

du 28 août 2001

dans la cause

Bureau T.

_____ contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI

EN FAIT

1. Le Bureau T. (ci-après : le BT) est une entreprise spécialisée dans le traitement des questions écologiques. Il est organisé en quatre secteurs distincts : études, travaux, entreprise générale en environnement et programmes d'emploi temporaire fédéraux (ci-après : les programmes fédéraux). Inscrit au Registre du commerce de St-Maurice, il dispose d'une adresse à Châtelaine, dans le canton de Genève.

2. a. Dans ce canton, le BT a collaboré avec l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : l'office) dans le cadre des programmes d'emploi temporaire pour chômeurs à partir de 1991. La procédure mise en place dès 1994 pour l'attribution des programmes fédéraux était la suivante : analyse des offres par la section des mesures cantonales, puis préavis de la Commission de réinsertion professionnelle (ci-après : la commission), et enfin décision d'agrément de l'office.

b. Dès 1997, la Logistique des mesures de marché du travail (ci-après : la logistique), rattachée au Service d'insertion professionnelle (ci-après : le service), lui-même rattaché à l'office, a repris la gestion des programmes fédéraux.

c. Une étude menée par la logistique ayant révélé la nécessité de réformer ce secteur sur les plans tant qualitatif que quantitatif, il a été décidé que les programmes fédéraux seraient désormais attribués à l'issue d'une procédure d'appel d'offres. L'ensemble des organisateurs de programmes fédéraux en ont été avertis lors d'une séance d'information qui s'est tenue le 11 octobre 1999.

Après avoir procédé à l'analyse des besoins des demandeurs d'emploi, la logistique a ainsi mis sur pied une procédure d'appel d'offres et, le 1er septembre 2000, l'office a fait paraître dans la Feuille d'avis officielle (ci-après : la FAO) un avis de soumission publique pour la réorganisation des programmes fédéraux. Les quatre marchés suivants étaient concernés : "Infographie/Multimédia", "Santé/Social", "Tertiaire" et "Ateliers divers" (ci-après : le programme Ateliers divers). Ce dernier devait permettre à une soixantaine de demandeurs d'emploi sans qualification, issus notamment

des secteurs du bâtiment, de l'industrie, de l'agriculture et de l'hôtellerie/restauration, "d'acquérir des réflexes socioprofessionnels (ponctualité, compréhension et respect des règles d'entreprises...) et d'accomplir les tâches demandées".

L'avis précisait que les offres devaient être adressées à la logistique le 10 octobre 2000 au plus tard et qu'elles seraient examinées selon les critères d'adjudication suivants, dans l'ordre d'importance décroissant :

- Qualité et adéquation du dispositif pédagogique;
- Expériences et qualifications du personnel d'encadrement;
- Qualité et adéquation des activités;
- Qualité et adéquation de l'infrastructure;
- Qualité de la présentation de l'offre.

L'avis précisait encore que les directives de l'office en matière d'adjudication des mesures de marché du travail du 15 août 2000 (ci-après : les directives) étaient notamment applicables et qu'un contrat de prestations d'une durée initiale d'un an serait conclu avec les soumissionnaires auxquels les marchés auraient été adjugés.

3. Le 6 octobre 2000, le BT a fait parvenir à la logistique une offre pour le programme Ateliers divers.
4. a. Par courrier du 18 octobre 2000, la logistique a répondu à un certain nombre de questions qui lui avaient été posées par les soumissionnaires. Comme elle n'avait pas pu le faire avant l'expiration du délai de dépôt des offres, elle a prolongé ce délai au 31 octobre 2000.

b. L'examen préliminaire des offres soumises ayant mis en évidence des lacunes et imprécisions diverses, la logistique a convié l'ensemble des soumissionnaires à une séance d'information. A l'issue de cette séance, qui s'est tenue le 14 novembre 2000, un nouveau délai au 6 décembre suivant a été donné aux soumissionnaires pour compléter leur offre.
5. Par courrier du 4 décembre 2000, le BT a transmis

à la logistique quelques compléments ainsi qu'un tableau récapitulatif des points traités par son offre.

6. a. Deux collaborateurs de la logistique ont été chargés d'évaluer les offres relatives au programme Ateliers divers selon les critères d'adjudication publiés dans la FAO. Ils ont travaillé uniquement sur la base des dossiers remis par les soumissionnaires, sans tenir compte des structures et du personnel en place dans les programmes existants. Après avoir étudié les dossiers de manière individuelle, ils ont comparé entre eux les résultats obtenus; ils se sont finalement réunis avec la responsable de la logistique, qui tranchait en cas de désaccord. Chaque offre a fait l'objet d'une grille d'évaluation individuelle, les résultats de toutes les offres étant reportés sur un tableau comparatif général. L'offre du BT arrivait en troisième position.

b. Le 18 décembre 2000, les grilles d'évaluation individuelles et le tableau comparatif général ont été soumis à la commission, qui s'est prononcée en faveur d'une offre différente de celle du BT. Il convient de relever que l'un des deux fonctionnaires chargés de l'évaluation des offres s'occupait depuis plusieurs années, au sein de la logistique, du suivi du programme d'un des soumissionnaires. C'est le dossier de ce soumissionnaire qui a finalement été retenu.

7. a. Lors d'un entretien téléphonique du 21 décembre 2000, la logistique a exposé au BT les raisons pour lesquelles son offre n'avait pas été retenue. Par lettre du même jour, l'office a confirmé au BT que son offre avait été rejetée, et ceci pour les motifs suivants :

- Manque d'articulation entre les différentes composantes du programme (ateliers et cours);
- Dispositif et processus pédagogiques insuffisamment développés;
- Non-respect de l'exigence stipulant que l'ensemble du programme devait se dérouler sur le canton de Genève.

b. Également par courrier du même jour, la logistique a informé le BT que le délai de fermeture de son programme était fixé au 30 avril 2001. Les participants inscrits au programme pouvait suivre la mesure jusqu'à cette date au plus tard, mais aucune nouvelle inscription

d'assurés ne serait prise en compte à partir du 1er janvier 2001. Par courrier du 22 décembre 2000, la logistique a encore transmis au BT des précisions relatives au subventionnement de son programme du 1er janvier au 30 avril 2001.

8. Le 27 décembre 2000, le BT a adressé des lettres de réclamation à l'office ainsi qu'au conseiller d'Etat en charge du département de l'économie, de l'emploi et des affaires extérieures.
9. Le 17 janvier 2001, deux représentants du BT ont été reçus par le directeur du service, la responsable de la logistique, ainsi qu'une juriste de l'office. Au cours de cette réunion, les différents points soulevés par le BT dans son courrier du 27 décembre 2000 ont été abordés et l'office a remis aux représentants du BT la grille d'évaluation relative à son offre ainsi que le tableau comparatif général.
10. Par actes du 19 janvier 2001 adressés au Conseil d'Etat et au tribunal de céans, le BT a formé recours contre la décision de l'office du 21 décembre 2000. Il conclut, préalablement, à l'audition des différents participants à la procédure de sélection et, principalement, à l'annulation de la procédure d'appel d'offres et de l'adjudication. En prolongeant le délai pour déposer les offres, la logistique n'avait pas respecté la procédure mise en place, ce qui avait conduit à une inégalité de traitement entre les soumissionnaires. La procédure d'adjudication avait été conduite de façon partielle. Le BT possédait des atouts dont ne pouvaient pas se prévaloir les autres organisateurs de programmes fédéraux. Enfin, les motifs ayant conduit à l'élimination de l'offre du BT, invoqués dans la lettre de l'office du 21 décembre 2001, ne correspondaient pas à la réalité.
11. Le 8 février 2001, la direction des affaires juridiques de la Chancellerie d'Etat a transmis au Tribunal administratif le recours adressé au Conseil d'Etat, pour raisons de compétence.
12. Par courrier du 12 février 2001, le directeur du service a fait parvenir au BT le procès-verbal de la séance du 17 janvier 2001.
13. Dans sa réponse du 30 mars 2001, l'office conclut, principalement, à l'irrecevabilité du recours et, subsidiairement, à son rejet. Faute de désigner le marché

litigieux, la législation sur les marchés publics n'était pas applicable en l'espèce. Par conséquent, le recours au Tribunal administratif n'était pas ouvert. L'office s'était dûment conformé aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination des soumissionnaires en adoptant les directives, lesquelles avaient été suivies en l'espèce. Vu la méthode d'évaluation mise en place par la logistique, le grief de partialité était infondé. Enfin, bien que globalement satisfaisante, l'offre du BT avait été écartée parce que, comparée aux autres dossiers présentés, elle arrivait en troisième position.

EN DROIT

1. a. L'assuré qui satisfait aux conditions de l'article 60 alinéa 1 lettre b de la loi fédérale sur l'assurance chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI - RS 837.0) a droit, pendant le délai d'indemnisation, à un emploi temporaire si aucun travail ne peut lui être assigné et si aucune autre mesure relative au marché du travail n'apparaît indiquée (art. 72a al. 1 LACI). Les cantons mettent à disposition les places nécessaires dans le cadre des mesures relatives au marché du travail (art. 72b, 1ère phrase LACI). La procédure de sélection des organisateurs de mesures est une procédure d'agrément, dont les décisions peuvent faire l'objet d'un recours direct au Tribunal administratif selon une jurisprudence maintenant bien établie et sur laquelle il n'y a pas lieu de revenir (ATA E. du 14 septembre 2000; A. du 15 septembre 1998; T. du 9 juin 1998 et du 15 avril 1997). Le fait que la procédure d'agrément pour les programmes devant débiter en 2001 ait pris la forme d'une adjudication et que, faute de désigner expressément le marché de la formation, la législation sur les marchés publics ne soit pas applicable en l'espèce n'y change rien.
 - b. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est ainsi recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Contrairement à ce que requiert le recourant dans

sa première conclusion, le tribunal de céans ne procédera pas à l'audition des différents participants à la procédure de sélection. Il estime en effet qu'une telle audition ne permettrait pas d'apporter d'éléments nouveaux à l'état de faits, lequel ressort clairement des écritures des parties. A cet égard, il est rappelé que le droit de faire administrer des preuves n'empêche pas le juge de procéder à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont offertes, s'il a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 120 Ib 224 consid. 2b p. 229 et les arrêts cités).

3. Suivant la recommandation du secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : le SECO), l'office a rédigé les directives, dont l'application en l'espèce n'est pas contestée par le recourant. Le § 3 lettre a des directives indique que la logistique observe les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination entre les soumissionnaires. Les directives n'interdisent pas à l'autorité cantonale de prolonger le délai imparti aux organisateurs de programmes fédéraux pour présenter leur offre. Le § 13 chiffre 3, qui concrétise les principes précédents, précise simplement ce qui suit :

"Si la logistique prolonge le délai pour un soumissionnaire, elle doit également le faire pour les autres. Ces derniers doivent être informés de la prolongation à temps et simultanément".

Il convient d'admettre que lors des deux prolongations du délai de présentation des offres, les 18 octobre et 14 novembre 2000, la logistique s'est strictement conformée à cette disposition. Le BT, tout comme les autres soumissionnaires, a ainsi eu la possibilité de compléter son offre à deux reprises, ce qu'il a par ailleurs fait le 4 décembre 2000, lors de la seconde prolongation du délai. Il est donc erroné de prétendre, comme le fait le recourant, que l'autorité cantonale n'a pas suivi la procédure mise en place et que le principe d'égalité de traitement n'a pas été respecté. Le premier argument du recourant doit ainsi être écarté.

4. Le § 3 lettre d des directives prévoit que la logistique observe le principe d'impartialité.

Il est regrettable qu'un des fonctionnaires chargés de l'évaluation des offres ait eu à s'occuper avant la procédure de sélection du suivi du programme

d'un des soumissionnaires. Comme le souligne à juste titre le recourant, il aurait été préférable de choisir une personne qui n'ait pas eu de contact préalable particulier avec l'un ou l'autre des organisateurs de programmes. Les circonstances de l'espèce ne constituent toutefois pas un cas de récusation au sens de l'article 15 alinéa 2 LPA. Avec l'office, il convient également d'admettre que la procédure de sélection mise en place a permis de garantir le respect du principe d'impartialité. En effet, le fonctionnaire en question n'a pas été le seul ni le dernier à se prononcer sur le choix de l'organisateur du programme Atelier divers : un autre fonctionnaire, puis un supérieur hiérarchique et enfin la commission l'ont fait également. Tous ont préféré l'offre d'un autre organisateur de programmes fédéraux à celle du BT. Le deuxième argument du recourant doit donc également être écarté.

5. Les intéressés n'ayant aucun droit à l'obtention d'un agrément (ATA A. du 15 septembre 1998), l'autorité jouit d'un large pouvoir d'appréciation, ce qui lui permet de prendre la décision qui lui semble la plus opportune. Dans ce cas, la juridiction administrative n'a pas la compétence d'apprécier l'opportunité de la décision attaquée (art. 61 al. 2 LPA). Il suffit que le choix de l'autorité ne soit pas arbitraire, c'est-à-dire insoutenable, et ne constitue ni un excès ni un abus de pouvoir. Selon la doctrine, il y a abus de pouvoir discrétionnaire lorsque l'autorité rend une décision qui "s'écarte du but de la loi ou est prise à des fins étrangères à celle-ci" (B. KNAPP, Précis de droit administratif, Bâle 1991, p. 36 n° 167 et 169 in fine).

Il est possible, comme le prétend le recourant, qu'il ait été le seul soumissionnaire à pouvoir se prévaloir d'un certain nombre d'atouts, notamment celui d'avoir fait suivre à l'ensemble de son personnel l'intégralité des cours donnés par la CNA sur la sécurité au travail. Il convient toutefois de souligner qu'en dépit de ces atouts, le dossier du BT est apparu globalement moins satisfaisant à l'autorité cantonale que celui de l'organisateur finalement retenu. S'agissant d'une décision pour laquelle l'autorité jouissait d'un large pouvoir d'appréciation et qui n'est manifestement pas arbitraire, le tribunal de céans ne peut qu'écartier le troisième grief du recourant, sans l'examiner plus avant.

6. Les décisions doivent être motivées (art. 46 al.

1; ATF 112 Ia 109). Une décision est suffisamment motivée si elle mentionne, même brièvement, les motifs sur lesquels elle se fonde, de telle manière que l'intéressé se rende compte de la portée de la décision et puisse l'attaquer en connaissance de cause (SJ 1996 p. 370).

Comme le relève l'office dans sa réponse du 30 mars 2001, le fait que certains cours soient donnés dans un autre canton n'a pas eu d'influence sur l'évaluation des offres. Par ailleurs, le dossier du recourant a été jugé suffisant tant sur le plan de l'articulation entre les différentes composantes du programme que sur celui des dispositifs et processus pédagogiques, mais moins satisfaisant que celui finalement retenu. Les motifs invoqués dans la lettre du 21 décembre 2000 à l'appui du rejet de l'offre du recourant visaient ainsi les points sur lesquels le dossier retenu offrait une meilleure prestation que celui du BT. Il est vrai que cela aurait pu ressortir plus clairement de la décision de l'office. Dans la mesure toutefois où cet élément pouvait être déduit logiquement de la forme adoptée par l'office pour mener la procédure d'agrément, à savoir celle d'une adjudication, et qu'il a pu être éclairci lors de l'entretien du 17 janvier 2001, il convient d'admettre que la décision du 21 décembre 2001 répond aux exigences de motivation telles qu'exposées au considérant ci-dessus. Le quatrième et dernier grief du recourant doit être ainsi également écarté.

7. Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge du recourant.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 19 janvier 2001 par le Bureau T. contre la décision de l'Office cantonal de l'emploi du 21 décembre 2000;

au fond :

le rejette;

met à la charge du recourant un

émolument de CHF 1'000.-;

communiqué le présent arrêt au Bureau T., ainsi qu'à l'office cantonal de l'emploi.

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

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

V. Montani

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Mme N. Mega