

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2854/2014-MARPU

ATA/850/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 3 novembre 2014

sur effet suspensif

dans la cause

WHY ! OPEN COMPUTING SA

représentée par Me Alain Maunoir, avocat

contre

PARTENARIAT DES ACHATS INFORMATIQUES ROMANDS

Attendu, en fait, que :

- 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 de trente-huit membres, soit 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, soumis aux accords internationaux et à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), marché public intitulé : « appel d'offres public pour l'acquisition de matériel informatique - 2015-2016 ».

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

- 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 de 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 sont décrites 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 1^{er} 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 par sa réponse si le modèle proposé correspondait à certaines caractéristiques, soit :

- OS par défaut : Windows 8.1 Pro (64 bits) avec possibilité de downgrader à W7 Pro sur demande ;
- Autres OS supportés : Windows7 (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 ;
- des images de restauration Windows 8.1 pouvaient être fournies sur demande.

La période contractuelle était du 1^{er} 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 amenés à contracter directement avec les soumissionnaires qui avaient emporté le marché.

Étaient seules admises à soumissionner les sociétés qui étaient constructrices (en gras dans le texte de l'appel d'offre) de matériel informatique ; qui répondaient à

toutes les conditions fixées dans l'appel d'une offre et qui avaient leur domicile en leur siège en Suisse ou dans un État signataire d'un traité international et qui accordait la pleine réciprocité aux prestataires suisses.

Le PAIR adjudgerait 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, 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 1^{er} 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.

- 4) Chaque soumissionnaire devait payer un émolument non remboursable d'inscription de CHF 500.-, condition nécessaire pour que son offre soit considérée comme recevable.
- 5) 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, pièces détachées d'une manière générale de marchandises ayant principalement recours aux logiciels libres (open source); vente de matériel informatique; maintenance et réparation de matériel et logiciels; conseil, formation, conception et commercialisation de logiciels informatiques; toute autre activité en lien avec le développement durable. Elle commercialise des ordinateurs de marque Why.

Cette commercialisation s'accompagne de la publication de guides de réparation sur la plateforme collaborative internet et qui sont livrés avec un système d'exploitation GNU/Linux (Ubuntu) libre et gratuit.

- 6) La société annonce s'être déjà inscrite pour les lots a) (postes de travail standards), c) (ordinateurs ultra portables) et e) stations de travail).
- 7) Par acte posté le 19 septembre 2014, la société a recouru contre l'appel d'offres.

Sur le fond, elle conclut 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. Principalement, elle conclut à l'annulation de la procédure d'appel d'offres du 19 septembre 2014 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 de durabilité des équipements informatiques.

Préalablement, elle conclut à la restitution de l'effet suspensif et à ce qu'il soit fait interdiction au PAIR, aussi longtemps qu'il n'aura pas été statué définitivement

sur le fond, , soit directement soit par l'intermédiaire d'un mandataire, de poursuivre la planification de la procédure d'adjudication, les délais de remise des offres étant notamment repoussés.

Le recours formé par la société avait de très réelles chances de succès dans la mesure où la procédure d'appel d'offres étant entachée de très nombreuses violations de l'AIMP et des principes de base du droit des marchés publics.

a. Alors que le canton de Genève avait décidé en 2006 dans le cadre du programme de gouvernement du Conseil d'État de 2006 de favoriser le recours aux logiciels libres, l'exigence de proposer du matériel fonctionnant sous OS Windows empêchait pour un concurrent de formuler une offre pour des équipements informatiques durables par le biais de logiciels libres. En particulier, les appels d'offre du PAIR étaient basés sur une durée d'utilisation de cinq ans programmée par Microsoft. Un concurrent qui formulerait une offre portant sur des ordinateurs susceptibles de durer dix ans ne serait pas favorisé, ce qui était contraire aux engagements des collectivités publiques romandes en faveur du développement durable.

b. L'exigence de proposer du matériel fonctionnant sous OS Windows contrevenait au principe interdisant la discrimination entre soumissionnaires et interdisant dans la formulation de l'appel d'une offre, de définir des exigences techniques en se référant à des marques de fabrique ou de commerce. Même si près de 90 % des ordinateurs personnels fonctionnaient sous Windows et que bon nombre de logiciels utilisés par les collectivités publiques membres du PAIR ne fonctionnaient qu'avec cet OS, cela ne faisait toujours pas de Windows une norme internationale, seule situation autorisant un pouvoir adjudicateur à demander que l'offre soit formulée en fonction d'une référence aussi précise.

Pour l'offre relative aux stations de travail (lot e), l'annexe décrivant le lot posait l'exigence éliminatoire de l'OS Windows 8.1 Pro (32 et 64 bits) par défaut, ce qui violait de manière crasse les art. 16 et 28 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01). Certes, pour l'offre relative aux postes de travail standards et aux ordinateurs ultra portables, existait la possibilité de présenter un modèle ayant un OS Windows 7 et Linux. Toutefois, la référence à ce dernier OS était très vague puisqu'il existait environ cent quarante distributions Linux distinctes. Cela venait renforcer le sentiment que le marché était concentré sur l'OS Windows 8.1 Pro.

c. L'appel d'offres violait également l'interdiction de l'égalité de traitement entre soumissionnaires par l'exclusion de tout soumissionnaire qui ne serait pas constructeur. Ainsi, un importateur ou un grossiste ne saurait déposer une offre valable avec les produits d'une marque déterminée. Seule une multinationale dont le siège se trouvait dans l'un des États signataires de l'accord GATT/OMC sur les marchés publics ou qui disposait d'une filiale avec siège en Suisse était, au terme de

l'appel d'offres habilitée à déposer une offre. L'exclusion de tout soumissionnaire non constructeur était incompréhensible, dans la mesure où la plupart de ceux qui se qualifiaient comme tels et qui étaient leaders sur le marché mondial des ordinateurs ne fabriquaient aucun de leurs produits eux-mêmes mais les sous-traitaient à des tiers. Why, qui distribuait ses produits en Suisse et en Europe en se fournissant chez l'un des principaux fabricants ODM taiwanais, soit Clevo, devait être considérée, à l'instar de DELL ou de Hewlett-Packard, comme étant un constructeur. Le critère d'aptitude technique figurant dans l'appel d'offres avait pour conséquence d'éliminer des entreprises principalement locales ou actives à l'échelle suisse en restreignant indûment la concurrence.

d. La règle selon laquelle il y avait deux adjudicateurs pour chaque lot violait le principe de base selon lequel le marché devait être attribué à l'offre « économiquement la plus avantageuse ». Le processus d'adjudication devait déboucher sur la passation d'un contrat entre une autorité adjudicataire et une seule entreprise privée ou une seule personne indépendante et non pas deux. En outre, dès lors qu'il y avait deux adjudicataires, l'appel d'offres ne saurait intégrer dans l'évaluation de l'offre le rabais consenti par le soumissionnaire au regard des prix catalogue. En effet, si un soumissionnaire était adjudicataire d'un lot concurrentiellement avec un autre, il se trouvait dans l'incapacité de connaître la quantité de matériel informatique qu'il allait vendre. Il allait donc devoir s'engager sur un rabais de gros sans avoir aucune idée des quantités qu'il pourrait effectivement vendre. Pour une multinationale, le volume du marché était si négligeable qu'il ne serait pas grave de ne finalement rien livrer sur la durée du contrat. Il n'en allait naturellement tout autrement pour une société comme Why qui était contrainte, pour offrir des prix très compétitifs, de passer des commandes fermes à ses fournisseurs et, pour pouvoir livrer, obtenir un important crédit bancaire afin de financer ses charges entre le temps de la livraison et le temps du paiement par la collectivité publique. La règle voulant qu'il y ait deux adjudicataires était d'autant plus incompréhensible que le marché devait être adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre « économiquement la plus avantageuse ». Or, il ne pouvait y avoir simultanément deux offres « la plus avantageuse ».

Selon le contrat cadre, chaque membre du PAIR s'engageait individuellement auprès du fournisseur par la signature du contrat pour les commandes qui le concernait. Si tel était le cas, cela signifiait que le pouvoir effectif d'adjudication n'était pas au PAIR mais auprès de chacun de ses membres, ce qui rendait un appel d'offres lancées par le biais du PAIR comme étant nul et non avenu.

L'appel d'offres prévoyait explicitement que le soumissionnaire devait offrir des remises proposées sur le prix catalogue exprimé en pourcents pour l'ensemble des produits de sa gamme, y compris ceux qui ne faisaient pas partie des équipements informatiques demandés. Cela signifiait que le marché portait également sur des biens non standardisés et non décrits dans l'appel d'offres adjugés

selon un critère unique de prix et, plus grave, exprimé sur la forme d'un rabais en pourcents d'un prix catalogue non déclaré et probablement fluctuant, sans que le volume et la valeur de ce matériel complémentaire ne soit connu. Même pour les produits décrits dans l'appel d'offres, il y avait mise en concurrence sur des rabais accordés par rapport à des prix catalogue et ledit prix était susceptible de varier dans le temps. Dès lors qu'un soumissionnaire s'engageait à consentir un rabais prédéterminé, cet engagement impliquait pour lui une prise de risque économique si une telle diminution de prix intervenait. Il se trouvait dès lors testé sur sa capacité à accorder un rabais trop élevé.

e. Dans le cahier des charges relatif aux postes de travail standards, la façon dont était libellé le critère éliminatoire relatif aux caractéristiques de taille du composant disque dur rendait impossible l'évaluation du meilleur rapport qualité/prix, ce qui contrevenait au principe de clarté et de transparence de l'appel d'une offre.

f. La formulation de l'appel d'offre conduisait à exclure le recours à des machines performantes sur le plan énergétique. Ainsi, le cahier des charges concernant le poste de travail standard excluait la livraison d'une machine avec une alimentation externe, ce qui était discutable dans une perspective de développement durable. Si le pouvoir adjudicateur restait libre de définir ses besoins, il était difficile de comprendre les raisons de l'exclusion de machines énergétiquement bien plus performantes. Plutôt que d'exclure des alimentations externes, le PAIR aurait dû formaliser dans l'appel d'offres un critère d'adjudication pondéré.

g. Il était contraire à la loi de prévoir que le contrat cadre liant le pouvoir adjudicateur au soumissionnaire puisse être prolongé d'un an par accord mutuel.

h. Prévoir que les entreprises disposant d'un certificat ISO (Organisation internationale de normalisation) 9001 ou équivalent soit seules admises à soumissionner n'avait aucune valeur dans la mesure où il n'y avait pas de normes équivalentes à la norme ISO 9001. En tous les cas, l'obligation d'avoir une telle certification était trop restrictive, un soumissionnaire pouvant parfaitement avoir établi un système de management de qualité, sans pour autant l'avoir fait certifier.

i. L'obligation de verser un émolument de CHF 500.- non remboursable contrevenait également à la loi. Il n'y avait aucune contre-prestation liée au versement de ce montant. En outre, il était interdit d'exclure un soumissionnaire parce qu'il n'avait pas procédé à cette avance de frais. Cette condition ne faisait en effet pas partie des critères d'exclusion du RMP.

8) Le PAIR a conclu le 7 octobre 2014 au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif pour un recours mal fondé et qui n'avait aucune chance de succès.

Tous les deux ans, le PAIR lançait un appel d'offres public afin de remettre le marché en concurrence. Il était en effet notoire que le marché informatique évoluait

particulièrement rapidement. Les grandes lignes de l'appel d'offres étaient pratiquement identiques à chaque fois. L'attribution par lot à deux soumissionnaires était la règle. La présentation de l'appel d'offres était identique. Après l'adjudication, le PAIR n'intervenait plus, son rôle étant terminé et l'exécution du marché était du ressort de chaque membre qui signait personnellement un contrat avec chaque soumissionnaire retenu.

Pour pouvoir recourir contre l'appel d'offres du PAIR, la recourante devait prouver qu'elle était capable d'offrir des matériels recherchés dans l'appel d'offres. Or elle ne faisait qu'affirmer que l'appel d'offres portait atteinte à ses intérêts commerciaux sans démontrer qu'elle l'était dans son intérêt personnel. On pouvait raisonnablement douter qu'elle soit un constructeur de matériel informatique pouvant déposer une offre, elle était plutôt un distributeur d'un tel matériel et il était établi que les matériaux qu'elle vendait actuellement ne satisfaisaient pas aux exigences techniques de base imposées pour les lots a, c et e, seuls lots pour lesquels elle était inscrite, ces matériels n'étant pas labellisés EPEAT Gold. En outre, elle avait indiqué elle-même qu'elle n'avait pas la capacité d'assurer la prise en charge de commande de milliers d'ordinateurs sous Windows avec le support y afférent. Concernant l'effet suspensif, son recours n'avait pas de chance de succès. La mesure 28 prise en 2006 par le Conseil d'État genevois avait été clôturée par ce dernier en 2010. En outre, une telle mesure n'était valable que pour le canton de Genève, or l'appel d'offres du PAIR réunissait des membres issus des différents cantons romands et non seulement du canton de Genève. Au demeurant, des engagements du titre de la mesure 28 constituaient des engagements de nature politique et leur éventuelle transgression ne constituait pas une violation du droit.

Pour les postes de travail standards et les ordinateurs ultra-portables, l'appel d'offres prévoyait qu'il puisse fonctionner sous Windows et Linux. Il donnait ainsi la place à un OS libre. Pour les stations de travail, cette possibilité n'avait pu être donnée car les logiciels métiers déjà acquis, installés et utilisés depuis plusieurs années par les membres du PAIR ne pouvaient fonctionner qu'avec Windows. Le grief soulevé par la recourante à ce propos était infondé.

L'autorité définissait la configuration du marché comme elle l'entendait et en fonction de ses besoins en exerçant son pouvoir d'appréciation. Il n'y avait pas lieu de réaliser un appel d'offres spécifique comme souhaité par la recourante.

La stratégie d'achat du PAIR était de réunir les besoins communs de ses membres pour obtenir les conditions les plus avantageuses possibles. Réaliser un appel d'offres distinct pour les ordinateurs sous Linux reviendrait à favoriser la recourante de manière inadmissible au détriment d'autres fournisseurs en saucissonnant le marché, ce qui était strictement interdit. Cela reviendrait à permettre à Why, seule entreprise suisse à proposer des ordinateurs portables préinstallés sous GNU/Linux (Ubuntu) de déposer une offre. Les plaintes de la recourante en rapport avec la globalisation du marché et l'exigence de fournir la grande majorité des

ordinateurs sous Windows 8.1 Pro étaient irrecevables, car le pouvoir adjudicateur disposait d'un large pouvoir d'appréciation dans la configuration du marché et dans la définition de ses besoins. L'inégalité économique entre la recourante et ses concurrents n'avait pas à être prise en considération par l'autorité adjudicatrice car il appartenait à chaque soumissionnaire d'établir son offre et de trouver entre tous les éléments le bon équilibre lui permettant de déposer sa meilleure offre.

Si le soumissionnaire considérait que la référence à Linux dans le cahier des charges était trop imprécise, cela ne l'autorisait pas à recourir. L'incertitude qui pourrait surgir devrait être réglé en questionnant l'autorité adjudicatrice dans le délai indiqué dans l'appel d'offres. Si la version Linux n'avait pas été précisée, elle s'entendait dans ses versions les plus usuelles et récentes.

La recourante pouvait se plaindre de l'impossibilité de proposer un appel d'offres pour les équipements informatiques durables au regard de la fixation de la durée d'utilisation à cinq ans. Cela ne pouvait fonder un grief de recours car ces éléments relevaient également du pouvoir d'appréciation de l'autorité adjudicatrice. En outre, la durée indiquée était escomptée et il ne s'agissait pas d'une durée maximale.

Aucune violation du principe de non-discrimination ne pouvait être reprochée. En effet, l'appel d'offres demandait la compatibilité Windows et Linux, à savoir les deux systèmes d'exploitation les plus courants, soit un logiciel propriétaire et un logiciel libre. En ce sens, il n'y avait pas d'exclusivité sur Windows.

Les exigences mentionnées dans l'appel d'offres étaient fonction des besoins des membres du PAIR définies eux-mêmes selon les contraintes posées par la configuration informatique déjà en place dans les systèmes informatiques, la compatibilité avec les systèmes et applications déjà installés et utilisés. Il était dès lors nécessaire pour les membres du PAIR que les matériels recherchés fonctionnent sous Windows et Linux. Seul le lot e relatif aux stations de travail, demandait uniquement Windows car, pour ce lot, les logiciels métier installés et utilisés par les membres ne pouvaient fonctionner que sous Windows. Il est vrai que les machines qui devaient être testées devaient fonctionner avec Windows 8.1 Pro. Cela ne concernait que la phase de test et non pas les exigences techniques des matériels recherchés. Il s'agissait de pouvoir comparer toutes les machines qui devaient être testées.

Il n'y avait aucune inégalité de traitement entre les soumissionnaires du fait que l'appel d'offres n'était ouvert qu'aux seuls constructeurs. Une telle exigence était dictée par la caractéristique spécifique du marché, son ampleur et la nécessité de s'assurer qu'il soit exécuté sans problème par les soumissionnaires retenus.

L'attribution à deux adjudicataires ne violait pas la règle de l'offre « économiquement la plus avantageuse ». Il s'agissait d'une nécessité liée à la

configuration du marché. L'appel d'offres réunissait les besoins communs de vingt-cinq membres du PAIR. Plusieurs commandes pourraient être passées en même temps qui devraient être livrées en même temps en des lieux différents et dans le délai de livraison fixé. Il apparaissait qu'un seul soumissionnaire même important risquerait des retards. Dès lors, la solution avait été d'adjuger le marché aux deux soumissionnaires ayant déposé les deux meilleures offres par lot. En outre, le domaine de l'informatique étant en éternel mouvement, il y avait un risque que l'un des deux ne puisse plus répondre aux besoins des membres du PAIR si bien qu'il y avait lieu de prévoir une alternative.

Concernant la garantie des quantités, l'appel d'offres mentionnait celles qui étaient estimées. Il n'était pas possible d'aller au-delà vu l'objet du marché qui s'adresse à une multitude d'entités publiques.

Le recourant se trompait dans ses griefs se rapportant aux rabais consenti par référence aux prix du catalogue. En effet, s'il était demandé que les soumissionnaires voulant faire un rabais le mentionnent, cela n'était pas obligatoire. La mention de ces rabais était demandée à titre d'information. Ceux-ci n'étaient pas évalués mais si le marché était adjugé à un soumissionnaire qui les appliquait, cela permettrait de connaître déjà le prix qu'il pratiquerait.

L'appel d'offres respectait le principe de clarté et de transparence. En effet, les critères d'adjudication étaient listés avec leur pondération ainsi que les sous-critères avec leur pondération, relative et absolue. À ce stade, l'autorité adjudicatrice n'avait pas à fournir d'autres informations, cet aspect devant rester confidentiel jusqu'à l'évaluation.

La plainte de l'exclusion de machines énergétiquement performantes par le biais de l'exigence que les PC (personal computer) soient équipés d'une alimentation intégrée n'avait pas de consistance. L'autorité définissait librement ses besoins et les exigences imposées. Les membres du PAIR ont besoin de matériel compact si bien qu'ils exigeaient une alimentation intégrée. Cette exigence était objective.

La durée du marché adjugé ressortait du pouvoir d'appréciation de l'autorité et il n'y avait pas de violation du principe de transparence dès lors que la possibilité d'une prolongation d'une année était prévue expressément.

Concernant la norme ISO 9001, il était exact qu'elle n'avait pas de certification équivalente. Une telle certification pourrait survenir et elle serait alors prise en considération. L'exigence d'une telle norme était nécessaire car elle permettait d'avoir une garantie de contrôle de la qualité des produits et services offerts, ce qui était important vu les volumes du marché concerné.

Le paiement d'un émoulement de CHF 500.- pour pouvoir déposer une offre était fondé sur le fait que le PAIR était une association sans but lucratif qui ne

bénéficiait d'aucun subventionnement. Elle était alors fondée à demander le paiement d'un émolument raisonnable pour déposer une offre, en prévoyant que le non-paiement de celui-ci conduisait à l'élimination de la procédure.

Cela étant, la restitution de l'effet suspensif impliquait un intérêt privé prépondérant. En l'espèce, l'appel d'offres concernait vingt-cinq membres du PAIR. Il s'agissait de plusieurs cantons, plusieurs villes, des hôpitaux, des fédérations et associations de communes, les transports publics de deux cantons, les services industriels, etc. Si l'appel d'offres litigieux devait être suspendu jusqu'à droit jugé au fond, soit pendant plusieurs mois, l'exécution du marché ne serait pas possible au 1^{er} janvier 2015 comme prévu dans l'appel d'offres avec tous les problèmes pratiques, organisationnels et financiers chez les vingt-cinq membres du PAIR.

Il y avait donc un intérêt public prépondérant à prendre en considération pour refuser la restitution de l'effet suspensif.

- 9) Why a répliqué le 27 octobre 2014 en persistant dans son argumentation et dans ses conclusions.

Son but n'était pas de s'assurer la vente de ses matériels mais de pouvoir déposer une offre portant sur la livraison de machines « tournant » sous Linux et respectant des standards de durabilité. Elle contestait qu'il y a un intérêt public à ne pas restituer l'effet suspensif. Le simple maintien du niveau d'équipement informatique actuel pendant quelques mois supplémentaires en 2015 ne pouvait pas réellement engendrer des complications dans la gestion du parc informatique de chaque collectivité publique membre du PAIR.

Dans la mesure où elle n'envisageait pas de soumettre une offre pour les lots b et d, elle ne s'opposait pas à ce que le processus d'appel d'offres puis, le cas échéant, celui d'adjudication, se poursuive pour ces derniers.

Considérant, en droit que :

- 1) Le président de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) est compétent pour statuer en matière de mesures provisionnelles (art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010).
- 2) Le recours contre un appel d'offres d'une communauté de collectivités ou d'entités publiques cantonales, 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 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

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).

« 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 » (Benôit BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Bernard ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, pp. 311-341, n. 15 p. 317).

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).

- 4) L'appel d'offres est une décision sujette à recours (art. 15 al. 1bis let. a AIMP ; 55 let. a RMP). Le soumissionnaire qui entend contester la définition, la pondération ou le manque de précision des critères d'adjudication doit le faire, pour des raisons de bonne foi, dans le cadre de l'appel d'offres et non plus au moment de la décision d'adjudication, sans quoi il est forclos (ATF 125 I 203 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.47/2004 du 6 avril 2004 ; ATA/535/2012 du 21 août 2012 consid. 4a ; ATA/399/2012 du 26 juin 2012 consid. 3 ; ATA/677/2005 du 12 octobre 2005).

- 5) En l'espèce, la recourante conteste globalement la stratégie d'achat du matériel informatique des collectivités ou entités publiques romandes. À cet effet, elle a développé dans son recours une série de griefs visant à démontrer que l'appel d'offres lancé par l'intimée n'est pas conforme aux grands principes juridiques régissant les marchés publics, notamment celui de l'égalité de traitement de la non-discrimination, de la transparence et qu'il contrevient également à l'objectif économique des deniers publics poursuivi dans cette législation, tout en étant en contradiction avec les engagements de l'État en faveur du développement durable. À titre principal, elle conteste que le marché public ne soit ouvert qu'aux seuls constructeurs et que l'offre, pour les ordinateurs fixes ou portables soit d'entrée restreinte à la fourniture de matériel informatique compatible avec un système d'exploitation déterminé, soit Windows 8.1 de la société Microsoft, et que le marché public ne soit pas ouvert ou entrave la formulation de l'offre de matériel informatique fonctionnant avec un système exploitation libre. Dans sa détermination sur le recours, l'intimée a répondu point par point à cette argumentation.

Toutes ces questions feront l'objet de l'examen du fond du recours après instruction si nécessaire. Dans le cadre de l'examen *prima facie* des chances de succès du recours, la chambre administrative rappelle que le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation s'agissant de la configuration du marché mis en soumission. Il appartient à l'entité adjudicatrice d'arrêter ses besoins. Elle définit librement les prestations qu'elle doit acquérir dans les limites des principes de non-discrimination et de transparence. Elle jouit d'une grande latitude pour définir la configuration du marché et les critères permettant de sélectionner l'offre économiquement la plus favorable (Étienne POLTIER, droit des marchés publics, Berne, 2014, p. 170). Ainsi, dans une cause portant également sur la problématique soumise par le présent recours, le Tribunal fédéral a rappelé - certes dans le cadre d'un recours contre une décision d'une adjudication - qu'en principe l'adjudicateur spécifiait ce qu'il veut acquérir en fonction de ses besoins, si bien que, dans le cadre des recours en matière de marchés publics, on ne peut ni exiger ni obtenir que les tribunaux prescrivent à l'administration d'acheter un produit autre que celui qu'elle envisage d'acquérir (ATF 137 II 313 consid. 3.3.1 et jurisprudence citée). Certes, le présent recours est dirigé contre l'appel d'offres, toutefois aucun des griefs formulés ne met en évidence a priori que le droit des marchés publics ait été violé, ce dernier n'ayant pas pour but de lutter contre les abus de position dominante, qui relèvent du droit des cartels (ATF 137 II 313 consid. 3.7). Par exemple, le recourant se plaint de ce que l'appel d'offres prévoit que les trois types de modèles d'ordinateurs doivent fonctionner avec un système exploitation Windows 8.1, alors que pour deux d'entre eux (poste de travail standard et ultra portable) l'offre n'exclut pas qu'ils fonctionnent avec le système d'exploitation Linux, tandis que pour le troisième (station de travail) l'intimée justifie ne pouvoir le faire qu'en raison de la configuration existante.

Dans le cadre de la pesée des intérêts qui doit être effectués en matière d'effet suspensif (art. 66 al. 3 LPA), l'intérêt public à l'approvisionnement des organes de l'administration cantonale ou communale en matériel informatique lui permettant de remplir ses fonctions - étant précisé que le marché a pour objectif tant le renouvellement d'un parc informatique fonctionnant déjà avec le système d'exploitations Windows que la maintenance de celui-ci - prévaut sur l'intérêt privé du recourant à la commercialisation de ses produits. L'octroi de l'effet suspensif ayant pour conséquence possible d'entraver dès le 1^{er} janvier 2015 le bon fonctionnement de l'administration, cet intérêt public prépondérant ne peut que conduire à refuser d'accorder l'effet suspensif.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la requête en restitution de l'effet suspensif au recours formé par Why ! Open Computing SA contre l'appel d'offres lancé le 9 septembre 2014 par le Partenariat des achats informatiques romands;

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 du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Me Alain Maunoir, avocat du recourant ainsi qu'au Partenariat des achats informatiques romands, soit pour lui à la centrale commune d'achat du département des finances du canton de Genève.

Le vice-président :

Jean-Marc Verniory

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :