

## **GE\_GERICHTE ATA/741/2015 vom 16. Juli 2015**

GE Cour de justice, 2015-07-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_741\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_741_2015)

FR: GE\_GERICHTE ATA/741/2015 du 16 juillet 2015

IT: GE\_GERICHTE ATA/741/2015 del 16 luglio 2015

### **Erwägungen**

#### **E. 25**

% Responsabilité sociale 40 % 10.0 % Avant-vente et commande 20 % 5.0 % Services optionnels 20 % 5.0 % Support 20 % 5.0 %

Le marché serait adjugé aux soumissionnaires, soit deux par lot, qui auront présentés l'offre économiquement la plus avantageuse. En cas d'adjudication, aucun volume de vente n'était garanti aux adjudicataires. En effet, ce n'était pas le PAIR qui allait acheter directement le matériel informatique composant chacun des lots, mais chacun des membres du PAIR qui s'était annoncé pour participer au marché. Il revenait à ces derniers de s'adresser à l'un ou l'autre des soumissionnaires auquel le lot considéré avait été adjugé, en fonction de ses besoins. 3)

Dans le délai imparti, le PAIR a reçu, pour les lots n° 1 et n° 3 qui sont seuls litigieux, des offres de trois sociétés, soit celle de LENOVO (Schweiz GMBH) (ci-après : LENOVO), celle de DELL SA (ci-après : DELL) et de HEWLETT PACKARD Suisse Sàrl (ci-après : HP).

Lesdites offres ont été proposées au prix suivant : - lot n° 1, soit PC postes de travail standards

LENOVO : CHF 470.- ; DELL : CHF 455.- ; HP : CHF 455.- ; - lot n° 3, soit ordinateurs ultra-portables

LENOVO : CHF 760.- ; DELL : CHF 830.- ; HP : CHF 720.- ;

- 4/15 - A/1210/2015

Par comparaison, pour le lot n° 5 relatif aux stations de travail, les trois sociétés avaient également présenté une offre aux prix suivants :

LENOVO : CHF 1'630.- ; DELL : CHF 1'480.- ; HP : CHF 1420.-. 4)

Le procès-verbal d'ouverture des offres a été communiqué aux parties le

#### **E. 25.00**

850.00 963.00 705.00 Points pondérés

212.50 240.50 176.25 Rang

2 1 3

Résultats DELL HP LENOVO Points finaux pondérés

740.33 883.10 681.29 Rang final

2 1 3

6)

Le 31 mars 2015, le PAIR a écrit à LENOVO. Le lot n° 5, relatif aux stations de travail, lui était adjugé en compagnie de HP. En effet, sur la base des évaluations des offres et des tests effectués par le PAIR selon les critères annoncés dans le dossier d'un appel d'un offre, son offre faisait partie pour ce lot des deux offres économiquement les plus avantageuses, soit représentant les deux meilleurs rapports : qualité technique et écologique/coût/organisation et responsabilité sociale. Le lot en question lui était attribué aux conditions qu'elle avait offertes. Cette décision n'avait cependant pas valeur contractuelle.

En revanche, lots n° 1 et 3 étaient adjugés à DELL et à HP dont les offres remplissaient les meilleurs rapports au sens précité. LENOVO arrivait en 3ème position sur trois soumissionnaires. 7)

Par pli recommandé, posté le 13 avril 2015, LENOVO a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision d'adjuger le marché des lots n° 1 et 3 à ses deux concurrents précités.

Elle concluait à l'annulation de cette décision et à ce que le marché relatif à ces deux lots lui soit octroyé. Préalablement, elle sollicitait qu'il soit ordonné au pouvoir adjudicateur de produire une copie des offres fournies par ses deux concurrents ainsi

- 6/15 - A/1210/2015 que le dossier d'évaluation. En outre, elle sollicitait la restitution de l'effet suspensif à son recours.

Sur le fond, la décision attaquée souffrait d'un défaut de motivation sur les raisons du rejet de son offre. En outre, elle violait le principe de concurrence efficace et d'égalité de traitement. Le fait d'accorder le marché aux deux entreprises dont les offres arrivaient en tête constituait une particularité qui impliquait, de la part du pouvoir adjudicateur, une grande vigilance quant au respect du principe de concurrence efficace. Il y avait un risque d'entente sur les prix entre deux concurrents. En l'occurrence, les deux sociétés adjudicatrices des lots n° 1 et 3 avaient présenté une offre comportant quasiment le même prix. Il en était allé de même pour le lot n° 2. Le phénomène s'était déjà produit pour le marché des ordinateurs portables lors de la campagne d'achat 2013/2014 menée par le PAIR. Une telle identité de prix aurait dû immanquablement susciter auprès de l'intimé des doutes sur d'éventuelles ententes illicites. Il aurait dû au moins interpellier les deux concurrents au sujet de leurs offres respectives qui étaient en outre anormalement basses.

Selon un troisième grief de la recourante, l'autorité adjudicatrice avait abusé de son pouvoir d'appréciation en sous-évaluant et en sous-notant l'offre qu'elle avait présenté, selon ce qu'elle avait déjà pu constater sur la base du dossier incomplet auxquelles elle avait pu avoir accès. En particulier, tel avait été le cas en rapport avec le critère d'évaluation « organisation et responsabilité sociale » pour lequel elle avait accusé un retard trop important sur ses concurrents. Elle constatait des anomalies majeures en rapport avec cette évaluation. Notamment, elle avait reçu une note « 0 » en rapport avec deux questions référencées « OSR-23 » et « OSR-34 ». Lors d'une rencontre du 13 avril 2015 avec les représentants de l'autorité adjudicatrice, ceux-ci avaient prétendu qu'elle n'avait pas répondu à la question, ce qui était faux. Après rectification de ces deux erreurs, elle aurait obtenu 75 points supplémentaires qui auraient suffi à la placer en 2ème position. 8)

À réception du recours, le juge a appelé en cause Dell et HP. De même, il a demandé au pouvoir adjudicateur qu'il produise les offres de ces sociétés et le dossier d'évaluation. 9)

Ce dernier s'est exécuté. Il a demandé toutefois que certaines pièces soient restreintes d'accès pour les parties afin de préserver le secret des affaires, mais aussi l'originalité de sa méthode d'évaluation technique des offres dont le détail ne devait pas être soumis aux concurrents, dans la perspective des marchés futurs. 10) Par décision du 23 avril 2015 notifiée aux parties, le juge délégué a accédé à cette demande de restriction partielle d'accès aux pièces. 11) Dans un complément de recours du 28 avril 2015, la recourante a persisté dans ses conclusions.

- 7/15 - A/1210/2015

Les pièces produites par le PAIR ne permettaient toujours pas de comprendre exactement de quelle façon l'évaluation technique des offres des trois soumissionnaires avait été faite, notamment en raison des restrictions d'accès aux pièces qui avaient été décidées de manière incompréhensible, dans la mesure où il n'y avait pas de secret d'affaires à préserver.

L'examen des pièces disponibles mettait encore mieux en évidence la sous-évaluation de son offre par rapport à celle de ses concurrentes. En rapport avec la question libellée « ORS-23 », elle avait reçu la note 0 faute d'avoir fait référence à un programme de formation des ouvriers à leurs droits, tandis que les appelées en cause avaient obtenu une note maximale du seul fait qu'elles avaient collaboré avec une organisation néerlandaise active dans le domaine du commerce équitable et du développement durable. Les trois soumissionnaires concurrentes auraient dû toutes trois recevoir la note 0 ou la note 4, faute d'avoir apporté la preuve de leurs propres initiatives de formation des ouvriers à leurs droits dans les usines de leurs fournisseurs. Elle avait également été traitée de manière moins favorable dans l'évaluation de sa réponse à la question « ORS 30 » relative à la réalisation d'un bilan des émissions de gaz à effet de serre de ses activités et de celles de ses fournisseurs qui étaient injustifiées. Il en était de même avec les questions référencées « ORS 42 » relatives à la politique relative à la chaîne d'approvisionnement de minerais provenant des zones de conflits ou à haut risque, ou « ORS 47 » relative à la nomination de personnes responsables des questions de responsabilités sociales et environnementales. Une fois toutes ces erreurs corrigées, elle aurait obtenu un nombre de points suffisant pour être classée au 1er rang dans le cadre de l'adjudication du lot n° 1.

De même, les pièces consultées confirmaient l'alignement illicite des prix de ses deux concurrentes et l'absence d'initiative de la part de l'autorité adjudicataire pour faire la lumière sur cette situation curieuse.

L'examen de pièces mettait en évidence une autre anomalie majeure frappant les décisions d'adjudication. L'art. 6 du contrat-cadre 2015-2016 du PAIR pour l'achat du matériel informatique objet du marché prévoyait que le prix des équipements adjudgés au fournisseur suite à l'appel d'offre et les prix du matériel complémentaire et des options qui faisaient l'objet de ce contrat étaient les prix nets hors TVA résultant de l'offre du fournisseur. Il devait s'agir de prix maximum fixes et définitifs. Lors du précédent contrat-cadre 2013-2014 du PAIR, la recourante avait eu des échanges avec ce dernier à ce propos. Pour des raisons de droit de la concurrence, il n'était pas possible pour un soumissionnaire de fixer le prix de vente des revendeurs (prix indirects). Le PAIR, par pli du 15 novembre 2012, avait demandé aux participants à l'appel d'offres, de faire figurer un seul prix, comprenant tant la vente directe qu'indirecte via un revendeur, le prix indirect devant comprendre la commission de ce dernier. Il découlait de cet échange que le PAIR exigeait des fournisseurs répondant à cet appel d'offres l'indication d'un seul et unique prix

- 8/15 - A/1210/2015 maximal. C'était la raison pour laquelle son offre pour les lots nos 1 et 3 mentionnait un prix maximal de CHF 470.-, respectivement CHF 760.- et une marge maximale appliquée par les revendeurs. Même si HP et DELL avaient toutes deux caviardé les parties correspondantes de leur offre, il ressortait d'un extrait de la pièce 15 PAIR que HP avait notamment offert deux prix distincts, l'un pour la vente directe, l'autre pour la vente indirecte, soit une offre pour un prix direct de CHF 455.- et un prix indirect de CHF 484.50. Ce simple fait aurait déjà dû conduire à l'élimination de HP pour non-respect de l'appel d'offres, lequel prévoyait un seul prix maximal. Alors que l'offre de LENOVO avait été évaluée sur une offre de prix maximal, HP l'avait été sur un prix maximal marge non comprise, ce qui violait le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires. 12) Le 22 mai 2015, le PAIR a conclu au rejet de la demande de restitution d'effet suspensif. Il réfutait toutes les critiques relatives aux restrictions d'accès aux pièces du dossier. Il avait reçu des représentants de la recourante le dernier jour du délai de recours et avait fourni toutes explications utiles, transmettant un certain nombre d'informations. La recourante connaissait déjà depuis janvier 2015 les prix offerts par DELL et HP pour les lots nos 1 et 3, au moment de l'ouverture des offres, mais elle n'avait pas réagi.

Le recours n'avait pas de chance de succès. Le libellé de la décision, complété par les informations données lors de l'entretien du 10 avril 2015 permettait de respecter les exigences légales de motivation. Il n'était pas étonnant que les prix offerts par les deux appelées en cause soient proches, dans la mesure où il s'agissait d'entreprises similaires ayant toutes deux un réseau de vente mondial et important en Europe, étant très présentes dans le marché suisse. Celles-ci avaient certainement un réseau de fabricants similaire. Le seul fait de la proximité de prix ne suffisait pas à créer un doute sérieux et grave quant à une éventuelle entente illégale entre concurrents. L'examen des offres proposées pour les lots nos 1 à 5 démontrait que d'autres concurrents avaient offerts des prix proches de ceux des appelés en cause et que, pour certains lots, les prix que ceux-ci avaient proposés différaient fortement les un des autres.

L'argumentation de la recourante relative à la coexistence, non conforme, de plusieurs prix que les appelés en cause auraient fait figurer dans leur offre ne tenait pas. Les prix offerts par les soumissionnaires des différents lots étaient résumés dans le document « formulaire de synthèse » qui devait être signé par chacun pour remporter son engagement. Or, un seul prix pour chaque lot pouvait y être mentionné. Le terme « prix maximum » utilisé dans l'appel d'offres ne signifiait pas que le prix retenu devait être le prix indirect. Le prix maximum devait inclure le cas où un adjudicataire passait par un canal de revente. Le tableau de description de chaque lot demandait aux soumissionnaires de mentionner son prix et d'indiquer s'il s'agissait de vente directe ou indirecte. Les appelés en cause l'avaient précisé, alors que LENOVO n'avait rien mentionné. Concernant le prix, l'autorité adjudicatrice

- 9/15 - A/1210/2015 n'avait pas à examiner comment les soumissionnaires étaient organisés pour la vente de leurs produits, quel canal de vente il devait choisir. Elle se bornait à évaluer le prix offert dont le montant était laissé au libre choix du soumissionnaire.

Les critiques relatives à un abus du pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des offres étaient injustifiées. L'évaluation des offres avait été scindée. Des groupes d'experts différents étaient intervenus, chacun selon leur domaine de compétence et expérience (un groupe d'expert commercial administratif en conformité des offres, un groupe d'expert en

matière de responsabilité sociale et un groupe d'expert technique pour les tests). Chaque groupe avait évalué sa partie des offres sans connaître le résultat des évaluations des autres groupes. Les critiques relatives à la façon dont la recourante avait été évalué pour les réponses aux questions « ORS 23, 30, 42 et 47 » étaient totalement infondées ainsi qu'elle le détaillait dans sa réponse. 13) Les 21 et 22 mai 2015, HP et DELL ont respectivement conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif, cette dernière faisant sienne la position et les conclusions du PAIR. 14) Par décision incidente du 12 juin 2015, notifiée aux parties, le juge délégué a renoncé à restreindre l'accès aux tableaux de synthèse de l'évaluation technique des offres des trois sociétés et accordé un délai aux parties pour déposer d'éventuelles observations complémentaires sur effet suspensif. 15) Dans le délai imparti, LENOVO a transmis des observations complémentaires, persistant dans ses conclusions. Il ressortait des pièces auxquelles elle venait d'avoir un accès complet que, s'agissant du lot n° 1, tant HP que Dell auraient dû être exclues du marché. Celles-ci n'avaient pas respecté une condition technique imposée par l'appel d'offres, sous peine d'élimination. Alors que l'annexe D de celui-ci, relative au « descriptif du lot avec détail des prix » demandait que le disque dur du « PC- 25 » ait une taille de « 500 giga-octet (ci-après : GO) ou plus, à 7'200 rotations par minutes (ci-après : RPM) (hybride accepté) ou de 128 GO ou plus en Solid- state drive (ci-après : SSD) », HP avait proposé un disque « 500 gigabytes (ci-après : GB) Serial ATA (ci-après : SATA) 6G 2.5 8G Solide-state drive (ci-après : SSHD) » dont la partie disque-dur ne tournait qu'à 54'000 RPM. Quant à Dell, le seul disque de la gamme qu'elle proposait, au vu des caractéristiques techniques de celui qu'elle offrait, ne pouvait qu'être un disque dur hybride dont la partie disque dur tournait à 54'000 RPM.

Pour le surplus, elle relevait l'incohérence et/ou l'arbitraire du PAIR dans l'attribution des points dans l'évaluation technique et ce, systématiquement en sa défaveur. Elle se référait à l'évaluation de l'exigence de la fourniture d'un lot de mémoire disponible où elle avait reçu la note 0, alors que cette exigence n'était pas requise dans l'appel d'offres pour le lot n° 3. Pour ce dernier, la possibilité de désactiver la track-pad ne figurait pas dans le descriptif des caractéristiques

- 10/15 - A/1210/2015 minimales. Elle n'en avait donc pas traité alors que le produit qu'elle proposait comportait cette fonction. Elle avait reçu une note 0 qui, sous cet angle était erronée.

Elle avait été pénalisée par rapport à Dell et HD dans l'évaluation du lot n° 1 en rapport avec l'exigence de la mention d'un code-barre du numéro de série sur le carton de livraison alors que, pour le lot n° 3, elle avait obtenu le même nombre de points que celles-ci. Cette différence de traitement était incompréhensible dès lors que son standard d'étiquetage était le même pour les PC et les UP.

Concernant l'exigence de fournir un produit, s'agissant du lot n° 1, comportant six « ports USB » dont au moins deux en face avant, seules HP et elle-même avaient proposé une telle configuration. Elle avait cependant été notée de manière bien inférieure à sa concurrente. Il y avait tout lieu de penser que la différence de notation découlait d'autres critères non-transparents et non mentionnés ou communiqués par le PAIR (à tout le moins à elle-même).

La présence de « ports PS2 » n'était pas demandée dans la description des caractéristiques minimales du lot n° 1. Pourtant le PAIR avait octroyé un nombre de points important pour

cette caractéristique à ces concurrents et 0 points à elle-même. Elle était bien entendu en mesure de proposer ce type de « port » et l'aurait fait, si cela avait été demandé. 16) Le 26 juin 2015, le PAIR a également persisté dans ses conclusions en rejet de la demande de restitution d'effet suspensif.

Il contestait l'existence d'une entente illégale entre soumissionnaires. L'existence d'un prix similaire ou identique ne constituant pas un indice. Pour l'évaluation du prix, les tableaux de description de chaque lot demandaient aux soumissionnaires de mentionner leur meilleur prix pour les appareils offerts, la mention de vente directe ou indirecte était donnée uniquement à titre d'information. D'une manière générale, le canal de vente n'était pas pris en considération dans l'évaluation du prix. Elle n'avait pas voulu retarder la procédure en ne communiquant pas tout de suite les tableaux d'évaluation auxquels la chambre administrative avait donné accès récemment. C'étaient les soumissionnaires eux-mêmes qui avaient soulevé le problème. Les pièces dont le juge délégué avait autorisé l'accès rapportaient les mesures effectuées lors des tests techniques et les résultats de celles-ci sur les appareils proposés pour les lots nos 1 et 3. Ces tests avaient été effectués en simultanément sur trois lieux différents. Ces mesures techniques avaient été effectuées sur des logiciels de tests indépendants et reconnus, acquis par le PAIR, sans aucune intervention ni appréciation de sa part.

Concernant le lot n° 3, si le matériel présenté par LENOVO avait reçu des résultats inférieurs, c'est que le processeur qu'il utilisait était d'une génération précédente et moins performante.

- 11/15 - A/1210/2015

Il y avait urgence à pouvoir conclure le marché, car le renouvellement du parc informatique de plusieurs bureaux du PAIR n'avait toujours pas pu être opéré. À fin décembre 2015, les contrats issus du présent appel d'offres ne pourraient de toute façon pas être reconduits. Si l'effet suspensif était prononcé, la concrétisation du marché serait suspendue jusqu'à droit jugé au fond, ce qui allait prendre plusieurs mois. Un appel d'offres devrait probablement être relancé concernant le ou les lots suspendus, étant donné que les appareils proposés auront déjà fait l'objet d'une amélioration importante. Il y avait un risque de distorsion de la concurrence en cas de nouvel appel d'offres étant donné que les nouvelles parties à la procédure connaîtront non-seulement les prix offerts par les autres, mais sauront aussi quels types d'appareils auront été proposés avec quelles spécificités techniques alors que les autres soumissionnaires qui participeront à ce nouvel appel d'offres n'auront pas ces informations. 17) Dell et HP n'ont pas formulé d'observations. 18) Le 2 juillet 2015, LENOVO a répliqué. Elle maintenait qu'elle soupçonnait une entente sur les prix entre Dell et HP, concernant le lot n° 3, car la première avait proposé, pour le même prix, un matériel intégrant des composants plus performants et plus chers.

Le PAIR ne pouvait, à l'appui d'une de ses conclusions en rejet de l'effet suspensif, affirmer que dans l'hypothèse de l'admission de cette requête, elle devrait relancer un nouvel appel d'offres dans lequel il y aurait un risque de distorsion de la concurrence. Actuellement, il n'y avait aucun autre soumissionnaire potentiel qui serait susceptible de soumissionner pour ce type de marché. En outre, la configuration et les prix évoluaient très vite, si bien que si un nouvel appel d'offres devait être lancé, ces éléments seraient nécessairement différents de ce qui avait été proposé dans le cadre du présent appel d'offres. L'urgence devait être relativisée. Considérant, en droit, que : 1)

La présidence de la chambre administrative est compétente pour statuer en matière de mesures provisionnelles (art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010). 2)

Le présent recours, interjeté contre un appel d'offres d'une collectivité publique et interjeté dans les dix jours par-devant l'autorité compétente est prima facie recevable (art. 15 al. 1bis et 2 AIMP ; art. 55 let. a et 56 al. 1 RMP ; art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 3)

Sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif (art. 66 al. 1 LPA). En matière de marchés publics, soumis ou non aux traités internationaux, le recours n'a pas d'effet suspensif (art. 17 al. 1 AIMP et

- 12/15 - A/1210/2015 58 al. 1 RMP). Toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, restituer cet effet pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP).

« L'examen de la requête suppose une appréciation prima facie du bien-fondé du recours ; le but est alors de refuser l'effet suspensif au recours manifestement dépourvu de chance de succès, dont le résultat ne fait aucun doute ; inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire mais suppose de constater et de pondérer le risque de préjudice » (Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Bernard ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, Marchés publics 2010, 2010, pp. 311-

## **E. 29**

janvier 2015. Il mentionnait le nom des différents soumissionnaires et les prix proposés par ceux-ci. 5)

Pour les lots n° 1 et n° 3, le résultat de l'évaluation des offres a été le suivant :

lot n° 1 (PC) :

40 % DELL HP LENOVO Qualité technique et écologique (selon les tests) Pond. points points points Environnement 10.00 184.76 210.80 137.62 Construction/montage 8.00 153.38 152.47 187.55 Ergonomie 8.00 136.10 150.58 173.45 Performances 8.00 88.73 91.79 114.32 Plus-values techniques 6.00 165.47 156.11 109.89 Points- 1000 40.00 728.44 761.76 722.83 Points pondérés

291.38 304.70 289.13 Rang

2 1 3

35 % DELL HP LENOVO Coût Pond. points points points Prix configuration offerte 28.00 800.00 800.00 726.00 Coût des options 7.00 32.00 85.00 200.00 Points- 1000 35.00 832.00 885.00 926.00 Points pondérés

291.20 309.75 324.10 Rang

3 1 1

25 % DELL HP LENOVO Organisation et responsabilité sociale Pond. points points points Responsabilité sociale 10.00 250.00 363.00 175.00 Avant-vente et commande 5.00 200.00 200.00 180.00 Services optionnels 5.00 200.00 200.00 150.00 Support 5.00 200.00 200.00

200.00 Points- 1000

**E. 34**

n. 15, p. 317).

La restitution de l'effet suspensif constitue une exception en matière de marchés publics et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/146/2015 du 3 février 2015 ; ATA/1037/2014 du 19 décembre 2014 ; ATA/60/2013 du 30 janvier 2013 consid. 5 ; ATA/85/2012 du 7 février 2012 consid. 2 ; ATA/752/2011 du 8 décembre 2011 ; ATA/614/2011 du 28 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/214/2011 du 1er avril 2011 et la jurisprudence citée). 4)

En matière d'évaluation des offres, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation (ATA/864/2004 du 26 octobre 2004 ; Peter GALLI/ André MOSER/Élisabeth LANG/Marc STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3ème éd., 2013, p. 241 n. 564 et la jurisprudence citée). 5)

La recourante fait grief à l'autorité adjudicatrice de ne pas avoir motivé suffisamment sa décision des adjudications en violation de son droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101). À teneur de loi, une décision d'adjudication doit être sommairement motivée (art. 13 let. h AIMP ; 45 al. 1 RMP). Prima facie, la décision querellée qui lui explique que son offre pour les lots nos 1 et 3 contrairement à celle qu'elle a présentée pour le lot n° 5, n'a pas été retenu car ne représentant pas l'offre économiquement la plus avantageuse, couplée avec les explications et les grilles d'évaluation fournies dans le délai de recours, a permis à la recourante de comprendre les raisons et le sens de la décision qu'elle conteste (ATA/800/2013 du 10 décembre 2013). 6)

Dans le cadre de son activité, le pouvoir adjudicateur doit respecter les principes généraux du droit des marchés publics, énoncés à l'art. 11 AIMP, et rappelés aux art. 16 ss RMP, notamment celui de la non-discrimination et celui de l'égalité de traitement entre soumissionnaires, ancrés aux art. 11 let. a AIMP et 16 RMP, ainsi que celui de la concurrence efficace des art. 11 let. b AIMP et 17 RMP.

- 13/15 - A/1210/2015 7)

La recourante allègue que les deux sociétés appelées en cause se sont concertées de manière illicite sur leur prix en présentant une offre d'un prix similaire s'agissant du lot n° 1 et des prix se rapprochant dans le cas du lot n° 3, sans que le pouvoir adjudicateur ne leur demande de justification, à l'instar de la procédure qu'il doit suivre en présence d'un prix anormalement bas (art. 41 RMP). Une telle entente serait proscrite dans la mesure où elle porterait atteinte à une concurrence efficace (art. 42 al. 1 let. d RMP). À ce stade de la procédure, l'existence d'une telle entente n'est aucunement établie par les pièces du dossier. La recourante fait état du « trouble » dont elle est saisie lorsqu'elle constate la similitude de prix précitée, mais n'amène aucun élément probant permettant d'établir concrètement l'existence d'une entente illicite faussant la concurrence, ne serait-ce que sous la forme d'indices. Si les prix des deux appelés en cause étaient similaires pour le lot n° 1, ils différeraient pour le lot n° 3, mais aussi, de manière plus importante, pour le lot n° 5. En outre, leur prix, pour le lot n° 1 n'était guère inférieur (CHF 15.-) à celui qu'elle avait elle-même proposé. Ce grief sera examiné avec le fond du litige. En l'état, dans le cadre de l'examen qui doit être fait au stade des mesures provisionnelles, il ne peut être retenu que le

recours puisse avoir des chances de succès qui légitimeraient sans autre une restitution de l'effet suspensif. 8)

La recourante, dans ses écritures du 28 avril 2015, soutient, en se fondant sur une pièce de l'appel d'offres de HP que celle-ci aurait dû être exclue du marché parce qu'elle aurait offert deux prix distincts l'un pour la vente directe l'autre pour la vente indirecte, en violation des conditions de l'appel d'offre devant être respecté sous peine du prononcé d'une telle mesure. Par extrapolation et pour des raisons identiques, il devrait en aller de même de l'autre société adjudicataire qu'elle soupçonne de s'être entendue avec la première.

L'examen des pièces de la procédure ne permet pas de la suivre. Le formulaire de synthèse figurant à l'annexe A de l'offre de cette dernière, formulaire signé par celle-ci, mentionne un seul prix unitaire tant pour le lot n° 1 que pour le lot n° 3, soit un prix unitaire de, respectivement, CHF 455.- HT et CHF 720.- HT qui correspond au prix de vente unitaire maximum que le soumissionnaire entend proposer pour chaque lot aux membres du PAIR, ainsi que le précise le modèle de contrat cadre que chaque soumissionnaire, dans son offre, s'engage à respecter. En outre, ce montant correspond à celui du prix unitaire enregistré par le pouvoir adjudicateur dans le procès-verbal d'ouverture des offres communiqué le 29 janvier 2015. 9)

La recourante soutient dans ses écritures du 26 juin 2015, postérieures à l'élargissement de l'accès aux pièces, selon décision du 12 juin 2015, que les appelées en cause aurait dû être éliminées du marché relatif au lot n° 1, pour non- respect d'une condition éliminatoire de l'appel d'offre, leur matériel informatique ne respectant pas, s'agissant de la taille du disque dur, les caractéristiques techniques minimales requises pour le lot n° 1, selon l'appel d'offre, celui-là ne tournant pas à 7200 tour par minutes. À nouveau, sur la base des pièces versées à la procédure, ce

- 14/15 - A/1210/2015 grief ne peut être a priori retenu. Selon la description des caractéristiques minimales du lot, la taille du disque dur doit être soit de 500 GO au minimum s'il s'agit d'un disque de type HDD, ou d'un disque hybride, soit de 128 GO au minimum en SSD. Une telle vitesse, même si elle est préconisée dans le premier type de disque, n'est pas une condition se rapportant à la taille de celui-ci. Preuve en est le fait qu'aucune précision relative à la vitesse de transmission des données ne figure en rapport avec la possibilité de fournir un disque en SSD. 10) Pour le surplus, la recourante développe une série de griefs à l'encontre de la façon dont son offre a été évaluée, soit qu'elle n'aurait pas eu droit au nombre de point qu'elle aurait dû recevoir, soit que ses concurrentes auraient été notées trop favorablement, soit encore que le pouvoir adjudicateur aurait tenu compte d'éléments non requis dans l'appel d'offre pour favoriser ses concurrentes. Le juge chargé de statuer sur une éventuelle restitution de l'effet suspensif, ne peut tenir compte à ce stade de la procédure des contestations de cette nature, compte tenu du large pouvoir d'appréciation dont le pouvoir adjudicateur jouit en la matière. En vertu des art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP, il ne peut ainsi prendre en considération ce type de griefs que si l'abus dudit pouvoir d'appréciation, voire l'arbitraire de l'évaluation faite par le pouvoir adjudicateur ou un comportement de ce dernier favorisant l'adjudicataire ressortent de manière tangible des pièces de la procédure permettant de retenir a priori que le recours a des chances de succès.

En l'espèce, la recourante a certes détaillé dans ses diverses écritures la façon dont elle considère que certains postes de son offre ou de celles de ses concurrentes ont été évalués à son détriment, même si, par la nature de son argumentation elle donne l'impression de vouloir substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité intimée en matière de notation. De son côté, dans sa réponse au recours, le pouvoir adjudicateur a également exposé de manière circonstanciée, justifiée par pièces, de quelle façon l'évaluation des offres a été effectuée par des équipes indépendantes, travaillant avec les mêmes logiciels et selon les mêmes protocoles, qu'il s'agisse de l'évaluation technique des différents matériels informatiques proposés ou des autres critères d'adjudication. Dans ce cadre, elle a également exposé de manière en quoi étaient infondés les différents reproches qui lui étaient adressés au sujet de la mauvaise notation de certaines réponses apportées par la recourante. Ces différents griefs seront repris lors de l'instruction au fond. À ce stade de la procédure toutefois, il ne peut être retenu que les moyens développés par cette dernière puissent d'emblée permettre de considérer que son recours ait des chances importantes de succès. 11) Pour le reste, l'intérêt public poursuivi par l'autorité intimée est d'assurer, pour les années 2015/2016, le bon fonctionnement des administrations ou entités publiques qui sont membres du PAIR par l'approvisionnement et le renouvellement d'un matériel informatique moderne acheté collectivement et aux meilleures conditions. L'intérêt privé de la recourante qui s'y oppose est d'obtenir une part plus importante du marché informatique que représentent le champ d'activité couvert par

- 15/15 - A/1210/2015 celles- là. Dans la pesée des intérêts imposée par les art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP, au vu des chances relatives de succès du recours, l'intérêt public de l'intimée à la poursuite du marché prévaut sans conteste sur celui de la recourante à stopper la mise en œuvre de la décision d'adjudication jusqu'à droit jugé sur le fond. 12) La restitution de l'effet suspensif sera refusée.

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