

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2584/2011-MARPU

ATA/657/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 18 octobre 2011

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**

EN FAIT

1. Le 5 juillet 2011, la Ville de Genève (ci-après : la ville) a publié un communiqué de presse intitulé « la ville s'engage à mieux payer le personnel chargé du nettoyage ».

Elle tenait à ce que les équipes de nettoyages qui entretenaient les locaux de l'administration municipale soient mieux rémunérées et mieux formées. Il s'agissait « d'employé-e-s » vivant dans des conditions très précaires, souvent des femmes migrantes, peu ou pas formées, et travaillant à temps partiel. Sur proposition de l'une de ses membres, le Conseil administratif de la ville avait décidé de lancer un plan de mesures inédites, qui constituait une première en Suisse. Dorénavant, si des sociétés soumissionnaires voulaient décrocher un marché public de la ville, elles devraient répondre à de nouvelles obligations. Elles devraient ainsi payer leur personnel au tarif horaire de CHF 25.- (vacances non comprises) au lieu des CHF 18,20 exigés par la Convention collective de travail pour le secteur du nettoyage dans le canton de Genève (CCT - SN - J1 50.35 ; ci-après : CCT-SN). Elles seraient contraintes de communiquer la liste nominative des « collaborateurs-trices » qui travaillaient dans les locaux de la ville. Les contrats individuels seraient aussi exigés, de même qu'un rapport trimestriel des prestations effectuées. Pour les « employé-e-s non qualifié-e-s », les entreprises devraient aussi payer la formation de nettoyeurs (cinq jours) reconnue par la commission paritaire professionnelle genevoise du nettoyage (ci-après : CPPGN). Ce nouveau cahier des charges avait été élaboré après consultation de cette dernière et serait valable pour tous les nouveaux appels d'offres. A travers ces mesures, la ville voulait améliorer le quotidien du personnel du nettoyage en lui assurant un salaire décent et en lui permettant de recevoir une qualification minimale. Enfin, les contrôles renforcés permettraient de lutter efficacement contre le travail « au noir ». Cette mesure aurait une incidence sur le budget communal à hauteur de CHF 1'000'000.-.

2. Le groupement des entreprises de services de propreté (ci-après : GESP) et l'association genevoise des entrepreneurs en nettoyage et en service (ci-après : AGENS), dans un communiqué de presse du 12 juillet 2011, se sont opposés à l'initiative précitée, qu'ils considéraient comme contraire à la loi, mettant en danger la CCT-SN et la paix sociale, impraticable, inéquitable et générant des coûts exorbitants pour les contribuables.
3. a. Le 15 août 2011, 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) 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 propreté. Ledit appel d'offres était 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 ». Il était divisé en lots et des offres étaient possibles pour plusieurs d'entre eux.

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 y relatif pouvait être obtenu auprès de la CMAI, ce qui impliquait l'inscription préalable 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.

4. 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 ».

5. 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.

6. L'art. 38 du cahier de soumission prévoyait les « conditions particulières » suivantes :

« 1° Les agents d'entretien intervenant dans l'exécution des prestations de nettoyage pour la ville devront être de catégorie 4 + minimum, c'est-à-dire avoir bénéficié d'une formation de cinq jours, 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 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, 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. »

7. Selon l'annexe B du cahier de soumission intitulée « méthode d'évaluation des offres », le marché serait adjugé sur la base des critères suivants, ainsi pondérés :

- 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 %), et indiquait pour chacun d'entre eux des critères de notation ainsi que le barème ;

en recourant à une notation allant de 0 à 5 de ces critères pondérés.

8. Concernant le critère d'adjudication relatif au prix, l'annexe B précitée prévoyait :

« Le critère « Prix » est évalué sur la base du montant total des prestations annuelles d'entretien hors TVA. Les soumissionnaires doivent obligatoirement tenir compte du salaire horaire fixé à CHF 25.- minimum (vacances non comprises) pour les collaborateurs-trices engagés pour l'exécution du présent contrat (cf. art. 38 du cahier de soumission). Dans le cas contraire, leur offre sera écartée ».

L'offre la meilleure marché et répondant aux conditions requises obtient la note 5. Les autres offres considérées seront notées par rapport à l'offre la meilleure marché en appliquant une formule mathématique indiquée dans ladite annexe.

9. Parmi les entreprises intéressées, ont demandé et obtenu le dossier d'appel d'offres du marché Nettam_11 par la remise du CD-ROM contenant la documentation :

- Dosim S.A. le 18 août 2011 ;
- C. Messerli S.A. le 24 août 2011 ;
- Vitsolnet S.A. le 25 août 2011 ;
- Briltounet S.A. le 31 août 2011 ;

10. Le 25 août 2011, ces quatre entreprises, agissant par l'intermédiaire d'un avocat, 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 du 15 août 2011 relatif au marché « Nettam_11 », concluant, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif et, sur le fond, à l'annulation dudit appel d'offre.

Le recours visait l'obligation faite au soumissionnaire, contenue dans l'art. 38 du cahier de soumission, de conclure des contrats de travail prévoyant un salaire horaire minimum de CHF 25.-.

Dans le secteur du nettoyage, les partenaires sociaux représentés du côté des employeurs par le GESP et l'AGENS avaient conclu le 19 janvier 2010 une convention collective de travail valable jusqu'au 31 décembre 2013. Celle-ci imposait la conclusion d'un contrat de travail écrit, respectant des règles en

matière de durée du travail et de contenu. Un salaire horaire minimal devait être versé. La CPPGN avait été chargée du contrôle de sa mise en œuvre. Le Conseil d'Etat avait autorisé et étendu l'application de cette CCT-SN au territoire cantonal. Cette convention avait en outre été approuvée par le département fédéral de l'économie. Elle s'appliquait également aux travailleurs d'entreprises d'autres cantons détachées à Genève

L'appel d'offres violait le principe de transparence prescrit par l'art. 1 al. 3 AIMP car il ne mentionnait pas comme condition de l'obtention du marché la conclusion de contrats de travail prévoyant un salaire horaire minimum de CHF 25.- (art. 26 litt. e et f RMP).

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. 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, avait arrêté, dans des recommandations du 11 mars 2011, les usages dans le secteur du nettoyage. Lesdites recommandations reprenaient comme usuels les salaires minimaux prévus par la convention collective étendue, applicable au secteur du nettoyage, soit, pour les employés travaillant moins de vingt heures par semaine, un salaire horaire de CHF 18,20. 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 contraires à l'art. 43 RMP les obligations salariales imposées par l'intimée.

L'art. 38 du cahier de soumission contrevenait 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 selon les usages applicables dans le canton adjudicateur en l'absence d'une situation de dumping social.

La condition salariale contestée portait atteinte 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.

Cette condition n'obéissait à aucun motif d'intérêt public dès lors qu'elle dérogeait au système de la convention collective de travail en cherchant à imposer

par un autre biais des conditions salariales divergeant de celles prévues dans ces accords.

Finalement, elle violait le principe de la proportionnalité dans la mesure où le salaire horaire minimal avait été arrêté à CHF 25.- de manière arbitraire, sans qu'il résulte d'une quelconque étude des conditions locales et de la situation du personnel de nettoyage, dont les 80 % ne recherchaient dans cette activité qu'un revenu accessoire.

11. Le 9 septembre 2011, la ville a conclu au rejet de la requête d'octroi de l'effet suspensif.
12. Le 15 septembre 2011, la présidente siégeant de la chambre administrative a restitué partiellement l'effet suspensif, laissant la procédure d'appel d'offres suivre son cours jusqu'au dépôt de celles-ci mais n'autorisant pas la ville à procéder plus avant.
13. Le 30 septembre 2011, la ville a répondu, concluant au rejet du recours.

