

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3680/2018-MARPU

ATA/1350/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 17 décembre 2018

sur effet suspensif

dans la cause

STERIS GMBH

représentée par Me Luca Beffa, avocat

contre

HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE

représentés par Me Adrien Alberini, avocat

et

MEDIWAR SA

représentée par Me Christian T. Suffert, avocat

Attendu, en fait, que :

1. Le 25 janvier 2018, les Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG), représentés par la Centrale d'achats et d'ingénierie biomédicale des Hôpitaux universitaires Vaud-Genève, ont fait paraître dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève et sur la plateforme internet simap (www.simap.ch) un appel d'offres en procédure ouverte, soumis aux accords internationaux et portant sur un marché de fournitures.

Le marché s'intitulait « tables d'opération pour les HUG ». Il portait sur la fourniture, la livraison, l'installation, la mise en service, la formation des utilisateurs et la maintenance de tables d'opération mobiles universelles ainsi que d'accessoires associés, pour équiper les six salles d'opération du bloc opératoire Gustave Julliard des HUG. Il permettait également d'établir une « base de référencement HUG » pour d'autres achats à venir. Le marché serait conclu pour une durée de quatre ans, pour un volume global estimé à environ vingt tables.

La date de livraison pour les onze premières tables était fixée au troisième trimestre 2018.

Les soumissionnaires seraient invités à présenter leur offre aux HUG, à une date à convenir, pendant trente minutes, soit vingt pour présenter les aspects techniques et les points forts de leurs équipements et dix pour répondre aux questions.

Les critères d'adjudication étaient :

- le prix – coût d'acquisition et de maintenance sur dix ans (30 %) ;
- fonctionnalité, ergonomie et polyvalence du matériel proposé (30 %) ;
- qualité technique du bien ou du service proposé, inclus la maintenance (30 %) ;
- organisation du soumissionnaire pour l'exécution du marché (10 %).

Les soumissionnaires étaient liés par leur offre pendant six mois après la date du dépôt de l'offre.

La procédure était soumise au droit genevois et tout litige devait être porté devant la chambre administrative de la Cour de justice de Genève (ci-après : la chambre administrative).

2. Steris GmbH (ci-après : Steris) est une société à responsabilité limitée sise à Bienne, inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) de Berne depuis 2003. Elle est active dans la commercialisation, la promotion et la distribution ainsi que d'autres services en rapport avec des produits médicaux.

3. Mediwar AG (ci-après : Mediwar) est une société anonyme sise à Muri dans le canton d'Argovie, dont le but consiste principalement dans le commerce d'instruments et d'équipements médicaux pour les hôpitaux, les cliniques et les revendeurs, ainsi que d'articles pour les soins médicaux et la rééducation.
4. Trois offres ont été déposées dans les délais auprès des HUG, soit Steris pour un montant de CHF 457'764.44, Mediwar pour CHF 528'909.90 et Maquet SA pour CHF 607'121.50.
5. Par courrier du 31 août 2018, l'adjudicateur a indiqué aux soumissionnaires qu'il ne serait pas en mesure de se prononcer sur le marché avant la fin de validité des offres qui était fixée au 9 septembre 2018. Il demandait un prolongement de la validité de leur offre de deux mois supplémentaires, ce que tous les soumissionnaires ont accepté.
6. Par décision du 1^{er} octobre 2018, notifiée le 10 octobre 2018, les HUG ont informé Steris que le marché était octroyé à Mediwar. L'offre de Steris était classée au deuxième rang.
7. Par acte 19 octobre 2018, Steris a interjeté recours auprès de la chambre administrative contre la décision précitée, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours, et, principalement, à l'annulation de la décision attaquée et à l'octroi du marché public en cause, ainsi qu'à une indemnité de procédure. Préalablement, le « dossier d'adjudication » devait être produit, la recourante n'ayant pas pu le consulter.

Le pouvoir adjudicateur avait violé le principe d'utilisation parcimonieuse des deniers publics. Son offre était la plus basse en termes de prix. Elle répondait à tous les autres critères d'adjudication. Ses références étaient excellentes. Elle savait par expérience qu'elle disposait de moyens plus étendus que les autres soumissionnaires. Elle bénéficiait d'une disponibilité et d'une réactivité supérieures à ses concurrents.

Le pouvoir adjudicateur avait violé le principe de transparence. Le tableau comparatif n'avait pas été produit. Les raisons liées au retard dans la prise de décision de l'adjudicateur n'avaient pas été communiquées par les HUG et prêtaient à interrogation.

Le pouvoir adjudicateur avait violé les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement. Les HUG devaient confirmer qu'aucune négociation ni échanges n'étaient intervenus avec les autres soumissionnaires pendant le délai, prolongé, de la procédure d'adjudication.

Le pouvoir adjudicateur avait violé son droit d'être entendue. En l'absence du tableau comparatif, la décision n'était pas motivée. Si l'adjudicateur avait eu le moindre doute quant aux capacités de la recourante relatives aux critères autres que

le prix, il lui était possible de requérir des explications complémentaires sur son aptitude et son offre.

8. Interpellés sur la compétence de la chambre de céans, au vu de la référence à la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois sur la décision litigieuse, les HUG ont indiqué s'en remettre à l'appréciation de la chambre administrative.
9. Le 31 octobre 2018, la chambre administrative a fait interdiction aux HUG de conclure le contrat d'exécution de l'offre jusqu'à droit jugé sur la requête en restitution de l'effet suspensif.
10. Les HUG ont conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif. Différentes pièces tirées de l'offre de la recourante et de l'adjudicataire étaient jointes ainsi que le procès-verbal d'ouverture des offres et les pièces en rapport avec le processus d'évaluation.
11. Mediwar a conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif.
12. Par réplique sur effet suspensif, Steris a persisté dans ses conclusions.

Les pièces mises à sa disposition étaient limitées et pour certaines caviardées. Il ne lui était pas possible de comprendre comment l'autorité était parvenue à son évaluation. Elle n'avait accès qu'à un « prétendu tableau récapitulatif » qui ne contenait que le total des points obtenu par les différents soumissionnaires.

Elle détaillait la qualité de son offre sur plusieurs points techniques (système d'alarme pour surcharge, temps de recharge de la batterie, maintenabilité, extensions des tables et compatibilité avec des extensions existantes) et relevait ne pas disposer d'informations suffisantes lui permettant d'examiner si l'écart de points était justifié.

S'agissant de l'effet suspensif, il n'y avait pas d'urgence. Le centre à équiper était opérationnel depuis le début du mois de septembre 2017. Rien ne laissait penser qu'il ne puisse pas continuer à opérer pendant quelques mois avec les tables dont il disposait actuellement. Par ailleurs, les HUG avaient effectué des tests en mai 2017. Ils avaient attendu janvier 2018 pour lancer l'appel d'offres. L'autorité intimée avait même sollicité une prolongation du délai pour décider de l'adjudication. Les HUG ne produisaient aucun élément prouvant l'existence d'un risque que le budget nécessaire à l'acquisition des onze tables d'opération ne soit pas renouvelé si l'acquisition ne devait pas avoir lieu en 2018. L'intérêt privé de la recourante devait primer. L'autorité intimée ne pouvait justifier d'aucun intérêt prépondérant. Si le contrat devait être signé entre les HUG et Mediwar, elle subirait un préjudice irréparable consistant dans l'impossibilité de se voir attribuer le marché objet du présent recours avec des conséquences supplémentaires sur les relations futures avec les HUG, l'appel d'offres devant permettre d'établir une base de référencement pour d'autres achats à venir.

13. Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

Considérant, en droit, que :

1. Le recours, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, est *prima facie* recevable, en application des art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), 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) et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01).
2. 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, restituer cet effet pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.

L'examen de la requête suppose une appréciation *prima facie* du bien-fondé du recours ; le but est alors de refuser l'effet suspensif au recours manifestement dépourvu de chances de succès, 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/446/2017 du 24 avril 2017 consid. 2 ; ATA/62/2017 du 23 janvier 2017 consid. 2 ; ATA/793/2015 du 5 août 2015 consid. 2 ; ATA/701/2013 du 22 octobre 2013 consid. 2 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, Marchés publics 2010, Zurich 2010, pp. 311-341, p. 317 n. 15).

La restitution 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/446/2017 précité consid. 2 ; ATA/62/2017 précité consid. 2 ; ATA/793/2015 précité consid. 2 ; ATA/60/2013 du 30 janvier 2013 consid. 5).

3. a. L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics (art. 1 al. 1 AIMP). Il poursuit plusieurs objectifs, soit assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. a AIMP), garantir l'égalité de traitement entre ceux-ci et assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 3 let. b AIMP), assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) et permettre l'utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Ces principes doivent être respectés, notamment dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, notamment let. a et b AIMP).
4. a. Le principe de la transparence garanti par les art. 1 al. 3 let. c AIMP et 24 RMP exige du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance et dans l'ordre d'importance

tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions, en spécifiant clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. Ceux-ci doivent être objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché. Le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères. Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable d'éléments d'appréciation ou de catégories, tels des sous-critères, qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié. De la même manière, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et éléments d'appréciation utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul, etc.) ne doivent pas nécessairement être portées par avance à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (ATF 130 I 241 consid. 5.1 ; ATA/695/2015 du 30 juin 2015 ; ATA/368/2015 du 21 avril 2015 ; ATA/972/2014 du 9 décembre 2014).

Ainsi, en vertu de l'art. 43 RMP, l'évaluation est faite selon les critères prédéfinis conformément à l'art. 24 RMP et énumérés dans l'avis d'appel d'offres et/ou les documents d'appel d'offres (al. 1) ; le résultat de l'évaluation des offres fait l'objet d'un tableau comparatif (al. 2) ; le marché est adjugé au soumissionnaire ayant déposé l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix ; outre le prix, les critères suivants peuvent notamment être pris en considération : la qualité, les délais, l'adéquation aux besoins, le service après-vente, l'esthétique, l'organisation, le respect de l'environnement (al. 3) ; l'adjudication de biens largement standardisés peut intervenir selon le critère du prix le plus bas (al. 4).

b. Selon l'art. 45 al. 1 RMP, l'autorité adjudicatrice rend une décision d'adjudication sommairement motivée, notifiée soit par publication sur la plateforme électronique sur les marchés publics gérée par l'association simap.ch (www.simap.ch), soit par courrier à chacun des soumissionnaires, avec mention des voies de recours.

c. Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. RS 101) comprend le droit d'obtenir une décision motivée.

En matière de marchés publics, cette obligation se manifeste par le devoir qu'a l'autorité d'indiquer au soumissionnaire évincé les raisons du rejet de son offre (Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, *Le droit des marchés publics*, 2002, p. 256). Ce principe est concrétisé par les art. 13 let. h AIMP et 45 al. 1 RMP (ATA/492/2018 du 22 mai 2018 consid. 6b). Selon la doctrine, les règles spéciales applicables en matière d'adjudication de marché prévoient que

l'autorité peut, dans un premier temps, procéder à une notification individuelle, voire par publication, accompagnée d'une motivation sommaire ; sur requête du soumissionnaire évincé, l'autorité doit lui fournir des renseignements supplémentaires relatifs notamment aux raisons principales du rejet de son offre ainsi qu'aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue. L'ensemble de ces explications de l'autorité (fournies le cas échéant en deux étapes) doit être pris en considération pour s'assurer qu'elles sont conformes, ou non, aux exigences découlant du droit d'être entendu ; de surcroît, la pratique admet assez généreusement la réparation d'une motivation insuffisante dans la procédure de recours subséquente (Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 250, n. 392).

5. a. En l'espèce, la recourante a obtenu des explications détaillées sur l'évaluation, de la part du pouvoir adjudicateur, dans le cadre de la réponse sur effet suspensif. Plusieurs pièces et le tableau comparatif ont été produits. La recourante ne soutient par ailleurs pas avoir sollicité des explications du pouvoir adjudicateur suite à la décision querellée. Son droit d'être entendue apparaît, au vu de la jurisprudence précitée spécifique aux marchés publics, de prime abord respecté.

Elle se plaint du caviardage de certains éléments. À première vue toutefois, les explications fournies par l'autorité intimée permettent de comprendre les différences de notation.

b. S'agissant du retard dans l'adjudication et d'une éventuelle violation du principe de la transparence, l'autorité intimée fournit des explications. Celui-là serait lié à l'absence de disponibilité suffisante, notamment durant l'été, de groupes de personnes par spécialité médicale, comprenant certains professeurs de médecine, qui devaient examiner les aspects techniques et fonctionnels des tables faisant l'objet des offres, notamment sous l'angle de la compatibilité de certaines des composantes des tables avec d'autres instruments utilisés par les médecins concernés.

c. La recourante critique la notation. Il ressort du tableau multicritères que la recourante a totalisé 75,2 points alors que sa concurrente en a obtenu 88,6. La recourante a obtenu moins de points que l'adjudicataire pour chacun des critères, à l'exception de celui du prix pour lequel elle a obtenu le maximum de trente points.

La soumissionnaire a obtenu 29,5 points au second critère, 30 au troisième et 6.1 au quatrième alors que la recourante n'obtenait, respectivement, que 19 points 21,4 et 4,8.

L'autorité intimée a détaillé dans son écriture plusieurs sous-critères ayant fait la différence. Ainsi, pour le critère technique, la recourante a, notamment, perdu cinq points au critère 2 au motif de l'absence d'alarme de surcharge. Elle ne conteste pas dans sa réplique que ses tables ne possèdent pas une telle alarme. Elle détaille les avantages de son matériel qui lui permettraient de ne pas avoir besoin d'une telle alarme. De même, elle conteste sa notation sur le temps de recharge de batterie,

relevant qu'elle ignore quels tests ont été effectués, en fonction de quelles normes ou encore si l'état de décharge de la batterie et la capacité du chargeur ont été pris en compte. Or, le questionnaire technique et l'annexe T1 détaillaient les sous-critères, composant le critère de la qualité technique.

La recourante n'a obtenu que le troisième score pour le critère fonctionnel, suite à l'évaluation des praticiens.

Les critiques émises par la recourante consistent, prima facie, principalement à substituer, sur chacun des sous-critères décrits, sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, ce qui ne peut être admis. On ne voit pas à première vue en quoi les éléments d'appréciation dans les trois critères litigieux n'auraient pas fait l'objet d'une pondération correcte par le pouvoir adjudicateur.

L'intérêt public au changement des tables d'opération allégué par le pouvoir adjudicateur est important pour des motifs de santé publique. Il prime l'intérêt privé de la recourante à la conclusion du contrat.

En l'état, les chances de succès du recours n'apparaissent pas suffisantes pour que la restitution de l'effet suspensif, exception en matière de marchés publics, puisse être accordée. La requête sera rejetée.

6. Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer l'effet suspensif au recours ;

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), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

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

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

s'il soulève une question juridique de principe ;

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

communiquée la présente décision à Me Luca Beffa, avocat de la recourante, à Me Adrien Alberini, avocat des Hôpitaux universitaires de Genève, ainsi qu'à Me Christian T. Suffert, avocat de Mediwar AG.

La vice-présidente :

F. Krauskopf

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :