans la procédure d'adjudication. Le 25 juillet 2016, la recourante s'est adressée à l'instance précédente pour déplorer la décision du 5 juillet 2016 de celle-ci de refuser l'effet suspensif et pour souligner qu'une décision d'adjudication qui serait rendue dans semblables conditions ne pouvait être qu'illicite et entraîner la responsabilité de l'autorité intimée. Le 26 juillet 2016, l'adjudication des marchés de travaux en cause a eu lieu. Le 9 août 2016, la recourante s'est une nouvelle fois adressée à l'instance affirmant en substance que l'adjudication du lot n° 1 usurpait le label FSC recyclé. Enfin, le 12 décembre 2016, dans un mémoire intitulé "conclusions après enquêtes", elle a formulé notamment les conclusions suivantes "2. constater le caractère illicite de l'adjudication du 21 juillet de la Centrale Commune d'achats au profit de Y. _____ SA et 3. condamner la Centrale Commune d'achats à verser un dédommagement de CHF 10'000. - avec intérêts à 5% dès le 28 avril 2016 à X. _____ SA".

3.3. Il ressort de l'arrêt attaqué (consid. 9) que l'instance précédente a déclaré irrecevables les griefs de la recourante portant sur l'adjudication du marché à la société adjudicataire et les preuves produites à leur appui parce qu'ils se révélaient exorbitants du litige et considéré, dans ces circonstances, que les conclusions en indemnisation du préjudice allégués par la recourante devenaient sans objet.

En affirmant que les conclusions en indemnisation du préjudice devenaient sans objet, l'instance précédente montre qu'elle a parfaitement compris que la recourante avait valablement déposé devant elle des conclusions dirigées contre la décision d'adjudication du 26 juillet 2016, que ce soit par son écriture du 21 juillet 2016, certes prématurée mais néanmoins admissible, sous peine de violation de l'interdiction du formalisme excessif, dès lors qu'il ne faisait aucun doute après le refus d'accorder l'effet suspensif que la décision d'adjudication serait rendue à bref délai envers et contre les griefs formulés par la recourante dans son recours du 9 mai 2016 (cf. arrêt A.415/1987 du 30 septembre 1988 consid. 2), ou que ce soit par son écriture du 9 août 2016 (avant l'expiration du délai de recours contre la décision du 26 juillet 2016), d'autant que dites conclusions ont été clairement rappelées dans le mémoire du 12 décembre 2016.

Il s'ensuit que l'instance précédente n'était pas en droit de limiter l'objet de la contestation à la décision d'exclusion du 27 avril 2016 puisque la décision du 26 juillet 2016 a été rendue avant qu'elle ne rende l'arrêt attaqué et que la recourante l'avait également saisie de conclusions dirigées contre la décision d'adjudication du 26 juillet 2016. Dans ces conditions, il est vrai, particulières, l'instance précédente ne pouvait pas prendre acte de l'existence de la conclusion en indemnisation du préjudice et la déclarer sans objet alors même que la condition sine qua non de dite conclusion résidait dans la conclusion préalable tendant à ce que la décision d'adjudication du 26 juillet 2016 soit déclarée illicite, conclusion sur laquelle elle n'a purement et simplement pas statué. Le grief de déni de justice formel est admis et conduit à constater que la recourante dispose de la qualité pour recourir non seulement contre la décision d'exclusion mais également contre la décision d'adjudication (cf. consid. 2.2.2 in fine). Il convient par conséquent d'examiner les autres griefs.

4.

Invoquant les art. 9 et 29 al. 2 Cst., la recourante se plaint de la violation de son droit d'être entendue et d'appréciation arbitraire des preuves dans l'examen par l'instance précédente du grief de violation du droit à l'égalité de traitement tendant à l'arrêt de la procédure d'adjudication, dont cette dernière a affirmé, tour à tour, qu'il n'avait pas été violé (arrêt attaqué, consid. 8) puis qu'il était irrecevable (arrêt attaqué, consid. 9).

4.1. Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa

situation juridique, d'avoir accès au dossier, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, 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 142 III 48 consid. 4.1.1 p. 52 ss; 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 298 s. et les arrêts cités). L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 298 s. et les arrêts cités).

4.2. En substance, l'instance précédente a jugé en premier lieu que le pouvoir adjudicateur n'avait pas violé le droit en considérant que l'offre de la recourante n'était pas conforme à l'appel d'offres et qu'elle pouvait être éliminée sans évaluation pour ce motif, ajoutant qu'il n'avait pas non plus violé le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires (arrêt attaqué, consid. 8 in fine). Elle a ensuite déclaré irrecevables les griefs, notamment de violation du droit à l'égalité de traitement, portant sur l'adjudication du marché à l'adjudicataire qui, de l'avis de la recourante, ne remplissait pas les critères exigés ainsi que les preuves produites à leur appui (arrêt attaqué, consid. 9).

4.3. Les griefs de la recourante doivent être admis. En effet, de deux choses l'une :

- soit l'instance précédente entendait ne pas entrer en matière sur le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires (arrêt attaqué, consid. 9). Dans cette hypothèse, elle devait s'abstenir de juger au considérant 8 in fine de l'arrêt attaqué que le pouvoir adjudicateur n'avait pas non plus violé le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires.

- soit l'instance précédente entendait entrer en matière sur le grief de violation du droit à l'égalité de traitement entre soumissionnaires et le rejeter, ce qu'elle a du reste fait (arrêt attaqué, consid. 8 in fine). Dans cette hypothèse toutefois, elle devait donner suite aux offres de preuves de la recourante en relation avec le grief d'égalité de traitement entre soumissionnaires. Les preuves dûment offertes étaient en effet pertinentes puisqu'elles avaient pour but de démontrer que les offres des autres soumissionnaires, en particulier celles des deux soumissionnaires finalistes, Y. _____ SA et de Z. _____, n'étaient, à l'instar de la sienne, pas conformes au cahier des charges s'agissant du respect des labels FSC exigés.

Par conséquent, en affirmant, sans donner suite aux offres de preuve pertinentes de la recourante, que le pouvoir adjudicateur n'avait pas violé le droit à l'égalité entre soumissionnaires quant aux respects des exigences du cahier des charges en matière de labels FSC, l'instance précédente a violé le droit d'être entendu de cette dernière.

4.4. Le droit d'être entendu étant une garantie constitutionnelle de nature formelle ancrée à l'art. 29 al. 2 Cst., dont la violation entraîne l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (cf. ATF 135 I 279 consid. 2.6.1 p. 285), il n'est pas nécessaire d'examiner les autres griefs de la recourante.

5.

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours et à l'annulation de l'arrêt attaqué. La cause est renvoyée à l'instance précédente pour instruction complémentaire et nouvelle décision tenant compte de ce que le pouvoir adjudicateur a déjà passé les contrats de fourniture en relation avec le marché public en cause. Les frais de la procédure fédérale sont mis à la charge du canton de Genève dont l'intérêt patrimonial est en cause et qui a succombé dans l'exercice de ses attributions officielles (art. 66 al. 1 et 4 LTF). Obtenant gain de cause avec l'aide d'un mandataire professionnel, la recourante a droit à une indemnité de dépens à charge du canton de Genève (art. 68 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est admis et l'arrêt rendu le 25 avril 2017 par la Cour de justice du canton de Genève est annulé. La cause lui est renvoyée pour instruction complémentaire et nouvelle décision au sens des considérants.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'500 fr., sont mis à la charge du canton de Genève.

3.

Le canton de Genève est condamné à verser à la recourante une indemnité de dépens, arrêtée à 2'500 fr.

4.

Le présent arrêt est communiqué au mandataire de la recourante, au canton de Genève par sa Centrale commune d'achats et à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative.

Lausanne, le 14 mai 2018

Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Seiler

Le Greffier : Dubey