

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4349/2017-MARPU

ATA/112/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 6 février 2018

dans la cause

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

contre

VILLE DE GENÈVE

EN FAIT

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

La ville, repensant sa stratégie sur le positionnement de cet établissement pour qu'il réponde à des besoins d'une clientèle spécifique, avait décidé de se différencier des concurrents 5* de Genève tout en profitant de son emplacement, de ses contraintes et de son histoire, et souhaité à cette fin transformer l'hôtel en hôtel au concept LifeStyle ; ces transformations avaient pour but d'augmenter la fréquentation et la rentabilité de l'établissement. En outre, la ville souhaitait que l'hôtel soit une carte de visite pour elle et qu'il représente son identité et ses valeurs d'ouverture (point 2.2).

Le marché couvrirait les prestations suivantes : exploitation, gestion et direction de tous les aspects de l'hôtel ainsi que définition, conduite et supervision des travaux de rénovation et/ou transformations nécessaires à rendre les locaux compatibles avec le concept LifeStyle (point 2.4), lequel avait été défini au point 2.3. En plus de l'hôtel, et en option, la ville proposait aussi au prestataire de

reprendre l'exploitation en gérance du restaurant du Parc des Eaux-Vives (ci-après : le restaurant ; toujours point 2.4).

À teneur du point 7.1 (« planning ») à l'intérieur du chapitre 7 (« modalités de l'offre »), l'offre devait être envoyée dûment datée et signée par le candidat, soit au format papier soit au format électronique, au plus tard le 31 août 2017. Une première sélection serait alors effectuée par la ville. En novembre 2017, les candidats retenus auraient accès à un « due diligence package » et pourraient demander une visite des établissements. En décembre 2017, des auditions seraient organisées et d'éventuels compléments d'offre demandés ; le contrat de gestion serait également discuté.

En annexes figuraient les plans des établissements, ainsi que les rapports de l'organe de révision de l'hôtel et du restaurant pour l'exercice 2015 (point 8).

- 5) Auparavant, soit le 2 mai 2017, les directeurs de SHP avaient signé un « Engagement ferme de Confidentialité », dont le préambule indiquait ce qui suit : la ville et le partenaire allaient entrer en relation dans le cadre du projet de renouvellement du mandat de gestion de l'hôtel ; la ville allait dans ce contexte donner au partenaire des informations qui étaient confidentielles.
- 6) Le 28 juillet 2017, la ville a transmis aux personnes intéressées des informations supplémentaires et a reporté au 15 septembre 2017 le délai pour déposer leurs offres.
- 7) Par courriel du 14 septembre 2017 auquel étaient annexés des documents dont un dossier aux nombreuses pages intitulé « Appel d'offres Métropole Genève – Candidature pour la gestion », SHP a déposé sa candidature pour la gestion de l'hôtel et du restaurant.
- 8) Par lettre du 18 octobre 2017 signée par la directrice du département, la ville a remercié SHP pour le dépôt de son offre et l'a informée, après une étude attentive de son dossier, que son offre n'avait pas été retenue, le concept présenté dans celle-ci ne correspondant pas complètement à ses attentes et à sa vision de l'hôtel et du restaurant pour le futur.
- 9) Par courrier adressé le 26 octobre 2017 à la ville par son conseil, SHP a sollicité l'accès au dossier de l'« appel d'offres » sur la base de l'art. 44 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) et, par pli du lendemain, a regretté le refus d'accès que le département lui avait opposé.
- 10) Par écrit de la directrice du département du 30 octobre 2017, la ville lui a répondu que sa lettre du 18 octobre précédent ne constituait pas une décision administrative susceptible de faire l'objet d'un recours au sens de l'art. 4 LPA, de sorte qu'elle n'était pas en mesure de faire droit à sa requête.

- 11) Par acte expédié le 30 octobre 2017 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), SHP a formé recours contre la lettre de la ville du 18 octobre 2017, « avec suite de dépens ». Elle a conclu, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif et à l'interdiction faite à la ville, soit pour elle le département, d'organiser un deuxième tour tant que la chambre administrative n'aurait pas statué sur effet suspensif. Elle a conclu au fond, préalablement, à l'accès intégral au dossier et, cela fait, à l'octroi d'un délai supplémentaire pour compléter son recours, principalement, à l'annulation de la décision attaquée, à l'autorisation de participer au deuxième tour de la procédure d'adjudication, subsidiairement, également à l'annulation précitée ainsi qu'au renvoi de la cause à la ville pour nouvelle décision de sélection conforme à la procédure applicable en matière de marchés publics, plus subsidiairement à la constatation du caractère illicite de la décision querellée suivie des conclusions subsidiaires susmentionnées, l'intimée devant être déboutée de toutes autres ou contraires conclusions.

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

Dans le cadre de la procédure sélective au sens de l'art. 13 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) choisie par la ville, le principe de transparence avait été violé, les éléments exigés au point 7.2 du document d'appel à candidature ne correspondant d'aucune façon à l'ordre général des critères développés tout au long de ce document, aucune indication ne permettant de déterminer la pondération ou l'importance relative des divers critères de sélection.

Sa candidature était conforme à tous les critères d'aptitude requis dans le dossier d'appel d'offres, de sorte que la décision litigieuse était fondée sur des critères étrangers à ces critères. Par conséquent, la ville avait excédé son pouvoir d'appréciation.

- 12) Dans ses observations du 24 novembre 2017 portant, à la demande du juge délégué, sur la demande d'effet suspensif d'une part, sur la soumission du projet au droit des marchés publics et à la question de savoir si le courrier du 18 octobre 2017 valait décision malgré l'absence de désignation comme décision ainsi que de voies de droit d'autre part, la ville a conclu principalement à ce que la chambre administrative constate qu'elle n'était pas compétente pour trancher le litige, refuse d'entrer en matière sur la demande d'octroi de l'effet suspensif formée par SHP, déclare irrecevable le recours, subsidiairement rejette la demande d'octroi de l'effet suspensif, en tout état condamne la recourante « en tous les dépens » de l'instance et la déboute de toutes autres, plus amples ou contraires conclusions.

L'intégralité du raisonnement suivi par SHP s'appuyait au fond sur deux prémisses totalement erronées, à savoir que le litige serait soumis aux règles sur

les marchés publics d'une part, et que la lettre du 18 octobre 2017 constituerait une décision au sens du droit administratif d'autre part.

Il ressort de pièces produites que la ville, par un comité d'évaluation, avait procédé à une analyse des « offres » aux moyens de tableaux et à l'aide de l'examen des points forts et faibles des candidats en rapport avec des critères.

- 13) Par décision du 11 décembre 2017, la présidence de la chambre administrative a rejeté, en tant qu'elle était recevable, la demande d'octroi d'effet suspensif au recours de SHP et réservé le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond.

Sur la base d'un examen sommaire, il semblait que l'hôtel et le restaurant appartenaient au patrimoine financier de la ville et ne servaient pas à l'exécution de tâches publiques. Dans ces conditions, on ne voyait prima facie pas sur quelle base la chambre administrative pourrait être compétente pour traiter le recours, la cause paraissant relever du droit privé.

- 14) Par réplique du 22 décembre 2017, SHP a persisté dans les conclusions au fond de son recours et notamment développé son argumentation relative à l'assujettissement de l'objet du litige au droit des marchés publics.

Étaient notamment produits et invoqués des articles de journaux citant entre autres des propos de la conseillère administrative en charge du département (ci-après : la conseillère administrative).

- 15) Par lettre du 11 janvier 2018, la chambre administrative a informé les parties que la cause était gardée à juger au fond.

- 16) Les 15 et 17 janvier 2018, la chambre administrative a reçu des courriers du Tribunal fédéral lui transmettant un recours en matière de droit public et recours constitutionnel subsidiaire formé devant lui le 11 janvier 2018 par SHP contre la décision sur effet suspensif du 11 décembre 2017. Par pli adressé le 20 janvier 2018 au Tribunal fédéral, elle s'est opposée à la requête d'effet suspensif qui accompagnait ledit recours.

Par ordonnance du 30 janvier 2018 (cause 2C_19/2018), le Tribunal fédéral a rejeté ladite requête d'effet suspensif.

- 17) Pour le reste, les arguments des parties et certains faits seront, en tant que de besoin, repris dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

- 1) Il y a lieu tout d'abord de déterminer si la lettre de la ville du 18 octobre 2017 constitue, comme le fait valoir la recourante, une décision au sens de l'art. 4 al. 1 LPA, c'est-à-dire une mesure individuelle et concrète prise par l'autorité dans le cas d'espèce fondée sur le droit public fédéral, cantonal ou communal, et donc sujette à recours en application de l'art. 57 LPA, ce qui est une condition de recevabilité du recours.

La recourante soutient que la procédure ayant fait l'objet de ladite lettre de l'intimée est assujettie au droit des marchés publics, ce que conteste celle-ci.

- 2) a. En droit des marchés publics, aux termes des dispositions de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et du RMP, les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours auprès d'une autorité juridictionnelle cantonale (art. 15 al. 1 1^{ère} phr. AIMP), la chambre administrative dans le canton de Genève (art. 56 al. 1 RMP), les décisions sujettes à recours étant : a) l'appel d'offres ; b) la décision de sélection ; c) l'exclusion de la procédure ; d) l'interruption de la procédure ; e) l'adjudication ; f) la révocation de l'adjudication ; g) la sanction (art. 55 RMP).

À teneur de son art. 1 al. 1, l'AIMP vise l'ouverture des marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales ; il s'applique également aux tiers, dans la mesure où ceux-ci sont obligés par des accords internationaux.

- b. Ni la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02), ni l'Accord sur les marchés publics conclu à Marrakech le 15 avril 1994 (« Accord GATT/OMC sur les marchés publics » ; AMP - RS 0.632.231.422) ne contiennent une définition du marché public (ATF 125 I 209 consid. 6b).

Un marché public se définit comme l'ensemble des contrats (de droit privé) passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires (privés) portant sur l'acquisition de fournitures, de constructions ou de services. Il y a donc en principe marché public lorsque la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que « demandeur », acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques. D'après une approche fonctionnelle de la notion de marché public, il est indispensable que la collectivité publique passe avec l'entreprise soumissionnaire un contrat synallagmatique lato sensu (ATF 141 II 113 consid. 1.2.1).

La nature des tâches à remplir par l'État ne constitue pas un critère absolu étant donné que la limite entre tâches publiques et tâches privées n'est pas toujours

aisée à tracer (ATF 125 I 209 consid. 6b). La notion de tâche publique doit être définie largement et englobe toutes les activités qui favorisent un intérêt public, sans être nécessairement elles-mêmes des tâches publiques à proprement parler, par exemple un système de vélos en libre service qui représente pour l'autorité concédante un moyen de réaliser une tâche publique, cette prestation visant en effet à promouvoir la mobilité douce en ville afin, notamment, de limiter les nuisances liées au trafic motorisé (ATF 135 II 49 consid. 5.2.2).

c. Il y a un monopole étatique lorsque l'État – ou une autre collectivité publique – a seul le droit d'exercer une certaine activité économique ou de faire exercer cette activité par des tiers. Cette activité est alors soustraite aux lois du marché et ne bénéficie plus de la liberté économique (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 1030).

En l'occurrence, il n'est pas contesté par les parties, ni contestable, que la ville ne dispose pas d'un monopole sur l'activité économique qui consiste en l'exploitation d'hôtels, de nombreux autres hôtels et restaurants sur son territoire appartenant à des privés qui sont libres de les gérer comme bon leur semble. Partant, l'art. 2 al. 7 LMI – qui prescrit que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse – ne trouve pas application.

d. En vertu de l'art. 8 de la loi sur la gestion administrative et financière de l'État du 4 octobre 2013 (LGAF - D 1 05) – qui est applicable aux seules autorités cantonales (art. 3) mais dont on peut s'inspirer s'agissant de la ville –, le patrimoine administratif est composé des actifs détenus par l'État pour l'accomplissement direct des tâches publiques (al. 1) ; le patrimoine financier est composé des actifs détenus par l'État pour en retirer des revenus ou pour valoriser le capital et qui peuvent être aliénés sans porter préjudice à l'accomplissement des tâches publiques (al. 2).

Relèvent du patrimoine administratif de l'État toutes les choses publiques servant directement, c'est-à-dire par leur utilisation en tant que telle, à remplir une tâche publique. En font partie les immeubles qui abritent les écoles, les hôpitaux, les gares, les musées, les bibliothèques et, de manière générale, les établissements publics et les services administratifs de l'État (ATF 143 I 37 consid. 6.1 ; 138 I 274 consid. 2.3.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_719/2016 du 24 août 2017 consid. 3.3.1 ; 4A_250/2015 du 21 juillet 2015 consid. 4.1 ; 1C_379/2014 du 29 janvier 2015 consid. 5.3). La gestion du patrimoine administratif a pour but la réalisation de tâches publiques (ATA/1404/2017 du 17 octobre 2017 consid. 3b ; ATA/495/2014 du 24 juin 2014 confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_379/2014 précité). Appartiennent en revanche au patrimoine financier de l'État les biens qui ne servent qu'indirectement, soit grâce à leur valeur en capital et à leur rendement, à remplir des tâches publiques et pouvant, à ce titre, produire

un revenu, voire être réalisés. Les biens appartenant au patrimoine financier sont en principe gérés selon le droit privé (ATF 103 II 227 consid. 3 ; arrêts du Tribunal fédéral 4A_250/2015 précité consid. 4.1 ; 5A_78/2011 du 15 juin 2011 consid. 2.3.2). Lorsque l'État gère son patrimoine financier, il agit comme un particulier et n'accomplit pas une tâche publique (arrêts du Tribunal fédéral 4A_250/2015 précité consid. 4.1 ; 1C_379/2014 précité consid. 5.3).

Dans un cas particulier, le Tribunal fédéral a considéré que, même si un immeuble en tant que tel devait appartenir au patrimoine administratif de l'État de Genève du fait que les autres parties du bâtiment étaient utilisées par une école, deux locaux litigieux ne servant pas à l'accomplissement de tâches publiques étatiques déterminées par la loi demeuraient soumis au droit privé et pouvaient faire l'objet d'un contrat de bail de droit privé. En effet, même si l'association recourante avait un but d'aide sociale, elle n'exerçait pas une tâche publique (arrêt du Tribunal fédéral 4A_250/2015 précité consid. 4.2).

e. En définitive, apparaît centrale la question de savoir si l'exploitation et la gestion de ces deux établissements servent un intérêt public, condition notamment à l'assujettissement au droit des marchés publics de l'objet du litige.

- 3) a. En l'espèce, rien ne permet de mettre en cause les explications de l'intimée selon lesquelles l'hôtel est une « entité autonome » ou « succursale autonome » de celle-ci (Mémoires cités par elle) et qu'il est comptabilisé séparément de ses autres actifs, son bénéfice net d'exploitation étant intégré en tant que revenus dans les comptes de fonctionnement de la ville, dans une des rubriques rattachées à la direction financière, intitulée « Immeubles du patrimoine financier ».

À cet égard, pour la Cour des comptes, dans sa prise de position du 27 juillet 2015 concernant des « travaux à [l'hôtel] », produite par l'intimée et résumée dans le communiqué de presse du 8 septembre 2015 produit par la recourante à l'appui de sa réplique, l'appartenance de l'hôtel au patrimoine financier de la ville ne prêtait guère à controverse, puisque l'ensemble des groupes politiques représentés au conseil municipal s'accordaient manifestement à considérer que l'exploitation d'un hôtel haut de gamme n'était pas indispensable à l'accomplissement des tâches publiques municipales (p. 4).

b. Dans cette même prise de position de la Cour des comptes, la contractualisation des travaux d'entretien de l'hôtel – confiés à la société gérante par le contrat de gestion avec autorisation de les sous-traiter aux entreprises de son choix – ne nécessitait pas l'application des procédures prévues par le droit des marchés publics ; toutefois, dans le cas où l'hôtel devrait faire l'objet d'un programme de rénovation complète excédant les opérations d'entretien et de mise à niveau permanente, il serait conforme aux bonnes pratiques de gestion de procéder à la passation d'appel d'offres publics ; il en allait de même de la procédure de renouvellement périodique du contrat de gestion de l'hôtel (p. 8).

Cela étant, cet avis de la Cour des comptes ne prescrit pas une obligation d'appliquer le droit des marchés publics pour un nouveau contrat de gérance, mais recommande une telle application pour certains contrats, sans lier sur ce point la ville et la chambre de céans.

c. L'hôtel et le restaurant ne servent pas, par exemple, à héberger des personnes en difficulté ou à présenter des œuvres culturelles, mais exclusivement à offrir des prestations de haut standing à des clients, notamment des touristes, dans le cadre de contrats de droit privé. Ils visent ainsi l'obtention d'un rendement financier, comme cela ressort des finalités et objectifs exprimées par l'intimée, en ce sens que le repositionnement stratégique de l'hôtel et sa transformation en hôtel LifeStyle ont pour but d'augmenter la fréquentation et la rentabilité de l'établissement (point 2.2 du document d'appel à candidature). Le fait que la ville souhaite également « que l'hôtel soit une carte de visiter pour [elle] et qu'il représente son identité et ses valeurs d'ouverture » (point 2.2) et qu'elle requiert que la définition du concept LifeStyle pour cet établissement se traduise entre autres par « un programme d'activités soutenu qui permette de créer le lien avec la population locale et de dynamiser l'hôtel » (point 2.3) ne constitue pas le but ou un des buts de l'exploitation et de la gestion de l'hôtel, mais une exigence quant à la manière d'atteindre l'objectif du rendement financier. Il n'y a là rien d'insolite, même des propriétaires privés d'hôtels ou de restaurants pouvant souhaiter que leur établissement corresponde par exemple à leur personnalité, à leur tradition familiale, et s'inscrive dans son environnement géographique, social et culturel. Il importe peu que, selon sa réponse au recours, l'intimée, par le biais de la mise au concours, ne se limite pas à solliciter de simples prestations de service mais exige de la part du futur exploitant la mise en place d'un nouveau concept, avec réaménagement complet des lieux ; en effet, même si elle gèrait elle-même l'hôtel et le restaurant, cela n'aurait aucune influence sur la question de l'existence éventuelle d'un intérêt public.

En outre, comme cela ressort notamment de leurs sites internet respectifs (« www.metropole.ch » et « www.parcdeauxvives.ch »), rien ne permet pour le public et les clients de distinguer l'hôtel et le restaurant, en tant qu'ils sont la propriété de la ville, par rapport à d'autres établissements du même type en mains privées, entre autres quant aux prestations offertes.

d. Au regard de ce qui précède, l'exploitation et la gestion de l'hôtel et du restaurant, même indépendamment du fait qu'ils ne font pas partie des tâches publiques prévues par des dispositions légales ou réglementaires, notamment par des règlements de la ville, ne représentent pas un moyen de réaliser une tâche publique et ne visent pas à atteindre un intérêt public.

La doctrine qui est citée par la recourante et qui, notamment, plaide pour une application du droit des marchés publics également dans le cadre de la gestion du patrimoine financier de la collectivité publique, y compris lorsqu'elle exerce

des activités de nature commerciale (Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, n. 166), ou qui considère que pratiquement tout ce que fait la collectivité publique, directement ou indirectement, peut en tout cas être matériellement attribué à l'exécution d'une tâche publique (Martin BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, n. 679), ne saurait permettre de retenir un intérêt public là où il fait défaut.

Pour le reste, on ne saurait tirer en faveur de l'une ou l'autre des positions, pour le droit en vigueur actuellement, des conclusions de l'art. 8 al. 1 1^{ère} phr. du projet d'AIMP du 18 septembre 2014, à teneur duquel un marché public est un contrat conclu entre un ou plusieurs adjudicateurs et un ou plusieurs soumissionnaires en vue d'exécuter une tâche publique.

e. En définitive, l'absence d'un intérêt public permet de retenir non seulement que l'hôtel et le restaurant appartiennent au patrimoine financier de l'intimée, mais aussi que l'objet du présent litige n'est pas soumis au droit des marchés publics.

- 4) Aux termes de l'art. 5 al. 3 de la de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), les organes de l'État et les particuliers doivent agir conformément aux règles de la bonne foi. Cela implique notamment qu'ils s'abstiennent d'adopter un comportement contradictoire ou abusif (ATF 136 I 254 consid. 5.2 ; 134 V 306 consid. 4.2) et leur impose un comportement loyal et digne de confiance dans les actes avec autrui. Ne peut toutefois prétendre à être traité conformément aux règles de la bonne foi que celui qui n'a pas lui-même violé ce principe de manière significative. On ne saurait ainsi admettre, dans le cas d'espèce, de se prévaloir de son propre comportement déloyal et contradictoire (arrêt du Tribunal fédéral 2A.52/2003 du 23 janvier 2004 consid. 5.2, traduit in RDAF 2005 II 109 ss, spéc. 120 ; ATA/1004/2015 du 29 septembre 2015 consid. 6d ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 580).

Ancré à l'art. 9 Cst., et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi confère au citoyen, à certaines conditions, le droit d'exiger des autorités qu'elles se conforment aux promesses ou assurances précises qu'elles lui ont faites et ne trompent pas la confiance qu'il a légitimement placée dans ces promesses et assurances. Un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que (a) l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, (b) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et (c) que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour (d) prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice, et (e) que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (arrêt du Tribunal fédéral

2C_1120/2015 du 26 avril 2017 consid. 6.3.2 ; ATF 137 II 182 consid. 3.6.2 ; 131 II 627 consid. 6.1).

- 5) a. Dans le cas présent, dans un article de la Tribune de Genève du 14 avril 2016, à la question de la journaliste « L'appel d'offre sera soumis aux marchés publics, alors que ce n'était pas le cas en 1998. Pourquoi est-ce préférable ? », la conseillère administrative a répondu : « Une telle soumission signifie que l'appel d'offres est publié dans la presse internationale, qu'il y a une procédure, avec des grilles de pondération, qui conduit à la désignation de celui qui obtient le contrat ». Puis, en réponse à la question « Est-ce une obligation légale », elle a indiqué : « A priori pas dans ce cas. Nous nous y sommes astreints pour des raisons politiques, afin de pouvoir expliquer notre choix aux élus et aux citoyens. (...) ».

Dans l'Agefi du 26 avril 2016, à la question de la journaliste « Avez-vous procédé à un appel d'offres pour le choix de la gestion provisoire du Métropole? », la conseillère administrative a répondu « Nous avons demandé trois offres », puis, en réponse à la question « Quel est l'agenda de ce cahier des charges ? », elle a dit « Celui-ci sera finalisé au troisième trimestre et l'appel d'offres marchés publics sera lancé ».

- b. Cela étant, la recourante ne peut tirer aucun droit ou argument en sa faveur de ces propos de la conseillère administrative.

En effet, ils n'ont pas été prononcés en lien avec la situation de la société intéressée, ce d'autant moins que l'appel à candidature a eu lieu un an plus tard. La recourante ne démontre pas que la conseillère administrative aurait créé par son comportement des attentes légitimes de la part des candidats intéressés. Même si tel avait été le cas, cela n'aurait pas encore signifié que les candidats auraient déposé leurs candidatures uniquement parce que la procédure aurait relevé du droit des marchés publics. La recourante ne le prétend du reste pas pour elle-même, et, de surcroît, les citations de l'article de 14 avril 2016 dans son document de candidature (p. 20) ne mentionnent pas les marchés publics. Par ailleurs, des propos tenus par un responsable dans la presse ne sauraient à eux seuls conduire à l'assujettissement d'un marché au droit des marchés publics.

Par surabondance, comme l'a relevé l'intimée, la recourante, en avril 2017 déjà assistée de son avocat, n'a pas contesté l'appel à candidature de la ville du 3 mai 2017, en particulier l'absence de sa publication dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (art. 25 RMP) ainsi que l'absence d'un grand nombre des indications requises par les art. 26 à 28 RMP, par exemple les conditions de participation (art. 26 let. e RMP), les critères d'aptitude et/ou les critères d'adjudication énoncés par ordre d'importance (art. 26 let. f RMP), la liste des pièces et documents à joindre à l'offre (art. 27 let. e RMP). Or, de jurisprudence constante, il n'est plus possible, dans le cadre d'un recours contre

une décision d'adjudication, de remettre en question les éléments de l'appel d'offres et les options prises dans ce cadre par le pouvoir adjudicateur. Le soumissionnaire qui entend contester la définition, la pondération ou le manque de précisions des critères d'adjudication doit le faire, pour des raisons de bonne foi, dans le cadre de l'appel d'offres et non au moment de la décision d'adjudication, sans quoi il est forclos (ATA/1443/2017 du 31 octobre 2017 consid. 4e ; ATA/455/2017 du 25 avril 2017, et les références citées).

- 6) Vu ce qui précède, la lettre adressée le 18 octobre 2017 par la ville à la recourante n'est pas une décision fondée sur le droit public fédéral, cantonal ou communal (art. 4 al. 1 LPA), en particulier sur le droit des marchés publics (art. 15 AIMP ainsi que 55 et 56 RMP), mais relève du droit privé, et n'est donc pas sujette à recours (art. 57 let. a, b et c LPA ainsi que 15 al. 1 AIMP et 56 al. 1 RMP). La chambre de céans n'est donc pas compétente pour traiter le présent recours.

En conséquence, le recours est irrecevable.

- 7) Vu l'issue du litige et compte tenu de la décision sur effet suspensif, un émolument de CHF 1'300.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 30 octobre 2017 par Swiss Hospitality Partners SA contre la lettre de la ville de Genève du 18 octobre 2017 ;

met à la charge de Swiss Hospitality Partners SA un émolument de 1'300.- ;

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

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

- par la voie du recours en matière de droit public :

si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP - RS 172.056.1) ou de l'accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics du 21 juin 1999 (RS 0.172.052.68) ;

s'il soulève une question juridique de principe ;

- sinon, par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF ;

le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

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

Siégeant : Mme Junod, présidente, M. Thélin, Mme Krauskopf, M. Pagan, Mme Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

M. Mazza

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :