

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1103/2007-VG

ATA/232/2008

**ARRÊT**

**DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**du 20 mai 2008**

dans la cause

**PLAKANDA AWI S.A.**

représentée par Me Pierre Louis Manfrini, avocat

contre

**VILLE DE GENÈVE**

représentée par Me David Lachat, avocat

---

## EN FAIT

1. Plakanda Awi S.A. (ci-après : Plakanda), de siège social à Cham, dans le canton de Zug, est une société spécialisée dans l'affichage publicitaire pour compte de tiers, membre du groupe publicitaire international Clear Channel. Elle est active dans l'ensemble de la Suisse, principalement au travers des emplacements d'affichage qu'elle gère sur des parcelles privées.

Dans le canton de Genève, elle exploite actuellement 293 panneaux (essentiellement de format F12), tous sur le domaine privé. 78 panneaux sont implantés dans les limites du territoire (politique) de la Ville de Genève (ci-après : la Ville). Les 215 autres sont implantés dans d'autres communes genevoises.

Elle se trouve en relation de concurrence directe avec la Société générale d'affichage (ci-après : SGA), qui détient la quasi-intégralité des concessions d'usage du domaine public délivrées par les villes et communes de Suisse aux fins d'exercices d'activité publicitaire.

2. En Ville de Genève, la concession sur l'affichage du domaine public a été concédée à la SGA pour une durée de 10 ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1998.

L'ouverture d'une soumission publique était prévue 18 mois avant son échéance, le 31 décembre 2007.

3. Par communiqué de presse du 14 juin 2006, la Ville a annoncé qu'elle procéderait à un appel d'offres pour l'affichage sur le domaine public, selon une procédure sélective à deux tours.

4. Le 22 juin 2006, Plakanda a informé la Ville qu'elle avait l'intention de déposer une offre pour le marché précité tout en précisant qu'elle était disposée à partager les droits d'affichage sur le domaine public avec d'autres sociétés admises à pratiquer sur le territoire communal. A cet effet, elle proposait une répartition de l'affichage par lots, selon le modèle pratiqué par la ville de Zürich.

5. L'appel d'offres pour le marché de l'affichage "papier" sur le domaine public de la Ville a été publié le 26 juin 2006 dans la Feuille d'avis officielle (FAO).

a. La publication précisait notamment les éléments suivants :

- l'appel d'offres était soumis à la législation applicable en matière de marché public ;

- il se déroulerait selon la procédure sélective ;

- les types d'affichage suivants étaient notamment visés : commercial, culturel, officiel et politique (ch. 2.5) ;
- à l'issue de la procédure d'appel d'offres, le marché serait adjugé pour une durée de 5 ans, du 1<sup>er</sup> janvier 2008 au 31 décembre 2012 ;
- le marché ne serait pas divisé en plusieurs lots (ch. 2.8) ;
- les offres pouvaient être déposées par des consortium (ch. 3.6).

L'avis énonçait par ailleurs les critères de sélection (ch. 3.3), se référait à plusieurs reprises au règlement cantonal sur la passation des marchés publics du 23 août 1999 (L 6 05.03) et indiquait que la décision de sélection serait susceptible de recours devant le Tribunal administratif.

b. Pour le surplus, les candidats étaient invités à se référer au dossier de soumission, téléchargeable sur le site Internet [www.simap.ch](http://www.simap.ch) dès le 30 juin 2006, lequel se composait d'un dossier de candidature décrivant brièvement le marché et précisant les conditions générales de caractère réglementaire, ainsi que de six annexes, dont le concept directeur de l'affichage en Ville de Genève (ci-après : le CDA) approuvé le 3 mai 2006 par le Conseil administratif.

6. Le 6 juillet 2006, Plakanda a interjeté recours auprès du Tribunal administratif à l'encontre de l'appel d'offres précité en tant qu'il portait sur "un seul marché sans lot". Pour l'essentiel, elle faisait valoir que le marché litigieux devait être divisé en lots et réparti entre différents concessionnaires, car son attribution à un seul à concessionnaire aboutissait à la création d'un monopole de fait contraire aux principes de la liberté économique et de l'égalité entre concurrents.
7. Le même jour, Plakanda a également formé un recours de droit public devant le Tribunal fédéral à l'encontre de l'avis d'appel d'offres du 26 juin 2006 (cause 2P.210/2006). Au terme d'une argumentation semblable à celle développée devant le Tribunal administratif, elle concluait à son annulation sous suite de frais et dépens. Par ordonnance du 5 septembre 2006, le Président de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral a suspendu la procédure jusqu'à droit connu sur le recours parallèle pendant devant le Tribunal administratif.
8. La Ville a répondu au recours le 15 août 2006. Elle s'en remettait à justice quant à la recevabilité du recours et concluait à son rejet sur le fond. L'octroi de la concession litigieuse sous la forme d'un monopole était conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral et respectait les principes constitutionnels invoqués par Plakanda.

9. Le 18 septembre 2006, Plakanda a informé le Tribunal administratif qu'elle avait déposé sa candidature le 15 septembre 2006, dans le cadre de l'appel d'offres litigieux.
10. Le 3 novembre 2006, la Ville a informé Plakanda qu'elle avait été sélectionnée pour la suite de la procédure. La SGA avait également été retenue. Celle-ci n'a pas recouru contre cette décision.
11. Plakanda en a informé le juge délégué le 8 novembre 2006. A cet égard, elle relevait qu'il était impératif que la question de savoir si l'offre des soumissionnaires devait nécessairement porter sur l'ensemble du territoire de la Ville ou, au contraire, pouvait porter sur des lots, soit tranchée, afin qu'elle puisse l'élaborer en conséquence.
12. Par arrêt du 19 décembre 2006, le Tribunal administratif a déclaré irrecevable le recours dont il était saisi. L'appel d'offres n'était pas une décision attaquant, au motif que l'octroi d'une concession de monopole d'affichage publicitaire sur le domaine public n'était, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, pas soumis à la réglementation applicable en matière de marchés publics, tandis que l'acte attaqué n'était, comme décision incidente, pas de nature à causer un préjudice irréparable à l'intéressée, les griefs de cette dernière pouvant, le moment venu, lui être librement soumis dans le cadre d'un recours formé contre la décision d'attribution.
13. Le 13 février 2007, Plakanda a interjeté un recours de droit public devant le Tribunal fédéral (cause 2P.51/2007) contre l'arrêt précité, en concluant à son annulation, sous suite de frais et dépens, et au renvoi de la cause à la juridiction cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Elle se plaignait de la violation du principe de la bonne foi et d'arbitraire dans l'application du droit de procédure genevois.  
  
La Ville et le Tribunal administratif s'en remettaient à justice quant au sort de cette seconde procédure, respectivement "persistait dans les considérants et le dispositif de son arrêt."
14. Le 20 février 2007, le Président de la IIe Cour de droit public a ordonné la reprise de la procédure dans la cause 2P.210/2006 précitée.
15. Le 2 mars 2007, la Ville a communiqué à Plakanda et à la SGA le dossier du deuxième tour d'appel d'offres, soit :
  - dossier de procédure et ses trois annexes : liste du personnel pour les sous-traitants de prestations liées au mobilier urbain (1), annonce des sous-traitants de prestations liées au mobilier urbain (2), tableau récapitulatif des prix (3) ;

- cahier des charges et ses cinq annexes : concept directeur de l'affichage en Ville de Genève (1), tableau estimant le nombre de surface d'affichage (2), descriptif technique des éléments de mobilier urbain (3), liste des abribus à modifier (4), descriptif concernant le système de vélos en libre-service (5) ;

- récapitulatif des documents devant être remis par les soumissionnaires.

Les dispositions générales présentées dans la section A du cahier des charges réglaient, soit précisaient les éléments suivants : l'objet et la durée du marché (chiffre 1), les définitions et le champ d'application de la concession (chiffre 2), les normes applicables (chiffre 3), le cahier des charges (chiffre 4), la cartographie internet et le tableau des surfaces d'affichage (chiffre 5) et les restrictions quant au contenu des affiches (chiffre 6). La section B contenait quant à elle le descriptif des prestations d'affichages autorisées, respectivement requises des soumissionnaires avec, notamment, les distinctions suivantes :

## "10. Affichage en faveur de la Ville de Genève

### 10.1 Définition

On entend par "affichage en faveur de la Ville de Genève" l'affichage effectué gratuitement par le concessionnaires pour promouvoir les activités de la Ville de Genève.

### 10.2 Formats

L'affichage en faveur de la Ville de Genève pourra être réalisé à tous les formats prévus à l'article 7.2, suivant les instructions de la Ville de Genève.

### 10.3 Surfaces d'affichages et emplacements concernés

#### ❖ Surfaces d'affichage "F 200" sur le domaine public de la Ville de Genève :

Le concessionnaire devra maintenir les 61 surfaces d'affichage F 200 lumineux - plans de ville ainsi que les 2 surfaces d'affichage F 200 papier existantes aux emplacements actuels, définis par la cartographie internet.

Ces surfaces d'affichage sont réservées aux plans de ville, aux mementos culturels, ainsi qu'à l'information municipale.

#### ❖ Affichage temporaire sur supports amovibles

Le concessionnaire devra également procéder à de l'affichage temporaire en faveur de la Ville de Genève sur les supports amovibles prévus à l'article 15.6 ci-dessous, conformément aux instructions des services compétents de la Ville de Genève.

Ces surfaces d'affichage sont notamment destinées aux campagnes d'information, manifestations de la Ville de Genève, etc.

❖ Affichage en faveur de la Ville de Genève sur le réseau genevois :

Le concessionnaire devra chaque année réaliser pour CHF 350'000.- (hors TVA) d'affichage gratuit en faveur de la Ville de Genève sur le territoire du canton de Genève.

❖ Affichage en faveur de la Ville de Genève sur le réseau suisse et/ou internationale :

Le concessionnaire devra chaque année réaliser pour CHF 250'000.- (hors TVA) d'affichage gratuit en faveur de la Ville de Genève sur le réseau suisse et/ou international.

La valeur des montants précités de CHF 350'000.- et CHF 250'000.- sera calculée, s'agissant du réseau genevois, en appliquant le tarif préférentiel relatif à l'affichage culturel (art. 9.4). Pour le réseau suisse et international, le concessionnaire fournira une proposition de tarif, qui ne devra pas être supérieur, en moyenne, au tarif préférentiel relatif à l'affichage culturel.

Si l'affichage en faveur de la Ville de Genève sur le territoire genevois, tel que décrit ci-dessus, est réalisé sur le domaine public de la Ville de Genève, il devrait être exclusivement effectué à des emplacements prévus pour l'affichage commercial.

#### 10.4 Impression des «plans de ville» et mémentos culturels

Le concessionnaire procédera gratuitement à l'impression des affiches «plans de ville», ainsi qu'à l'impression régulière, à raison de 26 périodes de 14 jours par année, des affiches «mémentos culturels», sur la base d'un fichier informatique fourni par la Ville de Genève.

#### 10.5 Gratuité

L'affichage en faveur de la Ville de Genève sera réalisé gratuitement par le concessionnaire.

Pour les besoins de la TVA, les soumissionnaires doivent indiquer le coût exact (hors TVA) de cette prestation gratuite dans le tableau récapitulatif des prix remis à la Ville de Genève entre serveurs (cf. annexe 3 du dossier de procédure). Le coût de cette prestation gratuite ne pourra en aucun cas être supérieur au coût de la prestation payante (cf. ci-dessus art. 10.3).

(...)

19. Système de vélo en libre-service

Les exigences relatives au système de vélo en libre-service sont définies dans le descriptif ci-annexé (annexe 5 au cahier des charges), qui fait intégralement partie du cahier des charges (cf. ci-dessus, art. 4)".

Le dossier de procédure rappelait que l'appel d'offre était soumis au droit des marchés publics. Comme annoncé lors du premier tour, les prestations liées au mobilier urbain pouvaient être sous-traitées. Il était précisé qu'aucune candidature sous forme de consortium n'avait été déposée.

Enfin, les offres seraient évaluées selon les critères d'adjudication suivants: montants de la redevance nette versée à la Ville la première année (45%), qualité du réseau de vélos en libre service (25%), qualité des supports d'affichage et des abris-vélos (25%) et respect du cahier des charges (5%). Le cahier des charges détaillait les conditions relatives aux prestations d'affichage et de mobiliers urbains demandées aux soumissionnaires.

Les décisions prises dans le cadre de la procédure d'appel d'offre, notamment la décision d'adjudication, seraient susceptibles de recours devant le Tribunal administratif dans un délai de 10 jours dès notification de la décision.

16. Le 15 mars 2007, Plakanda a interjeté recours auprès du Tribunal administratif contre les conditions du deuxième tour de l'appel d'offres concernant le marché public portant sur l'affichage sur le domaine public de la Ville. Elle conclut à l'annulation des charges contenues aux chiffres 10 et 19 du cahier des charges relatives respectivement aux prestations d'affichage en faveur de la Ville et à la mise à disposition d'un système de vélos en libre-service ainsi qu'au versement d'une indemnité de procédure. A titre préalable, elle sollicite la restitution de l'effet suspensif au recours.

a. Le cahier des charges notifié aux candidats démontrait que désormais, la procédure avait toutes les caractéristiques d'un marché public. Au travers de l'octroi de la concession, la Ville tentait en effet d'obtenir une série très importante de prestations (affichage en sa faveur destiné à promouvoir les activités de la Ville, fourniture gratuite d'éléments très importants de mobiliers urbains, mise à disposition et installation gratuite de 25 abris vélos et d'un système de 500 vélos en libre-service). Cette concession était économiquement le prix que la collectivité entendait payer pour la mise à disposition de prestations d'importance économique significative. Pour ces motifs, interjeté dans le délai de 10 jours stipulé par le droit des marchés publics, le recours était recevable.

b. Au fond, le cahier des charges du 2 mars 2007 était illégal pour divers motifs. En particulier, en imposant aux concessionnaires des charges déraisonnables et sans rapport avec l'objet de la procédure, il violait les limitations

constitutionnelles et légales aux prérogatives de la Ville en matière de définition du cahier des charges de la concession d'affichage, tels le respect de la liberté économique (art. 27 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; Cst. - RS 101) et des principes constitutionnels de la proportionnalité, de l'égalité et de la bonne foi. De même, la commune était tenue par les exigences de la législation sur les cartels qui lui interdisaient toute pratique discriminatoire susceptible d'entraver l'accès au marché. Par ailleurs, la Ville avait pratiqué, sans base légale, le jumelage avec des charges totalement nouvelles discriminatoires et sans connexité avec l'affichage, soit en particulier, l'obligation de fournir gratuitement les services de promotion de la Ville, hors territoire communal, en Suisse et à l'étranger et l'obligation d'organiser et de mettre à disposition un système de 500 vélos en libre-service.

17. La Ville s'est opposée au recours le 2 avril 2007. Elle conclut à son rejet ainsi qu'au versement d'une équitable indemnité de procédure. Préalablement, elle s'est opposée à la demande de Plakanda en restitution de l'effet suspensif.

a. Sur effet suspensif, elle relevait que l'intérêt public à l'octroi de la concession d'affichage sur le domaine public devait primer sur celui de la recourante.

b. Au fond, c'était à tort que Plakanda reprochait à la Ville d'avoir introduit deux éléments nouveaux lors du second tour de la procédure puisque cela ressortait expressément du dossier de candidature mis en ligne ([www.simap.ch](http://www.simap.ch)). Le contenu de ces prestations avait simplement été précisé lors du second tour. Celles-ci n'étaient par ailleurs pas contraire à l'article 7 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 2005 (LCart - RS 251). De même, l'association mobilier urbain/affichage sur le domaine public avait expressément été admise par le secrétariat de la commission de la concurrence. L'appel d'offre était d'ailleurs en parfaite harmonie avec les recommandations publiées en 1999 et 2000 par cette dernière et avait, afin d'accroître encore les garanties en matière de transparence et d'égalité de traitement, été soumis au droit des marchés publics. Quant aux prestations en nature demandées, elles étaient toutes en relation de connexité avec les prestations d'affichage puisque Plakanda pourrait notamment utiliser les vélos à des fins publicitaires. Enfin, l'affichage gratuit demandé par la Ville n'était pas discriminatoire et l'estimation des charges - contestée - faites par Plakanda ne permettait pas de retenir que les prestations demandées par la Ville seraient disproportionnées. Ces dernières ainsi que l'appel d'offre étaient dès lors parfaitement compatibles avec la LCart, la loi sur les procédés de réclame du 9 juin 2000 (LPR - F 3 20) et la Cst.

18. Par décision du 4 avril 2007, le Président du tribunal de céans a restitué l'effet suspensif au recours.

19. Le 10 avril 2007, la Ville a fait savoir aux candidats retenus pour le deuxième tour que la procédure d'appel d'offres était suspendue.

20. Le 11 mai 2007, Plakanda a saisi la commission de la concurrence d'une dénonciation dans le cadre de l'appel d'offres ouvert par la Ville. Elle priait celle-ci d'ouvrir une enquête et de constater l'existence de restrictions illicites à la concurrence.

Les conditions posées par la Ville, dans son cahier des charges étaient de nature à perturber l'égalité de traitement entre offrants. Celle-ci, en tant que bénéficiaire d'une position dominante sur le marché de l'affichage, ne pouvait édicter des exigences qui érigeaient, de manière discriminatoire, des obstacles à l'instauration d'une concurrence sur le marché pertinent. Ainsi, en l'espèce, la Ville cherchait à obtenir outre des prestations gratuites de promotion, l'intégralité des revenus perçus dans la location de vélos, la fourniture gratuite de mobilier urbain (divers supports d'affichage, abri-bus) ainsi qu'une part équivalent à 25% du chiffre d'affaires encaissé pour l'affichage sur les clôtures de chantier et pour la publicité sur les vélos. Ces profits cumulés au coût des charges imposées par l'entreprise dominante étaient manifestement disproportionnés.

21. Le 22 mai 2007, la Ville a répondu sur le fond, au recours formé le 15 mars 2007 par Plakanda, reprenant pour l'essentiel ses écritures du 2 avril 2007.

Elle exposait pour le surplus que les griefs soulevés par Plakanda concernant la LCart étaient irrecevables, à défaut de compétence du Tribunal administratif *ratione materiae*.

22. Par arrêt du 4 juillet 2007, le Tribunal fédéral, après avoir joint les deux causes, a déclaré irrecevable le recours de droit public (cause 2P.210/2006), faute de préjudice de nature juridique et rejeté, dans la mesure où il était recevable, celui formé dans la cause 2P.51/2007. Les griefs de violation du droit à la protection de la bonne foi et d'arbitraire, invoqués par Plakanda, étaient infondés.

23. Plakanda a répliqué en date du 9 août 2007, suite aux écritures responsives de la Ville et à l'arrêt du Tribunal fédéral précité en précisant un certain nombre de points. Préalablement, elle sollicitait du tribunal de céans qu'il ordonne à la Ville de verser à la procédure copie de l'acte de prorogation à fin 2008 de la concession octroyée à la SGA et invite cette dernière à fournir toutes informations utiles sur le nombre d'emplacements qu'elle exploitait à Genève.

a. Elle avait pu affiner l'analyse des coûts inévitablement liés, pour le concessionnaire, aux diverses contre-prestations en nature attendues de l'adjudicataire - indépendamment de la redevance mensuelle - et versait à la procédure un tableau Excel estimant ceux-ci à un total annuel de CHF 5'813'536.-. A cela s'ajoutait encore la perte de chiffre d'affaires, estimée à CHF 2'190'290.-,

subie par le concessionnaire à raison de l'utilisation de surfaces d'affichage sur le canton, en Suisse et à l'étranger, pour les prestations d'affichage gratuites pour la Ville et le coût de l'option sur les 440 supports F4 culturels supplémentaires.

b. Le fait que la procédure soit régie par le droit des marchés publics ne la privait pas de se prévaloir des garanties dérivées de l'article 27 Cst. en matière d'accès au domaine public pour l'exercice de ses activités économiques. A cet égard, elle considérait contraire à cette dernière disposition, le fait que la Ville n'envisage qu'une concession unique et non plusieurs lots, comme à Zürich, grief déjà soulevé dans son recours du 6 juillet 2006.

c. Elle persistait à soutenir que le contrôle de la légalité des décisions pour lequel le Tribunal administratif était compétent, impliquait également le contrôle du respect de la LCart.

d. Contrairement à ce que soutenait la Ville, les prestations d'affichage gratuit et le système de vélos en libre service constituaient des exigences nouvelles et tardives dès lors qu'on ne trouvait nulle part, dans la documentation du premier tour, une quelconque allusion au système de vélos en libre service, soit une indication qui permette de comprendre que les prestations d'affichage gratuit impliqueraient une mobilisation très importante du parc de panneaux d'affichage situé en Ville, dans le Canton, en Suisse et à l'étranger.

Les prestations d'affichage gratuit constituaient une exigence discriminatoire et disproportionnée, pour un opérateur qui, comme Plakanda, ne disposait pas d'une position dominante dans le canton et en Suisse, par rapport à la charge économique relative qu'elle impliquait pour la SGA. Quant au système de vélos, il ne présentait pas un rapport de connexité suffisant pour pouvoir être joint à l'octroi de la concession d'affichage. Une fois encore, une telle exigence était discriminatoire dès lors que la SGA était bien mieux à même de supporter économiquement les charges afférentes à ce système.

e. Enfin, le cumul des charges et conditions imposées par la Ville aboutissait à un total de charges financières tellement élevé qu'il était même susceptible de priver la concession de toute rentabilité, en violation de l'article 25 alinéa 2 LPR.

24. La Ville a dupliqué le 31 août 2007, en précisant un certain nombre de points déjà évoqués dans ses écritures du 22 mai 2007.

a. A titre liminaire, il appartenait au tribunal de céans de décider si la production des pièces détenues par Plakanda était nécessaire. En tout état, celle-ci ne saurait invoquer le secret des affaires, le traitement confidentiel des informations étant garanti dans le cadre du droit des marchés publics. Pour le surplus, les pièces concernant la SGA, sollicitées par Plakanda, n'étaient pas déterminantes pour l'issue du litige.

b. Les documents du second tour ne comportaient pas de nouveauté inattendue pour les soumissionnaires. De même, la nature du marché n'avait pas été fondamentalement remise en question. Cela étant, à ce stade de la procédure, Plakanda ne pouvait contester dans son principe l'exigence de contre-prestations de mobilier urbain et d'affichage gratuit, alors que ces éléments, tout comme la clause du dossier de candidature stipulant que les conditions du marché seraient détaillées dans le cadre du second tour, n'avaient fait l'objet d'aucun recours suite à la remise des documents du premier tour. Enfin, la Ville avait dûment examiné la "faisabilité économique" de l'ensemble des prestations demandées et les calculs présentés par Plakanda n'avaient aucun sens sur le plan économique. Le cahier des charges ne contenait dès lors aucune violation de l'article 25 alinéa 2 LPR.

25. La Ville a répondu, en date du 17 septembre 2007, à la dénonciation de Plakanda devant la commission de la concurrence.

Les trois clauses contestées n'induisaient aucun abus de position dominante, ni restrictions illicites à la concurrence. Afin de garantir l'égalité des chances entre concurrents et d'assurer la transparence de la procédure, la Ville avait choisi de soumettre cette dernière au droit des marchés publics. Elle avait par ailleurs suivi les recommandations spécifiques de la commission de la concurrence publiées en 1999 et 2000 (adjudication publique avec publication de tous les critères d'attribution, limitation de la durée du contrat de bail à ferme, renonciation à toute clause d'option ainsi qu'à toute clause prévoyant la reconduction tacite). Il ne se justifiait dès lors aucunement, en l'espèce, d'ouvrir une enquête.

26. Le 20 septembre 2007, Plakanda a sollicité du Tribunal administratif qu'il suspende l'instruction de la cause devant lui jusqu'à l'aboutissement des investigations de la commission de la concurrence.

27. Par courrier du 30 octobre 2007, la Ville s'est opposée à cette requête.

La bonne gestion de l'affichage nécessitait une planification à long terme. En l'espèce, le Tribunal administratif ayant restitué l'effet suspensif au recours, l'appel d'offres restait suspendu jusqu'à droit jugé dans la procédure litigieuse. Celle-ci ne saurait à son tour être suspendue dans l'attente de l'issue de la procédure devant les autorités de la concurrence. Une telle suspension "en chaîne" paralyserait l'activité de la collectivité d'une manière incompatible avec les intérêts publics en jeu et l'interdiction du déni de justice formel.

28. Le 7 mai 2008, la commission de la concurrence a informé le juge délégué, à sa requête, que la procédure devant elle était toujours en cours.

29. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

## EN DROIT

1. La recourante entend contester les conditions du deuxième tour de l'appel d'offres de la Ville concernant le "marché public" portant sur l'affichage sur le domaine public de celle-ci.
2. Le Tribunal administratif est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05). Il examine d'office et librement sa compétence (art. 11 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; ATA/124/2005 du 8 mars 2005).
3.
  - a. Le recours au Tribunal administratif est ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives, au sens des articles 4, 5, 6, alinéa 1, lettre d et 57 LPA, sauf exception prévue par la loi, soit dans d'autres cas, lorsque la loi le prévoit expressément (art. 56A al. 2 et 3 LOJ).
  - b. A teneur de l'article 57 LPA, seules les décisions finales, les décisions par lesquelles l'autorité admet ou décline sa compétence ainsi que les décisions incidentes qui, si elles étaient exécutées, causeraient un préjudice irréparable à l'une des parties, peuvent faire l'objet d'un recours.
  - c. Au sens de l'article 4 LPA sont considérées comme des décisions les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal, communal et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits et des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits (let. b), de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c).
  - d. En matière de marchés publics, les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours auprès de l'autorité juridictionnelle cantonale (art. 15 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 ; AIMP - L 6 05). La jurisprudence considère par ailleurs que dans ce domaine, l'appel d'offre constitue une décision sujette à recours dès lors que les points fixés par ce dernier ne peuvent plus être remis en cause dans le cadre de recours dirigés contre des décisions adoptées à un stade ultérieure de la procédure (ATA/372/2006 du 30 juin 2006).
4. Dans son arrêt du 19 décembre 2006, rendu suite au recours de Plakanda à l'encontre de l'appel d'offre du 26 juin 2006, le tribunal de céans a considéré que celui-ci n'était pas une décision attaquable, au motif que l'octroi d'une concession de monopole d'affichage publicitaire sur le domaine public n'était, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, pas soumis à la réglementation applicable en matière de marchés publics, tandis que l'acte attaqué, en tant que décision

incidente, n'était pas de nature à causer un préjudice irréparable à l'intéressée, les griefs de cette dernière pouvant, le moment venu, lui être librement soumis dans le cadre d'un recours formé contre la décision d'attribution (ATA/679/2006 précité).

Cet arrêt a été confirmé par le Tribunal fédéral, lequel a précisé qu'à ce stade de la procédure, la recourante n'encourait aucun préjudice de nature juridique, dès lors qu'elle pourrait soulever et faire examiner les griefs invoqués dans le cadre d'un éventuel recours au tribunal de céans contre la décision d'adjudication, voire déjà, dans le cadre d'un recours contre la décision de sélection des candidats, s'agissant d'une procédure sélective à deux tours. Quant au droit applicable, la Haute Cour a relevé que Plakanda ne pouvait déduire, du simple renvoi aux règles en matière de marchés publics figurant dans l'appel d'offre que cette phase de la procédure pouvait faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif. Tel était en revanche le cas de la décision de sélection. Les règles en matière de marchés publics pouvaient toutefois s'appliquer par analogie, dans une mesure toutefois limitée aux principes (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.51/2007 précité).

Enfin, s'agissant de la doctrine, la tendance la plus récente est également de ne pas assujettir les concessions au droit des marchés publics (D. ESSEIVA, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, in *Revue du droit de la construction* 4/2006, p. 203 et suivants ; D. DUBEY, Marchés publics/Jurisprudence, in *Revue du droit de la construction* 4/2007, p 193). Dans son commentaire des deux arrêts précités, ce dernier auteur a ainsi souligné qu'il était exclu que l'application par analogie de l'AIMP s'étende aux articles 15 et suivants de cette loi, relatifs aux voies de droit en matière de marchés publics. Il relevait toutefois que, "dès lors que les principes de la transparence et de la concurrence nécessitent que le candidat à un marché public puisse contester la formulation d'un appel d'offre, on ne voit guère que le postulant à une concession publique ne puisse pas en faire de même pour assurer le respect de ces mêmes principes".

5. Soustrait de la réglementation sur les marchés publics, s'agissant des voies de droit, il s'agira donc ici, essentiellement, d'examiner si des éléments nouveaux permettraient, dans le cadre du second tour de l'appel d'offre, de s'écarter de la solution retenue dans le cadre du premier tour.
  - a. La notion de décision telle que visée par la LPA est calquée sur le droit fédéral, ce qui est également valable pour les cas limites, ou plus exactement pour les actes dont l'adoption n'ouvre pas de voie de recours. Ainsi, de manière générale, les communications, opinions, recommandations et renseignements ne déploient aucun effet juridique et ne sont pas assimilables à des décisions (B. BOVAY, *Procédure administrative*, Berne 2000, p. 78).
  - b. Selon la jurisprudence, est finale une décision qui met un point final à la procédure, qu'il s'agisse d'une décision sur le fond ou d'une décision qui clôt

l'affaire en raison d'un motif tiré des règles de la procédure ; est en revanche une décision incidente celle qui est prise pendant le cours de la procédure et ne représente qu'une étape vers la décision finale ; elle peut avoir pour objet une question formelle ou matérielle, jugée préalablement à la décision finale (ATF 123 I 325 consid. 3b p. 327 ; 122 I 39 consid. 1a/aa p. 41 ; 120 Ia 369 consid. 1b p. 372 ; 120 III 143 consid. 1a p. 144 ; 117 Ia 251 consid. 1a p. 253 ; 396 consid. 1 p. 398 et les arrêts cités).

c. Les décisions incidentes ne sont susceptibles de recours que si, en cas d'exécution, elles causeraient un préjudice irréparable à l'une des parties (art. 57 litt. c LPA). A cet égard, dans son arrêt du 4 juin précité, la haute Cour a clairement réaffirmé que l'absence de possibilité de contester la procédure d'appel d'offre n'était pas de nature à causer un dommage irréparable à la recourante, dès lors que les griefs soulevés à cet effet peuvent, le moment venu, être attaqués avec la décision (finale) d'adjudication voir déjà lors de la décision de sélection (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.51/2007 précité).

En l'espèce, la communication litigieuse vise à porter à la connaissance des candidats sélectionnés au premier tour, le dossier de procédure, le cahier des charges et leurs annexes respectives ainsi que la liste des documents à déposer. S'agissant tout particulièrement des dispositions 10 et 19 du cahier des charges, seules à faire l'objet d'une contestation dans le cadre du recours qui lui est soumis, le Tribunal administratif retiendra qu'elles n'ont pas pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations, au sens de l'article 4 alinéa 1 lettre a LPA mais visent essentiellement à préciser les critères publiés dans le cadre du premier tour. Quand bien même ladite communication dût être considérée comme une décision incidente, aucun recours ne serait ouvert, faute de préjudice irréparable au sens de la jurisprudence précitée.

Cette solution s'impose d'autant plus que les griefs soulevés par la recourante pourront être examinés non seulement par la commission de la concurrence, suite à la dénonciation de Plakanda, mais encore, le moment venu, par le tribunal de céans, dans le cadre d'un éventuel recours à l'encontre de la décision finale d'adjudication.

6. Le recours à l'encontre du second tour de l'appel d'offres est ainsi prématuré et sera déclaré irrecevable.

Un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe. Pour le surplus, la Ville disposant de son propre service juridique, aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA ; ATA/312/2004 du 20 avril 2004).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**à la forme :**

déclare irrecevable le recours interjeté le 15 mars 2007 par Plakanda Awi S.A. contre le second tour de l'appel d'offres de la Ville de Genève qui lui a été communiqué le 2 mars 2007 ;

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

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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'article 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-Louis Manfrini, avocat de la recourante ainsi qu'à Me David Lachat, avocat de la Ville de Genève et à la commission de la concurrence, pour information.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

M. Tonossi

la vice-présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :