

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3984/2015-MARPU

ATA/34/2017

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 17 janvier 2017**

dans la cause

**INTERMOBILITY SA**

représentée par Me Urs Portmann, avocat

contre

**TPG VÉLO SA**

et

**CONSEIL D'ÉTAT**

et

**COMMUNE DE CAROUGE**

**COMMUNE DE LANCY**

**COMMUNE D'ONEX**

**COMMUNE DE PLAN-LES-OUATES**

**COMMUNE DE VERNIER**

**VILLE DE GENÈVE**

représentés par Me Bertrand Reich, avocat

---

## EN FAIT

1. Sous la rubrique « marchés publics » de la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 3 novembre 2015 est paru un appel à candidatures pour l'attribution d'une concession d'occupation du domaine public en vue d'une exploitation d'un système de vélos en libre-service sous l'appellation « Geroule ». L'objectif annoncé de cette mise en concurrence était de sélectionner un concessionnaire unique qui mettrait en œuvre un système de vélos en libre-service au sein du périmètre de la concession. Cette dernière, d'une durée de sept ans, n'était soumise ni à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) ni aux traités internationaux sur les marchés publics. Les dossiers de candidatures devaient parvenir à l'entité organisatrice jusqu'au 12 janvier 2016 avant midi et répondre aux exigences fixées dans la documentation mise à disposition. L'entité organisatrice étant la société TPG Vélo SA, au Grand-Lancy.

Les éléments pertinents du cahier des charges seront exposés en tant que de besoin dans la partie en droit.

2. Le 13 novembre 2015, la société Intermobility SA à Bienne, a saisi la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours tendant à l'annulation de l'appel à candidatures susmentionné. Préalablement, elle a conclu à l'octroi de l'effet suspensif au recours. Les parties intimées étaient TPG Vélo SA, le département de l'environnement, des transports et de l'agriculture, la Ville de Genève et les communes de Carouge, Lancy, Onex, Plan-les-Ouates et Vernier.

Intermobility SA était active dans le développement et la commercialisation d'un système de vélos en libre-service appelé « Vélospot ». Les exigences techniques de l'appel à candidatures excluaient ce système du choix possible. La législation sur les marchés publics étant en réalité applicable, l'appel à candidatures aurait dû prendre la forme d'un appel d'offres non discriminatoire en bonne et due forme. L'effet suspensif devait être restitué, les intérêts d'Intermobility SA étant gravement menacés puisque son recours deviendrait sans objet si la procédure d'adjudication suivait son cours.

3. Le 30 novembre 2015, TPG Vélo SA, le Conseil d'État et les six communes visées par le recours ont conclu à ce que l'effet suspensif soit retiré au recours d'Intermobility, et, préalablement, à ce que les qualités des parties soient rectifiées en ce sens que seul le Conseil d'État, autorité concédante, était partie à la procédure. TPG Vélo SA n'était que l'entité organisatrice. Dans le canton de Genève, seul le Conseil d'État pouvait octroyer des concessions d'utilisation du

domaine public d'une durée inférieure à vingt-cinq ans, à l'exclusion des communes. L'octroi d'une telle concession n'était pas soumis à la réglementation sur les marchés publics, de sorte que l'appel à candidatures n'était pas un appel d'offres et ne pouvait faire l'objet d'un recours, faute d'être une décision. En tout état, le recours était voué à l'échec.

4. Le 1<sup>er</sup> décembre 2015, la détermination susmentionnée a été transmise à Intermobility SA et un délai au 15 décembre 2015 lui a été fixé pour qu'elle se détermine uniquement sur les conclusions de mise hors de cause.
5. Le 14 décembre 2015, Intermobility SA a sollicité une prolongation de délai de vingt jours pour se déterminer sur la mise hors de cause, attendant des documents complémentaires pouvant établir le rôle de TPG Vélo SA et des six communes concernées, ses collaborateurs impliqués dans le dossier étant par ailleurs en déplacements professionnels à l'étranger. Dite prolongation a été refusée.
6. Le 22 décembre 2015, le président de la chambre administrative a admis partiellement la demande de restitution d'effet suspensif, laissant le déroulement du processus d'appel à candidatures se poursuivre jusqu'à l'échéance fixée pour le dépôt des dossiers, mais faisant interdiction à l'entité organisatrice de procéder à l'ouverture et à l'évaluation des offres reçues jusqu'à droit jugé ou nouvelle décision sur mesures provisionnelles.
7. Par acte du 25 janvier 2016, le Conseil d'État, TPG SA et les six communes ont recouru auprès du Tribunal fédéral contre la décision susmentionnée, concluant à son annulation et prenant pour le surplus des conclusions sur le fond du litige.
8. Le 14 avril 2016, le juge délégué a tenu une audience de comparution personnelle des parties, la présence des représentants des six communes étant facultative.
  - a. Le Conseil d'État, représenté par le conseiller d'État en charge du département de l'environnement, des transports et de l'agriculture, a indiqué qu'il avait entériné le 19 août 2015 l'option tendant à l'octroi d'une concession d'occupation du domaine public en vue de l'exploitation d'un système de vélos en libre-service à la charge d'un concessionnaire choisi à l'issue d'une procédure de mise en concurrence. Cette option était financièrement avantageuse pour les collectivités publiques. En l'état, le périmètre de la concession concernait six communes mais il pouvait être étendu à d'autres. On ne pouvait pas exclure que se développent plusieurs systèmes de vélos libre-service dans le canton selon le modèle auquel les communes auraient choisi de se rallier.

b. Le représentant de TPG Vélo SA a précisé que le choix du périmètre actuel de la concession était lié à des contraintes de distance conditionnant l'efficacité du système. Le choix de vélos attachés avait été dicté par la volonté de ne pas avoir des vélos qui traînent partout et non par celle d'exclure qui que ce soit.

c. Le représentant d'Intermobility SA a indiqué que dans le système de la société, on pouvait attacher le vélo, puisqu'il s'apparentait à un vélo ordinaire que l'on pouvait attacher de manière ordinaire. Il n'y avait pas de système de borne. Le cahier des charges de la mise en concurrence excluait son système en raison d'exigences particulière pour la fixation du vélo. Intermobility SA n'avait pas déposé d'offres, estimant que le cahier des charges était tel que son système n'était pas souhaité. Elle avait recherché si ce système pouvait être compatible avec celui de sociétés qui souhaitaient déposer une offre. Tel était le cas avec une société avec laquelle une possibilité de collaboration était à l'étude. Intermobility SA avait un accord avec quatre communes pour déployer son système sous le régime de la permission d'installation d'infrastructures sur le domaine public pour une durée limitée dans le temps et des contacts avaient été pris avec quatre autres communes. Elle souhaitait pouvoir exploiter son système sur l'ensemble du territoire cantonal.

9. Par arrêt du 30 juin 2016 (cause 2C\_82/2016), le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours du 25 janvier 2016, faute de préjudice irréparable.

10. Le 18 août 2016, le Conseil d'État, TPG Vélo SA et les six communes visées par le recours ont conclu à l'irrecevabilité du recours et, en tout état, à son rejet, se référant à l'argumentation développée dans leurs écritures sur restitution d'effet suspensif.

Le choix du Conseil d'État pour la mise à disposition de la population d'un système de vélos en libre-service était celui de la concession d'utilisation du domaine public, pour lequel le concessionnaire verserait une redevance et supporterait le risque économique. Il ne s'agissait pas, comme ce serait le cas dans un marché public, d'un contrat entre une autorité adjudicatrice et un adjudicataire pour la fourniture par ce dernier d'une prestation à titre onéreux pour celle-là. L'octroi d'une concession n'était en principe pas soumis au droit des marchés publics, sous réserve de garanties procédurales minimales respectées en l'espèce. L'appel à candidatures litigieux n'était pas un appel d'offres au sens de la législation sur les marchés publics et n'était pas une décision. Il n'était donc pas susceptible de recours. Le choix technique opéré pour le système d'attaches fixes avait été dicté par des raisons objectives et ne réduisait pas la concurrence de manière artificielle, plusieurs entreprises ayant déposé leur dossier et l'autorité concédante ignorait que cette exigence pouvait exclure qui que ce soit. Enfin, les six communes ne devaient pas être considérées comme parties à la procédure, la seule autorité concédante étant le Conseil d'État.

11. Le 24 août et 23 septembre 2016, exerçant son droit à la réplique, Intermobility SA a repris son argumentation et persisté dans son recours.
12. Le 23 septembre 2016, le Conseil d'État a sollicité une nouvelle décision sur mesures provisionnelles levant l'interdiction de procéder à l'ouverture et à l'évaluation des offres reçues.
13. Le 30 septembre 2016, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

## EN DROIT

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.
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.
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.

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,

---

mais offrait au contraire des prestations commerciales (ATF 126 I 250 = JdT 2002 I 272,276).

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.-/m<sup>2</sup>. 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.

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.

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.

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.
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).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

déclare irrecevable le recours interjeté le 13 novembre 2015 par Intermobility SA tendant à l'annulation de l'appel à candidatures du 3 novembre 2015 pour l'attribution d'une concession d'occupation du domaine public en vue d'une exploitation d'un système de vélos en libre-service sous l'appellation « Geroule » ;

met hors de cause les communes de Carouge, Genève, Lancy, Onex, Plan-les-Ouates et Vernier ;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 2'000.- ;

alloue à TPG Vélo SA une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à la charge de la recourante ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure aux autres intimés ;

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 ; 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 ;



communiqué le présent arrêt à Me Urs Portmann, avocat de la recourante, à Me Bertrand Reich, avocat de TPG Vélo SA, du Conseil d'État, des communes de Carouge, Lancy, Onex, Plan-les-Ouates, Vernier et de la Ville de Genève, mises hors de cause, ainsi qu'à la commission de la concurrence (COMCO), pour information.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Junod, M. Verniory, Mme Payot Zen-Ruffinen, M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :