

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1107/2018-MARPU

ATA/540/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 31 mai 2018

sur effet suspensif

dans la cause

UNIVERSAL SHIELD HOLDING SA
représentée par Me Julien Blanc, avocat

contre

CENTRALE COMMUNE D'ACHATS

Vu l'art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative de la Cour de justice du 26 septembre 2017 (ci-après : la chambre administrative) ;

Attendu, en fait, que :

- 1) En date du 5 septembre 2017, l'État de Genève représenté par la centrale commune d'achats (ci-après : CCA), a publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) et dans Simap un appel d'offres, en procédure ouverte soumis à l'accord GATT/OMC et aux accords internationaux, avec délai de dépôt au 16 octobre 2017 pour l'acquisition de gilets pare-balles/couteaux (ci-après : gilets) et leurs accessoires ainsi que de housses « Unimatos ».

Cette parution initiale a été complétée par une seconde le 11 octobre 2017, rectifiant le point 1 du dossier d'appel d'offres en ce sens que la quantité estimée pour la durée totale du contrat, soit cinq ans, était de 2'100 gilets environ en lieu et place de 100 gilets par année. Le délai de dépôt était repoussé au 30 octobre 2017.

Selon le dossier d'appel d'offres, les gilets devaient impérativement répondre aux normes de sécurité mentionnées dans le cahier des charges et résister aux munitions également mentionnées dans ce dernier (point 2.1.1). Le niveau de protection balistique devait être certifié conforme à la norme 0101.04 du National Institute of Justice des États-Unis (ci-après : NIJ 0101.04), niveau IIIA, la conformité à la norme NIJ 0101.06 pouvant être un atout. Les gilets devaient en outre résister à la munition Action 4 en calibre 9 mm, selon tests conforme à la norme NIJ 0101.04 (annexe 1).

Dans le cadre de l'évaluation des offres, les soumissionnaires devaient fournir gratuitement un échantillonnage de sept gilets dont certains seraient détruits lors de tests techniques (point 8.1). Une série de tests techniques seraient en effet effectuée par le laboratoire Banc national d'épreuve (ci-après : BNE) de Saint-Étienne (France) dans le but de vérifier si les niveaux de protection exigés étaient respectés. L'échec aux tests techniques du BNE entraînerait l'élimination de l'offre (point 8.2). Par ailleurs, des tests internes par des collaborateurs de la police permettraient d'évaluer le confort d'utilisation des gilets (point 8.3). À l'issue d'une première analyse, une liste restreinte aux trois soumissionnaires ayant présenté les meilleures offres serait établie.

Les critères d'adjudication étaient, dans l'ordre d'importance décroissant :

1. Qualité des articles et des services proposés (résultats des tests internes, rubriques du cahier des charges à apprécier et évaluer) ;
2. Prix ;

3. Qualité de l'entreprise (contribution à la composante sociale du développement durable et contribution à la composante environnementale du développement durable.

- 2) La société Universal Shield Holding SA (ci-après : Universal Shield), dont le siège est à Bière, a déposé dans le délai fixé deux offres pour deux modèles de gilets : l'Alpha2015 et le X-Ray2016.
- 3) Par décision du 21 mars 2018, la CCA a éliminé les deux offres susmentionnées. Le résultat des tests effectués par le BNE mettait en évidence des perforations sur certains échantillons fournis des deux modèles par la munition 9mm action 4. Il y avait échec aux tests. Les offres devaient donc être écartées car elles ne respectaient pas les exigences impératives de protection balistique.
- 4) Par acte du 3 avril 2018, Universal Shield a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, concluant à l'annulation de celle-ci et, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif au recours ainsi qu'à diverses mesures d'instruction.

Les deux modèles de gilets avaient été soumis à un série de tests par le service suisse d'essai (ci-après : Arma Suisse), centre de compétences pour les tests balistiques de la Confédération. Une série de munitions avaient été testées lors de la certification, en particulier la 9 mm Action 4. Les deux modèles, selon la distance et l'angle de tir, résistaient à l'impact de cette munition à une vitesse bien supérieure à 420 m/s, étant précisé qu'aucune arme de calibre 9 mm sur le marché ne tirait un projectile 9 mm action 4 à une vitesse de 420 m/s ou légèrement supérieure de 10 m/s. Des résultats supérieurs n'étaient obtenus qu'en laboratoire. Au vu de cette certification, il était techniquement et matériellement impossible que de la munition 9 mm Action 4 ait pu transpercer ces gilets avec une vitesse supérieure à 420 m/s. Il était donc probable que les tests effectués par le BNE étaient inadaptés au cahier des charges de l'appel d'offres.

Cette dernière violait le droit d'être entendu et le principe de transparence, la motivation étant succincte, ne comportant en particulier aucune donnée relative aux tests techniques permettant de comprendre les raisons pour lesquelles les offres avaient été écartées. Elle ne respectait pas le dossier d'appel d'offres, dès lors que celui-ci ne permettait pas d'écarter une offre dès l'instant où elle respectait les spécificités balistiques, ce qui était les cas des deux modèles en cause au vu de leur certification. La seule explication plausible était que les tests avaient été réalisés à des vitesses de percussion supérieures à celles contenues dans le cahier des charges. Dans ces circonstances, considérer que les gilets avaient été transpercés relevait d'un établissement incorrect des faits pertinents. La décision querellée était arbitraire.

L'effet suspensif devait être octroyé, aucun intérêt public prépondérant ne pouvant être opposé à l'intérêt privé d'Universal Shield à réintégrer la procédure d'évaluation.

- 5) Le 5 avril 2018, statuant sur mesures pré-provisionnelles, le juge délégué a fait interdiction à la CCA de continuer la procédure d'appel d'offres, de procéder à l'évaluation ou à l'adjudication jusqu'à droit jugé sur effet suspensif.
- 6) Le 20 avril 2018, la CCA s'est opposé à l'octroi de l'effet suspensif au recours.

Les documents de certification d'Arma Suisse remis par Universal Shield ne concernaient pas le modèle Alpha2015 et mentionnaient que les tests avaient été effectués selon la norme 2006 de l'association des laboratoires d'essais de la résistance balistique des matériaux et constructions (ci-après : VPAM 2006), différente de la norme NIJ 0101.04, comme le sont leur protocole de tests respectif. Pour l'un des modèles testés, le test n'était que partiellement réussi.

La munition 9 mm Action 4 ne faisait pas partie des munitions décrites dans la norme NIJ 0101.04 et, selon cette dernière, c'était à l'acquéreur de définir les conditions du test. Il n'y avait donc pas de vitesse déterminée pour cette munition. Dans ce contexte, le BNE – recommandé par Arma Suisse qui ne disposait pas encore du matériel nécessaire pour procéder aux tests selon la norme NIJ 0101.04 – avait informé la CCA que la vitesse de tir de ladite munition sur le banc était d'environ 470 m/s en utilisant la charge de poudre nominale de la balle telle que fournie par son fabricant suisse. Ces indications correspondant à une énergie cinétique significativement inférieure à celle de la balle de calibre 44 magnum listée dans la norme NOJ 0101.04, la CCA avait dès lors convenu que, dans un souci de standardisation, les tests seraient réalisés sur la base de la charge nominale de la munition. Ces tests ont été réalisés selon le protocole NIJ 0101.04. Seuls les gilets d'Universal Shield avaient été perforés par la munition 9 mm Action 4.

Le recours avait peu de chance de succès. La décision querellée était suffisamment motivée et les feuilles de tirs étaient produites. Le cahier des charges ne limitait pas la protection balistique exigée à 420 m/s pour la munition 9 mm action 4, cette indication, correspondant au niveau de protection nominale selon les données du fabricant, devant uniquement figurer sur les étiquettes des gilets. Les tests techniques ne faisaient pas l'objet d'une évaluation ou d'une note mais servaient simplement à confirmer ou à infirmer la résistance balistique des gilets.

Il y avait un intérêt public important à ce que le marché puisse être exécuté. La police devait disposer d'un stock suffisant de gilets, renouveler ceux – plusieurs dizaines – qui avaient dépassé la date de validité et équiper les nouvelles écoles de police. Le contrat avec l'ancien fournisseur était venu à échéance à fin 2017 et le matériel en dotation était d'une ancienne génération, offrant une résistance affaiblie

aux tirs et n'était plus adaptés aux menaces actuelles. L'intérêt public à la protection de la vie des agents de police l'emportait sur l'intérêt privé d'Universal Shield.

- 7) Le 9 mai 2018, Universal Shield a répliqué, constatant que l'information relative à la vitesse de tir d'environ 470 m/s sur le banc n'avait pas été transmise par l'autorité adjudicatrice, alors que cela allait bien au-delà des critères publiés de l'appel d'offres. Ses deux modèles avaient été ainsi été perforés dans trois cas par des projectiles à des vitesses allant de 465 à 481 m/s, avec des angles de tir très particuliers. Les gilets avaient en revanche passé le seuil minimal requis par le cahier des charges.

Quant à la situation actuelle de l'équipement de la police, elle résultait d'un ensemble de causes défavorables, dont l'interruption d'un premier marché au stade de l'appel d'offres, sur lesquelles elle n'avait eu aucune influence. La procédure en matière de marché public étant rapide, l'effet suspensif devait être restitué dès lors que l'on était en présence d'une violation grave des droits d'un soumissionnaire.

- 8) Le 14 mai 2018, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

- 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).
- 2) Aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, en vertu des art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP, 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.

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 chances 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 (ATA/1179/2017 du 15 août 2017 consid. 2 ; ATA/446/2017 du 24 avril 2017 consid. 2 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, *Marchés publics* 2010, Zurich 2010, pp. 311-341, p. 317 n. 15).

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/1179/2017 précité consid. 2 ; ATA/446/2017 précité consid. 2).

3) a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des cantons (art. 1 al. 1 AIMP). Il poursuit plusieurs objectifs, soit assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. a AIMP), garantir l'égalité de traitement entre ceux-ci et assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 3 let. b AIMP), assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) et permettre l'utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, notamment let. a et b AIMP).

b. Le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires tout au long du déroulement formel de la procédure (art. 16 RMP ; ATA/1005/2016 du 29 novembre 2016 consid. 3 ; ATA/51/2015 du 13 janvier 2015 et jurisprudence citée ; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 109 ; Benoît BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics in RDAF 2004, p. 241).

c. Dans le canton de Genève, la procédure ouverte est une procédure publique à laquelle peuvent participer tous les intéressés. Aux termes de l'art. 12 RMP, les offres sont évaluées en fonction des critères d'aptitude, au sens de l'art. 33 RMP, et des critères d'adjudication, au sens de l'art. 43 RMP. L'autorité adjudicatrice choisit des critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché. Elle doit les énoncer clairement et par ordre d'importance au moment de l'appel d'offres (art. 24 RMP).

Avant de pouvoir participer à l'évaluation, un concurrent doit respecter les « conditions pour être admis à soumissionner » définies aux art. 31 à 33 composant le chapitre III du RMP.

d. Le principe d'intangibilité des offres interdisant la modification de celles-ci après l'échéance du délai de dépôt découle de l'art. 11 let. c AIMP qui proscrit les négociations entre l'entité adjudicatrice et les soumissionnaires (Etienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p 222 n. 354). Il est également lié à la nécessité d'assurer l'égalité de traitement entre soumissionnaires (arrêt du Tribunal fédéral 2C_197/2010 du 30 avril 2010, consid. 6.1).

4) En l'espèce, la recourante se plaint d'une violation du droit d'être entendue et d'une violation du principe de la transparence, sous la forme d'une motivation insuffisante de la décision querellée, met en cause le respect des exigences de l'appel

d'offres pour l'évaluation des performances techniques de ses modèles de gilets, aboutissant à une décision arbitraire.

a. L'éventuelle violation du droit d'être entendu, de prime abord, n'apparaît pas manifeste ni grave au point qu'elle soit susceptible d'entraîner la nullité de la décision querellée, puisque la recourante a été à même de contester cette dernière en temps utile, sans même s'adresser à l'intimée pour demander d'éventuels éclaircissements avant de recourir. L'examen de ce grief ne s'impose donc pas à ce stade.

b. Le recourante soutient que l'autorité adjudicatrice n'aurait pas respecté les critères d'évaluation qu'elle a fixés. Toutefois, il apparaît d'entrée de cause à la lecture du cahier des charges que les résultats des tests techniques du BNE ne constituent pas un critère ou une preuve d'aptitude, décrits exhaustivement aux points 15 et 16 du dossier d'appel d'offres, ni un des critères d'évaluation mentionnés au point 17.

Par ailleurs, il ressort clairement du cahier des charges que la référence au niveau de protection nominal pour la munition 9 mm Action 4 à 420 m/s est une indication que le soumissionnaire doit faire figurer sur l'étiquette du revêtement de panneau balistique, selon les exigences relatives au descriptif des gilets (point A 10) et non une exigence de sécurité à remplir, celle-ci étant qu'il doit résister à la munition Action 4 en 9 mm dans le cadre de tests à effectuer selon le protocole de la norme NIJ 0101.04 (point A3).

c. 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 la CCA.

d. La recourante ne conteste pas la régularité des tests effectués par le BNE et elle n'a pas remis en cause les choix de la norme NIJ 0101.04 et du BNE avant de présenter ses offres.

- 5) Il découle de ce qui précède que, *prima facie*, les chances de succès du recours apparaissent faibles.
- 6) Il apparaît par ailleurs que l'intérêt public mis en avant par l'intimée, à savoir la protection de l'intégrité physique des policiers au moyen d'un matériel répondant aux exigences actuelles en matière de résistance balistique, est prépondérant à celui de la recourante de pouvoir participer à la suite de la procédure d'attribution du marché.
- 7) Au vu de ce qui précède, la demande d'octroi de l'effet suspensif sera refusée, le sort des frais de la procédure étant réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la demande d'octroi d'effet suspensif au recours d'Universal Shield Holding SA ;

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), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

- par la voie du recours en matière de droit public :

si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics ;

s'il soulève une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF ;

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. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

- les décisions préjudicielles et incidentes notifiées séparément peuvent faire l'objet d'un recours si elles peuvent causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 93 LTF).

communique la présente décision, en copie, à Me Julien Blanc, avocat de la recourante ainsi qu'à la centrale commune d'achats.

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :