

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4648/2019-MARPU

ATA/761/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 18 août 2020

dans la cause

STVS SA

représentée par Me Lorenz Ehrler, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DES BÂTIMENTS

et

ETAVIS TSA SA

EN FAIT

- 1) Le 6 décembre 2019, l'État de Genève, soit pour lui l'office cantonal des bâtiments (ci-après : OBA) a fait paraître sur le site Internet simap.ch un avis d'adjudication en procédure de gré à gré concernant un marché de travaux de construction (équipements à courant faible).

Le titre du marché était « Mise en place d'un VMS POC » (VMS = « Video Management System », système de gestion vidéo ; POC = « Proof of Concept », démonstration de faisabilité).

Le marché avait été adjugé le 29 novembre 2019 à Etavis TSA SA (ci-après : Etavis) à Lausanne, pour un prix de CHF 461'232.79 avec 7,7 % de taxe sur la valeur ajoutée. Le marché n'était pas soumis aux accords internationaux ; il était indiqué que « le présent appel d'offres [sic] peut faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif [sic] genevois dans un délai de 10 jours à compter de la date de publication ».

- 2) Par acte posté le 16 décembre 2019, STVS SA (ci-après : STVS) à Genève a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif au recours, et principalement à l'annulation de la décision attaquée, au renvoi de la cause à l'État de Genève pour nouvelle décision d'adjudication conforme à la procédure applicable en matière de marchés publics, à savoir une procédure ouverte ou sélective, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Le marché en cause dépassait les valeurs-seuils prévues par le règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) et permettant de procéder de gré à gré. Le pouvoir adjudicateur aurait donc dû passer par une procédure ouverte ou sélective. On pouvait en outre exclure l'existence d'une exception au sens de l'art. 15 al. 3 RMP, permettant de procéder de gré à gré à titre exceptionnel. Notamment, pour la mise en place d'un « VMS POC », aucune contrainte technique n'existait qui soit susceptible de restreindre le marché à un seul potentiel soumissionnaire. Quoi qu'il en soit, l'art. 52 al. 3 RMP imposait de justifier dans la publication de l'adjudication le motif ayant justifié le choix de la procédure de gré à gré, ce qui n'avait pas été fait.

Ne pas octroyer l'effet suspensif ferait perdre au recours son objet. De plus, il n'y avait pas d'intérêt pour l'État de Genève à ce que le marché soit conclu tout de suite ; en particulier, il était même dans son intérêt de ne pas conclure un contrat sur la base d'une décision visiblement viciée.

- 3) Le 7 janvier 2020, l'État de Genève, soit pour lui le département des infrastructures, a conclu au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif, précisant que selon lui le recours devait être déclaré irrecevable.

Réglementairement, la police était tenue d'équiper de caméras en nombre suffisant les locaux fréquentés par les personnes placées sous la garde de la police, ainsi que de garantir une conservation des images pendant cent jours au moins. Après plusieurs études, l'OBA avait décidé de faire un projet test (POC) afin notamment de vérifier la faisabilité technique de la conservation des images enregistrées pendant cent jours au moins et analyser les coûts d'un tel projet. Un projet de loi devrait ensuite être déposé pour l'obtention du crédit nécessaire à la mise en place des équipements pour la gestion de la vidéosurveillance dans tous les postes de police. Par ailleurs et afin d'uniformiser les installations et les équipements pour des questions d'efficacité technique, de formation et financières, la police souhaitait qu'il n'y ait qu'un seul système de gestion de la vidéosurveillance (VMS) pour toutes les centrales des postes de police, à savoir le G-SIM du fabricant Geutebrück.

Le but était que les enregistrements vidéos des différents postes de police soient développés sur le réseau existant et tous stockés dans un seul centre de données, déjà existant et situé dans le nouvel Hôtel de police (ci-après : NHP). L'enregistrement se ferait donc au NHP et permettrait d'étendre la solution à l'ensemble des postes de police, sur la même plateforme, moyennant l'augmentation de la capacité de calcul et de mémoire. En outre, l'avantage d'avoir un seul système du même fournisseur permettait aussi de sortir les informations avec le même type de fichiers, ce qui en facilitait le traitement par les utilisateurs.

La police utilisait par ailleurs déjà le système Geutebrück, dont elle connaissait le fonctionnement et les spécificités. Le traitement de plusieurs systèmes de gestion de vidéosurveillance serait aussi trop compliqué à gérer et à entretenir par la police, raison justifiant également le choix d'installer un seul système du même fournisseur dans les différents postes de police.

Dans un premier temps, il avait été décidé de tester la faisabilité du système dans deux postes de police, soit ceux de Plainpalais et de Carouge. Le 21 juin 2019, Etavis avait transmis une offre pour la mise en place test du système de gestion de la vidéosurveillance (VMS) de la marque Geutebrück dans ces deux postes de police, d'un montant de CHF 461'232.79 toutes taxes comprises (ci-après : TTC). L'offre avait été adressée à Kyos Sàrl (ci-après : Kyos), mandataire de l'État de Genève, pour le projet en cause.

En Suisse, seule l'entreprise Etavis était autorisée par le fabricant Geutebrück à vendre, installer et entretenir ses solutions. STVS ne pouvait dès lors pas livrer et installer les équipements objet du présent marché. L'OBA avait ainsi validé à l'interne son choix d'attribuer le marché par le biais d'une procédure

de gré à gré d'exception, conformément aux art. 15 al. 3 let. c et f RMP et, en date du 29 novembre 2019, adjugé le marché à Etavis.

- 4) Bien qu'invitée par le juge délégué à se déterminer sur le recours, Etavis ne s'est pas manifestée.
- 5) Le 20 janvier 2020, faisant usage de son droit à la réplique, STVS a persisté dans ses conclusions.

Elle distribuait les produits de trois entreprises figurant dans les dix leaders mondiaux de la vidéosurveillance, dont Geutebrück ne faisait d'ailleurs pas partie. Elle pouvait dès lors livrer, installer et entretenir pas moins de trois systèmes de gestion de la vidéosurveillance équivalents à ceux de la société Geutebrück, ainsi que le matériel (« hardware ») correspondant. Les postes de police de Chêne et de la Servette étaient du reste équipés de systèmes de vidéosurveillance Seetec Cayuga qu'elle avait installés et qu'elle entretenait. Actuellement, la police faisait recours à plusieurs fournisseurs et, partant, n'utilisait pas les systèmes Geutebrück de manière exclusive.

Dans l'offre d'Etavis, la plus grande partie du montant était dévolu au matériel, les coûts liés à l'achat du logiciel Geutebrück ne s'élevant, hors taxes, qu'à CHF 53'328.- sur un total de CHF 428'257.-.

Selon l'autorité adjudicatrice, dès lors que son désir était d'installer le logiciel Geutebrück et qu'Etavis bénéficiait d'une licence exclusive pour ce logiciel, aucun tiers n'était en mesure de satisfaire à ses besoins. Cette opinion ne pouvait être suivie. Contrairement à la jurisprudence ayant admis que l'administration fédérale pouvait prolonger les licences de ses postes informatiques en s'adressant directement à leur fournisseur, la police genevoise utilisait actuellement plusieurs systèmes, celui de Geutebrück n'étant installé que dans deux postes de police du canton. Le choix technologique n'avait donc pas encore été fait.

Or, l'art. 28 RMP prévoyait que l'objet d'un marché public devait être défini par les caractéristiques et spécifications techniques du produit ou du service à acquérir, et non par un fabricant, une marque ou un brevet. Si l'autorité adjudicatrice avait identifié l'objet du marché de manière conforme à cette prescription, plusieurs produits logiciels et donc plusieurs fournisseurs auraient été susceptibles de participer au marché, ce qui impliquait que la procédure de gré à gré n'était pas envisageable. En limitant l'objet du marché public au logiciel d'une seule marque, l'autorité adjudicatrice avait voulu éviter toute mise en concurrence, ce qui enfreignait la législation applicable. Le recours à l'exception de l'art. 15 al. 3 let. f RMP aurait été possible pour remplacer, compléter ou accroître l'équipement dans les deux postes où le logiciel Geutebrück était installé, mais tel n'était pas le cas en l'espèce.

- 6) Le 31 janvier 2020, l'OBA a déposé des observations, concluant au rejet du recours.

Kyos avait été mandatée pour l'établissement du cahier des charges répondant aux exigences posées au futur système du point de vue applicatif, technique et organisationnel. Le POC était fait sur deux postes de police, soit ceux de Plainpalais et de Carouge afin de vérifier la faisabilité technique et fonctionnelle et de chiffrer le coût du projet de stockage centralisé des données permettant la conservation des images enregistrées pendant cent jours au moins.

Les VMS devaient fonctionner en réseau, être accessibles par différents services avec des besoins différentes (administratif, police, justice, etc.) et être compatibles avec des installations existantes. Les postes de police actuellement équipés de vidéosurveillance, tels que ceux de la Servette et de Chêne avaient leur propre système VMS mais ne fonctionnaient pas en réseau. Le système devait également être capable d'évoluer en capacité pour accueillir des données de nouveaux sites. Pour le POC, la police avait demandé d'uniformiser les outils, que le système retenu soit le G-SIM de Geutebrück, dont Etavis était seule autorisée à vendre, installer et entretenir le produit par le fabricant. Cela avait motivé l'attribution du marché par le biais d'une procédure de gré à gré d'exception conformément aux art. 15 al. 3 let. c et f RMP.

Le recours était irrecevable, STVS ne possédant pas les facultés techniques, économiques et financières de réaliser le marché en question, la police ayant la volonté d'installer du matériel Geutebrück pour des questions d'uniformité, d'efficacité technique, de formation et financières.

L'absence de motivation plus détaillée dans la décision n'avait pas porté préjudice à la recourante, qui n'était de toute façon pas un soumissionnaire potentiel puisqu'elle ne pouvait pas fournir la prestation demandée. Si la chambre administrative devait estimer que le droit d'être entendu avait été violé en omettant de fournir une motivation plus détaillée justifiant le choix de la procédure de gré à gré d'exception, le vice aurait été réparé au cours de la procédure.

- 7) Le 3 février 2020, par décision sur effet suspensif, la présidence de la chambre administrative a accordé l'effet suspensif au recours et réservé le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond.

Prima facie et en l'état, la qualité pour recourir de la recourante était donnée et les chances de succès du recours apparaissaient bonnes, l'OBA n'ayant pas prouvé qu'une procédure de gré à gré exceptionnelle se justifiait.

- 8) Le 28 février 2020, lors d'une audience de comparution personnelle, l'OBA a précisé que le marché en cause s'inscrivait dans un très gros projet d'équipement

de vidéosurveillance dans les postes de police, lequel en était encore au stade embryonnaire. Le test pilote était nécessaire pour chiffrer le projet car un projet de loi devrait être déposé au Grand Conseil. Le but était également de permettre aux utilisateurs de tester le matériel et la solution retenue. Il ne s'agissait pas uniquement de la police mais également du Ministère public et de l'office cantonal de la détention. C'était dans ce cadre que la police avait demandé que ce soit la solution Geutebrück qui soit choisie, car il s'agissait d'un des systèmes déjà exploités, notamment à la centrale, et qui donnait satisfaction. Ce ne serait pas forcément le système qui serait choisi. Le test ne portait pas spécifiquement sur le logiciel, lequel était une interface permettant notamment d'interroger et de gérer les caméras mais sur l'ensemble du réseau de caméras. Le choix de la marque était plutôt fonctionnel que technique, c'était une demande de la police.

Il s'agissait de fabriquer un prototype pour la gestion de différents VMS. Un cahier des charges avec des exigences techniques avait été établi par un bureau d'ingénieurs. Le logiciel n'était dans ce système pas si important mais il devait pouvoir être compatible avec la plateforme dans son ensemble. Le choix du logiciel s'était fait sur une demande claire de la police.

Le représentant d'Etavis a précisé que la plateforme était le Data Center qui se trouverait au NHP à la Gravière. Il s'agissait du serveur, des moyens de stockage et de l'outil de communication entre ces différents éléments, auxquels il fallait ajouter les caméras qui étaient décentralisées. Geutebrück était un des VMS qui pouvait être reçu sur cette plateforme.

La police utilisait Geutebrück depuis dix ans et les droits d'accès étaient déjà mis en place. De plus, certaines fonctionnalités avaient également dicté le choix. Si une solution complètement nouvelle était adoptée, cela demanderait beaucoup de travail pour remettre en place cet aspect.

L'OBA a indiqué qu'une autre raison pour utiliser la procédure de gré à gré exceptionnelle était le fait qu'un seul intervenant était voulu pour ce test. Comme Etavis était désignée par rapport à l'exclusivité qu'elle possédait pour la distribution du logiciel, cela remplissait aussi ce réquisit.

- 9) Le 17 mars 2020, l'OBA a conclu à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet.

Il avait dû incorporer les demandes de la police dans son descriptif. Vu la complexité des interfaces entre les différents éléments du système, il avait souhaité confier l'ensemble des prestations à un seul intervenant. S'il avait confié séparément la fourniture des logiciels VMS G-SIM de l'entreprise Geutebrück à Etavis et le reste du marché à une autre entreprise, choisie à l'issue d'une procédure ouverte, il y aurait eu trop de risques en matière de dysfonctionnements, de compatibilité et de responsabilités.

En laissant aux soumissionnaires le choix de proposer un produit répondant aux spécificités techniques du cahier des charges, les utilisateurs n'auraient pas pu réaliser les tests de visionnage, d'extraction et de traitement des images dans de bonnes conditions. Le fait qu'il manquait des accès, que l'architecture n'était pas connue, qu'il aurait fallu prévoir des formations supplémentaires, étaient autant de complications qui auraient retardé l'avancement du projet.

- 10) Le 11 mai 2020 et le 8 juin 2020, à réception des observations de l'OBA du 17 mars 2020, la recourante a répliqué, persistant dans ses conclusions.

Elle avait déjà collaboré avec l'OBA dans le domaine de la vidéosurveillance et fourni et installé les équipements de vidéosurveillance dans les postes de police de Chêne et de Servette dans les années 2016 et 2017. Elle était donc apte à fournir les produits et services qui faisaient l'objet du marché litigieux. Elle pouvait fournir notamment les logiciels de trois leaders mondiaux dans le secteur des systèmes de vidéosurveillance.

Contrairement à ce que sous-entendait l'OBA, le logiciel Geutebrück n'était pas le seul à répondre en tous points aux besoins de la police et à avoir des droits d'accès déjà en place. Ainsi, par exemple le logiciel Seetec remplissait également ces exigences. En outre, elle produisait un relevé détaillé des exigences envers le système et du cahier des charges du projet dans lequel elle répondait à chacune des exigences en se référant au manuel administrateur du logiciel Milestone.

Les arguments soulevés concernant les alternatives étaient factices, car même si un logiciel jusqu'à maintenant inconnu de la police obtenait l'adjudication parce que faisant partie de l'offre la plus favorable économiquement, et qu'il fallait créer de nouveaux accès, cela ne représenterait pas une difficulté pour les opérateurs de la police. Ces éléments, contestés, auraient dû être pris en compte dans le cadre de l'examen des offres soumises en procédure ouverte plutôt qu'être utilisés comme prétexte pour exclure la mise en concurrence du marché.

Les seuils applicables à la procédure de gré à gré n'avaient pas été respectés et les exceptions n'étaient pas applicables.

- 11) Le 8 juin 2020, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue (art. 15 al. 1, 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) Il convient encore de déterminer si la recourante a qualité pour recourir. La qualité pour recourir en matière de marchés publics se définit en fonction des critères de l'art. 60 al. 1 let. a et b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), applicable sur renvoi de l'art. 3 al. 4 L-AIMP.

Pour le Tribunal fédéral, dans le cadre d'un recours contre une décision d'adjudication, 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2.1).

En l'espèce, la qualité pour recourir est étroitement liée au problème de fond qui se pose. En effet, dans la procédure de gré à gré, l'adjudicateur choisit la personne de l'adjudicataire en dehors de tout appel d'offres. Un concurrent potentiel ne peut donc pas exiger d'être inclus dans une telle procédure. Il ne peut contester une telle adjudication qu'en démontrant que le marché en cause devait faire l'objet d'une procédure ouverte. Une telle faculté n'est toutefois réservée qu'à celui qui établit qu'il aurait été en mesure de présenter une offre susceptible d'être retenue dans l'hypothèse d'une procédure ouverte ; il ne lui suffit donc pas de démontrer que le choix de l'adjudication de gré à gré était contraire au droit (ATF 141 II 307 consid. 6.3 ; 137 II 313 consid. 3.3.2 et 3.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_534/2011 du 23 février 2012 consid. 4.2).

L'adjudicateur est libre de spécifier ses besoins en tenant compte de la solution qu'il désire. Le caractère substituable doit être examiné en relation avec la prestation concrète. Celui qui veut offrir une prestation doit faire valoir qu'il offre une solution de rechange adéquate, tant du point de vue fonctionnel qu'économique (ATF 137 II 313 ; JdT 2012 I 20 consid. 3.6.1).

Il appartient donc à l'autorité d'examiner, pour déterminer la qualité pour recourir de ce soumissionnaire potentiel, si la restriction posée à l'objet du marché l'empêchant de soumissionner est ou non admissible (arrêt du Tribunal fédéral 2C_841/2016 du 25 août 2017 consid. 4.2).

- 3) Dans l'avis d'adjudication querellé, l'OBA a considéré que le marché public en cause était un marché de construction non soumis aux accords internationaux, sans développer plus avant ce point de vue dans ses écritures.

Au vu du montant adjugé, soit CHF 461'232.79 TTC, le marché est en tous les cas soumis à l'AIMP (art. 7 cum annexe II AIMP), et serait soumis aux accords internationaux si l'on considérait qu'il s'agit non pas d'un marché de construction – ce qui paraît faux s'agissant de l'acquisition, au premier chef, d'un logiciel de vidéosurveillance, sur lequel porte l'exclusivité alléguée fondant la procédure de gré à gré exceptionnelle – mais d'un marché de fournitures (art. 7 cum annexe I AIMP).

Il faut donc constater que le marché litigieux se situe au-dessus du seuil prévu par le RMP et qu'il est soumis aux traités internationaux (art. 8 al. 1 RMP). L'autorité adjudicatrice ne pouvait donc passer le marché de gré à gré qu'aux conditions de l'art. 15 al. 3 RMP, ce que l'OBA admet implicitement dans ses écritures.

- 4) Le marché peut être adjugé directement si un seul prestataire entre en considération en raison des particularités techniques ou artistiques du marché ou pour des motifs relevant du droit de la propriété intellectuelle (art. 15 al. 3 let. c RMP) ou encore si les prestations sont destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des prestations déjà fournies qui doivent être acquises auprès de l'adjudicataire initial, étant donné que la compatibilité avec du matériel ou des services existants ne peut être garantie que de cette façon (art. 15 al. 3 let. f RMP).

- 5) a. Selon l'art. VI ch. 3 de l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0.632.231.422), le pouvoir adjudicateur n'exigera ni ne mentionnera de marques de fabrique ou de commerce ou noms commerciaux, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines ou de producteurs ou fournisseurs déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que des termes tels que « ou l'équivalent » figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres. Aussi, afin d'éviter une trop grande restriction de la concurrence, le pouvoir adjudicateur ne doit, en principe, pas décrire les spécifications techniques attendues de manière si restrictive que seul un produit ou un soumissionnaire, voire un nombre limité d'entre eux, n'entrent en considération pour l'adjudication. Il convient au contraire de privilégier une description en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives, comme le requiert l'art. VI ch. 2 let. a AMP (arrêt du Tribunal administratif fédéral [ci-après : TAF] B-4743/2015 du 16 septembre 2015 consid. 5.1).

b. L'art. 28 al. 2 RMP, qui est quant à lui sans conteste applicable au présent marché public, ne prévoit pas autre chose : selon cette disposition, il ne doit pas

être mentionné de marques de fabrique ou de commerce, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origine ou de fabricants de produits ou de prestataires de services déterminés, à l'exception des cas où a) aucun autre moyen de description suffisamment précis ou intelligible n'existe ; et b) des termes tels que « ou équivalent » figurent dans les documents d'appel d'offres.

c. Pour invoquer la circonstance exceptionnelle pour des raisons techniques il est nécessaire d'établir l'existence de raisons « techniques », lesquelles correspondent à des spécifications techniques qui figureraient dans les documents de soumission si l'adjudicateur mettait le marché en concurrence. Il faut également qu'il n'y ait qu'un seul fournisseur apte à offrir la prestation recherchée, ce qui correspond à un monopole de fait fondé sur des raisons objectives (Manuel JAQUIER, *Le « gré à gré exceptionnel » dans les marchés publics : étude de droit suisse et européen*, 2018, n. 130 ss).

- 6) En l'espèce, la recourante vend des solutions de vidéosurveillance de différents fabricants, dont certaines équipent actuellement des postes de police genevois. Elle aurait donc la qualité pour recourir si les caractéristiques recherchées par le pouvoir adjudicateur pour le test de système de management de vidéosurveillance pouvaient être obtenues par le biais d'autres produits que ceux vendus sous la marque Geutebrück.

La question centrale du présent litige consiste donc à savoir si tel est le cas.

En l'espèce, l'OBA justifie l'exception dont il se prévaut par le fait que le système de gestion de la vidéosurveillance des postes de police doit être complété et agrandi afin de respecter la loi. Le système de gestion de la vidéosurveillance doit qui plus est être uniforme pour tous les postes de police dès lors que toutes les données seront stockées dans un seul Data Center situé dans le NHP. Il est en outre indispensable que ce système soit parfaitement compatible avec les installations existantes et qu'il permette de répondre aux exigences légales et permette une uniformité de tous les postes de police pour des questions d'efficacité technique, de formation et financières. Pour le test qu'il souhaite effectuer avec deux postes de police, la police avait expressément demandé que le logiciel retenu soit celui de l'entreprise Geutebrück. La seule entreprise habilitée à vendre, installer et entretenir des équipements de la marque Geutebrück en Suisse était Etavis. Les deux conditions des let. c et f de l'art. 15 al. 3 RMP étaient remplies.

Ce raisonnement est mis à mal par le fait, non contesté, que d'autres postes de police, notamment ceux de Chêne et Servette, sont équipés d'autres systèmes de vidéosurveillance, comme le système Seetec, distribué par la recourante. Il est donc établi que le système Geutebrück n'est pas utilisé de manière exclusive et que d'autres systèmes ont les fonctionnalités requises puisqu'ils sont déjà utilisés dans d'autres locaux. S'agissant des fonctionnalités nécessaires pour le test de

centralisation des données faisant l'objet du marché litigieux, l'OBA n'a pas fourni de spécifications puisqu'il a incorporé dans les exigences du projet l'utilisation du logiciel VMS G-SIM de l'entreprise Geutebrück dont Etavis détient l'autorisation de vente, d'installation et d'entretien.

Toutefois, l'OBA ne justifie ce choix que par une raison subjective, soit la volonté de la police. En effet, les raisons objectives alléguées, comme le fait que le logiciel soit connu des utilisateurs, qu'il réponde en tous points aux besoins, tant opérationnels que judiciaires, de ceux-ci, que les droits d'accès au logiciel soient déjà en place, tombent à faux, dans la mesure où d'autres logiciels ayant toutes ces caractéristiques sont également utilisés par la police, notamment l'un de ceux que propose la recourante.

- 7) La question de savoir si la preuve des conditions d'application de la circonstance exceptionnelle échoit à l'adjudicateur doit également être examinée. Dans une jurisprudence ayant fait débat, le Tribunal fédéral avait retenu – dans le cas de l'application de l'art. 13 al. 1 let. c de l'ordonnance fédérale sur les marchés publics, du 11 décembre 1995 (OMP - RS 172.056.11), dont la teneur est similaire à celle de l'art. 15 RMP – que cela reviendrait à exiger du pouvoir adjudicateur la preuve d'un fait négatif (ATF 137 II 313 consid. 3.5.2 = RDAF 2012 I 571, 574). Selon certains auteurs, ainsi que le TAF dans un arrêt postérieur, l'adjudicateur doit toutefois démontrer concrètement que son marché est empreint de spécificité(s) techniques(s) à ce point particulière(s), qu'il n'a pas d'autre choix que d'adjuger le marché au fournisseur sur lequel il a jeté son dévolu en dehors de toute mise en concurrence et donc démontrer qu'un seul opérateur économique est apte à réaliser le marché. En effet, s'agissant d'une exception, il appartient à l'adjudicateur de démontrer que les conditions en sont remplies. En outre, la définition choisie du marché ne doit pas conduire à une restriction de la concurrence, l'obligation de mise en concurrence commençant dès l'analyse du ou des besoins de l'entité contractante (ATAF B-1570/2015 du 7 octobre 2015 consid. 2.3 ; Manuel JAQUIER, op. cit., p. 122 et 123 n. 141 et p. 145 n. 174 ; Martin BEYELER, in DC 1/2016 p. 25 ; Claudia SCHNEIDER HEUSI/Laura MAZZARIELLO, Die freihändige Microsoft-Vergabe der Bundesverwaltung, in : Jusletter 23 mai 2011, p. 5).

En l'espèce, tout le raisonnement fait par l'adjudicateur repose sur l'affirmation que seul le logiciel de la marque Geutebrück remplit les exigences qui sont énumérées en détail. Or, l'OBA ne prouve pas cette allégation. Il n'est pas contesté que des postes de police sont équipés d'autres systèmes, notamment deux postes par un système fourni par la recourante, sans que l'OBA ait jugé utile de s'expliquer plus avant sur les exigences purement techniques qui auraient été posées par la police et lui imposant de recourir au logiciel Geutebrück.

L'OBA a seulement indiqué qu'il souhaitait unifier les systèmes de vidéosurveillance de la police – choix qui, a priori, lui appartient – et qu'il voulait

pour ce faire acquérir du matériel de la marque Geutebrück selon le souhait de la police. Ce faisant, il ne se conforme pas à l'art. 28 al. 2 RMP, n'ayant pas décrit les caractéristiques techniques qui feraient que seule cette solution de vidéosurveillance puisse entrer en ligne de compte.

Rien dans le dossier ne permet donc de retenir que le marché litigieux présente des caractéristiques qui pourraient imposer l'utilisation du logiciel Geutebrück au détriment d'autres logiciels VMS. La situation est notamment différente de celle jugée par les tribunaux zurichois dans laquelle il a été admis une adjudication de gré à gré d'un marché portant sur la maintenance et le développement d'un programme informatique utilisé par la police. Le prestataire actuel du marché avait développé le logiciel concerné et depuis plus de vingt ans, il s'occupait de sa maintenance et l'adaptait aux besoins des forces de l'ordre. Le fait de changer de fournisseur était aussi risqué sous l'angle de la fiabilité du système et aurait généré des dépenses importantes (TA ZH VB.1999.00106 du 17 février 2000). Le choix fait in casu par la police du logiciel n'est pas une donnée de base du projet, comme l'allègue l'OBA et comme cela était, par exemple, le cas dans une affaire fribourgeoise où la volonté clairement affichée du maître de l'ouvrage de regrouper ses installations sur un seul site et de vouloir disposer de cette installation unique à proximité du centre cantonal de ses activités, soit dans l'agglomération de Fribourg, a été considéré comme une telle donnée de base par le Tribunal cantonal fribourgeois (TC FR 602 2012 148 du 7 juin 2013 consid. 3b). En l'espèce comme vu ci-dessus d'autres logiciels sont utilisés et pourraient également permettre de réaliser le VMS POC.

En conséquence, il s'avère qu'une procédure de gré à gré exceptionnelle ne pouvait se justifier ni pour des raisons de particularités techniques, ni pour des raisons de compatibilité avec du matériel existant.

La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante qui est à même de proposer une offre dans une procédure de marché portant sur un objet identique mais non limité aux produits Geutebrück.

- 8) Le recours est recevable et la décision d'adjudication étant contraire au droit, le recours sera admis et la décision annulée. La cause sera renvoyée à l'OBA pour qu'il procède à un appel d'offres conforme à la législation en matière de marchés publics.
- 9) Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge de la recourante ni d'Etavis qui n'a pas pris de conclusions (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à la recourante, à la charge de l'État de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 16 décembre 2019 par STVS SA contre la décision de l'office cantonal des bâtiments du 29 novembre 2019 ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision de l'office cantonal des bâtiments du 29 novembre 2019 ;

renvoie la cause à l'office cantonal des bâtiments pour organisation d'un appel d'offres au sens des considérants ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à STVS SA, à la charge de l'État de Genève (office cantonal des bâtiments) ;

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 ;

- 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 Lorenz Ehrler, avocat de la recourante, à l'office cantonal des bâtiments ainsi qu'à Etavis TSA SA et à la commission fédérale de la concurrence.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mme Krauskopf, MM. Verniory et Mascotto, Mme Tombesi, 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 :