

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/580/2018-MARPU

ATA/244/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 16 mars 2018

sur effet suspensif

dans la cause

ISS FACILITY SERVICES AG

représentée par Me Patrick Malek-Asghar, avocat

contre

AÉROPORT INTERNATIONAL DE GENÈVE

SECURITAS SA, appelée en cause

représentée par Me Robert Hensler, avocat

Attendu, en fait, que :

1) Le 20 octobre 2017, l'Aéroport International de Genève (ci-après : AIG) a fait paraître sur la plateforme www.simap.ch un appel d'offres en procédure ouverte soumis aux accords internationaux concernant le lot 1 du marché public « prestations au profit du département de la sûreté », consistant à gérer les dispositifs de files d'attente devant les différents points de sûreté, d'accueillir et préparer les passagers et leurs affaires à l'entrée du poste d'inspection filtrage et de contrôler les titres de transport et autres documents donnant accès à la zone de sûreté à accès réglementé de l'aéroport.

Les conditions administratives de l'appel d'offres précisent à l'art. 4.4 que « les bureaux ou entreprises portant la même raison sociale et dont l'activité est identique ne peuvent inscrire qu'un seul bureau, succursale ou filiale. Aucune des entités précitées n'est autorisée à déposer une offre pour les lots 2 et 3. Cela concerne aussi le(s) soustraitant(s) du lot 1. ».

Les conditions administratives de l'appel d'offres, le cahier des charges commun aux lots 1 à 3, celui relatif au lot 1, le dossier de dépôt d'offre et les annexes liées à l'appréciation de l'offre étaient disponibles sur le site précité. Une date était prévue jusqu'à laquelle des questions relatives à l'appel d'offres pouvaient être posées.

2) Répondant à une question se rapportant à l'art. 4.4 des conditions administratives, AIG a indiqué que « des entreprises portant la même raison sociale et dont l'activité est identique ne peuvent inscrire qu'un seul bureau, succursale ou filiale. De fait, les sociétés affiliées ne portant pas la même raison sociale et dont l'activité est différente peuvent déposer chacune une offre pour un lot distinct ».

3) Iss Facility Services AG, dont le siège est à Zurich, possède une succursale à Genève, Iss Facility Services SA (ci-après : ISS). ISS effectue auprès d'AIG depuis 2011 les activités visées par le lot 1.

4) Securitas SA Société Suisse de Surveillance a son siège à Berne. Le président du conseil d'administration est Monsieur Hans WINZENRIED, l'organe de révision Dr. Röthlisberger AG. Elle possède à Genève une succursale portant la même raison sociale (ci-après : Securitas SA). Son but est d'effectuer des services de surveillance d'immeubles, de biens mobiliers, dans le but de prévenir des incendies, des effractions, les troubles de la possession en général et le service d'ordre et de contrôle lors de manifestations de tout genre.

5) Deux entités ont soumissionné dans les délais, à savoir ISS, pour CHF 7'871'500.-, et Securitas SA, pour CHF 8'217'500.-.

6) Par décision du 6 février 2018, AIG a adjugé le marché pour CHF 41'087'500.- à Securitas SA, dont l'offre avait été jugée économiquement la plus avantageuse par rapport

aux critères d'adjudication énoncés dans l'appel d'offres. La proposition d'ISS avait été classée au deuxième rang sur deux.

Était annexé le tableau d'évaluation des critères pour chaque soumissionnaire.

7) À la demande d'ISS, AIG l'a rencontrée le 8 février 2018 pour répondre à ses questions relatives à la décision d'adjudication, et lui a encore adressé un courriel le 12 février 2018, répondant à des questions complémentaires posées par ISS.

8) Par recours déposé le 16 février 2018 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice, ISS AG, agissant par sa succursale ISS SA, a contesté la décision d'adjudication, dont elle a demandé l'annulation. Elle a conclu à ce que le lot 1 du marché « prestations au profit du département de la sûreté » lui soit attribué. À titre préalable, elle a requis l'effet suspensif.

Elle critiquait l'évaluation de son offre effectuée par AIG. Selon les renseignements obtenus lors de l'entretien du 8 février 2018, Securitas SA avait été mieux notée dans ses références, car elle avait soumis plus de références qu'ISS, qui s'était elle limitée au nombre de références exigé. Par ailleurs, en adjugeant le lot 1 à Securitas SA et le lot 3 à Custodio SA, une filiale de celle-ci, AIG ne s'était pas tenu aux exigences fixées par lui-même, à savoir qu'une société et sa filiale ne pouvaient pas toutes deux soumissionner pour des lots différents. En outre, la notation avait été effectuée avec trois décimales, au lieu des deux décimales annoncées. Le volume de 20 % d'encadrement proposé par Securitas SA n'était pas rationnel et n'aurait ainsi pas dû être pris en considération. Le sous-critère relatif au volume de rabais n'avait pas été calculé selon la méthode T2, en violation de l'art. 5.3 des conditions d'offre. Enfin, aucune explication n'avait été donnée quant à l'évaluation de l'organisation interne des deux soumissionnaires.

Les chances de succès du recours étaient très bonnes, dès lors que les vices invoqués étaient importants, à savoir qu'AIG ne s'était pas tenu aux critères de soumission qu'il avait déterminés. Aucun motif ne s'opposait à l'octroi de l'effet suspensif, l'exécution du marché ne s'opérant pas avant le 1^{er} mai 2018.

9) Par décision du 16 février 2018, la chambre de céans a fait interdiction à AIG et Securitas SA de conclure le contrat d'exécution de l'offre jusqu'à droit jugé sur effet suspensif, a appelé en cause Securitas SA et imparti à celle-ci et à AIG un délai au 5 mars 2018 pour se déterminer sur la requête d'effet suspensif et un délai au 19 mars 2018 pour se déterminer sur le fond.

10) AIG a conclu au rejet de la requête d'effet suspensif et du recours. Si la requête devait être admise, il conviendrait de la subordonner à la fourniture de sûretés de CHF 500'000.-.

L'offre soumise par ISS était fondée sur son expérience actuelle, mais ne tenait pas suffisamment compte des besoins futurs du pouvoir adjudicataire. Si les conditions administratives incorporent certaines recommandations du Guide Romand, comme la

méthode de calcul T2, les conditions relatives aux offres multiples étaient exclusivement réglées par l'art. 4.4 de ses conditions administratives. Les pièces apportées par ISS pour démontrer la satisfaction d'AIG de ses services étaient limitées : seuls deux procès-verbaux avaient été produits, alors que les parties se réunissaient mensuellement. Custodio SA n'avait pas participé à l'appel d'offre du lot 1, de sorte que la question d'une éventuelle affiliation entre elle et l'appelée en cause n'était pas pertinente. AIG a, ensuite, exposé en détail l'application de la grille d'évaluation à ISS. L'annexe J du dossier de dépôt de l'offre indiquait qu'il convenait de produire au minimum trois références et l'art. 5.1 des conditions administratives prévoyait une évaluation quantitative et qualitative des références.

Les chances de succès du recours étaient faibles : AIG avait communiqué le tableau des résultats avec sa décision et s'était immédiatement mis à disposition d'ISS pour exposer en détail son choix. Par ailleurs, Securitas SA et Custodio SA n'avaient en commun que la personne du président de leur conseil d'administration et l'organe de révision. Le premier ne pouvant décider seul et le second devant, par mandat, être indépendant des sociétés, celles-ci constituaient des entités différentes. L'analyse des offres avait été effectuée selon un formatage à deux décimales ; les notes finales, à trois décimales, faisaient l'objet d'une erreur cosmétique, qui, corrigée, demeurait sans influence sur le résultat de l'adjudication. En outre, la méthode d'évaluation du sous-critère « rabais volume » était identique à celle utilisée lors du précédent appel d'offre emporté par la recourante. Enfin, AIG avait un intérêt prépondérant à la passation ininterrompue du marché visé par le lot 1 de l'adjudication, qui devait impérativement se faire avant le début de l'haute saison, à savoir le 1^{er} juin 2018.

11) Securitas SA a conclu au rejet des conclusions préalables, de la requête d'effet suspensif et du recours. Elle n'était pas active dans le screening et le scanning, comme l'était Custodio AG, qui disposait par ailleurs d'une succursale à Genève et était certifiée par l'office fédéral de l'aviation civile. Les deux sociétés étaient indépendantes l'une de l'autre.

Le début du marché adjugé était fixé au 1^{er} juin 2018. D'ici là, Securitas SA devait recruter, engager et/ou former du personnel, négocier les situations de reprise du personnel en place, planifier le détail de l'activité et mettre en œuvre les aspects logistiques et l'infrastructure. Il y avait donc urgence à conclure le contrat.

Pour des raisons de confidentialité, Securitas SA s'opposait à la transmission de son offre à la recourante ; plusieurs points étaient couverts par le secret d'affaires. Elle produisait ainsi son offre non caviardée à l'usage exclusif de la chambre de céans et une offre caviardée, qui pouvait être remise à la recourante si la chambre l'estimait justifié. Par ailleurs, le grief de la violation du droit d'être entendu déduit de la motivation insuffisante de la décision ne résistait pas à l'examen. En outre, l'appelée en cause n'avait soumissionné que pour le lot 1, de sorte qu'il ne pouvait lui être reproché d'être contrevenue aux conditions d'adjudication.

Si l'effet suspensif devait être accordé, il conviendrait d'astreindre la recourante à la fourniture de sûretés de CHF 150'000.-, le dommage susceptible d'être encouru par une telle décision par l'appelée en cause étant important.

12) Par pli recommandé du 8 mars 2018, les écritures des parties ainsi que le chargé d'AIG ont été transmis aux autres parties et celles-ci ont été informées de ce que la cause était gardée à juger sur effet suspensif.

13) Custodio AG a son siège à Zurich et a pour but l'exécution de mandats de surveillance en tous genres et le service de photo et de scanning. Le président du Conseil d'administration est M. WINZENRIED, l'organe de révision Dr. Röthlisberger AG. Elle possède une succursale, Custodio SA à Genève, poursuivant le même but.

Considérant, en droit, que

1) Interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est recevable (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).

Le président de chambre a compétence pour statuer seul (art. 21 et 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA-GE - E 5 10 ; art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 26 septembre 2017).

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, octroyer 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. L'effet suspensif doit être refusé au recours manifestement dépourvu de chances de succès et 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/446/2017 du 24 avril 2017 consid. 2 ; ATA/62/2017 du 23 janvier 2017 consid. 2 ; ATA/793/2015 du 5 août 2015 consid. 2 ; ATA/701/2013 du 22 octobre 2013 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/446/2017 précité consid. 2 ; ATA/62/2017 précité consid. 2 ; ATA/793/2015 précité consid. 2 ; ATA/60/2013 du 30 janvier 2013 consid. 5).

3) L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics (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).

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 la 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, RDAF 2004 p. 241 ss).

Aux termes de l'art. 13 let. i AIMP, les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir la possibilité d'interrompre et de répéter la procédure de passation en cas de justes motifs uniquement. Le texte allemand de cette disposition parle de son côté de motifs importants (« wichtige Gründe ») et le texte italien de motifs sérieux (« gravi »).

Dans le canton de Genève, cette question est réglée à l'art. 47 RMP, à teneur duquel la procédure peut être interrompue pour de justes motifs ou raisons importantes, notamment lorsqu'un abandon ou une modification importante du projet est nécessaire (al. 1 let. c) ; l'autorité adjudicatrice rend une décision d'interruption sommairement motivée, notifiée soit par publication, soit par courrier aux intéressés, avec mention des voies de recours ; cette décision indique, le cas échéant, s'il est prévu de renouveler la procédure (al. 2).

L'interruption, la répétition ou le renouvellement de la procédure n'est possible qu'à titre exceptionnel et suppose un motif important ; cette règle existe aussi pour les marchés publics soumis au droit fédéral (ATF 141 II 353 consid. 6.1 ; 134 II 192 consid. 2.3 = SJ 2009 I 197 ; ATA/751/2016 du 6 septembre 2016 consid. 6b). L'interruption du marché – qui suppose l'annulation de tous les actes déjà accomplis – apparaît donc comme une ultima ratio (ATF 141 II 353 consid. 6.1 ; Peter GALLI/André MOSER/Élisabeth LANG/Marc STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2013, n. 799 p. 353).

4) En l'espèce, le grief relatif à l'insuffisance de la motivation de la décision de refus d'adjudication ne paraît, a priori, pas manifestement fondé. En effet, le tableau des résultats de l'évaluation a été annexé à la décision. Par ailleurs, l'intimé a reçu la recourante le 8 février 2018 pour répondre à un certain nombre de questions posées par celle-ci sur la manière dont son offre a été évaluée. En outre, la seule violation éventuelle du droit d'être entendu du fait que l'évaluation de certains critères (tels que par exemple celui de l'organisation interne) n'aurait pas suffisamment été expliquée ne saurait avoir pour effet

l'octroi de l'effet suspensif au recours, et par là même l'impossibilité d'exécuter le marché pendant plusieurs mois.

La recourante soulève comme second moyen celui de l'affiliation de l'appelée en cause à Custodio SA, à qui le lot 3 a été adjugé. Certes, ces deux sociétés ont les mêmes présidents de Conseil d'administration et organe de révision. Cela étant, il s'agit de deux entités juridiques indépendantes, portant une raison sociale différente. Par ailleurs, bien que leur domaine d'activité soit proche, il n'est pas identique : seule Custodio SA fournit, selon son but statutaire, des prestations dans le domaine des services de photo et de scanning. Ainsi, prima facie et sans préjudice de l'examen au fond, il n'apparaît pas qu'en adjugeant tant à Custodio SA qu'à l'appelée en cause un lot de la soumission, l'intimé ne se serait pas tenu aux critères qu'il a établis, notamment celui qu'une entreprise portant la même raison sociale et dont l'activité est identique ne peut soumissionner que pour un des trois lots.

La critique relative au nombre de références de l'appelée en cause dont il a été tenu compte ne semble, a priori, pas non plus manifestement fondée. En effet, l'annexe J du dossier de dépôt de l'appel d'offres indique que le soumissionnaire doit fournir « au minimum » trois références. Cette formulation n'excluait, à première vue, pas la production de plus de trois références. L'appréciation portée sur la qualité des références n'apparaît, en outre, pas manifestement infondée, au regard du large pouvoir d'appréciation qui doit être concédé à cet égard à l'adjudicataire.

Quant au reproche adressé à l'intimé d'avoir évalué le rabais de volume selon une autre grille que celle annoncée (« méthode T2 »), il apparaît, à première vue, que la méthode d'évaluation T2 ne peut que s'appliquer à un prix, l'art. 5.3 des conditions administratives étant intitulé « notation du prix ». Ainsi, l'utilisation d'une grille d'évaluation autre pour l'appréciation du critère « rabais volume » ne peut être considérée, sous l'angle de la vraisemblance, comme un procédé manifestement contraire aux règles d'évaluation annoncées.

En tant que la recourante critique la pondération (12.5 % de la note finale) accordée au volume d'encadrement, elle s'en prend aux conditions de l'appel d'offres, qui ne peuvent plus être contestées au stade de l'adjudication. Par ailleurs, la question de savoir si le pourcentage de 20 % proposé par l'appelée en cause pour le volume d'encadrement est adéquat se rapporte au large pouvoir d'appréciation de l'intimé. Celui-ci a expliqué que l'augmentation constante du nombre de passagers, la complexité des mesures de sûreté et des enjeux économiques et infrastructurels auxquels il faisait face l'avaient conduit à accorder une pondération importante au volume d'encadrement. Tous les prestataires en matière de sécurité, y compris la recourante, avaient d'ailleurs augmenté de manière significative leur encadrement opérationnel ces trois dernières années. Son propre « département sûreté » possédait un taux d'encadrement de 17.33 %. Au vu de ces explications, le taux d'encadrement de 20 % proposé par l'appelée en cause n'apparaît, prima facie, pas manifestement déraisonnable, comme le fait valoir la recourante.

En outre, quand bien même il faudrait retenir, comme le soutient la recourante, que le formatage de l'analyse des offres devait se faire à deux et non à trois décimales, le formatage effectué à trois décimales semble être demeuré, *prima facie*, sans conséquence sur le résultat de l'évaluation, le calcul à deux décimales n'aboutissant pas à un résultat qui serait supérieur pour la recourante à celui de l'appelée en cause, la première obtenant 4.15 points et la seconde 4.29 points. Par ailleurs, les deux soumissionnaires n'ayant pas obtenu des évaluations à égalité, il n'apparaît pas que l'intimé aurait introduit la troisième décimale pour les départager.

Les chances de succès du recours apparaissent ainsi, à première vue, insuffisantes pour permettre à la chambre de céans d'octroyer l'effet suspensif au recours.

Enfin, l'intérêt de l'intimé à pouvoir s'assurer que les tâches de sécurité confiées par la décision contestée soient exécutées sans discontinuité, en conformité avec les dispositions applicables à la sûreté de l'aviation civile et avant le début de la haute saison, l'emporte sur les intérêts financiers de la recourante, qui pourra, en cas d'admission de son recours, les faire valoir.

Au vu de ce qui précède, la requête d'effet suspensif sera rejetée, le sort des frais étant réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la requête d'effet suspensif ;

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 ; 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 joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Me Patrick Malek-Asghar, avocat de la recourante, à l'Aéroport International de Genève, ainsi qu'à Me Robert Hensler, avocat de Securitas SA.

La vice-présidente :

Christine Junod

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :