RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4368/2020-MARPU **ATA/451/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 27 avril 2021

dans la cause

HASLER BOOTSWERFT AG

contre

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES DE L'ÉTAT

EN FAIT

1) Le 21 août 2020, la centrale commune d'achats (ci-après : CCA), rattachée à la direction générale des finances de l'État (ci-après : DGE) du département des finances (ci-après : DF), a publié sur la plateforme Internet www.simap.ch un appel d'offres en procédure ouverte, soumis aux accords internationaux, portant sur un marché public de fournitures. Le marché était divisé en trois lots, les deux premiers portant chacun sur une faucardeuse et le lot 3, objet du présent litige, sur une barge de transport, équipée d'une grue et de ses agrégats.

Les critères d'adjudication étaient la qualité des engins proposés et des services (notamment : « qualités techniques, durée des garanties, délai de livraison, service d'entretien, etc. »), pondérés à 65 %, le prix, pour 29 % ainsi que la qualité de l'entreprise, soit la contribution aux composantes sociale et environnementale du développement durable (6 %). Le délai de clôture des offres était fixé au 19 octobre 2020.

2) Hasler Bootwerkt AG (ci-après : Hasler) est une société suisse dont le siège est sis dans le canton de Nidwald et dont le but consiste principalement à exploiter et gérer un chantier naval, construire de nouveaux navires ainsi que d'entretenir, réparer et faire du commerce de navires.

3) Navalu est une société à responsabilité limitée dont le siège se trouve à Bouin, dans le département de la Vendée en France. Son but consiste principalement dans la construction navale.

4) Ces deux sociétés ont, chacune, valablement déposé une offre pour le lot 3, Hasler présentant deux variantes, respectivement à CHF 914'200.- hors TVA pour la variante 1 et CHF 887'100.- hors TVA pour la seconde.

5) Par décision du 21 décembre 2020, la DGE a adjugé le lot 3 à la société Navalu pour le montant de CHF 290'146.75 hors TVA.

La variante 1 de Hasler avait été classée deuxième sur trois offres valables. Elle était première sur les critères 1 et 3 et troisième sur le prix.

La variante deux était classée troisième sur trois offres valables. Elle était troisième au critère 1, deuxième sur le prix et, à l'instar de l'autre variante, première sur le critère 3 de la qualité de l'entreprise.

6) Par acte du 28 décembre 2020, Hasler a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision d'adjudication précitée, concluant à ce que l'adjudication soit interrompue et la décision revue.

Elle avait été la meilleure pour les critères 1 et 3. Seul le critère du prix était litigieux. La différence était importante. Il lui semblait impossible de remplir toutes les conditions requises pour un prix inférieur à CHF 300'000.-. Le seul achat des matériaux et équipements revenait à plus de CHF 500'000.-. S'y ajoutaient les coûts relatifs à l'ingénierie ou la construction du navire notamment. Un certain nombre des critères techniques exigés par l'adjudicateur n'étaient pas non plus compatibles avec le prix offert par l'adjudicataire.

7) La CCA a conclu au rejet du recours. L'offre de l'adjudicataire répondait aux exigences techniques requises. Elle a répondu point par point aux critères techniques soulevés par la recourante. Elle ne pouvait pas donner suite à la demande de la recourante de produire le détail de l'offre de l'adjudicataire, ce dernier ayant souhaité que celle-ci reste confidentielle. L'adjudicataire faisait toutefois référence à son site internet qui présentait la vaste gamme des bateaux professionnels qu'il fabriquait. Il s'agissait d'une société active dans le domaine de la construction navale en aluminium, existante depuis plus de vingt ans. Enfin, les offres avaient été évaluées par un comité de cinq personnes choisies pour leurs compétences commerciales et techniques.

8) Dans sa réplique, la recourante a maintenu ses doutes que la barge réponde aux exigences minimales requises, conformément à la législation suisse. Si la CCA avait répondu sur certains points, d'autres restaient incertains. Elle reprenait les critères techniques. L'appel d'offres demandait spécifiquement un moteur anti-bourrage. Or, la propulsion avec un moteur hors-bord ne répondait pas à ce critère. De surcroît, tous les moteurs hors-bord n'étaient pas approuvés en Suisse. Ainsi, elle avait proposé un moteur in-bord, avec une installation de filtrage des particules, nécessaire, mais coûteuse. De surcroît, les moteurs hors-bord généraient des émissions sonores à la barre. Surtout, aucune grue ne pouvait fonctionner avec un moteur hors-bord. Celle-ci était également soumise à la réglementation suisse sur les émissions de gaz d'échappement. En l'absence d'un document valide, son homologation ne serait pas autorisée. Ces deux points impliquaient des coûts à hauteur de CHF 350'000.-. Il n'était pas possible de respecter toutes les normes légales et réglementaires en vigueur en Suisse avec le prix proposé par Navalu.

9) Dans sa duplique, la CCA a relevé que la recourante avait proposé un navire composé de trop d'éléments de technologie avancée. Le marché portait sur une simple barge de transport. Ainsi, le prix de son offre avait été quatre fois plus élevé que celui de l'adjudicataire. Navalu avait confirmé que les moteurs hors-bord seraient conformes aux normes suisses. L'entraînement hydraulique de la grue était fait grâce à un moteur d'appoint diesel homologué en Suisse. Pour le surplus, la soumission faite par Navalu comprenait tous les documents nécessaires et répondait aux questions du pouvoir adjudicateur. L'exécution du marché se poursuivait.

10) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue (art. 15 al. 1, al. 1bis let. e et al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 3 al. 1 de la loi du 12 juin 1997 autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'AIMP - L-AIMP - L 6 05.0 ; art. 55 let. e et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01 ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05).

2) a. La qualité pour recourir en matière de marchés publics se définit en fonction des critères de l'art. 60 al. 1 let. a et b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), applicable sur renvoi de l'art. 3 al. 4 L-AIMP. Elle appartient aux parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée, chacune de celles-ci devant néanmoins être touchée directement par la décision et avoir un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. 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/927/2020 du 22 septembre 2020 consid. 2a).

En matière de marchés publics, l'intérêt actuel du soumissionnaire évincé est évident tant que le contrat n'est pas encore conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, car le recours lui permet d'obtenir la correction de la violation commise et la reprise du processus de passation. Mais il y a lieu d'admettre qu'un soumissionnaire évincé a aussi un intérêt actuel au recours lorsque le contrat est déjà conclu avec l'adjudicataire, voire exécuté, car il doit pouvoir obtenir une constatation d'illicéité de la décision pour pouvoir agir en dommages-intérêts (art. 18 al. 2 AIMP ; art. 3 al. 3 L-AIMP ; ATF 137 II 313 consid. 1.2.2 ; ATA/927/2020 précité consid. 2a). Le recourant qui conteste une décision d'adjudication et 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 (arrêt du Tribunal fédéral 2P.307/2005 du 24 mai 2006 consid. 2 ; ATA/970/2019 du 4 juin 2019 consid. 2b).

b. En l'espèce, dans son mémoire de réponse du 22 janvier 2021, l'autorité adjudicatrice a indiqué qu'en l'absence de conclusions sur effet suspensif, le marché se poursuivait. Ainsi, même si la commande devait avoir été passée, ce qu'aucun courrier en application des art. 14 al. 2 AIMP et 46 RMP n'a en l'état indiqué, la recourante conserverait, en tant que soumissionnaire évincé arrivé au

deuxième rang, un intérêt juridique à recourir contre la décision d'adjudication, son recours étant à même d'ouvrir son droit à une éventuelle indemnisation (ATF 125 II 86 consid. 5b ; ATA/970/2019 précité consid. 2c). La recourante a donc la qualité pour recourir contre la décision litigieuse.

Par conséquent, le recours est recevable sous cet angle aussi.

3) La recourante conclut à la production de l'offre de l'adjudicataire.

a. L'art. 11 let. g AIMP prévoit que le traitement confidentiel des informations doit être respecté lors de la passation de marchés. L'art. 22 RMP, intitulé « confidentialité et droit d'auteur », dispose notamment que les informations mises à disposition par les soumissionnaires, en particulier les secrets d'affaires et de fabrication, doivent être traités de façon confidentielle.

b. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (ATF 137 IV 33 consid. 9.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_265/2016 du 23 mai 2016 consid. 5.1 et les arrêts cités), de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre (ATF 142 II 218 consid. 2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_58/2018 du 29 juin 2018 consid. 3.1 et les arrêts cités). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_487/2017 du 5 juillet 2018 consid. 2.1. ; ATA/799/2018 du 7 août 2018). Le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les griefs et moyens de preuve du recourant ; il suffit que le juge discute ceux qui sont pertinents pour l'issue du litige (ATF 141 III 28 consid. 3.2.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_24/2017 du 13 décembre 2017 consid. 2.2).

c. L'offre de l'adjudicataire a été versée à la procédure dans un chargé de pièces spécifique dont la soustraction à la consultation a été sollicitée.

Au vu des griefs soulevés et des réponses, détaillées sur le plan technique, fournies par l'autorité intimée dans ses écritures, il n'est pas nécessaire, compte tenu de ce qui suit, de verser à la procédure l'offre de l'adjudicataire.

4) a. L'autorité adjudicatrice définit, de manière formelle et transparente, les limites du marché qu'elle entend adjuger en utilisant des critères ou indices tels

que le périmètre, la durée, la portée transversale de l'adjudication ou les motifs organisationnels qui justifient son choix (art. 7A al. 1 RMP).

b. Les offres sont évaluées en fonction des critères d'aptitude et des critères d'adjudication (art. 12 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). Ainsi, en vertu de l'art. 43 RMP, l'évaluation est faite selon les critères prédéfinis conformément à l'art. 24 RMP et énumérés dans l'avis d'appel d'offres et/ou les documents d'appel d'offres (al. 1) ; le résultat de l'évaluation des offres fait l'objet d'un tableau comparatif (al. 2) ; le marché est adjugé au soumissionnaire ayant déposé l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix ; outre le prix, les critères suivants peuvent notamment être pris en considération : la qualité, les délais, l'adéquation aux besoins, le service après-vente, l'esthétique, l'organisation, le respect de l'environnement (al. 3) ; l'adjudication de biens largement standardisés peut intervenir selon le critère du prix le plus bas (al. 4).

c. Selon l'art. 27 al. 1 RMP, l'appel d'offres émis par l'autorité adjudicatrice doit contenir toutes les informations nécessaires à l'établissement de l'offre, notamment l'objet et l'importance du marché avec un descriptif détaillé des prestations attendues et/ou des spécifications techniques (cahier des charges ; let. a), la liste des pièces et documents à joindre à l'offre (let. e) ainsi que la liste des critères d'aptitude et/ou les critères d'adjudication, énoncés par ordre d'importance (let. f).

Par ailleurs, aux termes de l'art. 28 al. 1 RMP, les spécifications techniques prescrites dans les documents d'appel d'offres sont définies en fonction des propriétés d'emploi du produit, plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives (let. a) et fondées sur des normes internationales et, à défaut, sur des normes suisses (let. b). L'art. 28 al. 2 RMP précise qu'il ne doit pas être mentionné de marques de fabrique ou de commerce, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origine ou de fabrication de produits ou de prestataires de services déterminés, à l'exception des cas où aucun autre moyen de description suffisamment précis ou intelligible n'existe (let. a) et des termes tels que « ou équivalent » figurent dans les documents d'appel d'offres (let. b).

5) a. L'AIMP 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 dans toutes les phases de la procédure (art. 16 al. 2 RMP).

Comme la chambre administrative l'a rappelé à plusieurs reprises, le droit des marchés publics est formaliste. L'autorité adjudicatrice doit procéder à l'examen de la recevabilité des offres et à leur évaluation dans le respect de ce formalisme (ATA/850/2020 du 1er septembre 2020 consid. 5a ; ATA/1815/2019 du 17 décembre 2019 consid. 3b et les références citées), qui permet de protéger notamment le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires.

6) En matière d'évaluation des offres, la jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_35/2017 du 5 avril 2018 consid. 5.1 ; ATA/1685/2019 du 19 novembre 2019 consid. 8b et les références citées), y compris s'agissant de la méthode de notation (ATA/676/2020 du 21 juillet 2020 consid. 4b et les références citées). Le juge doit veiller à ne pas s'immiscer de façon indue dans la liberté de décision de l'autorité chargée de l'adjudication (arrêt du Tribunal fédéral 2D_35/2017 précité consid. 5.1). L'appréciation de la chambre administrative ne saurait donc se substituer à celle de ladite autorité. Seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation doit être sanctionné (ATF 130 I 241 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_35/2017 précité consid. 5.1 ; ATA/1685/2019 du 19 novembre 2019 consid. 8b et les références citées). En outre, pour que le recours soit fondé, il faut encore que le résultat, considéré dans son ensemble, constitue un usage abusif ou excessif du pouvoir d'appréciation (décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 29 juin 1998, publiée in JAAC 1999, p. 136, consid. 3a ; ATA/1389/2019 du 17 septembre 2019 consid. 5).

Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites de son pouvoir d'appréciation, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et qui sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables ou viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire, l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi ou le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 consid. 5.1 ; 123 V 150 consid. 2 et les références citées ; ATA/927/2020 précité consid. 4b).

7) a. En l'espèce, la recourante conteste le critère du prix, estimant que le montant de l'offre de l'adjudicataire ne permet pas de répondre aux exigences techniques. Elle ne conteste toutefois pas l'évaluation en tant que telle du critère 2, ni son impact sur le total final et le classement.

Elle ne conteste pas non plus que son offre, dans ses deux variantes, était quatre fois plus élevée (CHF 914'200.- hors TVA pour la variante 1 et CHF 887'100.- hors TVA pour la seconde) que celle de sa concurrente (CHF 290'146.75 hors TVA), ni que le coût pour le lot 3 avait été estimé à CHF 200'000.- hors TVA par le pouvoir adjudicateur.

La recourante ne prouve pas ni même n'allègue que son offre aurait été mal évaluée.

b. La recourante se plaint d'une mauvaise évaluation de l'offre de sa concurrente. Ce faisant, elle se limite à substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur. Or, l'évaluation a été effectuée par un comité de cinq personnes. Leurs noms et fonctions notamment étaient détaillés dans l'appel d'offres. La recourante ne le conteste pas, ni ne remet leurs compétences en cause.

Elle n'allègue de même pas avoir posé des questions dans le délai au 21 septembre 2021 imparti dans l'appel d'offres, ce qui lui aurait éventuellement permis de mieux cibler l'objet du marché.

c. Pour le surplus, en ce qu'il se limite à émettre des doutes sur les qualités techniques de l'offre de sa concurrente, la recevabilité du grief apparait douteuse.

Le pouvoir adjudicateur a confirmé que l'offre de la société française répondait aux exigences techniques voulues. Il a pour le surplus répondu point par point aux principales interrogations techniques de la recourante sur l'offre de l'adjudicataire.

Il a surtout expliqué que la différence de prix s'expliquait par une offre de la recourante comprenant trop de spécificités techniques et que l'objet du marché public se limitait à une barge. Or, si lesdites spécificités ont permis à Hasler d'obtenir d'excellentes notes sur la qualité de l'engin proposé, la différence du prix entre les offres des deux sociétés, pour une pondération de 29 %, ne lui permettait plus de rivaliser avec le total final.

Des tableaux d'évaluation comprenant de nombreux critères et sous-critères, extrêmement détaillés, ont permis au pouvoir adjudicateur de comparer les offres de Navalu et les deux variantes soumises par la recourante. Chaque critère est soit « éliminatoire » soit « à apprécier ». Les critères de ces tableaux sont connus de la recourante. Comprenant quelques soixante rubriques, ils sont le témoin du soin apporté par l'autorité intimée aux spécificités techniques. À titre d'exemple, la sous-rubrique relative à la motorisation adaptée à la machine pour surmonter un courant 6-10 m/sec, relève pour la première variante de Hasler qu'elle remplit le critère voulu avec la précision : « FPT N40ENTM25.11 moteur diesel marin, stade d'homologation 5, 125 kW @2800 RPM 4.0 LT, quatre cylindres *sous réserve (plus d'informations en annexe). Moteur alternatif en option ».

Aucune pièce au dossier ne permet dès lors de considérer que le pouvoir adjudicateur aurait abusé de son pouvoir d'appréciation ou que l'évaluation faite par le pouvoir adjudicateur n'aurait pas tenu compte d'éléments pertinents à même de modifier le résultat de l'adjudication, la recourante échouant exclusivement pour la composante du prix.

Enfin, la problématique d'une offre anormalement basse ne se pose pas, l'adjudication étant faite pour CHF 290'146.95, hors TVA, alors que le pouvoir adjudicateur avait estimé le marché à CHF 200'000.-, hors TVA.

Le recours sera rejeté.

8) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 28 décembre 2020 par Hasler Bootswerft AG contre la décision de la direction générale des finances de l'État du 21 décembre 2020 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Hasler Bootswerft AG un émolument de CHF 1'000.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

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 ;

communique le présent arrêt à Hasler Bootswerft AG ainsi qu'à la direction générale des finances de l'État.

Siégeant : M. Mascotto, président, Mmes Krauskopf, Payot Zen-Ruffinen, Lauber et Tombesi, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	le président siégeant :
F. Cichocki	C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :