

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1256/2007-DIV

ATA/95/2008

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 4 mars 2008

dans la cause

SWISSPRO SR S.A.

représentée par Me Olivier Rodondi, avocat

contre

MAISON DE RETRAITE DU PETIT-SACONNEX

représentée par Me François Membrez, avocat

et

BAVITECH TELECOM Sàrl, appelée en cause

représentée par Me Patrick Riondel, avocat

EN FAIT

1. En août 2006, la Maison de retraite du Petit-Saconnex (ci-après : MRPS) a procédé à un appel d'offres concernant la rénovation de ses infrastructures de communication, soit "l'acquisition de fournitures et services de téléphonie fixe et mobile, d'accès internet et d'intégration de la signalisation de la recherche de personne et des alarmes sur des appareils sans fils".

L'avis publié dans la Feuille d'Avis officielle (FAO) du 23 août 2006 précisait que la procédure était ouverte et soumise à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05).

2. La MRPS est établie sur une superficie d'environ 6,5 hectares et constituée de huit bâtiments. Elle emploie quelque 2000 collaborateurs qui disposent d'environ 440 postes téléphoniques. Une centaine d'appareils téléphoniques sont en outre installés dans les couloirs. Un central téléphonique a été installé il y a une dizaine d'année qui permet aux résidants d'utiliser un système de recherche de personnes (bips) à l'aide de boutons poussoirs disposés dans les chambres et les appartements. Le système souffre d'une surcharge car il est également utilisé pour les appels téléphoniques internes et externes, les alarmes ainsi que les numéros internes d'urgence.
3. Selon l'avis publié, le cahier des charges pouvait être obtenu auprès de la société Global Support, mandatée par la MRPS.

Le cahier des charges définissant les conditions de soumission, renvoyait au chapitre IV du règlement sur la passation des marchés publics en matière de fournitures et de services du 23 août 1999 (ci-après : le règlement - L 6 05.03).

Le soumissionnaire devait respecter les conditions relatives au contenu de l'offre, laquelle devait couvrir de manière détaillée tous les points décrits dans le cahier des charges. L'élimination de tout soumissionnaire qui ne respecterait pas ces conditions était prévue (chiffres 1.2 et 2.1 du cahier des charges). Il devait articuler un prix forfaitaire pour toute l'installation. L'offre devait être référencée par rapport aux chapitres et pages du cahier des charges (chiffre 2.1.13 du cahier des charges). L'offre devait couvrir sept domaines distincts : téléphonie fixe ; téléphonie mobile-sans fils ; internet; système de retransmission des informations du système de recherche de personnes - "appels malades"; solutions de maintenance ; formation des utilisateurs ; programme de livraison des fournitures et services supplémentaires (chiffre 2.1.20 cahier des charges).

4. Les critères d'adjudication mentionnés dans le cahier des charges étaient : adéquation de l'offre, notamment respect du cahier des charges, performances

techniques des produits proposés, intégration avec les autres systèmes utilisés (30 %) ; coût total de l'offre pour l'acquisition, ou le volume financier total (mensualités multipliées par le nombre de mois) du projet dans le cadre de la location (20%), pérennité et évolutivité de la solution proposées (15%) ; durée et coût de la maintenance (15%) ; organisation du soumissionnaire pour exécuter le marché : capacité de l'entreprise en termes de disponibilité et de compétences (10%); qualité et clarté des réponses (5%) ; durée de la garantie (3%) ; références du soumissionnaire (2%) (chiffre 2.1.6 du cahier des charges).

5. Concernant la téléphonie fixe, le soumissionnaire devait fournir au moins les indications techniques figurant au chiffre 3.4, dont la garantie de compatibilité des informations de taxes avec le logiciel de gestion "opal" et la description des échanges d'information de taxes entre le logiciel et l'outil de gestion des taxes proposé. Pour la variante achat, le cahier des charges indiquait les détails exigés au chiffre 3.5.1, dont notamment le prix par poste téléphonique (direction, administratif, couloir, résidants).

Concernant la téléphonie mobile, selon le chiffre 4 du cahier des charges, pour la variante achat, le souscripteur était tenu de fournir au minimum les détails figurant au chiffre 4.4.1, dont notamment le prix par type d'antenne.

Quant au système de retransmission des informations figurant sous chiffre 6 du cahier des charges, le souscripteur devait fournir au minimum les détails figurant au chiffre 6.4, dont le type de matériel et la quantité d'équipements envisagés dans le cadre d'une intégration des systèmes existants, d'une part et dans le cadre d'un remplacement partiel ou complet des systèmes existants, d'autre part. De plus, chaque version devait être composée d'une variante achat précisant les coûts d'acquisition détaillés de chaque élément proposé et d'une variante location proposant l'ensemble de l'installation en location. Il devait également présenter les avantages et les inconvénients des solutions préconisées (chiffre 6.5 du cahier des charges).

6. Conformément au cahier des charges, les soumissionnaires ont pu poser des questions par écrit jusqu'au 1^{er} septembre 2006, auxquelles il a été répondu le 8 septembre 2006 par courrier électronique, sous forme de récapitulation de toutes les questions et réponses. Une visite des lieux a en outre été organisée le 4 septembre 2006.
7. L'ouverture des offres a eu lieu le 22 septembre 2006 à 14h00. Le procès-verbal rédigé à cette occasion fait état de six offres remises parmi les quinze entreprises qui avaient souscrit.

Deux offres ont été écartées d'entrée de cause au motif qu'elles ne comportaient pas un certain nombre de documents exigés par le cahier des charges.

Les offres des quatre autres entreprises ont été retenues pour faire l'objet d'une analyse plus détaillée. Le montant global des offres retenues était de CHF 515'000.- pour Bavitech Télécom Sàrl (ci-après : Bavitech) ; CHF 490'000.- pour Sunrise ; CHF 480'000.- pour Swisscom et CHF 255'000.- pour Swisspro SR S.A. (ci-après : Swisspro).

Le procès-verbal précisait également qu'en cas de nécessité, la MRPS se réservait le droit de solliciter des informations complémentaires par l'entremise de son mandataire Global Support auprès des soumissionnaires.

8. Le 30 novembre 2006, un rapport final d'analyse a été établi. Il a été constaté que Swisspro n'avait pas fourni toutes les informations nécessaires exigées par le cahier des charges. La quantité de postes téléphoniques était clairement définie mais Swisspro n'avait pas présenté de chiffre correspondant au nombre défini. De même, bien qu'une solution GSM ait été présentée, aucune description du produit et de ses coûts n'avait été produite.

Pour ces raisons, l'offre de la société Swisspro a été écartée.

9. Le 15 mars 2007, Swisspro a été informée par le directeur de la MRPS que son offre n'avait pas été retenue en raison d'une importante différence de coût par rapport aux autres offres, d'une part et du fait que son offre n'incluait pas le changement des systèmes relatifs à la gestion des alarmes et à la recherche de personnes, d'autre part.

Le même jour, Swisspro a exigé de MRPS la production de l'évaluation comparative de son offre et de celle de l'entreprise gagnante ainsi que des explications moins succinctes.

10. Par décision publiée le 19 mars 2007 dans la FAO, le marché a été attribué à Bavitech pour le montant de CHF 515'000.-. La publication mentionnait que la décision d'adjudication pouvait faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif dans un délai de dix jours.

11. Le 21 mars 2007, la MRPS a répondu à Swisspro par l'intermédiaire de Global Support. Le dossier d'évaluation ne pouvait lui être communiqué.

Son offre n'avait pu être évaluée ni comparée puisqu'elle était incomplète. L'ensemble des éléments attendus n'avaient pas été cotés malgré les éléments précisés dans le cahier des charges. A titre d'exemple, il était fait référence à la partie téléphonie fixe dont les quantités précisées dans le cahier des charges étaient largement supérieures à celles proposées dans l'offre. Aucune information n'avait été fournie concernant les appareils de couloir et ceux des résidants. Même en cas de reprise partielle ou globale de ces équipements, ces informations étaient exigées afin de pouvoir envisager les coûts de remplacement et de comparer les prix des solutions proposées par les soumissionnaires. Il était encore précisé que

Bavitech était la seule à proposer l'uniformisation du système de recherche de personnes et de gestion des appels malades par le remplacement des anciens systèmes. Cet élément avait joué un rôle important dans la décision.

