

# **GE\_GERICHTE ATA/1260/2018 vom 27. November 2018**

GE Cour de justice, 2018-11-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_1260\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1260_2018)

FR: GE\_GERICHTE ATA/1260/2018 du 27 novembre 2018

IT: GE\_GERICHTE ATA/1260/2018 del 27 novembre 2018

## **Regeste**

Résumé: L'appel à candidatures, lequel constitue un appel d'offres conformément à l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral, ne respecte pas plusieurs des conditions énoncées aux art. 25 à 30 RMP, soit notamment la publication sur la plateforme SIMAP ainsi que l'indication du nom de l'autorité adjudicatrice, du type de procédure et du fait que le marché était soumis aux traités internationaux. Ce constat ne peut conduire qu'à son annulation. Recours partiellement admis, dès lors que plusieurs intimés doivent être mis hors de cause.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le présent arrêt fait suite à l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_229/2017 du 9 mars 2018, lequel a retenu que le mandat tendant à l'exploitation d'un système de VLS dans les communes concernées entraine dans le champ d'application de l'AIMP. Le Tribunal fédéral a ainsi considéré que la chambre administrative était compétente pour traiter le recours formé le 13 novembre 2015 par la recourante contre l'appel à candidature publié dans la FAO le 3 novembre 2015, lequel constituait un appel d'offres susceptible de recours.

Dans ces conditions, le recours du 13 novembre 2015, formé dans les dix jours suivants la publication de l'appel à candidature dans la FAO du 3 novembre 2015, est recevable.

### **E. 2**

La recourante sollicite la mise en œuvre d'une expertise afin de déterminer les coûts d'exploitation et d'installation relatifs au développement d'un système de VLS répondant aux conditions de l'appel à candidatures du 3 novembre 2015 ainsi que la production de différents documents en lien avec le projet « Geroule » et de l'offre de PubliBike.

- 10/17 -

A/3984/2015

Compte tenu de ce qui suit, il ne sera pas fait droit aux réquisitions de preuves formées par la recourante, lesquelles ne sont pas pertinentes pour la résolution du présent litige.

### **E. 3**

À titre préalable, il convient de déterminer l'identité du pouvoir adjudicateur dans la présente affaire. La recourante considère que le Conseil d'État, TPG Vélo et les communes de Carouge, Genève, Lancy, Onex, Plan-les-Ouates et Vernier ont tous la qualité de pouvoir adjudicateur, et donc de parties. Les intimés considèrent quant à eux que seul le Conseil d'État peut être le pouvoir adjudicateur.

### **E. 4**

a. Le droit suisse des marchés publics tire sa source, d'une part, des traités internationaux ratifiés par la Suisse en la matière, notamment l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0632.231.422) et ses annexes et, d'autre part, au plan du droit interne de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02). Cette législation est concrétisée à Genève par l'AIMP et le RMP.

b. L'AIMP vise l'ouverture des marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales. Il s'applique également aux tiers, dans la mesure où ceux-ci sont obligés par des accords internationaux (art. 1 al. 1 AIMP).

Selon l'art. 8 al. 1 AIMP, sont soumis aux dispositions des accords internationaux les pouvoirs adjudicateurs suivants : les cantons, les communes, de même que les autres collectivités de droit public cantonal ou communal, dans la mesure où elles n'ont pas un caractère commercial ou industriel (let. a) ; les autorités de même que les entreprises publiques et privées opérant au moyen d'un droit exclusif ou particulier dans les domaines de l'approvisionnement en eau, en énergie et dans celui des transports et des télécommunications. Sont seuls soumis au présent accord les marchés en relation avec l'exécution en Suisse de leurs tâches dans les domaines précités (let. c) ; les autres adjudicateurs selon les traités internationaux en vigueur (let. d).

L'art. 8 al. 2 AIMP prévoit encore que sont en outre soumis aux dispositions relatives aux marchés non soumis aux traités internationaux, lorsqu'ils adjugent d'autres marchés publics, les autres collectivités assumant des tâches cantonales ou communales dans la mesure où elles n'ont pas de caractère commercial ou industriel (let. a) et les projets et prestations qui sont subventionnés à plus de 50 % du coût total par des fonds publics (let. b).

c. Selon l'art. 2 let. a RMP, constitue un marché public, tout contrat passé entre un pouvoir adjudicateur désigné à l'art. 7 et une entreprise privée ou une personne indépendante qui vise à l'acquisition d'un ouvrage, d'une prestation ou d'un bien immobilier, moyennant le paiement d'un prix.

- 11/17 -

A/3984/2015

Le marché public en question peut être ou non soumis aux traités internationaux (art. 6 RMP).

Aux termes de l'art. 7 al. 1 RMP, qui reprend en grande partie le contenu de l'art. 8 al. 1 et 2 AIMP, sont assujettis au RMP : l'État, les communes et leurs établissements ou fondations de droit public, dans la mesure où ils n'ont pas un caractère commercial ou industriel (let. a) ; les entreprises publiques ayant pour but l'accomplissement de tâches cantonales ou communales (let. b) ; les privés pour les projets et prestations subventionnés à plus de 50% du coût total par des fonds publics (let. c) ; les organismes et entreprises privés ou publics opérant au moyen d'une concession ou d'un monopole de droit dans les domaines de l'approvisionnement en eau, en énergie et dans ceux des transports et des télécommunications, pour les seuls marchés en relation avec l'exécution à Genève de leurs tâches dans les domaines précités (let. d) ; les autres autorités adjudicatrices, selon les traités internationaux en vigueur (let. e) ; les organisations communes, quelle que soit leur forme juridique, composées d'autorités adjudicatrices assujetties (let. f).

Ne sont pas assujetties audit règlement, les autorités adjudicatrices au bénéfice d'une décision d'exemption prise en application de l'art. 3 par. 5 de l'accord bilatéral entre la

Communauté européenne et la Confédération suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics du 21 juin 1999 (RS 0.172.052.68 ; art. 7 al. 2 RMP).

d. Une entité qui n'entre pas dans le champ d'application subjectif du droit des marchés publics n'a pas la faculté de s'y soumettre spontanément (Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, n. 249 p. 155).

#### **E. 5**

Selon l'art. 12 de la loi sur le domaine public du 24 juin 1961 (LDPu - L 1 5), chacun peut, dans les limites des lois et des règlements, utiliser le domaine public conformément à sa destination et dans le respect des droits d'autrui

À teneur de l'art. 13 LDPu, l'établissement de constructions ou d'installations permanentes ou non permanentes sur le domaine public, son utilisation à des fins industrielles ou commerciales ou toute autre occupation de celui-ci excédant l'usage commun sont subordonnés à une permission (al. 1). Les utilisations précitées sont subordonnées à une concession si elles sont assorties de dispositions contractuelles (al. 2).

Les permissions sont accordées par l'autorité cantonale ou communale qui administre le domaine public (art. 15 LDPu).

Les concessions sont octroyées par le Conseil d'État ou, si leur durée est supérieure à vingt-cinq ans, par le Grand Conseil (art. 16 al. 1 LDPu).

- 12/17 -

A/3984/2015

#### **E. 6**

En l'espèce, il ne fait aucun doute que l'État de Genève, représenté par le Conseil d'État, tout comme les communes sont des pouvoirs adjudicateurs soumis aux règles des marchés publics au sens des art. 7 al. 1 let. a RPM et

#### **E. 8**

En l'espèce, la recourante estime que la valeur du marché s'élèverait au minimum à CHF 1'323'000.-, tandis que l'intimé considère qu'il se monterait au total à CHF 392'000.-. Il apparaît ainsi acquis, même en l'absence d'évaluation précise, que la valeur du marché lié à l'octroi d'une concession d'occupation du domaine public durant sept ans pour l'exploitation d'un système de VLS est supérieure aux seuils des marchés soumis aux traités internationaux selon l'annexe I de l'AIMP et l'annexe I RMP, à savoir CHF 350'000.- tant pour les marchés de fournitures que de services, lorsque l'adjudicateur est un canton ou une commune.

L'intimé ne saurait prétendre de bonne foi que le fait que la présente mise en concurrence doive être assimilée à un marché public implique qu'il devrait exister en réalité six marchés distincts, pour chacune des six communes concernées, dont

- 15/17 -

A/3984/2015

les valeurs seraient inférieures à CHF 150'000.-. En effet, l'intimé n'a eu de cesse d'affirmer que seul le Conseil d'État était le seul adjudicateur du projet. Il a notamment exposé, dans son écriture du 30 novembre 2015, qu'aucune des six communes n'avait pris la décision de

lancer un appel à candidatures ni n'avait participé à l'organisation de celui-ci. Le projet avait été présenté par TPG Vélo et le département aux communes, lesquelles avaient uniquement fait part de leur intérêt. La présente mise en concurrence ne peut dès lors faire l'objet d'une procédure de gré à gré, comme le soutient l'intimé.

#### **E. 9**

Le présent marché public, visant l'octroi d'une concession pour l'utilisation du domaine public en vue de l'exploitation d'un système de VLS, est donc soumis aux traités internationaux et ne pouvait donc faire l'objet que d'une procédure ouverte ou sélective (art. 12A al. 1 AIMP ; art. 11 al. 1 RMP), les conditions de l'art. 15 al. 3 RMP n'étant pas réalisées pour passer le marché de gré à gré (art. 11 al. 1 in fine RMP).

S'agissant des procédures ouvertes et sélectives, un avis d'appel d'offres est publié sur la plateforme électronique sur les marchés publics gérée par l'association simap.ch ([www.simap.ch](http://www.simap.ch) ; art. 25 al. 1 RMP). L'appel d'offres indique, notamment, le nom de l'autorité adjudicatrice, le type de procédure, l'objet et l'importance du marché, la date, le délai probable d'exécution ou la durée éventuelle du marché, les conditions de participation, les critères d'aptitude et/ou les critères d'adjudication énoncés par ordre d'importance, la langue de l'offre, l'adresse pour l'obtention des documents et renseignements supplémentaires, le lieu et l'échéance du délai pour la remise de l'offre, le cas échéant, le montant de l'émolument et si le marché est soumis aux traités internationaux (art. 26 let. a à k RMP). L'art. 27 RMP définit le contenu minimum des documents mis à disposition des candidats, lesquels doivent contenir tous les renseignements nécessaires à l'établissement de l'offre. Les art. 28 à 30 RMP établissent encore un certain nombre de règles relatives à l'appel d'offres.

En l'occurrence, force est de constater que l'appel à candidatures du 3 novembre 2015, lequel constitue un appel d'offres conformément à l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral, ne respecte pas plusieurs des conditions énoncées aux art. 25 à 30 RMP, soit notamment la publication sur la plateforme SIMAP ainsi que l'indication du nom de l'autorité adjudicatrice, du type de procédure et du fait que le marché était soumis aux traités internationaux. Ce constat ne peut conduire qu'à son annulation.

#### **E. 10**

Compte tenu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis et l'appel à candidatures publié dans la FAO le 3 novembre 2015 sera annulé, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres griefs soulevés par la recourante se rapportant à la violation de règles spécifiques aux marchés publics, tels que les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination. Il appartiendra le cas échéant à

- 16/17 -

A/3984/2015

l'entité adjudicatrice de procéder à un nouvel appel d'offres, conforme aux dispositions légales applicables.

#### **E. 11**

Nonobstant l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge du Conseil d'État (art. 87 al. 1 2ème phr. LPA). Une indemnité de CHF 1'000.- sera allouée à la recourante, qui obtient essentiellement gain de cause, à la charge de l'État de Genève. Une indemnité de

procédure de CHF 500.- sera allouée à TPG Vélo, à la charge de la recourante. Aucune indemnité de procédure ne sera allouée aux communes, qui comptent plus de dix mille habitants, celles-ci étant réputées disposer de leur propre service juridique et ne pas avoir à recourir au service d'un mandataire extérieur (art. 87 al. 2 LPA ; ATA/1531/2017 du 28 novembre 2017 consid. 18). \* \* \* \* \*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.