

GE_GERICHTE ATA/134/2012 vom 13. März 2012

GE Cour de justice, 2012-03-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_134_2012

FR: GE_GERICHTE ATA/134/2012 du 13 mars 2012

IT: GE_GERICHTE ATA/134/2012 del 13 marzo 2012

Erwägungen

E. 29

Le 24 septembre 2010, la CCA a informé la chambre administrative qu'elle avait conclu le contrat de licence et de maintenance concernant le logiciel Multilab3/Vocalab3 avec Glanzmann par passation de commandes le 23 août 2010.

E. 30

Le 5 octobre 2010, le juge délégué a transmis cette information à Kallysta en lui demandant si elle maintenait son recours et, dans l'affirmative, de chiffrer, justificatifs à l'appui, ses prétentions en réparation du dommage allégué.

E. 31

Le 15 octobre 2010, la CCA a dupliqué.

Le logiciel Multilab3-Vocalab3 proposé par Glanzmann comportait des différences significatives par rapports aux précédents logiciels proposés par cette société.

Les expérimentations faites entre 2007 et 2009 étaient différentes des tests effectués dans le cadre de l'appel d'offres. Ces derniers portaient sur les logiciels et non sur le matériel qui les faisait fonctionner. Le type et l'année de fabrication des machines utilisées n'influençaient pas le résultat des tests.

Selon le contrat de distribution conclu entre le fabricant du logiciel Multilab3-Vocalab3 et Glanzmann, cette dernière avait le droit de vendre les produits de celui-ci en Suisse romande. La CCA avait conclu un contrat de licence, de vente et de maintenance avec Glanzmann portant sur la licence d'utilisation du logiciel en question et de ses mises à jour ultérieures. Glanzmann prendrait les mesures utiles pour assurer ses obligations contractuelles vis-à-vis de la CCA.

La CCA avait passé les premières commandes de licence sur le logiciel Multilab3-Vocalab3 pour des bâtiments d'enseignement nouvellement aménagés. Les autres commandes seraient exécutées dès l'approbation des budgets par le Grand Conseil.

Le cahier des charges de l'appel d'offre était clair et compréhensible. L'offre de Kallysta ne correspondait pas aux exigences indiquées.

Les notes avaient été attribuées en fonction de la qualité des produits offerts. La notation appartenait au strict pouvoir d'appréciation de la CCA et était soustraite au pouvoir d'appréciation de la chambre administrative. Kallysta n'avait pas prouvé d'abus du pouvoir d'appréciation. Suite à la conclusion du contrat entre la CCA et Glanzmann, la mission de la chambre administrative consistait à statuer sur le caractère licite de la décision.

E. 32

En date du 18 octobre 2010, Glanzmann a persisté dans son argumentation et ses conclusions.

Le logiciel Multilab3-Vocalab3 objet de l'adjudication était un nouveau logiciel et non une simple évolution des logiciels précédents. Le fabricant n'avait pas encore fait de publicité pour ce logiciel afin d'éviter de dévoiler à ses concurrents ses produits avant que ceux-ci soient opérationnels sur plusieurs sites. Le prix de la maintenance à partir de la sixième année correspondait à une moyenne de CHF 130.- /heure par classe, étant précisé qu'une intervention bénéficierait à plusieurs classes.

S'agissant de M. Vempeny, soit il était employé de Kallysta et alors il n'avait pas été mentionnée comme il aurait dû l'être dans l'offre de celle-ci. Soit il travaillait comme mandataire externe et il avait le statut de sous-traitant, non annoncé par l'intéressée.

E. 33

Le 29 octobre 2010, répondant à la demande du juge délégué du 5 octobre 2010, Kallysta a indiqué persister dans son recours.

En réalité, la CCA n'avait acheté que six licences pour six classes. Elle ne pouvait acquérir les septante-quatre autres licences tant que le Grand Conseil n'avait pas voté le projet de loi y relatif. Les conclusions du recours demeuraient donc d'actualité pour celles-ci.

Quant au dommage subi, il ne pourrait être évalué en totalité qu'une fois la décision rendue au fond. Ses droits devaient être réservés à cet égard. Provisoirement, ce dommage était estimé à CHF 61'517,39.

E. 34

Le 23 novembre 2010, la chambre administrative a renvoyé à Kallysta une écriture spontanée du 17 novembre 2010.

E. 35

Le 29 novembre 2010, la CCA s'est déterminée sur l'argumentation de Kallysta du 29 octobre 2010.

Elle avait précisé dans l'appel d'offres que six laboratoires seraient équipés pour la rentrée scolaire 2010 et que les autres seraient installés ultérieurement pour autant que le Grand Conseil alloue les crédits nécessaires.

La confirmation de la commande par la CCA à Glanzmann constituait un contrat portant sur l'ensemble des logiciels. Son exécution serait échelonnée dans le temps. Il était erroné de considérer que chaque livraison constituait un contrat en soi.

Si la décision d'adjudication devait être déclarée illicite, les dommages- intérêts accordés à Kallysta se limiteraient aux dépenses de procédure. Les prétentions de Kallysta étaient irréalistes.

- 19/30 - A/2157/2010

E. 36

Le 30 novembre 2010, Glanzmann a renoncé à prendre position sur le courrier de Kallysta du 29 octobre 2010.

E. 37

Le 8 décembre 2010, la chambre administrative a indiqué aux parties que l'instruction de la cause était terminée, et accordé un délai à Kallysta pour formuler toute requête complémentaire. Passé cette date, la cause serait gardée à juger en l'état du dossier.

E. 38

Le 10 janvier 2011, Kallysta a présenté ses observations.

La conclusion des contrats par la CCA était intervenue alors que la présente procédure était pendante.

La pratique de ne pas attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse était contraire au droit des marchés publics, à l'intérêt des finances publiques et décourageait les partenaires existants et potentiels de l'Etat de Genève.

E. 39

Le 12 janvier 2011, la CCA a sollicité l'octroi d'un délai pour se déterminer.

E. 40

En date du 13 janvier 2011 la chambre administrative a refusé d'accorder un délai supplémentaire à la CCA. La chambre de céans disposait de suffisamment d'éléments pour statuer. EN DROIT 1.

Depuis le 1er janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échu à la chambre administrative de la Cour de justice, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 131 et 132 LOJ). 2.

Les procédures pendantes devant le Tribunal administratif au 1er janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ). Cette dernière est ainsi compétente pour statuer. 3.

Dès lors qu'il concerne des prestations de services et qu'il a une valeur estimée supérieure à CHF 383'000.-, valeur-seuil applicable à la date de l'appel d'offres, le marché public offert est soumis à l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0632.231.422), l'AIMP, à la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0) ainsi qu'au RMP. 4. a. Une décision d'adjudication peut faire l'objet d'un recours (art. 15 al. 1bis AIMP ; art. 55 let. e RMP). L'adjudicataire évincé a qualité pour recourir contre

- 20/30 - A/2157/2010 une décision d'adjudication, dès lors qu'il est touché personnellement et directement par cette décision (art. 60 let. a LPA).

b. Outre la décision d'adjudication, est également sujette à recours l'appel d'offres (art. 15 al. 1bis let a AIMP).

Conformément à la jurisprudence, les griefs sur ce point ne peuvent plus être invoqués dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision d'adjudication (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.47/2004 du 6 avril 2004 ; ATA/677/2005 du 12 octobre 2005). Le Tribunal fédéral a en outre déjà jugé qu'il était admissible d'exiger des candidats qu'ils contestent immédiatement les documents d'appels d'offres prétendument incomplets ou entachés d'autres vices de forme lors de la procédure d'appel d'offres déjà et non dans le cadre d'un

recours dirigé contre la décision d'adjudication (cf. ATF 130 I 241 consid 4.2 ; 129 I 313 consid. 6.2 ; 125 I 203). 5.

Selon l'art. 18 al. 2 AIMP, lorsque le contrat est déjà conclu l'autorité qui admet le recours ne peut que constater le caractère illicite de la décision. Dans une telle situation, une issue favorable dudit recours ouvre le droit à une indemnisation pour le soumissionnaire lésé (ATF 125 II 86, consid. 5 b p. 96).

En tant que soumissionnaire évincée, la recourante conserve également un intérêt actuel à recourir contre la décision d'adjudication au sens de l'art. 60 let. b LPA (ATA/681/2010 du 5 octobre 2010). 6.

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. 61 al. 1 et 2 LPA). 7.

Selon les art. 15 al. 1 et 2 AIMP, 3 al. 1 L-AIMP et 56 RMP, le recours est adressé à la chambre administrative dans les 10 jours dès la notification de la décision.

a. La décision d'adjudication querellée a été distribuée à la recourante le 11 juin 2010.

Interjeté le 21 juin 2010 devant la juridiction alors compétente, le recours est recevable de ce point de vue.

b. L'appel d'offres a été publié le 15 mars 2010. Le délai de recours contre ce dernier venait à échéance le 25 mars 2010.

En tant qu'elle fait grief à l'intimée de ne pas avoir mentionné dans l'appel d'offres la pondération des critères d'évaluation, ni indiqué dans quelle mesure et pour quels motifs un prestataire ayant effectué une prestation préalable en lien

- 21/30 - A/2157/2010 avec le marché à adjuger pouvait présenter une offre, la recourante a agi tardivement, son recours étant dès lors irrecevable sur ce point.

Il en va de même des critiques adressées quant aux exigences en matière de développement durable, la recourante ne s'étant plainte qu'au stade du recours de ce qu'elles n'auraient pas été adaptées à sa situation. 8.

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, 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 132 II 485 consid. 3.2 p. 494 ; 127 I 54 consid. 2b p. 56 ; 127 III 576 consid. 2c p. 578 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C.424/2009 du 6 septembre 2010 consid. 2). 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 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 p. 158 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C.58/2010 du 19 mai 2010 consid. 4.3 ; 4A.15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.2 et les arrêts cités ; ATA/432/2008 du 27 août 2008 consid. 2b). Le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les griefs et moyens de preuve du recourant ; il suffit que le juge discute ceux qui sont pertinents pour l'issue du litige (ATF 133 II 235 consid 5.2 p. 248 ; 129 I 232 consid. 3.2 p.

236 ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C.424/2009 du 6 septembre 2010 consid. 2 ; 2C.514/2009 du 25 mars 2010 consid. 3.1).

En l'espèce, la recourante a demandé à ce que l'intimée soit invitée à produire les dossiers des offres et des évaluations de l'appelée en cause et des autres soumissionnaires retenus. L'adjudicataire sollicite quant à elle que la recourante produise le contrat de travail et des attestations d'assurances sociales françaises relatives à son développeur de nouveaux projets. Ces documents n'étant pas pertinents quant à l'issue du litige, la chambre administrative renoncera à en requérir l'apport. 9.

La recourante se plaint de l'indication erronée du dies a quo du délai de recours contre l'adjudication dans les publications officielles.

Dites publications des 7 et 8 juin 2010 indiquent que le délai de recours court dès le 15 mars 2010, ce qui est manifestement erroné, de sorte que la notification est irrégulière. Aux termes de l'art. 47 LPA, une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties.

- 22/30 - A/2157/2010

En l'espèce, la recourante, à laquelle une décision formelle comportant l'indication exacte des voies et délai de recours a été par ailleurs notifiée, a en tout état pu s'adresser en temps utile à l'autorité compétente, de sorte qu'elle n'a subi aucun préjudice en raison de cette informalité. Ce grief doit par conséquent être rejeté. 10.

Selon l'art. 52 al. 2 RMP, si la décision d'adjudication a été notifiée par courrier, l'autorité adjudicatrice fait paraître, dans la FAO, 72 jours au plus tard après la notification de l'adjudication, un avis d'adjudication indiquant : a) le nom et l'adresse de l'autorité adjudicatrice ; b) le type de procédure ; c) l'objet et l'importance du marché ; d) le nom et l'adresse de l'adjudicataire ; e) le montant de l'adjudication ou le montant de l'offre la plus élevée et la plus basse dont il a été tenu compte dans la procédure d'adjudication ;

f) la date de l'adjudication.

Cette disposition reprend la substance de l'art. 18 al. 1 AMP.

En l'espèce, l'intimée n'a pas indiqué dans la publication le montant de l'adjudication ou ceux de l'offre la plus élevée et la plus basse, sans la moindre mention explicative à cet égard. La publication n'est ainsi, de ce point de vue, pas conforme aux exigences susmentionnées. A rigueur de texte, ces dernières se rapportent toutefois à un avis d'adjudication, qui peut intervenir plus de deux mois après la notification de la décision d'adjudication et à cette dernière elle-même. En tant que soumissionnaire écartée, la recourante a reçu notification de la décision d'adjudication et a pu faire valoir ses droits en temps utile. En particulier, elle a pu obtenir les indications relatives à la valeur de l'adjudication et n'a subi aucune atteinte à ses intérêts juridiques ou économiques du fait que la publication de l'avis en cause était incomplet. Ses griefs ne peuvent ainsi qu'être écartés.

11. Le marché porte sur l'acquisition d'un logiciel destiné à équiper les laboratoires de langues de l'enseignement secondaire, et il ressort de l'appel d'offre que l'équipement des salles de classe se fera de manière échelonnée entre la rentrée scolaire 2010 et la fin de l'année scolaire 2013, l'achat des licences dès janvier 2011 pour son exécution étant subordonné au vote du projet de loi y relatif par le Grand Conseil.

Le fait que le marché soit échelonné pour des raisons de contrainte budgétaire n'emporte pas que chaque acte d'exécution doive être considéré

- 23/30 - A/2157/2010 comme marché distinct. Une telle solution reviendrait à scinder a posteriori artificiellement un marché, avec le risque que l'on doive constater que tout ou partie des tranches aurait dû échapper, en raison de son montant, à la réglementation en matière de marchés publics. 12.

La législation en matière de marchés publics est fondée sur les principes énoncés à l'art. 1 AIMP. Il s'agit notamment d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, de garantir l'égalité de traitement à l'ensemble de ceux-ci, l'impartialité de l'adjudication ainsi que la transparence des marchés publics et, finalement, de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics.

En particulier, le respect de l'égalité de traitement entre soumissionnaires (art. 1 al. 2 let. b et 11 let. a AIMP ; art. 16 RMP) oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires pendant tout le déroulement formel de la procédure (ATA/884/2004 du 26 octobre 2004 ; J.-B. ZUFFEREY / C. MAILLARD / N. MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 109 ; B. BOVAY, La non discrimination en droit des marchés publics in RDAF 2004, p. 241). La chambre administrative a déjà eu l'occasion de rappeler le caractère formaliste du droit des marchés publics qu'impose le respect de ce principe (ATA/150/2009 du 14 mars 2009 ; ATA/10/2009 du 13 janvier 2009). 13.

Selon l'art. 19 RMP, les personnes appelées à préparer ou à rendre une décision en matière de marchés publics doivent se récuser aux conditions de l'art. 15 LPA.

a. Dans sa teneur en vigueur au moment des faits, l'al. 2 de cette disposition prévoyait que les membres des autorités administratives appelés à rendre ou à préparer une décision devaient se récuser : a) s'ils ont un intérêt personnel dans l'affaire ; b) s'ils sont parents ou alliés d'une partie en ligne directe ou jusqu'au quatrième degré inclusivement, en ligne collatérale ou s'ils sont unis par mariage, fiançailles, partenariat enregistré, ou mènent de fait une vie de couple avec elle ; c) s'ils représentent une partie ou ont agi pour une partie dans la même affaire ; d) s'il existe des circonstances de nature à faire suspecter leur partialité.

La demande de récusation doit être présentée sans délai à l'autorité (art. 15 al. 3 aLPA).

- 24/30 - A/2157/2010

b. Les principes dégagés par la jurisprudence relative à la récusation des juges sont pertinents mutatis mutandis pour les membres des autorités administratives quand bien même l'admission de causes de récusation concernant ces derniers doit être envisagée de manière plus restrictive (ATF 137 II 431 consid. 5.2). La garantie d'impartialité tend notamment à éviter que des circonstances extérieures à la cause ne puissent influencer la décision en faveur ou au détriment d'une partie. Elle n'impose pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective est établie, car les dispositions internes d'un individu ne peuvent guère être prouvées ; il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle. Seules les circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération (ATF 131 I 24 consid. 1.1 p. 25 ; 128 V 82 consid. 2a p. 84 ; 127 I 196 consid. 2b p. 198 ; 126 I 168 consid. 2a p. 169 et la jurisprudence citée dans ces arrêts). La récusation doit demeurer l'exception (ATF 116 Ia 14 consid. 4 p. 19). Un risque de prévention ne doit dès lors pas être admis trop facilement,

mais doit se justifier par des motifs particulièrement importants (ATF 122 II 471 consid. 3b p. 477 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1P.267/2006 du 17 juillet 2006 consid. 2.1). L'administré doit, selon le principe de la bonne foi, dénoncer rapidement une cause de récusation (ATF 136 I 207 consid. 3.4 et les références citées).

c. Appliquée en matière de marché public, l'obligation de se récuser concerne non seulement celui qui rend lui-même la décision ou qui y prend part, mais aussi toutes les personnes qui contribuent à l'élaborer (J.-B. ZUFFEREY, P. GAUCH, P. TERCIER, op. cit, p. 262-263).

En l'espèce, le technicien du SEM qui a procédé à l'évaluation technique des logiciels, selon un protocole précis, n'a fait que remplir son cahier des charges. Ses fonctions consistant, entre autres, à tester les équipements audiovisuels et à en assurer la maintenance en collaboration avec les partenaires externes, dont les fournisseurs et fabricants, il est normal qu'il ait des contacts avec ces derniers. La recourante, qui n'ignorait pas quelle était la fonction de l'intéressé, a eu des contacts avec celui-ci fin avril-début mai 2010 dans le cadre de la préparation des tests d'évaluation des logiciels en concurrence. C'est donc au plus tard à cette période qu'elle a su qu'il était impliqué dans l'évaluation. Toutefois, elle n'a émis aucune objection à sa participation. Faute d'avoir réagi sans délai, comme l'exige l'art. 15 al. 3 LPA, elle ne peut plus se prévaloir de la récusation dans le cadre d'un recours déposé le 12 juin 2010. Son grief est ainsi irrecevable. 14.

Dans le cadre d'une procédure ouverte, un procès-verbal est établi à l'ouverture des offres. Il contient notamment le nom des personnes présentes, le nom des soumissionnaires, les dates de réception et les prix des offres (art. 38 al. 2 RMP).

En l'espèce, un procès-verbal de réception et un procès-verbal d'ouverture des offres ont été établis. Le premier mentionne les dates et heures auxquelles les

- 25/30 - A/2157/2010 dossiers d'offres sont parvenus en mains de l'adjudicatrice. Le second indique le nom des soumissionnaires. Il comporte l'indication des entités présentes et la signature de leurs représentants respectifs, de sorte que les personnes présentes sont identifiables, même s'il eût été plus expédient de mentionner de manière claire leurs patronymes.

En revanche, aucun de ces documents ne mentionne d'indication de prix. Cette absence n'a été relevée par aucun soumissionnaire présent, en particulier pas par la recourante. L'intimée explique que cela n'aurait eu aucune signification, en raison de la complexité de la structure du prix, ce dernier ayant plusieurs composantes faisant l'objet d'une pondération. Au stade de l'ouverture des offres, cette explication peut être acceptée, puisque ce n'est pas à ce moment qu'intervient l'appréciation du prix. En outre, les concurrents ont la possibilité d'obtenir ultérieurement les précisions qu'ils souhaiteraient à cet égard. C'est d'ailleurs ce qu'a fait la recourante, qui n'allègue pas avoir subi un préjudice du fait de l'absence de mention du prix dans ce procès-verbal. Elle ne prétend pas en particulier qu'il y aurait eu une modification du prix proposé par l'appelée en cause entre l'ouverture des offres et l'adjudication. Cette irrégularité est donc sans conséquence. 15.

En procédure ouverte, les offres sont évaluées en fonction des critères d'aptitude et des critères d'adjudication (art. 12 RMP) qui doivent être objectifs, vérifiables et pertinents (art. 24 RMP) et qui doivent figurer dans les documents d'appel d'offres (art. 27 let. f RMP). Pour les critères d'aptitude, l'autorité adjudicatrice peut exiger des soumissionnaires des

justificatifs attestant leurs capacités sur les plans financier, économique, technique et organisationnel (art. 33 RMP). 16.

Le soumissionnaire dont l'offre est incomplète ou non-conforme aux exigences ou au cahier des charges est exclu du marché (art. 42 RMP).

Lors de l'ouverture des offres, la CCA a mentionné pour Glanzmann, comme pour d'autres soumissionnaires, une réserve relative au versement de l'émolument. Celui-ci ayant été versé en temps utile, le dossier était formellement complet. 17.

L'art. 35 RMP prévoit que les soumissionnaires doivent indiquer, lors de la remise de leur offre, le type et la part des prestations qui seront sous-traitées, ainsi que le nom et le domicile ou le siège de leurs sous-traitants (al. 1). Tout sous-traitant doit satisfaire à l'ensemble des dispositions du présent règlement (al. 2).

Le contrat de sous-traitance est celui par lequel une partie s'engage à l'égard d'une autre à effectuer tout ou partie de la prestation de l'ouvrage que celle-ci s'est engagée à réaliser pour un maître (P. TERCIER, Les contrats spéciaux, 2009, p. 622).

- 26/30 - A/2157/2010

En l'espèce, l'appelée en cause a conclu un contrat de distribution avec le fabricant du logiciel Multilab3-Vocalab3. C'est en revanche elle seule qui va exécuter le marché adjugé. L'intimée a conclu un contrat de licence, de vente et de maintenance sur l'utilisation dudit logiciel avec l'appelée en cause. Le fabricant du logiciel n'interviendra à aucun moment dans cette relation et ne fournira en lieu et place de l'appelée en cause aucune des prestations que cette dernière s'est engagée à exécuter pour l'intimée. Il n'y a donc pas de relation de sous-traitance entre l'appelée en cause et le fabricant du logiciel, de sorte qu'aucune indication à cet égard n'avait à figurer dans l'offre de Glanzmann. 18.

En présence d'une offre paraissant anormalement basse, l'autorité adjudicatrice doit demander au soumissionnaire de justifier ses prix (art. 41 RMP).

La recourante estime que l'offre de l'intimée pour la maintenance dès la sixième année paraissait anormalement basse. A cet égard, l'autorité adjudicatrice a expliqué, sans être contredite, que les soumissionnaires avaient établis leurs prix de manière différente, les uns ayant offert un prix très bas pour les licences et la maintenance pendant les cinq premières années, compensé par un prix de maintenance plus élevé pour les années suivantes, les autres proposant l'inverse. L'appelée en cause a quant à elle indiqué que son prix de maintenance au-delà des cinq premières années était dû au fait que les interventions devenaient peu coûteuses sur des logiciels de cet âge vendus à large échelle. La recourante, qui elle-même n'a pas hésité en octobre 2009 à formuler une proposition de vente de licences où les six premières déjà installées avaient été vendues à un prix moyen quatre fois supérieur aux cent-quatorze suivantes, n'apporte aucune démonstration qu'une partie de l'offre de l'adjudicataire aurait dû être considérée comme anormalement basse et entraîner l'obligation pour l'intimée de demander une justification. 19.

Selon l'art. 43 RMP, l'évaluation est faite selon les critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché, énumérés dans l'avis d'appel d'offres (al.1). Le résultat de l'évaluation des offres fait l'objet d'un tableau comparatif. Aux termes de l'art. 43 al. 3 RMP, le marché est adjugé au soumissionnaire ayant déposé l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix. Outre le prix, les critères suivants peuvent notamment être pris en considération : la qualité, les délais,

l'adéquation aux besoins, le service après-vente, l'esthétique, l'organisation, le respect de l'environnement. Selon l'art. 43 al. 4 RMP, l'adjudication de biens largement standardisés peut intervenir selon le critère du prix le plus bas.

Ainsi, en dehors de l'hypothèse du marché portant sur des biens largement standardisés, non applicable en l'espèce, le prix est un critère d'adjudication parmi d'autres. Il en découle premièrement que ce n'est pas nécessairement l'offre la meilleur marché qui obtiendra l'adjudication. Deuxièmement, chacun des critères

- 27/30 - A/2157/2010 doit faire l'objet d'une appréciation, en principe sous forme de notation, l'adjudication étant prononcée en faveur de l'offre qui aura obtenu le plus grand nombre de points (ATA/681/2010 du 5 octobre 2010 ; D. ESSEIVA, note ad S10- S13 in DC 2/2002, p. 76 ; P. MOOR, op. cit., p. 423).

Au demeurant, l'autorité adjudicatrice est libre de choisir la méthode qu'elle entend utiliser pour noter les offres qui lui sont soumises. La loi ne lui impose aucune méthode de notation particulière. Le choix de la méthode de notation relève ainsi du pouvoir d'appréciation de l'autorité adjudicatrice, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (Arrêt du Tribunal fédéral 2P/172/2002 du 10 mars 2003 consid. 3.2 ; ATA/201/2001 du 24 avril 2001 consid. 9 ; D. ESSEIVA, note ad S12 in DC 2/2003, p. 62). L'opportunité du choix de la méthode de notation ne peut être revue par l'autorité de recours (cf. art. 16 al. 2 AIMP). De surcroît, aucune norme n'impose à l'autorité adjudicatrice de faire connaître à l'avance la méthode de notation qu'elle utilisera (Arrêt du Tribunal fédéral 2P/172/2002 du 10 mars 2003 consid. 2.3 ; Arrêt du Tribunal administratif vaudois du 26 janvier 2000 in DC 2/2001, p. 67 et note de D. ESSEIVA/O. RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, RDAF 2001, I p. 406).

S'agissant du prix en particulier, la notation s'effectue en fonction de règles qui définissent la manière de transformer des informations formulées en francs (le prix) en note (cf. D. ESSEIVA, note ad S10-S13 in DC 2/2002, p. 76). La pratique démontre qu'il existe une multitude de méthodes de notation qui permettent d'arriver à des résultats très différents, d'où un risque de manipulations de la part de l'adjudicateur (cf. D. ESSEIVA, L'évolution du droit des marchés publics de construction, 2002, p. 9 s.). Sachant que toutes les méthodes de notation présentent un aspect critiquable, l'autorité de recours n'interviendra que dans la mesure où la méthode retenue est arbitraire. 20.

En l'espèce, les critères et leurs taux de pondération précis ont été transmis à Kallysta lors de la réunion du 16 juin 2010. Eu égard aux caractéristiques de l'objet du marché, l'autorité adjudicatrice a fortement mis l'accent sur les aspects qualitatifs pédagogiques du logiciel. Un tel choix pour du matériel destiné à équiper pour plusieurs années les laboratoires de langues des établissements scolaires n'est pas critiquable.

a. La recourante ne conteste pas le résultat de l'évaluation pédagogique, dont le logiciel Multilab3-Vocalab3 est sorti premier, faisant l'unanimité auprès des enseignants testeurs. Elle n'apporte pas d'éléments permettant de retenir que les critères de l'évaluation technique ne seraient pas pertinents.

Elle se plaint toutefois qu'elle aurait été pénalisée à tort pour avoir proposé une solution dans laquelle le serveur était le poste du professeur. Or, il ressort de la liste des questions et réponses que cette solution n'était pas celle voulue par

- 28/30 - A/2157/2010 l'adjudicatrice. Cette dernière a en effet clairement indiqué qu'il y avait un serveur pour N classes, avec la précision qu'en plus le poste du professeur pouvait remplir cette fonction pendant l'utilisation du laboratoire de langues. Cela signifie que le poste du professeur n'est pas le serveur mais peut venir doubler le serveur extérieur existant. La solution proposée par la recourante ne satisfaisait ainsi pas pleinement les exigences du cahier des charges.

L'intéressée prétend aussi qu'on lui reproche à tort de proposer un logiciel qui impose l'installation de QuickTime pour pouvoir traiter les données exportées, le cahier des charges n'étant pas clair sur ce point. Si elle avait des doutes à ce sujet, il lui appartenait de demander des clarifications, ce qu'elle n'a pas fait. Par ailleurs, elle ne conteste pas l'affirmation de l'intimée selon laquelle Media Player, auquel la recourante compare QuickTime, n'était pas nécessaire au fonctionnement de l'exportation de données. Ainsi, sa solution ne remplissant pas le cahier des charges de l'appel d'offres sur ce point également, ses griefs ne sont pas fondés.

b. Pour apprécier le prix, l'intimée a tenu compte d'un ensemble de facteurs, tels que le prix de l'installation du logiciel, du prix de maintenance et de la formation nécessaire, dont la recourante ne remet pas en cause la pertinence. Confondant l'offre "meilleur marché" et "économiquement la plus avantageuse", elle se contente de contester la pondération retenue par l'intimée et de vouloir s'y substituer la sienne, ce qui relève en tout état de l'opportunité, laquelle ne peut être examinée par la chambre de céans (art. 61 al. 2 LPA). 21.

Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté dans la mesure où il est recevable.

Un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge de la recourante. Une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée à l'appelée en cause, à la charge de la recourante (art. 87 LPA).

* * * * *

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