12. Le 22 mars 2007, Swisspro a sollicité de la MRPS et de Global Support, une décision d'adjudication motivée indiquant les voie et délai de recours.

Le même jour, Global Support a indiqué à Swisspro que la décision d'adjudication avait été publiée dans la FAO conformément aux exigences légales.

13. Par acte posté le 26 mars 2007, Swisspro a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision d'adjudication en concluant principalement à sa réforme et à l'adjudication du marché et, subsidiairement, à l'annulation de l'adjudication avec suite de frais et dépens. Elle concluait également à la production par la MRPS de l'entier du dossier et des pièces relatives à la procédure litigieuse. Préalablement, elle concluait à ce que l'effet suspensif soit accordé au recours.

Le manque de motivation de la décision d'adjudication violait le droit d'être entendu. En refusant de transmettre le tableau d'évaluation des critères en violation de l'article 33 alinéa 3 du règlement, l'adjudicatrice l'avait empêché de faire valoir ses griefs.

Le coût total de son offre était bien inférieur à celui de l'offre de Bavitech. Il était dès lors choquant qu'elle soit pénalisée pour cette raison, comme le relevait la décision en indiquant "nous avons constaté une importante différence de coût, jouant en votre défaveur, par rapport aux offres présentées par vos concurrents". Il fallait en déduire qu'aucune méthode de notation du prix n'avait été arrêtée avant l'ouverture des offres, ce qui contrevenait au principe de transparence et d'égalité de traitement.

Il était unanimement admis que la note maximale revenait à l'offre la meilleure marché. A défaut de pouvoir disposer du rapport d'évaluation, il était difficile d'apprécier la note qu'elle avait obtenue. Avant toute décision d'adjudication ou d'exclusion en face d'une offre paraissant anormalement basse, le pouvoir adjudicateur devait donner la possibilité au soumissionnaire de s'expliquer et de justifier le prix avantageux qu'il avançait en application de l'article 34 du règlement.

La décision indiquait à tort que son offre n'incluait pas le changement des systèmes relatifs à la gestion des alarmes et à la recherche de personne. Dès lors qu'il était possible de réutiliser le matériel existant (postes de couloirs et ceux des patients), elle avait opté pour cette solution.

14. Le 29 mars 2007, le Tribunal administratif a appelé en cause l'entreprise Bavitech.

15. Par décision du 5 avril 2007, le président du Tribunal administratif a, par mesures provisionnelles, fait interdiction à la MRPS de conclure le contrat avec l'adjudicataire tant et aussi longtemps qu'une décision sur effet suspensif n'aurait pas été rendue (ATA/167/2007).

16. Le 11 avril 2007, Bavitech a déposé ses conclusions en rejet du recours avec suite de frais et dépens.

Si, comme l'affirmait Global Support, Swisspro n'avait pas chiffré la totalité des prestations demandées, il était évident que son offre pouvait être largement inférieure à celle des concurrents. Pour le surplus, il ne lui appartenait pas de se prononcer sur les motifs invoqués par la MRPS pour écarter l'offre de Swisspro.

17. Par mémoires des 12 avril et 15 mai 2007, la MRPS a répondu au recours en concluant à son rejet avec suite de frais et dépens.

Il apparaissait clairement que Swisspro n'avait pas respecté les conditions de la soumission prévues dans le cahier des charges et avait déterminé son prix sans tenir compte des exigences définies dans celui-ci.

Aucune violation du droit applicable ne pouvait lui être reprochée. Swisspro semblait d'ailleurs s'en prendre plutôt à l'opportunité de la décision, ce qui n'était pas possible selon l'article 16 AIMP. Seule une motivation sommaire était exigée par l'article 13 lettre h AIMP et par l'article 37 du règlement. Ceux contenus dans la décision du 15 mars 2007 et dans la lettre du 21 mars 2007 respectaient ces exigences.

Dans la mesure où l'offre de Swisspro avait été écartée et n'avait donc pas été évaluée, l'argumentation sur la violation du principe de transparence du droit d'être entendu et d'arbitraire tombait à faux. Ces griefs étaient en outre infondés puisque le critère du coût de l'offre figurait en deuxième position avec une pondération de 20% alors que celui de l'adéquation de l'offre était le critère le plus important avec une pondération de 30%.

L'offre avait été écartée parce que la violation des conditions de soumission du cahier des charges rendait impossible sa comparaison avec celles des autres soumissionnaires et non pas parce que son prix était trop bas. De plus, l'article 34 du règlement prévoyait que l'autorité adjudicatrice pouvait, mais ne devait pas, demander des explications relatives à leur aptitude et à leur offre au cas où cette dernière était anormalement basse. La MRPS avait pris contact à plusieurs reprises avec le représentant de Swisspro afin d'obtenir des précisions, mais n'avait reçu que des réponses évasives qui n'avaient pas permis de compléter l'offre de manière à pouvoir la comparer aux autres.

18. Par décision du 13 avril 2007, le président du Tribunal administratif a rejeté la requête en octroi de l'effet suspensif au recours (ATA/171/2007). Cette décision a été confirmée par le Tribunal fédéral le 15 juin 2007 (2C.131/2007).
19. Le 13 août 2007, la MRPS a informé le tribunal de céans et les parties qu'elle avait conclu le contrat d'adjudication relatif à la rénovation de ses infrastructures de communication avec Bavitech.
20. Le 3 septembre 2007, Swisspro a déposé sa réplique en requérant la production par la MRPS de l'intégralité du dossier, y compris l'offre de l'adjudicataire, ainsi que la fixation d'une audience et la mise en œuvre éventuelle d'une expertise.

Vu la signature du contrat entre la MRPS et l'adjudicataire, elle concluait à la constatation du caractère illicite de l'adjudication.

Son offre avait à tort été jugée incomplète sur des points essentiels et n'avait pas pu être évaluée à la lumière des critères d'adjudication posés. En cas de doute, il incombait à l'autorité intimée de se renseigner sur la composition de l'offre, sous peine de contrevenir aux exigences découlant de la prohibition du formalisme excessif. Elle avait été empêchée de concourir au même niveau que ses concurrents. Celle-ci aurait modifié le résultat du marché puisque son analyse tant sous l'angle technique que sous l'angle financier, aurait assurément pu lui permettre de passer devant l'adjudicataire.

Il fallait comprendre son offre en prenant en compte les questions et réponses complétant le cahier des charges. Ainsi, à la question "Si les postes de couloirs et ceux des patients sont analogiques, voudriez-vous les garder (économie) ?" la MRPS avait apporté la réponse suivante : "En principe l'offre la plus avantageuse sera choisie. Donc, évitons les frais inutiles". C'est pourquoi on ne pouvait lui reprocher d'avoir déposé une offre réutilisant le matériel existant (poste de couloirs et ceux des patients). De même, elle avait opté pour une offre dans laquelle elle conservait le système de gestion des alarmes. Si l'autorité avait eu le moindre doute au sujet de l'offre et de ses qualités, elle devait se renseigner, ce qu'elle n'avait pas fait. Les contacts ultérieurs avaient eu lieu de sa propre initiative, vu la longueur des délais.

Le procès-verbal d'ouverture indiquait clairement que son offre remplissait les conditions relatives aux domaines de couverture; or, dans un document de novembre 2006, elle était finalement écartée car jugée incomplète sur des points essentiels. Ce comportement de la MRPS était contradictoire et reflétait la procédure arbitraire, violant le principe de la transparence, adoptée pour favoriser Blavitech qui avait la faveur de la MRPS dès le début de la procédure.

Concernant la téléphonie fixe, son offre tenait compte de trente postes internes "direction" et de 230 postes internes administratifs. Les prix des appareils repris n'avaient pas été chiffrés puisqu'ils étaient déjà acquis à la MRPS. L'offre avait été mal comprise par la MRPS.

S'agissant de la téléphonie mobile, elle correspondait en tout point au cahier des charges.

Quant au système de retransmission des informations, son offre était également conforme tant dans ses considérations techniques que sous l'angle du prix (forfaitaire) aux souhaits de la MRPS.

21. Le 30 novembre 2007, Blavitech a déposé sa duplique.

Contrairement à ce qu'affirmait Swisspro, les postes "couloirs" étaient des postes numériques et non pas analogiques. De ce fait, en cas de changement du central téléphonique, il fallait obligatoirement changer tous les postes. Le changement des postes "couloirs" aurait dû être chiffré dans l'offre remise. De même, la diversité des systèmes traitant les appels malades rendait leur intégration dans un seul système difficile et peu fiable. Son offre prévoyait une variante proposant le remplacement des systèmes "appel malade" pour unifier l'installation. L'offre de Swisspro était incomplète, ce qui expliquait son prix.

22. Le 30 novembre 2007, la MRPS a dupliqué également.

La recevabilité du recours et particulièrement l'existence d'un intérêt actuel était douteuse, aucun dommage n'étant allégué par Swisspro.

Le courrier du 15 mars 2007 faisait référence aux omissions de divers postes exigés par le cahier des charges qui, en application de l'article 33 alinéa 2 du règlement et selon les calculs effectués par Global Support, auraient porté les coûts de l'installation à un montant supérieur à la proposition faite par Bavitech.

L'offre de Swisspro était approximative, ne comportant pas le nombre d'antennes DECT. Seules quatre antennes étaient prévues dans l'offre (un autre concurrent en prévoyait 75) et une mention y figurait indiquant que le prix définitif dépendait du choix final des appareils et du nombre précis d'antennes.

L'élimination de Swisspro n'avait pas pu être faite à l'ouverture des offres mais seulement lors d'un examen plus détaillé en cours d'évaluation.

23. Le 3 décembre 2007, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

24. Des pièces ont été versées à la procédure par les parties dont notamment des extraits des offres de Bavitech et Swisspro. Les éléments qu'elles contiennent seront repris dans la mesure utile dans la partie en droit.

EN DROIT

1. a. L'AIMP s'applique notamment à la passation des marchés publics en matière de fournitures et de services dont la valeur estimée atteint le seuil de CHF 383'000.- (art. 7 al. 1 let. b AIMP), ce qui est le cas en l'espèce.

Les modifications du 30 novembre 2006 apportées à la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (LAIMP - L 6.05.0), portant sur l'adhésion à l'AIMP, dans sa version du 15 mars 2001, ne sont entrées en vigueur que le 1^{er} janvier 2008, de même que le règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (L 6 05.01) abrogeant l'ancien règlement. Ces nouvelles dispositions ne s'appliquent pas aux procédures "en cours" au moment de leur entrée en vigueur. Les procédures sont dites "en cours" dès la publication de l'avis d'appel d'offres (art. 62 du règlement L 6 05.01 et 22 AIMP 2001).

Par conséquent, la publication de l'appel d'offre dans la FAO datant du 23 août 2006, ce sont les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 qui sont applicables à la présente espèce.

b. En vertu de l'article 3 LAIMP, le Tribunal administratif est l'autorité compétente au sens de l'article 15 AIMP pour statuer sur recours contre les décisions de l'adjudicateur.

c. Le recours contre les décisions d'adjudication doit être interjeté dans un délai de 10 jours dès la notification de la décision (art. 15 al. 2 AIMP).

d. L'intimée met en doute l'intérêt actuel au recours. Or, en tant que soumissionnaire évincé, et bien que le contrat ait été déjà conclu, la recourante conserve un intérêt actuel à recourir contre la décision d'adjudication au sens de l'article 60 lettre de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), son recours étant à même d'ouvrir ses droits à une indemnisation (ATF 125 II 86, consid. 5 b p. 96 ; ATA/864/2004 du 26 octobre 2004) ;

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est ainsi recevable.

2. La recourante se plaint tout d'abord d'une violation de son droit d'être entendue, la décision attaquée n'étant pas suffisamment motivée.

Le droit à la motivation d'une décision est une garantie constitutionnelle de caractère formel qui est un aspect du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale – Cst. féd. – RS 101 ; ATF 126 I 97 consid. 2 pp. 102-103 ; 120 Ib 379 consid. 3b p. 383 ; 119 Ia 136 consid. 2b p. 138 et les arrêts cités). Cette exigence vise à ce que le justiciable puisse comprendre la décision dont il est l'objet et exercer ses droits de recours à bon escient. Elle vise également à permettre à l'autorité de recours d'exercer son contrôle. Il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle fonde sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Elle n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut se limiter à ceux qui, sans arbitraire, apparaissent pertinents (ATF 124 II 146 consid. 2 p. 149 ; 122 IV 8 consid. 2c p. 14 ; ATA/126/2007 du 20 mars 2007 ; ATA/595/2006 du 14 novembre 2006 ; ATA/140/2006 du 14 mars 2006 ; ATA/875/2004 du 9 novembre 2004).

En matière de marchés publics, cette obligation se manifeste par le devoir qu'a l'autorité d'indiquer au soumissionnaire évincé les raisons du rejet de son offre (J.-B. ZUFFEREY/C. MAILLARD/N. MICHEL, *Le droit des marchés publics*, Fribourg 2002, p. 256). Ce principe est concrétisé par les articles 13 lettre h AIMP et 37 du règlement qui prévoient que les décisions d'adjudication doivent être sommairement motivées.

En l'espèce, la décision attaquée comporte une motivation sommaire et peu claire. Néanmoins, les explications fournies par Global Support à la demande de la recourante, le 21 mars 2007, soit avant le dépôt du recours, doivent être jugées suffisantes. En effet, il en résulte que l'ensemble des éléments attendus n'ont pas été cotés par l'entreprise, malgré la précision du cahier des charges, raison pour laquelle l'offre a dû être écartée. La motivation était ainsi de nature à éclairer suffisamment la recourante sur les raisons du rejet de son offre.

En conséquence, ce grief sera écarté.

3. Il convient ensuite de déterminer si l'autorité a, à juste titre, écarté l'offre de la recourante au motif qu'elle était incomplète et non conforme au cahier des charges. La recourante estime que son offre était complète et que l'autorité aurait dû recourir, cas échéant, à la procédure prévue par l'article 34 du règlement.

- a. Les indications que fournit le soumissionnaire dans son offre doivent être correctes, complètes et conformes aux exigences de l'adjudicateur, telles qu'elles ressortent de l'appel d'offres et des documents annexés, de manière à ce que la décision d'adjudication puisse être prise en connaissance de cause et dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement (ATF 2P.130/2005 du 21 novembre 2005, consid. 7 ; JAAC 65.78 consid. 3a ; JAAC 62.32 II consid.

3a). Cette règle est nécessaire pour garantir une comparaison objective entre les offres soumises par les soumissionnaires.

L'épuration des offres consiste en un examen approfondi des indications techniques et des chiffres figurant dans les offres, afin de rendre les offres objectivement comparables entre elles. Elle constitue un préalable à la phase d'évaluation des offres sur la base des critères d'adjudication. Si l'offre proposée n'est pas conforme aux conditions de l'appel d'offre, elle sera exclue comme non conforme à l'objet du marché (JAAC 65.78 consid. 3a). Le pouvoir adjudicateur dispose d'une certaine marge d'appréciation qu'il doit exercer en tenant compte notamment de l'ampleur du dossier demandé, respectivement de l'importance des éléments concernés (arrêt du Tribunal administratif vaudois du 22 juin 2001 dans DC 2/02 p. 77 et autres références citées)

Le règlement genevois prévoit que les offres sont examinées selon des critères uniformes. Les erreurs évidentes, telles que les erreurs de calcul et d'écritures, sont corrigées. Lorsqu'un soumissionnaire omet un poste, c'est le plus haut prix fixé par les concurrents qui est appliqué. Ce n'est qu'ensuite qu'un tableau comparatif des offres est établi (art. 33 règlement).

Dans ce cadre, l'autorité adjudicatrice peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre, telles que des analyses de prix, des critères d'aptitudes, et cela notamment en cas d'offre anormalement basse (art. 34 règlement). Cette procédure ne trouvera bien sûr pas application si l'autorité adjudicatrice a déjà pu déterminer pourquoi l'offre était anormalement basse, notamment si l'offre n'est pas complète.

Il découle de ce qui précède que si, à l'examen d'une des offres, il apparaît qu'elle n'est pas conforme aux exigences du cahier des charges, l'autorité adjudicatrice n'est pas tenue de demander au soumissionnaire des compléments d'information, ni n'est autorisée à le laisser compléter son offre afin qu'elle puisse être retenue dans la phase d'évaluation proprement dite.

b. Cela étant, en application du principe de proportionnalité et de celui de l'interdiction du formalisme excessif, l'exclusion de la procédure ne peut se fonder sur des éléments mineurs, ou du moins, qui ne sont pas déterminants pour la décision d'adjudication (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.219/2003 du 17 juin 2005, consid. 3.3).

En l'espèce, il apparaît que l'offre faite par la recourante est incomplète sur plusieurs points déterminants pour la décision d'adjudication. En outre, les éléments omis par la recourante ont une forte influence sur le prix final de l'offre.

S'agissant de la téléphonie fixe par exemple, les capacités étaient détaillées dans le cahier des charges. L'offre de la recourante omet de coter, sans autre

explication et sans indiquer quels éléments existants pourraient être conservés, les 50 postes "couloirs" et les 440 postes "résidents" ainsi que 20 postes "direction" et 210 postes "administration". Ces fournitures ainsi que leur installation représentent, dans l'offre de l'appelée en cause, un montant de CHF 90'289.-. Cette dernière offre mentionne également que si des postes existants pouvaient être conservés, leur coût devrait être déduit du prix selon un audit complémentaire.

En omettant de chiffrer ces postes, la recourante n'a pas permis à l'autorité adjudicatrice d'effectuer une évaluation objective des différentes offres puisque celles-ci ne portent, en définitive, pas sur les mêmes fournitures et services. L'audit complémentaire n'ayant pas été réalisé ni par l'autorité adjudicatrice ni par la recourante, ce que cette dernière ne conteste pas, il ne lui était dès lors pas possible de faire une offre n'incluant pas le prix de fourniture et d'installation de 720 postes téléphoniques prévus par le cahier des charges, même si la reprise d'éléments existants était préconisée par l'autorité adjudicatrice.

A cela s'ajoute que dans le chapitre "téléphonie mobile" de l'offre de la recourante, l'une des deux variantes (GSM) n'est pas chiffrée. Seule une mention indiquant qu'elle coûterait environ 40% de plus que l'autre variante figure sous cette rubrique. La première variante (DECT) n'est chiffrée que globalement, sans que le prix unitaire des éléments ne soit fourni, ce qui ne correspond pas aux exigences du cahier des charges qui précise que le prix de chaque élément composant une installation devait être détaillé (chiffre 4.4.1).

Au vu de ce qui précède, il apparaît que l'offre de la recourante était lacunaire sur plusieurs points essentiels à la comparaison des offres, sans que la procédure prévue par l'article 33 ou 34 du règlement ne puisse trouver application, vu l'ampleur des lacunes. En conséquence, c'est à juste titre que cette offre a été écartée par l'autorité adjudicatrice.

4. Contrairement aux allégués de la recourante, ces manquements ne pouvaient être découverts à l'ouverture des offres mais bien lors d'une analyse détaillée correspondant à l'étape suivante du processus. Le procès-verbal d'ouverture indique uniquement si les différents chapitres du cahier des charges sont présentés dans les offres, ce qui est le cas de celle de la recourante. De ce fait, la procédure suivie par l'autorité adjudicatrice ne peut être qualifiée d'arbitraire.

5. Mal fondé, le recours sera rejeté.

Un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe. Une indemnité de CHF 2'000.-, tenant compte de la procédure sur mesures provisionnelles et sur effet suspensif, sera allouée à la MRPS à la charge de la recourante. Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera attribuée à Bavitech, appelée en cause, à la charge de la recourante (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 26 mars 2007 par Swisspro SR S.A. contre la décision de la Maison de retraite du Petit-Saconnex du 19 mars 2007 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 2'000.- ;

alloue une indemnité de CHF 2'000.- à la Maison de retraite du Petit-Saconnex, à la charge de la recourante ;

alloue une indemnité de CHF 1'500.- à Bavitech Télécom Sàrl, à la charge de la recourante;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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 contestation porte sur une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les articles 113 et suivants 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'article 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession de la recourante, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Olivier Rodondi, avocat de la recourante, à Me François Membrez, avocat de la Maison de retraite du Petit-Saconnex ainsi qu'à Me Patrick Riondel, avocat de Bavitech Télécom Sàrl.

Siégeants : M. Paychère, président, Mmes Bovy et Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

M. Tonossi

le président :

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :