

GE_GERICHTE ATA/34/2017 vom 17. Januar 2017

GE Cour de justice, 2017-01-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_34_2017

FR: GE_GERICHTE ATA/34/2017 du 17 janvier 2017

IT: GE_GERICHTE ATA/34/2017 del 17 gennaio 2017

Erwägungen

E. 1

La recourante allègue que l'appel à candidatures pour l'attribution d'une concession d'occupation du domaine public en vue de l'exploitation d'un système de vélos en libre-service est soumis à la législation sur les marchés publics. Les intimés le contestent et partant, soutiennent que l'appel à candidature n'est pas sujet à recours.

E. 2

Selon l'art. 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), la chambre administrative est l'autorité judiciaire au sens de l'art. 15 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) pour statuer sur recours contre les décisions de l'adjudicateur. L'appel d'offres, l'adjudication, sa révocation ou l'interruption d'une procédure d'adjudication sont notamment réputées décisions sujettes à recours (art. 15 al. 2 AIMP).

L'ouverture de cette voie de droit dépend ainsi de l'existence d'un marché public, question qui doit être résolue préalablement.

E. 3

Le droit des marchés publics tire sa source des traités internationaux ratifiés par la Suisse en la matière, notamment de l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0632.231.422) et de ses annexes contenues à l'Appendice I qui vise les marchés publics des cantons et des communes à l'exclusion des marchés publics fédéraux, des art. 5 et 9 de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02), ainsi que de l'AIMP et du RMP, au plan intercantonal et cantonal. Hormis le RMP, ces sources ne contiennent pas de définition de la notion de marché public.

a. À teneur de l'art. 2 let. a RMP, on entend par marché public l'objet d'un contrat entre une autorité adjudicatrice et une entreprise privée ou une personne indépendante, qui vise l'acquisition d'un ouvrage, d'une prestation ou d'un bien mobilier, moyennant le paiement d'un prix.

- 6/9 - A/3984/2015

b. À l'occasion d'un recours formé contre une concession d'affichage sur le domaine public, le Tribunal fédéral a défini la notion de marchés publics de la manière suivante : « on se trouve en présence d'un marché public lorsque la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que "demandeur", acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques. C'est la collectivité publique qui est "consommatrice" de la prestation et c'est l'entreprise privée qui en est le "fournisseur". Le terme allemand "öffentliche

Beschaffungswesen" ("acquisitions publiques") utilisé pour désigner les marchés publics est plus parlant » (ATF 125 I 209 consid. 6b p. 213). Dans un arrêt subséquent, le Tribunal fédéral a tenu compte des critiques émises par la doctrine à l'égard de son approche, qualifiée de trop rigide et schématique pour pouvoir appréhender les situations plus complexes rencontrées dans la réalité économique. Admettant notamment que le paiement d'une prestation soumise au droit des marchés publics pouvait se faire autrement que par le seul versement d'un prix et que toutes les formes de rémunération étaient possibles en vertu de l'art. 2 par. 2 AMP, il a précisé qu'il convenait « d'éviter que des biens et des services qui, au vu de leur nature, ne devraient normalement être acquis par les collectivités publiques que dans le respect des règles sur les marchés publics, n'échappent aux garanties procédurales propres à cette matière (...). En d'autres termes, il ne faut pas qu'une collectivité publique puisse, par le biais de l'octroi d'une concession, détourner l'application des règles sur les marchés publics » (ATF 135 II 49 consid. 4.4).

c. La définition du Tribunal fédéral met ainsi l'accent sur l'un des acteurs de l'opération, la collectivité publique, qui doit apparaître comme la demanderesse ou la consommatrice de la prestation requise du secteur privé qui en est le fournisseur. L'objectif poursuivi étant de garantir une authentique concurrence entre les soumissionnaires et de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics (ATF 125 I 209 consid. 6b p. 214), le droit des marchés publics n'a vocation à s'appliquer qu'aux cas dans lesquels l'État se procure auprès d'une entreprise privée un bien ou service moyennant un prix qu'il s'engage à payer. Lorsque l'État agit non pas comme demandeur, mais offre au contraire une faculté ou une prestation, l'on ne se trouve pas en présence d'un marché public, même si ladite faculté ou prestation a une valeur économique et pourrait intéresser différents acteurs (ATA/230/2011 et ATA/229/2011 du 5 avril 2011, consid. 6 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 74, n. 225 ; Martin BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, p. 347 ss, n. 744 ss). Conformément à cette approche, le Tribunal fédéral a par exemple jugé que la mise à disposition de stands dans une foire commerciale ne constituait pas un marché public au sens de l'art. 5 LMI alors examiné, dans la mesure où l'organisatrice de cette foire, une entreprise mixte dominée par des corporations publiques, n'apparaissait pas comme acquéreur de marchandises ou de services,

- 7/9 - A/3984/2015 mais offrait au contraire des prestations commerciales (ATF 126 I 250 = JdT 2002 I 272,276).

E. 4

En l'espèce, l'objet de l'appel à candidatures porte de manière claire sur l'octroi d'une concession d'occupation du domaine public pour l'exploitation d'un système de vélos en libre-service. Il ressort du cahier des charges que l'autorité concédante souhaite un système de vélos en libre-service accessible à tous afin de faciliter le transfert modal des habitants du transport individuel motorisé au vélo et qu'une complémentarité avec les TPG, UNIRESO et les parkings-relais du centre est souhaitable, afin de créer des synergies. La concession octroie un droit d'exploitation du domaine public sur le périmètre défini à une seule entreprise, pour une durée de sept ans, sans contrepartie financière ou subventions de la collectivité mais en échange d'une redevance annuelle de CHF 10.-/m². Les recettes liées au contrat du sponsoring et à l'utilisation du système par les clients sont conservées par le concessionnaire. Ce dernier est soumis à plusieurs contraintes quant au déploiement du système et aux lieux d'implantation. L'autorité concédante n'acquiert ou ne reçoit en prêt aucune station, installation ou vélo.

Au vu de ces éléments, si la mise en place d'un système de vélo en libre-service est un moyen de promouvoir la mobilité dite douce, qu'il incombe à l'État d'encourager (art. 190 al. 4 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 - Cst-GE - A 2 00), les modalités choisies ne répondent pas à la définition d'un marché public, mais bien à celle de permission d'occupation du domaine public excédant l'usage commun et assortie de dispositions contractuelles au sens de l'art. 13 al. 2 loi sur le domaine public du 24 juin 1961 (LDPu - L 1 05), soit d'une concession. En particulier, l'État ne supporte aucun coût mais, au contraire, encaisse une redevance liée à la mise à disposition du domaine public. Il n'emporte aucune restriction artificielle de concurrence, le choix d'un système de vélos attachés répondant à des motifs objectifs fondés. Il ressort au demeurant des déclarations de la recourante que son système pouvait être compatible avec le système proposé par un candidat.

E. 5

Dès lors qu'il n'y a pas de marché public, l'appel à candidatures n'est pas un appel d'offres. Il ne peut dès lors faire l'objet d'un recours sur la base de l'art. 15 al. 1 bis let. a AIMP et 55 let. a RMP, non plus qu'en application de la LMI.

Il s'ensuit que le recours est irrecevable.

E. 6

Au vu de ce qui précède, la question de l'intérêt pour recourir de la recourante, qui n'a pas déposé de dossier de candidature dans le délai fixé par l'autorité alors que le processus n'a pas été interrompu jusqu'à cette échéance, mais que seule l'ouverture et l'évaluation des offres a été interdite demeurera ouverte.

- 8/9 - A/3984/2015

E. 7

Enfin, aux termes de l'art. 16 al. 2 LDPu, le Conseil d'État est seul compétent pour octroyer les concessions d'une durée inférieure à vingt-cinq ans, à l'exclusion des communes dont le domaine public est touché. Il s'ensuit que les six communes visées par la recourante, soit Carouge, Genève, Lancy, Onex, Plan-les-Ouates et Vernier, seront mises hors de cause.

E. 8

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à TPG SA, à la charge de la recourante (art. 87 al. 2 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée aux collectivités publiques intimées, qu'il s'agisse du canton ou des six communes de plus de dix-mille habitants, dès lors qu'elles sont à même de disposer de leur propre service juridique (ATA/753/2016 du 6 septembre 2016 et les références citées).

* * * * *