

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C_1110/2014

{T 0/2}

Arrêt du 17 mars 2015

Ile Cour de droit public

Composition

MM. les Juges fédéraux Zünd, Président,
Seiler et Donzallaz.
Greffier: M. Tissot-Daguette.

Participants à la procédure

X. _____ SA,
représentée par Me Alain Maunoir, avocat,
recourante,

contre

Y. _____, intimé.

Objet

Marché public; demande de restitution de l'effet suspensif,

recours contre la décision de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, du 3 novembre 2014.

Considérant en fait et en droit :

1.

En septembre 2014, Y. _____, représenté par la centrale commune d'achats du canton de Genève, a lancé un appel d'offres en procédure ouverte dans le but d'acquérir du matériel informatique durant les années 2015 et 2016. Cet appel d'offre était subdivisé en cinq lots. La procédure devait aboutir à la conclusion d'un contrat avec deux adjudicataires pour la période contractuelle, prolongeable au maximum d'un an. Le délai de clôture pour le dépôt des offres était fixé au 23 octobre 2014.

X. _____ SA, société sise à A. _____ dans le canton de Vaud et dont le but est " importation, exportation, commerce et distribution de machines, pièces détachées et 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 ", a annoncé s'être inscrite pour les lots "a" (postes de travail standards), "c" (ordinateurs ultra portables) et "e" (stations de travail).

2.

Par acte du 19 septembre 2014, X. _____ SA a recouru contre l'appel d'offres auprès de la Cour de justice de la République et canton de Genève (ci-après: la Cour de justice). A cette occasion, elle a préalablement conclu à la restitution de l'effet suspensif et à ce qu'il soit fait interdiction au pouvoir adjudicateur de poursuivre la planification de la procédure d'adjudication avant qu'il soit statué définitivement sur le fond de la cause. Principalement, la société intéressée a conclu à l'annulation de la procédure d'appel d'offres et à la reprise de celle-ci dans le respect des règles applicables aux marchés publics. Invité à se déterminer sur la question de l'effet suspensif par la Cour de justice, Y. _____ a répondu le 7 octobre 2014 en concluant au rejet de la demande.

Par décision du 3 novembre 2014, la Cour de justice a rejeté la demande d'effet suspensif de

X. _____ SA, au motif, en substance, que l'adjudicataire disposait d'un large pouvoir d'appréciation s'agissant de la configuration du marché et qu'il définissait librement les prestations qu'il devait acquérir. La Cour de justice a en outre rappelé que dans le cadre d'un recours en matière de marchés publics, il n'était pas possible d'exiger ou d'obtenir que les tribunaux prescrivent à l'administration d'acheter un produit autre que celui qu'elle envisageait d'acquérir. Fort de ce constat, la Cour de justice a jugé qu'aucun grief formulé par la société intéressée ne mettait en évidence a priori que le droit des marchés publics avait été violé. Celle-ci a donné en exemple le fait que l'appel d'offres prévoyait certes que les trois types de modèles d'ordinateurs devaient fonctionner avec un système d'exploitation Windows 8.1, mais que l'offre n'excluait toutefois pas qu'ils puissent fonctionner avec un système d'exploitation Linux. Au demeurant, selon la Cour de justice, l'intérêt public à l'approvisionnement des organes de l'administration cantonale ou communale en matériel informatique lui permettant de remplir ses fonctions prévalait sur l'intérêt privé de X. _____ SA à la commercialisation de ses produits.

3.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public et, selon le titre de son mémoire, celle subsidiaire du recours constitutionnel, X. _____ SA demande au Tribunal fédéral d'annuler la décision rendue le 3 novembre 2014 par la Cour de justice et de renvoyer la cause à cette dernière pour qu'elle accorde l'effet suspensif au recours cantonal et se prononce sur le fond; subsidiairement, elle demande le renvoi de la cause à la Cour de justice pour que celle-ci laisse se poursuivre la procédure d'attribution du marché litigieux, " à l'exception de l'acquisition du matériel informatique dont le Département de l'instruction publique a besoin dans le cadre de son programme Z. _____ ". Elle se plaint de la violation du principe de la proportionnalité et de l'interdiction de l'arbitraire.

La Cour de justice persiste dans les considérants et le dispositif de sa décision. Y. _____ conclut implicitement au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité. Par la suite, X. _____ SA a encore demandé au Tribunal fédéral de prononcer des mesures superprovisionnelles et l'effet suspensif au recours. Elle a confirmé ses conclusions.

Par ordonnance sur mesures superprovisionnelles du 13 février 2015, le Président de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral a interdit à Y. _____, soit directement, soit indirectement, soit par l'intermédiaire de l'un de ses membres, de procéder à toute évaluation des offres et de prendre toute décision d'adjudication, ainsi que de conclure le ou les contrats consécutifs à une telle décision d'adjudication pour les lots n° 1, 3 et 5.

4.

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF). Il contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATF 139 V 42 consid. 1 p. 44; 138 I 475 consid. 1 p. 476 et les arrêts cités). Compte tenu des développements qui suivent, le point de savoir si le recours en matière de droit public est recevable en l'espèce (art. 83 let. f LTF) ou s'il y a lieu de connaître le recours comme recours constitutionnel (art. 113 ss LTF) n'a pas à être tranché.

4.1. L'arrêt attaqué se limite à la question de l'effet suspensif du recours contre l'appel d'offres interjeté devant la Cour de justice. Il s'agit donc d'une décision incidente, qui ne met pas un terme à la procédure (cf. arrêt 2C_203/2013 du 25 mars 2013 consid. 5.1; Bernard Corboz, in Corboz et al., Commentaire de la LTF, 2e éd. 2014, n° 12 ad art. 93 LTF). Sous réserve de situations non pertinentes pour la présente cause (cf. art. 92 et 93 al. 1 let. b LTF), une décision incidente notifiée séparément peut faire l'objet d'un recours si elle peut causer un préjudice irréparable (cf. art. 93 al. 1 let. a LTF; également applicable par analogie à la procédure de recours constitutionnel, cf. art. 117 LTF). Le préjudice, au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF, doit être de nature juridique; il ne peut s'agir d'un préjudice de fait ou d'un préjudice purement économique, comme l'allongement ou le renchérissement de la procédure (ATF 137 V 314 consid. 2.2.1 p. 317; 136 IV 92 consid. 4 p. 95; 135 II 30 consid. 1.3.4 p. 36; récemment: arrêt 4A_478/2011 du 30 novembre 2011 consid. 1.1). Le préjudice doit être irréparable, c'est-à-dire qu'il ne doit pas pouvoir être supprimé par une décision finale ultérieure qui serait favorable à la partie recourante (ATF 137 V 314 consid. 2.2.1 p. 317; 134 IV 92 consid. 4 p. 95; 134 III 188 consid. 2.1 p. 190). Il appartient en outre à celle-ci d'expliquer en quoi la décision entreprise est de nature à lui causer un préjudice irréparable, sauf si ce point découle manifestement de la décision attaquée ou de la nature de la cause (ATF 138 III 46 consid. 1.2 p. 47; 137 III 324 consid. 1.1 p. 328 s.).

4.2. En l'occurrence, la recourante ne motive que très brièvement ce point. Elle explique que sans effet suspensif, elle se verrait exclue de l'adjudication, faute de remplir certaines conditions. Le point

de savoir s'il existe en l'occurrence un préjudice irréparable n'est aucunement évident. Toutefois, compte tenu de l'issue de la cause, la question de la recevabilité du présent recours peut être laissée indécise.

5.

5.1. Aux termes de l'art. 98 LTF, dans le cas des recours formés contre des décisions portant sur des mesures provisionnelles, comme c'est le cas en l'espèce (cf. consid. 4.1 ci-dessus), seule peut être invoquée la violation des droits constitutionnels, qui doit être motivée conformément aux exigences accrues de l'art. 106 al. 2 LTF. Il en va de même en cas de recours constitutionnel subsidiaire (art. 116 et 117 LTF). Il appartient donc à la partie recourante d'invoquer de tels griefs et de les motiver d'une manière suffisante.

5.2. La recourante estime que c'est de manière arbitraire que la Cour de justice a rejeté la demande d'effet suspensif, sans examiner la possibilité d'ordonner d'éventuelles autres mesures provisionnelles alternatives. Elle est en outre d'avis que l'autorité précédente aurait dû plus se pencher sur le contenu de l'appel d'offre et constater que celui-ci était discriminatoire en demandant que le matériel informatique fonctionne sous Windows. Finalement, elle conteste la pesée des intérêts en présence effectuée par la Cour de justice.

5.3. En l'occurrence, s'est de manière pleinement soutenable que la Cour de justice a jugé que l'adjudicateur d'un marché disposait d'un large pouvoir d'appréciation quant à la configuration de ce marché et qu'il lui appartenait d'arrêter ses besoins et de définir librement les prestations qu'il devait acquérir. C'est en outre sans arbitraire que l'autorité précédente a constaté qu'aucun grief formulé par-devant elle par la recourante ne mettait en évidence a priori que le droit des marchés publics ait été violé, l'offre n'excluant par exemple pas que les postes de travail standards et ultra portables désirés par le pouvoir adjudicateur puissent fonctionner avec le système d'exploitation Linux. La Cour de justice a considéré de manière soutenable que l'intérêt public à l'approvisionnement des organes de l'administration cantonale ou communale en matériel informatique lui permettant de remplir ses fonctions prévalait sur l'intérêt privé de la recourante à la commercialisation de ses produits. Cette pesée des intérêts en cause, compte tenu des faits retenus par l'autorité précédente (cf. art. 105 al. 1 LTF, respectivement art. 118 LTF), ne saurait être considérée comme étant arbitraire. Il n'est pas non plus arbitraire de rejeter la demande d'effet suspensif, sans examiner d'office la possibilité alternative de ne suspendre que la passation de certains lots, alors que cela n'a pas été demandé par la recourante. En tout état de cause, celle-ci ne fait pas valoir d'application arbitraire d'une norme de procédure cantonale.

6.

Compte tenu de ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité. Dès lors, la requête d'effet suspensif est sans objet. Succombant, la recourante doit supporter les frais de la procédure fédérale (art. 66 al. 1 LTF). Il n'est pas alloué de dépens (art. 68 al. 1 et 3 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 5'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.

Le présent arrêt est communiqué au mandataire de la recourante, à Y. _____ et à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative.

Lausanne, le 17 mars 2015
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Zünd

Le Greffier : Tissot-Daguette