

## **GE\_GERICHTE ATA/633/2016 vom 26. Juli 2016**

GE Cour de justice, 2016-07-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_633\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_633_2016)

FR: GE\_GERICHTE ATA/633/2016 du 26 juillet 2016

IT: GE\_GERICHTE ATA/633/2016 del 26 luglio 2016

### **Regeste**

Résumé: Appel d'offre conforme au principe de l'égalité de traitement et de la libre concurrence. La recourante n'a pas les capacités de déposer une offre en rapport avec l'objet du marché tel que valablement spécifié par l'adjudicateur, si bien que la qualité pour recourir doit lui être déniée.

### **Erwägungen**

#### **E. 12**

septembre 1985 (LPA - E 5 10), applicable sur renvoi de l'art. 3 al. 4 L-AIMP. Elle appartient aux parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée, chacune de celles-ci devant néanmoins être touchée directement par la décision et avoir un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (ATA/476/2015 du 19 mai 2015 consid. 3c), ce qui présuppose une chance réelle et réaliste d'obtenir le marché (Christophe JÄGER, *Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz*, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/ Hubert STOECKLI, *Droit des marchés publics*, 2014, n° 85, p.355). Tel est le cas de celle à laquelle la décision attaquée apporte des inconvénients qui pourraient être évités grâce au succès du recours, qu'il s'agisse d'intérêts juridiques ou de simples intérêts de fait (ATA/950/2014 du 2 décembre 2014 consid. 3a et les références citées).

- 10/16 - A/2854/2014

Pour le Tribunal fédéral, dans le cadre d'un recours contre une décision d'adjudication, le soumissionnaire évincé dispose d'un intérêt juridique lorsqu'il avait, avant la conclusion du contrat des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours (ATF 141 II 14 consid. 4.6 p. 31 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2.1 et 2P.261/2002 du 8 août 2003). Lorsqu'un contentieux surgit dans une procédure de gré à gré, et qu'il porte sur le principe de l'adoption d'une telle voie procédurale, la qualité pour recourir appartient exclusivement au soumissionnaire qui aurait pu, dans une procédure différente, présenter une offre en rapport avec l'objet du marché tel que spécifié par l'adjudicateur (ATF 137 II 313 ; JdT 2012 I 20).

L'adjudicateur est libre de spécifier ses besoins en tenant compte de la solution qu'il désire. Le caractère substituable doit être examiné en relation avec cette prestation concrète. Celui qui veut offrir, à la place de cette prestation, quelque chose de fonctionnellement différent ne doit pas être considéré comme un fournisseur potentiel (ATF 137 II 313 ; JdT 2012 I 20 consid. 3.4). Celui-ci doit au contraire faire valoir qu'il offre une solution de rechange adéquate, tant du point de vue fonctionnel qu'économique (ATF 137 II 313 ; JdT 2012 I 20 consid. 3.6.1).

La spécification licite de l'objet du marché devient ainsi un point dit doublement pertinent : elle doit être examinée dans le cadre du jugement au fond du litige (parce que la licéité de la

procédure de gré à gré en dépend), mais en même temps elle est importante à titre préjudiciel, pour déterminer qui possède vraiment la qualité pour recourir en fonction du produit qu'il offre (ATF 137 II 313 ; JdT 2012 I 20 consid. 3.3.3). 5)

Le but de la législation en matière de marchés publics est de garantir le respect des principes énoncés à l'art. 1 AIMP. Il s'agit en particulier de garantir l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 3 let. b et 11 let. a AIMP ; 16 RMP), une concurrence efficace à l'ensemble de ceux-ci (art. 1 al. 3 let. b AIMP, 11 let. a AIMP et 17 RMP), la transparence des marchés publics (art. 1 al. 3 let. c AIMP et 16 RMP) ainsi qu'une utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 3 let. d AIMP).

La garantie d'une concurrence efficace doit permettre aux soumissionnaires de formuler des offres attractives. La mise en œuvre de la concurrence est rendue effective par le processus de soumission publique. Elle est assurée par l'interdiction d'arrangements et d'actes de concurrence déloyale (Martin BEYELER, *Ziele und Instrumente des Vergaberechts*, 2008, p. 30, n° 83). Elle implique l'ouverture du marché au plus large cercle d'offrants (ibid., p. 32 n° 86). Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans la formulation de son offre mais il est limité à l'interdiction de la formuler d'une manière qui conduise à une discrimination entre les concurrents potentiels. Pour respecter ce principe, un appel d'offres doit être rédigé autant que possible de

- 11/16 - A/2854/2014 manière neutre et la description de la prestation à fournir ne doit pas être rédigée d'une façon qui exclut la majorité des soumissionnaires de la concurrence (ibid., p. 35 n° 95).

Il va de soi que la nature du marché en cause a des incidences directes sur les qualifications que doivent présenter les fournisseurs pour être admis à participer. Il peut s'agir d'exigences de nature professionnelle, technique ou financière ; elles doivent apparaître comme nécessaires au regard de la nature du marché. Le pouvoir adjudicateur peut donc, en fonction de la nature du marché (son ampleur, son coût, sa complexité), poser des exigences appropriées lui permettant de présumer raisonnablement que les prestations attendues seront effectivement fournies (Étienne POLTIER, *op. cit.*, pp. 187-188 n. 301).

Sous l'angle du droit des marchés publics, les exigences de certification formulées dans l'appel d'offres, constituent des critères d'aptitude au sens de l'art. 33 RMP. Ils ne sont pas discriminatoires et sont conformes aux exigences de l'art. 24 RMP (ATA/51/2015 du 13 janvier 2015). L'exigence, posée par l'appel d'offres, d'être en possession de certains labels ou certificats, est ainsi admissible, pour autant que l'appel d'offres décrive de manière suffisante ces standards, afin que les concurrents puissent cas échéant démontrer leur capacité à remplir ses critères sans être obligatoirement en possession du document précisément demandé. Ainsi, il est admis par exemple que l'offre d'un soumissionnaire puisse être écartée, lorsque ce dernier ne fournit pas le document exigé par l'appel d'offres, attestant que le système qu'il emploie est conforme à la norme ISO 9001 ou à tout autre système similaire (arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 5 décembre 2013 VB.2013.00656 ; Claudia SCHNEIDER HEUSI, *Referenzen, Labels, Zertifikate*, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STOECKLI, *Droit des marchés publics*, 2016, pp. 421-423 n. 75 et 81).

Le Tribunal administratif zurichois (VB.2013.00656) a ainsi rejeté le recours du soumissionnaire qui avait été écarté du marché pour ne pas avoir remis dans les délais un certificat ISO ou tout autre document attestant qu'il répondait aux critères exigés. Le

Tribunal a considéré comme tardif et par conséquent irrecevable la production de ce document en cours de procédure de recours. Dès lors qu'il n'avait pas été produit lors du dépôt de l'offre, l'autorité adjudicatrice était en droit de considérer que le recourant ne remplissait pas les conditions demandées. 6)

En l'espèce, la question de la qualité pour recourir est liée à celle de la validité de l'appel d'offres. En effet, s'il est admis qu'elle a été formulée de manière trop restrictive, empêchant ainsi la recourante d'y participer, alors la qualité pour agir pourra lui être reconnue.

- 12/16 - A/2854/2014 7)

La plupart des griefs soulevés par la recourante à l'encontre de l'appel d'offres relèvent du large pouvoir d'appréciation de l'autorité adjudicatrice dans la formulation de son offre.

a. L'intimé, qui représente ses membres afin de leur permettre d'acquérir, aux meilleures conditions, des prestations liées aux technologies d'information et de communication, doit formuler une offre, correspondant aux besoins de ses vingt-cinq membres, en incluant le cercle de candidats le plus large possible, afin de respecter le principe de la non-discrimination. C'est ce qu'il a fait.

En effet, il est interdit à l'autorité adjudicatrice de s'adapter aux conditions pouvant être proposées par un candidat en particulier, au risque d'exclure la majorité des potentiels postulants. Or, la recourante semble exiger une adaptation de l'offre à ses propres capacités, ce qui serait discriminatoire pour les autres concurrents.

De fait, une large majorité des ordinateurs personnels fonctionnent sous Windows et bon nombre de logiciels utilisés par les collectivités publiques membres du PAIR n'existent que pour cet OS. En exigeant que les appareils puissent fonctionner tant avec Windows qu'avec Linux, l'appel d'offres s'est ouvert au plus grand nombre de candidats.

Linux étant un logiciel librement accessible, il n'apparaît pas nécessaire que l'autorité adjudicatrice restreigne le marché, en mentionnant précisément la distribution Linux exigée, encore moins en le limitant à l'OS GNU/Linux Ubuntu, proposé par la recourante. Quant à l'exception formulée pour le lot numéro cinq, elle est justifiée par le fait que les logiciels métier installés et utilisés ne pouvaient fonctionner que sous Windows. Elle est ainsi objectivement fondée.

La recourante fait également valoir que la durée d'utilisation des appareils, soit cinq ans, est trop restrictive. Or, l'autorité adjudicatrice a exigé une durée d'utilisation minimale, et non pas maximale, ouvrant ainsi le marché. Chaque membre du PAIR est ensuite libre de déterminer la durée de vie des appareils, selon la gestion de son parc informatique.

Le présent marché public ayant comme objet la fourniture de matériel informatique, la notice versée par la recourante, lors de l'audience devant la chambre de céans, n'est pas pertinente, dès lors qu'elle concerne les appels d'offres portant sur des logiciels.

Pour ces motifs, l'appel d'offres est conforme au principe de non-discrimination. Dès lors qu'il est exigé que les appareils proposés fonctionnent également avec LINUX, la demande d'un appel d'offres distinct pour le DIP n'apparaît pas fondée.

- 13/16 - A/2854/2014

b. Pour autant qu'elle soit mentionnée dans l'appel d'offres, l'attribution du marché à deux adjudicateurs n'est pas exclue par la réglementation. Elle se justifie en l'espèce par l'importance de ce dernier, de même que par ses particularités, soit une évolution rapide des technologies, faisant courir le risque d'une disparition des produits ou des entreprises. De même, il peut ne pas être exigé que les quantités à commander soient arrêtées, ce d'autant plus que dans le cas particulier, chaque membre de l'intimé reste libre de passer les commandes en fonction de ses propres besoins et de son budget. Enfin, l'intimé a encore précisé que les rabais sur les prix catalogues ne faisaient pas partie des critères d'adjudication.

Pour ces motifs, l'appel d'offres n'est pas contraire à la règle de l'offre économiquement la plus avantageuse.

c. L'intimé a indiqué les raisons objectives pour lesquelles il a exigé dans l'appel d'offres que les soumissionnaires soient des constructeurs de matériel informatique, soit une entreprise qui conçoit, développe, produit, commercialise et maintient ses équipements. Il s'agit d'assurer une bonne exécution de ce marché particulier, au vu des valeurs importantes estimées de ce dernier et du fait que les commandes ne peuvent être ni garanties ni planifiées. Seuls des constructeurs ont la capacité de s'adapter et de répondre, dans les délais, à de telles demandes, dès lors que cette capacité exige une maîtrise de la chaîne de production. Ils doivent pouvoir également intervenir, si nécessaire, dans la politique de production afin d'éviter que certains matériels ne soient plus fabriqués.

Pour ces motifs, les griefs de la violation du principe d'égalité de traitement et de la libre concurrence seront écartés.

d. L'appel d'offres est également conforme au principe de la transparence, dès lors que les critères d'adjudication ont été clairement mentionnés et que les motifs d'exclusion sont justifiés.

e. Les membres du PAIR sont certes engagés dans la procédure d'établissement de l'appel d'offres, celle-ci devant répondre à leurs besoins. Il apparaît toutefois clairement que le pouvoir effectif d'adjudication appartient au PAIR.

f. L'autorité adjudicatrice a justifié chacune de ses exigences. Elle est libre de déterminer des critères d'aptitude devant être remplis par les soumissionnaires, soit en particulier qu'il soit fourni un certificat ISO 9001 ou équivalent en matière de management de la qualité. Elle est en droit de considérer que ce document est nécessaire pour attester que chaque soumissionnaire remplisse les conditions minimales lui permettant de répondre ensuite aux besoins particuliers des membres de l'intimé. De même, elle peut exiger une alimentation intégrée, puisque celle-ci répond aux besoins objectifs et réels des membres, soit d'obtenir du matériel compact.

- 14/16 - A/2854/2014

g. Enfin, le fait de pouvoir prolonger le contrat d'une année n'apparaît pas excessif et ne contrevient nullement à la règle selon laquelle les contrats doivent être limités dans le temps.

h. L'émolument demandé, soit CHF 500.-, est justifié par le coût des tests devant être effectués. Au vu de la valeur totale du marché notamment, ce dernier n'apparaît pas disproportionné.

i. Il apparaît ainsi que la formulation de l'appel d'offres ne prête pas le flanc à la critique et qu'aucun motif ne justifie de l'invalider. L'appel d'offres est ainsi conforme au droit. 8)

La recourante n'a pas démontré qu'elle pouvait se conformer aux conditions de l'appel d'offres, fournir le matériel demandé et qu'elle est capable d'exécuter le marché. Au contraire, elle a elle-même admis ne pas avoir la flexibilité nécessaire pour y répondre et qu'elle rencontrerait des problèmes tant avec ses fournisseurs qu'avec ses investisseurs. Entendu par la chambre de céans, M. MARTHALER a confirmé que le marché, tel que proposé, rend difficile pour la recourante le dépôt d'une offre. Si une multinationale peut s'engager à l'aveugle, il est difficile pour cette dernière de formuler un prix sans connaître la quantité qui sera effectivement commandée. Il apparaît ainsi que la recourante ne possède pas les capacités exigées pour ce marché particulier, soit notamment la flexibilité financière et la possibilité d'intervenir sur la chaîne de production en étant constructeur. De plus, elle rencontre des difficultés à proposer le logiciel Windows à un prix compétitif et elle n'était pas, dans les délais de l'appel d'offres, en possession du certificat ISO demandé ou tout autre équivalent.

La recourante n'a ainsi pas les capacités de déposer une offre en rapport avec l'objet du marché tel que spécifié par l'adjudicateur, si bien que la qualité pour recourir doit lui être déniée. 9)

Pour ces motifs, le recours sera déclaré irrecevable. 10) Compte tenu de l'issue du recours, les demandes d'instruction complémentaires seront rejetées. 11) Un émolument de CHF 1'500.-, comprenant les frais liés à la demande de restitution de l'effet suspensif, sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure.

\* \* \* \* \*

- 15/16 - A/2854/2014

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