

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/932/2016-MARPU

ATA/383/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 3 mai 2016

dans la cause

PROTECTAS SA

représentée par Me Marco Rossi, avocat

contre

OFFICE DES BÂTIMENTS

et

SPS SERVICE PRIVÉ DE SÉCURITÉ SA, appelée en cause
représentée par Me Nicola Meier, avocat

EN FAIT

1. En date du 8 décembre 2015, l'office des bâtiments (ci-après : OBA), qui fait partie du département des finances (ci-après : DF ou le département), a publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) un appel d'offres, en procédure ouverte et soumis à l'accord GATT/OMC, respectivement aux accords internationaux, avec délai de dépôt au 18 janvier 2016, pour la surveillance du chantier du Centre médical universitaire (ci-après : CMU) – surveillance et contrôle d'accès de l'ensemble du site – durant ses étapes 5 et 6 (lot 559.00).

Selon le document K2 (ch. 4.7), les critères d'adjudication étaient les suivants :

1. prix (pondéré à 50 %) ;
2. organisation pour l'exécution du marché et qualité technique de l'offre (pondéré à 20 %) ;
3. références et expériences (pondéré à 25 %) ;
4. formation professionnelle (pondéré à 5 %).

À teneur de leur barème se référant à l'annexe T1 du Guide romand pour les marchés publics (document K2, ch. 4.9), les notes allaient de 0 à 5. Les notes 2, 3, 4 et 5 signifiaient toutes que le candidat a « fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé », étant ajouté, pour la note 2, « mais dont le contenu ne répond que partiellement aux attentes », pour la note 3, « et dont le contenu répond aux attentes minimales, mais qui ne présente aucun avantage particulier par rapport aux autres candidats », pour la note 4, « dont le contenu répond aux attentes et qui présente un minimum d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats, ceci sans tomber dans la surqualité ou la surqualification », pour la note 5 « dont le contenu répond aux attentes avec beaucoup d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats, ceci sans tomber dans la surqualité ou la surqualification ».

2. Dans le délai de dépôt, l'OBA a reçu quatre offres recevables, dont les prix variaient entre CHF 270'000.- TTC et CHF 313'618.35 TTC.

Protectas SA (ci-après : Protectas), société de sécurité sise à Lausanne (VD), a déposé une offre pour la somme totale de CHF 313'000.- TTC.

SPS Service Privé de Sécurité SA (ci-après : SPS), société de sécurité sise à Satigny (GE), a présenté une offre pour le montant total de CHF 294'390.- TTC.

3. Un rapport d'adjudication a été établi le 9 février 2016 par les architectes mandataires, le chef de projet et une architecte spécialiste du DF.
4. Par décision du 10 mars 2016, l'OBA a informé Protectas que le DF avait adjugé le marché à SPS pour un montant de CHF 294'390.-. Protectas était classée au 2^{ème} rang.

Était joint un tableau d'analyse multicritères (« Notation des offres après vérification ») avec les notes des quatre candidats. Pour le critère 1, SPS avait obtenu la note 4,21, Protectas 3,72, la troisième soumissionnaire 5 et la quatrième 3,71. Pour le critère 2, SPS avait obtenu 2,88, Protectas 3, la troisième soumissionnaire 2,88 et la quatrième 3. Pour le critère 3, SPS avait obtenu 3, Protectas 3,33, la troisième soumissionnaire 1 et la quatrième 2,66. Pour le critère 4, SPS avait obtenu 3,25, Protectas 5, la troisième soumissionnaire 1 et la quatrième 5.
5. Par acte expédié le 21 mars 2016 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), Protectas a formé recours contre cette décision. Elle a conclu préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours, à l'invitation faite à SPS de détailler le prix horaire pour les agents prévus pour la surveillance du chantier, à la comparution personnelle des parties ainsi qu'à la mise en œuvre d'une expertise en vue de procéder à une nouvelle évaluation des critères, tenant compte notamment du fait qu'elle-même était déjà présente sur le site ainsi que de l'analyse du prix de l'offre de l'entreprise adjudicataire. Elle a conclu au fond, principalement à l'annulation de ladite décision et à l'adjudication à elle-même du marché en cause pour un montant de CHF 313'000.-, subsidiairement à la constatation que cette décision était illicite, en tout état de cause, au déboutement des autres parties de toutes autres ou contraires conclusions et à l'octroi d'une juste indemnité à titre de participation aux honoraires de son conseil.
6. Par lettres du 23 mars 2016, le juge délégué de la chambre administrative a interdit à l'OBA de conclure le contrat d'exécution de l'offre jusqu'à droit jugé sur la requête de restitution de l'effet suspensif, ordonné l'appel en cause de SPS et imparti un délai à cette dernière et à l'OBA pour se déterminer sur effet suspensif et sur le fond.
7. Dans sa réponse du 13 avril 2016 sur effet suspensif et sur le fond, l'OBA a conclu au rejet de la requête de restitution de l'effet suspensif et à l'autorisation de conclure le contrat avec l'adjudicataire, de même qu'au rejet du recours.
8. Dans sa réponse du même jour sur effet suspensif et sur le fond, SPS a pris les mêmes conclusions que l'OBA, sollicitant en outre l'octroi d'une équitable indemnité au titre de la participation aux honoraires de son conseil.

9. Par courrier du 14 avril 2016, la chambre administrative a informé les parties de ce que la cause était gardée à juger sur effet suspensif.
10. Dans ses observations finales du 18 avril 2016, SPS s'est référée aux arguments de l'OBA et a persisté dans ses conclusions.
11. Dans ses observations finales du 25 avril 2016, Protectas a persisté dans les griefs et conclusions de son recours.
12. Par lettre du 26 avril 2016, la chambre administrative a informé les parties de ce que la cause était gardée à juger au fond.
13. Pour le reste, les arguments des parties et certains faits seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

1. Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est recevable (art. 15 al. 1bis let. e et 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 du 12 juin 1997 autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics - L-AIMP - L 6 05.0 ; art. 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01 ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 17 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2.
 - 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 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 adjudgé 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 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).

3. S'agissant du critère 1 (prix), dans son acte de recours, la recourante, relevant que la différence de prix qui la séparait de l'appelée en cause était minime puisqu'elle n'atteignait même pas 1 %, a estimé, en l'état, que la soumission de celle-ci était biaisée concernant le prix ; elle a ainsi souhaité en particulier connaître le détail du prix horaire des agents prévus sur place. Dans sa réponse, l'intimé a expliqué que le prix avait été évalué selon la méthode T2 dite « au carré », méthode mathématique sur laquelle l'autorité adjudicatrice n'avait pas de pouvoir d'appréciation et qui est prévue au ch. 4.10 du document K2. Le rapport d'adjudication contient en outre une « analyse de la crédibilité de l'offre et des tarifs ». L'appelée en cause a quant à elle produit les prix des prestations qu'elle offrait, de même qu'une « calcul du coût prix horaire » pour le présent marché public. Dans ses observations finales, la recourante n'a plus formulé de grief concernant la question du prix.

Il faut en conclure que l'intimé a correctement évalué ce critère, de sorte que le grief y afférent doit être écarté.

Au demeurant, rien au dossier ne permet de penser que le prix offert par l'appelée en cause serait erroné, d'autant moins qu'il ne saurait s'agir d'une offre anormalement basse au sens des art. 41 et 42 al. 1 let. e RMP et que la soumissionnaire arrivée en troisième position a offert un prix encore plus bas, soit CHF 270'000.-, et obtenu la note maximale.

4. a. Pour ce qui est du critère 2 (organisation pour l'exécution du marché et qualité technique de l'offre), la recourante considère que la note reçue, à savoir 3

– comme la soumissionnaire arrivée en quatrième position –, est insuffisante même s'il s'agit de la meilleure note du classement, et ne voit pas pourquoi elle n'a pas obtenu au moins la note 4.

b. Selon l'OBA, la recourante a rempli l'annexe R6 afférente à la « planification des moyens » de manière correcte mais moins complète que l'appelée en cause, étant précisé que, pour cette annexe, ces deux soumissionnaires ont obtenu la note 3, « suffisante » selon l'annexe T1 du Guide romand pour les marchés publics ; elle a bien présenté son « organigramme fonctionnel » (annexe R8), et, d'après les « qualifications des personnes clés » (annexe R9), celles-ci avaient une bonne expérience, mais peu en rapport avec l'objet du marché (surveillance d'un chantier) à l'exception du chef de secteur-responsable des agents ; elle ne pouvait donc pas prétendre fournir des avantages particuliers par rapports aux autres candidats, d'où la note 3 pour chacune de ces annexes ainsi que pour l'annexe R14 (« degré de compréhension du cahier des charges »), et donc pour le critère 2.

En comparaison, l'appelée en cause a obtenu 3 pour ces annexes, sauf 2,5 pour l'annexe R9, la qualification de ses personnes clés étant considérée par l'adjudicateur comme légèrement insuffisante, d'où la note 2,88 pour ce critère.

À teneur du ch. 5 du rapport d'adjudication relatif à la « capacité et disponibilité du personnel », l'appelée en cause prévoyait en moyenne six personnes sur la durée d'exécution du marché, avec une qualification du personnel satisfaisante mais avec peu d'intérêt pour la surveillance du chantier ; elle répondait à la demande. La recourante prévoyait quant à elle en moyenne huit personnes sur la durée d'exécution du marché, avec une qualification du personnel satisfaisante, et répondait parfaitement à la demande, comme la candidate arrivée en quatrième position.

c. L'intimé a en définitive tenu compte du désavantage de l'appelée en cause en matière de qualification du personnel en rapport avec le marché public litigieux en lui attribuant la note 2,5 pour l'annexe R9. Il n'a en revanche pas pénalisé la recourante s'agissant de l'annexe R6.

L'OBA n'a dès lors en tout état de cause pas excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation en ne retenant pas dans l'offre de la recourante des avantages particuliers par rapport aux autres.

Le grief de la recourante sera donc rejeté.

5. a. Concernant le critère 3, la recourante considère la note 3,33 qu'elle a reçue comme abusive, dans la mesure où elle ne reposerait en apparence sur aucun fondement. Elle estime mériter la note maximale 5, notamment du fait qu'elle est

déjà présente sur le site, pour la surveillance des premières phases du chantier, qui seraient similaires au chantier à venir.

b. La recourante et l'appelée en cause ont, dans leurs dossiers d'offre, fourni plus de références (annexe Q8+) que le nombre demandé de trois, mais, pour des raisons d'égalité de traitement, l'intimé n'en a retenu que trois pour chacune des candidates.

Pour l'appelée en cause, l'OBA a retenu, premièrement, le chantier de l'écoquartier de la Jonction (de janvier 2013 à septembre 2015), qui comprend des prestations de surveillance et de contrôle d'accès d'une ampleur équivalente au marché public litigieux, deuxièmement, la rénovation de la RTS (de décembre 2006 à juillet 2011), référence un peu plus ancienne mais d'une grande ampleur, avec un bâtiment qui présente, comme le CMU, plusieurs possibilités d'accès, troisièmement, la rénovation des bâtiments F, G et H du Palais de justice (de septembre 2011 à janvier 2015), important marché exécuté pour le compte de l'intimé, références pour chacune desquelles l'appelée en cause a obtenu la note 3.

Pour la recourante, l'intimé a pris en considération, premièrement, le chantier du CMU (depuis le 1^{er} janvier 2014), référence qui présente l'avantage particulier qu'elle connaît déjà le site et qui lui a valu la note 4, les prestations déjà réalisées et celles faisant l'objet du marché public en cause n'étant cependant pas identiques, deuxièmement, le chantier de « Vacheron Constantin » (depuis 2014, encore en cours), qui ne présente pas d'avantage et a reçu la note 3, troisièmement, le chantier de la Poste de Montbrillant (d'octobre 2010 à 2012), référence un peu ancienne et d'une moyenne importance, obtenant la même note, ce qui a conduit à l'attribution de la note globale 3,33 $([4 + 3 + 3] / 3)$.

c. On ne voit pas en quoi l'intimé aurait excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation en attribuant à la recourante 4 (« qui présente un minimum d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats » ou « bon et avantageux » selon l'annexe T1 du Guide romand pour les marchés publics), et non 5 (« avec beaucoup d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats » ou « très intéressant » selon ladite annexe), pour la référence du chantier actuel du CMU. Une expérience sur le site objet du marché public n'implique pas forcément que la référence correspondante doive recevoir la note maximale. Au demeurant, cette note 4 a permis à la recourante d'obtenir la meilleure note pour le critère 3. Pour le reste, celle-ci ne motive pas pour quelles raisons elle aurait dû recevoir une meilleure note pour ses autres références, et un tel motif ne ressort pas du dossier.

Le grief sera en conséquence écarté.

6. Vu ce qui précède, tous les griefs de la recourante étant infondés et la décision querellée étant conforme au droit, le recours sera rejeté.

Le présent arrêt au fond rend sans objet la requête de restitution de l'effet suspensif et met évidemment fin à l'interdiction de conclure le contrat d'exécution de l'offre contenue dans la lettre de la chambre de céans du 23 mars 2016.

7. Vu l'issue du litige et compte tenu de l'absence de décision sur effet suspensif, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée, mais l'appelée en cause se verra allouer une telle indemnité à hauteur de CHF 1'000.- (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 21 mars 2016 par Protectas SA contre la décision du département des finances - office des bâtiments du 10 mars 2016 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Protectas SA un émolument de CHF 1'000.- ;

alloue à SPS Service Privé de Sécurité SA une indemnité de CHF 1'000.-, à la charge de Protectas SA ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté 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 ;

- sinon, 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 ;

communiqué le présent arrêt à Me Marco Rossi, avocat de la recourante, à l'office des bâtiments, à Me Nicola Meier, avocat de SPS Service Privé de Sécurité SA, ainsi qu'à la commission de la concurrence - COMCO.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Junod, M. Dumartheray, Mme Payot Zen-Ruffinen, M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :