

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1103/2007-MARPU

ATA/509/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 3 août 2010

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 Hünenberg, 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.
2. Par un appel d'offres publié dans la Feuille d'avis officielle (FAO) du 26 juin 2006, la Ville de Genève (ci-après : la Ville) a mis en soumission le renouvellement de la concession d'affichage papier sur son domaine public pour la période allant du 1er janvier 2008 au 31 décembre 2012. Selon les conditions énoncées dans l'appel d'offres et précisées dans le dossier de candidature remis aux participants, le marché, "soumis OMC", devait être attribué en un seul lot selon une procédure à deux tours, le premier portant sur la sélection des candidats selon des critères d'aptitude, le second sur l'adjudication proprement dite du marché ; par ailleurs, il était prévu que la sélection des candidats aurait lieu le 30 octobre 2006 et que la décision de sélection serait susceptible de recours devant le Tribunal administratif ; enfin, le ch. 5.1 du dossier de candidature précisait que les règles en matière de marchés publics seraient applicables à la procédure d'appel d'offres, "quand bien même il [n'était] pas acquis, à teneur de la jurisprudence, que l'attribution du marché de l'affichage sur le domaine public de la Ville de Genève [fût] soumise au droit des marchés publics".
3. Le 6 juillet 2006, Plakanda a contesté la procédure d'appel d'offres par le biais de deux recours, l'un devant le Tribunal administratif, l'autre devant le Tribunal fédéral (cause 2P.210/2006). 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 concessionnaire aboutissait à la création d'un monopole de fait contraire aux principes de la liberté économique et de l'égalité entre concurrents.
4. Le 15 septembre 2006, Plakanda a déposé sa candidature dans le cadre de l'appel d'offres litigieux. Le 3 novembre 2006, la Ville l'a informée qu'elle avait été sélectionnée pour la suite de la procédure. La Société générale d'affichage (ci-après : SGA) avait également été retenue. Plakanda n'a pas recouru contre cette décision.
5. Par arrêt du 19 décembre 2006, le Tribunal administratif a déclaré irrecevable le recours dont il était saisi (ATA/679/2006). L'appel d'offres 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 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'adjudication.

6. 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.

7. Le 2 mars 2007, la Ville a communiqué à Plakanda et à la SGA le dossier du deuxième tour d'appel d'offres, soit :

- le 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) ;

- le 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) ;

- le 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, 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 dans 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 international :

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 vélos en libre-service

Les exigences relatives au système de vélos 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, étaient susceptibles de recours devant le Tribunal administratif.

8. Le 15 mars 2007, Plakanda a interjeté recours auprès du tribunal de céans contre les conditions du deuxième tour de l'appel d'offres. Elle concluait à

l'annulation des charges contenues aux ch. 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, au versement d'une indemnité de procédure et sollicitait 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. 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 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 les principes constitutionnels de la proportionnalité, de l'égalité et de la bonne foi, en imposant aux concessionnaires des charges déraisonnables et sans rapport avec l'objet de la procédure. 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.

9. La Ville a conclu au rejet du recours le 2 avril 2007 et s'est opposée à la restitution de l'effet suspensif.
10. Par décision du 4 avril 2007, le Président du Tribunal administratif a restitué l'effet suspensif au recours (ATA/165/2007).
11. 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. Aucune décision n'a été rendue à ce jour.
12. 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.

13. 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.

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. 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.

c. 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.

d. 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'art. 25 al. 2 de la loi sur les procédés de réclame du 9 juin 2000 (LPR - F 3 20).

14. La Ville a dupliqué le 31 août 2007.

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.

15. Par arrêt du 20 mai 2008, le Tribunal administratif a déclaré le recours irrecevable, en reprenant la motivation développée dans son précédent arrêt du 19 décembre 2006 concernant l'inapplicabilité des règles en matière de marchés publics au cas d'espèce, ainsi que l'absence de décision (incidente) de nature à causer un préjudice irréparable à la recourante (ATA/232/2008).
16. Le 3 juillet 2008, Plakanda a formé un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral contre l'arrêt précité pour constatation manifestement inexacte et incomplète des faits pertinents, motivation insuffisante de l'arrêt attaqué et violation de la réglementation sur les marchés publics. Cette dernière étant applicable à la présente procédure, les documents litigieux remis lors du second tour de l'appel d'offres devaient être assimilés à des décisions attaquables. Elle concluait, sous suite de dépens, à l'annulation de l'arrêt entrepris et au renvoi de la cause au Tribunal administratif pour instruction complémentaire et décision sur le fond du recours. Préalablement, elle sollicitait l'octroi de l'effet suspensif.
17. A titre provisoire, le Tribunal fédéral a autorisé la Ville à reprendre et poursuivre la procédure d'appel d'offres à l'exception de l'attribution de la concession pour l'affichage sur le domaine public et de la conclusion du contrat d'adjudication.
18. Par arrêt du 9 janvier 2009, le Tribunal fédéral a admis le recours, annulé l'arrêt attaqué et renvoyé le dossier au Tribunal administratif pour qu'il entre en matière sur les critiques soulevées par la recourante en relation avec le point du cahier des charges portant sur la fourniture et l'exploitation du système litigieux de vélos en libre service (ATF 135 II 49).
 - a. Prises isolément, les prestations liées à l'affichage public en tant que telles ne relevaient pas du droit des marchés publics. En octroyant ladite concession, la Ville n'acquerrait en effet aucunement à titre onéreux des moyens utiles à l'accomplissement de ses tâches publiques ni ne visait la poursuite d'un intérêt public. Elle ne faisait que concéder un monopole d'utilisation du domaine public en échange d'une redevance et de certaines prestations annexes que le concessionnaire s'engageait à lui fournir. Conformément à la jurisprudence et à la doctrine majoritaire, l'octroi de ladite concession, en tant qu'elle portait sur l'affichage public, échappait donc aux exigences issues des marchés publics, sous réserve des conséquences à tirer de l'éventuelle application de l'art. 2 al. 7 de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02).
 - b. S'agissant des prestations liées à la mise en place d'un système de vélos en libre service, les éléments tels qu'ils ressortaient du cahier des charges, faisaient apparaître que celui-ci représentait en revanche pour l'autorité concédante un

moyen de réaliser une tâche publique, soit la promotion de la mobilité douce en ville afin, notamment, de limiter les nuisances liées au trafic motorisé. Or, l'acquisition de cette prestation avait un coût pour la Ville. En effet, le montant de la redevance que les soumissionnaires étaient prêts à payer pour l'acquisition du monopole d'affichage dépendait directement des investissements consentis pour respecter les obligations annexes à la concession. Leurs offres seraient d'autant plus basses que les prestations annexes auraient un coût élevé. Partant même si la Ville ne versait pas directement une somme d'argent en contrepartie de la prestation litigieuse, cette dernière avait bien un prix qui correspondait à la diminution du montant offert par les soumissionnaires pour la redevance. De même, les prestations que le concessionnaire devait fournir au titre du système de vélos en libre service faisaient partie des biens et des services visés par l'art. 6 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP/GE - L 6 05). Le système de vélos en libre service comportait dès lors toutes les caractéristiques propres à un marché public. Parfaitement dissociable de l'octroi du monopole d'affichage, il ne pouvait, vu sa nature et son importance, être assimilé à une simple prestation accessoire à la concession. Dans ces conditions, le Tribunal administratif devait admettre, en vertu de la protection juridique spécifique prévue pour les marchés publics cantonaux, le droit de la recourante de recourir directement contre les documents d'appel d'offres afférents au système de vélos en libre service sans avoir à attendre la décision d'adjudication, afin de faire constater les éventuelles irrégularités affectant cette phase de la procédure.

19. Le 25 février 2009, faisant suite à l'arrêt du Tribunal fédéral précité, le juge délégué a octroyé aux parties un délai au 16 mars, prolongé au 31 mars 2009, afin qu'elles se prononcent sur la suite qu'elles entendaient donner à la procédure.
20. Plakanda a fait part de ses observations le 2 mars 2009.

Le tribunal de céans devait se prononcer sur le fond des griefs qu'elle avait formés contre le cahier des charges du 2^{ème} tour de l'appel d'offres. Il était pour le surplus douteux que la Ville puisse retirer la décision attaquée, à défaut de remplir les conditions de l'art. 47 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01). Elle sollicitait un délai pour se prononcer quant à l'objet de la saisine du Tribunal administratif et la suite de la procédure.
21. Dans ses observations du 31 mars 2009, la Ville a accepté d'annuler la charge contenue au ch. 19 du cahier des charges, prévoyant la mise à disposition d'un système de vélos en libre-service et persisté dans ses conclusions pour le surplus. Elle sollicitait une comparution des mandataires.
22. Une telle audience a été agendée le 4 mai 2009 puis reportée les 10 juin, 30 septembre, 2 novembre et 7 décembre 2009, d'entente entre les parties, des pourparlers étant engagés.

23. Le 4 décembre 2009, la Ville a informé le juge délégué de l'échec des pourparlers entre les parties, lesquelles sollicitaient un délai pour s'exprimer et s'interrogeaient sur le maintien de l'audience du 7 décembre 2009.
24. Le même jour, le juge délégué a informé les intéressées que l'audience de comparution des mandataires était annulée. Des délais leur seraient prochainement impartis pour s'exprimer par écrit.
25. Le 1^{er} février 2010, la Ville s'est déterminée sur l'objet de la procédure devant le Tribunal administratif suite au renvoi du Tribunal fédéral.

La cause avait été renvoyée au tribunal de céans pour qu'il "entre en matière sur les critiques soulevées par la recourante en relation avec le point du cahier des charges portant sur la fourniture et l'exploitation du système de vélos en libre service". Dès lors qu'elle avait accepté d'annuler la charge contenue au ch. 19 du cahier des charges, le recours de Plakanda, sur ce point, était devenu sans objet et seule demeurait litigieuse la problématique de l'affichage gratuit. Cette question n'ayant toutefois pas fait l'objet du renvoi du Tribunal fédéral, le Tribunal administratif ne saurait entrer en matière. Quoiqu'il en soit, la Ville avait tenu compte des observations de Plakanda et diminué le montant des crédits d'affichages gratuits sollicités.

Si par impossible, le recours n'était pas devenu sans objet, force serait alors d'admettre que celui-ci était irrecevable. Selon l'arrêt du Tribunal fédéral, c'était le système de vélos en libre service qui entraînait l'application des règles sur les marchés publics. Après suppression de cette prestation, il n'y avait plus d'espace pour l'application de celles-ci. Enfin, la clause relative à l'affichage gratuit constituait un accessoire indissociable de la concession de l'affichage, en tant que telle non soumise au droit des marchés publics.

Le cahier des charges et le dossier de procédure du second tour étaient modifiés comme suit :

- suppression du système du système de vélos en libre-service (ch. 19 du cahier des charges et annexe 5) ;

- modification de la grille d'évaluation :

	Critères d'adjudication	Sous-critères et pondération	Pondération totale des critères d'adjudication
--	-------------------------	------------------------------	--

1.	Montant de la redevance nette versée à la Ville de Genève la première année		60%
2.	Qualité des supports d'affichage et des abri-vélos	2.1 Qualité technique : 16,5% 2.2 Insertion dans le tissu urbain : 16,5%	33%
3.	Respect du cahier des charges		7%
		TOTAL	100%

- modification du ch. 10.3 : réduction des exigences en matière d'affichage gratuit de CHF 350'000.- à CHF 250'000.- par année d'affichage gratuit dans le canton de Genève et de CHF 250'000.- à CHF 150'000.- par année d'affichage gratuit sur le réseau suisse et/ou international. Ajout d'une campagne d'affichage prophylactique chaque printemps (1x180 surfaces F4 durant quatorze jours) et trois campagnes gratuites par an pour la prévention routière (1x180 surfaces F4 durant quatorze jours ;

- annulation des ch. 15.3 et 15.4 ;

- modification du ch. 21 : augmentation du minimum de redevance requis pour la première année de CHF 125'000.- à CHF 175'000.- par mois.

Pour le surplus, la Ville persistait dans les arguments exposés dans ses précédentes écritures. Le cahier des charges modifié (ci-après : cahier des charges 2010) ainsi qu'un courrier du service des votations et élections du département des institutions précisant les instructions dudit service en matière d'affichage politique étaient versés à la procédure.

26. Plakanda s'est déterminée le 1^{er} mars 2010 sur l'arrêt du Tribunal fédéral ainsi que sur les observations et pièces nouvelles versées par la Ville.

Se poursuivant dans un cadre factuel différent de celui qui prévalait à l'origine de la procédure de recours en 2007, le litige sortait de la *res iudicata* de l'arrêt du Tribunal fédéral et les instructions de renvoi y figurant ne liaient plus le tribunal de céans qui devait se prononcer à nouveau tant sur la recevabilité des griefs formulés à l'encontre du cahier des charges 2010 que sur les griefs relatifs au caractère discriminatoire des charges imposées aux soumissionnaires. En effet,

si la Ville renonçait au système de vélos en libre service, elle persistait à exiger des prestations d'affichage gratuit ce qui avait un impact économique essentiel pour Plakanda, estimé entre CHF 642'857.- et 650'000.-. Il en découlait par ailleurs un impact important sur le "réseau genevois", compte tenu du nombre d'emplacements d'affichage ainsi soustrait à une exploitation commerciale. Ces services étant en outre totalement insolites, la charge de les fournir devait être qualifiée de marché public et être annulée au vu de son effet discriminatoire. La Ville était la seule en Suisse à se faire "offrir" des services de promotion gratuite sous le couvert d'une concession d'affichage. Diverses pièces en attestant étaient versées à la procédure. En tant qu'il était dirigé contre le ch. 10 du cahier des charges 2010, le recours était donc recevable. Pour le surplus, la prestation consistant à fournir un service d'affichage en faveur de la Ville en dehors du territoire concessionné, respectivement en Suisse et à l'étranger, constituait une prestation de service qui pouvait faire l'objet d'un marché public dont le montant dépassait clairement la valeur seuil fixée par l'AIMP. Celle-ci s'élevait à elle seule à plus de 30% du montant de la redevance et n'avait rien d'un simple accessoire. Enfin, à teneur de l'art. 2 al. 7 LMI l'octroi des concessions de monopole cantonal ou communal était subordonné au respect des garanties minimales de procédure, tel notamment le droit des soumissionnaires de recourir directement contre les documents de l'appel d'offres sans avoir à attendre la décision d'adjudication afin de faire constater les éventuelles irrégularités affectant la phase de procédure en cause.

A titre subsidiaire, Plakanda rappelait que la Ville était tenue par les exigences de la législation sur les cartels et l'art. 27 Cst. qui lui interdisaient toute pratique discriminatoire susceptible d'entraver l'accès au marché. Le ch. 10 du cahier des charges 2010 devait être annulé pour ces motifs.

27. Sur quoi la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Par arrêt du 9 janvier 2009 (ATF 135 II 49), le Tribunal fédéral a renvoyé le dossier au Tribunal administratif pour nouvelle décision au sens des considérants.

A titre liminaire, il convient toutefois de déterminer sur quel objet, l'examen du tribunal de céans doit se circonscrire suite à ce renvoi, les parties divergeant sur ce point.

Pour la Ville, le renvoi ne porterait que sur l'examen, par le tribunal de céans, des critiques soulevées par la recourante en relation avec le ch. 19 du cahier des charges relatif à la fourniture et l'exploitation du système de vélos en libre service, à l'exception de celles liées à l'affichage gratuit (ch. 10 du cahier des charges). Plakanda soutient en revanche que cet examen doit être complet en raison

des modifications substantielles apportées par la Ville au cahier de charges du 2^{ème} tour de l'appel d'offres, soit l'objet du litige.

2. Le pouvoir de décision ne peut porter que sur l'objet de la procédure. De manière générale, ce qui importe pour délimiter cet objet, c'est le dispositif de la décision, non sa motivation ; ce dernier peut toutefois être implicite ou, ne statuant pas sur l'une des requêtes de l'administré, lacunaire. Dans un tel cas, il faut admettre que relève de l'objet de la procédure le régime juridique fixé par le dispositif de la décision ou qui aurait dû y être fixé (P. MOOR, Droit administratif, p. 688, voir aussi p. 568).

Dans son arrêt du 9 janvier 2009 (ATF 135 II 49), le Tribunal fédéral, est revenu sur ses jurisprudences antérieures en matière de concession d'affichage sur le domaine public, qu'il a précisées. Il a ainsi confirmé le principe que prises isolément, les prestations liées à l'affichage public en tant que telles ne relèvent pas du droit des marchés publics (consid. 5.1).

Cela étant, il a considéré, afin 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 raison de l'application stricte d'une règle faisant primer la concession, qu'il se justifiait de soumettre l'acquisition de telles prestations aux garanties procédurales propres au droit des marchés publics. Tel était le cas lorsque la collectivité subordonnait l'octroi d'une concession à des contre-prestations d'une certaine importance qui entraient clairement dans la notion de marché public et étaient dissociables de la concession (consid. 4.4).

A la lumière de ces principes, la Haute Cour a ainsi retenu que le système de vélos en libre service (ch. 19 du cahier des charges), comportait toutes les caractéristiques propres à un marché public et devait dès lors se voir appliquer la réglementation propre à ce domaine (consid. 5.2.3 et 5.3). Quand bien même le Tribunal fédéral ne l'a pas dit expressément, il s'ensuit *a contrario* que tel n'était pas le cas des autres contre-prestations résultant du cahier des charges litigieux, telles notamment celles visées au ch. 10 de celui-ci.

Il découle de ce qui précède que suite au renvoi du Tribunal fédéral, le tribunal de céans n'entrera en matière que sur l'aspect du litige en relation avec le ch. 19 du cahier des charges. L'irrecevabilité des griefs soulevés à l'encontre du ch. 10 de celui-ci, tel que soumis à la Haute Cour et uniquement à cet égard, ayant été confirmée par cette dernière, il n'y a pas lieu d'examiner ceux-ci.

3. L'objet du litige ayant été défini, il convient encore de déterminer si et dans quelle mesure, la Ville pouvait modifier suite à l'arrêt du Tribunal fédéral, comme elle l'a fait dans le cadre de ses écritures des 31 mars 2009 et 1^{er} février 2010, la

charge contenue au ch. 19 du cahier des charges, cette dernière étant soumise au droit des marchés publics (consid. 5.2.3 et 5.3).

Selon l'intimée, le recours de Plakanda serait en effet devenu sans objet celle-ci ayant fait droit aux conclusions de la précitée en annulant la charge susmentionnée.

4. a. La législation sur les marchés publics a notamment pour objectif de garantir la transparence des procédures de passation des marchés. Cet objectif impose au pouvoir adjudicateur et aux soumissionnaires un certain nombre d'obligations. Ainsi, en particulier, lorsqu'il lance une procédure d'appel d'offre, le pouvoir adjudicateur a notamment l'obligation de transmettre aux soumissionnaires des informations complètes, précises et détaillées, sous la forme de documents de soumission ou d'un cahier des charges, lesquels ne doivent rien laisser au hasard (J.-B. ZUFFEREY/H. STOECKLI, *Marchés publics* 2008, p. 164). De même, afin de garantir une totale transparence de la procédure et éviter tout risque de manipulation, le pouvoir adjudicateur est tenu d'annoncer soit dans l'appel d'offres, soit dans les documents de soumission, les différents critères d'appréciation (critères d'aptitude et d'adjudication), leur ordre d'importance et leur pondération. La garantie d'une concurrence efficace et d'une procédure aussi impartiale que possible lui impose enfin d'arrêter avant le retour des offres la méthode de notation du prix et celle d'évaluation des autres critères (J.-B. ZUFFEREY/H. STOECKLI, *op. cit.*, p. 189).
- b. Le soumissionnaire ne saurait modifier de son propre mouvement les conditions de l'appel d'offres (en s'en écartant), sous réserve des cas où celles-ci seraient illégales (par ex. des spécifications techniques discriminatoires) ou constitueraient un formalisme excessif (Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, 7 novembre 1997 in RDAF 1998 p. 252 ss).
- c. En particulier, une interruption formelle de la procédure, avec possibilité de recours pour les soumissionnaires est nécessaire lorsqu'au cours de son déroulement, l'adjudicateur constate que les circonstances ont changé et qu'il n'a plus besoin de la prestation mise en soumission (J.-B. ZUFFEREY/C. MAILLARD/N. MICHEL, *Le droit des marchés publics*, Fribourg 2002, p. 104).

Si en principe, en droit genevois, l'autorité dont la décision est attaquée peut la modifier ou la retirer pendant toute la durée de la procédure (art. 67 al. 2 LPA), tel ne saurait être le cas en matière de marchés publics. Le droit des marchés publics est ainsi beaucoup moins souple puisque l'adjudicateur est lié par son appel d'offres et les critères qu'il contient. Celui-ci n'a dès lors guère d'autre solution que d'interrompre le marché initial ou de modifier l'appel d'offres par une publication dans le même organe que l'appel initial (J.-B. ZUFFEREY/C. MAILLARD/N. MICHEL, *op. cit.*, p. 111).

d. Ces principes sont formalisés à l'art. 47 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) selon lequel la procédure peut être interrompue pour de justes motifs ou raisons importantes, notamment lorsque (al. 1):

c) un abandon ou une modification importante du projet est nécessaire (...);

L'autorité adjudicatrice rend une décision d'interruption sommairement motivée, notifiée soit par publication, soit par courrier aux intéressés, avec mention des voies de recours. Cette décision indique, le cas échéant, s'il est prévu de renouveler la procédure (al. 2).

Cette disposition, ainsi que de manière générale l'ensemble des règles procédurales contenues dans la législation sur les marchés publics, constituent une lex specialis par rapport à l'art. 67 al. 2 LPA.

Au vu de ce qui précède, en décidant, le 31 mars 2009 puis dans le cadre de ses écritures du 1^{er} février 2010 de modifier substantiellement le cahier des charges de l'appel d'offres du second tour, à tout le moins en ce qui concerne le ch. 19 du cahier des charges, la Ville a violé les principes et la procédure rappelés ci-dessus. Dans un tel cas, l'intimée aurait en effet dû interrompre le marché initial ou modifier l'appel d'offres par une publication dans le même organe que l'appel initial, seule façon de garantir les droits de l'ensemble des soumissionnaires concernés.

S'agissant des autres modifications apportées au cahier des charges, il sera rappelé qu'en matière de concession d'affichage sur le domaine public, les règles en matière de marchés publics sont à tout le moins applicables par analogie et dans une mesure limitée aux principes (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.51/2007 du 4 juillet 2007, consid. 5.1). Quand bien même seul le contrôle du ch. 19 du cahier des charges est aujourd'hui soumis à l'examen du tribunal de céans, il apparaît douteux que la Ville puisse modifier aussi substantiellement les conditions du 2^{ème} tour d'appel d'offres sans rouvrir une nouvelle procédure de soumission, soit à tout le moins sans rendre une décision formelle susceptible de recours de la part de l'ensemble des soumissionnaires.

5. Le recours sera admis par substitution de motifs en tant qu'il concerne le ch. 19 du cahier des charges et la cause sera renvoyée à la Ville afin qu'elle rende une décision d'interruption formelle de la procédure de marché public avec mention des voies de recours. Le recours sera déclaré irrecevable pour le surplus.

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge de la Ville, laquelle sera en outre condamnée à payer à la recourante une indemnité de procédure de CHF 3'000.-. Plakanda, qui n'obtient que partiellement gain de cause, sera condamnée au paiement d'un émolument de CHF 1'000.-.

Conformément à la jurisprudence du Tribunal administratif, aucune indemnité ne sera allouée à la Ville, qui est une collectivité publique suffisamment importante pour disposer de son propre service juridique (ATA/591/2007 du 20 novembre 2007 et les références citées).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

admet dans la mesure où il est recevable le recours interjeté le 15 mars 2007 par Plakanda Awi S.A. contre les conditions du 2^{ème} tour de l'appel d'offres de la Ville de Genève communiquées le 2 mars 2007 et leurs révisions subséquentes des 31 mars 2009 et 1er février 2010 ;

annule les conditions du 2^{ème} tour de l'appel d'offres de la Ville de Genève communiquées le 2 mars 2007 et leurs révisions subséquentes des 31 mars 2009 et 1er février 2010, en tant qu'elles concernent le ch. 19 du cahier des charge de l'appel d'offres ;

renvoie la cause à la Ville de Genève afin qu'elle rende une décision d'interruption formelle de la procédure de marché public avec mention des voies de recours ;

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

met à la charge de Plakanda Awi S.A. un émolument de CHF 1'000.- ;

alloue à Plakanda Awi S.A. une indemnité de CHF 3'000.- à charge de la Ville de Genève ;

dit que, conformément aux art. 82 et 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 du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics ;

s'il soulève une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 et 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 Louis Manfrini, avocat de la recourante ainsi qu'à Me David Lachat, avocat de la Ville de Genève.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy, Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

M. Tonossi

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :