

GE_GERICHTE ATA/761/2020 vom 18. August 2020

GE Cour de justice, 2020-08-18, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_761_2020

FR: GE_GERICHTE ATA/761/2020 du 18 août 2020

IT: GE_GERICHTE ATA/761/2020 del 18 agosto 2020

Regeste

Résumé: Annulation d'une adjudication de gré à gré d'un marché qui ne présente pas des caractéristiques techniques qui pourraient imposer l'utilisation d'une procédure de gré à gré exceptionnelle.

Erwägungen

E. 12

septembre 1985 (LPA - E 5 10), applicable sur renvoi de l'art. 3 al. 4 L-AIMP.

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 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2.1).

En l'espèce, la qualité pour recourir est étroitement liée au problème de fond qui se pose. En effet, dans la procédure de gré à gré, l'adjudicateur choisit la personne de l'adjudicataire en dehors de tout appel d'offres. Un concurrent potentiel ne peut donc pas exiger d'être inclus dans une telle procédure. Il ne peut contester une telle adjudication qu'en démontrant que le marché en cause devait faire l'objet d'une procédure ouverte. Une telle faculté n'est toutefois réservée qu'à celui qui établit qu'il aurait été en mesure de présenter une offre susceptible d'être retenue dans l'hypothèse d'une procédure ouverte ; il ne lui suffit donc pas de démontrer que le choix de l'adjudication de gré à gré était contraire au droit (ATF 141 II 307 consid. 6.3 ; 137 II 313 consid. 3.3.2 et 3.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_534/2011 du 23 février 2012 consid. 4.2).

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 la prestation concrète. Celui qui veut offrir une prestation doit 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).

Il appartient donc à l'autorité d'examiner, pour déterminer la qualité pour recourir de ce soumissionnaire potentiel, si la restriction posée à l'objet du marché l'empêchant de soumissionner est ou non admissible (arrêt du Tribunal fédéral 2C_841/2016 du 25 août 2017 consid. 4.2).

- 9/14 - A/4648/2019 3)

Dans l'avis d'adjudication querellé, l'OBA a considéré que le marché public en cause était un marché de construction non soumis aux accords internationaux, sans développer plus avant ce point de vue dans ses écritures.

Au vu du montant adjugé, soit CHF 461'232.79 TTC, le marché est en tous les cas soumis à l'AIMP (art. 7 cum annexe II AIMP), et serait soumis aux accords internationaux si l'on considérait qu'il s'agit non pas d'un marché de construction – ce qui paraît faux s'agissant de l'acquisition, au premier chef, d'un logiciel de vidéosurveillance, sur lequel porte l'exclusivité alléguée fondant la procédure de gré à gré exceptionnelle – mais d'un marché de fournitures (art. 7 cum annexe I AIMP).

Il faut donc constater que le marché litigieux se situe au-dessus du seuil prévu par le RMP et qu'il est soumis aux traités internationaux (art. 8 al. 1 RMP). L'autorité adjudicatrice ne pouvait donc passer le marché de gré à gré qu'aux conditions de l'art. 15 al. 3 RMP, ce que l'OBA admet implicitement dans ses écritures. 4)

Le marché peut être adjugé directement si un seul prestataire entre en considération en raison des particularités techniques ou artistiques du marché ou pour des motifs relevant du droit de la propriété intellectuelle (art. 15 al. 3 let. c RMP) ou encore si les prestations sont destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des prestations déjà fournies qui doivent être acquises auprès de l'adjudicataire initial, étant donné que la compatibilité avec du matériel ou des services existants ne peut être garantie que de cette façon (art. 15 al. 3 let. f RMP). 5) a. Selon l'art. VI ch. 3 de l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0.632.231.422), le pouvoir adjudicateur n'exigera ni ne mentionnera de marques de fabrique ou de commerce ou noms commerciaux, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines ou de producteurs ou fournisseurs déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que des termes tels que « ou l'équivalent » figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres. Aussi, afin d'éviter une trop grande restriction de la concurrence, le pouvoir adjudicateur ne doit, en principe, pas décrire les spécifications techniques attendues de manière si restrictive que seul un produit ou un soumissionnaire, voire un nombre limité d'entre eux, n'entrent en considération pour l'adjudication. Il convient au contraire de privilégier une description en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives, comme le requiert l'art. VI ch. 2 let. a AMP (arrêt du Tribunal administratif fédéral [ci-après : TAF] B-4743/2015 du

E. 16

septembre 2015 consid. 5.1).

b. L'art. 28 al. 2 RMP, qui est quant à lui sans conteste applicable au présent marché public, ne prévoit pas autre chose : selon cette disposition, il ne doit pas

- 10/14 - A/4648/2019 être mentionné de marques de fabrique ou de commerce, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origine ou de fabricants de produits ou de prestataires de services déterminés, à l'exception des cas où a) aucun autre moyen de description suffisamment précis ou intelligible n'existe ; et b) des termes tels que « ou équivalent » figurent dans les documents d'appel d'offres.

c. Pour invoquer la circonstance exceptionnelle pour des raisons techniques il est nécessaire d'établir l'existence de raisons « techniques », lesquelles correspondent à des spécifications techniques qui figureraient dans les documents de soumission si l'adjudicateur mettait le marché en concurrence. Il faut également qu'il n'y ait qu'un seul fournisseur apte à offrir la prestation recherchée, ce qui correspond à un monopole de fait fondé sur des raisons objectives (Manuel JAQUIER, Le « gré à gré exceptionnel » dans les marchés publics :

étude de droit suisse et européen, 2018, n. 130 ss). 6)

En l'espèce, la recourante vend des solutions de vidéosurveillance de différents fabricants, dont certaines équipent actuellement des postes de police genevois. Elle aurait donc la qualité pour recourir si les caractéristiques recherchées par le pouvoir adjudicateur pour le test de système de management de vidéosurveillance pouvaient être obtenues par le biais d'autres produits que ceux vendus sous la marque Geutebrück.

La question centrale du présent litige consiste donc à savoir si tel est le cas.

En l'espèce, l'OBA justifie l'exception dont il se prévaut par le fait que le système de gestion de la vidéosurveillance des postes de police doit être complété et agrandi afin de respecter la loi. Le système de gestion de la vidéosurveillance doit qui plus est être uniforme pour tous les postes de police dès lors que toutes les données seront stockées dans un seul Data Center situé dans le NHP. Il est en outre indispensable que ce système soit parfaitement compatible avec les installations existantes et qu'il permette de répondre aux exigences légales et permette une uniformité de tous les postes de police pour des questions d'efficacité technique, de formation et financières. Pour le test qu'il souhaite effectuer avec deux postes de police, la police avait expressément demandé que le logiciel retenu soit celui de l'entreprise Geutebrück. La seule entreprise habilitée à vendre, installer et entretenir des équipements de la marque Geutebrück en Suisse était Etavis. Les deux conditions des let. c et f de l'art. 15 al. 3 RMP étaient remplies.

Ce raisonnement est mis à mal par le fait, non contesté, que d'autres postes de police, notamment ceux de Chêne et Servette, sont équipés d'autres systèmes de vidéosurveillance, comme le système Seetec, distribué par la recourante. Il est donc établi que le système Geutebrück n'est pas utilisé de manière exclusive et que d'autres systèmes ont les fonctionnalités requises puisqu'ils sont déjà utilisés dans d'autres locaux. S'agissant des fonctionnalités nécessaires pour le test de

- 11/14 - A/4648/2019 centralisation des données faisant l'objet du marché litigieux, l'OBA n'a pas fourni de spécifications puisqu'il a incorporé dans les exigences du projet l'utilisation du logiciel VMS G-SIM de l'entreprise Geutebrück dont Etavis détient l'autorisation de vente, d'installation et d'entretien.

Toutefois, l'OBA ne justifie ce choix que par une raison subjective, soit la volonté de la police. En effet, les raisons objectives alléguées, comme le fait que le logiciel soit connu des utilisateurs, qu'il réponde en tous points aux besoins, tant opérationnels que judiciaires, de ceux-ci, que les droits d'accès au logiciel soient déjà en place, tombent à faux, dans la mesure où d'autres logiciels ayant toutes ces caractéristiques sont également utilisés par la police, notamment l'un de ceux que propose la recourante. 7)

La question de savoir si la preuve des conditions d'application de la circonstance exceptionnelle échoit à l'adjudicateur doit également être examinée. Dans une jurisprudence ayant fait débat, le Tribunal fédéral avait retenu – dans le cas de l'application de l'art. 13 al. 1 let. c de l'ordonnance fédérale sur les marchés publics, du 11 décembre 1995 (OMP - RS 172.056.11), dont la teneur est similaire à celle de l'art. 15 RMP – que cela reviendrait à exiger du pouvoir adjudicateur la preuve d'un fait négatif (ATF 137 II 313 consid. 3.5.2 = RDAF 2012 I 571, 574). Selon certains auteurs, ainsi que le TAF dans un arrêt postérieur, l'adjudicateur doit toutefois démontrer concrètement que son marché est empreint de spécificité(s) techniques(s) à ce point particulière(s), qu'il n'a pas d'autre choix

que d'adjuger le marché au fournisseur sur lequel il a jeté son dévolu en dehors de toute mise en concurrence et donc démontrer qu'un seul opérateur économique est apte à réaliser le marché. En effet, s'agissant d'une exception, il appartient à l'adjudicateur de démontrer que les conditions en sont remplies. En outre, la définition choisie du marché ne doit pas conduire à une restriction de la concurrence, l'obligation de mise en concurrence commençant dès l'analyse du ou des besoins de l'entité contractante (ATAF B-1570/2015 du 7 octobre 2015 consid. 2.3 ; Manuel JAQUIER, op. cit., p. 122 et 123 n. 141 et p. 145 n. 174 ; Martin BEYELER, in DC 1/2016 p. 25 ; Claudia SCHNEIDER HEUSI/Laura MAZZARIELLO, Die freihändige Microsoft-Vergabe der Bundesverwaltung, in : Jusletter 23 mai 2011, p. 5).

En l'espèce, tout le raisonnement fait par l'adjudicateur repose sur l'affirmation que seul le logiciel de la marque Geutebrück remplit les exigences qui sont énumérées en détail. Or, l'OBA ne prouve pas cette allégation. Il n'est pas contesté que des postes de police sont équipés d'autres systèmes, notamment deux postes par un système fourni par la recourante, sans que l'OBA ait jugé utile de s'expliquer plus avant sur les exigences purement techniques qui auraient été posées par la police et lui imposant de recourir au logiciel Geutebrück.

L'OBA a seulement indiqué qu'il souhaitait unifier les systèmes de vidéosurveillance de la police – choix qui, a priori, lui appartient – et qu'il voulait

- 12/14 - A/4648/2019 pour ce faire acquérir du matériel de la marque Geutebrück selon le souhait de la police. Ce faisant, il ne se conforme pas à l'art. 28 al. 2 RMP, n'ayant pas décrit les caractéristiques techniques qui feraient que seule cette solution de vidéosurveillance puisse entrer en ligne de compte.

Rien dans le dossier ne permet donc de retenir que le marché litigieux présente des caractéristiques qui pourraient imposer l'utilisation du logiciel Geutebrück au détriment d'autres logiciels VMS. La situation est notamment différente de celle jugée par les tribunaux zurichois dans laquelle il a été admis une adjudication de gré à gré d'un marché portant sur la maintenance et le développement d'un programme informatique utilisé par la police. Le prestataire actuel du marché avait développé le logiciel concerné et depuis plus de vingt ans, il s'occupait de sa maintenance et l'adaptait aux besoins des forces de l'ordre. Le fait de changer de fournisseur était aussi risqué sous l'angle de la fiabilité du système et aurait généré des dépenses importantes (TA ZH VB.1999.00106 du

E. 17

février 2000). Le choix fait in casu par la police du logiciel n'est pas une donnée de base du projet, comme l'allègue l'OBA et comme cela était, par exemple, le cas dans une affaire fribourgeoise où la volonté clairement affichée du maître de l'ouvrage de regrouper ses installations sur un seul site et de vouloir disposer de cette installation unique à proximité du centre cantonal de ses activités, soit dans l'agglomération de Fribourg, a été considéré comme une telle donnée de base par le Tribunal cantonal fribourgeois (TC FR 602 2012 148 du 7 juin 2013 consid. 3b). En l'espèce comme vu ci-dessus d'autres logiciels sont utilisés et pourraient également permettre de réaliser le VMS POC.

En conséquence, il s'avère qu'une procédure de gré à gré exceptionnelle ne pouvait se justifier ni pour des raisons de particularités techniques, ni pour des raisons de compatibilité avec du matériel existant.

La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante qui est à même de proposer une offre dans une procédure de marché portant sur un objet identique mais non limité aux produits Geutebrück. 8)

Le recours est recevable et la décision d'adjudication étant contraire au droit, le recours sera admis et la décision annulée. La cause sera renvoyée à l'OBA pour qu'il procède à un appel d'offres conforme à la législation en matière de marchés publics. 9)

Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge de la recourante ni d'Etavis qui n'a pas pris de conclusions (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à la recourante, à la charge de l'État de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

- 13/14 - A/4648/2019

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