

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/770/2013-MARPU

ATA/189/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 21 mars 2013

sur effet suspensif

dans la cause

**ASSOCIATION GENEVOISE DES ENTREPRENEURS EN NETTOYAGE ET
DE SERVICE**

et

C. MESSERLI S.A. GENÈVE

et

DOSIM S.A.

et

VITSOLNET S.A.

et

BRILTOUNET S.A.

et

UNS SERVICES S.A.

et

SIRIUS SERVICES S.À R.L.

et

HONEGGER S.A.

et

PRO NET SERVICES S.A.

et

IMPEC NETTOYAGES S.A.

et

ARBOSA S.A.

et

JL SERVICES S.A.

et

BÂTIMENT SERVICES TECNONET S.À R.L.

et

ORGAPROPRE S.A.

et

CLEANING SERVICE S.A.

et

PIEZIN NETTOYAGE

et

OMNISERVICE S.A.

et

BEST NET S.A.

et

BEST NETTOYAGE S.À R.L.

et

BIG NET S.A.

et

AL SERVICES S.A.

représentées par Me Bénédicte Fontanet, avocat

contre

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

ATTENDU, EN FAIT, QUE :

1. 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 de la République et canton de Genève (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.

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 ».

Conformément à l'Annexe B du cahier de soumission, les critères d'adjudication et leur pondération étaient les suivants : Prix : 27 % ; Respect de l'environnement : 23 % ; Nombre total d'heures-personnes par chantier pour l'entretien régulier et le nombre total d'heures-personnes pour les prestations sur demande : 20 % ; Formation du personnel : 15 % ; Fiabilité du système de contrôle garantissant la qualité des prestations : 15 %.

4. Le 25 août 2011, plusieurs entreprises de nettoyage ont interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre l'appel d'offres de la ville relatif au marché « Nettam_11 ».

5. Par arrêt du 18 octobre 2011 (ATA/657/2011), la chambre administrative a admis le recours et annulé l'appel d'offres.

L'obligation faite par cette dernière aux entreprises soumissionnaires de formuler leur offre en respectant un salaire horaire minimum de CHF 25.- (vacances non comprises) sous peine d'exclusion, avait pour effet d'obliger celles-ci à prendre l'engagement de verser à leurs employés des salaires supérieurs à ceux prévus par les normes impératives de la convention collective de travail pour le secteur du nettoyage (ci-après : CCT-SN) en vigueur dans le canton de Genève. Une telle obligation violait la liberté économique, dès lors que les conditions d'une restriction à celle-ci n'étaient pas réalisées. En effet, même si la ville pouvait considérer qu'il existait un intérêt public à améliorer la rémunération des travailleurs du nettoyage, aucune base légale de droit cantonal ou fédéral ne l'autorisait à l'imposer à l'occasion d'un appel d'offres dans un marché public.

6. La ville, représentée par la CMAI, a publié dans la FAO du 19 février 2013 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'AMP, à l'AIMP et au RMP.

Le marché portait sur l'adjudication de contrats de nettoyage de bâtiments administratifs et publics des services de la ville, sous la dénomination « Nettam_13 ». Le marché était divisé en vingt-quatre lots et des offres étaient possibles pour plusieurs lots.

Les critères d'adjudication et leur pondération étaient les suivants : Prix : 35 % ; Organisation pour l'exécution des prestations : 20 % ; Formation et expérience du personnel : 20 % ; Niveau de rémunération des agents d'entretien 15 % ; Performance environnementale : 10 %.

Le délai de remise des offres était fixé au 7 juin 2013 à 16h00.

Selon le cahier de soumission, la date limite d'adjudication des lots était le 20 août 2013, l'exécution des contrats conclus avec les adjudicataires intervenant à compter du 1^{er} octobre 2013.

7. Le 1^{er} mars 2013, l'Association genevoise des entrepreneurs en nettoyage et de service (ci-après : AGENS) et 20 entreprises de nettoyage - toutes comparant par le même avocat - ont interjeté recours auprès de la chambre administrative contre l'appel d'offres de la ville relatif au marché « Nettam_13 », concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours, et principalement à l'annulation de l'appel d'offres et à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Il n'apparaissait pas exclu que la chambre administrative puisse se prononcer avant la date limite pour le dépôt des offres par les soumissionnaires. En cas de restitution de l'effet suspensif, la ville ne subirait dès lors que pas ou peu

d'inconvénients. En cas de refus de restitution de l'effet suspensif, les entreprises recourantes devraient modifier les contrats de travail de leurs employés qui gagnaient moins de CHF 25.- de l'heure, sans certitude de se voir attribuer le marché. Selon le principe de l'unicité du contrat de travail, on ne pouvait faire varier la rémunération du personnel selon l'identité du client de l'employeur. Il n'était par ailleurs pas concevable de subordonner l'entrée en vigueur du nouveau salaire à l'obtention d'un marché public, ni d'engager du personnel *ad hoc* affecté uniquement au nettoyage pour le compte de la ville. L'absence d'effet suspensif ferait dès lors subir aux sociétés recourantes un inconvénient manifeste non balancé par l'intérêt public.

De plus, le critère d'aptitude contesté sur le fond et lié à la rémunération du personnel était manifestement contraire au droit.

8. Le 19 mars 2013, la ville a conclu au rejet de la demande de la restitution de l'effet suspensif.

Quatre des sociétés recourantes étaient au bénéfice de contrats représentant environ 40 % du marché public litigieux et avaient donc intérêt à retarder le processus d'adjudication.

Le recours était *prima facie* infondé, si bien qu'une restitution de l'effet suspensif n'entraînait pas en ligne de compte. En particulier, le critère contesté relevait de l'évaluation et non de l'aptitude et ne contenait aucune obligation salariale.

Il existait un intérêt public prépondérant à ce que la ville puisse octroyer les lots dans le domaine des prestations de nettoyage et que les bâtiments administratifs soient correctement entretenus. Si l'effet suspensif était octroyé, il était fort probable que le marché ne puisse être adjugé avant février ou mars 2014. Entre le mois d'octobre 2013 et cette date, la ville se verrait contrainte de conclure des contrats de gré à gré ne respectant pas les règles sur la passation des marchés publics.

L'intérêt des recourantes était quant à lui purement financier et nullement prépondérant.

CONSIDÉRANT EN DROIT QUE :

1. Le recours, interjeté devant l'autorité compétente et dans le délai de dix jours à partir de la publication de l'appel d'offres, est *a priori* recevable (art. 15 al. 2 et 2bis AIMP ; art. 17A al. 2 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 56 al. 1 RMP).
2. En matière de marchés publics, 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 au recours aux conditions cumulatives suivantes :

- si celui-ci paraît suffisamment fondé ;
 - si aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s’y oppose.
3. « 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 chance 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 » (B. BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in J.-B. ZUFFEREY/H. STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zurich 2010, pp. 311-341, n. 15 p. 317).

La restitution de l’effet suspensif constitue cependant une exception en matière de marchés publics et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu’avec restriction (ATA/60/2013 du 31 janvier 2013 consid. 5 ; ATA/85/2012 du 7 février 2012 consid. 2 ; ATA/752/2011 du 8 décembre 2011 ; ATA/614/2011 du 28 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/214/2011 du 1^{er} avril 2011).

4. En l’espèce, les recourantes remettent en question la validité juridique d’un critère d’adjudication posé par la ville, soit celui du niveau de rémunération des 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 2013 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 des art. 5 et 7 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 au recours un effet suspensif limité ;

fait interdiction à la Ville de Genève de procéder à toute évaluation des offres et de prendre toute décision 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 Bénédicte Fontanet, avocate des recourantes, ainsi qu'à la Ville de Genève - centrale municipale d'achat et d'impression.

La présidente :

E. Hurni

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :