

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/325/2015-MARPU

ATA/254/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 22 mars 2016

dans la cause

SPS SERVICE PRIVÉ DE SÉCURITÉ SA

représentée par Me Nicola Meier, avocat

contre

AÉROPORT INTERNATIONAL DE GENÈVE

EN FAIT

1. SPS Service Privé de Sécurité S.A. (ci-après : SPS) a pour but l'activité dans le domaine de la protection des personnes et des biens, notamment l'exploitation d'une agence de sécurité privée. Elle a été mandatée en 2009 par l'Aéroport International de Genève (ci-après : Genève Aéroport, AIG ou l'aéroport) pour exécuter différentes missions dans le but d'assurer la sécurité et l'accueil des passagers.
2. Le 28 juin 2010, l'AIG a fait savoir à SPS qu'il mettait fin au contrat précité, souhaitant soumettre cette prestation de sécurité à une procédure de marché public.

Selon ce courrier, la résiliation prenait effet au 30 avril 2011. Elle a été reportée, à deux reprises. Le contrat a finalement pris fin le 31 octobre 2011.
3. Une première procédure d'appel d'offres, lancée en 2010, a été interrompue par décision de l'AIG du 23 mai 2011.
4. Le 27 juin 2011, l'AIG a fait paraître un deuxième appel d'offres, en procédure ouverte, pour lequel SPS a soumissionné.
5. Par pli recommandé du 30 août 2011, AIG a informé SPS que le marché concerné était adjugé à ISS Facility Services S.A. (ci-après : ISS). SPS avait été classée au cinquième rang sur les six offres évaluées.
6. Le 12 septembre 2011, SPS a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision d'adjudication du 30 août 2011, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif à son recours sans qu'elle ait à fournir des sûretés. Sur le fond, la chambre administrative devait constater l'illicéité de la décision du 30 août 2011, laquelle devait être annulée, la cause devant être renvoyée au pouvoir adjudicateur.
7. Par décision présidentielle du 28 septembre 2011, la chambre administrative a rejeté la demande d'effet suspensif (ATA/614/2011).
8. Le 30 septembre 2011, SPS a déposé des observations complémentaires sur effet suspensif, suite à la réponse de Genève Aéroport.
9. Le 3 octobre 2011, l'AIG a conclu avec ISS le contrat portant sur le marché, objet de l'adjudication querellée. Le contrat devait arriver à échéance le 31 octobre 2014.

Le tarif horaire convenu s'élevait à CHF 44.80 pour un volume global d'heures à prester d'environ quatre-vingt-cinq mille heures par année.

10. Par acte du 4 octobre 2011, SPS a déposé un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire auprès du Tribunal fédéral contre la décision présidentielle du 28 septembre 2011.
11. Par ordonnance présidentielle du 7 octobre 2011, le Tribunal fédéral a informé les parties que, jusqu'à décision sur la requête d'effet suspensif, aucune mesure d'exécution de la décision attaquée ne pourrait être prise.
12. Par ordonnance du 21 octobre 2011, le Tribunal fédéral a rejeté la requête d'effet suspensif formée par SPS.
13. Par arrêt du 5 janvier 2012 (2C_811/2011), le Tribunal fédéral a déclaré les recours de SPS irrecevables.
14. Le 17 décembre 2012, d'entente entre les parties et l'adjudicataire, la version intégrale du contrat d'adjudication conclu le 3 octobre 2011 a été versée à la procédure devant la chambre de céans.
15. Par arrêt du 14 janvier 2014, la chambre administrative a rejeté le recours de SPS (ATA/20/2014).

Les notes obtenues par SPS correspondaient au barème des notes applicables à tous les soumissionnaires. Elle ne démontrait pas avoir été traitée différemment par rapport à ses concurrents. Il ne pouvait pas être reproché à Genève Aéroport d'avoir favorisé un candidat par une trop grande importance accordée à certains sous-critères. La recourante ne faisait que substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur.

16. SPS a interjeté des recours en matière de droit public et constitutionnel devant le Tribunal fédéral contre l'arrêt du 14 janvier 2014 (cause 2C_203/2014).
17. Le 29 juillet 2014, l'AIG a fait paraître un nouvel appel d'offres, en procédure ouverte, intitulé « Accueil Passagers à la Sûreté de Genève Aéroport ». La procédure était soumise aux accords internationaux sur les marchés publics.

Il s'agissait de « fournir à Genève Aéroport pour une période maximale de cinq ans, contre une rémunération, suffisamment de personnel qualifié pour exécuter des tâches d'accueil et d'information aux passagers, ce afin de les faire passer au mieux les contrôle de sûreté de Genève Aéroport ».

Le délai de clôture pour le dépôt des offres venait à échéance le 29 septembre 2014 à 12h00.

Parmi les six critères décrits, celui des « finances » représentait le 30 % de l'évaluation finale. Il était divisé en deux sous-critères, « tarif » et « rabais volume », respectivement pondérés à 20 et 10 %.

18. À une date non précisée dans le dossier, SPS a soumissionné. Conformément au cahier des charges, il a précisé, sur l'annexe A, le tarif horaire hors taxes, qu'il proposait pour chacune des cinq années, soit respectivement CHF 44.40 pour les deux premières, CHF 45.05 pour les troisième et quatrième et CHF 45.75 pour la cinquième.

La moyenne s'élevait en conséquence à CHF 44.93.

L'annexe B exposait l'offre d'un prix horaire diminué, compte tenu d'un « rabais volume », soit CHF 44.00 au-delà de 140'001 heures, CHF 43.65 dès 145'001 heures, CHF 43.25 dès 150'001 heures, CHF 42.90 dès 155'001 heures et CHF 42.50 dès 160'000 heures.

19. Le 29 septembre 2014, lors de l'ouverture des offres, l'AIG a constaté que trois soumissionnaires, dont SPS, ne remplissaient pas les critères de participation. Conformément aux conditions administratives de l'appel d'offres, un délai formel leur a été imparti au 17 octobre 2014 à 12h00, afin qu'ils fassent parvenir à l'aéroport les attestations manquantes.

20. Toutes les attestations requises ont été reçues le 17 octobre 2014.

Sur les six offres, les tarifs horaires proposés, pour une fourchette d'heures annuelles comprises entre 0 et 140'000, s'échelonnaient entre CHF 37.158 [sic], suivis de CHF 44.73, CHF 44.84, CHF 44.93, CHF 45.26 et CHF 46.90.

21. Par décision du 19 janvier 2015, adressée aux soumissionnaires, l'AIG a décidé d'interrompre la procédure d'adjudication : « les offres remises ne sont en effet pas satisfaisantes, notamment d'un point de vue commercial. En effet, nous nous attendions à ce que l'exécution du marché sur cinq ans soit plus attractive par rapport au marché actuel, ce qui n'est pas le cas. Ce résultat ne correspondant pas à nos besoins, nous souhaitons mener une réflexion approfondie sur l'organisation de cette prestation au sein de Genève Aéroport, en particulier sur une éventuelle internalisation de ce service. Cette étude pourra ainsi mener soit à une réorganisation complète de nos équipes, soit au lancement d'un nouvel appel d'offres, auquel vous auriez tout le loisir de participer ».

22. Le 29 janvier 2015, SPS a interpellé l'AIG pour connaître le montant des prestations facturées, au jour dit, pour le marché en question et pouvoir apprécier la décision d'interruption de la procédure.

23. Par courrier du 30 janvier 2015, l'AIG a répondu que le tarif horaire facturé par le prestataire s'élevait à CHF 44.80.

24. Le 30 janvier 2015, SPS a interjeté recours devant la chambre administrative. Il a conclu, préalablement, à ce que l'aéroport produise tout document relatif à la procédure d'appel d'offres, cela fait, à ce qu'un délai supplémentaire lui soit octroyé pour compléter ses écritures. Principalement, la chambre administrative devait dire et constater que la décision rendue par l'AIG le 19 janvier 2015 était illicite et, cela fait, annuler la décision litigieuse, ordonner à l'aéroport de poursuivre la procédure d'adjudication et adjuger le marché à SPS. Une indemnité équitable pour les dépens occasionnés devait être allouée à la société recourante. Subsidiairement, après avoir constaté que la décision litigieuse était illicite, la chambre administrative devait allouer un montant équitable à SPS au titre de dommages et intérêts et l'autoriser à chiffrer son dommage en conséquence, le tout sous suite « d'indemnité équitable pour les dépens ».

L'offre soumise par SPS ne dépassait pas, sous l'angle des tarifs horaire, le prix payé par l'AIG. L'offre de SPS était même plus avantageuse durant les deux premières années puisqu'elle avait offert CHF 44.40. À cela s'ajoutait le rabais volume proposé par SPS. « Même en tenant compte des tarifs pour les trois années suivantes, la différence en regard du prix actuellement payé par l'AIG est minime (2 %) et n'atteint manifestement [pas] les limites, au sens de la jurisprudence, pour justifier une interruption de procédure ». Les conditions d'une interruption n'étant pas remplies, la décision devait être annulée.

25. Par réponse du 4 mars 2015, l'aéroport a conclu à l'irrecevabilité de la conclusion de SPS visant à adjuger à celle-ci le marché. Au fond, le recours devait être rejeté, dans la mesure où il était recevable et la décision d'interruption de procédure d'adjudication devait être confirmée. Les conclusions étaient prises sous suite de frais et dépens.

L'AIG souhaitait que le tarif horaire pour l'exécution du marché sur cinq ans soit moins élevé que celui en vigueur pour le marché passé sur trois ans, ce notamment en raison du fait que son besoin, en termes de volume global de prestations, avait considérablement augmenté, passant de quatre-vingt-cinq mille heures par année selon le contrat du 3 octobre 2011 à cent trente-sept mille cents heures par année au moment de l'établissement de l'appel d'offres. Pour cette raison, l'AIG avait mis la pondération la plus importante sur le critère du prix et au maximum de la recommandation établie par le Guide romand des marchés publics pour un marché de service de ce niveau de complexité. Il s'attendait légitimement à ce que l'exécution du marché sur cinq ans aboutisse, conformément au principe de l'économie d'échelle, à un tarif sensiblement plus attractif que celui qu'il déboursait actuellement.

L'AIG avait budgété, pour l'année 2015, CHF 6'120'000.- correspondant au tarif horaire déboursé les années précédentes, soit CHF 44.80 pour un volume global de cent trente-sept mille nonante-sept heures par année. Bien que le contrat avec ISS prévoyait que le tarif horaire puisse être adapté à l'indice suisse des prix

à la consommation, il n'avait pas été modifié. Son terme avait été repoussé au 31 mai 2015.

À l'ouverture des offres, l'AIG avait constaté que les coûts liés à l'exécution de ce marché seraient bien plus importants que ceux envisagés. Il n'était donc pas en mesure de continuer la procédure d'appel d'offres et devait redéfinir son besoin. Il devait étudier le coût d'une internalisation du service d'accueil des passagers à la sûreté, étude pouvant potentiellement mener à une réorganisation complète des équipes de l'AIG ou au lancement d'un nouvel appel d'offres.

26. Le 17 avril 2015, SPS a répliqué, complété son recours et déposé une requête de mesures provisionnelles.

Sur mesures provisionnelles, la chambre administrative devait constater l'illicéité du marché passé de facto entre l'aéroport et ISS, et cela fait, ordonner à l'aéroport de lancer un appel d'offres pour le marché en question dans les plus brefs délais, mais à tout le moins avant le 31 mai 2015, date d'échéance du contrat en cours. Le dommage subi par SPS devait être réservé. Les conclusions étaient prises sous suite d'une indemnité équitable pour les «dépens occasionnés».

La décision querellée revenait concrètement à prolonger pour une durée indéterminée le contrat conclu par l'intimé avec ISS, ce qui consacrait un contournement des dispositions légales réglementant la passation des marchés publics. L'AIG invoquait que le rabais proposé par la recourante sur les heures supplémentaires à prester était sans pertinence. Or, un dépassement des heures à prester apparaissait probable au vu des heures effectuées par ISS. Le rabais proposé par la recourante devait être pris en considération.

L'offre de la recourante prévoyait un tarif inférieur à celui en vigueur, pratiqué par ISS.

L'intimé avait déjà interrompu abruptement son appel d'offres en 2011 pour en modifier les critères, avant de le publier à nouveau. La pondération du critère financier de 40 % avait été diminuée à 15 % au motif que l'AIG avait mal évalué le nombre d'heures à prester et surévalué ses besoins. Or, le marché précédent, évalué à l'époque à quatre-vingt-cinq mille heures par an, avait en réalité porté sur cent trente-sept mille heures par an. La question se posait de savoir si le marché avait été volontairement sous-évalué de près de 70 %, ce qui, en termes de coûts, représentait une différence de plus de sept millions. Ce marché complémentaire avait de facto été soustrait aux règles des marchés publics et l'interruption antérieure apparaissait clairement avoir été justifiée à tort. La nouvelle décision d'interruption permettait à l'intimé de prolonger et d'attribuer de facto, une fois encore, le marché à la même entreprise.

Deux offres se situaient en-dessous des tarifs en vigueur. Ils permettaient à l'AIG de faire des économies. Pour ce seul motif, l'interruption de la procédure n'était pas fondée. Les offres supérieures l'étaient de peu. Selon la jurisprudence seul un dépassement considérable, à l'exemple de 61 %, permettait d'interrompre la procédure. L'intimé avait eu le loisir d'étudier une éventuelle internalisation dudit service avant de lancer un appel d'offres. L'étude d'une éventuelle réorganisation des services à l'interne risquait de durer.

27. Par réponse sur mesures provisionnelles du 6 mai 2015, l'aéroport a conclu, à la forme, à l'irrecevabilité des conclusions prises par SPS et, au fond, au rejet de celles-ci « sous suite de frais et dépens ».
28. Par courrier du 6 mai 2015, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur mesures provisionnelles.
29. Par arrêt du 9 mai 2015, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevables les recours en matière de droit public et constitutionnel interjetés par SPS contre l'arrêt de la chambre de céans du 14 janvier 2014 (2C_203/2014).
30. Par décision du 20 mai 2015, la présidence de la chambre administrative a rejeté la requête en mesures provisionnelles.

La recourante invoquait une urgence à statuer au vu de l'échéance au 31 mai 2015 du contrat entre ISS et l'aéroport. Or, SPS n'avait pas réagi au moment de la publication de l'appel d'offres du 29 juillet 2014, mentionnant que le contrat commencerait le 1^{er} juin 2015. Il lui aurait appartenu de recourir contre l'appel d'offres qui autorisait de facto la poursuite du contrat entre l'intimé et ISS au-delà de l'échéance contractuelle du 31 octobre 2014.

SPS n'avait pas réagi non plus le 31 octobre 2014, date à laquelle le contrat avec ISS devait prendre fin et où le contrat de facto avait effectivement débuté. Or, la recourante connaissait depuis 2011 cette échéance, mentionnée dans l'appel d'offres du 27 juin 2011 pour lequel elle avait soumissionné. Le contrat d'adjudication conclu le 3 octobre 2011 avait par ailleurs été versé à la procédure y relative devant la chambre de céans.

La conclusion sur mesures provisionnelles en constatation de l'illicéité du marché passé de facto était en conséquence à tout le moins tardive pour autant qu'elle soit recevable.

Mal fondée, la requête en mesures provisionnelles était rejetée dans la mesure où elle était recevable.

La question pouvait toutefois, *prima facie*, se poser de savoir dans quelle mesure l'art. 15 al. 3 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) trouvait application, ce qui aurait pour

corollaire l'obligation de publier la décision d'adjudication de gré à gré en application de l'art. 52 al. 3 RMP, le marché concerné apparaissant soumis aux traités internationaux et représentant plus de six millions annuels.

31. Lors de l'audience du 27 août 2015, l'AIG a précisé que les prix proposés par les soumissionnaires en cas de dépassement du nombre d'heures (annexe B) avaient été sans influence. Les soumissionnaires devaient comprendre de l'appel d'offres que le prix horaire était l'élément déterminant. Le processus ayant abouti à la décision d'interruption s'était avéré plus long que si l'AIG avait pu adjuger le marché puisqu'il avait été initialement prévu que l'adjudication puisse se faire le 15 novembre 2014. Cette prolongation était liée au fait que l'AIG avait, notamment, dû convoquer des entreprises pour obtenir des renseignements ce qui avait alourdi la procédure. La décision d'interrompre avait été prise par la direction générale de l'AIG in corpore, ce qui avait aussi contribué à compliquer le processus.

L'étude relative à l'éventuelle internalisation du service concerné était en cours. L'AIG avait finalisé l'analyse financière. Il avait fait une brève évaluation de l'encadrement nécessaire et des ressources humaines nécessaires. Financièrement, il y avait « une fenêtre d'opportunité ». Au plus bas de la fourchette, le coût reviendrait à 6 millions approximativement, soit l'équivalent du montant budgété actuellement et du contrat actuellement en cours avec ISS, lequel représente CHF 6'120'000 (montant budgété). Au plus haut, il s'élèverait à 6,7 millions environ. Il restait à l'AIG à analyser les questions opérationnelles, la planification de ses agents, l'impact de cette internalisation notamment. Le responsable du dossier, présent à l'audience, pensait être en mesure de donner son préavis à la direction générale de l'AIG d'ici la fin de l'année 2015.

Le contrat avec ISS était toujours en cours. L'AIG n'avait pas procédé à une publication pour l'octroi du marché de gré à gré. Le contrat avec ISS faisait état d'un coût de CHF 44.80 par heure. L'application d'un rabais volume avec le prestataire actuel devait être vérifiée. Il n'y avait pas eu d'augmentation de tarif depuis 2011. Le montant payé était globalement conforme à ce qui était budgété. En l'état, l'AIG n'avait pas résilié le contrat avec ISS.

L'AIG n'envisageait pas de publier la décision de prolongation du contrat en cours avec ISS, ni de faire un nouvel appel d'offres avant la finalisation de sa réflexion en cours. Il était toutefois possible qu'au moment où la direction générale se positionnerait sur le préavis du responsable du dossier, un nouvel appel d'offres soit effectué, peut-être pour une durée plus brève que cinq ans, peut-être aussi dans l'optique de finaliser plus encore leur réflexion si l'AIG devait arriver à conclure à une internalisation.

Lors de la présentation des résultats de l'appel d'offres à la direction générale, le responsable du dossier n'avait pas émis de préavis. Il n'avait fait que

présenter les résultats et répondre aux questions que les membres de la direction générale lui avaient posées. Leur analyse, au moment de la présentation, avait abouti à l'interruption de la procédure.

Une évaluation complète des six offres avait été effectuée. Ces résultats avaient été présentés à la direction générale, laquelle avait constaté que l'AIG n'allait pas pouvoir réaliser les économies d'échelle souhaitées. L'économie escomptée par l'AIG avec un appel d'offres sur cinq ans n'avait pas été chiffrée. En tous les cas, il était attendu que cela coûte moins cher que le coût actuel.

32. Le 4 septembre 2015, conformément à l'engagement pris en audience, l'AIG a produit la liste des personnes ayant participé à la décision litigieuse et celle des experts qui avaient analysé le dossier avant la présentation à la direction générale sans participer à la décision. Il a précisé que, dans le cadre du contrat du 3 octobre 2011 conclu entre l'AIG et ISS, l'AIG avait appliqué le rabais volume proposé par ISS à compter du mois de septembre 2014. Le prix horaire était passé de CHF 44.80 à CHF 43.90.

Le tableau des résultats de l'évaluation des soumissionnaires, anonymisé, était produit.

33. Le 6 octobre 2015, SPS a sollicité de pouvoir obtenir tout document qui commentait les notes attribuées aux soumissionnaires ou que l'AIG confirme qu'un tel document n'existait pas. Le tableau des résultats devait être fourni en laissant apparaître l'évaluation de SPS et d'ISS. Le caviardage ne pouvait intervenir qu'à l'égard des autres entreprises soumissionnaires. Les résultats de SPS et ISS, respectivement leur classement, étaient d'importance, eu égard aux conclusions prises ainsi qu'aux affirmations de l'AIG. SPS sollicitait un bref délai pour compléter ses observations après la production des éléments requis.

34. Par courrier du 12 octobre 2015, le juge délégué a sollicité de l'AIG qu'il précise, sur le tableau des résultats, les notes correspondant à SPS exclusivement et se détermine pour le surplus sur le contenu de la lettre précitée.

35. Le 27 octobre 2015, l'AIG a confirmé qu'il n'existait aucun document dans le dossier commentant les notes attribuées aux soumissionnaires. Était joint le tableau des résultats avec la mention des notes obtenues par SPS.

Il résultait dudit tableau que SPS avait été classé cinquième sur les six entreprises soumissionnaires.

36. Dans le délai qui lui avait été imparti, prolongé à sa demande, SPS a relevé qu'aucun rabais volume n'avait été sollicité, a fortiori octroyé entre octobre 2011 et septembre 2014 par la société ISS à l'AIG, en violation du contrat signé en son temps. En d'autres termes, alors même que l'AIG entendait se prévaloir à ce jour d'une problématique de coûts pour tenter de justifier l'interruption de son appel

d'offres, elle n'avait pas jugé utile de solliciter un rabais auquel elle était en droit de prétendre durant la durée du contrat initial de trois ans. De surcroît, rien ne venait expliquer, a fortiori justifier, qu'un pareil rabais soit octroyé, à teneur de la dernière détermination de l'AIG dès le mois de septembre 2014, sauf à entrevoir un accord passé de gré à gré, en marge de toutes les règles d'attribution des marchés publics, entre l'AIG et ISS pour la prolongation du contrat signé en 2011. Le marché de gré à gré, tacite, actuellement en cours entre l'AIG et ISS, ascendait à CHF 500'000.- par mois, soit à plus de CHF 6'000'000.- à ce jour. Point n'était besoin de souligner que ces montants étaient amplement au-delà de la valeur seuil imposant l'application des procédures ouvertes ou sélectives, ce qui n'avait été ni fait, ni même envisagé à ce jour par l'AIG. Ces méthodes, en marge des règles applicables et pour le moins obscures, devaient conduire à l'audition des personnes ayant participé à la réunion de la direction générale au cours de laquelle la décision d'interruption de la procédure avait été prise afin d'en éclaircir les contours. SPS sollicitait formellement l'audition des personnes mentionnées dans le courrier du 4 septembre 2015 de l'AIG. Pour le surplus, elle persistait dans ses conclusions.

37. Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Le marché public litigieux est notamment soumis à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), au RMP, à 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), ainsi qu'à la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

La chambre administrative est l'autorité compétente pour connaître des recours contre les décisions du pouvoir adjudicateur en matière de marchés publics (art. 3 L-AIMP ; 56 al. 1 RMP ; art 132 al. 1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05)).

Les art. 15 al. 1 et al. 1bis let. e AIMP et 55 let. c RMP disposent que la décision d'interruption d'une procédure d'adjudication d'un marché public peut faire l'objet d'un recours auprès de l'autorité juridictionnelle cantonale.

En vertu des art. 62 al. 1 let. b LPA, 15 al. 1 et 2 AIMP, 3 L-AIMP et 56 RMP, le recours est adressé à la chambre administrative dans les dix jours dès la notification de la décision.

2. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours de SPS du 30 janvier 2015 est recevable de ces points de vue.

3. a. Aux termes de l'art. 60 al. 1 LPA, ont qualité pour recourir les parties à la procédure ayant abouti à la décision attaquée (let. a), ainsi que toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (let. b). Les let. a et b de cette disposition doivent se lire en parallèle. Ainsi, le particulier qui ne peut faire valoir un intérêt digne de protection ne saurait être admis comme partie recourante, même s'il était partie à la procédure de première instance (ATA/1145/2015 précité consid. 3a ; ATA/65/2015 du 13 janvier 2015 consid. 2b ; ATA/193/2013 du 26 mars 2013 consid. 2b).
- b. Selon la jurisprudence, le recourant doit avoir un intérêt pratique à l'admission du recours, soit que cette admission soit propre à lui procurer un avantage, de nature économique, matérielle ou idéale (ATF 138 II 162 consid. 2.1.2 p. 164 ; 137 II 30 consid. 2 p. 32 ss ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_152/2012 du 21 mai 2012 consid. 2.1 ; ATA/774/2015 du 28 juillet 2015 consid. 2a).
- c. Un intérêt digne de protection suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATF 138 II 42 consid. 1 p. 44 ; 137 I 23 consid. 1.3 p. 24 s ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_495/2014 du 23 février 2015 consid. 1.2). L'existence d'un intérêt actuel s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours (ATF 137 I 296 consid. 4.2 p. 299 ; 136 II 101 consid. 1.1 p. 103).
- d. Il est toutefois renoncé à l'exigence d'un intérêt actuel lorsque cette condition de recours fait obstacle au contrôle de la légalité d'un acte qui pourrait se reproduire en tout temps, dans des circonstances semblables et qui, en raison de sa brève durée ou de ses effets limités dans le temps, échapperait ainsi toujours à la censure de l'autorité de recours (ATF 139 I 206 consid. 1.1 p. 208 ; 136 II 101 consid. 1.1 p. 103 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_477/2012 du 27 mars 2013 consid. 2.3) ou lorsqu'une décision n'est pas susceptible de se renouveler mais que les intérêts des recourants sont particulièrement touchés avec des effets qui vont perdurer (ATF 136 II 101 consid. 1.1 p. 103 ; 135 I 79 consid. 1.1 p. 81). Cela étant, l'obligation d'entrer en matière sur un recours, dans certaines circonstances, nonobstant l'absence d'un intérêt actuel, ne saurait avoir pour effet de créer une voie de recours non prévue par le droit cantonal (ATF 135 I 79 consid. 1 p. 81 ; 131 II 361 consid. 1.2 p. 365 ; 128 II 34 consid. 1b p. 36 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_133/2009 du 4 juin 2009 consid. 3).
- e. En matière de marchés publics, l'intérêt actuel du soumissionnaire évincé est évident tant que le contrat n'est pas encore conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, car le recours lui permet d'obtenir la correction de la violation commise et la reprise du processus de passation. Mais il y a lieu d'admettre qu'un soumissionnaire évincé a aussi un intérêt actuel au recours lorsque le contrat est déjà conclu avec l'adjudicataire, voire exécuté, car il doit pouvoir obtenir une

constatation d'illicéité de la décision pour pouvoir agir en dommages-intérêts (ATF 137 II 313 consid. 1.2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_876/2014 du 4 septembre 2015 consid. 1.3.2 ; ATA/394/2015 du 28 avril 2015 ; ATA/681/2010 du 5 octobre 2010). L'art. 9 al. 3 de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1945 (LMI - RS 943.02) prévoit en effet expressément que si, en matière de marchés publics, un recours à l'échelon cantonal ou fédéral est fondé et qu'un contrat a déjà été passé avec le soumissionnaire, l'instance cantonale ou le Tribunal fédéral se borne à constater dans quelle mesure la décision contestée viole le droit fédéral (ATF 125 II 86 consid. 5b p. 96).

Pour le Tribunal fédéral, le soumissionnaire évincé dispose d'un intérêt juridique lorsqu'il avait, avant la conclusion du contrat des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours (ATF 141 II 14 consid. 4.6 p. 31 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2.1 et 2P.261/2002 du 8 août 2003).

Dans l'arrêt prononcé par le Tribunal fédéral le 9 mai 2015 précisément dans la cause qui opposait les mêmes parties (2C_203/2014), la haute cour a rappelé que la jurisprudence a retenu l'intérêt juridique du soumissionnaire évincé lorsque celui-ci avait été classé au deuxième rang derrière l'adjudicataire et qu'il aurait, en cas d'admission de son recours, disposé d'une réelle chance d'obtenir le marché (ATF 141 II 14 consid. 4.1 p. 27 ; arrêts du Tribunal fédéral 2D_39/2014 du 26 juillet 2014 consid. 1.1 ; 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 1.4.1). La jurisprudence a également admis cet intérêt par rapport au soumissionnaire qui, bien que classé en troisième position, était séparé du deuxième classé de quelques points seulement (arrêt du Tribunal fédéral 2D_50/2009 du 25 février 2010 consid. 4.1). A en revanche été nié l'intérêt juridique du soumissionnaire placé au quatrième rang qui exigeait l'exclusion du candidat retenu, dès lors que l'admission de sa conclusion n'aurait pas permis au recourant, en accédant au troisième rang, d'obtenir le marché à la place de l'adjudicataire (arrêt du Tribunal fédéral 2D_74/2010 du 31 mai 2011 consid. 1.3), excepté si l'écart relatif tout comme absolu entre l'adjudicataire et le soumissionnaire évincé s'était révélé comme minime (arrêt du Tribunal fédéral 2D_49/2011 du 25 septembre 2012 consid. 1.3.2).

f. Le cas d'une procédure définitivement interrompue doit être traité par analogie comme un contrat conclu, l'autorité de recours constate l'illicéité de la décision lorsque le recours est fondé. Cette décision ouvre la voie à une demande de dédommagement (ATF 141 II 353 ; ATF 134 II 192 consid. 2.3 p. 199 = SJ 2009 I 197, p. 203 ; arrêt du Tribunal fédéral du 10 décembre 2015 cause 2D_43/2015 consid. 1.3.2 et les références citées ; ATA/1056/2015 du 6 octobre 2015 consid. 3d ; Dominik KUONEN, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2005, p. 209).

4. En l'espèce, la recourante a été classée cinquième sur six soumissionnaires. Compte tenu de la jurisprudence précitée, singulièrement de l'arrêt du Tribunal fédéral du 9 mai 2015 susmentionné qui opposait les mêmes parties, la recourante n'a pas d'intérêt juridique au présent recours dès lors qu'elle ne disposait pas d'une réelle chance d'obtenir le marché. Elle ne le prétend d'ailleurs pas. Elle se trouve en effet largement distancée par les autres soumissionnaires dans le nombre de points obtenus. La recourante parvient à en cumuler 2,544 alors que les quatre premiers dépassent les 3 points, avec, respectivement, 3,037, 3,047, 3,200 et 3,442.

La recourante a obtenu une note globalement similaire aux autres soumissionnaires pour le premier sous-critère « tarif » (0,69) du critère « finances », les autres notes oscillant entre 0,64 et 0,70, à l'exception du sixième soumissionnaire qui obtient la note de 1,00. Le deuxième sous-critère « rabais volume » n'alloue de points qu'à trois soumissionnaires, dont SPS. Les points sont respectivement de 0,4 pour SPS et 0,4 et 0,3 pour les deux autres sociétés.

En conséquence, seuls trois soumissionnaires ont fait une offre complète pour le critère « finances ». Parmi eux, SPS et une autre société obtiennent 1,19 au total, le troisième soumissionnaire obtenant 1,00. Sur les deux sociétés les mieux notées, tant SPS que l'autre entreprise ont obtenu 0,69 au sous-critère « tarif ». Or, SPS a offert un tarif horaire moyen, sur les cinq années, de CHF 44.93, soit supérieur à celui actuel d'ISS, indépendamment du rabais volume convenu entre celle-ci et l'AIG et qui accentuerait encore la différence en défaveur de SPS. La deuxième société obtenant la même note de 0,69, son offre, s'avère aussi supérieure au tarif actuellement facturé à l'AIG.

Dès lors, à l'analyse de ce seul critère, l'insatisfaction de l'intimé qui s'attendait à ce que l'exécution du marché sur cinq ans soit plus attractive, en termes de coûts d'échelle, par rapport au marché actuel sur trois ans, s'avère fondée puisqu'il est établi que les soumissionnaires qui répondaient le mieux au premier critère « finances » offraient un tarif horaire moyen sur cinq ans plus élevé que le tarif en cours.

Par ailleurs, SPS a perdu des points sur tous les autres critères, terminant cinquième pour le critère « conduite et organisation du mandat » pondéré à 20 %, sixième pour celui « organisation d'entreprise », pondéré à 15 %, cinquième pour la « formation » représentant 15 %, cinquième aussi en matière de « ressources humaines », valant 10 % et finalement troisième pour le « divers », de 10 %.

La recourante ne disposant pas d'une réelle chance d'obtenir le marché, le recours doit en conséquence être déclaré irrecevable.

Il est cependant relevé qu'il n'est apparu que lors de l'audience de comparution personnelle des parties que l'intimé avait procédé à une évaluation

complète des résultats, sans s'arrêter au seul critère du prix comme semblaient l'indiquer tant ses écritures que la production du seul procès-verbal d'ouverture des offres. Le tableau des résultats n'a été produit qu'à la suite de l'audience. La recourante ne peut toutefois tirer profit de cet argument, celui-ci n'étant pas de nature à influencer sur son absence d'intérêt à recourir.

De même, le fait que l'AIG ait établi un tableau de résultats alors qu'il n'y était pas tenu pour prendre la décision d'interruption de la procédure est sans incidence dans l'analyse du cas d'espèce. La décision d'interrompre une procédure d'adjudication devant reposer sur des justes motifs ou raisons importantes (art. 13 al. 1 let. i AIMP et 47 RMP), la chambre de céans était tenue de réunir tous les renseignements nécessaires pour analyser si la condition précitée était réalisée (art. 20 LPA). Un examen minutieux des offres, et par voie de conséquence des chances de la recourante d'obtenir le marché concerné, s'avérait en tous les cas nécessaire dès lors que l'intimé fondait l'interruption querellée sur l'insuffisance des offres soumises.

5. La recourante aurait souhaité connaître le classement d'ISS lors de l'évaluation des résultats de la procédure interrompue. Cette question est toutefois sans pertinence compte tenu de ce qui précède.

De même, le recours étant irrecevable, il n'est pas nécessaire d'entendre les membres du conseil d'administration qui ont participé à la décision d'interrompre la procédure d'adjudication.

Enfin, les problématiques liées à l'exécution du contrat actuellement en cours entre l'intimée et une tierce société sont exorbitantes au présent litige.

6. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de SPS qui succombe. Aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 1 LPA).

Conformément à la jurisprudence (ATA/581/2013 du 3 septembre 2013) aucune indemnité de procédure ne sera allouée à l'AIG (art. 87 al. 2 LPA).

La LPA ne permettant pas de mettre à charge d'une partie obtenant gain de cause une indemnité de procédure en faveur de l'autre partie, il y sera renoncé quand bien même une telle indemnité se serait avérée fondée, compte tenu du fait que l'intimé n'a produit que tardivement dans la procédure des éléments déterminants pour l'issue du litige.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 30 janvier 2015 par SPS Service Privé de Sécurité SA contre la décision de l'Aéroport International de Genève du 19 janvier 2015 ;

met un émolument de CHF 1'000.-, à la charge de SPS Service Privé de Sécurité SA ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

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 ; et

s'il 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. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Nicola Meier, avocat du recourant ainsi qu'à l'Aéroport International de Genève et 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 :