

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1552/2011-MARPU

ATA/836/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 18 décembre 2012

dans la cause

SERVIPIER S.A.

représentée par Me Zoltan Szalai, avocat

contre

SERVICES INDUSTRIELS DE GENÈVE

et

DERBIGUM ÉNERGIES S.A.

représentés par Me François Bellanger, avocat

et

PALEXPO S.A.

représentée par Mes Daniel Peregrina et Luca Beffa, avocats

EN FAIT

1) Servipier S.A. (ci-après : Servipier), société anonyme ayant son siège à Zoug, a pour but social « toutes activités commerciales qui ont un rapport avec l'immobilier tels que le conseil, le courtage, l'achat et la vente, la prise de participation dans des sociétés ayant un but similaire, la promotion et la participation dans le domaine de la construction ainsi que d'autres activités connexes ».

2) Palexpo S.A. (ci-après : Palexpo) est une société anonyme au sens des art. 620 ss de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220). Elle a son siège à Genève et a été constituée à la suite de l'adoption par le Grand Conseil de la loi sur le Palais des expositions de Genève du 16 novembre 2007 (PA - 437.00).

Son but est d'être propriétaire, sous la forme de droits de superficie distincts et permanents, d'un complexe d'exposition et de congrès sis sur la commune du Grand-Saconnex, ainsi que d'en assurer la gestion, l'exploitation et le développement, dans l'intérêt du rayonnement du canton de Genève (art. 1 al. 2 PA). Son actionnaire majoritaire est l'Etat de Genève (art. 3 PA). Ce dernier est propriétaire des terrains sur lesquels les droits de superficie ont été créés (art. 7 PA).

3) Les Services industriels de Genève (ci-après : SIG) sont un établissement de droit public autonome institué par les art. 158 à 160 de la Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 (Cst-GE - A 2 00).

Leur principal but est de fournir dans le canton de Genève l'eau, le gaz, l'électricité et l'énergie thermique, ainsi que de traiter des déchets (art. 1 al. 1 de la loi sur l'organisation des Services industriels de Genève du 5 octobre 1973 (LSIG - L 2 35). Ils exercent notamment le monopole public de l'approvisionnement et de la distribution de l'électricité sur le territoire du canton de Genève (art. 158 al. 2 Cst-GE).

4) Dès le mois de janvier 2010, Servipier est entrée en contacts commerciaux avec Palexpo pour l'installation d'une centrale photovoltaïque de production d'électricité sur les toits de ses halles d'exposition. Elle lui a notamment soumis un projet d'installation de production d'électricité solaire, prévoyant la mise à disposition par Palexpo des toits de ses halles contre rémunération, afin de pouvoir y installer et y exploiter, durant au minimum trente ans, une centrale photovoltaïque.

- 5) Dès le 4 février 2010, Palexpo a informé Servipier de son souhait de voir les SIG collaborer à ce projet.
- 6) Le 16 mars 2010, les SIG ont adressé à Servipier une demande d'offre pour la construction d'une centrale photovoltaïque sur les cinq toits de Palexpo, à retourner « pour le 26 février 2010 à 12h » (sic). Le document d'appel d'offres comportait un cahier des charges, soit un descriptif des caractéristiques techniques, les données et documents à fournir, un récapitulatif des prix souhaités à compléter et les conditions de paiement. L'appel d'offres ne comportait aucune référence au droit des marchés publics.
- 7) Le 19 mars 2010, Servipier a transmis aux SIG, ainsi qu'à Palexpo, une proposition de réalisation d'un projet d'installation d'une centrale photovoltaïque, selon deux variantes techniques possibles, intégrant l'intervention des SIG. La proposition se référait à un entretien du 16 mars 2010 entre Servipier et les SIG et indiquait que les souhaits de ces derniers avaient été pris en compte. S'en sont suivis des échanges de courriels entre Servipier, les SIG et Palexpo. A l'invite des SIG, Servipier a notamment présenté son projet dans les locaux de ces derniers le 9 avril 2010.
- 8) Le 6 avril 2010, les SIG et Servipier ont signé un accord de confidentialité concernant leurs discussions, négociations et échanges de documents et d'informations, relatif au projet de centrale photovoltaïque sur les toits des halles de Palexpo.
- 9) Le 23 avril 2010, Palexpo a adressé un courriel à Servipier l'avisant qu'elle « n'entendait pas donner suite à sa demande ».
- 10) Le 29 avril 2010, Servipier a envoyé un courriel aux SIG.

Elle avait pris bonne note de ce qu'ils souhaitaient valider la question de la capacité statique de la toiture. Selon les résultats obtenus, la ou les propositions qu'ils considéraient devraient vraisemblablement être mises à jour. Il leur manquait à cet égard un élément essentiel de sa solution technique pour rendre cette dernière réalisable. Elle pouvait toutefois confirmer que la puissance installée, le coût et la production seraient tous conformes à sa proposition. Le courriel de Palexpo du 23 avril 2010 ne changeait rien à sa position. Elle restait prête à poursuivre ce projet pour autant que le cadre le lui permette. Ses investisseurs lui avaient confirmé leur appui aux mêmes conditions.
- 11) Le 1^{er} mai 2010, Servipier a envoyé un nouveau courriel aux SIG.

Une personne avec laquelle elle envisageait de collaborer lui avait rapporté les propos de l'un de leurs directeurs. Celui-ci avait, semble-t-il, exprimé de nombreuses inquiétudes au sujet du projet de centrale solaire. Il serait regrettable que le dossier soit pénalisé par un manque de confiance. Elle se demandait si la

meilleure solution ne serait pas qu'elle limite son intervention à leur fournir les panneaux, voire certains composants pour lesquels elle offrirait de meilleures conditions que celles de leurs fournisseurs usuels. Si une telle variante devait leur convenir, elle pourrait imaginer un système sans risque pour eux où aucun acompte ne leur serait réclamé. Elle demeurerait néanmoins prête à réaliser le projet global, mais souhaitait éviter tout blocage.

- 12) Le 31 mai 2010, Palexpo et les SIG ont signé une lettre d'intention dont le préambule rappelait que la première avait demandé aux seconds de lui présenter une offre technique et commerciale pour l'installation d'une centrale solaire sur les toits de cinq de ses halles d'exposition sises au Grand-Sacconnex. Les SIG avaient effectué une visite du site et réalisé une étude de qualification qui leur avait permis de se prononcer favorablement sur la « pré-faisabilité » de la construction projetée.

Aux termes de la lettre d'intention, Palexpo et les SIG lançaient la réalisation par ces derniers d'une étude détaillée et complète du projet, incluant la préparation du dossier de demande d'autorisation de construire. En parallèle, des discussions et négociations seraient menées par les parties sur les conditions de mise à disposition de la totalité ou d'une partie de la toiture du site, ainsi que d'un ou plusieurs locaux pour des onduleurs en faveur des SIG, sur la participation financière de Palexpo au coût de la structure indépendante, ainsi que sur la quantité d'énergie solaire photovoltaïque consommée par Palexpo. Celle-ci devait collaborer à l'étude en fournissant les informations nécessaires, étude dont les coûts seraient entièrement supportés par les SIG, sauf à ce que Palexpo renonce, pour un motif non imputable à ces derniers, à leur confier la responsabilité de la construction et de l'exploitation de la centrale solaire. Palexpo s'engageait, jusqu'à l'échéance d'un délai de six mois à compter de la signature de la lettre d'intention, à ne pas proposer, discuter, négocier ou conclure avec tout tiers, toute entente, accord ou convention en relation directe ou indirecte avec le projet. Les SIG devaient remettre leur étude dans un délai de cinq mois à compter de la signature de la lettre d'intention.

- 13) Le 5 avril 2011, les SIG et Derbigum Energies S.A. (ci-après : Derbigum), société anonyme de droit belge ayant pour but la commercialisation de solutions liées à l'étanchéité et aux énergies renouvelables, ont signé une lettre d'intention aux termes de laquelle les premiers faisaient part de leur intention de contracter avec la seconde pour la construction d'une centrale solaire sur les toits des halles du centre d'exposition de Palexpo. La lettre d'intention visait à formaliser l'accord conditionnel des SIG pour la commande de la centrale solaire, ainsi qu'à fixer définitivement le prix de celle-ci au cas où elle viendrait à être réalisée après la levée des conditions suspensives suivantes : la validation des notes de calcul déjà fournies par Derbigum concernant les calculs d'arrachement par le vent de la structure porteuse, la transmission par Derbigum d'un plan architectural pour le

28 mars 2011, l'accord final du conseil d'administration des SIG pour la réalisation du projet (prévu pour le 19 avril 2011) et la validation par Derbigum de l'ensemble des différents documents techniques fournis par les SIG après le 10 janvier 2010 qui ne faisaient pas partie du dossier d'appel d'offres.

La puissance installée et le prix total hors taxe (ci-après : HT) pour la construction de la centrale solaire (y compris les onduleurs) étaient indiqués. Les travaux d'étanchéité, ainsi que la fourniture et l'installation de l'ossature porteuse, des modules solaires et de la partie électrique, seraient réalisés dans le cadre d'un contrat de construction. La conclusion de celui-ci était prévue pour le 30 avril 2011, la livraison de l'étude de design électrique aux SIG pour le 30 mai 2011 et le début des travaux de construction de la centrale solaire pour le 30 juin 2011.

- 14) Le 18 avril 2011, les SIG ont écrit à Palexpo.

Suite à la signature de la lettre d'intention du 31 mai 2010, les parties avaient conclu un accord oral quant à la création d'une centrale solaire photovoltaïque sur la toiture de quatre des six halles de Palexpo, ainsi que sur le co-financement du renforcement des toitures en question et leur mise à disposition gratuite en faveur des SIG.

Ayant pris des contacts et des engagements avec Derbigum en vue de la réalisation de la centrale solaire, ils souhaitaient désormais formaliser cet accord. Palexpo était ainsi invitée à contresigner le courrier en cause pour confirmer son accord. Par sa signature, elle confirmerait également sa volonté de s'engager, en cas de validation du projet par le conseil d'administration des SIG, à co-financer le renforcement de la toiture des halles concernées par le projet à hauteur de 54,55 %, s'agissant de travaux estimés à CHF 1'036'000.-. Elle confirmerait en outre son engagement de mise à disposition gratuite de la toiture de ses halles et de ses coursives et ne serait pas soumise à l'obligation d'acheter l'électricité solaire produite par la centrale.

Palexpo a contresigné ce courrier le 27 avril 2011.

- 15) Le 17 mai 2011, un article est paru dans le journal « Le Temps » au sujet de l'installation sur les toits de quatre halles de Palexpo d'une nouvelle centrale solaire de production d'électricité. L'ouvrage était le fruit de la collaboration entre Palexpo et les SIG. La centrale allait être installée par Derbigum. La toiture devait être renforcée. Le prix total était de CHF 15'000'000.-, entièrement financé par les SIG à l'exception d'une partie des travaux de rénovation de la charpente payée par Palexpo.

- 16) Le 25 mai 2011, Servipier a déposé auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) un recours dirigé contre les SIG et Derbigum concernant « la décision des SIG communiquée par voie de

presse le 17 mai 2011 de confier à Derbigum l'installation d'une centrale photovoltaïque sur les toits de quatre halles d'exposition de Palexpo » (cause A/1552/2011).

Elle concluait à la constatation du caractère illicite de tout contrat passé entre les SIG et Derbigum concernant l'installation de ladite centrale, à l'interdiction faite aux SIG et à Derbigum d'exécuter tout contrat ou autre document de nature contractuelle concernant l'installation de cette centrale et à la condamnation des intimés à une équitable indemnité en sa faveur à titre de réparation de son dommage, le tout « sous suite de frais et dépens » à charge des SIG. A titre de mesure provisionnelles, elle concluait en outre à ce qu'il soit ordonné aux SIG et à Derbigum de suspendre avec effet immédiat l'exécution du contrat concernant l'installation de la centrale photovoltaïque et plus particulièrement de tous travaux sur le site, de même qu'à la restitution de l'effet suspensif au recours.

L'installation d'une centrale photovoltaïque sur les toits des halles de Palexpo constituait un marché soumis au droit des marchés publics. Il s'agissait plus particulièrement d'un marché soumis aux traités internationaux, dès lors qu'il impliquait l'assemblage et la construction d'ouvrages préfabriqués et la pose d'une installation. Le prix de celle-ci, évalué à CHF 15'000'000.-, atteignait largement le seuil de CHF 8'700'000.- exigé. Les SIG répondaient à la définition de l'organisme public au sens de l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0632.231.422), dans la mesure où ils avaient été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général, qu'ils mettaient à disposition ou exploitaient des réseaux fixes destinés à fournir un service public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité ou alimentaient ces réseaux en électricité, qu'ils étaient dotés de la personnalité juridique et étaient placés sous la surveillance du Conseil d'Etat. Ils revêtaient la qualité d'autorité adjudicatrice soumise aux accords internationaux, compte tenu également de ce qu'ils opéraient au moyen d'un droit particulier dans les domaines de l'approvisionnement en eau et en électricité. Ils étaient enfin assujettis aux dispositions d'application cantonales du droit des marchés public dans la mesure où ils bénéficiaient d'une concession dans les domaines de l'approvisionnement en eau et en énergie.

Les SIG auraient ainsi dû engager une procédure d'adjudication, moyennant la publication d'un appel d'offres dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO), dans la Feuille officielle suisse du commerce et/ou sur une plate-forme électronique commune à la Suisse (www.simap.ch). En n'y procédant pas, ils avaient gravement violé les principes essentiels de la non-discrimination, de l'égalité de traitement et de la concurrence efficace consacrés par le droit des marchés public. La chambre administrative devait ainsi constater le caractère illicite de l'adjudication en faveur de Derbigum.

Elle devait interdire l'exécution du contrat vicié et ordonner la réparation de son dommage.

- 17) Le 25 mai 2011, Servipier a également déposé auprès de la chambre administrative un recours dirigé contre Palexpo et les SIG concernant « la décision de Palexpo, communiquée par voie de presse le 17 mai 2011, de confier aux SIG l'installation d'une centrale photovoltaïque sur les toits de quatre halles d'exposition » (cause A/1554/2011).

Elle concluait à la constatation du caractère illicite de tout contrat passé entre Palexpo et les SIG concernant l'installation de ladite centrale, à faire interdire à Palexpo et aux SIG d'exécuter tout contrat ou autre document de nature contractuelle concernant l'installation de cette centrale ou d'en poursuivre l'exécution, ainsi qu'à la condamnation des intimés à une équitable indemnité en sa faveur à titre de réparation de son dommage, le tout « sous suite de frais et dépens ». Préalablement, elle concluait à ce qu'il soit ordonné à Palexpo et aux SIG de suspendre avec effet immédiat l'exécution du contrat concernant l'installation de la centrale photovoltaïque, ainsi qu'à la restitution de l'effet suspensif au recours.

L'installation d'une centrale photovoltaïque était un marché public soumis aux traités internationaux. Palexpo était une entreprise publique au sens de l'AMP, puisque l'Etat de Genève détenait la majorité de son capital-actions. Elle revêtait la qualité d'autorité adjudicatrice, compte tenu de ce qu'elle assumait le service de gestion de propriétés. Elle était assujettie aux dispositions d'application cantonales du droit des marchés publics, dans la mesure où elle accomplissait des tâches cantonales dans les domaines de la promotion économique, scientifique, artistique, sportive et autres. L'argumentation développée dans le recours interjeté en parallèle contre les SIG et Derbigum était ensuite reprise.

- 18) Dans la cause A/1552/2011, les SIG et Derbigum ont conclu le 7 juin 2011 au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif et en octroi de mesures provisionnelles formée par Servipier.

La législation suisse sur les marchés publics, notamment l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et le règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), était inapplicable. Dans le cas d'espèce, les SIG n'étaient pas un pouvoir adjudicateur au sens des art. 8 AIMP et 7 RMP. Leurs relations avec Derbigum concernaient un projet lié à leurs activités commerciales et réalisé sur un marché en concurrence avec des entreprises tierces. Le recours de Servipier était irrecevable, faute d'assujettissement des SIG au droit des marchés publics et faute d'une décision attaquant.

Même à considérer l'AIMP et le RMP comme applicables, Servipier ne disposait en toute hypothèse pas de la qualité pour recourir. Si les SIG avaient dû lancer un appel d'offres public, celui-ci aurait porté sur des travaux de construction que la recourante n'était pas apte à exécuter. Cette dernière n'était en effet pas une entreprise de construction, son but social étant de réaliser des opérations immobilières et financières, respectivement de prendre des participations dans ce domaine. Servipier ne faisait que monter des projets, qu'elle vendait ensuite à des investisseurs, et aurait été dans l'impossibilité, sauf à agir contrairement à son but social, d'effectuer les travaux de construction commandés par les SIG auprès de Derbigum. Plus subsidiairement encore, le recours apparaissait tardif dès lors que la recourante avait eu connaissance du projet d'installation d'une centrale solaire sur les toits des halles d'exposition de Palexpo dès le mois de janvier 2010, sans avoir jamais réclamé à celle-ci ou aux SIG l'application du droit des marchés publics. Servipier s'était au contraire présentée comme un partenaire privé souhaitant monter un projet d'investissement en collaboration avec les SIG. Servipier savait dès l'origine que les SIG estimaient exercer une activité concurrentielle soustraite au droit des marchés publics. Elle était donc forclosée à soutenir le contraire, sa démarche apparaissant abusive. Pour ces divers motifs, le recours était dénué de toute chance de succès.

19) Le même jour, les SIG ont pris les mêmes conclusions sur effet suspensif dans la cause A/1554/2011, reprenant leur argumentation développée dans la cause parallèle et soulignant pour le surplus, d'une part, que la location de la toiture par Palexpo, respectivement le financement partiel par celle-ci des travaux de renforcement de la toiture, ne répondaient pas à la définition de marché public et, d'autre part, que Palexpo n'était pas un pouvoir adjudicateur. Rien n'indiquait qu'elle utiliserait des fonds publics pour financer à plus de 50 % sa part des travaux de renforcement de la toiture, hypothèse qui, même si elle devait se réaliser, n'aurait d'incidence que sur le choix ultérieur par elle de l'entreprise chargée d'exécuter ces travaux pour lesquels aucune entreprise n'avait été choisie et qui n'avaient pas encore été commandés.

20) Par détermination du 7 juin 2011 dans la cause A/1554/2011, Palexpo a également conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif et en l'octroi de mesures provisionnelles formée par Servipier.

La recourante et les SIG l'avaient toutes deux contactée en 2010 pour lui proposer de lui louer sa toiture sur une longue période. Elle avait immédiatement conseillé à Servipier de prendre contact avec les SIG. Servipier était essentiellement une société de services. Comme sa plaquette de présentation l'indiquait, elle était « une société spécialisée en transactions immobilières et financières ». Elle ne s'occupait pas de la construction de centrales photovoltaïques, mais avait simplement « sélectionné un panel de quelques usines réparties de par le monde et un fournisseur privilégié » pour la réalisation de ce

type d'installations. Servipier ne s'occupait en définitive que de trouver des investisseurs pour d'éventuels projets. Or, elle-même avait les compétences nécessaires pour conclure des contrats de bail, sans recourir à des sociétés de service tierces pour ce faire. Elle avait par ailleurs eu des réticences par rapport au bien-fondé du financement proposé par la recourante, qui aurait dû être assuré par un fonds d'investissement, raison pour laquelle elle n'avait pas donné suite à son projet et avait poursuivi les discussions avec les SIG. Celles-ci étaient toujours en cours. Aucun contrat n'avait été conclu avec les SIG, hormis les deux lettres d'intention des 31 mai 2010 et 18 avril 2011. Les travaux n'avaient pas débuté, contrairement à ce qui avait été dit dans la presse. Elle n'avait pris aucune décision de droit public dans ce dossier, notamment aucune décision administrative de confier aux SIG l'installation de la centrale photovoltaïque. Elle n'était impliquée dans le projet de centrale solaire qu'en sa qualité de propriétaire des lieux, en vue de louer la surface de sa toiture aux SIG, sans l'être dans la réalisation, la construction et l'exploitation de la future installation, dont elle ne retirerait aucun revenu.

Le cas d'espèce ne portait pas sur un marché public, les marchés de service ayant pour objet l'acquisition ou la location, qu'elles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments, d'autres biens immeubles ou d'autres droits sur de tels immeubles étant exclu du champ d'application de l'AMP. Elle n'était pas un pouvoir adjudicateur au sens de cet accord ou du droit cantonal. Le fait que la majorité de son capital-actions soit détenue par l'Etat de Genève ne suffisait pas pour la considérer comme un organisme de droit public au sens de l'annexe 2 de l'Appendice I de l'AMP. Elle exerçait en outre une activité commerciale, aussi bien en général, compte tenu de son but social, que dans le cas particulier portant sur la location de la toiture.

Dès lors qu'elle n'était pas soumise au droit des marchés publics, le recours de Servipier était irrecevable. Il l'était d'autant plus qu'elle-même n'avait pas encore rendu de décision de droit public attaquant et que la recourante ne disposait en tout état de cause pas de la qualité pour recourir.

- 21) Par décision du 28 juin 2011, le juge délégué a ordonné la jonction des causes A/1552/2011 et A/1554/2011 sous le n° A/1552/2011.
- 22) Par décision du même jour (ATA/428/2011), la présidente de la chambre administrative a rejeté la demande de restitution de l'effet suspensif et de mesures provisionnelles, formée par Servipier dans ses recours.

Prima facie, les SIG et Palexpo étaient des entités publiques susceptibles de constituer des autorités adjudicatrices : les premiers étaient un établissement de droit public autonome, tandis que la seconde était une société anonyme, certes de droit privé, mais dont l'actionnaire majoritaire obligatoire était l'Etat de Genève et

dont l'autonomie était circonscrite par la loi. L'ouvrage dont la construction était envisagée était en outre susceptible de faire l'objet d'un marché public.

Pour examiner les chances de succès des recours interjetés par Servipier, il s'agissait de déterminer, d'une part, si l'accord entre Palexpo et les SIG concernant la mise à disposition des toitures des halles, moyennant leur renforcement financé conjointement, était soumis au droit des marchés publics et, d'autre part, si les SIG seuls, voire en partenariat avec Palexpo, avaient agi dans le cadre de l'exercice d'une tâche publique ou dans un cadre privé, à l'instar de toute autre entreprise, en prenant l'engagement de confier à Derbigum la construction de la centrale solaire projetée.

La première de ces deux questions paraissait, de prime abord, devoir être résolue par la négative, dans la mesure où la lettre d'intention du 31 mai 2010 avait été signée par deux pouvoirs adjudicateurs. Il était au demeurant douteux que la mise à disposition gratuite, en contrepartie d'accords particuliers, d'une surface de toiture pour l'installation d'un ouvrage puisse faire l'objet d'un marché public.

La seconde question devait également être tranchée par la négative. La LSIG n'octroyait aux SIG aucune position dominante ou de monopole lorsqu'elle les autorisait à créer, exploiter ou acquérir tous moyens de production d'électricité. Cet acteur ne jouissait d'aucune priorité sur le marché de la production d'énergie électrique régi par la libre concurrence. *Prima facie*, il apparaissait douteux de les soumettre à l'obligation de respecter les procédures de soumission instaurées par le droit des marchés publics.

Les chances de succès des recours de Servipier apparaissaient donc ténues.

23) Le 5 juillet 2011, Palexpo, les SIG et Derbigum ont conclu plusieurs accords, dont en particulier :

- un contrat-cadre relatif au renforcement de la toiture de Palexpo et à la construction d'une centrale solaire sur celle-ci, liant les trois parties. Selon cet accord, Palexpo était maître d'ouvrage des travaux de renforcement de la toiture et des coursives et pouvait à cette fin conclure un contrat d'entreprise avec la société de son choix (ch. 2.1 et 5.1 du contrat-cadre). Palexpo mettait sa toiture à disposition des SIG pour la construction et l'exploitation de la centrale, les SIG étant maître d'ouvrage des travaux relatifs à cette installation (ch. 6.1 et 6.2). Derbigum devait effectuer tous les travaux nécessaires pour assurer l'étanchéité de la toiture, toute question ou dommage en rapport avec ces travaux liant directement Palexpo et Derbigum, sans implication ni responsabilité des SIG (ch. 7.1). Ceux-ci étaient chargés de l'exploitation de la centrale (ch. 9.1) ;

- un accord relatif à la répartition des coûts en relation avec le projet de renforcement de la toiture et la construction de la centrale, conclu entre Palexpo et les SIG. Selon ce contrat, ceux-ci prenaient en charge tous les coûts découlant de la construction de la centrale et de l'étanchéité de la toiture (ch. 1.2). Palexpo s'engageait à prendre en charge 54,55 % des coûts découlant du renforcement de la toiture estimés à CHF 1'036'000.- HT, le solde de 45,45 % étant à la charge des SIG. Ceux-ci s'engageaient en outre à prendre en charge l'ensemble des coûts d'exploitation de la centrale ;

- un contrat de bail à loyer commercial prévoyant la mise à disposition par Palexpo d'une surface d'environ 63'700 m² de toiture en faveur des SIG pour un loyer annuel de CHF 1.-, en vue de la construction et de l'exploitation par ceux-ci d'une centrale solaire. Sur la copie du contrat versée à la procédure par les intimés, la durée du bail a été caviardée. Selon le ch. 8.4 du contrat, les SIG seraient les seuls propriétaires de la centrale et de l'ensemble de ses composants, aucun élément n'étant un accessoire ou une partie intégrante du bâtiment, propriété de Palexpo. Le ch. 8.14 prévoyait que cette dernière n'avait aucune obligation, ni aucun droit, d'acquérir l'électricité produite par la centrale solaire, sauf accord écrit spécifique entre les parties ;

- un contrat d'entreprise relatif à la réalisation d'une centrale solaire d'environ 48'000 m², d'une puissance estimée de 4'203'000 Watt-peak, sur la toiture de Palexpo, conclu entre les SIG et Derbigum. Selon ses ch. 1.2 et 2.1, la réalisation de la centrale comprenait les travaux d'étanchéité préparatoires de la toiture, la fourniture et la mise en œuvre d'une structure de montage porteuse des modules solaires, la fourniture et l'installation de ces derniers, la fourniture, le montage et le raccordement de la partie électrique, la sécurisation des toitures pendant les travaux de construction de la centrale, moyennant le paiement par les SIG d'un prix unitaire, au montant caviardé par les intimés sur la copie du contrat versée à la procédure.

- 24) Le 28 juillet 2011, Palexpo a conclu un contrat d'entreprise portant sur le renforcement de la toiture des halles concernées par le projet de centrale solaire. Les éléments essentiels de ce contrat n'ont pas été portés à la connaissance de la chambre administrative.
- 25) Par acte du 2 août 2011, Servipier a recouru auprès du Tribunal fédéral contre la décision sur effet suspensif du 28 juin 2011, concluant à son annulation sous suite de frais et dépens, à ce que l'effet suspensif soit accordé à ses deux recours du 25 mai 2011 et à ce qu'il soit ordonné aux SIG, à Derbigum et à Palexpo de suspendre avec effet immédiat l'exécution de toute convention concernant la construction d'une centrale photovoltaïque de production d'électricité sur les toits de quatre halles d'exposition de Palexpo et de cesser tous travaux sur le site.

- 26) Dans leurs réponses des 26 et 31 août 2011 adressées au Tribunal fédéral, les SIG, Derbigum et Palexpo ont conclu, sous suite de frais et dépens, à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet, ainsi qu'au rejet de la demande d'effet suspensif et de mesures provisionnelles.

Divers contrats avaient été conclus le 5 juillet 2011 et que les travaux avaient débuté en août 2011.

- 27) Le 16 décembre 2011, le Tribunal fédéral a rejeté le recours de Servipier dans la mesure de sa recevabilité (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_611/2011).

En tant qu'il portait sur la question de l'effet suspensif des recours contre les prétendues décisions d'adjudication, le recours n'était pas recevable. Les contrats nécessaires à la construction de la centrale photovoltaïque ayant été conclus, le refus d'octroyer l'effet suspensif n'était en effet plus de nature à causer au concurrent évincé un préjudice irréparable.

Lors de l'examen des mesures provisionnelles, le juge devait s'interroger sur les chances de succès du recours au fond. Le litige supposait en l'espèce de déterminer si les SIG, dans le cadre des contrats conclus, étaient soumis au droit des marchés publics ou s'ils pouvaient se prévaloir de l'exemption prévue pour les activités industrielles ou commerciales au sens de l'art. 8 al.1 let. a AIMP. Or, s'agissant d'un établissement de droit public dont le but statutaire portait sur des tâches publiques et qui, parallèlement, exerçait une activité accessoire de nature industrielle et commerciale, la question n'était pas tranchée de savoir s'ils étaient soumis à la réglementation sur les marchés publics pour l'ensemble de leur activité, y compris l'activité industrielle et commerciale, ou s'ils pouvaient bénéficier de l'exemption pour cette activité accessoire bien que leur activité principale soit soumise à la réglementation. La question étant discutée, le Tribunal fédéral ne pouvait pas reprocher à l'instance cantonale d'avoir choisi de ne pas la trancher en procédure sur mesures provisionnelles à la suite d'un examen sommaire et de laisser au juge du fond la tâche de la résoudre. Le refus des mesures provisionnelles requises dans ce contexte ne pouvait donc pas être qualifié d'arbitraire dans son résultat.

- 28) Le 5 janvier 2012, le juge délégué a imparti à Servipier un délai au 15 février 2012, prolongé au 24 février 2012, pour compléter et réactualiser son recours et ses conclusions.

- 29) Le 24 février 2012, Servipier a modifié ses conclusions.

Outre la constatation du caractère illicite de tout contrat passé entre Palexpo et les SIG concernant l'installation d'une centrale photovoltaïque sur les toits de quatre halles d'exposition, respectivement de tout contrat passé entre les SIG et Derbigum concernant la construction de cette même centrale, la recourante

conclut désormais à la condamnation des intimés, pris conjointement et solidairement, à lui verser, à titre de réparation de son dommage, divers montants, le tout « sous suite de frais et dépens » à la charge de Palexpo et des SIG.

Elle était bien active, depuis plusieurs années, dans le domaine des énergies renouvelables et s'occupait de l'installation de centrales photovoltaïques. Depuis le 14 novembre 2010, elle exploitait notamment une telle installation sur le toit d'un immeuble de la commune d'Onex, tandis qu'une autre était en voie d'achèvement pour la commune de Puplinge. Elle avait déployé, avec le concours d'architectes et d'ingénieurs, ainsi que d'un spécialiste pour l'électricité, une intense activité pour le projet d'installation d'une centrale photovoltaïque sur les toits des halles de Palexpo. Elle avait effectué quelque cent nonante heures de travail, consistant notamment dans de la prospection, des études techniques et financières, des présentations et de l'évaluation, dont la valeur s'élevait à CHF 71'820.-, taxe sur la valeur ajoutée (ci-après : TVA) de 8 % incluse. Elle avait en outre déboursé CHF 2'000.- à titre d'avance de frais pour ses recours du 25 mai 2012, à quoi s'ajoutaient des honoraires d'avocat de CHF 22'680.-, TVA incluse, selon la note de son conseil du 6 janvier 2012.

L'analyse à l'origine de la décision sur effet suspensif du 28 juin 2011 tombait à faux. Elle avait le tort de considérer, dans un seul et même contexte, les SIG à la fois comme une entité publique revêtant le rôle d'adjudicataire vis-à-vis de Palexpo et comme un acteur agissant sur le marché de la libre concurrence, libéré des contraintes de la procédure en matière de marchés publics dans leurs relations vis-à-vis de Derbigum. Pareille approche tendait à privilégier de manière injustifiée et disproportionnée les entités publiques profitant d'une part, d'une situation de monopole et jouant d'autre part, dans certains segments de leur activité, le jeu de la concurrence. Elle soulevait la question de principe de savoir si une seule et même entité pouvait, dans le même contexte, apparaître à la fois comme adjudicataire public et comme concurrent privé pour échapper de la sorte à toute réglementation sur les marchés publics. Cette question relevait du domaine de l'adjudication à un adjudicateur, soit du domaine des marchés « in-state ». L'adjudication d'un marché par une entité publique à une autre entité publique était, selon la doctrine, soumise à la condition que l'entité adjudicataire ne soit pas elle-même un compétiteur sur le marché en cause (« Wettbewerbsteilnehmer »), sous peine de fausser les rapports de concurrence. L'entité adjudicataire - publique - ne devait pas avoir pour but de réaliser des bénéfices grâce au marché qui lui était confié par une autre entité publique ; dès qu'elle couvrait plus que ses charges, soit dès qu'elle réalisait une marge bénéficiaire, elle devenait un compétiteur et sortait de la sphère étatique lui permettant de bénéficier d'un marché « in-state ». Toujours selon la doctrine, un établissement public sectoriel, qui, en sus de son activité couverte par un monopole, exerçait une activité sur un marché régi par la libre concurrence, ne pouvait pas bénéficier de marchés « in-state ».

La construction de la centrale photovoltaïque sur les toits des halles de Palexpo aurait par conséquent dû être soumise aux règles sur les marchés publics et à la procédure de soumission applicable en la matière. Les contrats entre les trois intimés ayant été conclus, leur exécution ne pouvait pas être remise en cause. La chambre administrative devait toutefois constater le caractère illicite de la décision d'adjudication, tandis qu'elle était, pour sa part, en droit de demander la réparation de son dommage correspondant aux dépenses encourues en relation avec les procédures de soumission et de recours.

- 30) Le 28 mars 2012, les SIG et Derbigum ont dupliqué, concluant principalement à l'irrecevabilité et, subsidiairement, au rejet du recours de Servipier « sous suite de frais et dépens ».

Durant tous ses contacts avec Palexpo ou les SIG, Servipier n'avait, à aucun moment, envisagé ou mentionné que la réalisation de la centrale solaire devait faire l'objet d'un marché public. De son propre aveu, elle avait spontanément engagé des recherches en décembre 2009 afin d'identifier un site propice à une telle installation à proximité de l'Aéroport international de Genève. Après avoir élaboré son projet, la recourante avait contacté les SIG pour le leur proposer en février et mars 2010. Il était donc abusif de sa part de contester l'absence d'appel d'offres des SIG, alors qu'elle avait souhaité réaliser une installation similaire sans envisager la possibilité d'un appel d'offres, comme il était abusif de réclamer un dédommagement pour ses recherches et études. Dans le tableau récapitulatif de ses activités daté du 31 janvier 2012, la recourante reconnaissait également, par le libellé utilisé, avoir agi à ses propres risques, sans certitude quant à un éventuel choix de sa proposition par les SIG et sans attendre un quelconque appel d'offres. En mai 2010, elle s'était rendue compte que sa tentative de proposer une installation aux SIG dans le cadre d'une relation contractuelle ordinaire avait échoué et avait alors abandonné le projet. Elle n'avait pas attendu d'appel d'offres en relation avec celui-ci, ni entrepris aucune démarche pour en provoquer un. Les frais prétendument engagés par ses soins étaient donc totalement contestés et étaient à sa charge.

Le recours était en outre irrecevable pour plusieurs motifs.

1. Les SIG étaient un pouvoir adjudicateur au sens de l'art. 8 al. 1 let. a AIMP lorsqu'ils agissaient dans un domaine où ils disposaient d'un monopole. La situation était en revanche différente lorsqu'ils exerçaient leur activité dans un marché en concurrence. Interprété *a contrario*, l'art. 8 al. 1 let. a AIMP signifiait que lorsque des établissements de droit public agissaient comme des entreprises sur un marché soumis à la concurrence de tiers, ils n'étaient pas un pouvoir adjudicateur. Cette approche était cohérente par rapport à la typologie des tâches publiques retenue par la Confédération et correspondait à celle du droit genevois. L'art. 7 al. 3 RMP excluait du champ d'application du droit des marchés publics les caisses de pension publiques exerçant une activité commerciale ou industrielle

en concurrence directe avec des entités privées. Son libellé montrait que la situation était assimilée aux exemptions courantes en droit européen et appliquées en droit fédéral pour les activités d'entités publiques en concurrence. Le fait qu'une prestation fournie sur le marché fasse potentiellement partie d'une politique publique n'était pas de nature à modifier l'analyse du point de vue du droit des marchés publics. Une entité de droit public pouvait agir en fonction d'un intérêt général tout en ayant une activité commerciale.

En l'espèce, le projet avait été développé par l'unité des Nouvelles Energies Renouvelables (ci-après : l'unité NER) des SIG, unité qui, d'un point de vue comptable, était entièrement séparée de leurs autres activités, en particulier de leurs activités monopolistiques. Dès la mise en service des installations, le projet serait transféré sans marge à l'unité production électricité. Pour les projets solaires photovoltaïques, les SIG s'étaient engagés à reprendre à prix coûtant toute production réalisée dans le canton de Genève, qu'il s'agisse de la leur propre ou de celle d'autres auto-producteurs. Sur ce marché en concurrence, tous les producteurs avaient, partant, la garantie de pouvoir vendre leur production d'énergie par les SIG au même prix, ces derniers ne disposant d'aucun droit exclusif ou particulier susceptible de fausser cette concurrence. Pour éviter toute distorsion de concurrence, chaque projet solaire photovoltaïque développé par l'unité NER devait générer un taux de rendement interne minimum de 4 %, compte tenu de revenus internes à prix coûtant (tarifs publiés). Ces deux conditions permettaient d'assurer que les SIG ne soient pas mieux traités qu'un autre producteur et qu'à ce titre, les conditions d'une activité commerciale concurrentielle soient réalisées. Les SIG avaient retenu Derbigum comme étant l'entreprise leur permettant d'obtenir l'installation la plus performante au coût le plus bas, de manière à disposer d'une installation répondant aux critères de rentabilité précités. Ils avaient agi sur un marché en concurrence car des tiers, à l'instar de la recourante, étaient susceptibles de réaliser la même centrale. Les SIG ne pouvaient donc pas être considérés comme un pouvoir adjudicateur au sens de l'art. 8 al. 1 let. a AIMP.

2. La location par Palexpo de sa toiture en faveur des SIG pour un loyer annuel symbolique de CHF 1.- n'était pas un marché public au sens des art. 2 let. a et 6 RMP.

Elle ne consistait pas dans un contrat relevant du droit privé, passé par un pouvoir public avec un soumissionnaire, et portant sur l'acquisition de fournitures, de constructions ou de services moyennant le paiement d'un prix, au sens exigé par la jurisprudence. L'engagement pris par Palexpo envers les SIG d'assumer les 54,55 % des coûts de renforcement de la toiture ne répondait de même pas à la définition de marché public, au sens des dispositions précitées, Palexpo n'acquérant aucun bien ni service. Dans l'un comme dans l'autre cas, Palexpo n'était au demeurant pas un pouvoir adjudicateur soumis au droit des marchés

publics. Elle ne bénéficiait en particulier pas d'une concession exclusive, au sens des art. 8 al. 1 let. c AIMP et 7 let. a, b, d à f RMP, de sorte que l'argumentation de la recourante relative au marché « in house » (marché in-state selon la terminologie utilisée par la recourante) tombait à faux. Seule entrait éventuellement en ligne de compte la clause du financement de l'art. 8 al. 2 AIMP, reprise à l'art. 7 al. 1 let. c RMP. En l'espèce, la location et, *a fortiori*, la mise à disposition gratuite de la toiture n'impliquait aucune activité de la part de Palexpo, de sorte que la question d'un éventuel financement public ne se posait pas. S'agissant du co-financement des travaux de renforcement de la toiture, pris en charge par Palexpo à hauteur de 54,55 % (part estimée à CHF 565'138.-), il n'existait aucune indication que Palexpo utiliserait des fonds publics pour en financer plus de 50 %. Même dans cette hypothèse, cela ne pouvait avoir d'incidence que sur le choix ultérieur par Palexpo de l'entreprise chargée d'exécuter les travaux, la question n'étant pas pertinente dans la présente procédure.

3. Dans l'hypothèse où l'AIMP et le RMP, voire la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02), seraient applicables, la qualité pour recourir de Servipier devrait en tout état de cause être déniée. Le recours portait sur l'absence d'un appel d'offres concernant des prestations que la recourante n'aurait pas été en mesure d'exécuter. Celle-ci n'aurait pas pu déposer une offre qui, en toute hypothèse, aurait été exclue d'office du marché en cause, compte tenu de son but social incompatible avec les travaux demandés.

4. Plus subsidiairement encore, le recours était irrecevable car tardif. La recourante avait en effet admis l'inapplicabilité du droit des marchés publics dans l'ensemble de ses démarches vis-à-vis de Palexpo et des SIG au cours du premier semestre de 2010. En mai 2010, lorsqu'elle avait réalisé que les SIG n'étaient pas intéressés par sa proposition, elle ne les avait pas invités à lancer un appel d'offres, ni interrogé sur leurs intentions. Ce n'était qu'une année plus tard qu'elle avait allégué l'applicabilité du droit des marchés publics. Or, le principe de la bonne foi imposait de contester les éventuels vices affectant une procédure de marché public dans le délai de recours applicable dès leur remise, sous peine de forclusion. Servipier aurait dû mettre les SIG en demeure de lancer une procédure d'appel d'offres et, cas échéant, interjeter recours contre leur refus d'y procéder dès le début de l'année 2010, mais au plus tard en mai 2010, lorsqu'elle avait compris que les SIG envisageaient d'autres solutions qu'un partenariat avec elle.

Si le recours devait être déclaré recevable, Servipier n'aurait pas droit à un dédommagement. Il n'y avait en l'espèce pas eu de décision, mais bien plutôt une absence de décision de lancement d'un appel d'offres. Aucune procédure de soumission formelle n'avait eu lieu, de sorte que Servipier n'avait aucun droit de réclamer de prétendues dépenses qu'elle aurait engagées pour préparer ce marché. La recourante avait engagé ces dépenses de sa propre initiative dans le but de

conclure un contrat de gré à gré avec les SIG. Elle avait agi dans un but commercial et à ses propres risques. Si elle avait agi de bonne foi et de manière diligente, elle aurait en outre immédiatement informé les SIG de son souhait qu'un appel d'offres soit lancé et n'aurait pas encouru de dépenses de ce type. Le tableau récapitulatif de ses prestations était au surplus contesté, dans la mesure où il ne reposait sur aucune pièce justificative. Il ne reflétait que des frais internes et ne correspondait ainsi pas à un réel dommage.

- 31) Le 28 mars 2012, Palexpo a déposé sa duplique, concluant également à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet, « sous suite de frais et dépens ».

Bien que son actionnaire majoritaire soit l'Etat de Genève, elle demeurait un « véhicule de droit privé », comme précisé dans l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi à l'origine de sa constitution. Elle ne bénéficiait d'aucun subventionnement, ni d'autres aides financières de la part de l'Etat de Genève.

Elle avait eu des discussions au sujet de l'installation d'une centrale photovoltaïque avec d'autres sociétés, dont Derbigum et la société SES, Société d'Energie Solaire, en 2009 déjà, soit avant que Servipier ne lui soumette une « offre location toiture ». La recourante n'était pas la première intervenante à lui avoir soumis un projet valable de ce type. Une centrale solaire existait déjà sur sa halle 6, tandis qu'un projet similaire avait été établi en 2004 concernant sa halle 7. Pour le projet de centrale en cause, elle était entrée en discussion avec les SIG le 28 octobre 2009 déjà, soit avant que Servipier ne la contacte, raison pour laquelle elle avait encouragé celle-ci à approcher ceux-là. Depuis le début du mois de février et jusqu'au 23 avril 2010, elle n'était plus intervenue dans les discussions menées entre les SIG et la recourante. Elle n'était impliquée dans le projet de centrale solaire qu'en sa qualité de propriétaire des lieux, en vue de louer la surface utile de sa toiture aux SIG, sans l'être pour le surplus dans la réalisation, la construction et l'exploitation de la future installation, dont elle ne retirerait aucun revenu.

Le projet de centrale solaire que Servipier avait mené à bien avec la commune d'Onex avait donné lieu à un contrat de bail, à teneur de la pièce produite par la recourante, les parties n'ayant pas suivi de procédure de soumission en droit des marchés publics. La pièce en question ne prouvait en outre pas que Servipier exploitait cette installation, et n'avait pas seulement recherché des investisseurs, conformément à son but social.

La location d'une toiture était expressément exclue du champ d'application de l'AMP selon le ch. 3, annexe 4, de son Appendice I. Elle ne répondait pas plus à la définition de marché public au sens de l'AIMP et du RMP, dont le champ d'application était identique à celui de la LMI. Elle-même n'était enfin pas un

pouvoir adjudicateur au sens de ces législations, se trouvant notamment en concurrence avec d'autres acteurs économiques sur le marché des expositions aussi bien en Suisse qu'en Europe ou au niveau mondial. Si la qualité de pouvoir adjudicateur lui était par impossible reconnue, cela n'entraînerait pas la soumission du contrat conclu avec les SIG au droit des marchés publics, ceux-là étant une entité publique. Dans l'hypothèse inverse, Servipier n'aurait pas la qualité pour recourir.

Sur le fond, la recourante ne pouvait rien réclamer à titre « d'impenses engagées dans la procédures de soumission », puisque celle-ci n'avait pas eu lieu. Son décompte de frais de constitution de dossier de CHF 71'820.- n'avait aucune valeur probante. Servipier ne pouvait pas réclamer le remboursement de ces prétendus frais, car elle avait spontanément fourni une offre aux intimés, sans y avoir été invitée, prenant à son compte le risque que celle-ci ne soit pas acceptée. La recourante ne pouvait notamment pas exiger le remboursement de frais découlant de démarches antérieures à sa prise de contact avec elle, ni de ceux encourus ultérieurement, dans la mesure où ceux-ci n'apparaissaient pas nécessaires, ni pertinents s'agissant notamment de ses frais liés à la recherche d'investisseurs. Sa prétention était totalement disproportionnée par rapport à l'activité requise pour la constitution d'un dossier tel que celui qu'elle avait présenté. Enfin, elle n'avait produit aucune facture attestant qu'elle aurait payé les tiers sollicités par ses soins (un architecte, un bureau d'architecture, un responsable d'électricité, un bureau d'ingénieurs en constructions métalliques, etc.), si bien qu'elle ne pouvait pas exiger le remboursement de ces frais. Concernant ses propres frais de procédure et honoraires d'avocat, elle ne pouvait pas les réclamer à Palexpo en intégralité, puisqu'elle-même n'était partie qu'à un seul des deux recours. La recourante n'avait pas droit au remboursement des honoraires de son avocat pour la procédure conduite devant le Tribunal fédéral, puisqu'elle avait été déboutée.

- 32) Le 29 mars 2012, le juge délégué a informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 1) La recourante a formé recours, d'une part, contre la décision de Palexpo de confier aux SIG l'installation d'une centrale photovoltaïque sur les toits de quatre de ses halles d'exposition et d'autre part, contre la décision des SIG de conclure avec Derbigum un contrat d'entreprise consistant dans la construction de cette centrale. Elle soutient qu'il s'agirait de décisions d'adjudication au sens du droit des marchés publics, lesquelles seraient illicites faute d'avoir été rendues à l'issue d'une procédure d'appel d'offres.

A l'inverse, les intimés contestent l'assujettissement au droit des marchés publics des divers contrats qu'ils ont conclus et, partant, l'existence de décisions d'adjudication sujettes à recours.

- 2) Selon l'art. 3 al. 1 de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0), la chambre administrative est l'autorité judiciaire au sens de l'art. 15 AIMP pour statuer sur recours contre les décisions de l'adjudicateur. L'appel d'offres, l'adjudication, sa révocation ou l'interruption d'une procédure d'adjudication sont notamment réputées décisions sujettes à recours (art. 15 al. 2 AIMP).

L'ouverture de cette voie de droit dépend ainsi de l'existence d'un marché public, question qui doit être résolue préalablement, en distinguant d'une part, le contrat conclu entre Palexpo et les SIG concernant la mise à disposition des toitures des halles d'exposition et prévoyant le financement conjoint du renforcement de celles-là, ainsi que d'autre part, le contrat d'entreprise conclu entre les SIG et Derbigum en vue de la construction d'une centrale photovoltaïque sur lesdites toitures.

- 3) Le droit des marchés publics tire sa source des traités internationaux ratifiés par la Suisse en la matière, notamment de l'AMP et de ses annexes contenues à l'Appendice I (consultable à l'adresse <http://www.wto.org>), des art. 5 et 9 LMI au plan fédéral, ainsi que de l'AIMP et du RMP, au plan intercantonal et cantonal. Hormis le RMP, ces sources ne contiennent pas de définition de la notion de marché public.

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

b. A l'occasion d'un recours formé contre une concession d'affichage sur le domaine public, le Tribunal fédéral a défini la notion de marchés publics de la manière suivante : « on se trouve en présence d'un marché public lorsque la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que « demandeur » (« Nachfrager »), acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques. C'est la collectivité publique qui est « consommatrice » (« Konsument ») de la prestation et c'est l'entreprise privée qui en est le « fournisseur » (« Produzent »). Le terme allemand « öffentliche Beschaffungswesen » (« acquisitions publiques ») utilisé pour désigner les marchés publics est plus parlant » (ATF 125 I 209 consid. 6b p. 213). Dans un arrêt subséquent, le Tribunal fédéral a tenu compte des critiques émises par la doctrine à l'égard de son approche, qualifiée de trop rigide et schématique pour pouvoir appréhender les situations plus complexes rencontrées dans la réalité

économique. Admettant notamment que le paiement d'une prestation soumise au droit des marchés publics pouvait se faire autrement que par le seul versement d'un prix et que toutes les formes de rémunération étaient possibles en vertu de l'art. 2 par. 2 AMP, il a précisé qu'il convenait « d'éviter que des biens et des services qui, au vu de leur nature, ne devraient normalement être acquis par les collectivités publiques que dans le respect des règles sur les marchés publics, n'échappent aux garanties procédurales propres à cette matière (...). En d'autres termes, il ne faut pas qu'une collectivité publique puisse, par le biais de l'octroi d'une concession, détourner l'application des règles sur les marchés publics » (ATF 135 II 49 consid. 4.4).

c. La définition du Tribunal fédéral met ainsi l'accent sur l'un des acteurs de l'opération, la collectivité publique, qui doit apparaître comme le demandeur ou la consommatrice de la prestation requise du secteur privé qui en est le fournisseur. L'objectif poursuivi étant de garantir une authentique concurrence entre les soumissionnaires et de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics (ATF 125 I 209 consid. 6b p. 214), le droit des marchés publics n'a vocation à s'appliquer qu'aux cas dans lesquels l'Etat se procure auprès d'une entreprise privée un bien ou service moyennant un prix qu'il s'engage à payer. Lorsque l'Etat agit non pas comme demandeur, mais offre au contraire une faculté ou une prestation, l'on ne se trouve pas en présence d'un marché public, même si ladite faculté ou prestation a une valeur économique et pourrait intéresser différents acteurs (ATA/230/2011 et ATA/229/2011 du 5 avril 2011, consid. 6 ; T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 74, n. 225 ; M. BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, p. 347 ss, n. 744 ss ; P. GALLI / A. MOSER / E. LANG / E. CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2007, p. 45, n. 107). Conformément à cette approche, le Tribunal fédéral a par exemple jugé que la mise à disposition de stands dans une foire commerciale ne constituait pas un marché public au sens de l'art. 5 LMI examiné en l'espèce, dans la mesure où l'organisatrice de cette foire, une entreprise mixte au sens de l'art. 762 CO dominée par des corporations de droit public, n'apparaissait pas comme acquéreur de marchandises ou de services, mais offrait au contraire des prestations commerciales (ATF 126 I 250 = JdT 2002 I pp. 272, 276).

- 4) En l'espèce, les contrats conclus par Palexpo ne répondent pas à la définition de marchés publics. Dans aucun des engagements qu'elle a souscrits vis-à-vis des SIG ou de Derbigum, Palexpo n'apparaît comme demandeur ou consommatrice d'une prestation fournie par ses cocontractants, contre rémunération de sa part.

Selon les contrats conclus le 5 juillet 2011, Palexpo s'est engagée à mettre à la disposition des SIG la toiture de quatre de ses halles d'exposition, moyennant le versement par ceux-ci d'un loyer symbolique (CHF 1.- par an) et sans obligation

correspondante, ni droit d'acquérir l'électricité produite par la future centrale (cf. ch. 8.14 du contrat de bail à loyer commercial). Elle s'est également engagée à procéder aux travaux de renforcement de ses toitures et coursives (ch. 2.1 et 5.1 du contrat-cadre), ainsi qu'à financer ceux-ci à hauteur de 54,55 %. Dans l'un comme dans l'autre cas, il ne s'agissait donc pas pour Palexpo de se procurer un bien ou un service, mais au contraire d'offrir une faculté, respectivement une prestation. Selon le ch. 7.1 du contrat-cadre, Derbigum s'est enfin engagée à réaliser des travaux d'étanchéité en faveur de Palexpo, mais celle-ci n'a pas pour autant assumé les coûts de cette prestation, lesquels ont été entièrement pris en charge par les SIG (ch. 1.2 de l'accord relatif à la répartition des coûts).

D'un point de vue objectif, les relations contractuelles nouées par Palexpo avec les SIG et Derbigum ne consistaient donc pas en un marché public. La question de savoir si cette société était, d'un point de vue subjectif, assujettie au droit des marchés publics, soit si elle revêtait les caractéristiques d'une autorité adjudicatrice au sens des art. 8 AIMP et 7 RMP, peut donc souffrir de demeurer indéterminée. Elle ne se serait posée qu'en relation avec le contrat d'entreprise que Palexpo a conclu avec une société tierce le 28 juillet 2011 en vue du renforcement de ses toitures, objet qui sort toutefois du cadre du présent litige.

En conséquence, le recours de Servipier sera déclaré irrecevable en tant qu'il est dirigé contre Palexpo, les contrats conclus par cette dernière avec les SIG et Derbigum n'étant pas soumis au droit des marchés publics.

- 5) A l'inverse, le contrat d'entreprise conclu par les SIG et Derbigum le 5 juillet 2011 en vue de la construction d'une centrale solaire photovoltaïque tombait, d'un point de vue objectif, dans le champ d'application du droit des marchés publics.

Il portait sur des prestations caractéristiques d'un marché de construction au sens des art. 6 al. 1 let. a AIMP et 6 al. 2 let. a RMP, soit en particulier sur l'assemblage et la construction d'ouvrages préfabriqués (classification de la centrale des produits n° 514 ; ci-après : CPC) et la pose d'installations (CPC n° 516) au sens de l'annexe 3 du RMP (reprenant l'annexe 5, Appendice I, de l'AIMP).

Sa valeur, estimée à CHF 15'000'000.-, dépassait en outre le seuil au-delà duquel de tels marchés sont soumis aux traités internationaux (CHF 8'700'000.- selon l'annexe 1 de l'AIMP, reprenant les annexes 2 et 3, Appendice I, de l'AMP) et doivent, de ce fait, faire l'objet d'une procédure de passation ouverte ou sélective au sens des art. 12A al. 1 AIMP et 11 al. 1 RMP.

Il convient donc de déterminer si les SIG, en tant qu'acquéreur d'une prestation fournie par une société privée contre rémunération, étaient également

assujettis d'un point de vue subjectif au droit des marchés publics, soit s'ils revêtaient la qualité d'autorité adjudicatrice dans l'opération en cause.

- 6) Etablissement de droit public doté de la personnalité juridique, les SIG ont notamment pour but de fournir, dans le canton de Genève, l'eau, le gaz, l'électricité et de l'énergie thermique, à teneur des art. 158 al. 3 Cst-GE et 1 al. 1 LSIG.

Ils exercent en particulier le monopole public de l'approvisionnement et de la distribution d'électricité (art. 158 al. 2 Cst-GE) et peuvent à cet effet utiliser le domaine public genevois pour l'installation de leurs réseaux de transport et de distribution contre redevances annuelles (art. 158C al. 1 Cst-GE).

Les SIG peuvent en outre développer des activités dans les domaines liés à leur but, exercer leurs activités à l'extérieur du canton ou fournir des prestations et des services en matière de télécommunications (art. 158 al. 3 *in fine* Cst-GE et 1 al. 1 *in fine* LSIG). Ils peuvent en particulier créer, acquérir, louer, exploiter tout moyen de production, de transport, de distribution et de vente, assurer tout service se rapportant à la réalisation de leur but. Ils peuvent de même participer à toute entreprise suisse ou étrangère de fourniture d'eau, de gaz, d'électricité, d'énergie thermique, de télécommunications et passer toute convention destinée à faciliter et garantir l'approvisionnement en eau et en énergie (art. 1 al. 6 LSIG).

Les SIG sont autonomes dans les limites fixées par la Cst-GE et la LSIG, laquelle leur commande notamment d'exercer leurs activités dans le respect de la législation applicable en matière d'énergie et conformément aux principes de la conservation de l'énergie, du développement prioritaire des énergies renouvelables et du respect de l'environnement énoncés à l'art. 160E Cst-GE (art. 1 al. 3 LSIG). Dans le cadre de leurs attributions, ils sont ainsi tenus de collaborer avec les autorités cantonales et communales en vue de réaliser la politique cantonale en matière d'approvisionnement, de transformation, de distribution et d'utilisation de l'énergie fondée sur ces principes (art. 160E al. 2 Cst-GE ; art. 3 al. 1 de la loi sur l'énergie du 18 septembre 1986 - LEn - L 2 30), soit notamment de promouvoir les sources d'énergies renouvelables telles l'énergie solaire (art. 160E al. 4 et 6 Cst-GE).

- 7) Selon l'art. 8 al. 1 AIMP, sont soumis aux dispositions des accords internationaux les pouvoirs adjudicateurs suivants :

a) les cantons, les communes, de même que les autres collectivités de droit public cantonal ou communal, dans la mesure où elles n'ont pas un caractère commercial ou industriel ;

b) les autorités de même que les entreprises publiques et privées opérant au moyen d'un droit exclusif ou particulier dans les domaines de

l'approvisionnement en eau, en énergie et dans celui des transports et des télécommunications. Sont seuls soumis au présent accord les marchés en relation avec l'exécution en Suisse de leurs tâches dans les domaines précités ;

c) les autres adjudicateurs selon les traités internationaux en vigueur.

S'agissant du champ d'application personnel du droit des marchés publics, l'art. 5 LMI, qui mentionne « les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales ou communales » n'a pas de signification propre par rapport à l'art. 8 AIMP (M. BEYELER, *op. cit.*, p. 27, n. 27).

Etablissement de droit public cantonal doté de la personnalité morale (art. 2 al. 1 LSIG), les SIG sont une collectivité publique au sens de l'art. 8 al. 1 let. a AIMP. Ils exercent en outre le monopole de l'approvisionnement et de la distribution de l'électricité dans le canton de Genève (art. 158 al. 2 Cst-GE), secteur que les traités internationaux en matière de marchés publics régissent spécifiquement (cf. art. 8 al. 1 let. c AIMP).

Selon les SIG, seules leurs activités consistant dans l'exercice de ce monopole seraient assujetties au droit des marchés publics. Leurs activités annexes, à savoir celles s'exerçant sur un marché en concurrence tel celui de la production d'électricité, échapperaient en revanche à ce droit. Ils seraient un pouvoir adjudicateur lorsqu'ils exercent leur activité principale et monopolistique d'approvisionnement et de distribution de l'électricité dans le canton de Genève (art. 158 al. 2 Cst-GE et 1 al. 1 *ab initio* LSIG), mais n'auraient pas cette qualité lorsqu'ils exercent une activité annexe (art. 158 al. 3 *in fine* Cst-GE et 1 al. 1 *in fine* et 6 LSIG) sujette à concurrence, soit susceptible d'être exercée aux mêmes conditions par des acteurs privés. Cette exemption partielle du droit des marchés publics résulterait des termes « dans la mesure où elles n'ont pas un caractère commercial ou industriel » ancrés à l'art. 8 al. 1 let. a *in fine* AIMP et serait conforme au droit international.

Le contrat conclu entre les SIG et Derbigum porte sur la construction d'une centrale solaire photovoltaïque et concerne donc une activité de production d'électricité sujette à concurrence. Il reste à déterminer si l'exercice de cette activité exemptait bien les SIG du champ d'application du droit des marchés publics, en interprétant les termes « dans la mesure où elles n'ont pas un caractère commercial ou industriel » ancrés à l'art. 8 al. 1 let. a AIMP.

8) Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la loi s'interprète en premier lieu d'après sa lettre (interprétation littérale). Si le texte légal n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi

que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique ; ATF 132 V 321 consid. 6 p. 326 ; 129 V 258 consid. 5.1 p. 263/264 et les références citées). Le Tribunal fédéral utilise les diverses méthodes d'interprétation de manière pragmatique, sans établir entre elles un ordre de priorité hiérarchique (ATF 133 III 175 consid. 3.3.1 p. 178 ; 125 II 206 consid. 4a p. 208/209 ; ATA/422/2008 du 26 août 2008 consid. 7). Enfin, si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101 - ci-après : Cst. féd. ; ATF 119 Ia 241 consid. 7a p. 248 et les arrêts cités). L'art. 5 al. 4 Cst. féd. pose en outre l'obligation pour la Confédération et les cantons de respecter le droit international. Selon le principe de la primauté de ce dernier, les traités internationaux l'emportent en effet sur l'ensemble du droit cantonal et intercantonal, de sorte que celui-ci doit s'interpréter conformément au droit international (A. AUER / G. MALINVERNI / M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, 2006, Vol I., p. 458-459, n. 1297 et 1298 et la jurisprudence citée).

Dans sa version française, l'art. 8 al. 1 let. a AIMP peut être compris comme exemptant du champ d'application personnel du droit des marchés publics les établissements cantonaux dont les activités principales présenteraient un caractère industriel ou commercial (cf. E. POLTIER, *Les pouvoirs adjudicateurs* Champ d'application personnel du droit des marchés publics, *in* PJA 2008 p. 1107, 1119, note de bas de page n° 97, mais à propos de l'art. 8 al. 2 let. a AIMP dont les termes divergent légèrement). Dans sa version allemande (« mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten »), l'art. 8 al. 1 let. a AIMP semble plutôt privilégier la thèse soutenue par les SIG, à savoir celle d'un assujettissement partiel des établissements publics cantonaux au droit des marchés publics concernant leurs seules activités ne présentant pas un caractère commercial et industriel (M. BEYELER, *op. cit.*, p. 147, n. 289 ; H. STÖCKLI, *Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts*, *in* *Marchés publics* 2008, Schulthess 2008, p. 55). Quant au texte italien (« sempre che non abbiano carattere commerciale o industriale »), il rejoint la formulation française, en se concentrant d'avantage sur la nature de l'établissement public en cause que sur celle de ses activités (M. BEYELER, *op. cit.*, p. 147, n. 201). L'interprétation littérale ne permet ainsi pas d'attribuer un sens clair et univoque à l'art. 8 al. 1 let. a AIMP.

Le RMP, qui vise à transposer l'AIMP au niveau cantonal (art. 1 RMP), contient également une liste d'autorités adjudicatrices soumises au droit des marchés publics. A teneur de l'art. 7 al. 1 let. a RMP, sont des autorités adjudicatrices assujetties à la réglementation « l'Etat, les communes et leurs établissements ou fondations de droit public, dans la mesure où ils n'ont pas un caractère purement commercial ou industriel ». Selon cette formulation, le caractère industriel ou commercial entraînant une exemption du droit des marchés

publics ne semble pouvoir concerner que l'entité elle-même et non telle ou telle de ses activités. La thèse des intimés consistant à différencier les diverses activités exercées par un établissement public cantonal pour n'assujettir que celles ne présentant pas un caractère industriel et commercial ne trouve ainsi pas de fondement dans l'art. 7 al. 1 let. a RMP. Le texte de cette disposition laisse au contraire penser que le but à l'origine de la création d'un établissement public cantonal serait seul déterminant et qu'il entraînerait, à défaut d'être « purement » commercial ou industriel, l'assujettissement complet de l'entité en cause au droit des marchés publics. En prévoyant une règle d'exemption spécifique pour les caisses de pension publiques lorsqu'elles exercent des activités commerciales ou industrielles en concurrence directe avec des entités privées, l'art. 7 al. 3 RMP confirmerait le bien-fondé de cette approche. Reste que le droit cantonal prévoit, comme l'AIMP, une règle spéciale d'assujettissement au droit des marchés publics pour les « organismes et entreprises privés ou publics opérant au moyen d'une concession ou d'un monopole de droit dans les domaines de l'approvisionnement en eau, en énergie et dans ceux des transports et des télécommunications, pour les seuls marchés en relation avec l'exécution à Genève de leurs tâches » (art. 7 al. 1 let. d RMP). Or, cette disposition est également susceptible de s'appliquer aux SIG.

- 9) Indépendamment de leur texte, les art. 8 al. 1 AIMP et 7 al. 1 RMP doivent aussi être confrontés aux traités internationaux conclus par la Suisse en matière de marchés publics et interprétés conformément à ces instruments (M. BEYELER, *op. cit.*, p. 90, n. 174 ; E. POLTIER, *op. cit.*, p. 1109 et 1123, qui préconise de se référer à la jurisprudence des autorités européennes pour déterminer les pouvoirs adjudicateurs assujettis ; H. STÖCKLI, *op. cit.*, p. 44, n. 5). Le principe de la primauté du droit international impose cette démarche, ce d'autant que le but explicitement poursuivi par l'AIMP et le RMP est de transposer la réglementation internationale pertinente en droit interne pour les marchés qui, comme dans le cas d'espèce, atteignent les valeurs-seuils fixés par lesdits traités.
- 10) Selon l'art. 1 par. 1 AMP, cet accord s'applique à toute loi, tout règlement, ainsi qu'à toute procédure ou pratique concernant tout marché passé par les entités spécifiées dans son Appendice I, dont en particulier les annexes 2 et 3 de ce dernier. L'Accord bilatéral du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68) n'entre pour sa part pas en considération, en tant qu'il étend le champ d'application du droit des marchés publics aux communes et dans le domaine de certains secteurs non concernés en l'espèce (notamment celui de l'énergie, mais au-delà du secteur de l'électricité déjà visé par l'AMP ; sur la portée de cet accord bilatéral cf. M. BEYELER, *op. cit.*, p. 24, n. 22).
- a. Selon l'annexe 2, Appendice I, de l'AMP, cet accord s'applique aux « Entités des gouvernements sous-centraux » qui passent des marchés

conformément à ses dispositions. Il vise ainsi les autorités publiques cantonales, ainsi que les « organismes de droit public établis au niveau cantonal n'ayant pas un caractère commercial ou industriel ». Selon la note relative à l'annexe 2 (sur la portée de cette note, cf. M. BEYELER, *op. cit.*, p. 239 ss, n. 523 à 526), cette dernière ne régit toutefois pas les marchés passés par les entités précitées, lorsque ceux-ci portent sur des activités dans les secteurs de l'eau potable, de l'énergie, des transports ou des télécommunications (ci-après : secteurs EET).

b. Les entités concluant des marchés dans ces secteurs EET sont en effet assujetties à l'AMP, dans la mesure prévue par l'annexe 3 de l'Appendice I. Cette annexe, qui fixe des valeurs seuils plus élevées s'agissant des marchés de fournitures et de services, s'applique aux « entités adjudicatrices qui sont des pouvoirs publics ou des entreprises publiques et qui exercent au moins une des activités » énumérées sous ch. 1 à 5, dont en particulier « la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité ou l'alimentation de ces réseaux en électricité » (ch. 2).

c. Selon la note 1 à l'annexe 3, l'AMP ne s'applique toutefois pas aux marchés que les entités adjudicatrices passent à des fins autres que la poursuite des activités décrites dans l'annexe ou pour la poursuite de ces activités en dehors de Suisse. A teneur de la note 2 à l'annexe 3, l'AMP ne s'applique de même pas « aux marchés passés à des fins de revente ou de location à des tiers, lorsque l'entité adjudicatrice ne bénéficie d'aucun droit spécial ou exclusif pour vendre ou louer l'objet de ces marchés et lorsque d'autres entités peuvent librement le vendre ou le louer dans les mêmes conditions que l'entité adjudicatrice ».

d. L'annexe 3 donne une définition de la notion de « pouvoirs publics ». Il s'agit de l'Etat, des collectivités territoriales, des organismes de droit public, ainsi que des associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public. Est considéré comme un organisme de droit public tout organisme (1) créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, (2) doté d'une personnalité juridique et (3) dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat et les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ». En tant qu'elle se réfère à la notion d'organisme de droit public, la définition vaut non seulement pour l'annexe 3, mais également pour l'annexe 2, Appendice I, de l'AMP (cf. M. BEYELER, *op. cit.*, n. 166 à 169 ; E. POLTIER, *op. cit.*, p. 1115).

e. Dans la mesure où la notion d'organisme de droit public a été reprise des directives communautaires, la doctrine préconise de l'interpréter en se référant à

la jurisprudence européenne (cf. M. BEYELER, *op. cit.*, n. 168 et les nombreuses références doctrinales citées). Concernant la première des trois conditions cumulatives qu'implique cette notion, la ligne de partage entre les « besoins d'intérêt général autres que ceux ayant un caractère industriel ou commercial » et ceux qui ont ce caractère repose sur un faisceau d'indices. La forme juridique des dispositions créant l'organisme et spécifiant les besoins qu'il doit satisfaire importe peu. Seule la nature de l'activité réellement exercée et les besoins qu'elle vise à satisfaire est déterminante. Schématiquement, l'activité visant à satisfaire des besoins ayant un caractère industriel ou commercial consiste en une activité économique de production, de distribution ou de prestation de services, exercée dans un but lucratif. Elle est soumise à une exigence de rentabilité. Les activités ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial échappent, en revanche, en tout ou en partie, à la logique du marché. Ces activités satisfont des besoins que l'Etat, pour des raisons liées à l'intérêt général, choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante (E. CLERC, La loi fédérale sur le marché intérieur, *in* Commentaire Romand, Le droit de la concurrence, TERCIER / BOVET éd., 2002, ad art. 5 LMI, p. 1335-1336, n. 71).

La notion de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial n'exclut pas des besoins qui sont également satisfaits par des entreprises privées ou qui pourraient l'être. L'existence d'une concurrence développée sur le marché peut néanmoins constituer un indice du fait qu'il ne s'agit pas d'un intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial (*Ibidem* ; M. BEYELER, *op. cit.*, p. 127, n. 253). La précision selon laquelle l'organisme doit être créé pour satisfaire « spécifiquement » des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial n'implique pas qu'il soit uniquement chargé de satisfaire de tels besoins. En d'autres termes, spécifiquement ne signifie pas exclusivement (cf. M. BEYELER, *op. cit.*, p. 128, n. 254 et les références jurisprudentielles et doctrinales citées dans les notes de bas de page n° 300 et 301). Outre sa mission d'intérêt général, une entité est libre d'accomplir des activités à caractère industriel et commercial, activités qui n'auront pas d'incidence sur sa qualification en tant qu'organisme de droit public. Que ces activités soient secondaires ou au contraire prépondérantes ne joue de même aucun rôle. Il suffit donc qu'une entité liée à l'Etat exerce au moins une activité d'intérêt général ne revêtant pas un caractère industriel ou commercial pour pouvoir être qualifiée d'organisme de droit public et se voir, partant, assujettie au droit des marchés publics, dans la mesure prévue par l'AMP, pour l'ensemble des marchés qu'elle entend passer (*Ibidem* ; E. CLERC, *op. cit.*, p. 1138, n. 75 et la jurisprudence européenne citée). Si une telle entité n'exerce à l'inverse que des activités purement commerciales et industrielles, soit des activités entièrement soumises à concurrence, elle n'entre pas dans la définition d'organisme de droit public et ne sera, partant, pas assujettie au droit des marchés publics (M. BEYELER, *op. cit.*, p. 132 et 138, n. 266 et 276 ss).

f. La portée respective des annexes 2 et 3, Appendice I, de l'AMP est controversée en doctrine. Selon BEYELER (*op. cit.*, p. 237 ss, n. 519 à 530), qui fonde son approche sur le droit et la jurisprudence européens, la note 1 à l'annexe 3 ne signifierait pas qu'un organisme de droit public actif dans le domaine des secteurs, mais passant un marché à des fins autres que la poursuite d'activités décrites dans cette annexe, ne serait pas assujetti au droit des marchés publics. Cet organisme n'en serait pas moins soumis à l'AMP en vertu des règles de l'annexe 2, y compris s'agissant de leurs marchés conclus à des fins commerciales ou industrielles. Pour d'autres auteurs, la note 1 à l'annexe 3 comporterait en revanche une limitation objective du champ d'application personnel du droit des marchés publics dans le domaine des secteurs (E. POLTIER, *op. cit.*, p. 116 ; J.-B. ZUFFEREY, *Le champ d'application du droit des marchés publics*, in *Marchés publics 2008*, Schulthess 2008, p. 152, n. 14).

g. La portée de la note 2 à l'annexe 3, Appendice I, de l'AMP ne suscite pas la même controverse. Selon la doctrine, les organismes de droit public actifs dans les secteurs EET sont, en vertu de cette note, exemptés du champ d'application de l'AMP, lorsqu'ils passent des marchés dans une activité de secteur à des fins plus ou moins directes de revente ou de location à des tiers. Cela ne vaut toutefois que si les organismes concernés ne bénéficient d'aucun droit spécial ou exclusif en la matière, soit si des tiers sont susceptibles de vendre ou louer librement et aux mêmes conditions l'objet de ces marchés (M. BEYELER, *op. cit.*, p. 257, n. 571 ss).

- 11) S'agissant des organismes de droit public, deux régimes d'assujettissement distincts résultent ainsi de l'AMP, à savoir un régime d'assujettissement général prévu à l'annexe 2, Appendice I, et un régime d'assujettissement spécial valant pour les seuls organismes de droit public actifs dans les domaines des secteurs EET au sens de l'annexe 3, Appendice I. Le premier trouve sa concrétisation aux art. 8 al. 1 let. a AIMP et 7 al. 1 let. a RMP, tandis que le second est ancré aux art. 8 al. 1 let. c AIMP et 7 al. 1 let. d RMP, qui font en la matière figure de *lex specialis*.

En bonne application de l'annexe 2, Appendice I, de l'AMP, les art. 8 al. 1 let. a AIMP et 7 al. 1 let. a RMP doivent s'interpréter comme assujettissant au droit des marchés publics l'ensemble des tâches, fussent-elles commerciales ou industrielles, des établissements publics cantonaux spécifiquement créés pour satisfaire des besoins d'intérêt général.

L'assujettissement au titre des art. 8 al. 1 let. c AIMP et 7 al. 1 let. d RMP des établissements publics cantonaux actifs dans le domaine des secteurs EET doit en revanche s'apprécier en fonction de la seule annexe 3, Appendice I, de l'AMP, et des exemptions que cette dernière contient concernant certaines activités.

- 12) Les SIG remplissent en l'espèce la définition d'organisme de droit public au sens des annexes 2 et 3, Appendice I, de l'AMP. Bien qu'il puisse exercer des activités présentant un caractère industriel ou commercial (art. 1 al. 6 L SIG), cet établissement de droit public vise prioritairement à satisfaire des besoins d'intérêt général, tels l'approvisionnement et la distribution d'électricité sur le territoire cantonal ou la promotion des énergies renouvelables. Ils sont ensuite dotés de la personnalité juridique, tandis que leur conseil d'administration, investi des pouvoirs les plus étendus concernant sa gestion (art. 16 al. 2 L SIG) est majoritairement constitué de membres désignés par l'Etat et les communes du canton (art. 6 L SIG).

L'on pourrait en déduire que tous les marchés conclus par les SIG, y compris ceux relevant de leurs activités présentant un caractère commercial ou industriel, seraient assujettis au droit des marchés publics, en application des art. 8 al. 1 let. a et 7 al. 1 let. a RMP, interprétés conformément à l'annexe 2, Appendice I, de l'AMP. Dans la mesure cependant où les activités exercées par les SIG tombent dans un secteur spécifiquement régis par l'annexe 3, Appendice I, de l'AMP (soit le secteur de l'électricité mentionné au ch. 2 de cette annexe), leur assujettissement au droit des marchés publics doit toutefois s'apprécier en fonction de la réglementation spéciale prévue en la matière, dont les art. 8 al. 1 let. c AIMP et 7 al. 1 let. d RMP sont l'ancrage au niveau interne.

Le marché conclu avec Derbigum était, en l'espèce, étroitement lié à l'activité de secteur des SIG, puisqu'il consistait dans la construction, à Genève, d'une centrale solaire photovoltaïque productrice d'électricité. Quelle qu'en soit la portée, la clause d'exemption figurant à la note 1 relative à l'annexe 3, Appendice I, de l'AMP, n'est donc pas pertinente, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une activité hors secteur.

- 13) Reste à examiner si le marché querellé est susceptible de tomber dans le champ d'exemption de la note 2 relative à l'annexe 3, Appendice I, AMP. Tel est précisément le cas en l'espèce. Les SIG ont conclu le contrat litigieux consistant dans la construction d'une centrale solaire photovoltaïque à des fins de revente de l'électricité produite. Dans ce domaine particulier, soit celui de la production d'électricité provenant d'énergies renouvelables et plus spécifiquement solaires, ils ne bénéficient d'aucun droit spécial ou exclusif susceptible d'entraîner une distorsion de la concurrence, à l'inverse de ce qui prévaut sur le marché de l'approvisionnement ou de la distribution de l'électricité. D'autres entités, telle la recourante, peuvent en effet produire de l'électricité provenant de l'énergie solaire, respectivement revendre celle-ci dans les mêmes conditions que les SIG, puisque ceux-ci se sont engagés à reprendre à prix coûtant toute production du genre dans le canton (cf. art. 1A al. 2 L SIG). Sur ce marché, les SIG sont ainsi soumis à une pression concurrentielle qui les contraint *de facto* à adjuger leurs marchés à l'offre économiquement la plus favorable, de sorte que leur

assujettissement au droit des marchés publics ne se justifie pas, conformément à la note 2 relative à l'annexe 3, Appendice I, de l'AMP.

En bonne application des règles régissant les marchés publics passés dans les secteurs dits EET, les SIG n'étaient donc pas soumis au droit des marchés publics lorsqu'ils ont conclu le contrat de construction litigieux. Cette conclusion s'impose, non pas en vertu du champ d'application subjectif de ces règles, mais de leur champ d'application objectif, tel qu'il résulte des art. 8 al. 1 let. c, 7 al. 1 let. d RMP et de l'annexe 3, Appendice I, de l'AMP. Dans la mesure où les SIG l'ont conclu en vue d'exercer une activité de production d'électricité à des fins de revente, soumise à concurrence, le marché passé avec Derbigum échappait en effet, de par son objet, au droit des marchés publics.

Cette conclusion s'impose dans le cas d'espèce en raison de la spécificité du marché en cause, celui de la production d'électricité issue de l'énergie solaire. S'agissant de leurs autres activités de secteur, notamment celles de production d'électricité issue d'autres sources, les SIG demeurent en principe assujettis au droit des marchés publics dans la mesure prévue par l'annexe 3 de l'AMP, soit sous réserve que les marchés en cause ne revêtent pas les caractéristiques mentionnées à la note 2 de cette même annexe.

- 14) En tant qu'il est dirigé contre les SIG et Derbigum et porte sur le contrat de construction d'une centrale solaire photovoltaïque conclu par ceux-ci, le recours de Servipier sera, en conséquence, déclaré irrecevable. A l'instar de ceux qui ont été conclus par Palexpo dans la présente espèce, ce contrat échappe à la compétence de la chambre de céans.

Un émolument de CHF 3'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe. Dans la mesure où ils l'ont expressément requis, une indemnité de procédure d'un montant de CHF 1'000.- chacune sera en outre allouée aux SIG, à Derbigum, ainsi qu'à Palexpo, à la charge de Servipier (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare irrecevable le recours interjeté le 25 mai 2011 par Servipier S.A. contre le contrat conclu par les Services industriels de Genève avec Derbigum Energies S.A. en vue de la construction d'une centrale solaire photovoltaïque sur les toits de quatre halles d'exposition appartenant à Palexpo S.A. ;

déclare irrecevable le recours interjeté le 25 mai 2011 par Servipier S.A. contre le contrat conclu par Palexpo S.A. avec les Services industriels de Genève et Derbigum Energies S.A. en vue de la mise à disposition et du renforcement de sa toiture ;

met à la charge de Servipier S.A. un émolument de CHF 3'000.- ;

alloue aux Services industriels de Genève, à Derbigum Energies S.A. et à Palexpo S.A. trois indemnités de procédure de CHF 1'000.- chacune, à la charge de Servipier S.A. ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire 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 Zoltan Szalai, avocat de Servipier S.A., à Me François Bellanger, avocat des Services industriels de Genève et de Derbigum Energies S.A., à Mes Daniel Peregrina et Luca Beffa, avocats de Palexpo S.A., ainsi qu'à la commission de la concurrence pour son information.

Siégeants : Mme Hurni, présidente, M. Thélin, Mme Junod, MM. Dumartheray et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

E. Hurni

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :