

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2211/2018-MARPU

ATA/1808/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 17 décembre 2019

dans la cause

SPS SERVICE PRIVÉ DE SÉCURITÉ SA

représentée par Me Nicola Meier, avocat

contre

**VILLE DE GENÈVE - CENTRALE MUNICIPALE D'ACHAT ET
D'IMPRESSION**

représentée par Me Michel D'Alessandri, avocat

et

PROTECTAS SA

représentée par Mes Robert et Frédéric Hensler, avocats

EN FAIT

- 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.

Il est précisé que lesdits immeubles et parkings – moins nombreux que les immeubles – sont situés dans différents quartiers de la ville, sur les rives droite et gauche du Rhône.

- 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.

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. Le lendemain se tiendrait la séance, non publique, d'ouverture des offres. Dès le 1^{er} 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 deux 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 1^{er} 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 : le tableau comparatif des offres), dont il ressortait que Protectas était la première et SPS la deuxième. Pour le critère « prix », la note 5,0 était attribuée à SPS et la note 4,10 à Protectas, pour le critère « qualité », 2,5 à SPS et 4,0 à Protectas, pour le critère « formation », 4,0 aux deux, pour le critère « performance environnementale », 4,5 à SPS et 4,0 à Protectas, enfin, pour le critère « équité sociale », 4,0 à SPS et 5,0 à Protectas. La note « pondérée » était 3,78 pour SPS et 4,08 pour Protectas.

- 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 et à son audition ainsi qu'à celle de la CMAI, 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 les mêmes 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 le cas échéant avoir eu lieu entre la ville et Protectas, étaient entièrement contestées, comme du reste les 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 (ci-après : tableaux d'évaluation) qui contenaient des constatations, appréciations et remarques pour les différents éléments d'appréciation, pièces dont à tout le moins la plupart devaient rester confidentielles selon la ville.

- 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 décision sur effet suspensif du 31 juillet 2018, la présidence de la chambre administrative a refusé de restituer l'effet suspensif au recours et réservé le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugée au fond.
- 10) Par courrier du 31 août 2018, la ville a informé la chambre administrative que le contrat d'exécution d'offre avait été conclu avec Protectas le 29 août 2018.

Le 3 septembre 2018, SPS a fait part de son étonnement et de ses interrogations quant à la conclusion de ce contrat, sa signature n'ayant pas été mentionnée par la ville, et a sollicité la remise de ce document ainsi que l'audition des personnes lors de ladite conclusion.

Par ordonnance du 14 novembre 2018 (2C_729/2018), le Tribunal fédéral a rayé la cause introduite par un recours de droit public interjeté le 29 août 2018 par SPS contre la décision sur effet suspensif précitée, vu le retrait de ce recours le 12 novembre 2018.

- 11) Parallèlement, et depuis le 31 juillet 2018, la ville, SPS et Protectas ont été en désaccord quant à la consultation de leurs pièces respectives, et de nombreux courriers ont été échangés à ce sujet.

Par décision du 29 août 2019, le juge délégué a ordonné que, dans un délai au 4 octobre 2019, SPS et Protectas produiraient chacune un chargé de pièces en trois exemplaires contenant l'entier de leurs offres respectives avec des caviardages sur les seuls passages indiqués dans les considérants de ladite décision, et que, dans le même délai, la ville produirait en trois exemplaires les documents émanant d'elle selon la manière et avec les caviardages indiqués dans les considérants, notamment les tableaux d'évaluation des deux offres en cause sans la colonne « propositions » qui contenait des secrets d'affaires ou de fabrication mais avec les colonnes « désavantages » et « avantages » ainsi que « note » jusqu'à la ligne « applications », les points suivants – hors du critère « qualité » - ne faisant pas l'objet d'une contestation.

Il est précisé que dans ces tableaux d'évaluation, le critère « qualité » était divisé en plusieurs lignes (éléments d'appréciation) : « références des soumissionnaires » ; « organisation mise en place pour la surveillance des immeubles » ; « organisation qualité du soumissionnaire » ; « organisation pour le contrôle de stationnement » ; « applications ».

Cette décision du 29 août 2019 n'a pas fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral et, les 3 et 4 octobre et 1^{er} novembre 2019, les parties ont produit leurs pièces conformément à la décision du 29 août 2019 précitée.

- 12) Par observations finales du 18 novembre 2019, SPS, par son avocat constitué le 25 octobre 2018, a conclu préalablement à la comparution personnelle des parties, à la production du contrat lié à l'adjudication du marché daté et signé par toutes les parties, à l'audition de toutes les personnes intervenues dans ce cadre et à l'audition en qualité de témoins de six personnes. Au fond, elle a conclu principalement à la constatation de l'illicéité, du caractère abusif et de la nullité de la décision d'adjudication querellée, à son annulation et l'adjudication du marché à elle-même, ainsi qu'à la condamnation de la ville à lui verser une indemnité de CHF 13'179.17 correspondant aux frais d'avocat avant procédure, avec intérêt à

5 % l'an, enfin à la condamnation de celle-ci « en tous les frais et dépens de la présente procédure ». Elle a conclu subsidiairement à la constatation de l'illicéité, du caractère abusif et de la nullité de la décision d'adjudication attaquée, à la condamnation de la ville à lui verser une indemnité de CHF 14'092.- correspondant aux frais encourus pour l'établissement de sa soumission avec intérêt à 5 % l'an, une indemnité de CHF 13'179.17 correspondant aux frais d'avocat avant procédure avec intérêt à 5 % l'an ainsi qu'une indemnité de CHF 99'850.- correspondant au gain manqué du fait de la conclusion abusive du contrat lié à la décision d'adjudication. Elle a plus subsidiairement repris ces conclusions subsidiaires sauf en la constatation du caractère abusif et de la nullité de la décision litigieuse.

Des griefs étaient énoncés en fait, en référence aux pièces produites les 3 et 4 octobre et 1^{er} novembre 2019.

Un examen sérieux des offres présentées par SPS et Protectas sous l'angle du critère « qualité » démontrait qu'aucun élément objectif ne permettait d'affirmer que l'offre de la seconde aurait été plus avantageuse que celle de la première. Pire, rien n'expliquait la disproportion patente qui résultait de la notation des deux soumissionnaires. La ville n'avait pas respecté les principes applicables à la procédure d'appel d'offres.

Si elle avait obtenu à tout le moins la note 3,28 pour le critère « qualité », la recourante aurait obtenu le premier rang et se serait ainsi vu attribuer le marché litigieux.

S'agissant du droit, au fond, il y avait lieu de se référer aux développements figurant dans son recours du 29 juin 2018, qui demeuraient pleinement valables.

- 13) Le même jour, Protectas a persisté dans ses précédentes déterminations.
- 14) Par observations finales du 18 novembre 2019, la ville a conclu au rejet du recours et à la condamnation de SPS à une équitable indemnité valant participation à ses honoraires d'avocat.

S'agissant de l'élément d'appréciation « applications », l'offre de Protectas ne présentait que des avantages, à savoir qu'un serveur gérait l'ensemble des accès de la ville, ce qui répondait totalement aux besoins, et que le système était déjà en fonctionnement chez divers clients dont elle-même.

- 15) Par lettre du 19 novembre 2019, la chambre administrative a informé les parties que la cause était gardée à juger sur mesures d'instruction et au fond.
- 16) Pour le surplus, les arguments des parties et certains éléments de fait seront, en tant que de besoin, repris dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 15 al. 1, 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'AIMP - L-AIMP - L 6 05.0 ; art. 55 let. e et 56 al. 1 RMP ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05).

- 2) Selon la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral et reprise par la chambre de céans (ATA/1140/2018 du 30 octobre 2018 consid. 2a et les références citées), tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), repris par l'art. 41 LPA, le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (arrêts du Tribunal fédéral 2C_545/2014 du 9 janvier 2015 consid. 3.1 ; 2D_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3), de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3 ; 138 V 125 consid. 2.1 ; 137 II 266 consid. 3.2).

L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1).

- 3) En l'occurrence, l'objet du présent litige ne porte pas sur la conclusion du contrat d'exécution de l'offre à fin août 2018 entre la ville et Protectas, mais sur le bien-fondé ou non de la décision d'adjudication du 20 juin 2018, ce au regard de l'issue du litige tranché ci-après.

On ignore sur quels points la recourante souhaite entendre six personnes précisément nommées en qualité de témoins. Quoi qu'il en soit, les griefs pertinents portent sur des questions d'ordre essentiellement technique. Les parties ont pu exprimer leurs allégations et griefs de manière approfondie dans leurs écritures, et le dossier apparaît suffisamment complet pour être tranché au fond sans mesures d'instruction complémentaires. La comparution des parties ne serait donc pas de nature à apporter d'éléments de faits pertinents nouveaux.

Il n'y a donc pas lieu de procéder aux mesures d'instruction sollicitées par la recourante.

4) 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.

Le principe de la transparence garanti par les art. 1 al. 3 let. c AIMP et 24 RMP exige du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions, en spécifiant clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. Ceux-ci doivent être objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché. Le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères. Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable d'éléments d'appréciation ou de catégories, tels des sous-critères, 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 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/1685/2019 du 19 novembre 2019 consid. 5b ; ATA/695/2015 du 30 juin 2015).

c. 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).

d. 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).

- 5) a. En l'espèce, il est exact que, comme le fait valoir la recourante, les comptes rendus – ou procès-verbaux – des séances du 8 juin 2018 entre ses propres représentants et ceux de la ville de même qu'entre les représentants de Protectas et ceux de la ville ne contiennent pas les questions posées par celle-ci ni les réponses des candidates mais seulement une synthèse de leurs explications jugées pertinentes par l'adjudicateur. Ils n'ont en outre pas été signés par les parties en présence – un oubli selon la ville –, ce en violation claire des ch. 11.4 et 11.5 du cahier de soumission. Il se déduit de l'obligation de signature que lesdits comptes rendus devaient être remis aux parties s'agissant de la séance à laquelle elles avaient participé, ce que la ville n'a pas non plus fait, en violation du ch. 11.5 précité.

C'est de manière contradictoire que la ville a indiqué dans sa réponse que le compte rendu pouvait être librement signé par SPS et que celle-ci n'avait jamais sollicité, jusqu'au dépôt de son recours, ni l'envoi ni la signature de ce document, tout en requérant en parallèle qu'il soit soustrait à la consultation.

Cependant, la recourante ne se prévaut pas d'une violation de son droit d'être entendue (notamment droit d'obtenir une décision motivée, art. 29 al. 2 Cst.) du fait de l'absence de signature et de communication du compte rendu de la séance du 8 juin 2018 la concernant ou du fait du caractère considéré comme succinct de ce document. Une telle violation ne pourrait au demeurant pas être retenue, les art. 13 let. h AIMP et 45 RMP prévoyant que les décisions d'adjudication sont sommairement motivées (ATA/1716/2019 du 26 novembre 2019 consid. 4b).

La recourante invoque en revanche le non-respect du principe de transparence (art. 1 al. 3 let. c AIMP) en raison de l'absence de tenue de procès-verbaux recensant les questions et les réponses fournies lors des séances du 8 juin 2018, de même qu'une violation du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. b et 11 let. a AIMP, ainsi que 16 RMP) au motif

que les comptes rendus des séances ne reprendraient pas de manière fidèle l'intégralité des échanges intervenus pendant 45 minutes pour chacun des soumissionnaires, avec les questions et réponses. À cela s'ajouterait que le compte rendu rédigé en lien avec la présentation de Protectas serait extrêmement succinct par rapport au compte rendu relatif à la présentation de SPS, ce qui rendrait impossible toute comparaison des points positifs (« forts ») et négatifs de chacune des deux offres.

Toutefois, les vices consistant en ce qu'en violation des ch. 11.4 et 11.5 du cahier de soumission, lesdits comptes rendus ne contiennent pas de signature des soumissionnaires, ni les questions de l'adjudicateur ni toutes les réponses des soumissionnaires, mais seulement les explications jugées utiles par celui-ci pour la compréhension de leurs offres respectives, ne sauraient être qualifiés de graves. Ce procédé ne porte en tant que tel pas atteinte aux principes de transparence et d'égalité de traitement, étant à cet égard relevé que les réponses aux questions ne pouvaient pas comprendre des modifications des offres (ch. 11.3 du cahier de soumission). Au demeurant, la recourante n'indique pas quelles questions et réponses particulières n'auraient à tort pas été reportées dans ces procès-verbaux. À réception de ces derniers en automne 2019, elle a pu faire valoir efficacement ses arguments à leur sujet, de sorte que ces vices de procédure ont en tout état de cause été réparés.

b. Par ailleurs, notamment sous l'angle du principe de transparence (art. 1 al. 3 let. c AIMP), rien n'interdit au pouvoir adjudicateur de procéder à une appréciation d'ensemble d'un critère, sans noter séparément chaque sous-critère ou élément d'appréciation.

Les développements ci-dessus relatifs au principe de la transparence exigent que la pondération des critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions soit énoncée dans l'appel d'offres et qu'elle soit maintenue au stade de l'évaluation puis de l'adjudication, ce qu'a en l'occurrence respecté en tous points la ville. Le Guide romand pour les marchés publics, annexe D (p. 1 et 2 ; version du 12 septembre 2008 ; publié sur internet sous « https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/dinf/sg-dinf/guide_romand/d_principes-base-procedures.pdf »), ne prévoit du reste pas d'exigences supplémentaires sur ce point. À cet égard, dans le cahier de soumission, la ville a décrit les différents critères au ch. 39, lesquels seraient notés selon le ch. 39.6, mais n'a jamais mentionné l'existence de sous-critères, mais plutôt celle d'éléments d'appréciation, sans laisser penser par une quelconque expression que ces derniers feraient l'objet de notes et/ou de pondérations particulières. Il ressort du reste 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 au dit ch. 39.1 n'étaient pas exhaustifs et qu'une pondération égale pour chacun de ces

trois éléments n'était pas exigée. Il en découlait une grande liberté pour la ville dans l'évaluation des critères.

C'est, partant, en vain que la recourante se plaint de n'avoir été informée de cette liberté que lors de l'entretien du 25 juin 2018, ainsi que d'un manque de traçabilité et de transparence.

Les vices de procédure consistant en les violations des ch. 11.4 et 11.5 du cahier de soumission par la ville n'impliquent nullement que celle-ci aurait changé la procédure ou ses attentes en cours de procédure, notamment sous l'angle du principe de la transparence. Au contraire, ses attentes ressortaient clairement et précisément des renseignements et documents requis dans le « formulaire d'offre B ».

c. Au regard de ces considérations, rien ne permet de retenir que la ville aurait violé le principe de renonciation à des rounds de négociation (art. 11 let. c AIMP et 18 RMP).

d. La décision d'adjudication notifiée à la recourante était accompagnée d'un récapitulatif général des cinq offres, qui permettait de comprendre que son offre était arrivée au second rang, en fonction d'une attribution de notes par critères.

Ensuite, lors d'une séance du 25 juin 2018, les représentants de la ville ont répondu à des questions de responsables de la recourante.

Compte tenu de la jurisprudence précitée, le droit de SPS à obtenir des explications sur les raisons du rejet de son offre a été satisfait.

Aucune violation du droit d'être entendu sous forme de manque de motivation de la décision attaquée ne saurait donc être retenue.

Par surabondance, même s'il avait été retenu, un tel vice aurait été réparé, la recourante ayant pu faire valoir efficacement ses griefs sur la base d'un dossier complet, y compris les tableaux d'évaluation, selon la décision sur consultation des pièces du 29 août 2019.

- 6) a. Pour ce qui est des griefs de la recourante qui concernent l'appréciation par la ville du critère « qualité », lequel n'a pas fait l'objet de notes par sous-critères mais d'une note globale prenant en compte notamment des commentaires pour les éléments d'appréciation, la recourante fait tout d'abord des remarques sur l'évaluation par la ville de ses références – premier élément d'appréciation figurant dans les tableaux d'évaluation – et de celles de Protectas.

Comme requis au ch. 4.1 du « formulaire d'offre B » - à remplir par les candidats –, les soumissionnaires devaient « indiquer 3 références en rapport avec le type de marché à exécuter, en termes d'objet, de complexité et d'importance

dont : 2 relatives aux rondes de surveillance ; 1 relative à la gestion des parkings. L'autorité adjudicatrice se [réservait] le droit de contacter et d'auditionner les références annoncées. Si des prestations non mentionnées [avaient] été exécutées pour la Ville de Genève, l'autorité adjudicatrice se [réservait] le droit d'en tenir compte ».

Concernant les rondes de surveillance, SPS a indiqué une référence divisée en trois mandats dont un pour la Gérance immobilière municipale (ci-après : GIM) et deux pour la ville pour CHF 330'000.- HT, CHF 150'000.- HT et CHF 130'000.- HT par an et une autre de la Fondation des parkings pour un montant annuel de CHF 1'100'000.- HT ; Protectas a présenté une référence de la commune de Meyrin pour un montant annuel de CHF 142'000.- HT et une autre de la commune de Chêne-Bougeries pour CHF 55'000.- HT. S'agissant de la gestion des parkings, SPS a proposé une référence divisée en trois mandats pour des régies ou sociétés de location de biens fonciers différentes pour CHF 55'000.- HT, CHF 35'000.- HT et CHF 16'000.- HT par an, Protectas une référence de la ville pour CHF 156'000.- HT.

Dans son tableau d'évaluation des offres concernant SPS, la ville a noté, sous « désavantages », que, s'agissant de la référence 1, la GIM n'était pas satisfaite, qu'il y avait un problème de communication et un manque de proactivité, et que la référence 3 portait sur de petits marchés, tandis que sous « avantages », la référence 2 était « dans le marché » et la Fondation des parkings était satisfaite selon appel du 7 juin 2018. Pour Protectas, elle a mentionné, sous « désavantages », que la référence afférente à la commune de Meyrin n'était pas en rapport avec les prestations et que celle relative à la commune de Chêne-Bougeries était « OK » mais avec une « lettre de recommandation 'globalement réalisé' », tandis que, sous « avantages », la ville était globalement satisfaite.

b. Selon la recourante, la ville a souligné la faible valeur des marchés visés par sa référence 3 mais non le bas montant des deux premières références de Protectas, en particulier la deuxième.

Cela étant, ces remarques et le fait que l'un des « petits marchés » de la référence 3 de SPS n'était pas d'un montant plus faible que celui de la référence 2 de Protectas ne permettent pas de supposer une éventuelle inégalité de traitement de la part de la ville pour l'évaluation des références.

À la lecture des observations finales de la ville, il apparaît que l'insatisfaction de la GIM, qui est liée à celle-ci, par rapport aux prestations fournies jusqu'alors par la recourante a fortement été prise en considération en défaveur de l'appréciation des références de cette dernière, tandis qu'il n'y a pas eu d'insatisfaction d'un client de Protectas mais au contraire notamment une satisfaction globale de la ville, au grand avantage de cette dernière société.

On ne voit dès lors pas d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur sur ce point.

- 7) a. Concernant l'élément d'appréciation « organisation mise en place pour la surveillance des immeubles », la ville a noté, dans le tableau d'évaluation de l'offre de SPS, sous « désavantages » : « Remontée des opérateurs à la centrale qui saisit les rapports (pas en temps réel) » et « Équipe basée à Meyrin pour remettre les clés » ; il n'y a pas de commentaires dans la colonne « avantages ». Pour Protectas, la ville a commenté, sous « désavantages », « 48 heures pour modifier de ronde = long » et, sous « avantages », « Pour le zone (sic) gestion pkg + surveillance, les agents sont formés sur 2 domaines ».
- b. À teneur de la réponse (allégué 29) et des observations finales de la ville, SPS, dans la description de son organisation, indiquait uniquement que six agents étaient dédiés à la mission et qu'un logiciel de planification gèrerait la gestion des rondes ; aucun descriptif détaillé de la répartition des agents et de la stratégie de planification n'était communiqué ; l'offre ne répondait pas sur ce point aux attentes de la ville.

Cela étant, il ne ressort pas des renseignements requis par la ville sous ch. 4.2.2 du « formulaire d'offre B » (« organisation spécifique pour la surveillance dans les immeubles et les parkings »), let. a (« rondes de surveillance »), qu'un descriptif détaillé de la répartition des agents et de la stratégie de planification devait être présenté.

c. Toujours selon la réponse (allégué 29) et les observations finales de la ville – ch. 4.2.2. let. c (« interventions sur appel ») du « formulaire d'offre B » –, dans le cas des interventions sur appel qui nécessitaient une intervention dans les 10 minutes, SPS ne proposait pas une solution permettant d'avoir des agents en mesure d'intervenir, puisque non munis de clés des immeubles, dans le délai imparti ; toutes les clés seraient en effet stockées sur le site unique de cette société à Meyrin et l'accès aux immeubles concernés était difficile ; à cela s'ajoutait qu'une seule équipe serait basée à Meyrin pour ce genre de cas, équipe qui pourrait d'ores et déjà être engagée sur un autre site ; aucune solution, telle que la centralisation des clés sur divers sites stratégiques ou l'utilisation de tubes à clés à sceller sur les sites, n'était proposée par SPS ; l'offre de cette dernière sur ce point n'était ainsi pas satisfaisante et présentait potentiellement un danger pour les collaborateurs qui sollicitaient une intervention en cas d'urgence.

L'argument de la recourante selon lequel, conformément au contenu de son « chapitre 9 onglet 6 », le délai, rapide, d'intervention de 10 minutes en moyenne était garanti tout en sachant l'absence de priorité des véhicules des patrouilleurs et le respect dû à la loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (LCR - RS 741.01) – comme garanti également dans l'offre de Protectas – n'est pas pertinent.

En effet, même si l'on ignore sur quelle base l'offre de SPS présenterait potentiellement un danger pour ses propres collaborateurs, le grief principal de la ville à l'encontre de l'offre de celle-ci porte sur la difficulté et le temps important pris pour faire parvenir les clés du bâtiment concerné sur le lieu d'intervention.

Concernant les clés, l'offre de la recourante prévoit que la patrouille la plus proche du site concerné interviendrait sans attendre, tandis que, parallèlement, l'équipe basée à Meyrin s'y rendrait également, avec les clés. Or Meyrin peut être fort éloignée de l'un des sites d'intervention à l'autre extrémité de la ville. Sur ce point et indépendamment du nombre d'équipes disponibles en cas d'alarme pour chacune des deux soumissionnaires, l'offre de Protectas offre, objectivement, une solution plus avantageuse et efficace, en ce sens que les clés des sites seraient réparties parmi trois de ses succursales à Genève, dans trois quartiers éloignés les uns des autres (proches de la Jonction pour l'une, des Eaux-Vives et de Champel pour une autre, sur la rive droite pour la troisième).

Fait donc défaut un abus ou excès du pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur sur ce point.

d. Il n'apparaît pas choquant que la ville n'ait pas relevé que SPS affecterait six agents pour le marché en cause, un de plus que Protectas.

e. Dans ses observations finales, la recourante se contente de contester, sans motivation, l'allégué 30 de la ville, en lien avec le document requis au ch. 4.2.2 let. a « le système permettant le lien entre les constats des agent-e-s et l'application », à teneur duquel l'offre de celle-ci présentait l'inconvénient que les constats d'infraction se faisaient manuellement sans être saisis sur une application, d'où un risque d'erreur dans les saisies de constats dans la base et un report de prise de connaissance par la ville.

Il ressort du tableau d'évaluation que le désavantage du système proposé par SPS sur ce point consiste en l'absence de communication en temps réel à la ville des constats des agents.

f. La recourante fait valoir les avantages suivants de son offre par rapport à celle de Protectas : relativement au « délai d'annonce pour une modification de ronde » sous ch. 4.2.2 let. a du « formulaire d'offre B », « 3 heures pour une modification de rondes et un mois pour une suppression définitive de rondes ou de sites », contre 48 heures ouvrables pour Protectas ; concernant « le délai d'annonce pour l'organisation d'une opération spéciale » sous ch. 4.2.2 let. b, pour SPS, « le délai d'annonce pour 6 agents est de 6 heures. Au-delà, un délai de 24h00 est souhaité », alors que le délai d'annonce est de 48 heures dans l'offre de Protectas.

Cela étant, la ville a pris en compte, dans le tableau d'évaluation, comme désavantage de l'offre de Protectas, la trop longue durée du délai d'annonce pour une modification de ronde. Elle a toutefois compensé, à tout le moins en partie, ce désavantage par l'avantage consistant dans la formation des agents de Protectas aux deux domaines que sont la gestion des parkings et la surveillance. L'existence et la mention dans le tableau d'évaluation du désavantage de l'offre de Protectas afférent au délai d'annonce pour une modification de ronde n'exigeaient pas forcément la mention d'un délai court pour l'offre de SPS sous « avantages » dans le tableau d'évaluation la concernant.

Compte tenu notamment de la grande liberté d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur – qui est bien plus importante pour des services incluant entre autres des relations interpersonnelles comme ici que pour d'autres marchés comme par exemple ceux des biens largement standardisés (art. 43 al. 5 RMP a contrario) –, aucune conclusion déterminante pour la notation du critère « qualité » ne peut être tirée de l'absence dans les tableaux d'évaluation d'un avantage de l'offre de SPS, respectivement d'un désavantage de celle de Protectas s'agissant du délai d'annonce pour l'organisation d'une opération spéciale.

g. L'ensemble de ces points ne laissent pas apparaître une violation par la ville de principes du droit, en particulier en matière de marchés publics, notamment les principes de transparence et d'égalité de traitement, ni une partialité.

- 8) Comme le relève la recourante et sans que cela soit contesté par les autres parties, aucune des deux offres n'apparaît présenter un avantage ou désavantage particulier par rapport à l'autre concernant l'organisation relative aux rondes de contrôle de stationnement (ch. 4.2.3 let. b du « formulaire d'offre B »).

À cet égard, la ville, dans le tableau d'évaluation, a mentionné un désavantage et un avantage pour SPS, et aucun commentaire pour Protectas.

- 9) S'agissant de l'élément d'appréciation « application » (toujours dans le critère « qualité »), la ville a indiqué pour l'offre de SPS, sous « désavantages », « Mise en production depuis environ 8 mois chez client », « Constats à la main déposés sur pare-brise », « Pas de gestion des dates de validité des baux et de l'historique des plaques », « État locatif en PDF sur smartphone de l'agent » et « NB général : Attitude peu rassurante du CEO durant la présentation », et, sous « avantages », « Statistiques en direct ». Pour l'offre de Protectas, elle n'a rien relevé comme « désavantages », et, sous « avantages », elle a écrit « Un SupperUser gère l'ensemble des accès VdG », « Répond totalement au besoin » et « déjà en fonctionnement chez divers clients dont VdG ».

Les « désavantages » susmentionnés afférents à l'offre de la recourante correspondent, comme elle le relève, au contenu du compte rendu de la séance du 8 juin 2018 sauf l'« État locatif en PDF sur smartphone de l'agent » et

« NB général : Attitude peu rassurante du CEO durant la présentation ». Les « avantages » relatifs à l'offre de Protectas correspondent pour l'essentiel au texte du compte rendu de séance la concernant.

Cela étant, la recourante ne conteste pas précisément ces constatations et commentaires ni n'expose en quoi ils violeraient des obligations de la ville et des principes découlant notamment du droit des marchés publics.

En outre, comme énoncé plus haut, le fait que lesdits comptes rendus ne contiennent pas les questions de l'adjudicateur ni toutes les réponses des soumissionnaires, mais seulement les explications jugées utiles par la ville pour la compréhension de leurs offres respectives, ne porte en tant que tel pas atteinte aux principes de transparence et d'égalité de traitement.

Enfin, rien ne permet de penser que la mention, sous « désavantages » dans le tableau d'évaluation de l'offre de Protectas, de la phrase « À l'heure actuelle, pas possible de faire le lien entre les rondes et la facture au moyen du programme, il faut le faire à la main » figurant dans le compte rendu de la séance du 8 juin 2018 aurait eu une quelconque influence sur l'appréciation et la notation des offres par la ville, ce point ne pouvant pas être considéré comme manifestement important.

Les griefs afférents aux « applications » sont donc écartés.

- 10) En définitive, les griefs de la recourante ne permettent pas de retenir que la ville, dans le cadre de la grande liberté d'appréciation dont elle dispose, aurait excédé ou abusé de son pouvoir ou violé des principes du droit, notamment des marchés publics, en attribuant, pour le critère « qualité », la note 4 (« bon et avantageux ») à Protectas et la note 2,5 à SPS (entre « partiellement suffisant » et « suffisant »), ni qu'elle n'aurait pas adjugé le marché à la soumissionnaire ayant déposé l'offre économiquement la plus avantageuse (présentant le meilleur rapport qualité/prix ; art. 43 al. 3 1^{ère} phr. RMP). Il ressort des considérants qui précèdent qu'à tout le moins l'insatisfaction de la GIM par rapport aux services fournis par la recourante et le reproche afférent aux clés ont particulièrement pesé dans la balance en défaveur de celle-ci, alors que l'offre de Protectas lui convenait particulièrement bien, notamment par rapport aux applications utilisées par cette société.

La décision d'adjudication querellée étant conforme au droit, notamment aux principes de transparence (art. 1 al. 3 let. c AIMP et 24 RMP), d'égalité de traitement des soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. b et 11 let. a AIMP, ainsi que 16 RMP), de renonciation à des rounds de négociation (art. 11 let. c AIMP et 18 RMP) et d'utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 3 let. d AIMP), le recours sera rejeté.

- 11) Vu l'issue du litige et compte tenu du prononcé de décision sur effet suspensif ainsi que de l'ampleur du travail requis, un émolument de CHF 1'700.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée à Protectas, qui y a conclu et dont les conseils constitués en cours de procédure n'ont pas rédigé d'écriture circonstanciée mais se sont occupés de la question de la consultation des pièces, à la charge de la recourante (art. 87 al. 2 LPA). En revanche, aucune indemnité de procédure ne sera allouée à la ville qui y a également conclu mais dispose de son propre service juridique et est donc apte à procéder par elle-même (ATA/492/2018 du 22 mai 2018 consid. 18).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le 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 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de SPS Service Privé de Sécurité SA un émolument de CHF 1'700.- ;

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

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure à la Ville de Genève ;

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 Nicola Meier, avocat de la recourante, à Mes Robert et Frédéric Hensler, avocats de Protectas SA, à Me Michel D'Alessandri, avocat de la Ville de Genève - centrale municipale d'achat et d'impression, ainsi qu'à la commission fédérale de la concurrence (COMCO).

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, M. Thélin, Mme Krauskopf, M. Pagan, Mme Cuendet, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :