

GE_GERICHTE ATA/1329/2018 vom 11. Dezember 2018

GE Cour de justice, 2018-12-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1329_2018

FR: GE_GERICHTE ATA/1329/2018 du 11 décembre 2018

IT: GE_GERICHTE ATA/1329/2018 del 11 dicembre 2018

Erwägungen

E. 1

Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est recevable de ces points de vue, en application des art. 15 al. 2 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), 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 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

E. 2

Aux termes de l'art. 70 al. 1 LPA, l'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation identique ou à une cause juridique commune.

En l'espèce, la recourante demande que la présente cause soit jointe à la cause A/2422/2018 ouverte à la suite de son recours contre l'adjudication du marché ou à une société finlandaise.

Bien que ces deux procédures aient pour contexte le même marché public, elles visent deux objets différents : l'exclusion du processus d'adjudication pour la présente, l'attribution du marché à l'issue de ce processus pour la seconde. Les parties à ces procédures ne sont pas les mêmes, l'adjudicataire ne l'étant que dans la cause A/2422/2018. Il n'y a ainsi pas d'identité de situation de cause juridique commune, de sorte qu'il ne sera pas donné suite à la demande de jonction des causes A/1107/2018 et A/2422/2018.

E. 3

a. La qualité pour recourir appartient à toute personne touchée directement par une décision et ayant un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 60 let. b de la loi sur la procédure administrative du

- 7/11 - A/1107/2018 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 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/1443/2017 du 31 octobre 2017 ; ATA/360/2014 du 20 mai 2014).

Le contrat ayant été conclu avec l'adjudicataire (art. 46 RMP), se pose la question de l'intérêt digne de protection du recourant au maintien du recours.

b. Selon l'art. 18 al. 2 AIMP, lorsque le contrat est déjà conclu, l'autorité qui admet le recours ne peut que constater le caractère illicite de la décision. Si cette illicéité est prononcée, le recourant peut demander la réparation de son dommage, limité aux dépenses qu'il a subies en relation avec les procédures de soumission et de recours (art. 3 al. 3 L -

AIMP). Par ailleurs, selon l'arrêt du Tribunal fédéral 2P.307/2005 du 24 mai 2006, le recourant qui conteste une décision d'adjudication et qui déclare vouloir maintenir son recours après la conclusion du contrat conclut, au moins implicitement, à la constatation de l'illicéité de l'adjudication, que des dommages intérêts soient réclamés ou non.

c. En l'espèce, la recourante, dans la mesure où elle a contesté la décision d'adjudication, conserve un intérêt à ce qu'il soit statué sur le recours contre son exclusion de la procédure d'évaluation, l'admission à cette dernière étant nécessaire pour pouvoir agir contre la décision d'adjudication.

E. 4

La recourante se plaint en premier lieu d'une violation de son droit d'être entendue en raison de la motivation insuffisante de la décision querellée.

a. Selon l'art. 45 al. 1 RMP, l'autorité adjudicatrice rend une décision d'adjudication sommairement motivée, notifiée soit par publication sur la plateforme électronique sur les marchés publics gérée par l'association simap.ch (www.simap.ch), soit par courrier à chacun des soumissionnaires, avec mention des voies de recours.

b. Le droit d'être entendu comprend également le droit d'obtenir une décision motivée. L'autorité n'est toutefois pas tenue de prendre position sur tous les moyens des parties ; elle peut se limiter aux questions décisives, mais doit se prononcer sur celles-ci (ATF 138 I 232 consid. 5.1 ; 137 II 266 consid. 3.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_597/2013 du 28 octobre 2013 consid. 5.2 ; 2C_713/2013 du 22 août 2013 consid. 2 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 521 n. 1573). Il suffit, du point de vue de la motivation de la décision, que les parties puissent se rendre compte de sa portée à leur égard et, le cas échéant, recourir contre elle en connaissance de cause (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; 138 I 232 consid. 5.1 ; 136 I 184 consid. 2.2.1).

En matière de marchés publics, cette obligation se manifeste par le devoir qu'a l'autorité d'indiquer au soumissionnaire évincé les raisons du rejet de son

- 8/11 - A/1107/2018 offre (Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, Le droit des marchés publics, 2002, p. 256). Ce principe est concrétisé par les art. 13 let. h AIMP et 45 al. 1 RMP (ATA/492/2018 du 22 mai 2018 consid. 6b).

c. Selon la doctrine, les règles spéciales applicables en matière d'adjudication de marché prévoient que l'autorité peut, dans un premier temps, procéder à une notification individuelle, voire par publication, accompagnée d'une motivation sommaire ; sur requête du soumissionnaire évincé, l'autorité doit lui fournir des renseignements supplémentaires relatifs notamment aux raisons principales du rejet de son offre ainsi qu'aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue. L'ensemble de ces explications de l'autorité (fournies le cas échéant en deux étapes) doit être pris en considération pour s'assurer qu'elles sont conformes, ou non, aux exigences découlant du droit d'être entendu ; de surcroît, la pratique admet assez généreusement la réparation d'une motivation insuffisante dans la procédure de recours subséquente (Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 250 n. 392).

d. En l'espèce, la décision d'exclusion du 21 mars 2018 rappelle que le dossier d'appel d'offres mentionne que dans le cadre de l'évaluation des offres, une série de tests techniques sont effectués afin de vérifier si le niveau de protection balistique exigé est respecté, et que l'échec à ces tests entraîne l'élimination de la procédure d'adjudication. Elle indique ensuite que les tests effectués sur les échantillons des deux modèles de gilet

pare-balles proposés par la recourante ont mis en évidence des perforations par la munition de référence. L'autorité adjudicatrice a dès lors constaté l'échec aux tests techniques, ce qui a entraîné l'élimination des offres de la recourante.

Le motif d'élimination était ainsi décrit de manière précise. Les résultats des tests n'étaient pas joints mais la recourante n'a demandé aucun renseignement supplémentaire dans le délai de recours. Ces résultats ont été produits par l'intimée avec sa détermination sur la demande d'octroi d'effet suspensif au recours. En tout état, leur absence n'a pas empêché la recourante de recourir utilement. Compte tenu de la jurisprudence et de la doctrine précités, aucune violation du droit d'être entendu, sous la forme d'un manque de motivation de la décision attaquée, ne saurait donc être retenue.

E. 5

La recourante allègue également une violation du principe de transparence, la décision querellée ne mentionnant aucune donnée sur la nature des tirs effectués sur les gilets pare-balles, aucune table ni aucun protocole des tests qui auraient permis de comprendre la raison de l'élimination des offres n'a été communiqué. En outre, aucune information ne lui avait été communiquée au sujet de la vitesse de tir de la munition topique. Or celle-ci était supérieure à celle figurant dans le calcul des charges, de sorte que les critères devaient ainsi être modifiés.

- 9/11 - A/1107/2018

a. Le principe de la transparence, garanti par les art. 1 al. 3 let. c AIMP et 24 RMP, interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères. Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable d'éléments d'appréciation ou de catégories, tels des sous-critères, qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié. De la même manière, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et éléments d'appréciation utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul, etc.) ne doivent pas nécessairement être portées par avance à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (ATF 130 I 241 consid. 5.1 ; ATA/492/2018 précité consid. 10d et les arrêts cités).

Selon la doctrine, le principe de la transparence se rapproche du principe de la bonne foi, qui prohibe les comportements contradictoires de l'autorité, mais aussi du principe de non-discrimination ; en effet, lorsque le pouvoir adjudicateur s'écarte des « règles du jeu » qu'il s'est fixées, il adopte un comportement qui se rapproche d'une manipulation, typiquement discriminatoire, du résultat du marché (Étienne POLTIER, op.cit., p. 161 n. 259).

b. En l'espèce, en tant qu'il se rapporte à la motivation de la décision querellée, le grief se confond avec celui de violation du droit d'être entendu et doit dès lors être écarté pour les mêmes motifs.

Par rapport au cahier des charges, il ressort de celui-ci que les résultats des tests techniques ne constituent pas un critère ou une preuve d'aptitude ni un critère d'adjudication. La référence au niveau de protection nominal, selon les données du fabricant pour la munition 9 mm Action 4 à 420 m/s n'est par ailleurs pas une exigence de sécurité à remplir mais une

simple indication que le soumissionnaire doit faire figurer sur l'étiquette de revêtement du panneau balistique, selon les exigences relatives au descriptif des gilets. L'exigence de sécurité à remplir pour les gilets pare-balles, à rigueur de cahier des charges, est qu'ils doivent résister à la munition de référence dans le cadre des tests à effectuer selon le protocole de la norme NIJ 0101.04, dont la recourante, qui n'a pas contesté le choix de cette norme, ne peut ignorer les modalités. Elle n'a pas davantage contesté le choix du BNE. L'intimée ne s'est pas écartée du cahier des charges.

Au vu de ce qui précède, le grief doit être écarté.

E. 6

La recourante soutient enfin que la décision est arbitraire car il serait impossible que les spécifications techniques du cahier des charges n'aient pas été remplies par les gilets pare-balles fournis, ce matériel ayant été certifié par Armasuisse.

- 10/11 - A/1107/2018

En réalité, il reproche à l'autorité intimée d'avoir mal appliqué la loi, en constatant les faits de manière inexacte.

En l'espèce, les résultats des tests de ses modèles de gilets produits par la recourante ne sont pas pertinents dès lors, qu'outre le fait qu'ils concernent plusieurs modèles de gilets dont seul le X-Ray2016 fait partie de ses offres, ils ont été effectués selon le protocole de la norme VPAM 2006, qui n'est pas la norme de référence pour les tests techniques retenue par l'intimée. La référence à la certification d'Armasuisse n'est donc pas pertinente. Par ailleurs, la recourante ne conteste pas la régularité des tests effectués, et n'allègue pas qu'ils auraient été différents pour son matériel de ceux auxquels le matériel de ses concurrents a été soumis, avec succès en ce qui les concernent.

Dans ces circonstances, le grief est infondé.

E. 7

Entièrement mal fondé, le recours doit être rejeté.

E. 8

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA) et aucune indemnité de procédure ne lui sera versée.

* * * * *

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.