

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/248/2014-MARPU

ATA/109/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 20 février 2014

sur effet suspensif

dans la cause

NETAPP SWITZERLAND GMBH

et

BNC BUSINESS NETWORK COMMUNICATIONS AG

représentées par Me Mathieu Simona, avocat

contre

CENTRALE COMMUNE D'ACHATS

Vu l'appel d'offres public pour l'acquisition d'une solution globale « Service de fichiers » pour l'Etat de Genève, représenté par la Centrale commune d'achats (ci-après : CCA), publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 15 octobre 2013 ;

qu'il en ressort qu'il s'agit d'un marché public en procédure ouverte, soumis notamment à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) ;

vu le dossier d'appel d'offres d'octobre 2013 remis aux candidats soumissionnaires, composé :

- d'un document principal décrivant le but de la procédure, mentionnant les exigences de l'adjudicateur et les conditions imposées aux soumissionnaires ;
- d'une annexe 1, intitulée « Solution centralisée de service de fichiers – Description », décrivant l'existant et donnant des indications sur le contexte dans lequel les solutions proposées par les participants à l'appel d'offres devront s'intégrer ;
- d'une annexe 21, intitulée « cahier des charges et document d'offre à remplir par le soumissionnaire », décrivant la solution recherchée en termes techniques et les exigences y relatives ;

qu'il est indiqué dans le document principal que la solution centralisée recherchée est décrite dans les annexes 1 et 2, avec la précision que lesdits documents énoncent les exigences devant être respectées par la solution proposée, qui doit être une solution existante, soit déjà installée et qui fonctionne ;

que sous le chapitre 3 « cahier des charges fonctionnel », chiffre 3.2 « définition des besoins de la solution », paragraphe 3.2.2 « Supports des clients de l'Etat de Genève » de l'annexe 1, sont indiqués les environnements que la solution doit pouvoir supporter et il est précisé : « La plateforme proposée doit supporter au minimum les protocoles CIFS, NFS. Ftp et http seraient un plus. Le soumissionnaire fournit la liste complète des protocoles et différents systèmes de fichiers supportés par sa solution » ;

que sous rubrique 12 du volet « Descriptif et spécificités du produit demandé » de l'annexe 2 figure l'indication « La solution supporte http. Préciser les versions et niveaux de sécurité » ;

que sous rubrique 135 du même volet de l'annexe 2 figure l'indication « la solution proposée permet de définir des espèces en WORM » ;

que chaque rubrique du volet susmentionné peut être assortie des critères « Impératifs et éliminatoires – Non = offre éliminée » (ci-après : impératif), « Apprécier et évaluer » (ci-après : apprécier), ou « Pour information » ;

que les rubrique 12 et 135 sont assorties des critères « impératifs » et « apprécier » ;

vu la décision de la CCA du 16 janvier 2014 éliminant l'offre commune du consortium formé par les sociétés NetApp Switzerland Gmbh et BNC Business Network Communications AG (ci-après : le consortium) au motif qu'elle ne remplissait pas deux exigences impératives du cahier des charges, à savoir celles des rubriques 12 et 135 ;

que l'offre du consortium mentionnait que la solution proposée pour la rubrique 12 supportait http uniquement pour accéder à l'interface de management ;

qu'interpellée à cet égard par l'adjudicateur, le consortium avait confirmé cela et avait expliqué que le support des clients via http serait proposé au premier trimestre 2015 seulement ;

qu'il avait proposé une solution alternative par l'ajout d'un serveur MS Windows indépendant de la solution et non compris dans l'offre déposée ;

que l'offre déposée ne pouvait répondre aux exigences du cahier des charges qu'avec des ajouts en modifiant l'architecture, ce qui n'était pas autorisé et qu'en outre la solution alternative proposée ne répondait pas au besoin de haute disponibilité exigée dans le cahier des charges pour l'ensembles de la solution ;

que l'offre du consortium mentionnant que la solution proposée pour la rubrique 135 ne supportait pas la fonction WORM ;

qu'interpellé à cet égard par l'adjudicateur, le consortium avait confirmé cela et avait expliqué que cette fonction serait supportée d'ici 2016 ;

qu'il avait proposé une alternative passant par l'ajout d'un autre système non compris dans l'offre proposée ;

que l'appréciation de la CCA était à cet égard identique à celle faite pour la solution alternative proposée pour la rubrique 12 ;

vu le recours interjeté le 27 janvier 2014 par les deux sociétés composant le consortium auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision d'élimination du 16 janvier 2014, concluant à son annulation, à ce qu'il soit constaté que l'offre du consortium était conforme aux exigences et au cahier des charges du dossier d'appel d'offres et à ce qu'il soit ordonné à la CCA de réintégrer dite offre dans la procédure d'attribution de marché public en cours ;

que le consortium soutient que son offre était conforme au cahier des charges de l'appel d'offres s'agissant de la rubrique 12 ;

qu'en effet, le dossier d'appel d'offres n'exigeait pas que la solution proposée supporte http, le paragraphe 3.2.2.2 de l'annexe 1 étant on ne peut plus clair à ce sujet ;

que c'était à la lumière de ces indications qu'il avait rempli son dossier d'appel d'offres, estimant qu'elles devaient prendre le pas sur le cahier des charges en cas d'apparente contradiction ;

qu'il n'était pas possible de déceler l'irrégularité, qui portait sur un point secondaire, dissimulé parmi deux-cent cinquante autres points à priori de même importance dans le cahier des charges ;

que l'offre était également conforme au cahier des charges pour la rubrique 135 ;

que la solution proposée permettait de définir des espaces WORM mais que, conformément aux recommandations de meilleures pratiques, il avait opté pour un hébergement des espaces WORM sur un système à part, disponible immédiatement, et sans coût additionnel ;

qu'à cet égard, le dossier d'appel d'offres ne contenait aucune restriction quant à la faculté de recourir à un système séparé pour la fonction WORM ;

que le consortium a conclu préalablement à ce que l'effet suspensif soit restitué à son recours ;

qu'en effet, la procédure d'appel d'offre suivait son cours et approchait de son terme et que l'adjudication du marché à un concurrent reviendrait de facto à rendre le recours sans objet et à priver le consortium d'un marché important qui devait potentiellement lui être attribué ;

qu'il y avait un intérêt public à ne pas risquer d'éliminer pour des motifs purement formels l'offre qui pourrait être la meilleure, tant sur le plan technique que sur le plan financier ;

qu'il n'existait qu'un intérêt public limité à poursuivre la procédure d'appel d'offres et à adjuger le marché car il ne ressortait pas du dossier d'appel d'offres que le système de stockage et de gestion des données informatiques de l'Etat de Genève viendrait à faillir dans sa forme actuelle faute de mise en place rapide d'une nouvelle solution ;

que le recours possédait des chances de succès certaines ;

vu les observations du 11 février 2014 de la CCA sur effet suspensif, concluant au rejet de la demande de restitution de celui-ci ;

que, dans le cadre de l'élaboration de la procédure d'appel d'offres, l'exigence de support de http avait évolué et avait finalement été considérée comme impérative pour la solution recherchée ;

que cela avait été mentionné clairement dans l'annexe 2, qui était le document de base pour les soumissionnaires puisqu'une fois rempli, il constituait leur offre et décrivait la solution proposée ;

que cependant, la modification du niveau de l'exigence relative au support de http n'avait pas été reportée dans l'annexe 1 ;

que la divergence entre les deux annexes apparaissaient à la simple lecture ;

que le consortium n'avait toutefois eu aucune réaction à réception du dossier d'appel d'offres ;

que l'offre du consortium n'étant pas claire, la CCA avait demandé des précisions rappelant le caractère obligatoire du support de http et en renvoyant à la rubrique 12 de l'annexe 2 sur ce point.

que le consortium avait répondu que la solution telle que proposée ne supportait pas http, sans contester le caractère impératif de cette exigence ;

que pour les espaces WORM, la rubrique 135 de l'annexe 2 mentionnait le caractère impératif et éliminatoire des exigences y relatives ;

que l'offre du consortium n'étant pas suffisamment étayée sur ce point, la CCA avait demandé des précisions à cet égard ;

qu'il découlait de la réponse du consortium que la solution proposée ne supportait pas WORM sans l'ajout d'un système complémentaire dont aucune mention ne figurait dans le dossier de soumission déposé par le consortium ;

que dans sa réponse, le consortium n'a pas contesté le caractère impératif de l'exigence relative au support de WORM ;

que dans la mesure où l'argumentation du consortium revenait à contester le contenu de l'appel d'offres, il devait agir dans le délai de recours dès la publication de l'appel d'offres ;

qu'il avait eu en outre la possibilité de poser des questions à l'autorité adjudicatrice et qu'il ne l'avait pas interpellée au sujet de la divergence entre l'annexe 1 et l'annexe 2 concernant l'exigence http ;

qu'il n'avait pas davantage réagi lorsque la CCA lui a demandé des précisions concernant http et WORM ;

que le recours avait ainsi peu de chances de succès ;

qu'il existait un intérêt public prépondérant à ce que l'Etat de Genève puisse mettre sur pied le plus rapidement possible la solution globale de service de fichiers recherchée, l'état du système actuel, qui supporte tous les départements de l'Etat y compris les écoles, étant exposé à des risques de stabilité, de fiabilité et de sécurité ;

que le financement du projet était assuré dans le cadre du budget 2014 et que les montants non utilisés ne pourraient être reportés sur le budget 2015, pour lequel il avait été demandé de revoir fortement à la baisse les investissements informatiques ;

qu'il y avait un risque majeur que certaines prestations ne puissent plus être réalisées ou l'être à des conditions peu satisfaisantes, avec un surcoût important ;

Considérant

qu'interjeté dans les dix jours par-devant l'autorité compétente, le recours est *prima facie* recevable (art. 15 al. 2 et 2bis de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 56 al. 1 du RMP ; art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) ;

qu'aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. 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) ;

que « 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 » (B. BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, *in* J.-B. ZUFFEREY/ H. STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zurich 2010, pp. 311-341, n. 15 p. 317) ;

que la restitution de l'effet suspensif constitue cependant une exception en matière de marchés publics et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (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 1^{er} avril 2011, et la jurisprudence citée) ;

que les griefs du consortium portent sur l'interprétation du contenu du dossier d'appel d'offres, avec les conséquences de celle-ci sur le contenu admissible de son offre ;

que, selon l'art. 27 RMP, les documents d'appel d'offres mis à disposition des soumissionnaires doivent contenir tous les renseignements nécessaires à l'établissement de l'offre, en particulier, sur l'objet et l'importance du marché avec un descriptif détaillé des prestations attendues et/ou des spécifications techniques (cahier des charges) (art. 27 let. a RMP) ;

que les soumissionnaires ont l'obligation d'informer immédiatement l'autorité adjudicatrice de toute erreur manifeste dans les documents d'appel d'offres (art. 29 al. 3 RMP) ;

que l'appel d'offres est considéré comme décision sujette à recours au sens de l'art. 55 let. a RMP ;

que par rapport à l'examen *prima facie* qui prévaut dans le cadre de l'estimation des chances de succès du recours, on retiendra que, sur la rubrique 12 litigieuse, il existe une contradiction entre l'annexe 1 – qui prévoit qu'elle serait un plus – et l'annexe 2 qui en fait une obligation dont l'absence est de surcroît éliminatoire ;

que le consortium n'a pas réagi d'une quelconque manière après avoir pris connaissance des documents d'appel d'offres contenant cette divergence quant au niveau d'exigence d'une rubrique et à ses conséquences sur la recevabilité de l'offre ;

que, sur ce point, la recevabilité du recours apparaît dès lors douteuse, de sorte que les chances de succès de celui-ci sont à ce stade ténues ;

qu'en ce qui concerne la rubrique 135, la réponse initiale fournie et les précisions apportées par le consortium à la demande de la CCA ne permettent pas de retenir d'emblée que sa proposition soit conforme aux exigences de l'appel d'offres ni que sa compréhension dudit appel d'offres à cet égard soit admissible ;

que l'intérêt public invoqué par la CCA, soit la nécessité d'adjuger rapidement le marché en cause en raison des risques de stabilité, de fiabilité et sécurité mais aussi budgétaire auxquels est exposé le système actuel est très important et l'emporte sur l'intérêt privé financier du consortium à participer à la procédure d'adjudication ;

qu'au vu de ce qui précède, l'effet suspensif ne sera pas restitué ;

que le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond ;

vu l'art. 66 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ;

vu l'art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010 ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer l'effet suspensif au recours des sociétés NetApp Switzerland Gmbh et BNC Business Network Communications AG ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; 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. La présente décision et les pièces en possession des recourantes, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiquée la présente décision, en copie, à Me Mathieu Simona, avocat des recourantes ainsi qu'à la centrale commune d'achats.

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :