

GE_GERICHTE ATA/791/2018 vom 31. Juli 2018

GE Cour de justice, 2018-07-31, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_791_2018

FR: GE_GERICHTE ATA/791/2018 du 31 juillet 2018

IT: GE_GERICHTE ATA/791/2018 del 31 luglio 2018

Volltext

RÉPUBLIQUE ET

CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE A/2211/2018-MARPU ATA/791/2018

COUR DE JUSTICE Chambre administrative Décision du 31 juillet 2018 sur effet suspensif

dans la cause

SPS SERVICE PRIVÉ DE SÉCURITÉ SA

contre VILLE DE GENÈVE - CENTRALE MUNICIPALE D'ACHAT ET D'IMPRESSION représentée par Me Michel D'Alessandri, avocat et PROTECTAS SA, appelée en cause

- 2/9 - A/2211/2018 Vu l'art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 26 septembre 2017 ; Attendu, en fait, que : 1) a. Le 19 avril 2018, la Ville de Genève (ci-après : la ville), par l'intermédiaire de la centrale municipale d'achat et d'impression (ci-après : CMAI), a publié sur le site internet « www.simap.ch » un appel d'offres en procédure ouverte mais non soumis à l'accord GATT/OMC, pour un marché de services, nommé SESUR_D2, portant sur des prestations relatives à des rondes de surveillance dans des immeubles et parkings ainsi qu'au contrôle du stationnement dans des parkings de la ville.

b. À teneur du ch. 38.1 du cahier de soumission, le marché serait adjugé au fournisseur qui aurait présenté l'offre économiquement la plus avantageuse en fonction des critères suivants énoncés dans l'ordre d'importance décroissant : - qualité, pondéré à 40 % ; - prix, pondéré à 35 % ; - formation, pondéré à 15 % ; - équité sociale, pondéré à 5 % ; - performance environnementale, pondéré à 5 %.

Le ch. 38.2 précisait : « Au regard de la méthode d'évaluation des offres, un critère d'adjudication peut être divisé en éléments d'appréciation. L'autorité adjudicatrice se réserve le droit de fixer autant d'éléments d'appréciation qu'il est nécessaire pour départager les soumissionnaires en respectant le principe d'égalité de traitement et de transparence. Les éléments d'appréciation sont en relation directe avec un des critères principaux ».

En vertu du ch. 39.1, dans le critère « qualité », il était tenu compte notamment : - des références du soumissionnaire ; - des éléments de l'organisation mise en place pour assurer les prestations ; - de l'organisation qualité du soumissionnaire.

Selon le ch. 39.6, inspiré des recommandations de la Conférence romande sur les marchés publics (CROMP), les critères étaient notés de 0 à 5 : 0 absence de l'information demandée par rapport à un critère fixé ; 1 insuffisant ; 2 partiellement suffisant ; 3 suffisant ; 4 bon et avantageux ; 5 très intéressant.

- 3/9 - A/2211/2018 c. Aux termes du ch. 12 du cahier de soumission, le 11 mai 2018 était la date limite pour les prestataires intéressés d'obtenir des renseignements complémentaires auprès de l'autorité adjudicatrice. Les offres devaient être déposées le 30 mai 2018 à 16h00. Dès le 1er juin 2018 aurait lieu la phase d'analyse des offres au cours de laquelle l'autorité adjudicatrice pourrait demander des précisions aux soumissionnaires, « ces demandes ainsi que les réponses [faisant] partie intégrante de l'appel d'offres ». Le 8 juin 2018 se tiendrait la « présentation des applications de suivi par les soumissionnaires (1h maximum) », au sujet de laquelle le cahier des charges précisait qu'elle serait « basée sur l'offre déposée » et qu'« aucune modification d'offre ne [serait] acceptée lors de la présentation » (ch. 11.3) et qu'elle « [ferait] l'objet d'un procès-verbal dans lequel [seraient] reportées les questions posées par l'autorité adjudicatrice et les réponses données par le soumissionnaire » (ch. 11.4), procès-verbal qui « [serait] signé par les 2 parties et [ferait] partie intégrante de l'offre du soumissionnaire » (ch. 11.5). Le 18 juin 2018 était la date estimative de publication de l'adjudication. L'exécution du contrat était prévue le 1er octobre 2018. d. En vertu du ch. 42.4 du cahier de soumission, dès notification de la décision d'adjudication, tout soumissionnaire qui n'était pas adjudicataire du marché pouvait solliciter des explications en vue d'obtenir des éclaircissements sur la manière dont les notes lui avaient été attribuées et sur les appréciations émises sur son offre. 2)

Le 30 mai 2018, SPS Service Privé de Sécurité SA (ci-après : SPS), sise à Satigny (GE) et active dans le domaine de la protection des personnes et des biens, a déposé une offre pour la somme totale de CHF 1'926'538.12 TTC.

Le même jour, Protectas SA (ci-après : Protectas), sise au Grand-Saconnex (GE) et également active dans le domaine de la sécurité, a déposé une offre d'un montant total de CHF 2'179'051.62 TTC. 3)

Le 8 juin 2018, de 10h00 à 10h45, des responsables de Protectas ont été reçus par des représentants de la ville, séance qui a fait l'objet d'un compte rendu, de moins d'une page.

Le même jour, de 14h00 à 14h45, s'est tenue une séance entre des responsables de SPS et de la ville, qui a également fait l'objet d'un compte rendu, d'une page. 4)

Par décision du 20 juin 2018, publiée le même jour sur « www.simap.ch », la ville, par la CMAI, a adjugé le marché SESUR_D2 à Protectas pour le prix de CHF 2'251'942.99 TTC, lequel, écrit à la main avait remplacé celui, biffé, de CHF 2'179'051.62 TTC, accompagné d'une signature et de la date du 8 juin 2018.

En annexe figurait un récapitulatif général des cinq offres, avec les notations pour chaque critère (ci-après : tableau comparatif des offres), dont il ressortait que

- 4/9 - A/2211/2018 Protectas était la première et SPS la deuxième. Pour le critère « qualité », la note 4 était attribuée à Protectas et la note 2,5 à SPS. 5)

À leur demande, des responsables de SPS ont, le 25 juin 2018, eu un entretien avec la CMAI au sujet de ladite décision. 6)

Par acte déposé le 29 juin 2018 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), SPS a formé recours contre la décision d'adjudication précitée, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif, au fond, à l'annulation de ladite décision et, cela fait, principalement à l'adjudication du marché en cause à elle-même pour le prix de CHF 1'993'303.51 TTC – « correction addition selon accord téléphonique 15.06.18 » selon la mention dans le récapitulatif du prix de l'offre de

SPS –, subsidiairement à la répétition de toute la procédure d'appel d'offres, « avec suite de frais et dépens ».

Elle avait constaté, lors de l'entretien du 25 juin 2018, que les sous-critères du critère « qualité » n'étaient pas pondérés. Son offre n'ayant ainsi pas été évaluée sur la base de faits objectifs et mesurables et les membres du comité d'adjudication n'ayant pas émis de note individuelle mais seulement une note conjointe par consensus, le principe de la non-discrimination et de l'égalité de traitement avait été violé.

L'absence d'indication préalable de la pondération des sous-critères du critère « qualité » à défaut de pondération égale, l'inexistence d'un procès-verbal de la séance du 8 juin 2018 (contrairement aux prescriptions des ch. 11.4 et 11.5 du cahier de soumission) et d'un procès-verbal d'adjudication ainsi que le refus énoncé par la CMAI lors de l'entretien du 25 juin 2018 d'établir un procès-verbal conduisaient à retenir une violation du principe de la transparence. Le non-établissement d'un procès-verbal pour les rencontres du 8 juin 2018 constituait une grave violation de la procédure d'appel d'offres et ne garantissait pas le respect par la ville de la renonciation à des rounds de négociation. Ce manquement, de même que celui lié à l'absence de procès-verbal d'adjudication violaient le devoir de motivation de la décision d'adjudication.

Pour ces raisons, le principe de l'utilisation parcimonieuse des deniers publics avait aussi été violé. 7)

Dans sa réponse du 12 juillet 2018, la ville a conclu au rejet de la demande d'effet suspensif ainsi que du recours, « avec suite de frais et dépens ».

Le critère « qualité » n'avait fait l'objet d'aucun sous-critère, mais uniquement d'éléments d'appréciation, au surplus énoncés dans le cadre des documents d'appel d'offres.

Les allégations de SPS selon lesquelles les pondérations des sous-critères dépendaient de chaque soumissionnaire et que des rounds de négociation pouvaient

- 5/9 - A/2211/2018 le cas échéant avoir eu lieu entre la ville et Protectas, étaient entièrement contestées, comme du reste des allégations de la recourante au sujet de ce que la CMAI aurait dit à ses représentants lors de l'entretien du 25 juin 2018.

La présentation par la recourante le 8 juin 2018 avait fait l'objet d'un compte rendu établi par la ville, qui n'avait toutefois pas été communiqué à SPS ni signé par celle-ci. Il s'agissait d'un oubli de sa part qui ne remettait aucunement en cause la procédure de marché public ni la décision d'adjudication, sous peine de formalisme excessif. Ce compte rendu, produit devant la chambre administrative, pouvait être librement signé par la recourante, laquelle n'en avait auparavant jamais requis l'envoi ni la signature. Contrairement à ce que prétendait SPS, la ville n'avait ni abusé ni excédé son pouvoir d'appréciation.

Étaient notamment produits les documents d'appel d'offres, les offres de SPS et Protectas, les comptes rendus des séances du 8 juin 2018, un récapitulatif afférent au critère « prix » des cinq offres reçues dont il ressortait que l'offre de SPS était la première de ce point de vue et celle de Protectas la troisième, ainsi que les tableaux d'évaluation des offres de ces deux sociétés qui contenaient des constatations, appréciations et remarques pour les différents éléments d'appréciation. 8)

Dans sa réponse du 17 juillet 2018 également, Protectas a conclu au rejet de la demande d'effet suspensif de la recourante, de même que du recours, « sous suite de frais et dépens ».

9)
Par lettre du 18 juillet 2018, la chambre administrative a informé les parties que la cause était gardée à juger sur effet suspensif, un délai 8 août 2018 étant imparti aux parties pour formuler des observations sur le fond, prolongé, à la demande de SPS par courrier du 20 juillet 2018, au 31 août 2018. 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

- 6/9 - A/2211/2018 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/1581/2017 du 7 décembre 2017 consid. 2, et les arrêts cités ; 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/1581/2017 précité consid. 2, et les arrêts cités). 3) a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP). Il vise à harmoniser les règles de passation des marchés et à transposer les obligations découlant de l'accord GATT/OMC ainsi que de l'accord entre la communauté européenne et la Confédération suisse (art. 1 al. 2 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 données publiques (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. Aux termes de l'art. 24 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.

En vertu de l'art. 43 RMP, l'évaluation des offres dans les procédures visées aux art. 12 à 14 RMP 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. La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6), l'appréciation de la chambre administrative ne pouvant donc se substituer à celle de ce dernier, seul l'abus ou l'excès de pouvoir d'appréciation devant être sanctionné (ATF 130 I 241 consid. 6.1 ; arrêts du Tribunal

- 7/9 - A/2211/2018 fédéral 2P.111/2003 du 21 janvier 2004 consid. 3.3 ; 2P.172/2002 du 10 mars 2003 consid. 3.2). 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). 4)

En l'espèce, une violation du droit d'être entendu ne paraît, *prima facie*, pas pouvoir être retenue, compte tenu des exigences peu élevées en matière de motivation en droit des marchés publics (ATA/582/2018 du 11 juin 2018 consid. 5).

En effet, conformément au ch. 42.1 du cahier de soumission, le tableau comparatif des offres était annexé à la décision querellée, ce qui paraît suffisant au regard du devoir de l'autorité adjudicatrice de motiver sommairement sa décision (art. 13 let. h AIMP et 45 al. 1 RMP ; ATA/492/2018 du 22 mai 2018 consid. 6). En outre, un entretien s'est tenu entre la recourante et le pouvoir adjudicateur, le 25 juin 2018, après la notification de la décision querellée. On ne voit en l'état pas sur quelle base la ville aurait dû établir un procès-verbal de cette séance, un tel document ne semblant notamment pas exigé par le ch. 42.4. Une éventuelle violation du droit d'être entendu par la ville peut *prima facie* être réparée devant la chambre de céans (ATA/492/2018 précité consid. 6). 5)

L'absence de fourniture à SPS du compte rendu de la « présentation des applications de suivi » du 8 juin 2018, à contresigner par elle, avant le prononcé de la décision querellée, paraît problématique au regard des ch. 11.4 et 11.5. Toutefois, cela concerne le compte rendu d'une séance à laquelle SPS a participé portant sur son offre. En tout état, la portée et les conséquences de cette éventuelle violation procédurale ne s'imposent pas d'emblée à ce stade de la procédure. 6)

Pour ce qui est des griefs au fond de la recourante, on ne voit *prima facie* pas en quoi les éléments d'appréciation contenus dans le critère « qualité » n'auraient pas fait l'objet d'une pondération correcte.

En effet, selon la jurisprudence, le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 101 et les références citées). Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories 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 sous-critères 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/580/2017 du 23 mai 2017 consid. 5).

- 8/9 - A/2211/2018

Or, sur la base d'un examen sommaire, il ressort du ch. 39.1 du cahier de soumission en lien avec le ch. 38.2, entre autres du terme « notamment », que les trois éléments d'appréciation mentionnés audit ch. 39.1 n'étaient pas exhaustifs et qu'une pondération égale pour chacun de ces trois éléments n'était pas exigée.

Enfin, on ne voit en l'état pas ce qui interdisait à la ville d'évaluer le critère « qualité » sur la base d'un consensus des examinateurs et sans notation des éléments d'appréciation considérés individuellement. Ceux-ci, à savoir les trois mentionnés au ch. 39.1 du cahier de soumission ainsi que l'« organisation pour le contrôle de stationnement » et les « applications », paraissent prima facie concrétiser simplement ledit critère, et il ne semble en l'état pas démontré que les constatations, appréciations et remarques figurant dans les tableaux d'évaluation des offres n'auraient pas été objectives mais auraient résulté de négociations secrètes ou de préjugements. Dans sa réponse au recours, la ville a en particulier mis en exergue des points ressortant du tableau d'évaluation de l'offre de la recourante, entre autres une appréciation négative de l'un de ses services référencé par SPS et une procédure d'intervention jugée insuffisamment efficace pour des motifs énoncés précisément. Sur la base d'un examen sommaire et au regard notamment de la nature du marché public en cause qui ne porte pas sur des biens standardisés mais sur des services, on ne voit en l'état pas en quoi la ville aurait abusé ou excédé son large pouvoir d'appréciation. 7)

Vu ce qui précède, les chances de succès du recours paraissent, à première vue, insuffisantes pour permettre à la chambre de céans de restituer l'effet suspensif au recours.

Par ailleurs, l'exécution du contrat prévue au 1er octobre 2018 constitue une circonstance dénotant une certaine urgence pour la ville de conclure le contrat d'adjudication. Le fait que des sociétés de surveillance, principalement la recourante aux dires de la ville, effectuent déjà actuellement des prestations qui sont l'objet du marché public litigieux ne signifie prima facie pas que la ville n'aurait pas un besoin pressant de procéder à une réorganisation dudit objet, en vue notamment d'une meilleure sécurité et salubrité. Protectas fait quant à elle valoir que ses intérêts seraient lésés en cas de restitution de l'effet suspensif, dans la mesure notamment où ses services ne pourraient pas débiter.

En définitive, l'intérêt public de la ville et l'intérêt privé de Protectas à la non- restitution de l'effet suspensif au recours priment l'intérêt privé contraire de la recourante. 8)

La demande de restitution de l'effet suspensif sera en conséquence rejetée.

Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

- 9/9 - A/2211/2018 LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE refuse de restituer l'effet suspensif au recours interjeté le 29 juin 2018 par SPS Service Privé de Sécurité SA contre la décision de la Ville de Genève - centrale municipale d'achat et d'impression du 20 juin 2018 ; 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 ; si elle 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi ; communique la présente décision, en copie, à SPS Service Privé de Sécurité SA, à Protectas SA ainsi qu'à Me Michel D'Alessandri, avocat de la Ville de Genève - centrale municipale d'achat et d'impression.

La vice-présidente :

Ch. Junod

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.