Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2C 710/2012

Arrêt du 7 décembre 2012
IIe Cour de droit public

Composition
MM. les Juges fédéraux Zünd, Président,
Donzallaz et Stadelmann.
Greffier: M. Dubey.

Participants à la procédure
X._____ SA,
représentée par Me Olivier Bastian, avocat,
recourante,

contre

1. Y._____ SA,
2. Z._____,
représentés par Me Pierre Martin-Achard, avocat,
intimés.

Objet
Marchés publics, location de services,

recours contre l'arrêt de la Cour de justice du canton
de Genève, Chambre administrative, du 12 juin 2012.

Considérant en fait et en droit:

1.
Le 24 mars 2011, Z._____ (ci-après: l'adjudicateur) ont lancé un appel d'offres en procédure ouverte, portant sur des prestations dispensées par des sociétés spécialisées dans le domaine informatique et comportant deux lots. Le premier consistait en la mise à disposition de ressources humaines pour des activités de déploiement du parc informatique, le deuxième en la mise à disposition de ressources humaines pour des activités de centrale d'appels, les deux prestations portant sur environ 504 jours ouvrés par année. Les soumissionnaires pouvaient répondre pour un ou deux lots. La durée du marché envisagée était de cinq ans à partir du mois de septembre 2011.
Le 22 juin 2011 a eu lieu l'ouverture des quatorze offres déposées pour le lot 2, notamment celles de Y._____ SA et de X._____ SA. Le 18 août 2011, l'adjudicateur a fait savoir à X._____ SA qu'elle avait obtenu le deuxième rang et que le lot 2 avait été attribué à Y._____ SA.
Le 29 août 2011, X._____ SA a interjeté un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève. Elle soutenait notamment que Y._____ SA ne disposait pas de l'autorisation de bailleurs de service au sens de l'art. 12 de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE; RS 823.11).
Y._____ SA a répondu au recours par courrier du 12 septembre 2011. L'adjudicateur a fait de même par mémoire du 7 novembre 2011. Il y a exposé les motifs pour lesquels le marché en cause n'était, selon lui, pas

soumis à la loi fédérale sur la location de services. Dans sa réplique, X._____ SA a sollicité l'audition de trois cadres de Z._____ aux fins de démontrer que ces derniers ne paieraient pas les jours où les techniciens ne seraient pas présents. Elle a également réfuté point par point et de manière détaillée la position de l'adjudicateur à propos de l'application de la loi fédérale sur la location de services.
Le 7 novembre 2011, l'adjudicateur a informé la Cour de justice que le contrat avait été signé avec Y._____ SA le 21 septembre 2011.

2.
Par arrêt du 12 juin 2012, la Cour de justice a rejeté le recours de X._____ SA. A propos de l'autorisation de l'art. 12 LSE, elle a écrit que " les intimées ont démontré que le marché ne portait pas sur la location de services et qu'une autorisation exigée par cette loi n'était pas requise. Le fait que Y._____ ne soit pas au bénéfice d'une telle autorisation est ainsi sans pertinence et ce grief sera écarté. "

3.
Agissant par la voie du recours en matière de droit public et celle du recours constitutionnel subsidiaire, X._____ SA demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, de réformer l'arrêt rendu le 12 juin 2012 par la Cour de justice du canton de Genève en ce sens que la décision d'adjudication du lot 2 est illicite, de lui allouer une indemnité de 20'000 fr. à titre de réparation du dommage, subsidiairement de renvoyer la cause pour nouvelle décision au sens des considérants. Elle se plaint notamment de la violation de son droit d'être entendue garanti par l'art. 29 al. 2 Cst.
La Cour de justice se réfère à son arrêt. Y._____ SA et Z._____ concluent au rejet du recours.

4.
Selon l'art. 83 let. f LTF, le recours en matière de droit public n'est recevable qu'à des conditions restrictives en matière de marchés publics. Il faut cumulativement que la valeur estimée du mandat à attribuer ne soit pas inférieure aux seuils déterminants de la LMP ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68) et que le recours soulève une question juridique de principe (art. 42 al. 2 LTF; cf. ATF 133 II 396 consid. 2.2 p. 398 s.). Il n'est pas certain que la clause d'exclusion de l'art. 83 let. f LTF trouve bien application. Cette question peut toutefois demeurer ouverte. En effet, le recours en matière de droit public peut être formé pour violation du droit fédéral y compris les droits fondamentaux (art. 95 let. a LTF), tandis que le recours constitutionnel subsidiaire est ouvert contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89 (art.113 LTF) et ne peut être formé que pour violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF).
Comme la cause fait l'objet d'un grief d'ordre constitutionnel portant sur la violation du droit d'être entendu qui est un droit fondamental de nature formelle (art. 95 LTF), il n'est pas nécessaire de qualifier la voie de droit ouverte en l'espèce, le Tribunal fédéral disposant du même pouvoir de cognition dans les deux voies de droit.

5.
Invoquant l'art. 29 al. 2 Cst., la recourante se plaint du défaut de motivation de l'arrêt attaqué et du refus de procéder à l'audition de témoins.

5.1 Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. implique notamment pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision. Selon la jurisprudence, il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Il n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 137 II 266 consid. 3.2 p. 270; 136 I 229 consid. 5.2 p. 236). Se fondant sur des jurisprudences rendues dans divers domaines, la doctrine défend avec raison la nécessité d'une motivation circonstanciée notamment lorsque les faits sont complexes, lorsque l'exercice d'un large pouvoir d'appréciation exige l'examen de nombreuses conditions factuelles ou encore lorsque les questions de droit sont difficiles à juger ou enfin lorsque la question litigieuse constitue une atteinte importante à la situation juridique des parties (ATF 104 Ia 201 consid. 5g p. 214; RENÉ WIEDERKEHR, Die Begründungspflicht nach

Art. 29 Abs. 2 BV und die
Heilung bei Verletzung, ZBl 8/2010, p. 481 ss, p. 485 ss; MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Berne 2000, p. 427 s.; LORENZ KNEUBÜHLER, Die Begründungspflicht, Berne 1998, p. 31 ss et la jurisprudence citée).

5.2 En l'espèce, il n'est pas contesté que l'appel d'offres en cause n'évoquait nullement la question de la soumission du marché public à la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services. Cette question n'a été soulevée qu'en procédure de recours devant la Cour de justice. Ce n'est que dans sa réponse au recours que le pouvoir adjudicateur a exposé son opinion sur l'éventuelle soumission du marché public à la loi fédérale en passant en revue les conditions posées par la jurisprudence. Cette position a fait l'objet de critiques, d'objections et d'offres de preuves supplémentaires de la part de la recourante dans sa réplique, qui n'ont pas été discutées par l'instance judiciaire précédente. Aux fins de défendre ses conclusions, la recourante s'est par conséquent trouvée dans la situation d'exposer directement devant le Tribunal fédéral - qui se trouve ainsi indûment dans la situation d'une première instance - une nouvelle fois l'ensemble de sa position sans savoir en quoi ni pour quelles raisons ses critiques étaient écartées par le Tribunal supérieur de dernière instance cantonale (art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF). La complexité des questions de droit - dont la difficulté ressort notamment d'un arrêt du
Tribunal fédéral dans une cause similaire (2A.425/2006 du 30 avril 2007 consid. 5) - ainsi que celle des faits déterminants au vu du droit applicable exigeaient de l'instance précédente qu'elle entre dans le détail des arguments et objections des parties. Dans la mesure enfin où l'art. 22 al. 5 LSE sanctionne le défaut d'autorisation nécessaire par la nullité du contrat de location de services, l'instance précédente ne pouvait pas, sans violer l'art. 29 al. 2 Cst., se contenter de renvoyer à la prise de position d'une partie au litige, dont la position était largement critiquée par la recourante. Elle devait développer une motivation circonstanciée sur la question de l'application de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services. Pour ces motifs et également parce que la recourante a requis à juste titre l'audition de témoins, la violation du droit d'être entendu en l'espèce ne saurait être guérie en procédure de recours devant le Tribunal fédéral, ce qui n'est possible que de manière exceptionnelle.

6.
Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours, à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de la cause à l'instance précédente pour instruction complémentaire de la cause et nouvelle décision au sens des considérants.
Succombant, Z._____, dont l'intérêt patrimonial est en cause, et Y._____ SA doivent, solidairement entre eux, supporter un émolument judiciaire (art. 66 al. 1 et 4 LTF) et verser une indemnité de dépens à la recourante, qui a obtenu gain de cause avec l'aide d'un mandataire professionnel (art. 68 al. 2 LTF). Ils n'ont pas droit à de dépens (art. 68 al. 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est admis.

2.
L'arrêt rendu le 12 juin 2012 est annulé et la cause renvoyée à la Cour de justice du canton de Genève pour instruction complémentaire de la cause et nouvelle décision au sens des considérants.

3.
Les frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr., sont mis à la charge de Z._____ et de Y._____ SA solidairement entre eux.

4.
Une indemnité de dépens de 3'000 fr. à charge de Z._____ et de Y._____ SA solidairement entre eux est allouée à la société X._____ SA.

5.
Le présent arrêt est communiqué au mandataire de la recourante, à Y._____ SA, au mandataire de Z._____ et à la Cour de justice du canton de Genève, Chambre administrative.

Lausanne, le 7 décembre 2012

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

Le Président: Zünd

Le Greffier: Dubey