

# **GE\_GERICHTE ATA/157/2025 vom 11. Februar 2025**

GE Cour de justice, 2025-02-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_157\\_2025](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_157_2025)

FR: GE\_GERICHTE ATA/157/2025 du 11 février 2025

IT: GE\_GERICHTE ATA/157/2025 del 11 febbraio 2025

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recours est interjeté en temps utile devant la juridiction compétente (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10], 9 al. 1 et 2 LMI et 41 du cahier de soumission).

### **E. 2**

Se pose en premier lieu la question de la qualité pour recourir de A\_\_\_\_\_, contestée par l'intimée.

#### **E. 2.1**

La cause a pour objet la transmission d'une concession portant sur l'exploitation et l'entretien du bâtiment de D\_\_\_\_\_. Elle ne porte donc pas sur l'attribution d'un marché public, ce qui n'est pas contesté. Selon la doctrine, l'admission de la qualité pour recourir du candidat écarté, en matière de concessions soumises à un appel d'offres (art. 2 al. 7 LMI) devrait obéir

- 8/14 - A/2539/2024 aux mêmes principes que ceux applicables en matière de marchés publics (Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2e éd., 2023, p. 392 n. 829).

#### **E. 2.2**

La qualité pour recourir dans le domaine des marchés publics, qui ne contient pas de règles spécifiques en la matière (ATF 141 II 14 consid. 2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_585/2021 du 29 novembre 2022 consid. 1.3.2), se définit en fonction des critères de l'art. 60 al. 1 let. a et b LPA (ATA/871/2023 du 22 août 2023 consid. 1.3). À teneur de l'art. 60 al. 1 let. a et b LPA, les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée et toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée, sont titulaires de la qualité pour recourir (ATA/454/2021 du 27 avril 2021 consid. 2a). Les let. a et b de la disposition précitée doivent se lire en parallèle : ainsi, le particulier qui ne peut faire valoir un intérêt digne de protection ne saurait être admis comme partie recourante, même s'il était partie à la procédure de première instance (ATA/599/2021 du 8 juin 2021 consid. 8a). Selon la jurisprudence, les membres d'un consortium évincé doivent recourir conjointement contre une décision d'adjudication, tels des Consorts nécessaires (ATF 131 I 153 consid. 5 ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.111/2003 du 21 janvier 2004 consid. 1.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) B-6744/2023 du 20 août 2024 consid. 1.3.1 ; ATAF 2008/7 du 6 décembre 2007 consid. 2.2.2 ; décision incidente du TAF B-5500/2021 du 29 juillet 2022 consid. 5.4.3.2 et les références citées ; Olivier RODONDI, Jurisprudence vaudoise en droit des marchés publics – 2015 et 2016, in RDAF 2017 p. 532). Le Tribunal

fédéral a précisé en particulier qu'un soumissionnaire ayant déposé une offre commune ne devait pas être admis à recourir seul et en son propre nom sous prétexte qu'il pouvait accomplir le marché sans le concours de ses associés. Une modification de la composition d'un consortium s'apparentait en effet à un changement essentiel de la soumission qui n'était, en principe, plus admissible après le délai imparti pour déposer les offres. Il n'était certes pas exclu que des circonstances tout à fait exceptionnelles puissent, au regard notamment du principe de la proportionnalité, justifier une autre solution dans certains cas, par exemple si une entreprise soumissionnaire ne jouant qu'un rôle marginal au sein d'un grand consortium n'était, pour une raison ou une autre, plus en mesure d'exécuter le mandat ou se retire du consortium (ATF 131 I 153 consid. 5.7 et les références). Sur la base de cette jurisprudence, la chambre administrative a déclaré irrecevables les recours n'émanant que d'un seul des membres d'un consortium (ATA/916/2019 du 21 mai 2019 consid. 3 ; ATA/302/2011 du 17 mai 2011 consid. 2 ; ATA/124/2010 du 2 mars 2010 confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_337/2010 du 26 juillet 2010 consid. 1.5 ; ATA/248/2006 du 9 mai 2006 consid. 3).

### **E. 2.3**

Selon l'art. 80 al. 1 CC, la fondation a pour objet l'affectation de biens en faveur d'un but spécial. La fondation est constituée par acte authentique ou par disposition

- 9/14 - A/2539/2024 pour cause de mort (art. 81 al. 1 CC). L'inscription au registre du commerce s'opère à teneur de l'acte de fondation et, au besoin, suivant les instructions de l'autorité de surveillance ; elle indique les noms des membres de la direction (al. 2). La fondation n'obtient la personnalité juridique que par son inscription au registre du commerce (MEISTERHANS/GWELESSIANI/SCHINDLER, Commentaire pratique de l'Ordonnance sur le registre du commerce, 3e éd. 2023, n. 436 ad art. 94 ORC).

### **E. 2.4**

Selon la jurisprudence, le soumissionnaire évincé dispose d'un intérêt juridique lorsqu'il avait, avant la conclusion du contrat, des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours. L'intérêt juridique du soumissionnaire évincé a été retenu lorsque celui-ci avait été classé au deuxième rang derrière l'adjudicataire et qu'il aurait, en cas d'admission de son recours, disposé d'une réelle chance d'obtenir le marché (ATF 141 II 14 consid. 4.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2D\_39/2014 du 26 juillet 2014 consid. 1.1 ; 2C\_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 1.4.1). La jurisprudence a également admis cet intérêt par rapport au soumissionnaire qui, bien que classé en troisième position, était séparé du deuxième classé de quelques points seulement (arrêt du Tribunal fédéral 2D\_50/2009 du 25 février 2010 consid. 4.1). Il en va différemment pour le soumissionnaire en quatrième position, sauf dans le cas où la différence entre les première et quatrième places est en termes absolus et relatifs minime (ATF 141 II 14 consid. 4.1 p. 27 ; arrêts du Tribunal fédéral 2D\_21/2018 du 19 février 2019 consid. 2.2 ; 2D\_33/2018 du 13 novembre 2018 consid. 1.2 ; 2D\_34/2018 du 17 août 2018 consid. 1.2.2 ; 2D\_24/2017 du 14 mai 2018 consid. 2.2 ; 2D\_50/2009 du 25 février 2010 consid. 1.2).

### **E. 2.5**

Devant la chambre de céans, l'intimée conteste la qualité pour recourir de A\_\_\_\_\_ au motif, d'une part, que la fondation n'avait aucune chance sérieuse de se voir attribuer le marché, et, d'autre part, que le recourant n'était pas partie à la procédure ayant abouti à la décision entreprise. En l'occurrence, il ressort du tableau de notation des offres que la

fondation a obtenu une note pondérée de 2.58 points (sur 5), ce qui représente un écart non négligeable par rapport non seulement à l'exploitante (note pondérée de 4.13), mais également au candidat ayant terminé en deuxième position (note pondérée de 3.93). Certes, le Tribunal fédéral a relevé que la troisième position dans une adjudication n'autorisait normalement pas à conclure à l'absence de chances d'emporter le marché et que le juge devait s'abstenir, autant que faire se peut, de préjuger de la décision à prendre, ne serait-ce également que parce que les besoins de l'adjudicateur pouvaient évoluer (arrêt du Tribunal fédéral 2P.261/2002 du 8 août 2003 consid. 4.4). Il n'en reste pas moins que la différence de points qui départage la fondation des places qui lui permettraient d'obtenir la concession est de 31% (soit 1.55 sur 5), ce qui est considérable. Le recourant estime que la fondation aurait dû obtenir des notes différentes à trois, sur les cinq, critères retenus pour la notation, soit 1.5 points supplémentaires pour le critère B, 2.5 points supplémentaires pour le

- 10/14 - A/2539/2024 critère C et un point supplémentaire pour le critère D, ce qui correspond à un total de 5 points supplémentaires. Quant à l'exploitante, elle aurait dû obtenir 2.5 points de moins s'agissant du critère B et 1 point en moins s'agissant du critère C. Or, s'agissant en particulier du critère B (budgets et plans de financement du projet d'exploitation), dont la pondération est de 25%, le recourant s'évertue davantage à remettre en cause les notes obtenues par l'exploitante qu'à répondre aux arguments de l'autorité intimée pour justifier les notes obtenues par la fondation. L'autorité intimée a dûment expliqué les raisons pour lesquelles elle considérait que le plan financier de la fondation était peu crédible, à savoir que les recettes résultant du restaurant/bar apparaissaient élevées, ce pour un établissement public ne donnant pas directement sur la rue, laquelle comportait déjà une offre conséquente en matière d'établissements publics, et que le plan financier faisait état de dons et de soutiens extrêmement importants (100% du plan financier durant les deux premières années d'exploitation), sans que l'identité des donateurs et soutiens n'ait été révélée. Or, le recourant n'apporte aucun élément permettant de remettre en cause ces explications. Il ne conteste pas l'apport très important en mécénat et en dons, ni ne conteste n'avoir donné aucune précision quant à l'identité des donateurs et soutiens. Il ne remet pas non plus en cause le caractère élevé des recettes du restaurant pour un établissement public ne donnant pas directement sur la rue. Or, selon le tableau des notes – telles que modifiées par le recourant – pour que la fondation obtienne l'exploitation du bâtiment, l'intéressé doit non seulement démontrer que l'exploitante a obtenu une note trop élevée mais également que l'offre de la fondation a été sous-évaluée. L'ensemble de ces éléments permet ainsi de douter des chances réelles de la fondation d'obtenir la concession en cas d'admission du recours. Ce point peut toutefois souffrir de rester indécis, le recours étant irrecevable pour un autre motif. En effet, et ainsi que l'a relevé l'intimée, l'offre a été déposée au nom de la FONDATION C\_\_\_\_\_. Or, il n'est pas contesté que la fondation n'a pas été constituée par acte authentique, ni n'a été inscrite au registre du commerce. Il s'agit dès lors d'une fondation en constitution, qui n'est pas dotée de la personnalité juridique. Il convient ainsi de considérer que l'offre qui a été signée par tous les membres du conseil de fondation a été déposée par A\_\_\_\_\_ conjointement avec les cinq autres membres du conseil de fondation. Devant la chambre de céans, le recourant a agi seul aux fins d'obtenir l'annulation de la décision d'attribution. Il a expliqué que certains des membres du conseil de fondation craignaient les répercussions dans leurs rapports avec l'intimée. Il disposait néanmoins d'un intérêt personnel et actuel à ce que les critères de l'intimée soient appliqués correctement. D'après le recourant, s'il n'avait pas « un intérêt directement personnel », en tant que contribuable, il était « curieux » de savoir comment l'intimée pouvait justifier d'attribuer

une excellente note financière à une institution dont les trois quarts du budget prov[enaient] de subventions ».

- 11/14 - A/2539/2024 Ce raisonnement ne peut être suivi. Il ressort en effet sans ambiguïté de la jurisprudence en matière de qualité pour recourir contre une décision d'adjudication d'un marché public, dont les principes dégagés peuvent être transposés dans le cadre de la contestation d'une décision d'attribution d'une concession (ATA/1026/2023 du 19 septembre 2023 consid. 1.3), que les membres d'un consortium évincé doivent recourir conjointement contre une décision d'adjudication. Une modification de la composition d'un consortium s'apparente en effet à un changement essentiel de la soumission qui n'est, en principe, plus admissible après le délai imparti pour déposer les offres. Or, dans le cas présent, le recourant n'a pas allégué, ni a fortiori démontré, qu'il pouvait valablement représenter les autres membres du conseil de fondation et aucune procuration de la part de ces derniers n'est versée au dossier. Au contraire, il a précisé que certains d'entre eux ne souhaitaient pas recourir. Or, le seul intérêt à obtenir des explications quant aux résultats obtenus par l'exploitante ne suffit pas à lui conférer la qualité pour recourir. Le recours doit partant être déclaré irrecevable, sous réserve de ce qui suit.

### **E. 3**

consid. 3b). Ces différences justifient de laisser à la collectivité publique une plus grande liberté dans le choix des critères à remplir par le concessionnaire et des conditions qu'elle peut lui imposer dans l'exercice du monopole qu'en matière de marchés publics (ATF 145 II 303 consid. 6.4.1 ; 143 II 120 consid. 6.3.3 ; 142 I 99 consid. 2.2.1 ; 128 I 3 consid. 3b).

#### **E. 3.1**

Dans la mesure où la nullité d'une décision peut être invoquée en tout temps et être constatée d'office (ATF 146 I 172 consid. 7.6 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_703/2019 du 16 novembre 2020 consid. 2.1), cette conclusion est recevable (ATA/50/2025 du 14 janvier 2025 consid. 1), quand bien même elle n'a été formulée qu'au stade de la réplique.

#### **E. 3.2**

D'après la jurisprudence, la nullité d'une décision n'est admise que si le vice dont elle est entachée est particulièrement grave, est manifeste ou du moins facilement décelable et si, en outre, la constatation de la nullité ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit. Des vices de fond n'entraînent qu'à de rares exceptions la nullité d'une décision ; en revanche, de graves vices de procédure, ainsi que l'incompétence qualifiée de l'autorité qui a rendu la décision sont des motifs de nullité (ATF 144 IV 362 consid. 1.4.3 ; 139 II 243 consid. 11.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_171/2020 du 6 avril 2021 consid. 1.4.2). Entrent avant tout en considération comme motifs de nullité l'incompétence fonctionnelle et matérielle de l'autorité appelée à statuer, ainsi qu'une erreur manifeste de procédure (ATF 129 I 361 consid. 2.1 et les arrêts cités ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_354/2015 du 21 janvier 2016 consid. 4.1). Le Tribunal fédéral indique à cet égard que l'incompétence fonctionnelle ou matérielle, si elle est manifeste ou du moins aisément reconnaissable, peut constituer un motif de nullité, à moins que l'autorité qui a pris la décision ne dispose dans le domaine en cause d'un pouvoir général de décision ou que la reconnaissance de la nullité soit incompatible avec la sécurité du droit (ATF 136 II 489, 495 ; 129 V 488 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, n. 914, p. 322).

- 12/14 - A/2539/2024

### **E. 3.3**

Dans le domaine des marchés publics, le principe de la transparence est le principe cardinal et incontournable des marchés publics. Il limite le large pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur (RDAF 2001 I 403). Il permet d'assurer la mise en œuvre du principe de concurrence, lequel permet la comparaison des prestations et de choisir ainsi l'offre garantissant un rapport optimal entre le prix et la prestation ainsi que le contrôle de l'impartialité de la procédure d'adjudication, autre principe qui doit être respecté. Le principe de transparence exige que le pouvoir adjudicateur se conforme aux conditions qu'il a préalablement annoncées ; ainsi, une fois les critères d'aptitude et d'adjudication arrêtés dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur doit en règle générale s'y tenir. Ce principe se rapproche dans cet aspect du principe de la bonne foi, qui prohibe les comportements contradictoires de l'autorité (art. 9 Cst.), et du principe de la non-discrimination. En effet, si le pouvoir adjudicateur s'écarte des « règles du jeu » qu'il a fixées, en particulier s'il modifie les critères d'aptitude ou d'adjudication après le dépôt des offres (ATA/349/2023 du 4 avril 2023 consid. 3.2), il adopte un comportement qui se rapproche d'une manipulation, typiquement discriminatoire, du résultat du marché (ATF 141 II 353 consid. 8.2.3 et la référence citée ; ATA/167/2024 du 6 février 2024 consid. 4.2.2 et les références citées) et agit de manière contraire au droit des marchés publics (arrêt du TAF B-6744/2023 du 20 août 2024 consid. 6.1.1 et les arrêts cités). Selon la jurisprudence, il convient de ne pas perdre de vue la position intrinsèquement différente de l'autorité lors de la passation d'un marché public par rapport à celle exercée lors du transfert d'un monopole. Contrairement au marché public dans lequel la collectivité publique, endossant le rôle de « consommateur », acquiert auprès d'une entreprise privée, en contre-partie du paiement d'un prix, une prestation dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques (ATF 143 II 120 consid. 6.3.3 ; 141 II 113 consid. 1.2.1 ; 125 I 209 consid. 6b p. 212 s.), l'attribution d'une concession de monopole cantonal ou communal implique que l'autorité concédante se trouve dans un rôle « d'offreur » ou de « vendeur », puisqu'elle cède, moyennant une redevance et diverses prestations annexes, le droit d'utiliser le domaine public à des fins commerciales (ATF 143 II 120 consid. 6.3.3 ; 135 II 49 consid. 4.2 ; 124 I 209 consid. 6b). Il n'y a pas de droit à l'obtention d'une concession de monopole, car la collectivité publique reste libre d'exercer elle-même l'activité en cause (ATF 143 II 120 consid. 6.3.3 ; 142 I 99 consid. 2.2.1 ; 128 I

### **E. 3.4**

En l'occurrence, le recourant invoque une violation « crasse et flagrante » de la procédure d'attribution, l'autorité intimée ayant « œuvré activement à la modification des règles du concours et de ses propres critères d'évaluation pour

- 13/14 - A/2539/2024 favoriser certains concurrents ». Alors que le cahier des charges mentionnait que le projet devait être « autofinancé », la ville avait, pendant la procédure d'attribution, sollicité du conseil municipal un élargissement du cadre financier pour permettre une participation financière de la ville dans le cadre du projet qui serait choisi. Or, contrairement à ce que prétend le recourant, la proposition du conseil administratif de la ville consistant à ce qu'une partie du futur projet de rénovation de D\_\_\_\_\_ soit financièrement à la charge de la ville a été formulée devant le conseil municipal le 26 juillet 2023, soit avant la publication de l'appel d'offres du 14 décembre 2023. La documentation communiquée aux participants à l'appel d'offres réserve d'ailleurs expressément les éventuels investissements de la ville au vote du conseil municipal (art. 25. 1 du cahier de

soumission ; art. 1, 2.2 et 2.3 et 5.2 du cahier des charges). Les soumissionnaires étaient ainsi dûment informés du fait que la ville envisageait un cofinancement entre elle et l'exploitant pour ce qui concernait la rénovation et les éventuelles transformations du bâtiment liées au projet d'exploitation et que sa participation financière était subordonnée au vote du conseil municipal. C'est le lieu de préciser que l'appel d'offres n'a pas d'emblée exclu les entités subventionnées. Il a uniquement été précisé qu'il serait tenu compte de la nécessité ou non de faire appel au subventionnement ponctuel dans le critère des budgets et plans de financement du projet d'exploitation. On ne saurait ainsi considérer, comme le fait le recourant, que l'intimée s'est de manière « crasse et flagrante » écartée des « règles du jeu » qu'elle a fixées après le dépôt des offres. La décision litigieuse ne répond ainsi pas aux critères jurisprudentiels permettant de retenir sa nullité. Les considérants qui précèdent conduisent à l'irrecevabilité du recours. Il n'y a dès lors pas lieu de donner suite aux mesures d'instruction sollicitées, ni d'examiner les griefs soulevés par le recourant.

#### **E. 4**

Compte tenu de l'issue du litige et la décision sur effet suspensif, un émolument de CHF 1'300.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure, la ville de Genève disposant de son propre service juridique et le B\_\_\_\_\_ n'ayant pas produit d'écritures (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

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