

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4648/2019-MARPU

ATA/117/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 3 février 2020

sur effet suspensif

dans la cause

STVS SA

représentée par Me Lorenz Ehrler, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DES BÂTIMENTS

et

ETAVIS TSA SA

Attendu, en fait, que :

- 1) Le 6 décembre 2019, l'État de Genève, soit pour lui l'office des bâtiments (ci-après : OBA) a fait paraître sur le site Internet simap.ch un avis d'adjudication en procédure de gré à gré concernant un marché de travaux de construction (équipements à courant faible).

Le titre du marché était « Mise en place d'un VMS POC » (VMS = « Video Management System », système de gestion vidéo ; POC = « Proof of Concept », démonstration de faisabilité). Le marché avait été adjugé le 29 novembre 2019 à Etavis TSA SA (ci-après : Etavis) à Lausanne, pour un prix de CHF 461'232.79 avec 7,7 % de taxe sur la valeur ajoutée (ci-après : TVA).

Le marché n'était pas soumis aux accords internationaux ; s'agissant des voies de recours, il était indiqué que « le présent appel d'offres (sic) peut faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif (sic) genevois dans un délai de 10 jours à compter de la date de publication ».

- 2) Par acte posté le 16 décembre 2019, STVS SA (ci-après : STVS) a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours, et principalement à l'annulation de la décision attaquée, au renvoi de la cause à l'État de Genève pour nouvelle décision d'adjudication conforme à la procédure applicable en matière de marchés publics, à savoir une procédure ouverte ou sélective, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Le marché en cause dépassait les valeurs-seuils prévues par le règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) et permettant de procéder de gré à gré. Le pouvoir adjudicateur aurait donc dû passer par une procédure ouverte ou sélective. On pouvait en outre exclure l'existence d'une exception au sens de l'art. 15 al. 3 RMP, permettant de procéder de gré à gré à titre exceptionnel. Notamment, pour la mise en place d'un « VMS POC », aucune contrainte technique n'existait qui soit susceptible de restreindre le marché à un seul potentiel soumissionnaire. Quoi qu'il en fût, l'art. 52 al. 3 RMP imposait de justifier dans la publication de l'adjudication le motif ayant justifié le choix de la procédure de gré à gré, ce qui n'avait pas été fait.

Ne pas octroyer l'effet suspensif ferait perdre au recours son objet. De plus, il n'y avait pas d'intérêt pour l'État de Genève à ce que le marché soit conclu tout de suite ; en particulier, il était même dans son intérêt de ne pas conclure un contrat sur la base d'une décision visiblement viciée.

- 3) Le 7 janvier 2020, l'État de Genève, soit pour lui le département des infrastructures (ci-après : DI) a conclu au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif, précisant que selon lui le recours devait être déclaré irrecevable.

Réglementairement, la police était tenue d'équiper de caméras en nombre suffisant les locaux fréquentés par les personnes placées sous la garde de la police, ainsi que de garantir une conservation des images pendant cent jours au moins. Après plusieurs études, l'OBA avait décidé de faire un projet test (POC) afin notamment de vérifier la faisabilité technique de la conservation des images enregistrées pendant 100 jours au moins et analyser les coûts d'un tel projet. Un projet de loi devrait ensuite être déposé pour l'obtention du crédit nécessaire à la mise en place des équipements pour la gestion de la vidéosurveillance dans tous les postes de police. Par ailleurs et afin d'uniformiser les installations et les équipements pour des questions d'efficacité technique, de formation et financières, la police souhaitait qu'il n'y ait qu'un seul système de gestion de la vidéosurveillance (VMS) pour toutes les centrales des postes de police, à savoir le G-SIM du fabricant Geutebrück.

Le but était que les enregistrements vidéos des différents postes de police soient développés sur le réseau existant et tous stockés dans un seul centre de données, déjà existant et situé dans le nouvel Hôtel de police. L'enregistrement se ferait donc au nouvel Hôtel de police et permettrait d'étendre la solution à l'ensemble des postes de police, sur la même plateforme, moyennant l'augmentation de la capacité de calcul et de mémoire. En outre, l'avantage d'avoir un seul système du même fournisseur permettait aussi de sortir les informations avec le même type de fichier, ce qui en facilitait le traitement par les utilisateurs.

La police utilisait par ailleurs déjà le système Geutebrück dont elle connaissait le fonctionnement et les spécificités. Le traitement de plusieurs systèmes de gestion de vidéosurveillance serait aussi trop compliqué à gérer et à entretenir par la police, raison justifiant également le choix d'installer un seul système du même fournisseur dans les différents postes de police.

Dans un premier temps, il avait été décidé de tester la faisabilité du système dans deux postes de police, soit ceux de Plainpalais et de Carouge. Le 21 juin 2019, Etavis avait transmis une offre pour la mise en place test du système de gestion de la vidéosurveillance (VMS) de la marque Geutebrück dans ces deux postes de police, d'un montant de CHF 461'232.79 toutes taxes comprises (ci-après : TTC). L'offre avait été adressée à Kyos Sàrl, mandataire de l'État de Genève pour le projet en cause.

En Suisse, seule l'entreprise Etavis était autorisée par le fabricant Geutebrück à vendre, installer et entretenir ses solutions. STVS ne pouvait dès lors pas livrer et installer les équipements objet du présent marché. L'OBA avait ainsi validé à l'interne son choix d'attribuer le marché par le biais d'une procédure de gré à gré

d'exception, conformément aux art. 15 al. 3 let. c et f RMP et, en date du 29 novembre 2019, adjugé le marché à Etavis.

- 4) Bien qu'invitée par le juge délégué à se déterminer sur le recours, Etavis ne s'est pas manifestée.
- 5) Le 20 janvier 2020, faisant usage de son droit à la réplique, STVS a persisté dans ses conclusions.

Elle distribuait les produits de trois entreprises figurant dans les dix leaders mondiaux de la vidéosurveillance, dont Geutebrück ne faisait d'ailleurs pas partie. Elle pouvait dès lors livrer, installer et entretenir pas moins de trois système de gestion de la vidéosurveillance équivalents à ceux de la société Geutebrück, ainsi que le matériel (« hardware ») correspondant. Les postes de police de Chêne et de la Servette étaient du reste équipés de systèmes de vidéosurveillance qu'elle avait installés et qu'elle entretenait. Actuellement, la police faisait recours à plusieurs fournisseurs et, partant, n'utilisait pas les systèmes Geutebrück de manière exclusive.

Dans l'offre d'Etavis, la plus grande partie du montant était dévolu au matériel, les coûts liés à l'achat du logiciel Geutebrück ne s'élevant, hors taxes, qu'à CHF 53'328.- sur un total de CHF 428'257.-.

Selon l'autorité adjudicatrice, dès lors que son désir était d'installer le logiciel Geutebrück et qu'Etavis bénéficiait d'une licence exclusive pour ce logiciel, aucun tiers n'était en mesure de satisfaire à ses besoins.

Cette opinion ne pouvait être suivie. Contrairement à la jurisprudence ayant admis que l'administration fédérale pouvait prolonger les licences de ses postes informatiques en s'adressant directement à leur fournisseur, la police genevoise utilisait actuellement plusieurs systèmes, celui de Geutebrück n'étant installé que dans deux postes de police du canton. Le choix technologique n'avait donc pas encore été fait.

Or l'art. 28 RMP prévoyait que l'objet d'un marché public devait être défini par les caractéristiques et spécifications techniques du produit ou du service à acquérir, et non par un fabricant, une marque ou un brevet. Si l'autorité adjudicatrice avait identifié l'objet du marché de manière conforme à cette prescription, plusieurs produits logiciels et donc plusieurs fournisseurs auraient été susceptibles de participer au marché, ce qui impliquait que la procédure de gré à gré n'était pas envisageable. En limitant l'objet du marché public au logiciel d'une seule marque, l'autorité adjudicatrice avait voulu éviter toute mise en concurrence, ce qui enfreignait la législation applicable. Le recours à l'exception de l'art. 15 al. 3 let. f RMP aurait été possible pour remplacer, compléter ou accroître l'équipement dans les deux postes où le logiciel Geutebrück était installé, mais tel n'était pas le cas en l'espèce.

- 6) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur la question de l'effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

- 1) Interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est de prime abord recevable de ces points de vue (art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05) et 56 al. 1 RMP. Pour le surplus, la recevabilité du recours sera examinée dans l'arrêt de la chambre de céans, étant précisé qu'en l'espèce la qualité pour recourir est étroitement liée au problème de fond qui se pose (cf. infra consid. 4a et 5 in initio).
- 2) Dans l'avis d'adjudication querellé, l'OBA a considéré que le marché public en cause était un marché de construction non soumis aux accords internationaux, sans développer plus avant ce point de vue dans ses écritures. Au vu du montant adjugé, soit CHF 461'232.79 TTC, le marché est en tous les cas soumis à l'AIMP (art. 7 cum annexe II AIMP), et serait soumis aux accords internationaux si l'on considérait qu'il ne s'agit non pas d'un marché de construction – ce qui paraît à première vue étrange s'agissant de l'acquisition, au premier chef, d'un logiciel de vidéosurveillance, sur lequel porte l'exclusivité alléguée fondant la procédure de gré à gré exceptionnelle – mais d'un marché de fournitures (art 7 cum annexe I AIMP).
- 3) 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/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, 2010, 311-341, p. 317 n. 15).

La présidente de la chambre administrative a compétence pour statuer seule sur les requêtes de mesures provisionnelles (art. 21 et 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 26 septembre 2017).

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).

- 4) a. Dans la procédure de gré à gré, l'adjudicateur choisit la personne de l'adjudicataire en dehors de tout appel d'offres. Un concurrent potentiel ne peut donc pas exiger d'être inclus dans une telle procédure. Il ne peut contester une telle adjudication qu'en démontrant que le marché en cause devait faire l'objet d'une procédure ouverte. Une telle faculté n'est toutefois réservée qu'à celui qui établit qu'il aurait été en mesure de présenter une offre susceptible d'être retenue dans l'hypothèse d'une procédure ouverte ; il ne lui suffit donc pas de démontrer que le choix de l'adjudication de gré à gré était contraire au droit. La question de savoir si un tel concurrent potentiel aurait pu faire partie du cercle des soumissionnaires doit être examinée en relation avec sa qualité pour agir (ATF 141 II 307 consid. 6.3 ; 137 II 313 consid. 3.3.2 et 3.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_534/2011 du 23 février 2012 consid. 4.2).

Il appartient donc à l'autorité d'examiner, pour déterminer la qualité pour recourir de ce soumissionnaire potentiel, si la restriction posée à l'objet du marché l'empêchant de soumissionner est ou non admissible (arrêt du Tribunal fédéral 2C_841/2016 du 25 août 2017 consid. 4.2).

- b. Selon l'art. VI ch. 3 de l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0.632.231.422), le pouvoir adjudicateur n'exigera ni ne mentionnera de marques de fabrique ou de commerce ou noms commerciaux, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines ou de producteurs ou fournisseurs déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que des termes tels que « ou équivalent » figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres. Aussi, afin d'éviter une trop grande restriction de la concurrence, le pouvoir adjudicateur ne doit, en principe, pas décrire les spécifications techniques attendues de manière si restrictive que seul un produit ou un soumissionnaire, voire un nombre limité d'entre eux, n'entrent en considération pour l'adjudication. Il convient au contraire de privilégier une description en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives, comme le requiert l'art. VI ch. 2 let. a AMP (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-4743/2015 du 16 septembre 2015 consid. 5.1).

L'art. 28 al. 2 RMP, qui est quant à lui sans conteste applicable au présent marché public, ne prévoit pas autre chose : selon cette disposition, 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 fabricants de produits ou de prestataires de services déterminés, à l'exception des cas où a) aucun autre moyen de description suffisamment précis ou intelligible n'existe ; et b) des termes tels que « ou équivalent » figurent dans les documents d'appel d'offres.

- c. Pour invoquer la circonstance exceptionnelle des raisons techniques est d'établir l'existence de raisons « techniques », lesquelles correspondent à des spécifications techniques qui figureraient dans les documents de soumission si

l'adjudicateur mettait le marché en concurrence. Il faut également qu'il n'y ait qu'un seul fournisseur apte à offrir la prestation recherchée, ce qui correspond à un monopole de fait fondé sur des raisons objectives ; la question de savoir s'il est nécessaire qu'aucune prestation équivalente n'existe est discutée (Manuel JAQUIER, Le « gré à gré exceptionnel » dans les marchés publics : étude de droit suisse et européen, 2018, n. 130 ss).

- 5) En l'espèce, la recourante vend des solutions de vidéosurveillance de différents fabricants, dont certaines équipent actuellement des postes de police genevois. Elle aurait donc la qualité pour recourir si les caractéristiques recherchées par le pouvoir adjudicateur pour sa solution de vidéosurveillance pouvaient être obtenues par le biais d'autres produits que ceux vendus sous la marque Geutebrück.

La question centrale du présent litige consiste donc à savoir si tel est le cas. Toutefois, l'OBA a seulement indiqué, jusqu'à présent, qu'il souhaitait unifier les systèmes de vidéosurveillance de la police – choix qui, a priori, lui appartient – et qu'il voulait pour ce faire acquérir du matériel de la marque Geutebrück. Ce faisant, il semble ignorer l'art. 28 al. 2 RMP, n'ayant pour l'instant pas décrit les caractéristiques techniques qui font que seule cette solution de vidéosurveillance peut pour lui entrer en ligne de compte – et donc, à première vue, pas prouvé qu'une procédure de gré à gré exceptionnelle se justifiait.

Ainsi, *prima facie* et en l'état, les chances de succès du recours apparaissent bonnes. Par ailleurs, un refus d'octroyer l'effet suspensif permettrait à l'OBA d'attribuer le marché et de conclure le contrat avec Etavis, ce qui rendrait sans objet le présent recours. Il convient donc d'octroyer l'effet suspensif au recours en attendant de pouvoir déterminer, dans l'arrêt à rendre, si le choix de la procédure de gré à gré était ou non licite.

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

Vu le recours interjeté le 16 décembre 2019 par STVS SA contre la décision de l'office cantonal des bâtiments, du 29 novembre 2019 ;

vu les art. 21 et 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ;

vu l'art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 26 septembre 2017 ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

octroie l'effet suspensif au recours ;

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 à Me Lorenz Ehrler, avocat de la recourante, à l'office cantonal des bâtiments ainsi qu'à Etavis TSA SA.

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :