



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2077/2024-MARPU

ATA/799/2024

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 3 juillet 2024

sur mesures provisionnelles

dans la cause

A _____ SA

représentée par Me Bertrand REICH, avocat

recourante

contre

HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE

représentés par Me Adrien ALBERINI, avocat

intimés

Vu, en fait, le recours interjeté le 21 juin 2024 par A_____ SA (ci-après : A_____) auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre l'appel d'offres en procédure ouverte portant sur les transports inter-hospitaliers de patients couchés publié par les Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) sur le site simap.ch le 11 juin 2024, concluant à son annulation ; que les HUG ne payeraient pas de prix ni directement ni indirectement pour les prestations objet de l'appel d'offres, lesquelles ne pouvaient par conséquent faire l'objet d'un marché public, de sorte que le périmètre du marché mis en concurrence n'était pas conforme au droit en vigueur ; qu'en s'attribuant la possibilité d'adjuger des prestations qu'ils ne payent pas, les HUG l'empêchaient de proposer ces prestations à ses conditions et violait sa liberté économique ; que l'appel d'offres violait par ailleurs le principe de proximité, en omettant de mentionner celui-ci comme un critère d'adjudication ; que l'organisation des lieux d'entrée avait pour effet que la rive droite, et par exemple les hôpitaux de Loëx ou de la Tour, était abandonnée comme lieu d'entrée en service ; que l'exigence de garantir un temps de déplacement entre les bases des services prestataires et le lieu d'entrée en fonction de 10 minutes au plus constituait une restriction à la concurrence, en ce qu'elle interdisait l'accès au marché à des entreprises dont les bases étaient distantes de plus de 10 minutes ;

que A_____ a conclu à titre préalable à l'octroi de l'effet suspensif au recours, à ce qu'il soit interdit aux HUG de mettre en œuvre la procédure de mise en concurrence, à ce que la visite, obligatoire sous peine d'élimination, agendée le 1^{er} juillet 2024 à 14h00 à la centrale d'alarme 144, soit reportée *sine die* et à ce qu'il soit fait interdiction aux HUG d'adjuger le marché ;

que le 27 juin, 2024 les HUG ont conclu au rejet de la demande de mesures provisionnelles ; que le marché ne portait que sur des prestations de transport inter-hospitalier secondaire urgent et non-urgent de patients couchés pris en charge financièrement par les HUG ou organisé pour des patients présents sur un site des HUG ; qu'il portait sur trois lots, pouvant être adjugés séparément ou ensemble, et comprenant la mise à disposition de deux, respectivement deux et trois véhicules durant certains jours et certaines plages horaires, pour lesquels devaient être indiqués des prix forfaitaires mensuels ; que des options obligatoires et libres étaient par ailleurs prévues ; que les options obligatoires comprenaient des prestations de transport secondaire urgent et non urgent, de différents types, pour lesquelles devaient être indiqués le montant forfaitaire par mission respectivement le forfait et tarif kilométrique, avec la précision que ces prestations portaient y compris sur les transferts à la charge des patients ; que ces indications financières étaient nécessaires aux HUG pour organiser les transports concernés et remplir leur devoir d'information (sur le coût du transport) vis-à-vis de leurs patients ; qu'il n'avait toutefois jamais été question d'inclure ces options obligatoires dans les trois lots mis en concurrence et d'évaluer leurs tarifs dans la procédure d'adjudication ; que les HUG n'y avaient aucun intérêt dès lorsqu'ils ne payaient pas la prestation ; qu'à cet égard la mention « informations obligatoires » aurait été plus judicieuse ; qu'à défaut de connaître à l'avance les tarifs, les HUG devraient demander un devis à chaque transport, ce qui serait exagérément compliqué et impraticable ; que la recourante, qui était en relation contractuelle avec les HUG depuis des années, connaissait parfaitement la manière dont était réglementé le transport des

patients couchés ; qu'il lui était pour le surplus loisible de poser toute question utile jusqu'au 12 juillet 2024 ; que s'agissant de l'urgence, les trois lots ne comprenaient pas de transports urgents, de sorte que le critère de la proximité n'avait pas à être pris en compte ; que pour tous les transports urgents, les HUG recouraient à des ambulances de proximité, dont les tarifs étaient régis par la Loi sur les transports sanitaires urgents et l'aide sanitaire associée (LTSU - K 1 21) ; qu'un périmètre de disponibilité avait été choisi à proximité des lieux d'intervention les plus fréquents, qui se trouvaient tous sur la rive gauche, étant précisé que l'hôpital de la Tour était lui-même chargé d'organiser les transports depuis son site ; que les soumissionnaires dont les bases étaient distantes n'étaient pas exclus, s'ils s'engageaient à se mettre à disposition au lieu d'entrée en fonction au plus tard 10 minutes après l'horaire de prise de service ; que la visite obligatoire de la centrale d'appels urgents 144, située dans des locaux des HUG, visait à transmettre à chacun des soumissionnaires de manière égale les informations pertinentes, sachant que quatre des cinq acteurs étaient déjà prestataires et qu'il s'agissait de ne pas défavoriser le cinquième ; qu'enfin le marché devait progresser rapidement, la fin de la procédure, prévue initialement en avril 2024, ayant été déplacée à octobre 2024 et les contrats en vigueur prenant fin le 1^{er} novembre, avec le risque qu'en cas de retard les prestataires actuels refusent de maintenir leurs tarifs ;

que le 1^{er} juillet 2024, la recourante a persisté dans ses conclusions sur mesures provisoires ; que l'appel d'offres précisait au ch. 3.4.2.1 que les options obligatoires seraient évaluées dans le cadre du marché ; que le texte des documents d'appels d'offres était, plus généralement, clair quant au fait que des prestations non financées par les HUG étaient comprises dans le périmètre de l'appel d'offres ; que la centrale d'appels sanitaires urgents 144 relevait des HUG, et en profitait pour étendre progressivement son emprise sur l'organisation des transports sanitaires, ce dont les HUG tiraient argument pour prétendre devoir organiser les transports non urgents ; qu'il suffisait aux HUG d'exiger que les tarifs des options obligatoires soient indiqués au plus tard lors de la conclusion du contrat ;

que le même jour la cause a été gardée à juger sur mesures provisoires ;

considérant, en droit, qu'interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est de prime abord recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. b du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 15 al. 1, al. 1bis let. e et al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 3 al. 1 de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 - L-AIMP - L 6 05.0 ; art. 55 let. e et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01) ;

que les mesures provisionnelles sont prises par le président ou la vice-présidente de la chambre administrative ou, en cas d'empêchement de ceux-ci, par un autre juge (art. 21 al. 2 LPA ; art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 mai 2020) ;

qu'aux termes des art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif ; toutefois, en vertu des art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP, l'autorité de recours

peut, d'office ou sur demande, octroyer cet effet pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose ;

que l'examen de la requête suppose une appréciation *prima facie* du bien-fondé du recours ; l'effet suspensif doit être refusé au recours manifestement dépourvu de chances de succès et dont le résultat ne fait aucun doute ; inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire, mais suppose de constater et de pondérer le risque de préjudice (ATA/987/2021 du 24 septembre 2021 ; ATA/217/2021 du 1^{er} mars 2021 consid. 2 ; ATA/1349/2019 du 9 septembre 2019) ;

que lorsqu'une autorité judiciaire se prononce sur des mesures provisoires, elle peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit, en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles, tout en ayant l'obligation de peser les intérêts respectifs des parties (ATF 139 III 86 consid. 4.2 ; 131 III 473 consid. 2.3) ;

que l'octroi de l'effet suspensif constitue cependant une exception en matière de marchés publics et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/1349/2019 précité ; ATA/446/2017 du 21 avril 2017 consid. 2 ; ATA/62/2017 du 23 janvier 2017 consid. 2 ; ATA/793/2015 du 5 août 2015 consid. 2) ;

qu'est de prime abord principalement litigieuse en l'espèce la question du périmètre du marché ;

que les intimés contestent que les options obligatoires, et notamment l'indication de leur prix, en fassent partie ;

qu'ils ont admis qu'une formulation plus précise – « informations obligatoires » – aurait été préférable ;

que le risque de confusion n'apparaît pas si grand qu'il appelle d'emblée la suspension du marché ;

qu'il serait en effet loisible aux intimés, s'ils ne l'ont pas déjà fait lors de la visite obligatoire du 1^{er} juillet 2024, de fournir les précisions idoines, dans le cadre des questions ouvertes jusqu'au 12 juillet 2024 ;

que les chances du recours n'apparaissent par ailleurs pas, à ce stade de la procédure et sans préjudice de l'examen du fond, si grandes qu'il faille faire prévaloir l'intérêt privé de la recourante sur l'intérêt public à l'avancement de la procédure ;

que l'octroi de l'effet suspensif sera en conséquence refusé ;

que la conclusion en interdiction de la mise en œuvre de la procédure de mise en concurrence sera rejetée pour les mêmes motifs ;

que la participation à la visite obligatoire, outre qu'elle devait permettre à la recourante d'obtenir des éclaircissements, ne porte pas préjudice à son droit de demander l'annulation du marché ou, ultérieurement, de l'adjudication ;

que cette conclusion n'a de surcroît plus d'objet, la visite s'étant déroulée le 1^{er} juillet 2024 ;

qu'au vu de ces éléments, la demande de suspension du marché et d'interdiction de l'adjudication sera rejetée ;

qu'il sera statué ultérieurement sur les frais de la présente décision ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la demande de mesures provisionnelles ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

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

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

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

si elle soulève une question juridique de principe ;

- 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi ;

communique la présente décision à Me Bertrand REICH, avocat de la recourante, ainsi qu'à Me Adrien ALBERINI, avocat des HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE.

La vice-présidente :

F. PAYOT ZEN-RUFFINEN

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :