

GE_GERICHTE ATA/481/2015 vom 20. Mai 2015

GE Cour de justice, 2015-05-20, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_481_2015

FR: GE_GERICHTE ATA/481/2015 du 20 mai 2015

IT: GE_GERICHTE ATA/481/2015 del 20 maggio 2015

Volltext

RÉPUBLIQUE ET

CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE A/325/2015-MARPU A/481/2015
COUR DE JUSTICE Chambre administrative Décision du 20 mai 2015 sur mesures
provisionnelles

dans la cause

SPS SERVICE PRIVÉ DE SÉCURITÉ SA représentée par Me Nicola Meier, avocat contre
AÉROPORT INTERNATIONAL DE GENÈVE

- 2/8 - A/325/2015 Attendu, en fait, que : 1)

SPS Service Privé de Sécurité S.A. (ci-après : SPS) a pour but l'activité dans le domaine de la protection des personnes et des biens, notamment l'exploitation d'une agence de sécurité privée. Elle a été mandatée en 2009 par l'Aéroport International de Genève (ci-après : l'AIG ou l'aéroport) pour exécuter différentes missions dans le but d'assurer la sécurité et l'accueil des passagers. 2)

Le 28 juin 2010, l'AIG a fait savoir à SPS qu'il mettait fin au contrat précité, souhaitant soumettre cette prestation de sécurité à une procédure de marché public.

Selon ce courrier, la résiliation prenait effet au 30 avril 2011. Elle a cependant été reportée à deux reprises jusqu'au 31 octobre 2011, suite à une première procédure d'appel d'offres, lancée en 2010 mais interrompue par décision du 23 mai 2011. 3)

Le 27 juin 2011, l'AIG a fait paraître un deuxième appel d'offres en procédure ouverte pour lequel SPS a soumissionné. 4)

Par pli recommandé du 30 août 2011, l'AIG a informé SPS que le marché concerné était adjugé à ISS Facility Services S.A. (ci-après : ISS). SPS avait été classée au 5ème rang sur les six offres évaluées. 5)

Le 12 septembre 2011, SPS a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision d'adjudication du 30 août 2011, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif à son recours sans qu'elle ait à fournir des sûretés. Sur le fond, la chambre administrative devait constater l'illicéité de la décision du 30 août 2011, laquelle devait être annulée, la cause devant être renvoyée au pouvoir adjudicateur. 6)

Par décision présidentielle sur effet suspensif du 28 septembre 2011, la chambre administrative a rejeté la demande d'effet suspensif (ATA/614/2011). 7)

Le 30 septembre 2011, SPS a déposé des observations complémentaires sur effet suspensif, suite à la réponse de l'AIG. 8)

Le 3 octobre 2011, l'AIG a conclu avec ISS le contrat portant sur le marché objet de l'adjudication querellée. 9)

Par acte du 4 octobre 2011, SPS a déposé un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire auprès du Tribunal fédéral contre la décision présidentielle précitée. 10) Par ordonnance présidentielle du 7 octobre 2011, le Tribunal fédéral a informé les parties que, jusqu'à décision sur la requête d'effet suspensif, aucune mesure d'exécution de la décision attaquée ne pourrait être prise.

- 3/8 - A/325/2015 11) Par ordonnance du 21 octobre 2011, le Tribunal fédéral a rejeté la requête d'effet suspensif formée par SPS. 12) Par arrêt du 5 janvier 2012 (2C_811/2011), le Tribunal fédéral a déclaré les recours de SPS irrecevables. 13) Le 17 décembre 2012, d'entente entre les parties et l'adjudicataire, la version intégrale du contrat d'adjudication conclu le 3 octobre 2011 a été versée à la procédure devant la chambre de céans. Le contrat portait jusqu'au 31 octobre 2014. 14) Par arrêt du 14 janvier 2014, la chambre administrative a rejeté le recours de SPS (ATA/20/2014). 15) SPS a interjeté des recours en matière de droit public et constitutionnel devant le Tribunal fédéral contre l'arrêt du 14 janvier 2014 (cause 2C_203/2014). 16) Le 29 juillet 2014, l'AIG a fait paraître un nouvel appel d'offres en procédure ouverte portant sur l'accomplissement des tâches d'accueil et d'information aux passagers.

Le délai de clôture pour le dépôt des offres échéait le 29 septembre 2014 à 12h00. 17) Lors de l'ouverture des offres, l'aéroport a constaté que trois soumissionnaires, dont SPS, ne remplissaient pas les critères de participation. Conformément aux conditions administratives de l'appel d'offres, un délai formel leur a été imparti au 17 octobre 2014 à 12h00, afin qu'ils fassent parvenir à l'aéroport les attestations manquantes. 18) Il ressort du procès-verbal d'ouverture que six sociétés, bureaux ou entreprises ont soumissionné. 19) Par décision du 19 janvier 2015 adressée à SPS, l'AIG a décidé d'interrompre la procédure d'adjudication : « les offres remises ne sont en effet pas satisfaisantes, notamment d'un point de vue commercial. En effet, nous nous attendions à ce que l'exécution du marché sur cinq ans soit plus attractive par rapport au marché actuel, ce qui n'est pas le cas. Ce résultat ne correspond pas à nos besoins, nous souhaitons mener une réflexion approfondie sur l'organisation de cette prestation au sein de Genève Aéroport, en particulier sur une éventuelle internalisation de ce service. Cette étude pourra ainsi mener soit à une réorganisation complète de nos équipes, soit au lancement d'un nouvel appel d'offres, auquel vous auriez tout le loisir de participer ». 20) Le 30 janvier 2015, SPS a interjeté recours devant la chambre administrative. Il a conclu, préalablement, à ce que l'aéroport produise tout document relatif à la procédure d'appel d'offres, cela fait, à ce qu'un délai supplémentaire lui soit octroyé

- 4/8 - A/325/2015 pour compléter ses écritures. Principalement, la chambre administrative devait dire et constater que la décision rendue par l'aéroport le 19 janvier 2015 était illicite et, cela fait, annuler la décision litigieuse, ordonner à l'aéroport de poursuivre la procédure d'adjudication, adjuger le marché à SPS. Une indemnité équitable pour les dépens occasionnés devait être allouée à la société recourante. Subsidiairement, après avoir constaté que la décision litigieuse était illicite, la chambre administrative devait allouer un montant équitable à SPS au titre de dommages et intérêts et l'autoriser à chiffrer son dommage en conséquence, le tout sous suite d'indemnité équitable pour les dépens. 21) Par réponse du 4 mars 2015, l'aéroport a conclu à l'irrecevabilité de la conclusion de SPS visant à adjuger à celle-ci le marché. Au fond, le recours devait être rejeté, dans la mesure où il

était recevable et la décision d'interruption de procédure d'adjudication devait être confirmée. Les conclusions étaient prises sous suite de frais et dépens. 22) Le 17 avril 2015, SPS a répliqué, complété son recours et déposé une requête de mesures provisionnelles.

Sur mesures provisionnelles, la chambre administrative devait constater l'illicéité du marché passé « de facto » entre l'aéroport et ISS, et cela fait, ordonner à l'aéroport de lancer un appel d'offres pour le marché en question dans les plus brefs délais, mais à tout le moins avant le 31 mai 2015, date d'échéance du contrat actuel. Le dommage subi par SPS devait être réservé, le tout sous suite d'une indemnité équitable pour les dépens occasionnés.

La décision querellée revenait concrètement à prolonger pour une durée indéterminée le contrat conclu par l'intimé avec ISS, ce qui consacrait un contournement des dispositions légales réglementant la passation des marchés publics. L'intimé invoquait que le rabais proposé par la recourante sur les heures supplémentaires à prester était sans pertinence. Or un dépassement des heures à prester apparaissait probable au vu des heures effectuées par ISS. Le rabais proposé par la recourante devait être pris en considération.

L'offre de la recourante prévoyait un tarif inférieur à celui actuellement pratiqué par ISS.

L'intimé avait déjà interrompu abruptement son appel d'offres en 2011 pour en modifier les critères, avant de le publier à nouveau. La pondération du critère financier de 40 % avait été diminuée à 15 % au motif que l'intimé avait mal évalué le nombre d'heures à prester et surévalué ses besoins. Or, le marché précédent, évalué à l'époque à quatre-vingt-cinq mille heures par an, avait en réalité porté sur cent trente-sept mille heures par an. La question se posait de savoir si le marché avait été volontairement sous-évalué de près de 70 %, ce qui, en termes de coûts, représentait une différence de plus de sept millions. Ce marché complémentaire avait de facto été

- 5/8 - A/325/2015 soustrait aux règles du marché public et l'interruption antérieure apparaissait clairement avoir été justifiée à tort. La nouvelle décision d'interruption permettait à l'intimé de prolonger et d'attribuer de facto, une fois encore, le marché à la même entreprise. 23) Par réponse sur mesures provisionnelles du 6 mai 2015, l'aéroport a conclu, à la forme, à l'irrecevabilité des conclusions prises par SPS et, au fond, au rejet de celles-ci sous suite de frais et dépens.

SPS ne démontrait pas l'existence d'intérêts menacés, ni celle d'une situation d'urgence, pas plus qu'elle n'établissait l'effectivité d'un quelconque dommage que le procès au fond ne saurait préserver. L'octroi de ces mesures provisionnelles rendrait impossible le prononcé d'un jugement au fond.

Si, par impossible, la chambre de céans devait octroyer les mesures provisionnelles requises, celles-ci ne seraient pas moins sans rapport avec l'objet du litige au fond, à savoir le bien-fondé de la décision d'interruption du marché rendu par l'aéroport le 19 janvier 2015. La décision d'adjuger le marché de gré à gré en faveur d'ISS était entrée en force. La recourante ne pouvait ignorer que le contrat initial conclu entre l'aéroport et ISS était prévu pour une durée de trois ans, soit du 1er novembre 2011 au 31 octobre 2014, cette information figurant expressément dans le cahier des charges de l'appel d'offres relatif à l'accueil sécurité passager publié le 27 juin 2011, auquel SPS avait répondu. Par ailleurs, le cahier des charges du second appel d'offres, publié le 29 juillet 2014, précisait que la validité du marché à exécuter s'étendrait du 1er juin 2015 au 31 mai 2020. Par conséquent, la recourante savait ou aurait dû savoir, à compter du 29 juillet 2014 au plus tôt, que

l'aéroport devait continuer d'assurer l'accueil à la sûreté de ses passagers jusqu'au 31 mai 2015. SPS n'avait pas jugé opportun d'interjeter recours contre l'appel d'offres lui-même. Elle n'avait pas non plus contesté le choix de l'aéroport de poursuivre ses relations contractuelles avec son prestataire actuel dans le délai de dix jours prescrit par l'art. 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01). Les critiques à l'encontre de la passation de ce contrat étaient dès lors tardives. La conclusion tendant au constat que le contrat actuellement existant entre l'aéroport et ISS était illicite, exorbitait à l'objet du litige, n'avait aucune incidence sur le sort du procès au fond et devait par conséquent être rejetée.

La seconde conclusion prise sur mesures provisionnelles, tendant à ce qu'un nouvel appel d'offres soit lancé avant le 31 mai 2015, était en contradiction avec la 8ème conclusion prise par SPS au fond, à savoir la poursuite de la procédure d'adjudication. Si la chambre de céans décidait d'ordonner à l'aéroport la passation d'un nouvel appel d'offres, elle rendrait, sur le fond, sans objet la poursuite de la procédure d'adjudication réclamée par la recourante. La conclusion n'ayant pas pour but de préserver le sort du recourant au fond, elle devait être rejetée.

- 6/8 - A/325/2015 24) Par courrier du 6 mai 2015, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur mesures provisionnelles. 25) Par arrêt du 9 mai 2015, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevables les recours en matière de droit public et constitutionnel interjetés par SPS.

Considérant, en droit, que : 1)

Le recours, interjeté dans les dix jours par-devant l'autorité compétente, est prima facie recevable (art. 15 al. 2 et 2bis de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 56 al. 1 RMP ; art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2)

L'autorité peut, d'office ou sur requête, ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés selon l'art. 21 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

Selon la jurisprudence constante, les mesures provisionnelles - au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif - ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/248/2011 du 13 avril 2011 consid. 4 ; ATA/197/2011 du 28 mars 2011 ; ATA/248/2009 du 19 mai 2009 consid. 3 ; ATA/213/2009 du 29 avril 2009 consid. 2) et qu'elles ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (arrêts précités) ;

Ainsi, dans la plupart des cas, les mesures provisionnelles consistent en un minus, soit une mesure moins importante ou incisive que celle demandée au fond, ou en un aliud, soit une mesure différente de celle demandée au fond (Isabelle HAENER, *Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, RDS 1997 II 253-420, 265). 3)

En l'espèce, l'on peine à comprendre quel état de fait doit être urgemment sauvegardé par des mesures provisionnelles, qui de surcroît n'anticiperait pas le jugement définitif sur le bien-fondé de l'interruption décidée par l'intimé.

La recourante invoque une urgence à statuer au vu de l'échéance au 31 mai 2015 du contrat entre ISS et l'aéroport. Or, SPS n'a pas réagi au moment de la publication de l'appel d'offres du 29 juillet 2014, mentionnant que le contrat commencerait le 1er juin 2015, alors que l'appel d'offres est une décision sujette à recours (art. 15 al. 1bis let. a AIMP ; 55 let. a RMP). Le soumissionnaire qui entend contester la définition, la pondération ou le manque de précision des critères d'adjudication doit le faire, pour des raisons de bonne foi, dans le cadre de l'appel

- 7/8 - A/325/2015 d'offres et non plus au moment de la décision d'adjudication, sans quoi il est forclos (ATF 125 I 203 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.47/2004 du 6 avril 2004 ; ATA/535/2012 du 21 août 2012 consid. 4a ; ATA/399/2012 du 26 juin 2012 consid. 3 ; ATA/677/2005 du 12 octobre 2005). Il lui aurait appartenu de recourir contre l'appel d'offres qui autorisait « de facto » la poursuite du contrat entre l'intimé et ISS au-delà de l'échéance contractuelle du 31 octobre 2014.

SPS n'a pas réagi non plus le 31 octobre 2014 date à laquelle le contrat avec ISS devait prendre fin et où le contrat « de facto » que la recourante dénonce aujourd'hui a effectivement débuté, ce que la recourante savait depuis 2011, cette échéance étant mentionnée dans l'appel d'offre du 27 juin 2011 pour lequel elle avait soumissionné. Le contrat d'adjudication conclu le 3 octobre 2011 avait par ailleurs été versé à la procédure devant la chambre de céans.

La conclusion sur mesures provisionnelles en constatation de l'illicéité du marché passé « de facto » est en conséquence à tout le moins tardive pour autant qu'elle soit recevable.

Il n'est pas besoin de statuer sur la conclusion consistant à ordonner le lancement d'un nouvel appel d'offre prise par la recourante dans l'hypothèse où l'illicéité était constatée, puisque tel n'est pas le cas.

Mal fondée, la requête en mesures provisionnelles sera rejetée dans la mesure où elle est recevable.

La question peut toutefois, *prima facie*, se poser de savoir dans quelle mesure l'art. 15 al. 3 RMP trouve application, ce qui aurait pour corollaire l'obligation de publier la décision d'adjudication de gré à gré en application de l'art. 52 al. 3 RMP, le marché concerné apparaissant soumis aux traités internationaux et représentant plus de six millions annuels.

La question de savoir s'il existe des justes motifs au sens de l'art. 13 al. 1 AIMP, permettant une interruption telle que celle décidée le 19 janvier 2015 par l'aéroport et objet de la présente procédure, sera tranchée sur le fond étant précisé qu'un double échange d'écritures entre les parties a déjà eu lieu. Vu l'art. 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ; vu l'art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010 ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE rejette la requête de mesures provisionnelles dans la mesure où elle est recevable ;

- 8/8 - A/325/2015 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), la présente décision peut être portée 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 la présente décision, en copie, à Me Nicola Meier, avocat de la recourante, ainsi qu'à l'Aéroport International de Genève.

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

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