RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/612/2022-MARPU **ATA/475/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 4 mai 2022

sur effet suspensif

dans la cause

A_____ SA
représentée par Me Stéphane Grodecki, avocat

contre

TRANSPORTS PUBLICS GENEVOIS
représentés par Me Steve Alder, avocat

et

B_____SA
représentée par Me Bastien Geiger, avocat

Vu, en fait, la décision du 14 février 2022 des Transports publics genevois (ci-après : TPG) adjugeant à B_____SA (ci-après : B_____) le marché public « contrat cadre de service de sécurité pour la fluidification du trafic sur le réseau cantonal et du Grand Genève » pour le montant de CHF 803'252.-, composé de la « prestation forfaitaire de base (#1 et #2) et des prestations unitaires de base » ; l'offre de B_____ était économiquement la plus avantageuse selon la grille d'évaluation figurant dans la décision ; A_____ SA (ci-après : A_____) était classée au 2ème rang sur quatre offres évaluées ;

vu le recours formé par A_____ le 22 février 2022 auprès de la chambre administrative de la Cour de justice contre cette décision, dont elle a demandé l'annulation, concluant, principalement, au renvoi du dossier aux TPG pour nouvelle évaluation des offres et, subsidiairement, à l'adjudication en sa faveur du marché public en question ; que préalablement, elle a requis l'effet suspensif, la production par les TPG des grilles détaillées de notation et à pouvoir compléter son recours ;

que la recourante a exposé qu'une de ses unités, l'unité mobile de régulation du trafic, avait depuis 2019 la charge de faciliter le trafic de tous les modes de transport lors d'événements imprévus ou lorsque les axes routiers étaient saturés ; le prix de base de son offre s'était monté à CHF 808'962.- ; un prix unitaire de CHF 81'600.- devait être ajouté, le cas échéant, au titre de « simulation de 500 heures commandées complémentaires par périodes » ; l'évaluation du critère du prix par les TPG était incompréhensible ; ceux-ci n'avaient pas voulu fournir d'explications à ce sujet ; la différence de prix entre celui offert par la recourante et celui proposé par l'adjudicataire était de 9,8 % ; or, la différence dans la note pour ce critère était, de manière inexpliquée, de 16.6 % ; les notes auraient dû être évaluées entre 0 et 5, des demie-notes étant possibles, et ensuite pondérées, ce qui n'avait pas été le cas ; par ailleurs, la recourante ne comprenait pas la notation de l'organisation ni celle de l'expérience, pour lesquelles elle n'avait reçu aucune explication ; lors de la séance d'explication du 16 février 2022, les TPG avaient uniquement expliqué que les critères du prix et du développement durable avaient été « importants », alors qu'ils ne représentaient que le 30 % des critères selon l'appel d'offre ; le montant de CHF 808'962.- et de CHF 81'600.- auraient dû être pondéré respectivement à 90 % et 10 %, ce qui n'avait pas été le cas ;

que B_____ s'en est rapporté à justice concernant l'octroi de l'effet suspensif ; qu'elle a relevé que le contenu et l'appréciation de son offre n'étaient pas remis en question, de sorte qu'elle a demandé que celle-ci ne soit pas ouverte à la consultation de la recourante vu la nature de données qu'elle contenait ;

que les TPG ont conclu au rejet de la requête d'effet suspensif ; ils avaient respecté la manière de noter les différents critères telle qu'annoncée dans l'appel d'offres ; le critère du prix pouvait être noté jusqu'au centième, les autres critères ou sous-critères étaient notés jusqu'à la demie-note ; l'évaluation d'un critère pouvait également tenir compte de la situation du marché et des offres concurrentes reçues ; l'offre de B_____ s'élevait à CHF 729'652.-, alors que celle de la recourante se montait à CHF 808'962.- ; les TPG

avaient respecté les critères d'évaluation du prix en appliquant la méthode de notation « T2 au carré », à savoir qu'au vu de l'importance de 20 % du critère du prix, 90 % (soit 18 points) étaient attribués au prix de la prestation forfaitaire et 10 % (soit 2 points) à la prestation unitaire ; la recourante avait obtenu 14.52 points pour le prix de base et 1,42 points pour le prix unitaire ; pour le critère n° 2, notamment le sous-critère « organisation du soumissionnaire pour satisfaire les exigences (annexe Q1) », la recourante avait été moins bien notée que sa concurrente du fait qu'elle ne possédait pas la certification de qualité de type « ISO 9000 » ou l'équivalent ni n'avait fait de demande pour l'obtenir ; elle n'avait pas non plus présenté sur une feuille A4 séparée les mesures prises par ses soins pour satisfaire les exigences des TPG ni fourni de preuve de leur mise en place ; la note 1 attribuée pour ce sous-critère était usuelle en telle situation ; le critère n° 4 relatif aux références avait été évalué avec la note 4 compte tenu du fait que les références produites, comme celles d'ailleurs de l'adjudicataire, ne présentaient pas « d'avantages significatifs » par rapport aux autres soumissionnaires ; enfin, le critère n° 5 avait été noté à 1, l'annexe Q5 requis n'ayant pas été produit ; l'adjudicataire avait fourni un « ECO Label » et une certification ISO 45001, de sorte qu'elle avait obtenu la note de 3 sur 5 ; l'ensemble de ces explications avait été fourni à la recourante lors de l'entretien du 16 février 2022 ; la grille d'évaluation détaillée ne lui avait toutefois pas été remise ;

que les TPG ont relevé que les prix unitaires des soumissionnaires étaient couverts par le secret d'affaires, de sorte qu'ils devaient être soustraits à la consultation, à moins que B_____ y consente ; qu'ils ont, notamment, produit le tableau d'analyse multicritères, le procès-verbal d'ouverture des offres et le rapport de synthèse des évaluations, ces documents étant caviardés uniquement des indications concernant les deux autres soumissionnaires évincés ;

que la recourante a relevé dans sa réplique sur effet suspensif que, dans les faits, les TPG avaient accordé un poids prépondérant au critère du prix, contrairement à la pondération de 20 % annoncée ; la grille d'évaluation aurait dû lui être remise, comme cela était prévu dans l'appel d'offres et exigé par la jurisprudence ; le tableau d'évaluation ne contenait pas de notes, mais des points, contrairement à ce qui était prévu dans l'appel d'offres ; elle s'interrogeait s'il fallait prendre en compte la grille d'évaluation (non remise) ou la décision ; l'écart entre celle-ci et les explications fournies dans l'écriture du pouvoir adjudicateur devait conduire à retenir une violation du droit d'être entendu ; par ailleurs, les intimés avaient posé des questions à l'adjudicataire, ce qui contrevenait aux principes de l'intangibilité des offres et d'égalité de traitement ; elle réitérait que les notes qu'elle avaient reçues étaient arbitraires ;

que les parties ont ensuite été informées que la cause était gardée à juger sur effet suspensif ;

que, dans une écriture spontanée, les TPG ont relevé qu'ils avaient produit le tableau d'analyse multicritères, la grille d'évaluation et le rapport d'adjudication et répondu en détail aux griefs relatifs à l'évaluation de l'offre de la recourante, de sorte qu'aucune violation du droit d'être entendu ne pouvait leur être reprochée ; ils sont, par

ailleurs, revenus sur les points soulevés dans la réplique et ont produit un chargé complémentaire comportant le formulaire des réponses données par B_____ à leurs questions ;

que, se déterminant sur cette écriture et la pièce nouvelle, la recourante a fait valoir que les questions posées et réponses données par B_____ violaient le principe de l'intangibilité des offres ; les questions 4 et 7 démontraient que l'offre avait été complétée ; la question 4 relative au fait que chaque membre de l'équipe devait être muni d'un vélo montrait que B_____ n'avait pas mentionné ce fait, pourtant exigé dans le cahier des charges ; il en allait de même en ce qui concernait la question 7, dont la réponse démontrait que la soumissionnaire ne s'était pas conformée à une exigence du cahier des charges ; enfin, la grille que les TPG s'étaient jusque-là obstinés à ne pas produire avait introduit un nouveau critère, à savoir une centrale d'alarme, une couverture régionale, des opérateurs formés à différents types de systèmes ou la capacité à reprendre une vidéo ; la recourante ne pouvait prévoir ce genre de critères ;

que, réagissant à cette écriture dans les deux jours suivant sa réception, les TPG ont relevé que l'offre de B_____ était conforme au point 5.1 du cahier des charges et indiquait qu'un vélo électrique était mis à disposition et que les agents seraient équipés de casques ; la question posée visait une confirmation de ces éléments ; il en allait de même de la question 7 ;

que cette écriture a été transmise aux parties le 25 avril 2022 et il leur a été rappelé que la cause était gardée à juger sur effet suspensif ;

Considérant, en droit, qu'interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est, a priori, recevable (art. 15 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 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) ;

que les mesures provisionnelles sont prises par la présidente ou le vice-président de la chambre administrative ou, en cas d'empêchement de ceux-ci, par un autre juge (art. 21 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA – E 5 10 ; art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 mai 2020) ;

qu'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 ;

que 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/987/2021 du 24 septembre 2021 ; ATA/217/2021 du 1er mars 2021 consid. 2 ; ATA/1349/2019 du 9 septembre 2019 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zurich 2010, p. 317) ;

que lorsqu'une autorité judiciaire se prononce sur l'effet suspensif ou d'autres mesures provisoires, elle peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit (examen prima facie), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles, tout en ayant l'obligation de peser les intérêts respectifs des parties (ATF 139 III 86 consid. 4.2 ; 131 III 473 consid. 2.3) ;

que 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/1349/2019 précité ; ATA/446/2017 précité consid. 2 ; ATA/62/2017 du 23 janvier 2017 consid. 2 ; ATA/793/2015 du 5 août 2015 consid. 2) ;

que 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) et assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) ;

que selon l'art. 45 al. 1 RMP, l'autorité adjudicatrice rend une décision d'adjudication sommairement motivée, notifiée soit par publication sur la plateforme électronique sur les marchés publics gérée par l'association simap.ch (www.simap.ch), soit par courrier à chacun des soumissionnaires, avec mention des voies de recours ;

que le principe de la transparence n'exige pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié (ATF 143 II 553 consid. 7.7) ; une publication n'est nécessaire que lorsque les sous-critères 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 (ATF 130 I 240 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_1/2021 du 8 mars 2021 consid. 5.3) ;

que de la même manière, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et éléments d'appréciation 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/695/2015 du 30 juin 2015 ; ATA/368/2015 du 21 avril 2015 ; ATA/972/2014 du 9 décembre 2014) ;

qu'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) ;

que les principes de l'intangibilité des offres et du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires imposent de n'apprécier les offres que sur la base du dossier remis, un soumissionnaire n'étant pas habilité à modifier la présentation de son offre, à y apporter des compléments ou à transmettre de nouveaux documents après l'échéance du délai (ATA/914/2018 du 11 septembre 2018 consid. 6a ; ATA/150/2018 du 20 février 2018 consid. 3b et les références citées) ;

que selon l'art. 40 RMP, l'adjudicatrice peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre (al. 1) ; que le principe d'intangibilité des offres et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires impliquent de ne procéder à ce type de questionnement que de manière restrictive, et seulement lorsque l'offre est, au demeurant, conforme aux conditions de l'appel d'offres ; que même les auteurs qui préconisent une certaine souplesse dans le traitement des informalités admettent que l'autorité adjudicatrice dispose d'un certain pouvoir d'appréciation quant au degré de sévérité dont elle désire faire preuve dans le traitement des offres, pour autant qu'elle applique la même rigueur ou la même flexibilité à l'égard des différents soumissionnaires (ATA/149/2018 du 20 février 2018 et les références citées) ; à cet égard, la chambre administrative ne sanctionne que l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation (ATF 130 I 241 consid. 6.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2P.111/2003 du 21 janvier 2004 consid. 3.3) ;

qu'en l'espèce, la décision querellée indique le nom de l'adjudicataire, le montant de la soumission de celle-ci, la grille d'évaluation des cinq critères d'évaluation ainsi que le classement de la recourante et le nombre d'offres évaluées et les points obtenus par chacune pour chaque critère ; qu'il appert, à première vue et sans préjudice de l'examen au fond, que ces éléments étaient suffisants pour permettre à la recourante de se déterminer sur l'opportunité de contester la décision d'adjudication ;

que, par ailleurs, lors de la réunion du 16 février 2022 ainsi que dans les déterminations et pièces produites sur effet suspensif, les intimés ont fourni des explications complémentaires sur les notes attribuées à la recourante et à l'adjudicataire et la méthode utilisée dans l'évaluation des différents critères, notamment celui du prix ;

qu'au regard de ces éléments, le grief de violation du droit d'être entendue tiré d'une motivation insuffisante de la décision d'adjudication ne paraît, a priori et sans préjudice de l'examen au fond, pas manifestement fondé ;

qu'en ce qui concerne la méthode d'évaluation utilisée, l'appel d'offres précisait les critères pris en compte et leur pondération et détaillait de manière circonstanciée l'échelle de note ainsi que la notation du prix, qui suivait la méthode T2 du Guide romand ;

que, sous l'angle de la vraisemblance, il n'apparaît pas que les intimés se seraient écartés de la méthode d'évaluation, qui autorisait notamment d'exprimer des notes au centième et une pondération différente du prix relatif aux prestations forfaitaire et unitaire ;

qu'en outre, les critères dont les intimés ont tenu compte dans la notation tels des labels de certification « ECO Label », ISO 45001 ou ISO 9000 apparaissent à première vue objectifs ;

que, par ailleurs, la réponse à la question de savoir si les questions posées par le pouvoir adjudicateur à l'intimée avaient permis à celle-ci de compléter son offre, de manière contraire au principe de l'intangibilité des offres ne saute pas aux yeux ;

qu'en effet, la question 4 visant à confirmer que chaque membre de l'équipe de l'UMob (unité mobile) serait muni d'un vélo électrique et d'un casque n'était pas de nature à permettre à l'intimée de modifier son offre, mais découlait de l'exigence fixée au point 5.1 que les équipes de l'UMob se déplacent à vélo électrique ; que, par ailleurs, le cahier des charges demandait au point 4.2 aux soumissionnaires si la possibilité de commandes complémentaires pour répondre « aux évolutions du besoin » existait ; que la question 7 demandait des précisions quant à la manière d'assurer d'éventuelles missions en situation d'urgence en dehors de l'horaire défini ; que cette question était ainsi liée à la réponse – manifestement positive – apportée par l'adjudicataire au point 4.2 du cahier des charges ;

qu'enfin, le point 7.3 du cahier des charges visait à connaître les dispositions prises par la soumissionnaire pour assurer l'exécution du marché public et garantir le niveau d'aptitudes et de compétences de l'équipe en charge de l'exécution de celui-ci, à savoir notamment les consignes données, les équipements et technologies utilisées à cet effet, la capacité de répondre aux évènements imprévisibles ; les sous-critères pris en compte pour apprécier le point 7.3 précité, tels que l'existence d'une centrale d'alarme, un opérateur formé à différents types, une couverture régionale garantie, des opérateurs formés à différents types de systèmes ou la capacité à reprendre une vidéo, se rapportent, prima facie, directement au point 7.3 et ne semblent, sous l'angle de la vraisemblance, pas relever manifestement de nouvelles exigences qui auraient dû figurer;

qu'il n'apparaît ainsi pas manifeste que le principe d'intangibilité des offres et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires aient été violés ;

qu'au vu de ce qui précède, les chances de succès du recours sont insuffisantes en l'état pour octroyer l'effet suspensif, étant rappelé que l'absence d'un tel effet au recours constitue la règle en matière de marchés publics ;

qu'il sera statué ultérieurement sur les frais de la présente décision.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse d'octroyer 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 Stéphane Grodecki, avocat de la recourante, à Me Steve Alder, avocat des intimés, et Me Bastien Geiger, avocat de l'intimée, ainsi qu'à la commission de la concurrence.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :	la présidente :
N. Deschamps	F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :