République et canton de Genève
POUVOIR JUDICIAIRE
Cour de justice

Genève, date du timbre postal

- 2 AOUT 2016

A/2854/2014 DUM MARPU - Case 154

Chambre administrative
Rue du Mont-Blanc 18
Case postale 1956
CH - 1211 GENEVE 1

1211 GENEVE 1

R LA POSTE

98.41.900053.50691088

WHY OPEN COMPUTING SA
c/o Me MAUNOIR Alain
Rue de l'Athénée 4
Case postale 330
1211 Genève 12

Réf : **A/2854/2014** DUM MARPU
à rappeler lors de toute communication

Concerne : WHY OPEN COMPUTING SA

Madame, Monsieur,

L'affaire citée en marge étant terminée en ce qui nous concerne, nous vous adressons sous ce pli l'arrêt rendu par la chambre administrative en date du 26 juillet 2016.

Dans le cas où un émolument est mis à votre charge, il vous sera réclamé dès que l'arrêt sera devenu définitif. En cas de remboursement de l'avance, celui-ci sera effectué dans le même délai. Enfin, dans la mesure où l'émolument mis à votre charge est équivalent au montant de l'avance de frais payée, la compensation est automatique.

Nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, nos salutations distinguées.

La greffière

Annexe(s) mentionnée(s)

RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2854/2014-MARPU **ATA/633/2016**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 26 juillet 2016

dans la cause

WHY ! OPEN COMPUTING SA
représentée par Me Alain Maunoir, avocat

contre

PARTENARIAT DES ACHATS INFORMATIQUES ROMANDS

EN FAIT

1. Le partenariat des achats informatiques romands (ci-après : PAIR) est une association sans but lucratif qui a notamment pour but de définir et de réunir les besoins communs de ses membres afin de leur permettre d'acquérir, aux meilleures conditions, des produits et des prestations liées aux technologies d'information et de communication. Il est composé des entités publiques romandes, cantons, villes, communes, fédérations et associations de communes, ainsi que des établissements publics autonomes de droit cantonal.

2. Représenté par la centrale commune d'achats (ci-après : CCA) du canton de Genève, le PAIR a lancé, par publication dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 9 septembre 2014, un appel d'offres en procédure ouverte cantonale, marché public intitulé : « appel d'offres public pour l'acquisition de matériel informatique - 2015-2016 ».

   L'appel d'offres, subdivisé en cinq lots, avait pour objet l'acquisition par les membres du PAIR en 2015 et 2016, en quantité approximative de :

   a) 27'000 PC - postes de travail standards, représentant une valeur de CHF 13'000'000.- hors taxes (ci-après : HT) ;

   b) 16'100 écrans pour une valeur approximative de CHF 2'500'000.- HT ;

   c) 6'500 ordinateurs ultra portables pour une valeur d'environ CHF 5'200'000.- HT ;

   d) 2'300 imprimantes pour une valeur estimée à CHF 600'000.- HT ;

   e) 1'700 stations de travail pour une valeur approximative de CHF 2'700'000.- HT.

3. Le dossier complet de l'appel d'offres était téléchargeable sur le site des marchés publics romands simap.ch. Les conditions générales de participation, les critères d'aptitude ou d'adjudication et les justificatifs requis y étaient décrits précisément, de même que la procédure et les critères d'adjudication.

   Le délai de clôture pour le dépôt des offres était fixé au 23 octobre 2014.

   Le début de l'exécution du marché était fixé, pour chacun des lots, au 1er janvier 2015.

   Parmi les critères d'aptitude, figurait l'obligation pour le soumissionnaire de fournir un certificat ISO 9001 ou équivalent en matière de management de la qualité.

Chaque lot portait sur un seul type d'équipement informatique mais parfois avec plusieurs options. Le soumissionnaire devait proposer un seul modèle par type et par option.

Les caractéristiques techniques minimales du matériel exigées étaient détaillées, lot par lot, dans cinq tableaux annexés au dossier d'appel d'offres. Il était demandé au soumissionnaire d'indiquer, en répondant « oui » ou « non » au regard de chaque caractéristique demandée, si le matériel informatique qu'il proposait remplissait cette condition, avec la précision qu'une réponse négative était synonyme d'élimination. Dans la même annexe, le soumissionnaire devait mentionner les indications relatives au détail de son prix en indiquant le montant d'éventuels rabais consentis. Il devait également proposer un prix en rapport avec certaines options techniques précisées, ces indications de prix pouvant, dans certains cas, être prises en compte pour l'évaluation du prix, ou dans d'autres, être simplement mentionnées à titre informatif.

Pour le système d'exploitation (ci-après : OS) des lots a, c et e (postes de travail standards ; ordinateurs ultra portables ; stations de travail), le modèle proposé devait, sous peine d'élimination, indiquer s'il correspondait à certaines caractéristiques, soit notamment :

- OS par défaut : Windows 8.1 Pro (64 bits) avec possibilité de retourner à une version antérieure du logiciel (downgrader), soit à W7 Pro sur demande ;

- autres OS supportés : Windows 7 (32 et 64 bits) ou Linux pour les postes de travail standard et les ultra portables ; Windows 7 (64 bits) exclusivement pour les stations de travail.

La période contractuelle s'étendait du 1er janvier 2015 au 31 décembre 2016. L'exécution du marché serait échelonnée durant la période contractuelle selon les besoins, sans plan prédéfini. Il n'y avait pas de volume d'acquisition minimum garanti par le PAIR, ni par ses membres.

L'adjudication donnait lieu à la signature d'un contrat cadre dont la durée était fixée à la période contractuelle. À l'échéance, il pourrait être prolongé au maximum d'une année. Chacun des membres du PAIR serait amené à contracter directement avec les soumissionnaires qui avaient emporté le marché.

Étaient seules admises à soumissionner les sociétés qui étaient constructrices de matériel informatique, qui répondaient à toutes les conditions fixées dans l'appel d'offres, et qui avaient leur domicile, leur siège en Suisse ou dans un État signataire d'un traité international et qui accordait la pleine réciprocité aux prestataires suisses.

Le PAIR adjugerait le marché public à deux soumissionnaires par lot. Le dossier d'appel d'offres décrivait les besoins de chacun des membres du PAIR, certains d'entre eux étant désireux d'acheter du matériel dans les cinq lots, d'autres n'annonçant de besoins qu'en rapport avec l'un ou l'autre lot.

Le début de l'exécution du marché public était prévu au 1er janvier 2015. Les offres communes n'étaient pas admises. Le soumissionnaire pouvait s'inscrire pour participer à l'adjudication relative à l'un ou l'autre lot ou à l'ensemble de ceux-ci.

Chaque soumissionnaire devait payer un émolument non remboursable d'inscription de CHF 500.-, condition nécessaire pour que son offre soit considérée comme recevable.

4. Why ! open computing SA (ci-après : la société ou Why) est une société anonyme sise à Prilly dans le canton de Vaud. Elle a pour but l'importation, l'exportation, le commerce et la distribution de machines, de pièces détachées et d'une manière générale de marchandises ayant principalement recours aux logiciels libres (open source) et la vente de matériel informatique, la maintenance et la réparation de matériel et logiciels, le conseil, la formation, la conception et la commercialisation de logiciels informatiques ainsi que toute autre activité en lien avec le développement durable. Elle commercialise des ordinateurs de marque Why livrés avec un système d'exploitation GNU/Linux (Ubuntu) libre et gratuit. Cette commercialisation s'accompagnait de la publication de guides de réparation sur la plateforme collaborative internet.

5. La société s'était inscrite auprès du PAIR pour les lots a) postes de travail standards, c) ordinateurs ultra portables et e) stations de travail.

6. Par acte posté le 19 septembre 2014, la société a recouru contre l'appel d'offres du 9 septembre 2014. Préalablement, elle a conclu à la restitution de l'effet suspensif et à ce qu'il soit fait interdiction au PAIR de poursuivre la planification de la procédure d'adjudication, les délais de remise des offres étant notamment repoussés. Sur le fond, elle a conclu à ce que préalablement le PAIR produise l'ensemble du dossier qui avait permis l'établissement de l'appel d'offres, et à l'octroi d'un délai raisonnable pour compléter le recours, puis principalement, à l'annulation de la procédure d'appel d'offres et à la reprise de celle-ci par le PAIR, dans le respect des règles applicables aux marchés publics ainsi que dans le respect des stratégies admises et reconnues par les collectivités publiques en matière de développement des logiciels libres et de durabilité des équipements informatiques.

a. Il se justifiait de faire un appel d'offres distinct pour des équipements informatiques durables, exploitables avec des logiciels libres non soumis à une obsolescence programmée, dès lors que les appels d'offres du PAIR continuaient

à fixer une durée d'utilisation de cinq ans, si bien que les ordinateurs susceptibles de durer dix ans ne seraient pas mieux notés. Cela permettrait à Why, seule entreprise suisse à proposer des ordinateurs portables pré-installés sous GNU/Linux Ubuntu de déposer une offre et de faire valoir les atouts de durabilité (dix ans au lieu de cinq) de ses produits.

b. L'appel d'offres violait le principe de non-discrimination. La neutralité à l'égard des marques constituait partout un principe cardinal dans la législation sur les marchés publics. Le PAIR s'en était pourtant affranchi. L'exigence de fournir l'OS Windows tombait sous le coup de l'interdiction d'imposer de manière abusive des produits à utiliser.

Sachant qu'il existait environ cent quarante distributions Linux différentes, il était difficile de comprendre pourquoi le pouvoir adjudicateur était aussi précis concernant l'OS de Microsoft (Windows 8.1 Pro ou Windows 7) et aussi vague pour l'OS libre Linux.

c. L'appel d'offres violait la règle de l'offre « économiquement la plus avantageuse » en raison de la règle selon laquelle il y aurait deux adjudicateurs pour chaque lot.

De plus, le soumissionnaire pour ce marché public devait s'engager sur un « rabais de gros », sans avoir aucune idée des quantités qu'il pourrait effectivement vendre. Why devait, pour offrir des prix compétitifs, passer des commandes fermes à ses fournisseurs, sans aucune assurance sur les quantités effectivement vendues, ni sur le calendrier de livraison sur deux ans. Pour les multinationales, le volume de ce marché était si négligeable qu'il ne serait pas grave de ne finalement rien livrer.

De même, le soumissionnaire devait offrir des « remises sur le prix catalogue, pour l'ensemble des produits de sa gamme ne faisant pas partie des équipements informatiques demandés, comme par exemple smartphones et tablettes ». Certes, ces rabais ne seraient pas considérés dans l'évaluation des offres, mais ils engageaient le soumissionnaire et seraient applicables en cas d'adjudication du marché.

d. L'appel d'offres violait le principe de l'interdiction de l'inégalité de traitement.

Limiter l'appel d'offres aux seules « sociétés qui étaient constructrices de matériel informatique » avait pour conséquence de restreindre la concurrence.

e. L'appel d'offres serait nul, si le pouvoir effectif d'adjudication n'était pas au PAIR, mais auprès de chacun de ses membres.

f. L'appel d'offres manquait de clarté et de transparence. Les critères d'adjudication étaient mentionnés dans l'appel d'offres par ordre d'importance, mais la manière de les apprécier et/ou de les pondérer n'était pas explicite. De plus, certains critères d'exclusion n'avaient rien d'objectif, comme celui d'être constructeur ou celui de fournir un OS Windows 8.1 Pro ou encore de fonctionner correctement sous un OS Linux.

g. Le cahier des charges concernant le poste de travail standard excluait la livraison d'une machine avec une alimentation externe. Cette exigence était plus que discutable dans une perspective de développement durable. En effet, un microordinateur fonctionnait avec une alimentation externe, mais ne consommait au plus que 15 W, contre environ 300 W pour un desktop standard avec alimentation intégrée.

h. Le contrat pouvait être prolongé d'un an par « accord mutuel ». Une telle augmentation de 50 % de l'importance du marché n'était pas légale.

i. L'appel d'offres prévoyait que seules les entreprises disposant d'un certificat ISO 9001 ou équivalent en matière de management de la qualité rempliraient les critères d'aptitude. Cette exigence n'était pas compatible avec le principe cardinal de l'égalité de traitement. Un soumissionnaire pouvait parfaitement avoir établi un système de management de la qualité, sans pour autant l'avoir fait certifier.

j. Enfin, Why contestait la régularité de l'émolument de CHF 500.- exigé. Celui-ci ne correspondait à aucune contre-prestation. De plus, l'appel d'offres ne permettait pas au pouvoir adjudicateur d'en exclure une au seul motif que l'émolument n'aurait pas été payé.

7. Le PAIR a conclu le 7 octobre 2014 au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif.

8. Le 27 octobre 2014, Why a persisté dans son argumentation et dans ses conclusions.

9. Par décision du 3 novembre 2014 (ATA/850/2014), la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) a rejeté la requête en restitution de l'effet suspensif au recours et réservé le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond.

10. La procédure d'appel d'offres a alors repris et le délai pour déposer les offres a été reporté au 22 janvier 2015.

11. À l'échéance du délai pour le dépôt des offres, Why n'en a déposé aucune.

12. Dans ses observations du 30 avril 2015, le PAIR a conclu à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet « sous suite de frais et dépens ».

Why n'avait pas la qualité pour recourir dès lors qu'elle était incapable de soumissionner dans l'appel d'offres du PAIR. Elle n'avait d'ailleurs déposé aucune offre pour aucun lot.

Why n'avait plus aucun intérêt digne de protection à recourir contre l'appel d'offres du PAIR. Les décisions d'adjudication avaient été notifiées à chacun des soumissionnaires et publiées. Why ne pouvait plus espérer se voir attribuer une partie du marché.

Les nombreuses critiques émises par Why se rapportaient à des éléments qui relevaient du large pouvoir d'appréciation de l'autorité adjudicatrice.

Aucune quantité de commande n'était assurée car chaque membre du PAIR passait commande selon ses besoins et selon son budget. Il n'était pas possible d'imposer aux autorités l'acquisition de matériels dont elles n'auraient pas besoin. C'était une des raisons pour lesquelles les soumissionnaires devaient être des constructeurs, pouvant faire face à ce marché, tant au niveau financier qu'au niveau opérationnel. Les commandes ne pouvant être ni garanties ni planifiées, seuls des constructeurs avaient la capacité de s'adapter et d'y répondre dans les délais.

L'appel d'offres ne mettait pas en concurrence des rabais sur des prix catalogue. Ceux-ci étaient demandés à titre d'information uniquement et n'étaient pas évalués.

Le montant demandé de CHF 500.- était minime au vu des réels coûts que représentait la réalisation des tests et de la valeur totale du marché. Un soumissionnaire qui n'avait pas les moyens de payer un tel émolument n'avait pas la capacité financière pour réaliser un tel marché.

Enfin, le PAIR s'opposait à la production du dossier ayant permis l'établissement de l'appel d'offres.

13. Le 15 juillet 2015, Why a répliqué et a complété ses conclusions en précisant la manière dont le PAIR devait corriger et adapter l'appel d'offres.

Pour autant que l'appel d'offres litigieux soit modifié de façon à respecter les règles et principes du droit des marchés publics et en particulier le principe de non-discrimination, Why estimait être en mesure d'y répondre.

14. Le 21 août 2015, le PAIR a brièvement répliqué.

Il incombait à Why d'établir, au dépôt de son recours, soit en septembre 2014, qu'elle pouvait offrir les matériels recherchés et exécuter convenablement le marché. Désormais elle était forclose.

15. Why a brièvement dupliqué le 1er octobre 2015 et formulé une demande d'instruction complémentaire, soit en substance que le PAIR démontre la véracité de ses arguments et que le représentant de ce dernier, chargé de l'élaboration technique de l'appel d'offres, soit entendu.

16. Le juge délégué a tenu une audience de comparution personnelle des parties le 16 novembre 2015, à laquelle se sont présentés Monsieur François MARTHALER, Président du conseil d'administration de Why, ainsi que Monsieur Jean-Pierre GILLIÉRON, Président et Madame Antonella SCHIAVON NOSSENT, juriste, représentant le PAIR. À l'issue de l'audience, les parties ont demandé que la cause soit reconvoquée à la fin du mois de février 2016.

17. Une seconde comparution personnelle s'est tenue le 29 février 2016, en présence des mêmes représentants.

Selon M. GILLIÉRON, le comité du PAIR, rassemblant les représentants de ses plus importants clients, définissait les caractéristiques du matériel pour chacun des lots. Les membres du PAIR devaient indiquer de manière approximative la quantité minimale de matériel qu'ils étaient intéressés à acquérir. Le PAIR était à disposition de ses membres. Il définissait ses appels d'offres en fonction des besoins exprimés. La difficulté pour le soumissionnaire était de devoir fournir du matériel qui fonctionnait sur Windows 7 ou 8.1 Pro ou sur Linux, quelle que soit la distribution de ce dernier. Le PAIR exigeait que les soumissionnaires aient la qualité de constructeurs. Il s'agissait d'avoir comme fournisseurs des personnes qui avaient la main sur le cycle de vie des produits qu'ils proposaient et leur évolution. La fourniture par ceux-ci de feuille de route était importante afin de pouvoir appréhender l'avenir, en ayant d'une part connaissance des développements technologiques envisagés par ces constructeurs ainsi que de leurs nouveaux produits, et d'autre part de pouvoir appréhender la durée de vie des produits actuels.

Formellement, pour le canton de Genève, ce n'était pas le département de l'instruction publique, de la culture et du sport (ci-après : DIP), mais l'État de Genève, représenté par la direction générale des systèmes d'information (ci-après : DGSI), qui était membre du PAIR.

M. MARTHALER a versé à la procédure la première page de la notice émanant de l'office fédéral des constructions et de la logistique du 25 octobre 2015, intitulée « appels d'offres portant sur des logiciels : points à observer pour assurer une large concurrence ». Le contenu de ce document

démontrait selon lui, que le principe du libre accès au marché n'était pas respecté par l'appel d'offres.

18. Le PAIR a déposé ses observations finales le 18 avril 2016.

19. Why en a fait de même le 13 mai 2016.

20. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

21. Pour le reste, les arguments des parties ainsi que les pièces produites seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

1. Le marché est soumis à l'accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0.632.231.422), de même qu'à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

2. L'appel d'offres est une décision susceptible de recours (art. 15 al. 1bis let..a AIMP ; Étienne POLTIER, droit des marchés publics, 2014, pp. 176 n. 284). Il s'agit d'une décision collective dont les destinataires sont l'ensemble des offreurs potentiels (Étienne POLTIER, op. cit. p. 261, n. 406).

3. Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est recevable de ces points de vue, en application des art. 15 al. 2 AIMP, 3 al. 1 de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0) et 56 al. 1 RMP.

4. La qualité pour recourir en matière de marchés publics se définit en fonction des critères de l'art. 60 al. 1 let. a et b de la loi sur la procédure administrative du 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).

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

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.

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.

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 règlementation. 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 apparait 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.

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.

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare irrecevable le recours interjeté le 19 septembre 2014 par Why ! open computing SA contre l'appel d'offres du partenariat des achats informatiques romands du 9 septembre 2014 ;

met à la charge de Why ! open computing SA un émolument de CHF 1'500.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

- par la voie du recours en matière de droit public :

si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics ; et

s'il soulève une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF ;

le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Alain Maunoir, avocat de la recourante, au partenariat des achats informatiques romands, ainsi qu'à la commission de la concurrence (COMCO).

Siégeants : M. Verniory président, M. Thélin, Mme Junod, MM. Dumartheray et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le - 2 AOUT 2016

la greffière :

Mme/M. Oranci

COUR DE JUSTICE
CHAMBRE ADMINISTRATIVE