Dès 2006, elle avait instauré un dialogue avec les différents acteurs de la branche économique du nettoyage, notamment avec la CPPGN dont deux dirigeants des sociétés recourantes étaient membres. Par ailleurs, elle avait décidé d'augmenter le niveau d'exigences en matière de nettoyage de ses bâtiments administratifs et publics au vu de l'insatisfaction exprimée par les usagers. Elle était désireuse de faire appel à du personnel de nettoyage plus qualifié et mieux formé, ce qui impliquait d'adapter le taux de rémunération horaire de celui mis en œuvre. Elle souhaitait obtenir des garanties quant à l'adéquation entre le cahier des charges et les prestations effectivement fournies par le biais de l'engagement d'un contrôleur.

Le 16 mars 2011, elle avait écrit à chacune des entreprises alors chargées du nettoyage des locaux qui devraient faire l'objet de l'appel d'offres Nettam_11 pour les informer qu'elle avait du retard dans le lancement de celle-ci car une partie des clauses contractuelles du cahier de soumission était en cours de révision en collaboration avec la CPPGN, si bien que les contrats échus étaient reconduits. Dès que le Conseil administratif se serait prononcé sur les nouvelles dispositions prises, la ville procéderait au lancement des appels d'offres.

Le 6 avril 2011, le Conseil administratif avait pris acte des améliorations souhaitées. Elles seraient applicables dans le cadre du futur marché public pour le nettoyage de ses bâtiments administratifs et publics, ce qui avait débouché sur le lancement, le 15 août 2011, de l'appel d'offres Nettam_11.

Le salaire horaire minimum de CHF 25.- imposé avait été pris en compte dans le calcul du prix pour ledit marché public. La différence entre le salaire de la

CTT et le salaire imposé était donc financée par la ville. Les entreprises de nettoyage ne subissaient ainsi aucun préjudice économique à cet égard.

Le principe de transparence était respecté puisque toutes les entreprises savaient que celles qui ne respecteraient pas les conditions de l'appel d'offres seraient éliminées.

Sur le fond, aucune violation du principe de transparence ne pouvait lui être reprochée dès lors que le cahier de soumission de l'appel d'offres indiquait clairement quelles étaient les conditions de participation au marché (art. 12), les critères d'aptitude (art. 13) et les critères d'adjudication (art. 32). L'exigence d'un salaire horaire minimum de CHF 25.- ne constituait pas une condition de participation à l'offre mais résultait d'une condition particulière prévue à l'art. 38 du cahier de soumission.

Cette exigence n'était pas contraire aux dispositions de l'AIMP, du RMP et de la LIRT. Le cahier de soumission respectait le principe d'égalité de traitement. Les CCT avaient pour objectif de prévoir des conditions de travail minimales pour protéger la partie économiquement la plus faible pour les catégories de travailleurs susceptibles d'intervenir dans les locaux de la ville, le droit au salaire était au minimum de CHF 18,20 bruts de l'heure. Le fait de prévoir un salaire horaire minimum supérieur à celui prévu dans la CCT était une condition favorable aux travailleurs qui n'était pas invalidée par celle-ci.

Au demeurant, la ville avait aussi demandé que les agents d'entretien intervenant dans le marché soient de catégorie 4+, à savoir des agents ayant bénéficié de la formation mise sur pied par la CPPGN.

Au regard du droit des marchés publics, la seule exigence posée par la loi était que les conditions prévues par l'autorité adjudicatrice ne soient pas inférieures aux normes minimales, mais rien n'empêchait celle-ci d'aller au-delà de ce minimum.

Sous l'angle de la LIRT, le salaire horaire exigé n'était que légèrement supérieur à celui reconnu par l'OCIRT comme usuel, au vu des exigences de qualification et de formation qu'elle avait posées.

La condition résultait de l'art. 38 al. 3 du cahier de soumission et respectait les art. 42 RMP, relatif aux critères d'exclusion, et 43 RMP, concernant les critères d'adjudication. Le fait qu'elle impose un salaire horaire minimum parce qu'elle avait intégré cette donnée dans le calcul de son budget n'était pas en contradiction avec son souhait d'adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, conformément à l'art. 43 RMP, ce que démontrait le fait que le critère du prix ait un poids de 27 % dans l'évaluation.

La condition litigieuse respectait également le principe de non-discrimination contenu à l'art. 5 LMI et ne constituait pas une restriction à la liberté d'accès au marché contraire aux art. 3 al. 1 et 4 LMI.

Enfin, elle ne portait nullement atteinte à la liberté économique.

La condition salariale en question n'avait pour objet que le marché public visé par l'appel d'offre du 15 août 2011, pour lequel elle demandait du personnel mieux formé, donc mieux rémunéré. Il ne s'agissait aucunement d'étendre le champ de la CCT du secteur ou de la remettre en question. Celle-ci prévoyait d'ailleurs des catégories d'employés pour lesquelles le salaire horaire était plus élevé.

Il n'y avait aucun danger pour la paix sociale. Contrairement à ce que les recourantes alléguaient, elles ne seraient pas obligées d'augmenter le salaire de leurs employés. L'appel d'offres ne contenait aucune exigence à cet égard. Dès lors que la ville prenait en charge le coût horaire fixé dans le cadre du marché public Nettam_11, les entreprises de nettoyage ne subiraient aucun préjudice économique à cet égard.

EN DROIT

1. La chambre administrative est l'autorité de recours compétente en matière de contentieux des marchés publics (art. 15 al. 2 AIMP ; 2 al. 1 L-AIMP ; 56 al. 1 RMP).

Le recours est ouvert contre une décision d'appel d'offres (art. 15 al. 1bis let. a AIMP ; 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 ; 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 15 août 2011 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 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 quatre 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 qualité pour recourir contre la décision prise par cette collectivité publique de formuler un appel d'offres. 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 est recevable.

3. Il s'agit de déterminer si l'obligation imposée par la ville aux entreprises dans l'appel d'offres du 15 août 2011 de tenir compte d'un salaire horaire minimum de CHF 25.- (vacances comprises), aux employés affectés à l'exécution du marché, est conforme au droit.
4. Le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat (art. 5 al. 1 Cst.). 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, 2^{ème} éd., 2006, n° 1, p. 1 et n° 1005, p. 472). 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 129 I 410 consid. 2.1 p. 412 ss ; 129 I 313 consid. 5.2 p. 320 ; 126 I 133 consid. 2 p. 136 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_384/2007 du 14 mai 2008 ; A. AUER / G. MALINVERNI / M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Vol. 1, Berne 2006, p. 94, n. 272).

b. Les art. 144 ss de la Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 (Cst-GE - A 2 00) règlent l'organisation des communes et des autorités communales à ses art. 144 ss. Le principe de l'autonomie communale n'y est pas expressément mentionné, mais il est consacré à l'art. 2 de la loi sur l'administration des communes du 13 avril 1984 (LAC - B 6 05). Selon ce texte, 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, 2^{ème} 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. a. Selon l'art. 27 al. 1 Cst., la liberté économique est garantie. Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst.). Cette liberté protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 128 I 19 consid. 4c.aa p. 29 ; Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, in FF 1997 I 1 ss p. 176). Elle peut être invoquée aussi bien par les personnes physiques que par les personnes morales (Arrêts du Tribunal fédéral 2P.162/2002 du 11 novembre 2002, consid. 3.1 ; 2P.38/2001 du 30 août 2002, consid. 3.2 ; FF 1997 I 1 ss p. 179).

b. A elle seule, la consécration constitutionnelle de la liberté économique ne saurait garantir l'existence d'une économie libre. Celle-là doit en effet être mise en œuvre par le droit ordinaire dès lors que ce sont les rapports de production et d'échange qui font vivre le système économique et qui, par conséquent, en constituent le substrat (A. AUER / G. MALINVERNI / M. HOTTELIER, op. cit, Vol. 2, n° 913, p. 429). Au nombre des règles cardinales matérialisant la liberté

économique figure la liberté contractuelle (ATF 102 Ia 533, consid. 10a ; ATF 130 I 26), consacrée par les art. 1 et 19 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations (CO - RS 220)). Celle-ci englobe la liberté de déterminer l'objet du contrat, de conclure ou de ne pas conclure, de choisir le cocontractant, de déterminer la forme du contrat, de pouvoir le modifier et d'y mettre fin (A. AUER / G. MALINVERNI / M. HOTTELIER, op. cit, Vol. 2, n° 914, p 429).

c. Les restrictions à la liberté économique sont possibles pour autant qu'elles respectent les principes énoncés à l'art. 36 Cst. Elle peuvent prendre la forme de prescriptions cantonales instaurant des mesures de police proprement dites, mais également d'autres mesures d'intérêt général tendant à procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens ou à accroître ce bien-être, telles que les mesures sociales ou de politique sociale. Ces restrictions cantonales doivent reposer sur une base légale, être justifiées par un intérêt public prépondérant et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis. Les restrictions cantonales à la liberté économique ne peuvent toutefois se fonder sur des motifs de politique économique et intervenir dans la libre concurrence pour favoriser certaines formes d'exploitation en dirigeant l'économie selon un certain plan, à moins que cela ne soit prévu par une disposition constitutionnelle spéciale (ATF 125 I 209, consid. 10a p. 221, et la jurisprudence citée ; Arrêts du Tribunal fédéral 2P.162/2002 du 11 novembre 2002, consid. 3.1 ; 2P.38/2001 du 30 août 2002, consid. 3.2 ; ATF 128 I 3, consid. 3a et b p. 9).

7. Lorsqu'une personne physique s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service d'un employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps où le travail fourni, il y a conclusion d'un contrat individuel de travail au sens des articles 319 ss CO. Le droit du contrat de travail prévoit trois types de dispositions légales applicables à ce type de contrat, tout d'abord celle auxquelles il ne peut être dérogé ni au détriment de l'employeur ni à celui du travailleur (énoncées à l'art. 361 CO), ensuite celles auxquelles il ne peut pas être dérogé au détriment du travailleur (énoncées à l'art. 362 CO), finalement les autres dispositions du titre IX du CO, qui sont de droit dispositif donc soumises à la liberté contractuelle (art. 19 CO). Des règles particulières peuvent être convenues entre les associations représentant les employeurs et les employés dans le cadre des conventions collectives de travail, afin de régler le contenu des rapports de travail (art. 356 et ss CO) qui doivent cependant respecter le droit impératif de la confédération et des cantons (Art. 358 CO). Ces conventions collectives peuvent déployer un effet obligatoire sur l'entier du territoire de la Confédération, d'un ou de plusieurs cantons dès lors qu'elles ont fait l'objet d'une décision d'extension prise par l'autorité fédérale ou cantonale compétente dans le respect de la procédure et les conditions prévues par la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du

28 septembre 1956 (RS 221 - 215. 311). La Confédération ou les cantons peuvent également édicter des contrats-types de travail pour imposer le respect de clauses relatives à la conclusion, l'objet ou la fin des contrats individuels de travail (art. 359 al. 1 CO).

8. Le paiement par l'employeur d'une rémunération au travailleur est l'un des éléments essentiels du contrat individuel de travail. A teneur de l'art. 322 CO qui est de droit dispositif, le premier paie au deuxième le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat type de travail ou par une convention collective.
9. Dans le canton de Genève, les conditions de travail des personnes employées dans le secteur du nettoyage sont réglées depuis le 1^{er} mars 2011, par des dispositions de la CCT-SN, qui a fait l'objet le même jour d'une décision d'extension de la part du Conseil d'Etat (ArCCT - SN J1 50.34 ; ci-après : ArCTT-SN).

L'ArCCT-SN prévoit que la CCT-SN s'applique à tout le territoire de Genève, à toutes les catégories de travailleurs de toutes les entreprises actives dans le domaine du nettoyage, de la propreté et de l'hygiène, ayant leur siège, une succursale ou un établissement dans le canton de Genève (art.3 ArCCT-SN) ainsi qu'aux travailleurs détachés au sens de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les conditions minimales de travail et de salaires applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement (LDet – RS 823.20) exécutant un travail à Genève (art.4 ArCCT-SN). Toutes les dispositions de la CCT-SN sont de droit impératif à l'exception de celles reproduites en italique (art. 1 ArCCT-SN) dans le texte figurant au recueil systématique des lois genevoises.

La CCT-SN définit en son art. 4 les différentes catégories de personnel auxquelles elle s'applique, avec description de leur activité principale à savoir, les nettoyeurs classés de 1 à 3 selon leur niveau de formation, le personnel d'entretien classé en trois catégories, soit 4 (employés d'entretien travaillant plus de vingt heures par semaine), 4+ (employés d'entretien bénéficiant du certificat de formation) et 5 (employés d'entretien travaillant moins de vingt heures par semaine et finalement le personnel remplaçant, classé 6.

La CCT-SN prévoit en son art. 5 ch. 1 que les salaires sont prévus dans une grille annexée à la CCT. Selon celle-ci, le salaire horaire à payer au personnel d'entretien de la catégorie 4+ s'élève à CHF 19,35 en 2011, à CHF 19,60 en 2012 et à CHF 19,80 en 2013. Pour le personnel de la catégorie 4, le salaire horaire est de CHF 19,35 sans modification, et pour celui de la catégorie 5 de CHF 18,20 sans modification.

Tant les art. 4 que 5 ch. 1 CCT-SN appartiennent au droit rendu impératif dans le canton de Genève par l'ArCCT-SN.

10. En l'occurrence, 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, a pour effet d'obliger celles-ci à prendre l'engagement, pour l'exécution du marché public considéré, de verser à leurs employés des salaires supérieurs à ceux prévus par les normes impératives de la CTT-SN en vigueur dans le canton de Genève. Une telle obligation vide la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst., alors que les conditions d'une restriction de celle-ci ne sont pas réalisées. Même si l'intimée peut considérer qu'il y a un intérêt public à améliorer la rémunération des travailleurs actifs dans le secteur professionnel du nettoyage, aucune base légale de droit cantonal ou fédéral ne l'autorise à l'imposer à l'occasion d'un appel d'offres dans un marché public. Au contraire, si les employeurs sont obligés dans le canton de Genève de respecter les conditions salariales fixées par la CCT-SN, l'art. 19 CO leur accorde la liberté d'allouer ou non une rémunération supérieure à celle que cette convention prévoit et ils ne peuvent être privés de cette faculté.

L'intimée considère qu'elle était en droit d'imposer ces conditions dès lors que la formulation d'une offre respectant ces conditions ne causait aucun préjudice économique aux entreprises et qu'elle avait intégré ce supplément de prix dans les montants qu'elle était prête à payer. En raisonnant ainsi, la ville oublie qu'elle n'est pas l'employeur du personnel qui sera amené à nettoyer les locaux considérés. Dès lors, elle ne peut se substituer à ce dernier pour déterminer la rémunération à accorder à ce personnel.

11. Le recours sera admis et l'appel d'offres du 15 août 2011 annulé, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres griefs des recourantes se rapportant à la violation de règles spécifiques aux marchés publics, tels le principe de transparence, celui de l'interdiction du traitement non discriminatoire au sens des art. 11 AIMP ou 5 LMI, des art. 20 ou 32 RMP, voire à la transgression de dispositions de la LIRT.
12. Malgré cette issue, aucun émoulement ne sera mis à la charge de la ville (art. 87 al. 1 LPA dans sa nouvelle teneur dès le 27 septembre 2011). Une indemnité de procédure de CHF 500.- sera allouée à chacune des recourantes, qui ont agi par un seul acte et par l'intermédiaire d'un seul avocat (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 25 août 2011 par Briltounet S.A., C. Messerli S.A., Dosim S.A. et Vitsolnet S.A. contre la décision de la Ville de Genève - centrale municipale d'achat et d'impression du 15 août 2011 ;

au fond :

l'admet ;

annule l'appel d'offres du 15 août 2011 de la Ville de Genève relative au marché public Nettam_11 ;

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

alloue une indemnité de procédure de CHF 500.- à chacune de recourantes, soit à Briltounet S.A., C. Messerli S.A., Dosim S.A. et Vitsolnet S.A., à la 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 ;

- 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.

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

Siégeants : Mme Hurni, présidente, M. Thélin, Mme Junod, MM. Dumartheray et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction :

M. Tonossi

la présidente siégeant :

E. Hurni

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :