

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2584/2011-MARPU

ATA/586/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 15 septembre 2011

sur effet suspensif

dans la cause

BRILTOUNET S.A.

et

C. MESSERLI S.A.

et

DOSIM S.A.

et

VITSOLNET S.A.

représentées par Me Bénédicte Fontanet, avocat

contre

**VILLE DE GENÈVE - CENTRALE MUNICIPALE D'ACHAT ET
D'IMPRESSION**

Attendu, en fait, que :

1. a. La Ville de Genève (ci-après : la ville), représentée par la centrale municipale d'achat et d'impression (ci-après : CMAI), a publié dans la Feuille d'avis officielle (ci-après : FAO) du 15 août 2011 un appel d'offres en procédure ouverte sur le marché des services (PC : 14) dans le domaine de la construction, le nettoyage de locaux et la gestion de propriété, soumis à l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0632.231.422), à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et au règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).

Le marché portait sur l'adjudication de contrats de nettoyage de bâtiments administratifs et publics des services de la ville, sous la dénomination « Nettam_11 ». Le marché était divisé en lots et des offres étaient possibles pour plusieurs lots.

- b. Les offres étaient à transmettre à la CMAI avant le 31 octobre 2011. Un délai au 18 octobre 2011 était accordé aux entreprises pour poser par écrit des questions relatives audit marché. L'avis d'appel d'offres prévoyait que le dossier d'appel d'offres pouvait être obtenu auprès de la CMAI, ce qui impliquait l'inscription de l'entreprise dans le système d'information sur les marchés publics en Suisse (ci-après : SIMAP), soit sur le site Internet www.simap.ch.

Selon le site en question (selon consultation du 12 septembre 2011), l'inscription à l'appel d'offres impliquait pour l'entreprise intéressée qu'elle remplisse le formulaire d'inscription qui lui était transmis par courriel dans lequel elle communiquait un certain nombre de données. Cette inscription permettait à un soumissionnaire, lors de la préparation de son offre, d'avoir « conformément aux dispositions prévues par l'adjudicateur, la possibilité d'accéder aux documents d'appel d'offres, respectivement aux documents de participation ainsi qu'au forum ». L'inscription permettait également de « télécharger les documents pour autant qu'ils soient disponibles sur la plate-forme ». Autrement, l'entreprise devait se référer aux coordonnées indiquées dans la publication. En l'occurrence, l'intégralité des fichiers des dossiers d'appel d'offres sur support CD-ROM.

2. Selon le cahier de soumission, les documents suivants faisaient partie de l'appel d'offres :
 - a. le cahier de soumission et ses annexes ;
 - b. les cahiers des charges ;
 - c. le document de synthèse ;
 - d. les annexes relatives aux critères d'aptitude ;

- e. les formulaires d'offres ;
 - f. le document « critères d'évaluation écologique ».
3. A teneur de l'art. 5 du cahier de soumission, le marché était conclu pour une durée de vingt-quatre mois, reconductible de douze mois en douze mois tacitement, sauf résiliation préalable trois mois avant la date d'échéance, mais pour une durée maximale de quarante-huit mois inclus les vingt-quatre mois initiaux.

Le montant total du marché pour les quatorze lots était estimé à CHF 3'172'000.- hors taxe sur vingt-quatre mois. Il était divisé en quatorze lots dont le cahier de soumission donnait la valeur estimée pour chacun d'entre eux.

Les conditions d'aptitudes étaient celles requises par l'art. 32 RMP.

L'art. 38 du cahier de soumission prévoyait ceci :

« Conditions particulières

1° Les agents d'entretien intervenant dans l'exécution des prestations de nettoyage pour la Ville de Genève devront être de catégorie 4 + minimum, c'est-à-dire avoir bénéficié d'une formation de cinq jours de mise sur pied par la Commission paritaire professionnelle genevoise du secteur du nettoyage et avoir réussi l'examen associé à cette formation.

2° L'entreprise adjudicataire disposera de 1 an à compter de la date de signature pour former tous les agents d'entretien affectés aux présentes prestations de nettoyage. Au début du contrat l'entreprise adjudicataire remettra à la CMAI le plan de formation sur l'année à venir indiquant les personnes qui seront formées en précisant les journées de formation. Le plan de formation sera ensuite mis à jour et communiqué à la CMAI, trimestriellement, en cas de modifications.

3° L'entreprise adjudicataire s'engage à garantir un salaire horaire minimum de CHF 25.- (vacances non comprises) à tous les agents d'entretien engagés (personnel fixe et remplaçant) pour exécuter les prestations de nettoyage objet du présent marché.

4° Dans ce cadre, l'entreprise adjudicataire remettra à la Ville :

- a. la liste nominative des collaborateurs-trices engagés pour l'exécution de cette prestation, au début du contrat. L'adjudicataire devra signaler tout changement à la CMAI et remettra aussitôt la liste nominative mise à jour.
- b. la copie de la totalité des contrats de travail de chaque employé mentionnant le tarif horaire susmentionné, au début du contrat puis à chaque nouvel engagement.

- c. les fiches de salaire des employés pourront être demandées, à tout moment, par la CMAI. Le salaire horaire fixé par la Ville de Genève, indiqué ci-avant, sera précisément mentionné sur la fiche de salaire ainsi que les heures de travail effectives réalisées pour la Ville.
- d. Un rapport trimestriel documenté des prestations effectuées. »
4. L'annexe b du cahier de soumission décrivait la méthode d'évaluation des offres, soit la pondération entre les critères de prix (27 %), du respect de l'environnement (23 %), du nombre total d'heures-personnes par chantier pour l'entretien régulier et le nombre total d'heures-personnes pour les prestations sur demande (20 %), de formation du personnel (15 %), de fiabilité du système de contrôle garantissant la qualité des prestations (15 %), et indiquait pour chacun d'entre eux des critères de notation ainsi que le barème.
5. Parmi les entreprises intéressées, les suivantes ont demandé et obtenu le dossier d'appel d'offres du marché Nettam_11 par la remise du CD-ROM contenant la documentation:
- Briltounet S.A. le 31 août 2011 ;
 - Vitsolnet S.A. le 25 août 2011 ;
 - Dosim S.A. le 18 août 2011 ;
 - C. Messerli S.A. le 24 août 2011.
6. Le 18 août 2011, Maître Philippe von Bredow de l'étude d'avocats Fontanet & Associés (ci-après : l'étude d'avocats) a adressé un courriel à la CMAI concernant le marché Nettam_11. Il demandait « pour le compte d'un de nos mandants » que lui soit adressé à la meilleure convenance de ce service, et si possible par voie électronique, le dossier complet de l'appel d'offres précité.
7. Le 23 août 2011, un autre avocat de la même étude, Maître Nezam Bayat, a écrit à la CMAI à la suite du courriel précité, qui était resté sans réponse. Le délai de recours contre l'appel d'offres publié dans la FAO prenait fin le 25 août 2011. L'avocat mettait en demeure la CMAI « vu les refus répétés » de celle-ci de transmettre les documents de l'appel d'offres. Dans ce courrier, transmis par télécopieur, il donnait un délai à 18h le même jour pour répondre. En outre, il viendrait chercher le CD-ROM le lendemain matin dès l'ouverture de la CMAI, à 8h30.
8. Le 24 août 2011, la CMAI a adressé un courrier à Me Bayat. Conformément à l'avis de lancement de l'appel d'offres, l'inscription sur la plate-forme du site internet SIMAP était obligatoire en vue de l'obtention du document de soumission. La CMAI avait reçu l'inscription de l'avocat précité. Elle demandait que celui-ci

l'informe du nom de son mandant dans le but de contrôler si celui-ci s'était bien inscrit sur la plate-forme SIMAP afin de lui communiquer l'ensemble des documents d'appel d'offres.

9. Me Bayat a répondu le même jour. Le coursier de l'étude s'était à nouveau heurté au refus de la CMAI de délivrer les documents demandés. Me Bayat était pourtant inscrit sur la plate-forme SIMAP. Son mandant s'était également inscrit sur le même site, comme indiqué le matin-même par le coursier. Pourtant, la CMAI continuait à refuser l'accès aux documents qui n'avaient pourtant rien de confidentiel. Le délai de recours échéait le lendemain. Il demandait que les documents en question soient transmis dès 14h.
10. Le même jour, la CMAI a répondu à l'avocat par courriel. Elle contestait que le représentant de l'étude d'avocats ait révélé l'identité ou l'inscription de sa mandante. La CMAI avait pour politique de donner accès aux documents d'appel d'offres aux personnes qui suivaient la procédure prescrite dans l'avis d'appel d'offres, afin de respecter les principes fondamentaux du droit des marchés publics. Si l'étude souhaitait obtenir des documents pour le compte d'un mandant, la CMAI ferait signer un accusé de réception mentionnant le nom de l'entreprise potentiellement apte à répondre à un appel d'offres relatif à des prestations de nettoyage de bâtiments administratifs et publics.
11. Le 25 août 2011, C. Messerli S.A., Dosim S.A., Vitsolnet S.A. et Briltounet S.A., agissant par l'intermédiaire de l'étude d'avocats, ont interjeté recours contre l'appel d'offres de la ville relatif au marché « Nettam_11 », concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif.

Le recours était interjeté contre l'obligation contenue dans l'art. 38 du cahier de soumission de conclure des contrats de travail prévoyant un salaire horaire minimum de CHF 25.-. Il n'était pas exclu que la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) ne puisse se prononcer sur le fond du recours avant le 31 octobre 2011. Il n'y avait pas un intérêt public manifeste à refuser une telle mesure qui ne paralyserait pas l'organisation du nettoyage des locaux de la ville le temps de trancher la question juridique qui se posait même si, selon le cahier de soumission, la date limite d'adjudication était le 29 novembre 2011 et que les premiers contrats devraient débiter le 2 janvier 2012. En revanche, il existait un intérêt privé des recourantes à l'octroi de cette mesure dès lors qu'elles devraient conclure avec tous leurs employés gagnant moins de CHF 25.- de l'heure des contrats de travail augmentant leur rémunération sans certitude de se voir attribuer le marché. Le principe de l'unicité du contrat de travail interdisait en effet de faire varier celui-ci selon le client et il serait impraticable d'engager du personnel ad hoc affecté exclusivement au nettoyage des locaux de l'intimée. Il était en outre inconcevable vis-à-vis des travailleurs de subordonner l'entrée en vigueur du nouveau salaire à l'obtention d'un marché.

Comme la condition salariale attaquée était manifestement contraire au droit ainsi qu'elles le soutenaient à titre principal, il se justifiait d'accorder l'effet suspensif.

Sur le fond, la publication de l'appel d'offres violait le principe de transparence prescrit par l'art. 1 al. 3 AIMP.

Les conditions salariales minimales posées étaient contraires aux art. 11 AIMP, 20 et 32 RMP, 23 et 25 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05), dès lors qu'une telle rémunération était une condition à la participation au processus d'adjudication. Celle-ci allait au delà de ce qui était autorisé par l'AIMP, le RMP et l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), chargé à Genève de constater le contenu des usages locaux pour établir les conditions de travail et de protection des travailleurs que les entreprises devaient s'engager à respecter pour être autorisées à soumissionner. L'OCIRT avait ainsi déterminé dans des recommandations du 11 mars 2011 les usages dans le secteur du nettoyage, qui reprenaient comme usuels les salaires minimaux prévus par la convention collective étendue, applicable au secteur du nettoyage soit un salaire horaire de CHF 18,20 pour les employés travaillant moins de vingt heures par semaine. L'autorité adjudicatrice n'avait pas le droit, dans le système légal instauré par les lois précitées, de poser d'autres exigences en matière de salaire.

La fixation d'un tel prix horaire entraînerait un surcoût significatif d'environ CHF 1'000'000.-, ce qui rendait l'initiative de l'intimée en matière d'imposition d'un tarif horaire minimal contraire à l'art. 43 RMP.

L'art. 38 du cahier de soumission était également contraire aux art. 2 al. 5 et 5 de loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02) car l'obligation de calculer les prix en fonction d'un salaire minimum obligatoire imposait des exigences dépassant les conditions salariales applicables dans le canton adjudicateur en l'absence de situation de dumping social.

La condition salariale posée était également contraire à la liberté économique garantie par l'art. 27 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), une décision de la ville ne constituant pas une base légale formelle susceptible de restreindre valablement ladite liberté.

Elle n'obéissait à aucun motif d'intérêt public dès lors qu'elle dérogeait au système des conventions collectives de travail en cherchant à imposer par un autre biais des conditions salariales.

Finalement, elle violait le principe de la proportionnalité dans la mesure où le salaire horaire minimal avait été arrêté à CHF 25.- de manière purement arbitraire, sans qu'il résulte d'une quelconque étude des conditions locales et de la situation du

personnel de nettoyage qui, à 80 %, ne recherchait dans cette activité qu'un revenu accessoire.

12. Le 9 septembre 2011, la ville a conclu au rejet de la demande d'effet suspensif. Les trois conditions cumulatives de l'art. 17 al. 2 AIMP n'étaient pas réunies pour qu'une telle mesure soit ordonnée par la chambre administrative. Rien n'empêchait les recourantes de soumissionner. Celles-ci n'avaient pas à l'heure actuelle la moindre obligation de garantir un salaire horaire minimum de CHF 25.-, un tel engagement ne devant être garanti que par l'entreprise adjudicataire pour le personnel intervenant pour ce marché. Il n'y avait aucune atteinte à leur liberté économique dès lors qu'aucune des recourantes n'était contrainte à participer à l'appel d'offres. Elle-même n'avait pas violé le principe de transparence dès lors que toutes les recourantes avaient eu accès aux documents d'appel d'offres. En outre, accorder un effet suspensif ne répondait à aucun impératif d'intérêt public prépondérant. Au contraire, C. Messerli S.A. était déjà au bénéfice du contrat de nettoyage relatif à trois des lots faisant l'objet du marché Nettam_11. En accordant l'effet suspensif au recours de cette dernière et des autres sociétés, d'autres acteurs adjudicataires potentiels ne pouvaient obtenir l'attribution des marchés de nettoyage de la ville. S'il n'y avait pas d'intérêt public prépondérant à accorder l'effet suspensif, il n'y avait pas non plus d'intérêt privé prépondérant à le faire. Il n'y avait aucune impossibilité pour les quatre recourantes de mettre en place une rémunération de CHF 25.- de l'heure pour leurs employés. Celles-ci avaient la possibilité de participer à l'appel d'offres, dont elles ne remettaient pas en cause les conditions de soumission mais uniquement une des conditions particulières. Il n'y avait pas d'intérêt particulier à bloquer toute une procédure d'appel d'offres pour ce motif.

Considérant, en droit, que :

1. En matière de marché public, le recours n'a pas d'effet suspensif (art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP). Toutefois, à teneur des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 2 RMP, l'autorité de recours peut d'office ou sur demande accorder l'effet suspensif aux conditions cumulatives suivantes :
 - si celui-ci paraît suffisamment fondé ;
 - si aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.
2. La restitution de l'effet suspensif constitue en matière de marché public une exception et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/214/2001 du 1^{er} avril 2011 ; ATA/358/2010 du 25 mai 2010 ; B. BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat *in* Marchés publics 2010, n° 6, p. 314).
3. En l'espèce, les recourantes remettent en question la validité juridique d'une contrainte salariale imposée par la ville pour la formulation de l'offre en matière de

tarif horaire auxquelles elles devraient s'engager à rémunérer leurs employés. A ce stade de la procédure, il est délicat de procéder, avant instruction complète de la cause, à une évaluation *prima facie* des chances de succès du recours. La prise en compte des intérêts publics et privés conduit à retenir que, s'il y a un intérêt public prépondérant à ce que la procédure suive son cours, compte tenu des échéances prévues à la fin de l'année 2011 pour les contrats en cours, les recourantes ont un intérêt privé prépondérant à ce que la ville ne procède pas à l'évaluation des offres et ne prenne aucune décision d'exclusion ou d'adjudication avant que le présent contentieux ne soit définitivement tranché. Sur le fond, en cas d'admission du recours, toute la procédure risquerait de devoir être recommencée *ab initio*. En cas de rejet de celui-ci, la procédure d'adjudication pourrait continuer au stade où elle aura été interrompue, soit au stade du dépôt des offres.

En vertu de l'art. 5 du règlement de la chambre administrative, l'effet suspensif au recours sera accordé, d'une manière limitée au sens des considérants qui précèdent.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

accorde un effet suspensif limité au recours ;

fait interdiction à la Ville de Genève de procéder à toute évaluation des offres et de prendre toute décision en matière d'exclusion d'un soumissionnaire ou d'adjudication ;

autorise la poursuite de la procédure d'appel d'offres pour le surplus ;

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 ; 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 le présent arrêt à Me Bénédic Fontanet, avocat des recourantes, ainsi qu'à la Ville de Genève - centrale municipale d'achat et d'impression.

La présidente siégeant :

E. Hurni

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :