Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

2C 418/2014

Arrêt du 20 août 2014

IIe Cour de droit public

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

Participants à la procédure
A._____ SA,
représentée par Me Christian Lüscher, avocat,
recourante,

contre

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

C._____ SA,
représenté par Julien Pacot, avocat.

Objet
Marché public,

recours contre le jugement de la Cour de justice
de la République et canton de Genève,
Chambre administrative, du 29 avril 2014.

Faits :

A.
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.

B.
Par décision du 22 janvier 2013, la centrale d'achats a écarté l'offre de A._____ 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, en application de l'art. 42 al. 1 let. a et al. 3 du règlement genevois du 17 décembre 2007 sur la passation des marchés publics (RMP/GE; RSGE L 6 05.01).

Le 23 janvier 2013, à réception de la décision de la centrale d'achats, A.B._____ SA a fait parvenir à celle-ci l'attestation démontrant que l'impôt à la source avait été régulièrement payé en 2011 par l'ancienne société A.A._____ SA (ci-après : ancienne A.A._____ SA), devenue depuis le 24 août 2011 D._____ SA. Deux nouvelles filiales de cette dernière avaient été créées et inscrites au registre du commerce le 23 septembre 2011, soit A._____ SA et E._____ SA. Les impôts à la source concernant les salaires versés en 2012 par A._____ SA ne seraient déclarés que fin janvier 2013 à l'Administration fiscale vaudoise. Les salaires versés en 2011 avaient été comptabilisés dans l'ancienne société, devenue D._____ SA. Il lui avait donc été impossible de joindre au dossier l'attestation requise. En conséquence, elle demandait la reconsidération de la décision d'exclusion de son offre. Par courrier du 31 janvier 2013, la centrale d'achats a refusé d'entrer en matière sur la demande en reconsidération.

Le 4 février 2013, A._____ SA a recouru contre la décision 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. Par décision du 19 février 2013, la Cour de justice a refusé d'accorder l'effet suspensif. Cette décision a été annulée par l'arrêt 2C 203/2013 du Tribunal fédéral du 25 mars 2013 et la cause renvoyée à la Cour de justice du canton de Genève qui a accordé l'effet suspensif le 28 mars 2013.

C.
Par arrêt du 29 avril 2014, notifié le 7 mai 2014, la Cour de justice du canton de Genève a rejeté le recours déposé par l'intéressée. Elle a rappelé qu'en application du droit cantonal et conformément à sa jurisprudence, confirmée par le Tribunal fédéral, elle se montrait stricte en matière d'attestations: l'autorité adjudicatrice pouvait attendre d'un soumissionnaire qu'il présente les documents requis. L'attestation du paiement de l'impôt à la source qui avait été exigée ne figurait pas dans l'offre de l'intéressée. Il n'y figurait pas non plus d'explications quant à l'absence de ce document, ni d'autre attestation valant moyen de preuve équivalent, au sens de l'art. 32 al. 4 RPM, celles-ci ayant été fournies après le délai de dépôt des offres. L'intéressée n'avait pas non plus profité de la possibilité offerte de poser une question à l'autorité adjudicatrice, conformément à la procédure prévue dans le cahier d'appel d'offres (point 5 d de l'appel d'offres).

D.
Agissant le 7 mai 2014 par la voie du recours en matière de droit public, A._____ SA demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt rendu le 29 avril 2014 par la Cour de justice du canton de Genève et de renvoyer la cause à l'instance précédente pour nouvelle décision au sens des considérants. Elle demande le prononcé de mesures superprovisionnelles ainsi que provisionnelles tendant à empêcher la centrale d'achats d'adjuger le marché à un troisième soumissionnaire et de contracter avec lui. Elle se plaint de la violation des art. 9 et 29 al. 2 Cst.

Par ordonnance du 8 mai 2014, le Président de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral a interdit à l'Etat de Genève d'adjuger le marché à un troisième soumissionnaire et de contracter avec lui, jusqu'à droit connu sur les mesures provisionnelles. S'agissant des mesures provisionnelles, l'instance précédente s'en remet à justice, tandis que la centrale d'achats conclut à leur rejet.

Le 6 juin 2014, dans le délai de recours, A._____ SA a complété son mémoire du 7 mai 2014. Elle se plaint, en plus des griefs déjà exposés, de la violation de l'art. 27 al. 1 Cst. et de l'application arbitraire du droit cantonal.

La Cour de justice et la centrale d'achats concluent au rejet du recours. C._____ SA, à qui le marché a été adjugé, s'en rapporte à justice. A._____ SA a déposé ses ultimes observations.

Considérant en droit :

1.

1.1. La cause relève du droit des marchés publics (art. 82 let. a et 83 let. f LTF) et l'arrêt attaqué 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, en principe, faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, à condition qu'il ne tombe pas sous le coup de l'une des exceptions prévues à l'art. 83 LTF. Selon l'art. 83 lettre f LTF, le recours en matière de droit public n'est recevable contre les décisions en matière de marchés publics qu'à la double condition que la valeur du mandat à attribuer soit supérieure ou égale aux seuils déterminants prévus à cet effet et que la décision attaquée soulève une question juridique de principe (ATF 135 II 49; 134 II 192 consid. 1.2 p. 194 s.; ATF 133 II 396 consid. 2.1 p. 398). Il incombe à la partie recourante, sous peine d'irrecevabilité, de démontrer la réalisation de ces deux conditions cumulatives (art. 42 al. 2 LTF; cf. ATF 138 I 143 consid. 1.1.2 p. 147; 133 II 396 consid. 2.2 p. 398 s.), ce qu'elle n'a pas fait, puisqu'elle n'a pas démontré l'existence d'une question juridique de principe. Son mémoire est ainsi
irrecevable comme recours en matière de droit public. Seul le recours constitutionnel subsidiaire est ouvert pour violation des droits constitutionnels. La recourante n'ayant soulevé que des griefs d'ordre constitutionnel, l'intitulé erroné de son mémoire ne lui nuit pas. Ce dernier doit être considéré comme un recours constitutionnel subsidiaire.

1.2. La recourante, qui a pris part à la procédure devant l'autorité précédente, a qualité pour recourir (art. 115 LTF) du moment que le pouvoir adjudicateur a déclaré qu'il procéderait à une nouvelle évaluation des offres une fois connu le sort de la procédure de recours (cf. arrêt attaqué, consid. 1b).

2.
Invoquant l'art. 29 al. 2 Cst., la recourante se plaint en premier lieu de la violation de son droit à une décision motivée.

2.1. Le Tribunal fédéral a déduit du droit d'être entendu, consacré par l'art. 29 al. 2 Cst., le devoir pour l'autorité de motiver sa décision, afin que le justiciable puisse en saisir la portée et, le cas échéant, l'attaquer en connaissance de cause (ATF 138 IV 81 consid. 2.2 p. 84); pour répondre à ces exigences, il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision; il n'est cependant pas tenu de discuter tous les arguments soulevés par les parties, mais peut se limiter à ceux qui, sans arbitraire, lui paraissent pertinents (ATF 138 I 232 consid. 5.1 p. 237; 137 II 266 consid. 3.2 p. 270; 136 I 229 consid. 5.2 p. 236).

2.2. En l'espèce, la recourante reproche à l'instance précédente d'avoir jugé que la réglementation valaisanne et a fortiori la jurisprudence de ce canton étaient différentes de celles appliquées dans le canton de Genève. Elle soutient en outre que l'instance précédente a violé l'obligation de motivation en se bornant à affirmer que rien ne venait soutenir la thèse d'un délai différent pour le dépôt des moyens de preuve équivalents de l'art. 32 al. 4 du règlement genevois du 17 décembre 2007 sur la passation des marchés publics (RMP/GE; RSGE L 6 05.01) alors qu'elle a développé en détail un grief sur ce point.

Le grief doit être rejeté. La recourante perd de vue que l'instance précédente a exposé en détail dans le considérant 5 de l'arrêt attaqué les motifs pour lesquels elle s'en tenait à une interprétation restrictive de la législation cantonale en matière d'attestation. Elle pouvait sans violer le droit à une décision motivée de la recourante affirmer dans la foulée qu'aucun élément ne permettait de retenir l'existence d'un délai différent pour le dépôt des moyens de preuve équivalents, pas même un examen de la solution légale et jurisprudentielle valaisanne, puisqu'elle était différente.

3.
Invoquant l'interdiction de l'arbitraire de l'art. 9 Cst. (sur la notion d'arbitraire : ATF 138 III 378 consid. 6.1 p. 379 s.; 137 I 1 consid. 2.4 p. 5), la recourante fait grief à l'instance précédente d'avoir confirmé la décision de la centrale d'achats d'écarter son offre, alors que le document requis ne pouvait pas être fourni, sans sa faute.

3.1. L'instance précédente a rappelé que, parmi les conditions pour être admis à soumissionner énumérées à l'art. 32 RMP/GE, figurait une attestation de l'autorité fiscale compétente justifiant que le soumissionnaire

s'est acquitté de ses obligations en matière d'impôt à la source (art. 32 al. 1 let. c RMP/GE). Elle a fait également état de l'art. 32 al. 4 RMP/GE selon lequel, si le soumissionnaire prouve que les documents exigés par l'autorité adjudicatrice n'existent pas à son siège, des moyens de preuve équivalents peuvent être acceptés. Puis elle a constaté que la recourante n'avait tout simplement pas produit d'attestation fiscale. Elle a jugé, en application des art. 42 al. 1 let. a RMP/GE, que l'offre pouvait être écartée d'office par la centrale d'achat lorsque, comme en l'espèce, le soumissionnaire avait rendu une offre incomplète ou non conforme aux exigences ou au cahier des charges.

3.2. La recourante soutient que seule l'absence fautive du document permet d'écarter l'offre d'un soumissionnaire. Toute autre solution, selon elle, choque le bon sens et l'équité, dès lors qu'elle revient à disqualifier d'emblée celui qui ne peut se conformer à l'impossible.

Il ressort des faits retenus par l'instance précédente qu'à peine reçue la décision de la centrale d'achats du 22 janvier 2013, la recourante a fait parvenir à celle-ci l'attestation démontrant que l'impôt à la source avait été régulièrement payé en 2011 par l'ancienne société A._____ SA, devenue depuis le 24 août 2011 D._____ SA. Elle expliquait en outre que deux nouvelles filiales de cette dernière avaient été créées et inscrites au registre du commerce le 23 septembre 2011, soit A._____ SA et E._____ SA, que les impôts à la source concernant les salaires versés en 2012 par A._____ SA ne seraient déclarés que fin janvier 2013 à l'Administration fiscale vaudoise et que les salaires versés en 2011 avaient été comptabilisés dans l'ancienne société, devenue D._____ SA.

La recourante ne prétend pas qu'elle n'aurait pas pu obtenir cette attestation de l'Administration fiscale cantonale ni présenter les explications fournies le 23 janvier 2013 avec l'attestation avant de déposer son offre. On ne saurait par conséquent suivre le raisonnement de la recourante qui est d'avis qu'elle ne pouvait se conformer à l'impossible. Elle a démontré elle-même, par le contenu de son courrier du 23 janvier 2013, qu'il n'était pas impossible de respecter l'obligation légale de l'art. 32 al. 1 let. c RMP. Le grief est rejeté.

Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire d'examiner les griefs tirés de la violation des art. 9 et 27 Cst. En effet, ces griefs n'ont de sens que s'il avait été impossible de fournir des explications ou de soumettre une alternative au jour de l'ouverture des offres, ce qui n'est pas le cas.

En confirmant l'exclusion de l'offre de la recourante pour défaut de production de l'attestation fiscale requise par l'art. 32 al. 1 let. c RMP/GE, l'instance précédente n'a pas violé l'interdiction de l'arbitraire.

4.
Invoquant l'interdiction du formalisme excessif, la recourante est d'avis que l'art. 32 RPM ne prévoit l'élimination de l'offre qu'en cas de non-production fautive d'un document, mais non pas lorsque c'étaient les documents équivalents ou alternatifs qui faisaient défaut. Ceux-ci pouvant être produits sur demande de la centrale d'achats, ou encore avant l'adjudication, sous peine de formalisme excessif.

4.1. Le formalisme excessif est un aspect particulier du déni de justice, prohibé par l'art. 29 al. 1 Cst., qui est réalisé lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (ATF 132 I 249 consid. 5 p. 253; 130 V 177 consid. 5.4.1 p. 183; 128 II 139 consid. 2a p. 142 et les arrêts cités). Il est conforme au but et à la nature de la procédure de marchés publics que la violation de certaines exigences de forme par un soumissionnaire puisse entraîner son exclusion du marché. Une telle conséquence ne se justifie toutefois pas en présence de n'importe quel vice. Il faut en particulier y renoncer lorsque celui-ci est de peu de gravité ou ne compromet pas sérieusement l'objectif visé par la prescription formelle violée (cf. arrêts 2C 197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.1; 2D 50/2009 du 25 février 2010, consid. 2.4 et les arrêts cités).

En application du principe d'intangibilité des offres, qui impose d'apprécier celles-ci sur la seule base du dossier remis, une exclusion ne devrait intervenir que si le vice apparaît intrinsèquement grave ou si sa gravité

découle du non-respect de conditions essentielles fixées dans l'avis d'appel d'offres ou dans la documentation y relative. Hormis le canton de Genève, qui a sur ce point développé une jurisprudence sévère - rappelée dans l'arrêt entrepris - en excluant d'emblée les offres incomplètes ou contenant des attestations périmées, la tendance semble aujourd'hui plutôt, dans les autres cantons, de fixer aux soumissionnaires un délai supplémentaire pour produire ou corriger les attestations défaillantes (arrêts 2C 197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.3; 2D 50/2009 du 25 février 2010, consid. 2.4 et les arrêts et la doctrine cités).

En matière de marchés publics, le Tribunal fédéral laisse certes à l'adjudicateur une grande latitude de jugement pour apprécier et comparer les offres en lice lors de l'attribution d'un marché et ne sanctionne que l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation (cf. ATF 125 II 86, consid. 6, p. 98 s). Mais une pareille retenue ne se justifie pas pour contrôler l'application des règles régissant la procédure sur les marchés publics, car celles-ci se prêtent mieux à un examen judiciaire que la phase d'adjudication du marché proprement dite, qui nécessite une évaluation globale des offres et la prise en compte de critères souvent techniques et conditionnés aux circonstances locales et aux besoins particuliers de l'adjudicateur. Il suffit dès lors, s'agissant de l'examen des règles de procédure en matière de marchés publics, que le Tribunal fédéral fasse preuve de la même retenue qu'il s'impose généralement, dans d'autres domaines du droit, lorsqu'il s'agit de tenir compte des circonstances locales ou trancher de pures questions d'appréciation (arrêt 2C_ 197/2010 du 30 avril 2010, consid. 6.4).

C'est en application de ces principes que, dans quelques rares cas, le Tribunal fédéral a annulé des arrêts cantonaux consacrant des solutions trop rigides ou formalistes (cf. arrêt 2P.339/2001 du 12 avril 2002, consid. 3 à 5) et qu'il a, le plus souvent, rejeté les recours formés contre des décisions jugées trop ou pas assez formalistes par les recourants (arrêt 2D 50/2009 du 25 février 2010; 2C 634/2008 du 11 mars 2009; 2P.148/2006 du 2 octobre 2006; 2P.176/2005 du 13 décembre 2005; 2P.114/2004 du 17 décembre 2004; 2P.161/2003 du 29 octobre 2003; 2P.5/2003 du 21 mars 2003; 2P.88/2002 du 12 août 2002). Dans quelques cas, enfin, il a annulé des décisions cantonales ayant fait abstraction des conditions énoncées dans l'appel d'offres au mépris des principes de l'intangibilité des offres, de la transparence ou de l'égalité entre concurrents (arrêts 2P.322/2006 du 14 août 2007; 2C 144/2009 du 15 juin 2009; 2P.164/2002 du 27 novembre 2003). Dans une affaire valaisanne, il a en particulier estimé que l'absence d'une attestation dûment exigée et propre à garantir pendant la durée du contrat l'aptitude du candidat à fournir des prestations conformes au cahier des charges constituait un manquement grave et devait conduire à l'exclusion
de l'offre incomplète, conformément aux conditions du marché qui avaient été précisées par l'adjudicateur (arrêt 2P.322/2006 du 14 août 2007; voir aussi, pour le non respect du délai de dépôt, arrêt 2D 50/2009 du 25 février 2010, consid. 2.4). Dans une autre affaire, il a jugé que violait tant l'art. 11 lit. a AIMP que le principe de l'égalité de traitement le fait de se contenter d'une liste de références pour les cinq dernières années et de renoncer au dépôt de photocopies de diplômes avec années d'expérience attestant de l'aptitude professionnelle du responsable de l'exécution des travaux et de ses collaborateurs (arrêt 2C 144/2009 du 15 juin 2009, consid. 5). Enfin, dans l'arrêt 2C 197/2010 du 30 avril 2010 concernant le canton de Genève, le Tribunal fédéral a confirmé la conformité à la Constitution de l'exclusion, en application des dispositions du RMP/GE, d'une offre accompagnée d'attestations de paiement des cotisations LPP qui visaient bien, dans leur intitulé, les sociétés soumissionnaires mais dont le libellé confirmait l'affiliation d'une société tierce. Il a jugé qu'en ne donnant pas l'occasion aux soumissionnaires de corriger des erreurs matérielles frappant les attestations exigées par l'art. 32 RMP/GE, le Tribunal
administratif avait certes interprété strictement le droit cantonal, ce qui était encore admissible parce que les conditions du marché indiquaient clairement que les offres incomplètes seraient écartées de la procédure sans autre avis et, en particulier, sans la possibilité d'être complétées. Il n'y avait donc pas de violation de l'interdiction du formalisme excessif dans ce cas-là.

4.2. En l'espèce, la recourante se plaint à tort de la violation du formalisme excessif. Dans la même ligne que celle de l'arrêt 2C 197/2010 du 30 avril 2010, il faut en effet constater que la recourante a déposé une offre qui n'était pas accompagnée de l'attestation fiscale pourtant requise par l'art. 32 al. 1 let. c RMP/GE, de sorte que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas se prononcer sur une condition de participation essentielle en se fondant uniquement sur le dossier remis par la recourante conformément au principe d'intangibilité de l'offre.

Du moment que le dossier ne contenait nullement l'attestation requise, la recourante ne peut tirer aucun argument de l'art. 40 RMP/GE selon lequel l'autorité peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre. Le principe de l'intangibilité de l'offre suppose à cet égard que des documents soient produits, qui, le cas échéant, nécessitent des explications.

Enfin, la recourante se prévaut en vain d'un arrêt du Tribunal fédéral 2P.93/2001 du 3 juillet 2001. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a jugé que le Tribunal administratif du canton de Genève avait constaté sans arbitraire que l'absence de production de l'attestation fiscale (impôt à la source) du siège de l'entreprise à U._____, mais seulement celle de sa succursale de V._____ avant l'ouverture des offres constituait d'une informalité sans conséquence sur l'adjudication. La recourante perd de vue d'une part que l'arrêt du 3 juillet 2001 concernait un recours contre le refus d'accorder l'effet suspensif et, d'autre part, qu'elle n'a pas produit d'attestation dans le délai requis par l'appel d'offre alors que, dans la cause 2P.93/2001, une attestation avait bien été produite.

En confirmant l'exclusion de l'offre de la recourante pour défaut de production de l'attestation fiscale requise par l'art. 32 al. 1 let. c RMP/GE, l'instance précédente n'a pas violé l'interdiction du formalisme excessif.

5.
Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours, considéré comme recours constitutionnel subsidiaire. La demande de mesures provisionnelles n'a plus d'objet. Succombant, la recourante est condamnée à payer un émolument de justice (art. 66 al. 1 LTF). Il n'est pas alloué de dépens (art. 68 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.
Le recours, considéré comme recours constitutionnel subsidiaire, est rejeté.

2.
Les frais de justice, arrêtés 2'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.
Le présent arrêt est communiqué au mandataire de la recourante, à l'Etat de Genève, représenté par la centrale commune d'achats, à C._____ SA et à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative.

Lausanne, le 20 août 2014

Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le Président : Le Greffier :

Zünd Dubey