RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/770/2013-MARPU **ATA/713/2013**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 29 octobre 2013

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 Bénédict Fontanet, avocat

contre

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

EN FAIT

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 3'672'000.- 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 d'un 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 engagé(e)s 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 la ville 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.

Il ne contenait plus de conditions particulières en lien avec le salaire ; seule subsistait la clause usuelle dans ce domaine : conformément au ch. 23.1 du cahier de soumission en relation avec le chapitre X de celui-ci, les soumissionnaires devaient attester soit être signataires d'une convention collective de travail (ci-après : CCT) applicable à Genève, soit avoir signé un engagement à respecter les usages en vigueur à Genève dans la branche en matière de conditions de travail.

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.

7) 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 1er octobre 2013.

Selon le ch. 26.1 du cahier de soumission, « le niveau de rémunération contribue notamment à la stabilité du personnel spécifiquement attelé à l'exécution du présent marché, à la motivation des équipes et au degré de formation général des collaborateurs-trices. Par ailleurs, il influence potentiellement et favorablement le taux d'absentéisme, il contribue à une image positive de l'entreprise tout en ayant un impact favorable sur le recrutement de la relève. Eu égard à ce qui précède, le niveau de salaire est un élément constitutif de la qualité des prestations attendues. Sur cette base, la ville tiendra compte du niveau de rémunération proposé pour le personnel dans son appréciation des offres ».

De plus, selon le ch. 44.4 du cahier de soumission, le critère du niveau de rémunération ne s'appliquait qu'au personnel effectuant les prestations de nettoyage courantes, et était basé sur le salaire horaire brut moyen hors vacances et part des jours fériés. Il était calculé comme suit :

- « un salaire horaire moyen hors vacances et part des jours fériés de CHF 25.- par heure ou plus obtient la note 5 ;
- un salaire horaire moyen hors vacances et part des jours fériés de CHF 19,35 par heure ou moins obtient la note 0 ;
- la note pour un salaire horaire moyen hors vacances et part des jours fériés compris entre CHF 19,35 et CHF 25.- par heure est calculée selon la formule suivante : Note du candidat A = (salaire horaire moyen du candidat A – 19,35/25 – 19,35) x 5 ».

Le critère du prix, pondéré à 35 %, était quant à lui noté sur la base de la formule suivante : Note du candidat A = (coût de l'offre la moins onéreuse ÷ coût de l'offre du candidat A) x 5.

Selon le ch. 44.6 du cahier de soumission, les notes – pour l'ensemble des critères – correspondaient à l'appréciation suivante : 5 = très intéressant ; 4 = bon et avantageux ; 3 = suffisant ; 2 = partiellement suffisant ; 1 = insuffisant ; à la note 0 ne correspondait pas d'appréciation, cette note étant réservée aux candidats n'ayant pas fourni l'information non éliminatoire demandée par rapport à un critère fixé.

8) Le 1er 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.

L'unique volonté de la ville était de fixer à CHF 25.- de l'heure le salaire minimum dans le secteur du nettoyage à Genève. Le but était en conséquence exactement le même que celui visé par l'appel d'offres « Nettam_11 » annulé par la chambre administrative en raison de sa contrariété avec la liberté économique. Cela résultait notamment de déclarations de conseillers administratifs de la ville à la presse locale.

Le critère du niveau de rémunération des agents d'entretien violait la liberté économique. Celle-ci incluait la liberté contractuelle, soit le droit des employeurs et des travailleurs de négocier librement les conditions de travail. Le critère en cause, à l'instar de la fixation d'un salaire minimum, constituait une atteinte à la liberté économique. Aucune base légale ne prévoyait une telle restriction, qui n'entrait au surplus pas dans les compétences des communes genevoises. Le critère contesté ne répondait pas à un intérêt public, car elle revenait à imposer des conditions de travail sans respecter la CCT applicable et faisait fi des mesures

destinées à protéger les partenaires sociaux, les tiers et la liberté contractuelle ; elle risquait de plus de détruire l'accord trouvé par les partenaires sociaux, soit la CCT-SN négociée à l'échelle romande pour les années 2014 à 2017, qui prévoyait une augmentation d'environ 2 % des salaires dans le secteur du nettoyage. A titre superfétatoire, la proportionnalité n'était pas non plus respectée, la pondération à 15 % du critère correspondant à presque la moitié de celui du prix (35 %), qui devait rester le plus important.

Le critère contesté violait également le droit des marchés publics, qui prévoyait le respect des usages en vigueur en matière de protection des travailleurs comme condition d'admission aux marchés publics. Une pénalisation des entreprises respectant la CCT, et donc les usages, par le biais d'un critère d'adjudication n'était ainsi pas possible. Au demeurant, seul l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) était compétent à Genève pour constater le contenu des usages et valider le respect de ceux-ci.

Conditionner l'accès à un marché public en Suisse au respect de conditions de travail de la CCT du lieu d'exécution, *a priori* plus favorables que celles d'autres CCT helvétiques, violait l'art. 5 de la loi fédérale sur le marché intérieur, du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02). A plus forte raison en allait-il ainsi de l'imposition de conditions salariales allant au-delà.

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

10) Par décision du 21 mars 2013 (ATA/189/2013), la présidente de la chambre administrative a accordé au recours un effet suspensif limité, et fait interdiction à la ville de procéder à toute évaluation des offres et de prendre toute décision d'adjudication, la poursuite de la procédure d'appel d'offres étant autorisée pour le surplus.

11) Le 12 avril 2013, la ville a conclu au rejet du recours.

Sans conclure à l'irrecevabilité du recours, elle a mis en doute la qualité pour agir de certaines des recourantes : seules les sociétés qui déposeraient concrètement une offre dans le cadre du marché « Nettam_13 » avaient un intérêt personnel et actuel à l'admission du recours.

Le critère contesté répondait à une volonté de valoriser une rétribution juste et équitable des agents d'entretien affectés à l'exécution du marché public de nettoyage en cause.

Non seulement la liberté économique n'était pas violée, mais il n'y avait pas d'atteinte à celle-ci. En effet, elle ne permettait pas aux participants d'un appel d'offres de réclamer l'adjudication de marchés étatiques ou de réclamer que ces adjudications soient proposées à des conditions qui leur conviennent et leur assurent un certain revenu, et ne pouvait être invoquée dans ce cadre. Le marché « Nettam_13 » n'imposait aucune contrainte salariale ; le critère querellé était un critère d'adjudication parmi d'autres, et non plus d'exclusion du marché. Les

soumissionnaires n'avaient pas la moindre obligation de garantir un salaire horaire minimum de CHF 25.-. Pour cette raison, il n'y avait de même aucune violation de l'art. 5 LMI.

La législation sur les marchés publics était également respectée. Les dérogations à une CCT en faveur du travailleur étaient toujours possibles. En droit des marchés publics, rien n'empêchait le pouvoir adjudicateur de poser des exigences allant au-delà de ce qui était prévu par la loi ; il en allait fréquemment ainsi en matière de sécurité des travailleurs sur les chantiers. De plus, une entreprise qui paierait ses employés selon la CCT n'aurait pas nécessairement la note de zéro au critère contesté ; il lui suffirait d'employer 4 employés sur 5 dans la catégorie 4+ (soit CHF 19,80 de l'heure) et elle obtiendrait la note de 3.76/5.

La liste des critères d'adjudication prévus par l'art. 43 RMP n'était pas exhaustive. Selon la jurisprudence européenne, les adjudicateurs pouvaient avoir recours à des critères fondés sur des considérations d'ordre social ou environnemental. Le critère d'adjudication en cause ne nécessitait pas de base légale dans la mesure où il entrait pleinement dans l'appréciation de la qualité de la prestation. La commission paritaire professionnelle genevoise du nettoyage admettait elle-même dans une circulaire relative aux conditions 2013 dans le secteur du nettoyage, que l'augmentation des tarifs en 2013 permettait aux entreprises de sauvegarder le niveau de prestation offert à la clientèle.

12) Le 8 mai 2013, les recourantes ont répliqué en persistant dans leurs conclusions.

En contradiction avec ses propres déclarations, la ville soutenait que le critère d'adjudication du salaire payé aux employés n'obéissait pas à un souci de justice sociale, mais de qualité des prestations : or cette affirmation ne reposait sur aucun élément objectif mesurable.

En outre, additionné aux critères d'organisation et de formation, il revenait à attribuer un poids de 55 % aux critères « soi-disant qualitatifs » par rapport à celui du prix, pondéré à seulement 35 % et encore diminué par une méthode de calcul obsolète – la méthode N_R du Guide romand des marchés publics dans sa version (abandonnée sur ce point) de 1999 – qui privilégiait les offres les plus élevées. L'adoption d'un salaire minimum de CHF 25.- de l'heure restait ainsi concrètement une condition *sine qua non* de l'attribution du marché litigieux. Il y avait donc toujours une atteinte à la liberté économique.

La ville ne pouvait non plus, du point de vue du droit des marchés publics, choisir arbitrairement des critères d'adjudication. Les critères étrangers à l'adjudication étaient, selon la doctrine, inadmissibles, étant entendu que le critère contesté revêtait clairement un caractère social et politique, et que par ailleurs il ne pouvait conduire qu'à une augmentation du prix des offres, comme le reconnaissait du reste la ville.

13) Le 31 mai 2013, la ville a dupliqué en persistant dans ses conclusions et en demandant à ce qu'un délai postérieur au 7 juin 2013 – date de dépôt des offres – lui soit accordé pour compléter ses écritures et modifier le cas échéant ses conclusions quant à la recevabilité du recours.

L'art. 43 RMP laissait les critères d'adjudication à la libre appréciation de l'adjudicateur, les juridictions vérifiant uniquement que le choix de ces critères n'était pas arbitraire.

Il en allait de même des méthodes de notation du prix, quand bien même la méthode retenue avait certes tendance à réduire un peu les différences entre les offres. Il fallait tout de même, pour que cette méthode ne reflète plus vraiment la différence de prix, une différence de plus de 30 % entre les différentes offres.

Il était enfin faux de considérer le critère contesté comme étranger à l'adjudication ; il ne s'agissait notamment pas d'un critère de politique économique extérieure au marché considéré.

14) Le 3 juin 2013, le juge délégué a imparti aux recourantes un délai au 21 juin 2013 pour exercer leur droit à la réplique, après quoi la cause serait gardée à juger.

15) Le 21 juin 2013, les recourantes ont persisté dans leurs conclusions.

EN DROIT

1) La chambre administrative est l'autorité de recours compétente en matière de contentieux des marchés publics (art. 15 al. 2 AIMP ; 3 al. 1 de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 - L-AIMP - L 6 05.0 ; 56 al. 1 RMP).

Le recours est ouvert contre une décision d'appel d'offres (art. 15 al. 1bis let. a AIMP ; art. 55 let. a RMP), dès lors que celle-ci émane d'un pouvoir adjudicateur au sens de l'art. 8 AIMP et que l'appel d'offres concerne la passation d'un marché public de construction, de fournitures ou de services (art. 6 al. 1 AIMP ; art. 2 let. a RMP), qu'il soit ou non soumis aux traités internationaux (art. 5a ss AIMP). En l'espèce, la ville appartient au cercle des pouvoirs adjudicateurs énoncés à l'art. 8 al. 1 let. a AIMP. Son appel d'offres porte sur des prestations de nettoyage et concerne donc le marché des services. Un recours contre l'appel d'offres du 19 février 2013 (« Nettam 13 ») est donc possible.

2) a. Le recours doit être formé dans les dix jours suivant la notification de la décision litigieuse (art. 15 al. 2 AIMP, art. 56 al. 1 RMP). L'appel d'offres étant soumis à publication, le délai court dès la date de celle-ci (art. 30 al. 2 RMP).

b. La qualité pour recourir ne fait pas l'objet d'une réglementation particulière dans l'AIMP, mais relève du droit cantonal de procédure (ATF 131 I 153 consid. 5.1).

c. La qualité pour agir appartient à toute personne touchée directement par une décision et ayant un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 60 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Tel est le cas de la personne à laquelle la décision attaquée occasionne des inconvénients qui pourraient être évités grâce au succès du recours, qu'il s'agisse d'intérêt juridique ou simplement d'intérêt de fait (ATA/524/2011 du 30 août 2011 et les références citées). En matière de marchés publics, peut ainsi recourir contre un appel d'offres tout acteur économique susceptible de soumissionner pour le marché considéré.

En l'occurrence, les sociétés recourantes font partie des sociétés offrant des services de nettoyage à Genève. Elles sont susceptibles de déposer auprès de l'intimée une offre pour l'obtention du marché considéré. Elles ont donc qualité pour recourir contre la décision prise par cette collectivité publique de formuler un appel d'offres (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.157/2001 du 8 septembre 2001 consid. 1b ; en matière de marchés publics fédéraux, Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-6177/2008 du 13 février 2009). L'acte de recours a été posté dans les dix jours suivants la publication de l'appel d'offres dans la FAO. Il s'ensuit que le recours des différentes sociétés de nettoyage est recevable.

A cet égard, le fait que l'effet suspensif au recours n'ait été que partiellement accordé, et que les entreprises recourantes n'aient pas toutes déposé une offre dans le délai échéant le 7 juin 2013 n'est pas pertinent, la qualité pour recourir ne devant pas être conditionnée par l'octroi plus ou moins complet de l'effet suspensif. Dans cette mesure, il ne se justifiait pas d'accorder un délai à la ville, postérieur au 7 juin 2013, pour adapter ses conclusions sur la recevabilité du recours ; la ville n'a du reste pas jugé bon ni de redemander à s'exprimer après le 7 juin 2013, ni d'informer la chambre de céans de la liste des entreprises ayant soumissionné.

d. Reste à examiner si l'AGENS a, comme elle l'invoque, qualité pour déposer un recours associatif dit « égoïste » (ATF 134 II 120 consid. 2.2) ou corporatif, c'est-à-dire dans l'intérêt de ses membres. Conformément à la doctrine et à la jurisprudence, les conditions – cumulatives – d'un tel recours sont au nombre de quatre : il faut que l'association fournisse la preuve de sa personnalité juridique ; que ses statuts la chargent de défendre les intérêts de ses membres ; que leurs intérêts soient touchés, du moins pour la majorité ou pour un grand nombre d'entre eux ; et enfin que chacun de ses membres ait, à titre individuel, qualité pour recourir (ATF 137 II 222 consid. 3.3.1 ; 133 V 239 consid. 6 p. 244 ; 133 II 249 consid. 1.3.1 p. 252 ; 133 II 409 consid. 1.3 p. 413 ; ATA/49/2013 du 29 janvier 2013 consid. 2 ; ATA/440/2012 du 26 juillet 2012 consid. 6a ; ATA/713/2011 du 22 novembre 2011 consid. 6a).

En l'espèce, l'AGENS a fourni ses statuts, qui établissent sa personnalité morale et prévoient comme but statutaire la sauvegarde des intérêts de ses membres. En revanche, elle n'a pas fourni la liste de ses membres. Il n'est dès lors

pas possible de considérer comme démontrées les deux dernières conditions posées par la jurisprudence, notamment quant à la qualité pour recourir individuelle des membres. La question de la qualité pour recourir de l'AGENS souffrira dès lors de demeurer ouverte, la chambre de céans devant de toute façon entrer en matière sur le recours des sociétés recourantes.

3) Le recours se borne à contester le critère d'adjudication « Niveau de rémunération des agents d'entretien », pondéré à 15 %. Il s'agit donc uniquement de déterminer si un tel critère d'adjudication est conforme au droit.

4) Le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat (art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101). Cette disposition consacre le principe de légalité qui gouverne toute activité étatique. En fait partie intégrante la garantie des droits fondamentaux, soit des droits ou des libertés garanties aux particuliers, avec tout ce que cela comporte comme obligations et comme engagements au plan à la fois institutionnel et normatif (A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 2, 3e éd., 2013, n. 1005). Cette garantie implique que « quiconque exerce une activité de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation » (art. 35 al. 2 Cst.). De même, cette garantie conduit à n'autoriser une restriction de ces derniers que si elle est fondée - sauf rares exceptions - sur une base légale, voire une base légale formelle en cas d'atteinte grave (art. 36 al. 1 Cst.), si elle est justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (art. 36 al. 2 Cst.), si elle est proportionnée au but visé (art. 36 al. 3 Cst.) et si elle ne porte pas atteinte à l'essence des droits fondamentaux considérés (art. 36 al. 4 Cst.).

5) a. L'art 50 al. 1 Cst. garantit l'autonomie des communes. Cette garantie est accordée « dans les limites fixées par le droit cantonal ». Selon la jurisprudence, une commune bénéficie de la protection de son autonomie dans les domaines que le droit cantonal ne règle pas de manière exhaustive mais laisse en tout ou en partie dans la sphère communale, lui accordant une liberté de décision importante. Le domaine d'autonomie protégé peut consister dans la faculté d'adopter ou d'appliquer des dispositions de droit communal ou encore dans une certaine liberté dans l'application du droit fédéral ou cantonal. Pour être protégée, l'autonomie ne doit pas nécessairement concerner l'ensemble d'une tâche communale, mais uniquement le domaine litigieux. L'existence et l'étendue de l'autonomie communale dans un cas concret sont déterminées essentiellement par la constitution et la législation cantonales (ATF 137 I 325 consid. 2.2 ; 136 I 395 consid. 3.2.1 ; 136 I 265 consid. 2.1).

b. Les art. 132 ss de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE - A 2 00) règlent l'organisation des communes et des autorités communales. Leur autonomie est garantie dans les limites de la constitution et de la loi (art. 132 al. 2 Cst-GE). La loi fixe les tâches qui sont attribuées au canton et celles qui reviennent aux communes ; elle définit les tâches

conjointes et les tâches complémentaires (art. 133 al. 2 Cst-GE). L'autonomie communale est également consacrée à l'art. 2 de la loi sur l'administration des communes du 13 avril 1984 (LAC - B 6 05). Selon cette dernière disposition, cette autonomie s'exerce dans les limites de l'ordre juridique et plus particulièrement des compétences cantonales et fédérales, ainsi que du pouvoir de surveillance auquel la commune est soumise.

c. Il résulte de ces différents textes qu'une commune, lorsqu'elle déploie une activité étatique, doit respecter les principes généraux du droit public et, partant, ceux résultant de l'art. 5 Cst., incluant la garantie des droits fondamentaux (ATA/321/2010 du 11 mai 2010 ; P. MOOR, Droit administratif, Vol. 3, 2ème éd., 1992, n. 4.1.1.2, p. 158).

Le droit des marchés publics relève du droit public. Les décisions communales prises dans ce domaine constituent une activité étatique. Dès lors, toutes celles qui interviennent au cours de la procédure d'adjudication doivent être prises non seulement dans le respect de la législation spécifique au droit des marchés publics mais également dans celui des principes généraux du droit public rappelés ci-dessus.

6) Avant d'examiner, le cas échéant, la conformité du critère contesté à la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst., il convient de déterminer s'il est admissible selon le droit propre aux marchés publics, étant rappelé que le marché en cause est soumis à l'AMP, à l'AIMP et au RMP, la LMI s'appliquant également. Dans les considérants qui suivent, il pourra toutefois être fait référence, à titre purement indicatif ou de comparaison, au droit des marchés publics de la Confédération ou de l'Union européenne.

7) L'art. VIII let. b 1ère phr. AMP prévoit que les conditions de participation aux procédures d'appel d'offres seront limitées à celles qui sont indispensables pour s'assurer que l'entreprise est capable d'exécuter le marché en question.

8) Selon l'art. 3 al. 1 LMI, la liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles : a) s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux ; b) sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants ; et c) répondent au principe de la proportionnalité. Les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal ; ces prescriptions, et les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse d'une manière contraire à l'art. 3 LMI (art. 5 al. 1 LMI).

9) L'AIMP poursuit quatre buts, à savoir assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et assurer l'impartialité de l'adjudication, assurer la transparence des procédures de passation des marchés et permettre une utilisation parcimonieuse des deniers

publics (art. 1 al. 3 AIMP). Ces objectifs valent du reste pour le droit des marchés publics en général (*cf.* P. HÄNNI/A. STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2013, n. 730, ainsi que M. BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, qui y ajoutent l'efficacité de la protection juridique).

L'art. 11 AIMP recense sept principes généraux gouvernant le droit des marchés publics, au nombre desquels le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail (art. 11 let. e AIMP).

Les dispositions d'exécution cantonales doivent en outre garantir des critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 13 let. f AIMP). L'art. 4 L-AIMP confie au Conseil d'Etat le pouvoir d'édicter ces dispositions d'exécution, ce que ce dernier a fait en adoptant le RMP.

10) Toute discrimination des candidats ou des soumissionnaires est interdite, en particulier par la fixation de délais ou de spécifications techniques non conformes à l'art. 28 RMP, par l'imposition abusive de produits à utiliser ou le choix de critères étrangers à la soumission (art. 16 al. 1 RMP).

Pour le personnel appelé à travailler sur le territoire genevois, les soumissionnaires et leurs sous-traitants doivent respecter les dispositions relatives à la protection sociale des travailleurs et aux conditions de travail applicables à Genève dans leur secteur d'activité (art. 20 al. 1 RMP).

L'autorité adjudicatrice choisit des critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché ; elle doit les énoncer clairement et par ordre d'importance au moment de l'appel d'offres (art. 24 RMP).

Ces deux dispositions figurent dans le chapitre I du Titre III du RMP, soit les principes généraux applicables à tous les marchés publics.

Au sujet plus spécifiquement de l'adjudication (chapitre V du Titre III), le RMP prévoit que l'évaluation est faite selon les critères prédéfinis conformément à l'art. 24 RMP et énumérés dans l'avis d'appel d'offres et/ou les documents d'appel d'offres (art. 43 al. 1 RMP). Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant déposé l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix. Outre le prix, les critères suivants peuvent notamment être pris en considération : la qualité, les délais, l'adéquation aux besoins, le service après-vente, l'esthétique, l'organisation, le respect de l'environnement (art. 43 al. 3 RMP). L'adjudication de biens largement standardisés peut intervenir selon le critère du prix le plus bas (art. 43 al. 4 RMP).

A titre de comparaison, selon l'art. 21 al. 1 de la loi fédérale sur les marchés publics, du 16 décembre 1994 (LMP - RS 172.056.1), l'offre la plus avantageuse économiquement est évaluée en fonction de différents critères, notamment le délai de livraison, la qualité, le prix, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'adéquation de la prestation, le caractère esthétique, le caractère

écologique et la valeur technique. L'art. 27 al. 2 de l'ordonnance sur les marchés publics, du 11 décembre 1995 (OMP – RS 172.056.11), dans sa teneur entrée en vigueur le 1er janvier 2010, prévoit que l'adjudicateur peut, en plus des critères d'adjudication mentionnés dans la loi, utiliser les critères suivants : développement durable, innovation, fonctionnalité, service après-vente, compétence technique, efficacité de la méthode et coûts estimés pendant la durée de vie (lesquels sont pourtant en partie redondants avec ceux mentionnés dans la loi, *cf.* M. BEYELER, Die revidierte VöB – ein Kurzkommentar, DC 2010 106 ss).

11) Selon la jurisprudence, les critères d'adjudication (ou d'attribution) se rapportent directement à la prestation elle-même et indiquent au soumissionnaire comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée et choisie. Ils doivent être distingués des critères d'aptitude (ou de qualification) qui visent à évaluer les capacités financières, économiques, techniques et organisationnelles des candidats ; bien qu'ils concernent la personne même du soumissionnaire, les critères d'aptitude doivent toutefois, selon la doctrine et la jurisprudence, également être directement et concrètement en rapport avec la prestation à accomplir, en ce sens qu'ils doivent porter sur des qualifications nécessaires pour mener à bien cette prestation. Dans la pratique, la distinction entre critères d'aptitude et d'adjudication est parfois difficile à opérer, surtout lorsque l'adjudication se déroule en procédure ouverte (ATF 129 I 313 consid. 8.1 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C_91/2013 du 23 juillet 2013 consid. 2.2.1 ; 2P.322/2006 du 14 août 2007 consid. 3.3.1).

Au sujet de la double prise en compte – au stade de l'aptitude et de l'adjudication – de critères liés à l'entreprise soumissionnaire, le Tribunal fédéral a récemment jugé, dans un arrêt destiné à la publication, que cela n'aurait pas de sens d'utiliser aussi comme critères d'adjudication les critères d'aptitude qui sont soit remplis, soit non remplis. En effet, dans un tel cas, tous les soumissionnaires remplissant la condition obtiendraient la même note, ce qui ne permettrait pas de les distinguer. En revanche, les critères qui, comme celui de la qualité, peuvent faire l'objet d'une notation graduée, peuvent se voir utiliser également comme critères d'adjudication, étant précisé qu'il ne s'agit pas dans ce cas d'un double examen, mais d'un examen sous des angles différents (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_91/2013 du 23 juillet 2013 consid. 2.2.4).

En dehors de l'hypothèse du marché portant sur des biens largement standardisés, non applicable en l'espèce puisque le marché en cause porte sur des services et non des biens, le prix est un critère d'adjudication parmi d'autres. Il en découle premièrement que ce n'est pas nécessairement l'offre la meilleur marché qui obtiendra l'adjudication (ATA/580/2013 du 3 septembre 2013 consid. 15 ; ATA/338/2010 du 18 mai 2010).

12) a. Le pouvoir adjudicateur jouit d'une certaine liberté d'appréciation dans le choix des critères d'adjudication, comme en témoigne l'usage de l'adverbe « notamment » à l'art. 43 al. 3 RMP.

b. On doit cependant distinguer entre les buts ou critères d'adjudication « primaires » et « secondaires ». Les premiers permettent de préciser les différents aspects du « rapport qualité/prix » que constitue l'offre économiquement la plus avantageuse. Les seconds sont en revanche étrangers à la soumission (en allemand : *vergabefremd*) dans la mesure où ils visent à promouvoir par le biais des marchés publics des intérêts publics différents, ou tout du moins plus larges.

c. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que les critères d'adjudication doivent présenter un lien matériel avec le marché. Un tel lien fait défaut si les critères utilisés ou les caractéristiques prises en compte sont sans incidence sur la prestation à fournir. Des critères d'évaluation liés aux prestations ayant parallèlement des retombées économiques, sociales ou environnementales positives (par ex. création d'emplois, élargissement de l'assiette fiscale) sont bienvenus, mais ne sont applicables que s'ils sont pertinents pour le marché concret et n'affectent pas son caractère économiquement avantageux ni l'égalité de traitement entre soumissionnaires. Par contre, les critères motivés par des considérations de politique régionale ou structurelle, fiscale ou encore macroéconomique (par ex. domicile de l'entreprise ou siège fiscal) ne sont pas admis. En effet, ils discriminent en particulier les soumissionnaires étrangers, qui ne peuvent d'emblée remplir ces critères d'ordre national ou régional. La prise en compte des itinéraires d'accès ou de transport n'est un critère admissible que si cela ne contribue pas à favoriser le marché local (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.241/1999 du 31 mai 2000 consid. 4a).

d. Dans le cadre des critères primaires, celui du prix n'est certes pas seul à même de déterminer quelle offre est économiquement la plus avantageuse. La jurisprudence a toutefois retenu que l'importance de ce critère est fonction (décroissante) de la complexité du marché, et peut ne représenter, dans les marchés les plus complexes, que 20 % de l'appréciation globale, par opposition à des marchés portant sur des biens ou des services standardisés (ATF 129 I 313 consid. 9.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.320/2006 du 5 mars 2007 consid. 4.1) ; en revanche, et même s'il n'existe pas de méthode privilégiée de calcul des prix, une méthode de notation qui aurait pour effet d'atténuer fortement l'importance relative du critère du prix dans l'adjudication est inadmissible lorsque ce critère ne bénéficie que d'un faible indice de pondération (ATF 130 I 241 consid. 6).

13) a. On peut constater, tant au niveau suisse qu'européen, une acceptation de plus en plus grande des critères ou buts dits secondaires, lesquels sont généralement de nature sociale ou écologique.

b. En effet, la doctrine publiée à la fin des années 1990 et au début des années 2000 se montrait généralement très réticente à l'admission de tout critère étranger à la soumission, rappelant que de tels critères étaient dans la règle interdits et ne

les admettant que de manière très restrictive (O. RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, RDAF 2001 I 387-413, p. 403 ; H. LANG, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBl 2000 225-248, p. 244 à propos des critères sociaux ; P. GAUCH/H. STÖCKLI, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, 1999, p. 28 ; plus large en revanche M. HAUSER, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, PJA 2001 1405-1422). La jurisprudence de certains tribunaux cantonaux se montrait également restrictive (Arrêt du Tribunal administratif zurichois *in* ZBl 2000 255 consid. 3c, selon lequel les critères écologiques ne sont admissibles que s'ils se rapportent directement au bien ou à la prestation fournie).

c. Depuis, différentes autorités ont pris des positions allant vers une acceptation plus large de ce type de critère.

d. Au niveau européen, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : CJUE) a rendu plusieurs arrêts dans laquelle elle a confirmé l'utilisation de critères sociaux (arrêt « Nord-Pas de Calais », C-225/98 du 26 septembre 2000) ou écologiques (arrêts « Concordia Bus Finland », C-513/99 du 17 septembre 2002 ; « Wienström », C-448/01 du 4 décembre 2003 ; « Bio and Fair Trade », C-368/10 du 10 mai 2012) en droit européen des marchés publics.

Le 20 décembre 2011, la Commission européenne a également soumis une proposition de nouvelle directive sur les marchés publics, indiquant notamment que, « afin de mieux intégrer les considérations sociales dans la passation de marchés publics, les acheteurs devraient aussi pouvoir prévoir, en tant que critères de l'offre économiquement la plus avantageuse, des caractéristiques concernant les conditions de travail des personnes participant directement au processus de production ou à la fourniture des produits ou services en question. Ces caractéristiques ne devraient pouvoir viser qu'à protéger la santé du personnel participant au processus de production ou à favoriser l'intégration, parmi les personnes chargées d'exécuter le marché, des personnes défavorisées ou appartenant à des groupes vulnérables, y compris l'accessibilité pour les personnes handicapées. Des critères d'attribution incluant de telles caractéristiques devraient, en toute hypothèse, se borner aux aspects affectant directement les membres du personnel dans leur environnement de travail » (COM/2011/0896 final, ch. 41 ; d'autres documents de l'Union européenne sont cités par M. STEINER, Sekundarziele im öffentlichen Beschaffungsrecht : In welche Richtung schwingt das rechtspolitische Pendel ?, Jusletter 16 janvier 2012, pp. 2-6).

e. En Suisse, le Tribunal fédéral n'a pas jugé inadmissible le critère dit des apprentis (ATF 129 I 313 consid. 8b, considérant que toutes les législations cantonales le prévoyaient, ce qui n'est pourtant pas le cas de Genève ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.242/2006 du 16 mars 2007 consid. 4.2), qui, généralement pondéré à 5 %, s'est imposé dans la pratique à Genève où il n'a jamais été mis en cause (voir aussi les arrêts de tribunaux administratifs d'autres cantons cités *in*

DC 2010 p. 221 sous n. S71). Il a également considéré comme admissible le critère du « vote public » (consultation des citoyens de la commune au sujet des différents projets) – que le droit zurichois ne mentionnait pas expressément – en notant qu'il ne revêtait qu'un faible poids (10 %) dans l'appréciation des offres (ATF 138 I 143). Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas considéré expressément le critère du vote public comme étranger à la soumission, mais l'a rattaché au critère de « rationalité » (Zweckmässigkeit) prévu par la législation cantonale. Il a également admis dans une autre cause l'usage d'un critère écologique (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.70/2006 du 23 février 2007 consid. 8).

f. Le Conseil fédéral a quant à lui, comme déjà mentionné, modifié l'OMP en 2009, déclarant à cette occasion qu'il « favorise les procédures d'achat fondées sur la prise en considération de critères de développement durable ; la Confédération souhaite acquérir des biens, services et travaux de construction qui satisfont, sur l'ensemble de leur cycle de vie, à des exigences sociales, écologiques et économiques élevées » (Rapport explicatif du département fédéral des finances du 1er janvier 2010 sur la modification de l'OMP, disponible sous <http://www.news.admin.ch/ NSBSubscriber/message/attachments/17764.pdf>).

En revanche, dans sa réponse du 1er février 2012 à l'interpellation du conseiller national J.-C. Schwaab du 21 décembre 2011 au sujet de la valorisation du salaire des nettoyeurs dans le droit des marchés publics (objet parlementaire 11.4093), le Conseil fédéral a estimé qu'il appartenait aux partenaires sociaux de discuter des salaires minimaux et de relever éventuellement les montants fixés par la CCT, les collectivités publiques devant quant à elles veiller à ce que les soumissionnaires auxquelles elles adjugeaient des marchés respectent les conditions de travail ainsi négociées.

g. Une modification de l'art. 21 LMP est enfin actuellement proposée aux Chambres fédérales afin d'y inclure la formation des apprentis comme critère d'adjudication (objet parlementaire 03.445, Rapport de la commission de l'économie et des redevances du Conseil national, FF 2013 4861).

h. A Genève, une proposition de motion M 2169 « Pour une meilleure pondération des critères sociaux et environnementaux dans l'attribution des marchés publics et un soutien aux petites et moyennes entreprises genevoises lors des soumissions » a été déposée au Grand Conseil le 16 septembre 2013. Elle n'a pas encore été débattue.

i. La doctrine accepte désormais de manière presque unanime l'intégration de critères d'adjudication écologiques et sociaux. La plupart des auteurs estiment néanmoins nécessaire que ceux-ci aient une base légale en droit des marchés publics ou dans une loi spéciale (P. GALLI/A. MOSER/ E. LANG/M. STEINER, Praxis der öffentlichen Beschaffungsrechts, 3e éd. 2013, n. 917 ss ; P. HÄNNI/ A. STÖCKLI, *op. cit.*, n. 757 ; R. RHINOW/G. SCHMID/G. BIAGGINI/ F. UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2011, § 19 n. 19 ; M. STEINER, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung,

2010, p. 16), voire obéissent à la triade classique de restriction des libertés publiques (P. GROLIMUND, Ökologische Aspekte im öffentlichen Beschaffungswesen, 2004, p. 41 ; M. HAUSER, Umweltsaspekte von Baustellen im Vergaberecht, DEP 2002 339-386, pp. 369 ss).

Certains auteurs rappellent également qu'en matière de marchés publics, les buts secondaires ne doivent pas aller à l'encontre des buts primaires (M. STEINER, *op. cit.* [Jusletter 16 janvier 2012], p. 1 ; S. SCHULER, « Erfahrung » und « ökologische Überlegungen » als Zuschlagskriterien, DC 2011 233-234, p. 234 sous let. b).

14) En l'espèce, la question des salaires est déjà considérée dans le marché public « Nettam 13 » en tant que critère d'aptitude, puisque les soumissionnaires, sous peine d'exclusion, doivent avoir conclu la CCT en vigueur à Genève ou respecter des standards identiques s'ils n'en sont pas signataires. La prise en compte du salaire comme critère d'adjudication se fait toutefois selon une évaluation non binaire, avec une graduation de la note entre les employeurs qui s'alignent sur la CCT et obtiennent la note 0, et ceux qui versent à leurs agents de nettoyage CHF 25.- de l'heure et plus, qui obtiennent la note maximum de 5. Cette double prise en compte n'est ainsi, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, pas déjà illicite pour ce motif.

15) La ville invoque que le critère du niveau des salaires n'est pas étranger à la soumission, car il influerait directement sur la qualité des prestations.

Un tel point de vue ne peut être partagé. Le niveau des salaires ne peut faire partie intégrante de la prestation demandée, qui concerne le nettoyage : il ne peut donc qu'avoir un effet indirect ou médiat sur la qualité de celle-ci. En outre, la question du lien entre hauteur de la rémunération et la qualité des prestations est récurrente mais controversée tant en économie qu'en science administrative. Un tel lien constitue donc un postulat de nature économique ou politique, mais ne saurait être considéré du point de vue juridique comme une règle générale d'expérience. Le Tribunal fédéral considère du reste expressément la question des salaires minimaux comme relevant de la politique sociale, tout en précisant que l'exigence de salaires minimaux qui ne seraient pas relativement bas, c'est-à-dire proches du revenu minimal résultant des systèmes d'assurance ou d'assistance sociale, sortirait même du cadre de la « politique sociale » pour entrer dans celui de la « politique économique » (Arrêt du Tribunal fédéral 1C_357/2009 du 8 avril 2010 consid. 3.3).

16) a. Le critère d'adjudication du niveau des salaires n'est pas prévu expressément par le RMP. La question de la nécessité d'une inclusion des critères secondaires dans le droit cantonal régissant les marchés publics souffrira toutefois de demeurer ouverte, au vu de ce qui suit.

b. Tel qu'il est mis en œuvre dans le marché public contesté, le critère du niveau des salaires a pour effet d'augmenter de manière quasi mécanique le prix

des offres, puisque le soumissionnaire souhaitant améliorer ses chances d'y être bien noté devra augmenter ses charges salariales, ce qu'il ne pourra en principe pas compenser en rognant sa marge bénéficiaire. La ville reconnaît du reste cet aspect, en disant être « tout à fait consciente que le niveau élevé des exigences entraînera une augmentation générale du coût des prestations » (mémoire de réponse, p. 23).

c. Ainsi, en cherchant à faire augmenter, chez tout ou partie des acteurs de la branche du nettoyage, le salaire minimum de plus de 29 %, la ville a voulu prendre une mesure de politique (économique) structurelle. Le critère contesté, de type secondaire, se heurte de front aux buts primaires du droit des marchés publics, en particulier l'utilisation parcimonieuse des deniers publics, et n'est pas admissible dans ce domaine.

d. De plus, et de manière plus accessoire, la pondération respective des critères du niveau du salaire et du prix (ce dernier n'étant pondéré qu'à 35 % bien que le nettoyage constitue un service assez largement standardisé), alliée à l'emploi d'une méthode abandonnée par le Guide romand des marchés publics (Annexe T5) car favorisant par trop les offres les plus hautes, fait en sorte de privilégier *de facto* ce critère par rapport aux autres, en particulier celui du prix. En effet, toutes choses étant égales par ailleurs, le soumissionnaire qui se contente de respecter les salaires minimaux prévus par la CCT doit présenter une offre 43 % moins chère (ou représentant en proportion 57 % de l'offre de son concurrent) pour prendre l'ascendant sur un soumissionnaire concurrent qui paierait ses agents de nettoyage CHF 25.- de l'heure.

17) Compte tenu de ce qui précède, la question d'une éventuelle atteinte et violation de la liberté économique n'a pas besoin d'être examinée plus avant. Le recours des sociétés de nettoyage sera admis, l'appel d'offres attaqué annulé et la cause renvoyée à la ville pour nouvel appel d'offres ne contenant pas de critère d'adjudication relatif au niveau des salaires.

18) Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée, conjointement et solidairement, aux recourantes ayant gain de cause, à la charge de la ville (art. 87 al. 2 LPA), étant précisé que les recourantes ont agi conjointement, sous la plume d'un même conseil, et ont produit des écritures communes.

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 1er mars 2013 par C. Messerli S.A. Genève, Dosim S.A., Vitsolnet S.A., Briltounet S.A., Uns Services S.A., Sirius Services S.à r.l., Honegger S.A., Pro Net Services S.A., Impec Nettoyages S.A., Arbosa S.A., JL Services S.A., Bâtiment Services Tecnonet S.à r.l., Orgapropre S.A., Cleaning Service S.A., Piezin Nettoyage, Omniservice S.A., Best Net S.A., Best Nettoyage S.à r.l., Big Net S.A. et AL Services S.A. contre l'appel d'offres de la Ville de Genève publié dans la Feuille d'avis officielle du 19 février 2013 ;

au fond :

l'admet ;

admet, en tant qu'il est recevable, le recours interjeté le 1er mars 2013 par l'Association genevoise des entrepreneurs en nettoyage et de service contre l'appel d'offres de la Ville de Genève publié dans la Feuille d'avis officielle du 19 février 2013 ;

annule l'appel d'offres de la Ville de Genève publié dans la Feuille d'avis officielle du 19 février 2013 ;

renvoie la cause à la Ville de Genève au sens des considérants ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à C. Messerli S.A. Genève, Dosim S.A., Vitsolnet S.A., Briltounet S.A., Uns Services S.A., Sirius Services S.à r.l., Honegger S.A., Pro Net Services S.A., Impec Nettoyages S.A., Arbosa S.A., JL Services S.A., Bâtiment Services Tecnonet S.à r.l., Orgapropre S.A., Cleaning Service S.A., Piezin Nettoyage, Omniservice S.A., Best Net S.A., Best Nettoyage S.à r.l., Big Net S.A., AL Services S.A. et à l'Association genevoise des entrepreneurs en nettoyage et de service, prises conjointement et solidairement, une indemnité de procédure de CHF 2'000.-, à charge de la Ville de Genève ;

dit que, conformément aux art. 82 ss 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 valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics ;

s'il soulève une question juridique de principe ;

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

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

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Junod, MM. Dumartheray, Verniory et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	le président siégeant :
M. Rodriguez Ellwanger	Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :