

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/208/2019-MARPU

ATA/115/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 5 février 2019

dans la cause

SWISS HOSPITALITY PARTNERS SA
représentée par Me Pierre-Yves Gunter, avocat

contre

VILLE DE GENÈVE

EN FAIT

1. Swiss Hospitality Partners SA (ci-après : SHP), inscrite depuis 2006 au Registre du commerce du canton de Zoug, est une société anonyme active dans la fourniture de services dans le domaine de l'hôtellerie.
2. Dans un communiqué de presse du 15 avril 2016, la Ville de Genève (ci-après : la ville), propriétaire de l'immeuble abritant l'Hôtel Métropole (ci-après : l'hôtel), quai du Général-Guisan 34 à Genève, et l'ancienne société gérant ledit établissement ont annoncé que le contrat de gestion les liant arriverait à échéance le 30 juin 2016 et qu'une autre société gestionnaire avait été mandatée pour une période transitoire de dix-huit mois.
3. Au mois d'avril 2017, la ville a fait paraître dans quatre revues spécialisées dans le domaine de l'hôtellerie un appel à candidatures pour la reprise de l'hôtel (« le mandat de gestion du seul Hôtel 5* de la rive gauche de Genève » qui serait renouvelé en janvier 2018), s'adressant à tout acteur du monde hôtelier possédant déjà une solide expérience reconnue dans la gestion d'établissements LifeStyle haut de gamme.
4. Le 3 mai 2017, SHP, à la suite de sa demande du 14 avril 2017 et à l'instar des personnes intéressées par cet appel à candidatures, a reçu de la ville, par son département des finances et du logement (ci-après : département), centrale municipale d'achat et d'impression, le « Document d'appel à candidature – MetropoleGest_A1 » (ci-après : document d'appel à candidature), qui « [décrivait] le cadre et les exigences techniques et commerciales du projet ainsi que les contraintes liées à celui-ci » et « [précisait] les besoins liés à l'exploitation en gérance de [l'hôtel] ».

En plus de l'hôtel, et en option, la ville proposait aussi au prestataire de reprendre l'exploitation en gérance du restaurant du Parc des Eaux-Vives (ci-après : le restaurant).
5. Le 28 juillet 2017, la ville a transmis aux personnes intéressées des informations supplémentaires et a reporté au 15 septembre 2017 le délai pour déposer leurs offres.
6. Par courriel du 14 septembre 2017 auquel étaient annexés des documents dont un dossier aux nombreuses pages intitulé « Appel d'offres Métropole Genève – Candidature pour la gestion », SHP a déposé sa candidature pour la gestion de l'hôtel et du restaurant.
7. Par lettre du 18 octobre 2017 signée par la directrice du département, la ville a remercié SHP pour le dépôt de son offre et l'a informée, après une étude

attentive de son dossier, que son offre n'avait pas été retenue, le concept présenté dans celle-ci ne correspondant pas complètement à ses attentes et à sa vision de l'hôtel et du restaurant pour le futur.

8. Par courrier adressé le 26 octobre 2017 à la ville par son conseil, SHP a sollicité l'accès au dossier de l'« appel d'offres » sur la base de l'art. 44 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) et, par pli du lendemain, a regretté le refus d'accès que le département lui avait opposé.
9. Par écrit de la directrice du département du 30 octobre 2017, la ville lui a répondu que sa lettre du 18 octobre précédent ne constituait pas une décision administrative susceptible de faire l'objet d'un recours au sens de l'art. 4 LPA, de sorte qu'elle n'était pas en mesure de faire droit à sa requête.
10. Par acte expédié le 30 octobre 2017 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), SHP a formé recours contre la lettre de la ville du 18 octobre 2017, qui a été enregistré sous le numéro de cause A/4349/2017.

Elle a conclu, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif et à l'interdiction faite à la ville, soit pour elle le département, d'organiser un deuxième tour tant que la chambre administrative n'aurait pas statué sur effet suspensif. Elle a conclu au fond principalement, à l'annulation de la décision attaquée, à l'autorisation de participer au deuxième tour de la procédure d'adjudication, subsidiairement, également à l'annulation précitée ainsi qu'au renvoi de la cause à la ville pour nouvelle décision de sélection conforme à la procédure applicable en matière de marchés publics, plus subsidiairement à la constatation du caractère illicite de la décision querellée suivie des conclusions subsidiaires susmentionnées, l'intimée devant être déboutée de toutes autres ou contraires conclusions.

Était tout d'abord invoquée une violation de son droit d'être entendue, vu le refus d'accès au dossier et l'absence de motivation de la décision contestée.

11. Dans ses observations du 24 novembre 2017 portant, à la demande du juge délégué, notamment sur la demande d'effet suspensif, la ville a conclu principalement à ce que la chambre administrative constate qu'elle n'était pas compétente pour trancher le litige, refuse d'entrer en matière sur la demande d'octroi de l'effet suspensif formée par SHP, déclare irrecevable le recours, subsidiairement rejette la demande d'octroi de l'effet suspensif, en tout état déboute la recourante de toutes autres, plus amples ou contraires conclusions.

L'intégralité du raisonnement suivi par SHP s'appuyait au fond sur deux prémisses totalement erronées, à savoir que le litige serait soumis aux règles sur les marchés publics d'une part, et que la lettre du 18 octobre 2017 constituerait une décision au sens du droit administratif d'autre part.

12. Par décision du 11 décembre 2017 (ATA/1585/2017), la présidence de la chambre administrative a rejeté, en tant qu'elle était recevable, la demande d'octroi d'effet suspensif au recours de SHP.
13. Par réplique du 22 décembre 2017, SHP a persisté dans les conclusions au fond de son recours et notamment développé son argumentation relative à l'assujettissement de l'objet du litige au droit des marchés publics.
14. Par arrêt du 6 février 2018 (ATA/112/2018), la chambre administrative a déclaré irrecevable le recours interjeté le 30 octobre 2017 par SHP contre la lettre de la ville de Genève du 18 octobre 2017.

La lettre adressée le 18 octobre 2017 par la ville à la recourante n'était pas une décision fondée sur le droit public fédéral, cantonal ou communal (art. 4 al. 1 LPA), en particulier sur le droit des marchés publics (art. 15 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05, ainsi que 55 et 56 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01), mais relevait du droit privé, et n'était donc pas sujette à recours (art. 57 let. a, b et c LPA ainsi que 15 al. 1 AIMP et 56 al. 1 RMP). La chambre administrative n'était donc pas compétente pour traiter le présent recours.

15. Par ordonnance du 28 février 2018 (2C_19/2018), le Tribunal fédéral a rayé du rôle, comme étant devenue sans objet, la cause introduite par un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire formés le 11 janvier 2018 par SHP contre la décision du 11 décembre 2017 (ATA/1585/2017).
16. Le 14 mars 2018, SHP a interjeté un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire contre l'ATA/112/2018 précité.

Cette procédure (cause 2C_254/2018) est encore actuellement pendante devant le Tribunal fédéral, la ville ayant notamment formulé des observations devant celui-ci le 12 novembre 2018.

17. Dans le chargé de pièces complémentaire produit par la ville à l'appui de ces dernières observations et communiqué le 15 novembre 2018 à SHP, figurait une « attestation » de la directrice du département du 9 octobre 2018 attestant que, à la suite de l'appel d'offres pour la gestion de l'hôtel et du restaurant, le Conseil administratif de la ville avait attribué le mandat de gestion des deux établissements à Independent Hospitality Associates SA (ci-après : IHA). Les contrats y relatifs avaient été signés les 21 juin 2018, respectivement 27 août 2018.
18. Par lettre du 14 décembre 2018, concernant la « procédure 2C_254/2018 » et se référant à ladite attestation, SHP a fait part à la ville de ce qu'en application

de la législation en matière de marchés publics, l'attribution du contrat aurait dû être notifiée par publication sur la plateforme électronique sur les marchés publics gérée par l'association simap.ch, ou par courrier aux candidats, avec mention des voies de recours.

Elle réitérait avoir été indûment écartée du marché concerné. Elle aurait dû non seulement participer au second tour, conformément à ses véritables aptitudes, mais également remporter la mise au concours, en tant qu'elle présentait la meilleure offre, selon les critères d'adjudication.

L'attribution du contrat n'étant formellement pas conforme à la législation applicable aux marchés publics et matériellement illicite, elle mettait la ville en demeure de notifier une décision formelle d'adjudication selon les modalités susmentionnées, sommairement motivée et sujette à recours d'ici le 8 janvier 2019, à défaut de quoi elle n'aurait pas d'autre choix que d'assimiler le silence de la ville à un déni de justice, respectivement un retard injustifié de statuer.

Par ailleurs, elle sollicitait l'accès intégral du dossier de la procédure, afin de pouvoir exercer utilement son droit d'être entendu, et elle réservait tous ses droits quant à une action (ultérieure) en dommages-intérêts contre la ville, en cas de succès du recours pendant devant le Tribunal fédéral (cause 2C_254/2018).

19. Par pli du 9 janvier 2019, le Conseil administratif de la ville a répondu à SHP que, les décisions de justice ayant confirmé à ce jour l'inapplicabilité du droit des marchés publics à l'attribution en question, il peinait à voir en quoi le choix d'IHA dans la gestion de l'hôtel ne serait pas conforme à la loi.

Par ailleurs, la démarche de SHP semblait contradictoire, puisqu'elle avait déposé deux recours, le 14 mars 2018, devant le Tribunal fédéral, afin que celui-ci se prononce sur le présent dossier, et que la mise en demeure du 14 décembre 2018 adressée en parallèle paraissait démontrer qu'elle n'était plus aussi certaine de sa position.

Enfin, contrairement à ce qu'elle alléguait, SHP avait été dûment informée, au mois de mai 2018 déjà, de l'attribution du contrat de gestion à IHA. Or bien qu'étant conseillée par un mandataire, elle était restée passive durant sept mois. Une telle inaction ne paraissait guère compatible avec le principe de la bonne foi.

20. Par acte expédié le 16 janvier 2019 au greffe de la chambre administrative, SHP a formé un recours, avec requête de suspension de la procédure, contre le retard injustifié de la ville de statuer sur l'adjudication du contrat de gestion de l'hôtel.

Elle concluait, « sur la procédure », préalablement à la suspension de la procédure jusqu'à droit connu de l'arrêt du Tribunal fédéral dans la cause 2C_254/2018, ainsi qu'à l'accès intégral au dossier et à l'octroi d'un délai

supplémentaire pour compléter son recours. Au fond, elle concluait, « avec suite de frais et dépens », à ce que la chambre administrative constate que le département avait commis un déni de justice formel en refusant de statuer sur l'attribution à IHA du contrat de gestion de l'hôtel, à la suite de sa mise en demeure du 14 décembre 2018, ordonne au département de notifier régulièrement une décision formelle, sujette à recours, sur l'attribution dudit contrat de gestion et le déboute de toutes autres ou contraires conclusions.

Dans la mesure où la procédure 2C_254/2018 pendante devant le Tribunal fédéral trancherait la question de savoir si l'objet du présent litige était soumis au droit des marchés publics, issue pertinente également dans le cadre du présent recours, elle sollicitait la suspension de la présente procédure jusqu'à droit connu de la décision du Tribunal fédéral, et cette suspension devait être prononcée. Elle se réservait le droit de compléter le présent recours, le cas échéant, ensuite de la notification de la décision du Tribunal fédéral dans la procédure pendante devant lui ainsi que de l'octroi de l'accès complet au dossier.

EN DROIT

1. La chambre administrative est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 132 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05).

Sauf exceptions prévues par la loi ou lorsque le droit fédéral ou une loi cantonale prévoit une autre voie de recours (art. 132 al. 8 LOJ), elle statue sur les recours formés contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des art. 4, 4A, 5, 6 al. 1 let. a et e et 57 LPA (art. 132 al. 2 LOJ).

Saisie d'un recours, la chambre administrative applique le droit d'office. Elle est liée par les conclusions des parties, mais non par les motifs que les parties invoquent (art. 69 al. 1 LPA), ni par leur argumentation juridique (ATA/583/2016 du 8 juillet 2016 consid. 1b ; ATA/909/2015 du 8 septembre 2015 consid. 2).

Elle examine d'office sa compétence (art. 11 al. 2 LPA), qui est déterminée par la loi et ne peut être créée par accord entre les parties (art. 11 al. 1 LPA).

2. En vertu de l'art. 4 al. 4 LPA, lorsqu'une autorité mise en demeure refuse sans droit de statuer ou tarde à se prononcer, son silence est assimilé à une décision.

Une partie peut recourir en tout temps à la chambre administrative pour déni de justice ou retard non justifié, si l'autorité concernée ne donne pas suite rapidement à la mise en demeure prévue à l'art. 4 al. 4 LPA (art. 132 al. 2 LOJ ; art. 62 al. 6 LPA). Toutefois, lorsque l'autorité compétente refuse expressément

de rendre une décision, les règles de la bonne foi (art. 5 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101) imposent que le recours soit interjeté dans le délai légal, sous réserve éventuelle d'une fausse indication quant audit délai (arrêt du Tribunal fédéral 2P.16/2002 du 18 décembre 2002 consid. 2.2 ; ATAF 2008/15 consid. 3.2).

Pour pouvoir se plaindre de l'inaction de l'autorité, encore faut-il que l'administré ait effectué toutes les démarches adéquates en vue de l'obtention de la décision qu'il sollicite (ATA/199/2010 du 23 mars 2010 consid. 4).

Une autorité qui n'applique pas ou applique d'une façon incorrecte une règle de procédure, de sorte qu'elle ferme l'accès à la justice au particulier qui, normalement, y aurait droit, commet un déni de justice formel. Il en va de même pour l'autorité qui refuse expressément de statuer, alors qu'elle en a l'obligation. Un tel déni constitue une violation de l'art. 29 al. 1 Cst. (ATF 135 I 6 consid. 2.1 ; 134 I 6 consid. 2.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_409/2013 du 27 mai 2013 consid. 5.1 ; 5A_279/2010 du 24 juin 2010 consid. 3.3 ; ATA/595/2017 précité consid. 6b ; ATA 716/2016 du 23 août 2016 consid. 5b).

En cas de recours contre la seule absence de décision, les conclusions ne peuvent tendre qu'à contraindre l'autorité à statuer (ATA/595/2017 du 23 mai 2017 consid. 6c ; ATA/609/2016 du 12 juillet 2016 consid. 2). En effet, conformément à l'art. 69 al. 4 LPA, si la juridiction administrative admet le recours pour déni de justice ou retard injustifié, elle renvoie l'affaire à l'autorité inférieure en lui donnant des instructions impératives (ATA/595/2017 précité consid. 6c ; ATA/260/2017 du 3 mars 2017).

La reconnaissance d'un refus de statuer ne peut être admise que si l'autorité mise en demeure avait le devoir de rendre une décision ou, vu sous un autre angle, si le recourant avait un droit à en obtenir une de sa part (ATF 135 II 60 consid. 3.1.2 ; ATA/796/2014 du 14 octobre 2014 consid. 6).

Au stade de l'examen de la recevabilité, la chambre de céans doit examiner si la décision dont l'absence est déplorée pourrait faire l'objet d'un recours devant elle au cas où ladite décision avait été prise et si le recourant disposerait de la qualité pour recourir contre elle (ATA/947/2014 du 2 décembre 2014 consid. 7).

3. En l'espèce, en sollicitant le prononcé par l'intimée d'une décision au sens de l'art. 4 al. 1 LPA portant sur l'attribution du contrat de gestion de l'hôtel à IHA, tout en requérant la suspension de la présente procédure jusqu'à droit jugé par le Tribunal fédéral dans la cause 2C_254/2018, la recourante adopte une attitude contradictoire.

En effet, par sa requête de suspension, elle admet que la ville n'est pas en mesure de rendre la décision qu'elle sollicite précisément, ce d'ailleurs à juste titre

puisque la position actuelle de la ville ne constitue que la continuation de sa position qui a donné lieu à l'ATA/112/2018 précité et selon laquelle le contrat de gestion relève non du droit administratif, mais du droit privé, question litigieuse que le Tribunal fédéral est appelé à trancher dans le cadre de la cause 2C_254/2018.

Ainsi, la question litigieuse pertinente étant déjà pendante, la ville n'a pas à rendre une décision, portant sur des droits ou obligations (art. 4 LPA), et la recourante n'a pas le droit à en obtenir une de sa part.

Par surabondance, il découle de l'ATA/112/2018 précité que la chambre de céans n'est pas compétente pour connaître également du présent recours sous l'angle de la compétence *ratione materiae*.

4. Vu ce qui précède, le recours pour déni de justice sera déclaré manifestement irrecevable, sans instruction préalable en application de l'art. 72 LPA, ce qui rend sans objet les conclusions « sur la procédure » de la recourante.
5. Vu l'issue du litige, un émoulement de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 16 janvier 2019 par Swiss Hospitality Partners SA pour déni de justice ;

met à la charge de Swiss Hospitality Partners SA un émoulement de 1'000.- ;

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

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 sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP - RS 172.056.1) ou

de l'accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics du 21 juin 1999 (RS 0.172.052.68) ;

s'il soulève une question juridique de principe ;

- sinon, 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 ;

communique le présent arrêt à Me Pierre-Yves Gunter, avocat de la recourante, à la Ville de Genève, à la commission de la concurrence (COMCO), ainsi que, pour information, au Tribunal fédéral.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, M. Thélin, Mme Junod, MM. Pagan et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :