

# Le gré à gré exceptionnel pour des raisons techniques : oui, mais à la condition d'avoir un besoin objectif

Dans cet arrêt, la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève annule une adjudication de gré à gré au motif que le choix de l'adjudicateur ne repose pas sur des considérations objectives suffisantes.

*Mit diesem Urteil hob das Kantonsgericht Genf eine Freihandvergabe auf mit der Begründung, dass die Wahl des Zuschlagsempfängers nicht auf ausreichenden objektiven Erwägungen beruhe.*

Ch. adm. C. J. GE ATA/761/2020 du 18 août 2020

**Manuel Jaquier**, docteur en droit, Yverdon-les-Bains\*

## Les faits

(1) Le 29 novembre 2019, l'Office cantonal des bâtiments a adjudgé de gré à gré à E. SA un marché portant sur la démonstration et la faisabilité d'un système de gestion vidéosurveillance (VMS POC) de marque «Geutebrück» pour les postes de police du canton de Genève. Le montant du marché s'élevait à CHF 461 123.79 TTC.

Le 6 décembre 2019, l'adjudicateur a publié l'avis d'adjudication de gré à gré sur le site Internet simap.ch. Il faisait état d'un marché de construction (équipements à courant faible).

Le 16 décembre 2019, S. SA a recouru contre cette décision. Pour elle, le marché litigieux dépassait les valeurs seuils pertinentes et aucune circonstance exceptionnelle de l'art. 15 al. 3 du RMP-GE n'entraînait en ligne de compte, en particulier la clause des raisons techniques (let. c). Sa société était en mesure d'offrir un logiciel de vidéosurveillance équivalent à celui retenu par l'adjudicateur. Le marché aurait donc dû faire l'objet d'une procédure ouverte ou sélective.

## L'arrêt

Dans son avis d'adjudication du 6 décembre 2019, l'adjudicateur fait état d'un marché de construction, non soumis aux accords internationaux. Or, il s'agit d'un marché de fournitures, qui atteint la valeur seuil de la concurrence. L'Office cantonal des bâtiments ne pouvait donc échapper à son obligation de lancer une procédure ouverte ou sélective qu'à la condition que le marché public litigieux tombe dans le champ d'application de l'une des circonstances exceptionnelles de l'art. 15 al. 3 RMP-GE (cons. 3).

La circonstance exceptionnelle des raisons techniques de l'art. 15 al. 3 let. c RMP-GE est susceptible de s'appliquer (cons. 4).

Le droit des marchés publics (art. VI par. 3 AMP 1994 et art. 28 al. 2 RMP-GE) interdit en principe d'imposer une marque particulière dans les documents de soumission, sauf à y mentionner des termes tels que «ou l'équivalent» (cons. 5a et b).

Les conditions de la circonstance exceptionnelle des raisons techniques ne sont pas remplies en l'espèce pour les motifs suivants :

- Pour justifier l'installation du matériel «Geutebrück», l'Office cantonal des bâtiments invoque des raisons d'uniformité, d'efficacité technique, de formation et des motifs financiers. Or, certains postes de police, notamment ceux de Chêne et de Servette sont équipés par d'autres systèmes de vidéosurveillance, comme le système «Seetec», distribué par la recourante.
- L'entité adjudicatrice fait état de son souhait d'organiser un test pour vérifier la faisabilité technique de la conservation des images enregistrées pendant cent jours au moins et analyser les coûts d'un tel projet. Toutefois, elle n'a pas fourni les spécifications relatives aux fonctionnalités nécessaires à ce test. Elle s'est contentée d'incorporer l'utilisation du logiciel «Geutebrück» dans les exigences du projet.
- Le choix de l'Office cantonal des bâtiments repose sur une raison subjective, soit la volonté de la police d'utiliser le logiciel en question, qui ne permet pas de fonder une adjudication de gré à gré. Il invoque bien des raisons objectives, mais elles tombent à faux : il n'est pas pertinent que le logiciel «Geutebrück» soit connu des utilisateurs, qu'il réponde en tous points aux besoins tant opérationnels que judiciaires de ceux-ci et que les droits d'accès au logiciel soient déjà en place dans les locaux de la police. Certains de ces postes de police utilisent d'autres logiciels, qui ont ces caractéristiques ; la recourante fournit justement l'un de ces programmes (cons. 6).

En ce qui concerne la question du fardeau de la preuve des conditions d'application de la circonstance exceptionnelle, il existe une différence de vue entre d'une part le Tribunal ad-

\* Je remercie chaleureusement GASPARD BESSON, assistant à la Chaire de droit administratif de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg pour sa précieuse relecture du texte final de cette contribution.

ministériel fédéral et certains auteurs, et d'autre part le Tribunal fédéral. Les premiers soutiennent que ce fardeau incombe à l'entité adjudicatrice ; la Haute Cour considère quant à elle qu'une telle répartition revient à imposer à l'entité adjudicatrice l'obligation d'apporter la preuve d'un fait négatif. En l'espèce, tout le raisonnement de l'adjudicateur repose sur l'affirmation que seul le logiciel de la marque « Geutebrück » satisfait ses besoins. Or, il ne prouve pas cette allégation : il ne conteste pas que des postes de police sont équipés par un système fourni par la recourante. De plus, il n'explique pas quelles sont les exigences purement techniques qui imposent de choisir ce logiciel, plutôt qu'un autre. En procédant de la sorte, l'adjudicateur ne se conforme pas à l'art. 28 al. 2 RMP-GE (cons. 7).

La recourante a donc la qualité pour recourir et l'adjudication de gré à gré doit être annulée (cons. 8).

## Le commentaire

### A. Les conditions de la circonstance exceptionnelle des raisons techniques

#### 1. L'existence de raisons « techniques »

En vertu de l'art. XV par. 1 let. b AMP 1994, l'adjudicateur doit s'assurer que le fait qu'il invoque pour soustraire le marché à la concurrence constitue une raison « technique » et non un élément extérieur au marché litigieux<sup>1</sup>. Le traité révisé de 2012 impose aussi cette exigence (art. XIII par. 1 let. b ch. iii AMP 2012)<sup>2</sup>.

Une raison est « technique » s'il s'agit d'une spécification technique qui figurerait dans les documents de soumission si l'adjudicateur mettait le marché en concurrence. En cas de doute sur la nature « technique » du fait invoqué, la définition légale des « spécifications techniques » constitue un point de repère (cf. art. premier let. u AMP 2012)<sup>3</sup>.

La notion de raisons techniques englobe les raisons juridiques, telles que les droits exclusifs. Toutefois, si l'adjudicateur souhaite invoquer une telle spécificité juridique pour soustraire le marché à la concurrence, il doit se baser sur la circonstance exceptionnelle des droits exclusifs<sup>4</sup>.

#### 2. L'absence de concurrence pour des raisons techniques

L'art. XV par. 1 let. b AMP 1994 exige que les particularités techniques du marché empêchent toute mise en concurrence ; le traité révisé de 2012 énonce aussi cette condition (art. XIII par. 1 let. b ch. iii AMP 2012). Un seul fournisseur doit être apte à offrir la prestation recherchée. Certains auteurs parlent de « monopole de fait »<sup>5</sup>. Cette exclusivité exige de reposer sur des considérations objectives. Une exclusivité subjective ne suffit pas<sup>6</sup>. Voici quelques exemples de jurisprudences qui admettent ou non ce monopole de fait<sup>7</sup> :

- Pour le Tribunal cantonal argovien, l'acquisition d'un appareil IRM de 70 cm de diamètre se justifiait en raison de l'accroissement du confort qu'il en résultait pour les patients claustrophobes, les femmes enceintes ou encore les personnes en surpoids. Dès lors que des recherches avaient montré que l'adjudicataire était la seule à offrir cette installation, l'adjudication de gré à gré était conforme au droit des marchés publics<sup>8</sup>.
- La spécificité technique de la diamorphine et les mesures de sécurité pour en empêcher tout détournement lors de son importation ne placent pas le fournisseur dans une position d'exclusivité qui empêche une mise en concurrence ; l'aptitude du soumissionnaire à prendre les mesures de sécurité adéquates peut être prise en compte comme critère d'attribution du marché<sup>9</sup>.
- Étant vu que plusieurs fournisseurs pouvaient mettre à disposition des moyens permettant la transmission de données aux médias – en l'espèce des communiqués et déclarations du Conseil fédéral –, le marché de services litigieux ne pouvait pas échapper à la concurrence sur la base de la circonstance exceptionnelle des particularités techniques<sup>10</sup>.
- Dans une affaire où les interférences techniques entre les travaux en cours et ceux du marché à adjuger fondaient le gré à gré, la Cour de justice a considéré que le gouvernement italien n'avait pas amené la preuve que ces difficultés justifiaient le gré à gré<sup>11</sup>.
- En l'absence de tout élément de preuve en ce sens, le choix d'un traitement thermique des déchets ne saurait être considéré comme une raison technique de nature à justifier l'allégation selon laquelle le marché ne pouvait être attribué qu'à un prestataire déterminé<sup>12</sup>.
- Le Tribunal administratif zurichois a admis l'adjudication de gré à gré d'un marché portant sur la maintenance et le développement d'un programme informatique utilisé par

<sup>1</sup> Cf. p. ex. A. DELVAUX et al., Commentaire Pratique de la réglementation des marchés publics, Tome 1A, 7<sup>e</sup> éd., Bruxelles 2014, ad art. 26 p. 408 ch. 13 ; CJCE du 18 mai 1995, aff. C-57/94, N 24.

<sup>2</sup> Le canton de Genève n'a pas encore transposé l'AMP 2012 dans sa législation sur les marchés publics. Nous nous référons donc à l'art. XV AMP 1994. Cette norme régit l'appel d'offres limité, que le législateur suisse désigne par le vocable de « procédure de gré à gré ».

<sup>3</sup> M. JAQUIER, Le « gré à gré exceptionnel » dans les marchés publics, Etude de droit suisse et européen, Zurich 2018, N 132.

<sup>4</sup> Dans l'AMP 1994, les États parties énoncent la circonstance exceptionnelle des droits exclusifs dans le même libellé que celui qui régit la circonstance des raisons techniques (cf. art. XV par. 1 let. b AMP 1994). Il en va différemment dans l'AMP 2012, qui énumère ces deux causes de gré à gré séparément (art. XIII par. 1 let. b ch. ii et iii).

<sup>5</sup> A. DURVIAUX, Précis de droit des marchés et contrats publics, Bruxelles 2014, p. 457 ss ch. 364 ss ; M. BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts – Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2012, N 640.

<sup>6</sup> VK Hessen, Beschl. du 27 avril 2007, 69d, VK-11/2007.

<sup>7</sup> Pour d'autres exemples de jurisprudences, cf. JAQUIER (n. 3), N 144 ss.

<sup>8</sup> TA AG WBE.2009.207 du 21 décembre 2009, cons. 2.2 ss, AGVE 2009, p. 07 ss N 39, BR/DC 2010, p. 17 s. n° S61.

<sup>9</sup> CJCE du 28 mars 1995, C-324/93, N 49 s.

<sup>10</sup> CRM 2000-007 du 3 novembre 2000, cons. 4c, JAAC 65.41.

<sup>11</sup> CJCE du 18 mai 1995, aff. C-57/94, N 27.

<sup>12</sup> CJCE du 10 avril 2003, aff. C-20/01 et C-28/01, N 64.

la police zurichoise, notamment aux motifs que l'adjudicataire avait développé le software et qu'il s'occupait de sa maintenance depuis plus de vingt ans<sup>13</sup>.

### 3. L'absence de solution de rechange raisonnablement satisfaisante

Selon l'art. XV par. 1 let. b AMP 1994, il ne doit pas exister de produit ou de service de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisant; le traité révisé de 2012 mentionne aussi cette condition (art. XIII par. 1 let. b AMP 2012). Par contre, elle ne figure pas dans le droit cantonal genevois (art. 15 al. 3 let. c RMP-GE). En vertu de l'effet direct du droit international, l'adjudicateur doit toutefois la respecter quand le marché de gré à gré atteint les seuils de la concurrence internationale<sup>14</sup>.

La condition de l'absence de solution de rechange ou de remplacement satisfaisante a deux composantes<sup>15</sup>:

**a.** Une première composante qui impose de vérifier qu'il n'existe pas de solution équivalente à celle adjudiquée de gré à gré. Les tribunaux ont précisé cette notion:

- Dans l'arrêt ATF 137 II 313, le Tribunal fédéral expose que: «[...]l'adéquation des solutions de rechange devrait être examinée du point de vue de leur aptitude à couvrir le besoin de l'adjudicateur de manière fonctionnelle.» Toutefois, la seule équivalence fonctionnelle ne suffit pas: «une offre ne peut pas être considérée comme une solution de rechange adéquate [...] si elle n'est pas, économiquement, au moins à peu près aussi avantageuse que le produit acheté»<sup>16</sup>.
- Pour le Tribunal cantonal fribourgeois, «la notion d'alternative raisonnable dépend de la nature du projet en cause, étant entendu cependant qu'une autre solution n'apparaît pas déraisonnable du simple fait qu'elle présente de légers désavantages par rapport à celle qui a été retenue.»<sup>17</sup>
- Selon le Tribunal administratif fédéral, l'organisation d'une procédure sur invitation une année plus tôt pour trouver un fournisseur informatique apte à développer un logiciel de contrôle plus performant et plus facile à utiliser que le software employé jusqu'alors constitue un indice qu'il existe une solution alternative<sup>18</sup>.

Suivant ces jurisprudences, deux prestations sont équivalentes si elles atteignent les mêmes exigences fonctionnelles et de performance et qu'elles sont à peu près aussi avanta-

geuses économiquement l'une que l'autre. Pareille solution de rechange ou de remplacement est susceptible d'exister si l'adjudicateur a précédemment organisé une procédure ouverte, sélective ou sur invitation pour un marché similaire.

**b.** La deuxième composante de la condition de l'absence de solution de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisante impose de prendre en compte l'obligation de mise en concurrence dès l'analyse du ou des besoins de l'entité adjudicatrice. Cette exigence permet d'éviter une définition trop étroite du marché public. Vu que l'adjudicateur élabore les spécifications techniques du marché de gré à gré sur la base de ses besoins, il n'est pas entièrement libre d'évaluer ces derniers quand cette élaboration a des effets néfastes sur la concurrence. Ces besoins doivent reposer sur des considérations objectives<sup>19</sup>. Dans un arrêt relatif à l'adjudication de gré à gré de lampes d'avertissement, le Tribunal administratif fédéral reproche à l'entité adjudicatrice de ne pas avoir suffisamment défini le marché et expliqué en quoi le modèle choisi était le seul à pouvoir satisfaire ses besoins<sup>20</sup>.

## B. Les enseignements de l'arrêt

L'arrêt présenté ci-dessus appelle les observations suivantes:

- La Chambre administrative retient à juste titre que seules des raisons techniques objectives permettent de fonder une adjudication de gré à gré, en excluant toute possibilité d'invoquer des raisons subjectives (en l'espèce la volonté de la police d'utiliser le logiciel de marque «Geutebrück»). Cette solution est conforme à celle préconisée par le droit européen. Dans son préambule (cf. cons. 50), la Directive 2014/24 précise que «le recours à la procédure négociée sans publication ne peut être justifié que dans une situation d'exclusivité objective, c'est-à-dire lorsque l'exclusivité n'a pas été créée par le pouvoir adjudicateur lui-même en vue de la passation du marché.»
- L'Office cantonal des bâtiments faisait valoir que la décision d'adjudication de gré à gré se justifiait notamment au motif que la société adjudicataire détenait une licence exclusive de distribution sur le logiciel «Geutebrück». Pour cette raison, la circonstance exceptionnelle des droits exclusifs de l'art. XV par. 1 let. b AMP 1994 aurait pu être examinée. En effet, cette cause de gré à gré vise notamment la notion des «droits exclusifs», qui comprend les licences de distribution exclusive<sup>21</sup>.
- Le choix de la Chambre administrative de se concentrer sur la clause des raisons techniques s'explique certainement par le fait que le législateur genevois n'a pas transposé correctement le libellé de l'art. XV par. 1 let. b AMP 1994 dans le règlement; l'art. 15 al.3 let. c RMP-GE se

<sup>13</sup> TA ZHVB.2015.00780 du 11 août 2016, cons. 4.1; pour une autre affaire relative à une adjudication de gré à gré d'un marché de maintenance et support d'un logiciel utilisé par la police du canton de St-Gall au fournisseur et développeur précédent, cf. commentaire de S. SCHERLER, BR/DC 2018, p. 38 ss n° 2.

<sup>14</sup> Sur cette question, cf. JAQUIER (n. 3), N 104 ss.

<sup>15</sup> JAQUIER (n. 3), N 150.

<sup>16</sup> ATF 137 II 313, cons. 3.6.1, JdT 2012 I, p. 20 ss, RDAF 2012 I, p. 571 ss, sic! 2011, p. 595 ss.

<sup>17</sup> TC FR 602 2012 148 du 7 juin 2013, cons. 3.a.

<sup>18</sup> TAF B-5729/2009 du 15 octobre 2009, cons. 5.1.2 s., BR/DC 2010, p. 92 n° S8.

<sup>19</sup> Commentaire de M. BEYELER, BR/DC 2016, p. 8 n° 2; cf. aussi C. SCHNEIDER HEUSI/L. MAZZARIELLO, Die Freihändige Microsoft-Vergabe der Bundesverwaltung, Jusletter du 23 avril 2011, p. 5 N 28, qui relèvent que ni le Tribunal administratif fédéral, ni le Tribunal fédéral n'ont vérifié si la Confédération avait correctement défini l'objet du marché.

<sup>20</sup> TAF B-1570/2015 du 7 octobre 2015, cons. 2.5, BR/DC 2016, p. 8 n° 2.

<sup>21</sup> JAQUIER (n. 3), N 207 et références.

limite à mentionner les termes de « propriété intellectuelle », en laissant de côté ceux de « droits exclusifs »<sup>22</sup>. Il faut aussi regretter que le droit cantonal n'énonce pas la condition de l'absence de solution de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisante. La non-transposition de cette exigence oblige de recourir aux règles relatives aux spécifications techniques, plus particulièrement à celle qui interdit de mentionner une marque dans les documents de soumission, sauf à y faire figurer les termes « ou équivalent » (art. 28 al. 2 RMP-GE)<sup>23</sup>. Or, cette règle, qui se trouve sous le chapitre II « Appel d'offres » du règlement genevois vaut pour les procédures ouverte, sélective ou sur invitation. En principe, elle ne vise pas la procédure de gré à gré, qui ne connaît pas de document d'appels d'offres.

- Dans son arrêt, la Chambre administrative se distancie de la répartition du fardeau de la preuve imposée par l'arrêt ATF 137 II 313. Elle reproche à l'adjudicateur de ne pas

avoir démontré pour quelles raisons le système de marque « Geutebrück » était le seul à entrer en ligne de compte. Les juges reprennent ainsi la solution du Tribunal administratif fédéral et de certains auteurs<sup>24</sup>. Cette répartition correspond aussi à la jurisprudence européenne, qui considère qu'il revient à celui qui se prévaut d'une circonstance exceptionnelle de démontrer qu'il en remplit les conditions<sup>25</sup>.

- À notre connaissance, avant cet arrêt genevois, seul le Tribunal administratif fédéral avait critiqué de manière aussi directe la façon dont l'entité adjudicatrice avait défini le marché de gré à gré et ses besoins<sup>26</sup>. Cette jurisprudence cantonale confirme que l'adjudicateur doit prendre en compte son obligation de concurrence dès l'analyse de ses besoins, sous peine de se voir reprocher d'avoir défini le marché de manière trop étroite. Ainsi, lorsqu'il conclut que ces besoins pourraient conduire à une adjudication de gré à gré, il doit s'assurer qu'ils reposent sur des considérations objectives. Cette exigence découle notamment de l'une des deux composantes de la condition de l'absence de solution de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisante de l'art. XV par. 1 let. b AMP 1994 (cf. aussi art. XIII par. 1 let. b AMP 2012).

<sup>22</sup> L'art. 15 al. 3 let. c RMP-GE a la teneur suivante: « un seul prestataire entre en considération en raison des particularités techniques ou artistiques du marché ou pour des motifs relevant du droit de la propriété intellectuelle ».

<sup>23</sup> S. ARROWSMITH voit dans la condition de l'absence de solution de rechange ou de remplacement de l'art. XV par. 1 let. b AMP 1994 un rappel de la règle de l'art. VI par. 3 AMP 1994 (cf. aussi l'art. 28 RMP-GE); cette dernière interdit de mentionner une marque de fabrique ou de commerce dans les documents de soumission, à moins qu'aucun autre moyen de description suffisamment précis ou intelligible n'existe et que l'adjudicateur y ajoute des termes tels que « ou équivalent » (Government Procurement in the WTO, The Hague, Londres, New York, 2003, p. 88).

<sup>24</sup> TAF B-1570/2015 du 7 octobre 2015; commentaire de M. BEYELER, BR/DC 2016, p. 5 ss n° 2; C. SCHNEIDER HEUSI/L. MAZZARIELLO (n. 19), p. 5 N 30; JAQUIER (n. 3), N 150.

<sup>25</sup> Cf. p.ex. CJCE du 14 septembre 2004, aff. 385/02, N 19 et références citées.

<sup>26</sup> Il s'agit de l'arrêt TAF B-1570/2015 du 7.10.2015, cons. 2.5.