

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1151/2009-MARPU

ATA/219/2009

**DÉCISION**

**DE LA**

**PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**du 6 mai 2009**

**sur effet suspensif**

dans la cause

**GIT GESTION ET INFORMATIQUE POUR TOUS S.A.**

contre

**FÉDÉRATION GENEVOISE DES INSTITUTIONS DE LA PETITE ENFANCE**  
représentée par Me François Bellanger, avocat

---

Attendu, en fait, que :

1. La fédération genevoise des institutions de la petite enfance (ci-après : FGIPE) est une association sans but lucratif ayant notamment pour objet de réunir les différentes institutions de la petite enfance du canton de Genève et de contribuer aux conditions optimales d'exploitation de celles-ci.
2. Souhaitant mettre en place un progiciel de comptabilité qui puisse être utilisé individuellement par chaque institution de la petite enfance subventionnée par la Ville de Genève tout en permettant une consolidation des comptes de l'ensemble des institutions de la Ville de Genève, la FGIPE a lancé une procédure de marchés publics sur invitation, s'agissant d'un marché essentiellement de services. L'appel d'offres était soumis à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) ainsi qu'au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).
3. Par courrier du 6 janvier 2009, trois entreprises ont été invitées à participer à l'appel d'offres pour le marché considéré. A ce courrier était joint un dossier d'appel d'offres intitulé « appel d'offres FGIPE progiciel de comptabilité ».
4. La 4<sup>ème</sup> partie du dossier d'appel d'offres traitait en son ch. 2 des critères d'adjudication.

Le marché serait adjugé « au soumissionnaire qui aura établi l'offre présentant le rapport qualité/prix le plus avantageux, déterminé sur la base d'une analyse multicritères, sanctionnée par la méthode de notation au carré de la CROMP (Conférence Romande pour les Marchés Publics) ».

Parmi les critères énoncés figurait celui de la "qualité des prestations de réalisation et de maintenance" avec une pondération de 10% du total de l'offre. pour le détail des attentes de l'autorité adjudicatrice, le soumissionnaire était renvoyé aux chapitres 9 à 11 de la 2<sup>ème</sup> partie du dossier d'appel d'offres. Les différents aspects à traiter en rapport avec ce critère étaient les suivants :

Chapitre 9 - chronologie et qualité du contact

9.1. - installation sur 4 sites pilotes (durée approximative : 3 mois)

9.2. - installation sur tous les sites (durée approximative : 18 mois)

9.3. - exploitation

Chapitre 10 - autres exigences administratives

10.1 - facturation d'installation

10.2 - facturation de la maintenance annuelle

Chapitre 11 - phase des délais de mise en œuvre

Ces différentes têtes de chapitre étaient développées aux ch. 16 et 17 du cahier des charges.

5. L'offre devait être rendue au plus tard le 13 février 2009 à 17h00. Sur les trois entreprises invitées, seules deux ont formulé une soumission, la troisième ayant renoncé à postuler.

6. GIT Gestion et informatique pour tous S.A. (ci-après : GIT S.A.) société anonyme sise à Carouge, a communiqué son offre le 10 février 2009, le montant de celle-ci s'élevant à CHF 107'362.- HT.

7. Le 20 mars 2009, elle a reçu de la FGIPE un courrier daté du 19 mars 2009.

Le marché avait été adjugé à sa concurrente OFISA Informatique (ci-après : OFISA) pour le montant de CHF 99'115.- HT sur quatre ans. L'offre de celle-ci remplissait les conditions qui lui permettaient d'être adjudicataire et elle avait été jugée économiquement la plus avantageuse.

La valeur des deux offres qui avaient été étudiées était équivalente, selon le tableau joint à cette lettre, ce qui expliquait la durée de la phase d'examen. Même si l'offre de GIT S.A. présentait de meilleures qualités de réalisation et de maintenance, son prix était supérieur. Celui-ci avait été évalué à CHF 101'270.- HT au lieu de CHF 107'362.- HT pour tenir compte d'une durée contractuelle de 48 mois à partir du jour de la signature du contrat.

8. Le 25 mars 2009, sur requête de GIT S.A., la FGIPE a transmis à cette dernière le procès-verbal d'analyse des offres et de décision, le procès-verbal d'ouverture de l'offre de GIT S.A du 19 février 2009, une analyse comparative des deux offres et le résultat de l'évaluation. Selon celui-ci, OFISA avait reçu une note de 3.79 et GIT S.A. une note de 3.71.

9. Le 30 mars 2009, GIT S.A. a interjeté recours au près du Tribunal administratif contre la décision de la FGIPE du 19 mars 2009.

La procédure sur invitation prévoyait que trois candidats devaient pouvoir participer et déposer leur offre. Or seuls deux des candidats avaient soumissionné. L'adjudicateur aurait dû prendre contact avec un nouveau soumissionnaire afin de rendre l'appel d'offres équitable.

Du fait qu'il n'y avait que deux candidats, la recourante était pénalisée par la méthode de calcul au carré retenue pour différencier les prix.

La FGIPE avait établi de nouveaux critères non connus dans l'appel d'offres en rajoutant une sous-pondération dans l'appréciation du critère "qualité de prestations de réalisation et de maintenance". Cette sous-pondération ne résultait pas du cahier des charges et si ce facteur avait été porté à la connaissance de la recourante, elle aurait modifié la répartition des heures d'intervention en conséquence.

OFISA avait été mieux notée car elle s'était engagée à déposer les fichiers source auprès d'un notaire, exigence qui n'était pas requise dans le cahier des charges. Si cela avait été le cas, GIT S.A. aurait proposé un tel dépôt des sources.

GIT S.A. demandait que le recours ait un effet suspensif.

10. La FGIPE s'est déterminée le 30 avril 2009 sur l'effet suspensif. Elle conclut au rejet de cette requête.

Le recours était irrecevable et manifestement mal fondé.

La valeur moyenne des deux offres étant inférieure à CHF 150'000.-. De ce fait, la recourante n'avait pas le droit à la procédure sur invitation et ne pouvait se plaindre d'une violation de celle-ci.

Lorsqu'elle avait appris que la troisième société pressentie renonçait à présenter une offre, l'intimée n'avait pas l'obligation de rechercher une quatrième entreprise.

L'application de la méthode du prix au carré pour l'évaluation du prix des offres qui était favorable pour OFISA, ne le serait pas plus si un troisième candidat était intervenu ainsi qu'elle pouvait le démontrer par un exemple théorique chiffré.

Tous les critères d'adjudication avaient été énoncés dans le cahier des charges et il n'était pas nécessaire qu'y figurent des sous-critères supplémentaires dans la mesure où ceux-ci se réfèrent expressément aux rubriques correspondantes du cahier des charges. La recourante avait, pour le surplus, obtenu une meilleure note sur le critère d'adjudication en question que la société qui avait remporté la soumission.

Contrairement à ce que la recourante invoquait, l'exigence du dépôt des sources avait été expressément requise au chapitre II au ch. 13, rubrique « droits d'auteur » du cahier des charges, si bien que celle-ci avait été appréciée correctement en fonction de celui-ci.

Non seulement le recours de GIT S.A. était manifestement mal fondé mais son intérêt privé cédait le pas devant l'intérêt public à ce que le progiciel de comptabilité soit mis en place le plus rapidement possible pour permettre une coordination de la comptabilité des différents membres de la FGIPE et à l'intérêt privé d'OFISA.

11. Le procès verbal d'ouverture des offres du 16 février 2009 mentionnait, pour le critère d'évaluation "qualité des prestations de réalisation et de maintenance", le recours à la grille de sous-pondération suivante :

2<sup>ème</sup> partie, chapitres 9 à 11 - La qualité des prestations de réalisation et de maintenance (10 %).

9.1 Installation sur 4 sites pilotes (durée approximative : 3 mois) ; Pondéré à 40 %  
analyse et gestion de projets

Support téléphonique

Support/délai d'intervention sur site

9.2. Installation sur tous les sites (durée approximative : 18 mois) ; Pondéré à 15 %

Support téléphonique

Support/délai d'intervention sur site

9.3. Exploitation ; Pondéré à 15 %

Support téléphonique

Recherche solution acceptable dans les seize heures  
délai d'intervention pour solution définitive

10.1 Facturation de l'installation ; Pondéré à 10 %

Echelonnement facturation

10.2 Facturation de la maintenance annuelle ; Pondéré à 10 %

Montant fixe sur la période

Equivalent à 12 % du prix d'acquisition

11. Phase et délai de mise en œuvre ; Pondéré à 10 %

Le soumissionnaire accepte les phases et délais de mise en œuvre selon le chapitre 11.

Considérant en droit que :

1. Interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est, prima facie, recevable (art. 15 al. 1bis let. e et art. 15 al. 2 AIMP et art. 55 let. e et art. 56 al. 1 RMP).
2. En tant que soumissionnaire évincée, la recourante a, prima facie, un intérêt à recourir contre la décision d'adjudication (art. 60 let. a et b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA E 5 20).
3. En principe, un recours en matière de marchés publics n'a pas d'effet suspensif (art. 17 al. 1 AIMP et art. 58 al. 1 RMP). Celui-ci peut être restitué par l'autorité de recours, d'office ou sur demande, pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP ; art. 58 al. 2 RMP). Cette formulation s'inspire de l'art. 66 al. 2 LPA (ATA/165/2009 du 2 avril 2009 ; ATA/858/2005 du 15 décembre 2005). En matière de marchés publics, la restitution de l'effet

suspensif en cas de recours constitue une exception et c'est donc restrictivement qu'il y a lieu d'admettre l'existence de conditions permettant l'octroi de cette mesure (ATA/173/2009 du 7 avril 2009 et les références citées).

4. Le marché public considéré est un marché mixte de fournitures et de services d'une valeur hors taxe inférieure à CHF 150'000.-. A ce titre, il n'est pas soumis aux traités internationaux compte tenu de sa valeur-seuil (art. 7 al. 1 bis et 1 ter AIMP ; annexe 2 à l'AIMP ; art. 8 al. 1 RMP).
5. Selon l'annexe 2 à l'AIMP, dans le cadre d'un tel marché non soumis aux traités internationaux, l'autorité adjudicatrice peut opter pour une procédure de gré à gré (art. 12 let. c AIMP) ou une procédure sur invitation (art. 12 let. b bis AIMP).
6. Dans une procédure sur invitation, la seule obligation posée à l'adjudicateur est de "si possible demander au moins trois offres"(art. 12 let. b bis AIMP et 14 RMP). Le texte légal ne lui impose aucunement d'être en possession de trois soumissions pour pouvoir procéder. Dans le cas d'espèce, prima facie, la recourante ne peut reprocher à l'intimée, suite au défaut de l'un des soumissionnaires, d'être allée de l'avant dans l'évaluation des offres sans en solliciter une quatrième. De même, aucun obstacle n'interdisant d'adjuger un marché sur invitation à partir de l'examen de deux offres, elle ne peut se plaindre d'avoir été pénalisée par l'application de la méthode de calcul prévue dans le dossier d'appel d'offres pour différencier les prix.
7. Pour respecter le principe de la transparence des procédures de passation des marchés publics (art. 3 al 3 let. c AIMP) les critères d'adjudication doivent être clairement énoncés au moment de l'appel d'offres et doivent figurer dans l'avis d'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres (art. 24, 26 let. f et 27 let. f RMP), l'évaluation devant être effectuée selon ces critères (art. 43 RMP).

La recourante se plaint d'avoir été pénalisée parce que, dans le procès-verbal d'analyse du poste "qualité des prestations de réalisation et de maintenance", l'autorité adjudicatrice a utilisé des sous-critères non connus d'elle. Il doit cependant être constaté que, prima facie, les sous-critères utilisés par le pouvoir adjudicateur tendent uniquement à concrétiser les éléments qui sont inhérents aux critères publiés et qu'aucun d'entre eux ne revêt une importance prépondérante lui conférant un rôle qui équivaldrait à un critère (Arrêt du Tribunal fédéral 2B.146/2001 du 6 mai 2002). De plus, la jurisprudence n'exige pas la publication de la grille d'évaluation des critères et des sous-critères (Arrêt du Tribunal fédéral 2B.172/2002 du 10 mars 2003 ; ATA/372/2006 du 30 juin 2006). Dans la mesure où la pondération générale appliquée au poste en question (10 %) respecte celle de la documentation d'appel d'offres, on ne voit pas quel argument la recourante peut tirer de l'utilisation de sous-critères de pondération au cours de l'évaluation, ce

d'autant plus qu'elle a été mieux notée que sa concurrente sur ce poste (3.08 au regard de 2.81).

De même, c'est a priori sans raison que la recourante se plaint de ce que sa concurrente aurait été mieux notée qu'elle en fonction d'une exigence non requise dans le cahier des charges. En effet, comme le relève l'intimée, celle-ci figure dans la documentation d'appel d'offre sous la rubrique "droits d'auteur".

8. Au vu de ce qui précède, la requête en restitution de l'effet suspensif sera rejetée.

### **LA PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

rejette la requête en restitution de l'effet suspensif au recours formé par GIT S.A. contre la décision d'adjudication prise le 19 mars 2009 par la fédération genevoise des institutions de la petite enfance dans le cadre du marché public « appel d'offres FGIPE progiciel de comptabilité » ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que, conformément aux art. 82 et ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à GIT Gestion et informatique pour tous S.A. ainsi qu'à Me François Bellanger, avocat de la fédération genevoise des institutions de la petite enfance.

La présidente du Tribunal administratif :

L. Bovy

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :