

du 1er avril 2003

dans la cause

S. S.A. G.

\_\_\_\_\_ contre

O. S. S.A.

et

SERVICES INDUSTRIELS DE GENEVE

**EN FAIT**

1. Selon un avis publié dans la Feuille d'Avis Officielle (ci-après : FAO) du 19 août 2002, les services industriels de G. (ci-après : S.I.G.) ont ouvert en soumission publique des travaux de nettoyages pour sols et vitres des bâtiments technico-administratifs et du restaurant sis au Lignon (lot n° 1), du centre de formation, du magasin et des ateliers sis au Lignon (lot n° 2) ainsi que de leur site des Cheneviers (lot n° 11), dès janvier 2003.

Le marché était soumis à la législation sur la passation des marchés publics et à l'accord de l'OMC, la procédure était sélective et le délai pour la remise des offres était fixé au 8 octobre 2002.

L'inscription était subordonnée au paiement d'un émolument de CHF 100.-. En outre, les S.I.G. se réservaient le droit d'attribuer le marché par lots.

2. L'appel d'offres indiquait, sous les conditions de participation, que ne seraient pris en considération que les dossiers accompagnés notamment des pièces suivantes :

- une attestation justifiant que la couverture du personnel en matière d'assurances sociales est garantie conformément à la législation en vigueur au siège social de l'entreprise et que celle-ci est à jour avec le paiement de ses cotisations (chiffre 3);

- une attestation certifiant, pour le personnel travaillant sur le territoire genevois, soit que le prestataire est lié par la convention collective de travail de sa branche, applicable à G., soit qu'il a signé auprès de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (OCIRT) un engagement à respecter les usages de la profession en vigueur à G. (chiffre 4).

Lesdites attestations devaient impérativement dater de moins de 15 jours.

3. La société S. S.A. G. (ci-après : S.) a déposé une offre en temps utile pour les lots n° 1, 2 et 11.
4. Par courrier du 20 septembre 2002, S. a adressé aux S.I.G. différentes attestations au nombre desquelles

figurait une attestation de la Caisse de compensation interprofessionnelle AVS de la fédération romande des syndicats patronaux (ci-après : F.R.S.P.-C.I.A.M.).

Ledit document, établi en date du 19 septembre et du 30 octobre 2002, indiquait que :

- la société soumissionnaire était liée par la convention collective de travail du nettoyage (ci-après : CCT);

- le Groupement des Entreprises de Services et de Propreté (ci-après : GESP), dont S. était membre, attestait que celle-ci était à jour avec ses obligations en matière de prestations sociales conventionnelles.

5. Par téléphone et par courrier du 8 novembre 2002, le secrétaire du GESP a informé le responsable des achats et stocks aux S.I.G. de ce que l'attestation précitée était erronée. En effet, l'entreprise S. ne respectait pas les dispositions de la CCT du nettoyage, notamment en ce qui concernait le versement des contributions professionnelles. Pour ce motif, la commission paritaire du GESP avait, lors de sa séance du 11 septembre 2002, refusé de délivrer une attestation à l'entreprise concernée laquelle ne déclarait pas le montant de sa contribution professionnelle, en refusait le paiement et s'opposait au respect des dispositions de la CCT.
6. Par lettre du 12 novembre 2002, les services généraux des S.I.G. (ci-après : S.I.G. ou le pouvoir adjudicateur) ont informé S. que son offre avait été écartée, le marché ayant été adjugé à deux autres entreprises, soit TOP NET pour le lot n° 1 et O. S. S.A. pour les lots n° 2 et 11. Leurs offres remplissaient pleinement les conditions leur permettant d'être adjudicataires et étaient jugées économiquement les plus avantageuses.
7. Le 25 novembre 2002, S. a recouru auprès du Tribunal administratif à l'encontre de la décision d'adjudication sans prendre de conclusions précises. Elle a reproché aux S.I.G. de l'avoir informée, oralement et à réitérées reprises, que son offre serait certainement retenue pour le lot n° 2, l'encourageant ainsi à acquérir des machines et des produits. Elle a également requis des S.I.G. qu'ils lui donnent connaissance du courrier du GESP, du 8 novembre 2002.

8. Par acte du 18 décembre 2002, les S.I.G. ont conclu au rejet du recours à cette dernière que son offre était retenue et étudiée dans le cadre de l'adjudication du lot n° 2, la décision formelle d'adjudication devant encore lui être confirmée par écrit. La décision querellée était licite dans la mesure où S. ne respectait pas les usages professionnels de sa branche et où l'offre retenue pour le lot n° 2, soit celle d'O. S. S.A., était économiquement la plus avantageuse.
  
9. Par lettre du 16 janvier 2003, le Tribunal administratif a adressé le courrier du GESP, daté du 8 novembre 2002, à la Caisse de compensation interprofessionnelle AVS de la Fédération romande des syndicats patronaux et l'a invitée à lui indiquer les raisons pour lesquelles elle avait établi l'attestation litigieuse.  
  
Le 24 janvier 2003, la F.R.S.P.-C.I.A.M. a indiqué au Tribunal administratif que l'entreprise était à jour avec le paiement de ses cotisations AVS, AI, APG, AC, AF et AMat. Toutefois, le secrétaire du GESP ne l'avait informée de la teneur de la décision de la commission paritaire professionnelle du nettoyage qu'en date du 7 novembre 2002. En outre, dans la mesure où l'encaissement des contributions professionnelles n'était plus du ressort de la F.R.S.P.-C.I.A.M., cette dernière était tributaire des décisions que lui communiquait la commission paritaire.
  
10. Le 7 mars 2003, l'administrateur de S., le directeur de l'agence de G. d'O. S. S.A., le responsable des achats et stocks aux S.I.G. et le juriste des S.I.G. ont été entendus lors d'une audience de comparution personnelle. A cette occasion, l'administrateur de S. a produit une décision d'exclusion de son entreprise adoptée par le GESP en date du 17 décembre 2002. Il a également réclamé des dommages et intérêts aux S.I.G. à titre d'heures de travail pour l'étude du dossier et de l'offre pour un montant de CHF 15'000.-. Les S.I.G. ont, pour leur part, contesté lesdites prétentions dans la mesure où elles n'étaient pas prouvées.
  
11. A l'issue de l'audience précitée, le Tribunal administratif a informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. a. L'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 est entré en vigueur le 9 décembre 1997 (AIMP - L 6 05). Le 12 juin 1997, le canton de G. a adopté une loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics (LAIMP - L 6 05.0). Cette loi est entrée en vigueur le 9 août 1997. Dans la mesure où le marché en cause entre dans le champ d'application de l'AIMP, ce qui n'est contesté par personne, l'accord a prévu une voie de droit auprès du Tribunal administratif, lequel statue de manière définitive (art. 15 al. 1 AIMP et art. 3 al. 1 LAIMP). Le délai de recours de dix jours est prévu à l'article 45 du règlement sur la passation des marchés publics en matière de constructions du 19 novembre 1997 (RPMPC - L 6 05.01).
  - b. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable.
  - c. Le marché en question dépassant le seuil prévu à l'annexe 3 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), lequel s'élève à CHF 383'000.- pour les fournitures et les services, le recours est également recevable de ce point de vue.
2. Pour ce qui est des conclusions prises par la recourante, force est d'admettre que la juridiction de céans a toujours fait preuve d'une grande souplesse en la matière. Elle a notamment admis que celui qui disait simplement vouloir recourir contre un acte en demandait en fait l'annulation (ATA D. du 8 juin 1993 in SJ 1994 pp. 529-530; G du 27 septembre 1989; T. S.A. du 13 avril 1988 in SJ 1989 p. 419).
3. Lorsque le contrat n'est pas encore conclu, l'autorité de recours peut soit statuer au fond, soit renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur dont elle annule la décision (art. 18 al. 1 AIMP), mais lorsque le contrat est déjà conclu, l'autorité qui admet le recours doit se borner à constater le caractère illicite de la décision (al. 2). Chaque canton détermine les sanctions encourues en cas de violation des dispositions en matière de marchés publics (art. 19 al. 2). Si le caractère illicite de la décision est constaté, le recourant peut

demander la réparation de son dommage, limité aux dépenses qu'il a subies en relation avec les procédures de soumissions et de recours (art. 3 al. 3 LAIMP).

4. a. La finalité de la libéralisation des marchés publics est, du point de vue de l'Etat, l'utilisation la plus économique des fonds publics, grâce au choix de l'offre garantissant le rapport optimal entre le prix et la prestation; la concurrence permet la comparaison entre le prix et la prestation (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 100). Toutefois, le principe de la libre concurrence et la protection des finances publiques ne peuvent empêcher l'Etat de poursuivre un certain nombre de buts de politique générale, lesquels entraînent des exigences parfois sans lien avec l'objet du contrat, mais qui méritent toutefois d'être pris en considération (Pierre-Louis MANFRINI, Les contrats de marchés publics mis au service de la poursuite d'une politique publique, in Les instruments d'action de l'Etat, Bâle 1991, pp. 136, 137 et 142).

b. Parmi les impératifs généraux qui entourent l'attribution d'un marché public, indépendamment de ses spécificités, on peut mentionner principalement les conditions relatives au personnel employé par les soumissionnaires (art. 11 let. e AIMP; art. 25 al. 1 ch. 2 et 3 du règlement L 6 05.03). D'autres intérêts publics (bonnes moeurs, ordre public, santé et vie des personnes, des animaux et des plantes, etc...) autorisent quant à eux à déroger aux principes régissant les marchés publics (art. 10 al. 2 AIMP; art. XXIII al. 2 de l'Accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 - AMP - RS 0.632.231.422), et non pas seulement à opérer une comparaison des offres.

c. Le respect du principe de la non-discrimination et d'égalité de traitement (art. 1 al. 2 let. b et 11 let. a AIMP) ne se limite dès lors pas à l'observation des règles de procédure identiques vis-à-vis de tous les soumissionnaires, ou à celles de critères strictement liés à l'offre. Si des intérêts publics entrent indirectement en jeu, leurs conséquences doivent également valoir pour chaque soumissionnaire. Ainsi, le respect des normes de droit du travail constitue au premier chef une exigence poursuivant un but de politique sociale et un intérêt public important; mais, appliquée à tous les employeurs-soumissionnaires, cette exigence garantit aussi à ceux qui y sont soumis en raison d'engagements propres (par convention collective de

travail, par exemple) un traitement non discriminatoire par rapport à ceux qui, en principe non soumis à de telles contraintes, bénéficieraient autrement d'un avantage certain (Christian BOCK, Öffentliches Beschaffungsrecht, Submissionsrecht, in Schweizerische Rechtserlasse, Bâle, 1996, p. 236).

d. Adoptées le 1er décembre 1995 par les signataires de l'AIMP, les lignes directrices concernant cette norme prévoient à titre exemplatif des circonstances dans lesquelles les offres sont écartées, notamment en cas de non paiement des impôts ou des cotisations sociales (C. BOCK, op. cit., p. 260). Cette restriction, qui semble admise par la doctrine récente (Herbert LANG, Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich, 1998, p. 34), ne contrevient pas à la libre concurrence dans la mesure où cette dernière n'est pas censée devoir s'exercer en dehors de l'ordre juridique. Comme cela a été exposé ci-dessus, elle permet en outre de renforcer l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, en empêchant que ceux qui se soumettent à toutes les contraintes de droit public ne soient désavantagés par rapport à ceux qui cherchent à tirer profit d'un comportement inverse.

5. L'article 11 lettre e AIMP dispose que les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail doivent être respectées lors de la passation de marchés publics. L'article 25 alinéa 1 prévoit pour sa part que les inscriptions doivent être accompagnées d'une attestation justifiant que la couverture du personnel en matière d'assurances sociales est assurée et que le soumissionnaire est à jour avec le paiement de ses cotisations (ch. 2) ainsi que d'une attestation certifiant, pour le personnel travaillant sur le territoire genevois, que le prestataire est lié par la convention collective de travail de sa branche, applicable à G. (ch. 3 let. a).

Le candidat est par conséquent tenu de respecter les dispositions des conventions collectives de travail ou, à défaut, des conditions de travail habituelles dans la région d'exécution et dans la profession. A cet égard, il peut être tenu de fournir, comme pièce justificative, une attestation du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail (François BELLANGER, Le droit applicable aux marchés publics, RDAF 2001 I p. 391, et les références citées).

6. En l'espèce, il convient d'observer que la recourante a fourni une attestation erronée en tant qu'elle certifie, à tort, que cette dernière est à jour avec ses obligations en matière de prestations sociales conventionnelles. Il ressort du dossier de la cause que la société recourante ne respecte pas les dispositions de la convention collective de travail du secteur du nettoyage et des services associés pour le canton de G.. En effet, il lui est reproché de ne pas déclarer le montant de sa contribution professionnelle, d'en refuser le paiement et de s'opposer au contrôle du respect des dispositions de ladite CCT. Ces différents manquements ont conduit la commission paritaire du GESP, lors de sa séance du 9 septembre 2002, à refuser de lui délivrer toute attestation y relative et à l'exclure du GESP, lors de sa séance du 17 décembre 2002. C'est donc à tort que l'attestation délivrée par la F.R.S.P. - C.I.A.M., en date des 19 septembre et 30 octobre 2002, indiquait que le GESP certifiait que la recourante était à jour avec ses obligations en matière de prestations sociales conventionnelles.
7. Dès lors que la société soumissionnaire a été évincée au motif qu'elle ne remplissait pas l'un des critères d'aptitude nécessaire à sa participation au marché concerné, il n'y a eu ni arbitraire, ni inégalité de traitement. Le recours doit ainsi être rejeté.
8. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante. Aucune indemnité ne sera allouée aux intimés, qui n'ont pas engagé de frais.

**PAR CES MOTIFS**  
**le Tribunal administratif**  
**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 25 novembre 2002 par S. S.A. G. contre la décision des services industriels de G. du 12 novembre

2002;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de la recourante  
un émolument de CHF 1'500.-;

dit qu'il n'est pas alloué  
d'indemnité aux intimés;

communiqué le présent arrêt à S.  
S.A. G. ainsi qu'aux services industriels de G. et à O.  
S. S.A.

Siégeants : M. Paychère, président, MM. Thélin, Schucani,  
Mmes Bonnefemme-Hurni, Bovy, juges.

Au nom du Tribunal administratif :  
la greffière-juriste adj.: le vice-président :

M. Tonossi

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux  
parties.

G., le

la greffière :

Mme N. Mega