

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

2C\_203/2013  
{T 0/2}

Arrêt du 25 mars 2013  
Ile Cour de droit public

Composition  
MM. et Mme les Juges fédéraux Zünd, Président,  
Aubry Girardin et Kneubühler  
Greffier: M. Dubey.

Participants à la procédure  
X. \_\_\_\_\_ SA,  
représentée par Me Christian Lüscher, avocat,  
recourante,

contre

Etat de Genève, représenté par la centrale commune d'achats.

Objet  
Marché public; demande de restitution de l'effet suspensif,

recours contre la décision de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre administrative, du 19 février 2013.

Considérant en fait et en droit:

1.

En novembre 2012, la centrale commune d'achats (ci-après: la centrale d'achats) du canton de Genève a lancé un appel d'offres public dans le but de rechercher trois fournisseurs pour des déménagements de petite et moyenne importance, la procédure d'appel devant aboutir à la conclusion d'un contrat avec chacun des trois adjudicataires d'une durée initiale de trois ans prolongeable au maximum pour cinq ans. Six entreprises ont déposé une offre.

2.

Par décision du 22 janvier 2013, la centrale d'achats a écarté l'offre de X. \_\_\_\_\_ SA, au motif que l'attestation relative à l'imposition à la source n'avait pas été produite par la soumissionnaire. L'offre de cette dernière était écartée sans être évaluée.

Le 23 janvier 2013, X. \_\_\_\_\_ SA a déposé une demande de reconsidération.

Le 4 février 2013, X. \_\_\_\_\_ S.A. a recouru contre la décision du 22 janvier 2013 auprès de la Cour de justice du canton de Genève, en concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif et principalement, à l'annulation de la décision entreprise. La cause devait être renvoyée à l'Etat de Genève, afin que celui-ci examine son offre. Invitée à se déterminer sur effet suspensif par la Cour de justice, la centrale d'achats a répondu le 18 février 2013 en concluant au rejet de la demande.

3.

Par décision du 19 février 2013, la Cour de justice a rejeté la demande d'effet suspensif de X. \_\_\_\_\_ SA, au motif, en substance, qu'il était difficile de supputer les chances de succès d'un recours, mais qu'en l'espèce, X. \_\_\_\_\_ SA ne contestait pas ne pas avoir produit l'attestation en question, alors que, quelques jours plus tard, mais après la séance d'ouverture des offres du 16 janvier 2013, elle avait, à l'appui de sa demande en reconsidération du 23 janvier 2013, fourni toutes explications utiles à ce sujet. Restituer l'effet suspensif au recours équivaldrait de fait à donner gain de cause à la recourante sur le fond du litige en revenant sur la décision l'ayant écartée de la procédure, en lui accordant un délai supplémentaire pour compléter son dossier, au mépris du

principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et du principe de transparence. Enfin, l'intérêt public prépondérant allégué par l'Etat concernant la nécessité d'adjuger un marché pour que les déménagements nécessaires soient effectués en temps utile dans les différents services de l'administration devait primer l'intérêt privé de la recourante à obtenir le marché.

4.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public, X.\_\_\_\_\_ SA demande au Tribunal fédéral d'annuler la décision rendue le 19 février 2013. Elle se plaint de la violation de son droit d'être entendue ainsi que de l'application arbitraire du droit cantonal. Elle demande l'effet suspensif et des mesures provisionnelles tendant à interdire au pouvoir adjudicateur de sélectionner plus de deux soumissionnaires.

Par ordonnance du 28 février 2013, la Chancellerie de la IIe Cour de droit public a imparti un délai au 15 mars 2013 à la Cour de justice et à la centrale d'achats pour déposer leurs observations sur recours et précisé que, jusqu'à décision sur la requête d'effet suspensif, aucune mesure d'exécution de la décision attaquée ne pourra être prise.

La Cour de justice a renoncé à déposer des observations.

Par courrier du 6 mars 2013, la centrale d'achats a indiqué au Tribunal fédéral que l'avis d'adjudication avait été publié le 5 mars 2013 dans la FAO après une requête adressée à l'organe de publication le 28 février 2013, date à laquelle elle n'avait pas encore pris connaissance de l'ordonnance du Tribunal fédéral rendue le même jour. Les trois décisions d'adjudication avaient en outre été adressées en format papier par courrier ordinaire aux trois soumissionnaires le 1er mars 2013. Elle précisait toutefois qu'elle n'entreprendrait aucune démarche avec le troisième adjudicataire jusqu'à décision sur la requête d'effet suspensif et de mesures provisionnelles.

Par courrier du 8 mars 2013, la recourante a déposé une demande de mesures superprovisionnelles tendant à interdire à la centrale d'achats de contracter avec davantage que deux des trois soumissionnaires sélectionnés en l'état jusqu'à droit connu sur mesures provisionnelles demandées dans le recours auprès du Tribunal fédéral.

Par courrier du 15 mars 2013, la centrale d'achats s'est déterminée sur le recours.

5.

5.1 L'arrêt attaqué se limite à la question de l'effet suspensif du recours interjeté devant la Cour de justice. Il s'agit donc d'une décision incidente, qui ne met pas un terme à la procédure. Une telle décision peut faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral notamment si elle peut causer au recourant un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF ainsi que 117 LTF), par quoi on entend un dommage de nature juridique qui ne peut pas être réparé ultérieurement par un jugement final ou une autre décision favorable au recourant (ATF 137 IV 172 consid. 2.1 p. 173; 135 II 30 consid. 1.3.4 p. 36; 134 III 188 consid. 2.1 p. 190 et les références).

En l'espèce, la décision incidente qui refuse l'effet suspensif est susceptible de causer un dommage irréparable. En effet, une fois le contrat conclu, l'autorité de recours ne peut plus constater que le caractère illicite de la décision de l'adjudicateur (art. 18 al. 2 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics des 25 novembre 1994 et 15 mars 2001, [AIMP; RSGE L 6 05]) et le soumissionnaire évincé ne peut plus faire valoir que des dommages-intérêts négatifs (art. 3 de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'AIMP [L-AIMP; RSGE L 6 05.0]).

5.2 Le recours en matière de droit public n'est pas ouvert contre les décisions en matière de marchés publics si la valeur estimée du mandat à attribuer est 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 et si elles ne soulèvent pas une question juridique de principe (art. 83 let. f LTF). Il appartient à la partie recourante de démontrer que les deux conditions cumulatives sont réunies (art. 42 al. 2 LTF; cf. ATF 133 II 396 consid. 2.2 p. 398 s.). La recourante a démontré que le seuil du marché en cause dépassait 230'000 fr. (cf art. 6 al. 1 let. b de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics [LMP: RS 172.056.1]). Elle soutient en outre que le recours pose une question de principe dès lors que la mise à l'écart de la procédure d'adjudication a pour motif non pas un document fautivement manquant, mais un document que la recourante ne pouvait pas produire sans faute de sa part.

Il n'est cependant pas nécessaire de trancher le point de savoir si c'est la voie du recours en matière de droit public qui est ouverte du moment que seule peut être invoquée la violation des droits constitutionnels contre une décision incidente (art. 98 LTF) et que la recourante invoque les droits garantis par les art. 9 et 29 Cst.

Il s'ensuit que le recours est recevable.

5.3 Il ne ressort pas de la décision attaquée que l'appel d'offres tendait à la sélection de trois soumissionnaires pour procéder à des déménagements de petite et moyenne importance ni que quatre entreprises ont déposé des offres formellement recevables. Ces faits figurent toutefois dans les observations sur l'effet suspensif déposées par l'intimée en procédure cantonale. La décision attaquée renvoie à ces observations et se fonde implicitement sur ces données, de sorte qu'il y a lieu d'admettre qu'elles résultent de cette décision. On peut donc en tenir compte (cf. art. 99 al. 1 LTF).

6.

Invoquant l'art. 9 Cst., la recourante soutient que la décision attaquée est arbitraire dans sa motivation et dans son résultat.

6.1 Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité; il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat (ATF 138 I 305 consid. 4.3 p. 319).

6.2 L'instance précédente a jugé qu'accorder l'effet suspensif au recours en procédure cantonale reviendrait à donner gain de cause sur le fond à la recourante. Cette position est insoutenable comme l'expose à juste titre la recourante du moment que les conséquences précises de l'octroi de l'effet suspensif n'ont pas été décrites, qu'aucune décision d'adjudication n'avait encore été prise ni à l'égard de la recourante ni du reste à l'égard des autres soumissionnaires et que l'octroi de l'effet suspensif ne vaut pas adjudication.

6.3 L'instance précédente a jugé que l'intérêt public à ce que les déménagements nécessaires soient effectués en temps utile l'emportait sur l'intérêt privé de la recourante. Comme le dénonce la recourante, cette pesée des intérêts est arbitraire. En effet, elle ne tient pas compte de ce que le marché a pour objet l'adjudication de services de déménagement à trois entreprises. Il s'ensuit qu'accorder l'effet suspensif à la recourante en procédure cantonale n'empêchait pas l'autorité intimée d'adjuger les deux premiers marchés à deux entreprises les mieux classées hormis la recourante aux fins de sauvegarder les intérêts de l'Etat. Ce faisant, l'intérêt public à ce que les déménagements nécessaires aient lieu ne pouvait plus être qualifié de prépondérant au regard de l'intérêt privé économique de la recourante.

6.4 Enfin, l'instance précédente expose qu'il est difficile de supputer les chances de succès d'un recours, mais qu'en l'espèce, X. \_\_\_\_\_ SA ne contestait pas ne pas avoir produit l'attestation en question, alors que, quelques jours plus tard, mais après la séance d'ouverture des offres du 16 janvier 2013, cette même entreprise avait, à l'appui de sa demande en reconsidération du 23 janvier 2013, fourni toutes explications utiles à ce sujet. Ce faisant, l'Instance précédente n'expose pas en quoi le recours cantonal serait dénué de chance de succès sur la question de savoir si l'absence de production non fautive d'une attestation fiscale doit effectivement être sanctionnée par l'irrecevabilité de l'offre. Elle se borne à exposer les faits. La recourante n'a par conséquent pas à formuler de grief à l'encontre d'un énoncé de fait qui n'est du reste pas contesté.

6.5 Le grief d'arbitraire étant bien-fondé, il n'est pas nécessaire d'examiner la violation alléguée de l'art. 29 Cst.

7.

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours et à l'annulation de la décision attaquée. Les demandes d'effet suspensif et de mesures (super-)provisionnelles formulées devant le Tribunal fédéral sont devenues sans objet. La cause est renvoyée à la Cour de justice pour qu'elle accorde l'effet suspensif au recours cantonal et se prononce sur le fond. L'autorité intimée, qui succombe, doit supporter les frais de la présente procédure (art. 66 al. 1 LTF). Elle versera en outre une indemnité à titre de dépens à la recourante, qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un

avocat (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est admis.

2.

La décision du 19 février 2013 de la Cour de justice du canton de Genève est annulée.

3.

La cause est renvoyée à la Cour de justice du canton de Genève pour qu'elle accorde l'effet suspensif au recours cantonal et se prononce sur le fond.

4.

Les frais de justice arrêtés à 1'500 fr. sont mis la charge de la centrale commune d'achats du canton de Genève.

5.

Une indemnité de dépens de 2'000 fr. à charge de la centrale commune d'achats du canton de Genève est allouée à la société X. \_\_\_\_\_ SA.

6.

Le présent arrêt est communiqué au mandataire de la recourante, à l'Etat de Genève, représenté par la centrale commune d'achats, et à la Cour de justice du canton de Genève, Chambre administrative.

Lausanne, le 25 mars 2013

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

Le Président: Zünd

Le Greffier: Dubey