

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3158/2020-MARPU

ATA/1170/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 19 novembre 2020

sur effet suspensif

dans la cause

CSE IT SOLUTIONS SA

représentée par Me Guillaume Etier, avocat

contre

AIM SERVICES SA

représentée par Me François Bellanger, avocat

et

SERVICE INTERCOMMUNAL D'INFORMATIQUE (SIACG)

représenté par Me Bertrand Reich, avocat

Attendu, en fait, que :

- 1) CSE IT Solutions SA (ci-après : CSE), fondée en 1995, a pour but de fournir des services et des conseils et de mettre en œuvre des solutions logicielles. Depuis 2004, elle a développé le logiciel cse.kibe, destiné principalement aux grandes administrations publiques impliquées dans l'accueil extrafamilial.
- 2) AIM Services SA (ci-après : AIM) a été fondée en 2004. Elle a notamment pour but la conception et l'intégration de solutions en matière d'informatique et d'organisation.
- 3) a. Le 12 août 2019, le Service intercommunal d'informatique (ci-après : SIACG), soit pour lui MMDConsulting (ci-après : MMD), a fait paraître sur le site Internet simap.ch un appel d'offres en procédure sélective concernant un marché de services, soumis aux accords internationaux, intitulé « Logiciel pour la gestion des structures d'accueil de la petite enfance ».

Il ressort des différents documents produits que « le SIACG recherche un prestataire qui soit en capacité de mettre à disposition un outil informatique qu'il a développé pour la gestion de structures d'accueil de la petite enfance et qui soit en capacité de le compléter pour répondre aux besoins spécifiques des cinquante-quatre structures d'accueil de la petite enfance et trois structures de coordination du canton concernées, accueillant plus de 4'500 enfants » (art. 1.2. du cahier des charges administratif ; réponses à la question 1.1).

Un certain nombre de fonctionnalités étaient attendues, notamment métiers, principalement pour les dossiers famille, les inscriptions, la facturation, la gestion de l'accueil et la prise en charge, la gestion des éducateurs, le planning de enfants et des abonnements, les salaires, la gestion des statistiques et des listes, la documentation, la gestion des données, les droits d'accès, ainsi que des fonctionnalités techniques, en termes d'hébergement, de portail et de sécurité.

Un cahier des charges administratif du 2 août 2019, fonctionnel global du 5 août 2019 et fonctionnel détaillé du 12 novembre 2019 précisaient les conditions.

La procédure se déroulait en deux tours.

b. À l'issue du premier tour, trois des quatre entreprises qui avaient déposé des offres ont été sélectionnées pour le second tour. Le dossier de CSE était classé au premier rang avec trois cent septante-deux points. Le second, d'AIM, obtenait trois cent dix-neuf points. CSE était mieux classée dans tous les critères.

c. Selon le dossier d'appel d'offres du deuxième tour, les critères d'adjudication étaient les suivants : adéquation et qualité technique, fonctionnelle et architecturale de l'offre (35 %), [avec comme sous critères : pour 85 % les requis et fonctionnalités

techniques, et pour 15 % la variante cloud] ; environnement de démonstration et audition (20 %) ; organisation du soumissionnaire pour le marché (20 %) ; montant de l'offre (20 %) ; sécurité et protection des données (5 %).

d. Le procès-verbal d'ouverture des offres ne mentionne que le prix offert par les concurrents, soit CHF 1'394'636.- pour CSE et CHF 1'784'312.- pour AIM.

CSE a été conviée à un premier entretien le 6 février 2020. Dans la convocation, il était mentionné qu'il lui serait demandé de bien vouloir « dérouler les scénarios sur l'environnement de démonstration qu'elle avait insérés dans son offre ». Le comité d'évaluation lui poserait des questions sur son environnement de démonstration et son fonctionnement ainsi que sur son offre, laquelle nécessitait des clarifications.

Dans la convocation à un second entretien, qui s'est déroulé le 20 février 2020, le SIACG a posé différentes questions à CSE. Cette deuxième audition devait servir à présenter le « portail parents » ainsi que le badgage des parents et du personnel afin de pouvoir procéder à une analyse finale des offres.

Les auditions ont fait l'objet d'un procès-verbal, respectivement de six pages pour la première audition et cinq pour la seconde.

4) Par décision du 23 septembre 2020, le SIACG a adjugé le marché à AIM pour le montant, toutes taxes comprises, de CHF 1'784'312.-. L'offre de CSE était classée deuxième sur trois offres évaluées. Après un examen détaillé, il avait décidé de ne pas retenir les variantes Cloud des différents soumissionnaires.

a. Un tableau multicritères était joint, dont il ressort les éléments suivants :

	Critère 1		Critère 2		Critère 3		Critère 4		Critère 5		Total des points / Rang
	Note	Points									
CSE	5.00	100.00	2.8	98.00	2.8	56.00	2.3	46.00	3.25	16.25	316.25 / 2 ^e
AIM	3.05	61.09	3.9	136.50	3.3	66.00	3.1	62.00	2.5	12.50	338.09 / 1 ^{er}

- b. Un « extrait du procès-verbal d'évaluation » était annexé à la décision. Cinq séances d'évaluation du comité s'étaient tenues, respectivement deux, de 8h30 à 17h, pour le premier tour et trois, de 8h30 à 12h, pour le second. Le groupe d'évaluation comprenait douze personnes, dont cinq experts, sans droit de vote. Le document détaillait leurs noms et qualités. Suivaient quatre pages décrivant les éléments d'appréciation retenus pour chacun des critères de l'offre de CSE.
- 5) Par acte du 5 octobre 2020, CSE a interjeté recours contre cette décision auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative). Elle a conclu, principalement, à l'annulation de ladite décision. Préalablement, l'effet suspensif devait être accordé au recours et il devait être fait interdiction au SIACG de signer les contrats de concessions et d'adjudication. La décision était arbitraire et violait le principe de la transparence. Les faits avaient été établis de façon erronée. La recourante reprenait sur plusieurs pages toutes les critiques qui lui avaient été adressées dans le procès-verbal d'évaluation et détaillait les raisons pour lesquelles elle les estimait infondées. Elle relevait notamment que ce n'était pas six listes qu'elle avait à disposition, mais cinquante, ce qui était important pour le critère 2. Pour le même critère, ce n'était pas trois contrats, mais quatre-vingts contrats spécifiques qu'elle proposait. Elle bénéficiait de plus de quinze ans d'expérience auprès de plus de deux cents clients, ce qui lui permettait de prendre en considération chaque structure en fonction de ses différences. Le résultat étant très serré, la seule modification du critère 2 devait aboutir à ce que le marché lui soit attribué. Elle émettait aussi des critiques, qu'elle développait, à l'encontre des critères 3 et 4.
- 6) SIACG a conclu au rejet de la requête d'octroi d'effet suspensif. La recourante substituait son appréciation à celle de l'autorité adjudicatrice, ce qu'elle n'avait pas le pouvoir de faire. La recourante alléguait des éléments factuels différents de ceux communiqués dans la procédure de mise en concurrence.
- 7) AIM a conclu au rejet de la demande d'octroi d'effet suspensif. La recourante effectuait une critique d'ordre général de l'appréciation effectuée par l'autorité adjudicatrice sans démontrer l'existence d'un quelconque excès ou d'un abus du pouvoir d'appréciation de celle-ci.
- 8) Dans sa réplique, la recourante a relevé que des reproches lui avaient été adressés alors qu'il ne s'agissait pas d'exigences posées dans le cahier des charges, par exemple le fait qu'elle ne fonctionnait pas sur Android ou que « le portail parents présenté est pauvre en fonctionnalités ». Il s'imposait de réévaluer sa note, de manière à éviter une inégalité de traitement entre concurrents.
- 9) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

- 1) Interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est de prime abord recevable (art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05) et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).
- 2) Le vice-président de la chambre administrative a compétence pour statuer seul sur les requêtes de mesures provisionnelles (art. 21 et 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 26 mai 2020).
- 3) Aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, en vertu des art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, restituer cet effet pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.

L'examen de la requête suppose une appréciation *prima facie* du bien-fondé du recours ; le but est alors de refuser l'effet suspensif au recours manifestement dépourvu de chances de succès, dont le résultat ne fait aucun doute ; inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire mais suppose de constater et de pondérer le risque de préjudice (ATA/1581/2017 du 7 décembre 2017 consid. 2, et les arrêts cités ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, *Marchés publics* 2010, Zurich 2010, pp. 311-341, p. 317 n. 15).

La restitution de l'effet suspensif constitue ainsi une exception en matière de marchés publics, et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/1581/2017 précité consid. 2, et les arrêts cités).

- 4) a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics, notamment des communes (art. 1 al. 1 AIMP). Il vise notamment à harmoniser les règles de passation des marchés (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 deniers publics (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. 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).

En matière d'appréciation et de comparaison des offres, l'examen auquel procède l'autorité judiciaire peut s'assimiler à un contrôle restreint à l'arbitraire (ATF 143 II 120 consid. 7.2 p. 134; 141 II 353 consid. 3 p. 362 s. et les références citées ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_951/2019 du 16 juillet 2020 consid. 7.2).

- 5) a. En l'espèce, la recourante invoque que les critères d'adjudication 2 à 4 ont fait l'objet de notes « pour le moins surprenantes pour ne pas dire arbitrairement posées ». Elle considère que les critiques sont infondées et démontreraient « que le SIACG et son mandataire n'ont tout simplement pas pris connaissance ni de l'intégralité de son offre ni des réponses qui ont été apportées par écrit ou lors des auditions (...). Il suffirait d'une très légère réévaluation de la note d'un seul des critères pour que la tendance soit inversée » et que le marché lui soit adjugé.
- b. Il ressort du dossier que l'extrait du procès-verbal d'évaluation relatif à l'adjudication litigieuse, de quatre pages, joint à la décision est, de prime abord, extrêmement détaillé.

Si, certes, la recourante conteste certaines des critiques émises, plusieurs des éléments relevés par le pouvoir adjudicateur ne font, à première vue, pas l'objet d'une contestation, à l'instar de « il n'y pas de recherche possible d'enfants pour permettre le matching en lien avec les places disponibles ; il manque un élément permettant la gestion du suivi de l'enfant et les statistiques sur les données pédagogiques ; l'interface n'est qu'unidirectionnelle entre OBP et le logiciel proposé, selon les constats lors de la démonstration et l'audition ; pour les accès parents, il manque SAML avec un accès à double facteur ou renforcé ; les délais pour l'évolution de la maintenance évolutive semblent longs (pour le critère 2) ; le suivi de scénario n'est pas clair ; il est difficile de se repérer dans les menus ; la circulation entre les écrans est compliquée lors de l'utilisation par le comité d'évaluation ; les recherches ne sont pas assez précises avec trop de résultats ; on se perd dans le programme ; le module RH est compliqué ; au niveau du formulaire, il a été possible de les télécharger pour les utiliser ; le manuel n'est pas clair ; pour l'attribution de place, il a été impossible de l'appliquer ; dans les RH, les scénarios ont été difficiles à déployer impliquant qu'il faut travailler avec des numéros, ce qui complexifie beaucoup l'utilisation ; il n'y a pas de notion de matching entre la demande des parents et la disponibilité des AFJ, ce qui implique que les autorisations d'accueil du SASAJ ne peuvent pas être gérées dans l'application (pour le critère 3) et le planning

remis ne répond pas aux exigences du dossier de réponse puisque remis en annexe sur deux tableaux excel A3 (pour le critère 4) ».

Par ailleurs, plusieurs points extrêmement positifs sont relevés dans l'évaluation, ce qui témoigne, à première vue, du soin mis par le comité d'évaluation à une analyse détaillée, fine et nuancée de l'offre de la recourante.

S'agissant du reproche de n'avoir proposé que six listes et trois contrats, ce point devra être abordé dans la procédure au fond. Il sera toutefois relevé que le document listant les éléments inclus dans le prix de l'offre mentionne trois contrats et six listes. La recourante a d'ailleurs été spécifiquement questionnée à ce propos lors de son audition le 20 février 2020 et a donc pu fournir toutes explications utiles.

Cela étant, la question du nombre de listes et de contrats n'est qu'un point parmi de nombreux autres qui ont justifié la note de 2,8. Ladite note a été fixée en fonction d'une démonstration de l'environnement et des auditions qui ont suivi. Ainsi, en lien avec le deuxième critère d'adjudication, les soumissionnaires retenus pour le deuxième tour étaient invités à remettre un environnement de démonstration, destiné à permettre au pouvoir adjudicateur d'évaluer, au plus proche de la réalité, une inscription en liste d'attente, l'attribution d'un enfant dans deux structures d'accueil de la petite enfance, la création du contrat et d'une facture mensuelle dans une des structures de coordination de l'accueil familial de jour, le planning des éducatrices, l'ajout d'heures supplémentaires aux heures d'accueil déterminées par le contrat de placement et l'extraction de données. Les soumissionnaires étaient par ailleurs invités à répondre à des questions précises relatives aux fonctionnalités proposées et portant sur différents domaines, notamment l'inscription, le dossier famille, la facturation, la gestion de l'accueil/prise en charge, la gestion des éducateurs/de l'accueil familial, le planning des enfants et les abonnements, notamment. L'établissement d'un environnement de démonstration ayant impliqué des prestations spécifiques de la part des soumissionnaires a d'ailleurs justifié que ceux-ci bénéficient d'une indemnité forfaitaire de CHF 4'800.- TTC.

S'il n'est pas, de prime abord exclu, que le pouvoir adjudicateur n'ait pas compris que le soumissionnaire proposait plus de contrats et de listes que ce qu'il a pensé, la recourante a toutefois eu, à plusieurs reprises, l'occasion de détailler son offre, de répondre aux questions et d'en faire la démonstration. C'est ainsi un comité de plus de dix experts, spécialistes et professionnels de l'informatique, respectivement des métiers de la petite enfance, qui a considéré, au vu des explications reçues lors de ces présentations, que l'offre ne répondait pas à leurs attentes en termes de nombre de listes et de contrats. Rien ne permet en l'état de retenir que les faits auraient été mal établis. Par ailleurs, même à considérer que tel soit le cas, il ne peut, en l'état et à première vue, être retenu que cela serait le fait du pouvoir adjudicateur, le comité d'évaluation s'étant fondé sur les explications fournies par le soumissionnaire, y compris en réponse à ses questions.

Le pouvoir adjudicateur a par ailleurs relevé que « si l'offre proposée semblait couvrir à 92 % les prérequis et les fonctionnalités, tel n'était pas le cas en réalité, ce que la démonstration de l'environnement et les questions posées avaient mis en évidence ». Il a précisé que « notamment, la flexibilité nécessaire n'avait pas été satisfaite ».

Ainsi, prima facie, la recourante ne met pas en avant des éléments suffisamment déterminants pour pouvoir envisager que le recours aurait de bonnes chances de succès et que le pouvoir adjudicateur aurait abusé ou excédé son pouvoir d'appréciation dans la notation des offres. Les griefs de la recourante s'apparentent plutôt à demander à l'autorité judiciaire de substituer son pouvoir d'appréciation à celui de l'autorité adjudicatrice, ce qu'elle ne serait pas autorisée à faire (arrêt du Tribunal fédéral 1C_951/2019 précité consid. 7.2 ; ATA/227/2019 du 5 mars 2019 consid. 5 et les références citées). Par ailleurs, l'appréciation des offres implique des compétences techniques spécifiques que détient le comité d'évaluation, ce que la recourante ne conteste au demeurant pas. Dès lors que l'octroi de l'effet suspensif constitue une exception en matière de marchés publics, et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction, la présente requête sera rejetée.

- 6) Le rejet de la requête lève l'interdiction de conclure le contrat d'exécution de l'offre prononcée par la chambre de céans le 7 octobre 2020.
- 7) Il sera statué sur les frais de la présente décision avec l'arrêt au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse d'octroyer l'effet suspensif au recours ;

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

dit que, conformément aux art. 82 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 :

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 ;

si elle 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi ;

communiqué la présente décision à Me Guillaume Etier, avocat de la recourante ainsi qu'à Me François Bellanger, avocat de AIM Services SA et à Me Bertrand Reich, avocat du SIACG.

Le vice-président :

C. Mascotto

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :