

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2130/2010-MARPU

ATA/473/2010

DÉCISION

DE LA

PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 5 juillet 2010

sur effet suspensif

dans la cause

MED KOH GMBH

représentée par Me Béatrice Stahel, avocate

contre

**CENTRALE D'ACHATS ET D'INGÉNIERIE BIOMÉDICALE DES HÔPITAUX
UNIVERSITAIRES**

Attendu, en fait, que :

1. Par publication dans la Feuille d'avis officielle du 14 septembre 2009, les Hôpitaux universitaires genevois (ci-après : HUG) ont lancé un appel d'offre en procédure ouverte, soumis à l'accord OMC/GATT, pour l'acquisition de trente-cinq appareils de microchirurgie destinées à remplacer les équipements des blocs-opératoires de l'hôpital. La procédure d'adjudication était conduite par la Centrale d'achats et d'ingénierie biomédicale des hôpitaux universitaires (ci-après : la centrale).
2. Les besoins en prestations et le matériel souhaités ainsi que le contenu de l'offre étaient décrits dans un cahier des charges techniques. Les conditions administratives de l'appel d'offre, dont les critères d'évaluation étaient contenus dans un autre document à disposition des soumissionnaires.
3. Le 28 octobre 2009, la centrale a procédé à l'ouverture des offres. Quatre sociétés avaient soumissionné, dont COVIDIEN SWITZERLAND LTD, qui avait fait parvenir une offre le 22 octobre 2009, et MED KOH GMBH, qui en avait transmis une le 26 octobre 2009. Selon le procès-verbal d'ouverture des offres du 28 octobre 2009, l'offre de COVIDIEN SWITZERLAND LTD était de CHF 595'000.- et celle de MED KOH GMBH de CHF 596'923, 50. Ce document a été transmis à cette dernière le 16 novembre 2009
4. Le 7 juin 2010, la centrale a écrit à MED KOH GMBH. La procédure d'évaluation des offres formulées dans le cadre du marché d'acquisition d'appareils d'électrochirurgie était terminée. Celui-ci avait été adjugé à COVIDIEN SWITZERLAND LTD « conformément aux critères d'adjudication mentionnés ». MED KOH GMBH obtenait le deuxième rang.
5. Par acte posté le 21 juin 2010, MED KOH GMBH a recouru contre cette décision, reçue le 10 juin 2010, auprès du Tribunal administratif. Elle conclut à son annulation. Son droit d'être entendu avait été violé. Malgré ses requêtes et un contact qu'elle avait eu avec les représentants de la centrale, le droit de consulter le dossier d'adjudication, même s'il avait été admis dans un premier temps, lui avait été finalement refusé. Elle n'avait pas d'autre choix que d'interjeter recours pour préserver ses droits, consulter le dossier et pouvoir, le cas échéant, élever tout grief utile contre la décision d'adjudication litigieuse.
6. Préalablement, elle conclut à la restitution de l'effet suspensif.
7. Le 30 juin 2010, les HUG ont conclu au rejet de la requête de restitution de l'effet suspensif. Le 16 novembre 2009, les HUG avaient adressé le procès-verbal d'ouverture des offres du 28 octobre 2009 à la recourante. A l'issue de la procédure d'évaluation des offres, c'était celle de COVIDIEN SWITZERLAND LTD qui s'était révélée la meilleure par application des critères fixés dans les conditions

générales de l'appel d'offre. Un contact avait eu lieu le 15 juin 2010 entre le représentant de la recourante et un collaborateur de la centrale. Comme l'aspect technique était déterminant et non les aspects économiques, le premier a été adressé par le deuxième à un autre collaborateur de la centrale en charge des aspects techniques du dossier. Lors de ces entretiens, la recourante avait obtenu les informations qu'elle demandait, à savoir que, si elle avait obtenu la meilleure note en rapport avec les aspects économiques du marché, son évaluation avait été moins bonne sur les deuxième, troisième et quatrième critères d'évaluation, soit la fonctionnalité clinique, la facilité d'utilisation et les performances techniques, notamment sur le fait que ce qui avait emporté l'adhésion de l'autorité adjudicatrice à l'acquisition de l'appareils finalement retenu était sa simplicité d'utilisation et les meilleures performances de l'appareil en matière de fusion tissulaire. Ces explications avait été répétées le jour-même par les collaborateurs de la centrale à l'un des gérants de MED KOH GMBH.

L'effet suspensif ne devait pas être restitué en raison de l'obsolescence des appareils d'électrochirurgie utilisés à l'heure actuelle aux HUG et de l'urgence à pouvoir les remplacer. En outre, le recours était mal fondé dès lors qu'il n'y avait pas eu violation du droit d'être entendu de la recourante, qui avait reçu le procès-verbal d'ouverture des offres et obtenu toute information orale lors des entretiens du 15 juin 2010. Il était faux de prétendre que la consultation du dossier avait été refusée. La centrale avait simplement invité la recourante à préciser les questions qui se posaient encore pour pouvoir y répondre de manière précise et exhaustive.

Considérant, en droit, que :

1. Interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, le recours est, *prima facie*, recevable (art. 15 al. 1 et 2 AIMP ; 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 ; art. 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01).
2. En tant que personne évincée du marché adjugé à un tiers, la recourante a, *prima facie*, qualité pour recourir contre la décision d'adjudication (art. 15 al. 1bis let. d AIMP ; art. 55 al. 1 let. e RMP ; art. 60 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10)).
3. a. Le recours n'a pas d'effet suspensif (art. 17 al. 1 AIMP), celui-ci pouvant être restitué par l'autorité de recours, d'office ou sur demande et au vu des pièces de la procédure, pour autant qu'il paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP) cette formulation s'inspirant de celle de l'art. 66 al. 2 LPA (ATA/858/2005 du 15 décembre 2005).
b. En matière de marché public, la restitution de l'effet suspensif en cas de recours constitue cependant une exception (ATA/572/2008 du 6 novembre 2008 ;

ATA/473/2008 du 12 septembre 2008 ; A/376/2008 du 17 juillet 2008 et les références citées). Elle représente par conséquent une mesure dont les conditions de réalisation ne peuvent être admises qu'avec restrictions.

4. Sur le fond, la recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendu. Celui-ci est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst et constitue une garantie de nature formelle (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.256/2001 du 24 janvier 2002 consid. 2a et les arrêts cités ; ATA/172/2004 du 2 mars 2004). Sa portée est déterminée en premier lieu par le droit cantonal (art. 41ss LPA) et le droit administratif spécial (Arrêt du Tribunal fédéral 1P.742/1999 du 15 février 2000 consid. 3a ; ATF 124 I 49 consid. 3a p. 51 et les arrêts cités ; Arrêt du Tribunal fédéral du 12 novembre 1998 publié in RDAF 1999 II 97 consid. 5a p. 103). Si la protection prévue par ces lois est insuffisante, ce sont les règles minimales déduites de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) qui s'appliquent (Arrêts du Tribunal fédéral 2P.256/2001 du 24 janvier 2002 consid. 2b ; 1P.545/2000 du 14 décembre 2000 consid. 2a et les arrêts cités ; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 198).

Il comprend en particulier le droit pour les parties d'avoir accès au dossier et celui d'obtenir une décision motivée. Cette exigence vise à ce que le justiciable puisse comprendre la décision dont il est l'objet et exercer ses droits de recours à bon escient. Elle vise également à permettre à l'autorité de recours d'exercer son contrôle ATF 124 II 146 consid. 2 p. 149 ; 122 IV 8 consid. 2c p. 14 ; ATA/126/2007 du 20 mars 2007 ; ATA/595/2006 du 14 novembre 2006 ; ATA/140/2006 du 14 mars 2006 ; ATA/875/2004 du 9 novembre 2004).

En matière de marchés publics, l'obligation de respecter le droit d'être entendu se manifeste par le devoir qu'a l'autorité d'indiquer au soumissionnaire évincé les raisons du rejet de son offre (J.-B. ZUFFEREY/C. MAILLARD/N. MICHEL, Le droit des marchés publics, Fribourg 2002, p. 256). Ce principe est rappelé à l'art. XX ch.6 let e de l'Accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP - RS 0632.231.422) concrétisé par les art. 13 let. h AIMP et 45 RMP, qui prévoient que les décisions d'adjudication doivent être sommairement motivées. Quant au droit de consulter le dossier, l'obligation pour les états signataires d'assurer celui-ci est rappelée à l'art. XX al. 6 let. c AMP. Même si ce droit ne fait pas l'objet d'une disposition spécifique dans la législation genevoise relative aux marchés publics, il résulte de l'art. 44 al. 1 LPA et son existence dans le domaine spécifique précité est reconnue (E. CLERC, L'ouverture des marchés publics : Effectivité et protection juridique, p. 511).

En l'espèce, la décision du 7 juin 2010 ne donne aucune information relative aux raisons pour lesquelles les HUG ont adjugé le marché à COVIDIEN SWITZERLAND LTD. Selon l'intimée, les représentants de la recourante ont reçu le 15 juin 2010 toutes les explications orales à ce sujet de la part des collaborateurs de la centrale. La teneur des informations communiquées étant contestée, il sera retenu,

au vu des pièces produites à ce stade de la procédure, que la recourante n'a eu accès à aucune pièce du dossier d'adjudication avant de former son recours. En particulier, elle n'a pas eu connaissance des tableaux synthétisant, critère par critère, les résultats précis et chiffrés de l'évaluation comparative des différentes offres, que l'intimée a maintenant produits avec ses écritures. La question d'une violation de son droit d'être entendu se pose donc concrètement, qui devra faire l'objet d'une instruction, comme d'éventuels autres griefs que la recourante pourrait être amenée à invoquer après avoir consulté les pièces du dossier.

Dans la pesée des intérêts imposée par les art. 17 al 2 AIMP et 58 al.2 RMP, il y a lieu, d'un côté, de prendre en considération l'intérêt public des HUG à remplacer dans les meilleurs délais leur parc d'appareils de microchirurgie. De l'autre côté, doit être pris en compte l'intérêt privé de la recourante à défendre ses intérêts économiques, non seulement dans le respect de son droit d'être entendu, mais du principe de transparence garantie par l'art. 1 al. 3 let. c AIMP. En l'occurrence, dès lors qu'au vu des pièces de la procédure, les droits de cette dernière sont susceptibles d'avoir été violés de manière significative par l'autorité adjudicatrice et que s'impose la préservation de l'objet du recours, son intérêt doit être pris en compte à titre principal, faute de quoi on viderait de toute portée les normes de protection des concurrents en matière de marchés publics.

Au vu des art. 66 al. 2 LPA et 5 du règlement du Tribunal administratif du 5 février 2007, la requête en restitution d'effet suspensif sera admise.

LA PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

restitue l'effet suspensif au recours interjeté par MED KOH GMBH contre la décision du 16 juin 2010 prise par les Hôpitaux universitaires genevois d'adjuger à COVIDIEN SWITZERLAND LTD le marché de la fourniture de trente-cinq appareils de microchirurgie selon appel d'offre du 14 septembre 2009 ;

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 ; 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 joints à l'envoi ;

communiqué la présente décision, en copie, à Me Béatrice Stahel, avocate du recourant ainsi qu'aux Hôpitaux universitaires genevois/Centrale d'achats et d'ingénierie biomédicale des hôpitaux universitaires.

La présidente du Tribunal administratif :

L. Bovy

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :