

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2077/2024-MARPU

ATA/859/2024

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 23 juillet 2024

dans la cause

A_____ SA

représentée par Me Bertrand REICH, avocat

recourante

contre

HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE

représentés par Me Adrien ALBERINI, avocat

intimés

EN FAIT

- A. a. Le 12 juin 2024, les Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) ont publié sur la plateforme simap.ch un appel d'offres en procédure ouverte portant sur des prestations de transport secondaire (soit entre deux établissements de soins) de patients couchés pris en charge financièrement par les HUG.

Le délai de clôture pour le dépôt des offres était fixé au 31 juillet 2024 à 15h00. Les offres seraient ouvertes le 5 août 2024. La date de début de contrat était fixée au 1^{er} novembre 2024.

La description du marché énumérait les exigences en matière d'exclusivité, de règles d'engagement, de prestations attendues, de véhicules et équipements, de tenues vestimentaires et d'identification.

Le marché était divisé en trois lots : (1) mise à disposition d'un service d'ambulance de transfert du lundi au vendredi de 07h00 à 19h00 et de 12h30 à 22h00 à proximité du site Cluse-Roseraie ; (2) mise à disposition d'un service d'ambulance de transfert du lundi au dimanche, y compris la nuit et les jours fériés, de 07h30 à 18h30 à proximité du site Belle-Idée/Trois-Chênes et de 19h00 à 07h00 au départ du service d'ambulance ; (3) mise à disposition d'un service d'ambulance de transfert la semaine sauf jours fériés du lundi au vendredi de 08h00 à 19h00 à proximité du site Cluse-Roseraie et de 10h00 à 21h00 à proximité du site de Belle-Idée/Trois-Chênes et le week-end et les jours fériés de 09h00 à 20h00 à proximité du site de Belle-Idée/Trois-Chênes.

Les variantes d'offres n'étaient pas admises.

Le soumissionnaire devait présenter des prestations complémentaires, appelées « options obligatoires », expressément demandées dans le récapitulatif des prix (annexe R1). Celles-ci seraient évaluées dans le cadre du marché. L'adjudicateur se réservait le droit de ne pas les commander ou de le faire ultérieurement.

Le soumissionnaire pourrait proposer des prestations complémentaires non expressément demandées, appelées « options libres », au cahier des charges technique s'il les jugeait utiles à satisfaire l'attente de l'adjudicateur. Ces options ne seraient évaluées qu'à titre « d'évolutivité potentielle » dans le cadre du marché.

Une séance d'information obligatoire était organisée le 1^{er} juillet 2024 dans les locaux du service d'appels d'urgence 144 dans les bâtiments des HUG. L'absence à cette séance était éliminatoire. Des questions pourraient être posées par écrit jusqu'au 12 juillet 2024.

Les critères d'adjudication comprenaient le prix (40%), l'organisation pour l'exécution du marché (30%), la qualité technique de l'offre (20%) et l'organisation du soumissionnaire (10%).

L'annexe R1 était constituée d'un tableau permettant d'indiquer le prix forfaitaire mensuel pour chacun des trois lots et, pour les options obligatoires, le montant forfaitaire par mission.

Les options obligatoires étaient divisées en :

« 4. Transfert supplémentaire hors lots en ambulance transfert (AMB-T). Montant forfaitaire par mission pour un transfert non urgent (S3) organisée par les HUG (y compris transport à la charge du patient). Volume d'activité globale estimé : 1200 par année » ;

« 4bis. Transfert extra-cantonal supplémentaire hors lots en ambulance transfert (AMB-T). Forfait de prise en charge et tarif kilométrique pour les destinations extra-cantoniales, pour un transfert non urgent (S3) organisé par les HUG (y compris transfert à la charge du patient). Volume d'activité globale estimé : 100 interventions par année » ;

« 5. Intervention en ambulance intermédiaire (AMB-I). Montant forfaitaire pour les interventions de type S2 organisées par les HUG (y compris transport à la charge du patient). Ainsi que transports de type P3 à la charge des HUG. Volume d'activité globale estimé : 1500 interventions par année » ;

« 5bis. Transfert extra-cantonal en ambulance intermédiaire (AMB-I). Forfait de prise en charge et tarif kilométrique pour les destinations extra-cantoniales, pour un transfert de type S2 organisé par les HUG (y compris transport à la charge du patient). Volume d'activité globale estimé : 40 interventions par année » ;

« 5ter. Interventions en ambulance intermédiaire (AMB-I) pour les interventions néonatalogiques. Montant forfaitaire pour les interventions néonatalogiques (transport d'isolette et de l'équipe néonate), de tout type, organisées par les HUG. Volume d'activité globale estimé : 50 interventions par année » ;

« 6. Interventions en ambulance d'urgence (AMB-U). Montant forfaitaire pour les interventions de type S1 ou S1M organisées par les HUG (y compris transport à la charge du patient). Volume d'activité globale estimé : 800 interventions par année » ;

« 6bis. Transfert extra-cantonal en ambulance d'urgence (AMB-U). Forfait de prise en charge et tarif kilométrique pour les destinations extra-cantoniales, pour un transfert de type S1 ou S1M organisé par les HUG (y compris transport à la charge du patient). Volume d'activité globale estimé : 5-10 interventions par année ».

Les volumes d'activité étaient donnés à titre indicatif et représentaient l'activité globale cantonale, sur la base des chiffres 2023.

B. a. Par acte remis au greffe le 21 juin 2024, A_____ SA (ci-après : A_____) a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la

chambre administrative) contre l'appel d'offres, conduisant à son annulation. À titre provisionnel, l'effet suspensif devait être accordé au recours, il devait être fait interdiction aux HUG de mettre en œuvre la procédure, il devait être dit que la visite prévue le 1^{er} juillet était reportée *sine die* et il devait être fait interdiction aux HUG d'adjuger le marché.

A_____ était une entreprise d'ambulances transportant les malades et les blessés inscrite au registre du commerce depuis le 30 mars 2004 et active dans le canton depuis lors. Elle pratiquait les transports primaire et secondaire. Elle disposait de quatre bases propres, à Vernier (Châtelaine), Lancy (route de Chancy 26), en ville de Genève (rue Liotard) et à Meyrin (hôpital de la Tour) et pouvait disposer d'une base sur la rive gauche. Elle avait la capacité juridique et opérationnelle et la volonté de fournir les prestations de l'appel d'offres.

Le marché portait sur les prestations prises en charge financièrement par les HUG et celles non prises en charge par les HUG mais organisées par eux pour les patients présents sur un de leurs sites. Ces dernières prestations seraient prises en charge par les patients, les assurances ou un organisme tiers. Elles ne pouvaient faire l'objet d'un marché public. Le périmètre du marché n'était pas conforme au droit en vigueur.

Les transports de patients couchés avaient régulièrement lieu entre l'Hôpital de la Tour et les HUG, par exemple pour transporter un patient aux soins intensifs. Il était attendu des soumissionnaires un engagement à proximité du lieu en fonction défini dans le lot. La rive droite était « abandonnée » comme lieu d'entrée en service, et on ignorait ce qu'il adviendrait d'une personne hospitalisée à Loëx ou à l'Hôpital de la Tour. Les prises de service se faisaient dans les bases des prestataires et le temps de déplacement vers le lieu d'entrée en fonction ne devait pas dépasser 10 minutes. La proximité ne constituait pourtant pas un critère d'adjudication. On pouvait se demander s'il ne s'agissait pas d'interdire l'accès au marché à des entreprises dont les bases étaient situées à plus de 10 minutes du lieu d'entrée en fonction.

On pouvait s'interroger sur le caractère obligatoire de la visite du 1^{er} juillet 2024 et la sanction de l'exclusion en cas d'absence, dès lors que les informations communiquées feraient l'objet d'un procès-verbal.

b. Le 27 juin 2024, les HUG ont conclu au rejet de la demande de mesures provisionnelles.

L'inclusion des options obligatoires dans l'appel d'offres visait à obtenir des soumissionnaires qu'ils indiquent un montant forfaitaire par mission ou un forfait et tarif kilométrique. Ceux-ci devaient être mis en relation avec le volume global estimé. Ils n'étaient pas uniformes dans le canton. Connaître les offres pour ces transports était indispensable aux HUG pour pouvoir organiser le transport des patients et remplir leur devoir d'information à leur égard. À défaut, les HUG

devraient demander pour chaque transport un devis à chaque prestataire, ce qui serait impraticable et ne pouvait être exigé d'eux.

Le tarif des transports secondaires urgents (S1) n'était pas réglementé à Genève, de sorte que les HUG devaient le déterminer par l'appel d'offres, à tout le moins jusqu'à l'adoption d'un tarif réglementé. Lorsque les transports secondaires non urgents (S2 et S3) étaient à la charge des HUG, ils faisaient partie de l'appel d'offres – c'était là tout l'objet de celui-ci. Lorsque ces prestations étaient à la charge des patients ou de leur assurance, elles ne faisaient pas partie de l'appel d'offres, et les HUG n'avaient aucun intérêt à les réglementer. La formulation « options obligatoires » n'était pas optimale, et il aurait fallu préférer « informations obligatoires » en lien avec les éléments extérieurs à l'appel d'offres. Cela étant, un soumissionnaire actif dans le secteur pouvait sans difficulté comprendre les sens de la formulation et la formulation choisie ne justifiait pas l'annulation du marché.

Il n'avait jamais été question d'inclure ces prestations dans les trois lots mis en concurrence et d'évaluer ces tarifs dans le cadre de la procédure d'adjudication. Tout au plus, par ce biais, les HUG entreprenaient les démarches administratives pour respecter leur devoir d'information.

La recourante était en relation contractuelle avec les HUG depuis des années et ne pouvait ignorer comment était réglé le transport inter hospitalier de patients couchés. Elle pouvait en outre poser toute question utile jusqu'au 12 juillet 2024.

Les transports objet de l'appel d'offres n'entraient pas dans le champ de la loi sur les transports sanitaires urgents et l'aide sanitaire associée du 29 octobre 1999 (LTSU - K 1 21), si bien que les HUG n'étaient pas tenus de prendre en considération le critère de la proximité, et c'était à dessein que celui-ci ne figurait pas dans l'appel d'offres. La recourante n'indiquait pas de base légale à l'appui de son grief.

Les lots étaient organisés en fonction de la localisation des établissements sanitaires où le besoin en ambulances conventionnées était jugé le plus important. Les sites de Cluse-Roseraie, Belle-Idée et Trois-Chêne avaient le volume d'activité le plus important. Le secteur proche de Belle-Idée était excentré et la localisation d'ambulances conventionnées dans ce secteur était bénéfique tant pour les HUG que pour les soumissionnaires et les patients. L'hôpital de Loëx disposait d'un volume beaucoup moins important (3.5% des transferts intensifs réalisés), raison pour laquelle le secteur n'avait pas été privilégié. L'Hôpital de la Tour organisait lui-même les transports de ses patients.

La condition du temps de déplacement entre la base et le lieu de prise de service s'appliquait à tous les soumissionnaires. Les HUG n'excluaient pas la participation de soumissionnaires dont les bases de service seraient plus éloignées 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.

La visite du site d'implantation était obligatoire. Cinq entreprises à Genève avaient conclu une convention de collaboration avec la centrale d'appels sanitaires d'urgence (ci-après : CASU) et disposaient de l'autorisation pour effectuer des transports urgents. Quatre de ces cinq entreprises collaboraient déjà avec les HUG. La tenue obligatoire de la réunion visait entre autres à ne pas défavoriser le cinquième acteur.

La procédure de marché public intervenait dans un contexte urgent de santé publique. Le contrat initial avait déjà été prolongé, l'offre aux patients devait être maintenue et le nouveau contrat conclu sans attendre.

c. Le 1^{er} juillet 2024, A_____ a persisté dans ses conclusions sur mesures provisionnelles.

Les HUG n'avaient pas anticipé un recours et étaient malvenus de se plaindre de l'écoulement du temps.

Les documents d'appel d'offres indiquaient que les prestations demandées dans l'annexe R1 seraient évaluées dans le cadre du marché.

La centrale des urgences dépendait encore des HUG et étendait progressivement son emprise sur l'organisation des transports sanitaires, ce dont les HUG tiraient argument pour prétendre qu'ils avaient l'obligation d'assurer les transports non urgents et pouvoir fournir toute information utile sur leurs coûts. Le 144 pourrait être confié à des tiers et il y avait de la part des HUG une forme d'abus.

Les HUG auraient pu se contenter d'exiger de l'adjudicataire qu'il communique ses tarifs au plus tard à la conclusion du contrat.

d. Le 3 juillet 2024, la présidence de la chambre administrative a rejeté la demande de mesures provisionnelles.

Les HUG avaient admis qu'une formulation plus précise des « options obligatoires » aurait été préférable. Le risque de confusion n'apparaissait toutefois pas si grand. La participation à la visite obligatoire devait permettre à la recourante d'obtenir des éclaircissements et ne portait pas atteinte à son droit de demander l'annulation du marché ou ultérieurement de l'adjudication.

e. Le 10 juillet 2024, les HUG ont conclu au rejet du recours.

La visite avait eu lieu le 1^{er} juillet 2024. La recourante y avait participé. Aucune question relative au périmètre de l'appel d'offres n'avait été traitée lors de la séance. Seule une question pratique, portant sur une demande S3 s'avérant urgente, avait été posée. Le procès-verbal de la séance avait été posté sur le site simap.ch le 10 juillet 2024, de même qu'une présentation des HUG.

Parmi les questions pouvant être posées, les soumissionnaires avaient notamment demandé, à propos du périmètre de l'appel d'offres, si un soumissionnaire qui ne serait pas retenu pour l'appel d'offres pourrait tout de même se présenter aux interventions sites « options obligatoires », si les prix indiqués pour les « options

obligatoires » étaient également pris en compte dans les 40% de l'évaluation, s'il était possible de connaître la clé de répartition entre l'offre de base et les options obligatoires et si les entreprises n'ayant pas remporté l'appel d'offres ne seraient plus engagées pour les interventions comprises dans les « options obligatoires ».

Les HUG avaient précisé que pour les interventions S1 et S1M nécessitant l'usage de signaux prioritaires et étant engagées selon le principe de proximité prévu par la LTSU, ce serait l'ambulance la plus proche du lieu de l'événement qui serait engagée, indépendamment de l'adjudication. Pour les interventions à charge des HUG de type S2, les HUG se réservaient de choisir le service proposant le tarif le plus avantageux. Les HUG prévoyaient ensuite de proposer une convention tarifaire pour les services n'étant pas retenus pour l'appel d'offre. Pour les interventions à charge des patients, les HUG demandaient à être informés des tarifs appliqués par tous les soumissionnaires de manière à pouvoir les transmettre à leurs patients.

Les tarifs mentionnés dans les « options obligatoires » seraient pris en compte dans le calcul du critère « prix » d'adjudication au *prorata* (1/3 par lot) du nombre annoncé pour chacune des options décrites dans le tableau Annexe R1. Les tarifs au kilomètre seraient évalués sur la base d'une distance moyenne de 120 km aller-retour. Pour les informations qui concernaient des interventions à la charge des patients, les tarifs devaient être considérés comme des informations obligatoires qui ne seraient pas évaluées dans le calcul du critère « prix ».

Les soumissionnaires avaient par ailleurs demandé si les équipes devaient être sur place au plus tard 10 minutes après l'heure de service mentionnée sur le contrat. Les HUG avaient répondu par l'affirmative, précisant qu'ils attendraient d'une base distante de plus de 10 minutes que le véhicule anticipe son déplacement pour être sur le lieu déterminé au plus tard 10 minutes après l'horaire de prise de service.

Toutes les réponses avaient été publiées sur le site simap.ch.

La LTSU et le règlement d'application de la LTSU du 10 mars 2021 (RTSU - K 1 21.01) prévoyaient que les HUG disposaient d'un rôle organisationnel pour les prestations de transport urgentes primaires ou secondaires. La fonction occupée par les HUG avait un impact sur la tarification, la loi prévoyant un tarif unique et forfaitaire négocié entre les partenaires et les assureurs et approuvé par le Conseil d'État, et à défaut d'accord fixé par celui-ci. Cette tarification réglementée était fondée sur l'art. 46 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal - RS 832.10).

Les tarifs des prestations de transports urgents étaient ainsi soustraits au régime de la concurrence.

Il était admis que les prestations de transport primaire urgentes faisaient l'objet de l'arrêté du Conseil d'État et n'étaient pas comprises dans l'appel d'offres.

La soumission des prestations de transport secondaires urgentes (S1) à un tarif réglementé était discutée. En l'état, un tel tarif n'existait pas à Genève, raison pour laquelle cette prestation était englobée dans l'appel d'offres.

Il était admis que les prestations de transports primaires non urgentes n'étaient pas comprises dans l'appel d'offres.

Les prestations de transport secondaire non urgentes étaient soumises à un régime de concurrence. Les prestations S2 étaient prises en charge par les HUG. Les prestations S3 étaient presque exclusivement prises en charge par les patients ou leurs assureurs et seulement dans des cas très rares par les HUG.

Les prestations non-urgentes S3 qui n'étaient pas à la charge des HUG ne faisaient pas partie de l'appel d'offres et n'étaient pas évaluées, mais les HUG devaient en indiquer le tarif à leurs patients.

f. Le 17 juillet 2024, la recourante a persisté dans ses conclusions au fond.

Au fil de ses écritures et sous couvert de précisions, les HUG tentaient de modifier les conditions de l'appel d'offres en ce qui concernait les types de transports objet du marché, et violaient le droit des marchés publics.

La précision sur le temps de latence de 10 minutes était par contre admissible.

Elle donnait acte aux HUG que les prestations de type S3 à charge des patients ne faisaient pas partie de l'appel d'offres. *A contrario*, les prestations de type S1 et S2 non rémunérées par les HUG faisaient bien partie de l'appel d'offres, alors qu'elles ne pouvaient pas être incluses dans un marché de droit public.

Si, dans les interventions de type S1 ou S1M l'ambulance la plus proche serait toujours engagée, on pouvait se demander quel sens avait une adjudication. Un marché ne pouvait en effet porter sur des prestations qui seraient confiées indépendamment de l'adjudication.

Le choix du critère du prix le plus bas constituait une violation du droit des marchés publics.

En évaluant les « options obligatoires », les HUG feraient de celles-ci des critères pour l'adjudication du marché, de surcroît sous le seul angle du prix.

g. Le 17 juillet 2024, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

h. Il sera revenu en tant que de besoin dans la partie en droit sur les arguments et les pièces produits par les parties.

EN DROIT

1. Le recours a été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 15 al. 1 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. c et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01).

1.1 La qualité pour recourir en matière de marchés publics se définit en fonction des critères de l'art. 60 al. 1 let. a et b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), applicable sur renvoi de l'art. 3 al. 4 L-AIMP. Elle appartient aux parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée, chacune de celles-ci devant néanmoins être touchées directement par la décision et avoir un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Tel est le cas de celle à laquelle la décision attaquée apporte des inconvénients qui pourraient être évités grâce au succès du recours, qu'il s'agisse d'intérêts juridiques ou de simples intérêts de fait (ATA/448/2020 du 7 mai 2020 consid. 3a et les références citées).

1.2 Un soumissionnaire potentiel n'a qualité pour recourir que s'il aurait été en mesure de fournir une offre en rapport avec l'objet du marché. Il appartient donc à l'autorité judiciaire d'examiner, pour déterminer sa qualité pour recourir, si la restriction posée à l'objet du marché l'empêchant de soumissionner est ou non admissible (ATF 137 II 313 consid. 3.3, 3.4 et 3.5 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_841/2016 précité consid. 4.2). La spécification licite de l'objet du marché devient un point dit doublement pertinent : elle doit être examinée dans le cadre du jugement au fond du litige, mais en même temps elle est importante à titre préjudiciel, pour déterminer qui possède vraiment la qualité pour recourir en fonction du produit ou du service qu'il offre (ATA/1814/2019 précité consid. 2 et les références citées).

1.3 En l'espèce, la recourante a pour but l'exploitation d'une entreprise d'ambulances permettant le transport de malades et de blessés. Elle est active depuis 20 ans. Elle est déjà prestataire des HUG. Elle a déclaré vouloir participer au marché en cause et exposé que la formulation de l'appel d'offres lui porterait préjudice en sa qualité de soumissionnaire. La qualité pour agir doit lui être reconnue.

Le recours est recevable.

2. La recourante soutient que l'appel d'offres est contraire au droit de la concurrence.

2.1 L'AIMP a pour objectif l'ouverture des marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales. (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 dans la phase de passation des marchés (art. 11 AIMP, notamment let. a, b et d AIMP).

2.2 Le RMP régit la passation des marchés publics en application de l'AIMP (art. 1).

2.2.1 Au sens du RMP, un marché public a pour objet un contrat entre une autorité adjudicatrice désignée et une entreprise privée ou une personne indépendante, qui

visé l'acquisition d'un ouvrage, d'une prestation ou d'un bien mobilier, moyennant le paiement d'un prix (art. 2 let. a).

2.2.2 Les principes énoncés à l'art. 1 AIMP sont concrétisés aux art. 16 ss RMP. Ainsi, toute discrimination des candidats ou des soumissionnaires est interdite, en particulier par la fixation de délais ou de spécifications techniques non conformes à l'art. 28 RMP, par l'imposition abusive de produits à utiliser ou le choix de critères étrangers à la soumission (art. 16 al. 1 RMP). Le principe de l'égalité de traitement doit être garanti à tous les candidats et soumissionnaires et dans toutes les phases de la procédure (art. 16 al. 2 RMP). La libre concurrence doit être garantie pour l'obtention des fournitures et des prestations de construction et de services (art. 17 al. 1 RMP).

2.2.3 L'avis d'appel d'offres est publié sur la plateforme électronique sur les marchés publics gérée par l'association simap.ch (www.simap.ch) pour les procédures ouvertes et sélectives (art. 25 al. 1 RMP).

2.2.4 Selon l'art. 26 RMP, l'appel d'offres indique, notamment : (a) le nom de l'autorité adjudicatrice ; (b) le type de procédure ; (c) l'objet et l'importance du marché ; (d) la date, le délai probable d'exécution ou la durée éventuelle du marché ; (e) les conditions de participation ; (f) les critères d'aptitude et/ou les critères d'adjudication énoncés par ordre d'importance ; (g) la langue de l'offre ; (h) l'adresse pour l'obtention des documents et renseignements supplémentaires ; (i) le lieu et l'échéance du délai pour la remise de l'offre ; (j) le cas échéant, le montant de l'émolument ; (k) si le marché est soumis aux traités internationaux.

2.2.5 Selon l'art. 27 RMP, les documents mis à disposition des candidats doivent contenir tous les renseignements nécessaires à l'établissement de l'offre, notamment : (a) l'objet et l'importance du marché avec un descriptif détaillé des prestations attendues et/ou des spécifications techniques (cahier des charges) ; (b) la durée de validité de l'offre ; (c) les conditions particulières relatives aux variantes, aux offres partielles, au partage du marché, aux offres communes et à la sous-traitance ; (d) le service où les renseignements supplémentaires peuvent être demandés ; (e) la liste des pièces et documents à joindre à l'offre ; (f) les critères d'aptitude et/ou les critères d'adjudication, avec leur pondération ; (g) le lieu et l'échéance du délai pour la remise de l'offre ; (h) la langue dans laquelle l'offre doit être rendue ; (i) le caractère public ou non de l'ouverture des offres ; (j) le cas échéant, le lieu, la date et l'heure de l'ouverture des offres ; (k) le nom des membres du comité d'évaluation, ainsi que des éventuels experts ; (l) les principales clauses contractuelles qui feront foi en cas d'adjudication.

2.2.6 L'autorité adjudicatrice définit, de manière formelle et transparente, les limites du marché qu'elle entend adjuger en utilisant des critères ou indices tels que le périmètre, la durée, la portée transversale de l'adjudication ou les motifs organisationnels qui justifient son choix (art. 7A al. 1 RMP).

2.2.7 L'autorité adjudicatrice choisit des critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché ; elle doit les énoncer clairement et par ordre d'importance au moment de l'appel d'offres (art. 24 RMP).

2.2.8 L'art. 29 RMP prévoit que l'autorité adjudicatrice répond dans les plus brefs délais aux questions ayant trait aux documents d'appel d'offres (al. 1). Les renseignements importants pour l'élaboration des offres, transmis à un soumissionnaire, sont simultanément communiqués aux autres soumissionnaires (al. 2). Les soumissionnaires ont l'obligation d'informer immédiatement l'autorité adjudicatrice de toute erreur manifeste dans les documents d'appel d'offres (al. 3).

2.3 La LTSU a pour but d'assurer la qualité, la rapidité et l'efficacité des secours apportés aux personnes malades et aux personnes blessées dont la vie ou l'intégrité corporelle sont en danger ainsi qu'aux parturientes (art. 1 al. 1).

Elle définit l'organisation des transports sanitaires urgents et de l'aide sanitaire associée du canton (art. 1 al. 2 let. a). À cet effet, elle définit qui sont les partenaires des transports sanitaires urgents et de l'aide sanitaire associée (art. 1 al. 3 let. a), elle crée une centrale téléphonique centralisant et coordonnant les appels relatifs aux transport sanitaires urgents et à l'aide sanitaire associée (art. 1 al. 3 let. b), elle établit les principes permettant à la centrale de coordonner et de répartir l'intervention des différents moyens des transport sanitaires urgents et de l'aide sanitaire associée (art. 1 al. 3 let. c), elle définit les obligations incombant aux services publics et aux entreprises privées (art. 1 al. 3 let d) et définit les instances chargées de l'application de la loi et de ses dispositions d'exécution (art. 1 al. 3 let. e).

Est considérée comme transport sanitaire urgent ou aide sanitaire associée toute intervention des transports sanitaires urgents ou de l'aide sanitaire associée, coordonnée par la CASU (art. 2 al. 1), soit toute course devant être effectuée le plus rapidement possible par un moyen de transport terrestre ou aérien équipé spécialement pour acheminer des malades, des blessés, dont la vie ou l'intégrité corporelle sont en danger qu'elle qu'en soit la raison, ainsi que des parturientes (art. 2 al. 2).

Les professionnels des transports doivent être au bénéfice d'une autorisation d'exploiter ou de pratiquer (art. 4 al. 1). Les services publics et les entreprises privées effectuant les transports sanitaires urgents et l'aide sanitaire associée doivent notamment avoir conclu une convention de collaboration avec le CASU (art. 4 al. 2 let. a).

Selon l'art. 6 al. 4, la CASU est seule compétente pour réguler 24 heures sur 24 et sept jours sur sept, y compris les jours fériés, les appels relatifs aux transports sanitaires urgents et à l'aide sanitaire associée (let. a) et coordonner et répartir l'intervention des divers moyens des transports sanitaires urgents et de l'aide sanitaire associée, publics ou privés (let. b).

L'art. 11 al. 1 prévoit qu'un tarif unique et forfaitaire, négocié entre les partenaires des transports sanitaires urgents et de l'aide sanitaire associée et les assureurs, est soumis à l'approbation du Conseil d'État. À défaut d'un accord entre les partenaires, il est fixé par le Conseil d'État.

2.4 Les critères d'adjudication (ou d'attribution) se rapportent directement à la prestation elle-même et indiquent au soumissionnaire comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée et choisie. Ils doivent être distingués des critères d'aptitude (ou de qualification) qui visent à évaluer les capacités financières, économiques, techniques et organisationnelles des candidats ; bien qu'ils concernent la personne même du soumissionnaire, les critères d'aptitude doivent toutefois également être directement et concrètement en rapport avec la prestation à accomplir, en ce sens qu'ils doivent porter sur des qualifications nécessaires pour mener à bien cette prestation (ATF 129 I 313 consid. 8.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_91/2013 du 23 juillet 2013 consid. 2.2.1). La non-réalisation d'un critère d'adjudication n'est pas éliminatoire, mais peut être compensée par la pondération avec d'autres critères d'adjudication (ATF 140 I 285 consid. 5 ; 139 II 489 consid. 2.2.1 et 2.2.4 ; ATA/1685/2019 du 19 novembre 2019 consid. 6).

2.5 La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6), de sorte que l'appréciation de la chambre administrative ne peut se substituer à celle de ce dernier, seul l'abus ou l'excès de pouvoir d'appréciation devant être sanctionné (ATF 141 II 353 consid. 3 ; 130 I 241 consid. 6.1). En outre, pour que le recours soit fondé, il faut encore que le résultat, considéré dans son ensemble, constitue un usage abusif ou excessif du pouvoir d'appréciation (ATA/211/2020 du 25 février 2020 consid. 5b).

- 3.** En l'espèce, la recourante se plaint que des prestations non payées par les HUG entreraient dans le périmètre du marché.

La publication sur le site simap.ch n'indique que les trois lots. L'appel d'offres indique pareillement les trois lots et distingue les « options obligatoires » et « libres ». L'annexe R1 distingue de la même manière les trois lots des « options obligatoires ».

Les « options obligatoires » 4 et 4bis portent sur des transferts supplémentaires « hors lots » non urgents S3 en ambulance transfert (AMB-T) organisés par les HUG, y compris les transports à la charge des patients.

Les cinq autres « options obligatoires » ne sont pas indiquées « hors lots ».

Les trois premières portent sur des transports en ambulance intermédiaire (AMB-I). Deux sont de type S2 organisé par les HUG, y compris à la charge du patient. La troisième concerne la néonatalogie, sans mention de la prise en charge par les patients.

Les deux dernières portent sur des transports en ambulance d'urgence (AMB-U) de type S1 ou S1M intra et extra cantonaux organisés par les HUG, y compris à la charge du patient.

Ainsi que le relève la recourante, selon l'appel d'offres, les prestations offertes au chapitre des « options obligatoires » seront évaluées dans le cadre du marché (§ 3.4.2.1 p. 8-9). On pourrait comprendre de cette formulation que les prestations assumées par les patients ou leurs assurances ou des tiers seraient comprises dans le marché.

Toutefois, les intimés ont indiqué dans leur réponse à la demande de mesures provisionnelles qu'il n'avait jamais été question d'inclure les prestations de transport qu'ils ne paient pas dans les trois lots en concurrence (§ 24 p. 8). Dans leur réponse au fond, ils ont précisé que les prestations de transport secondaire non urgentes S2 étaient payées par les HUG et faisaient partie de l'appel d'offres, tandis que les prestations de transport secondaires non urgentes S3 étaient à la charge des patients ou de leurs assurances et ne faisaient pas partie de l'appel d'offres, ce qui se comprenait d'ailleurs de l'annexe R1, qui qualifiait les prestations 4 et 4bis de « hors lot » (p. 9).

Enfin, dans les réponses aux questions posées par les concurrents, les intimés ont expliqué entre autres que « a. dans les options obligatoires, les tarifs proposés qui concernent des interventions qui sont à la charge des HUG seront pris en compte dans le calcul du critère 'prix' d'adjudication au prorata (1/3 par lot) du nombre annoncé pour chacune des options décrites dans le tableau 'Annexe R1 - Récapitulatif des prix' Les tarifs au kilomètre parcouru seront évalués sur la base d'une distance moyenne de 120 km aller-retour. Pour les options qui concernent des interventions qui sont à la charge du patient, les tarifs doivent être considérés comme des informations obligatoires qui ne seront pas évaluées dans le calcul du critère 'Prix'. b. Les interventions S1 et SIM nécessitent l'usage des signaux prioritaires et sont donc engagées selon le principe de proximité (LTSU). C'est donc toujours l'ambulance la plus proche du lieu de l'événement qui est engagée, indépendamment de l'adjudication. Pour les interventions à la charge des HUG de type S2, les HUG se réservent le droit de choisir le service proposant le tarif le plus avantageux. Les HUG prévoient ensuite de proposer une convention tarifaire pour les services n'étant pas retenus pour l'appel d'offres. Pour les interventions à charge du patient, les HUG demandent à être informés des tarifs pratiqués par tous les soumissionnaires, de manière à pouvoir les transmettre à leurs patients » (p. 5). « L'offre de base concerne les ambulances conventionnées pour les lots 1, 2 et 3, y compris pour les transferts extra-cantonaux. Les options obligatoires concernent des ambulances hors lots qui seraient engagées en sus » (p. 6).

Il ressort des éléments qui précèdent que les HUG ont suffisamment clarifié la portée de l'appel d'offres pour dissiper toute ambiguïté, de sorte que les concurrents devaient comprendre au plus tard lors des questions et des réponses – et la recourante au plus tard lors des premières observations de l'intimée, sur mesures provisionnelles – que les prix indiqués pour les transports non pris en charge par les HUG n'entraient ni dans le marché ni dans l'évaluation des offres mais étaient demandés à titre indicatif aux seules fins d'informer les patients.

Le grief de la recourante relatif à l'inclusion dans un marché de prestations payées par d'autres que le pouvoir adjudicateur perd ainsi son objet et sera écarté, sans qu'il soit nécessaire de déterminer si une prestation financée par un tiers peut être incluse dans un marché public par l'autorité chargée de l'organiser ou de la planifier, voire même de se la procurer.

Le grief soulevé par la recourante dans sa réplique au fond, selon lequel l'objet de l'appel d'offre aurait été modifié, devra pareillement être écarté. Les intimés se sont contentés de clarifier les indications de l'appel d'offres. Leurs clarifications n'ont pas modifié sa portée telle qu'elle pouvait être comprise originellement.

La recourante ne se plaint plus dans sa réplique de la violation du principe de proximité et d'une restriction induite à la liberté économique. Elle fait par contre valoir deux nouveaux griefs.

L'adjudication n'aurait selon elle aucune portée si les intimés attribuaient les courses urgentes selon la proximité, soit indépendamment de l'adjudication.

Il est vrai que le principe de proximité pour les interventions urgentes posé par la LTSU et le RTSU (art. 7 al. 1 let. b LTSU et 4 let. b et c RTSU) paraît s'appliquer également aux transports secondaires non réglés par un tarif. Cela ne devrait toutefois pas empêcher l'autorité de demander aux concurrents de fixer le prix de leurs interventions dans les « options obligatoires » afin d'en tenir compte pour l'évaluation des offres et de les appliquer pour chaque prestation complémentaire demandée, dès lors que ces prestations sont en toute hypothèse à sa charge.

Si les critères d'évaluation ne sont pas critiqués par la recourante, elle estime que le fait de tenir compte des prestations des « options obligatoires » à charge des HUG sous le seul angle du prix constituerait une « évaluation à deux vitesses » non annoncée clairement dans les documents d'appel d'offres.

Cette critique tombe à faux. Les intimés ont expliqué la pondération qu'ils appliqueraient, de sorte que les concurrents connaissent le poids du critère des prix (payés par les HUG) indiqués dans les « options obligatoires » de l'annexe R1 et que les principes de transparence et d'égalité de traitement sont respectés.

Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.

4. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.-, tenant compte de la décision sur mesures provisionnelles, sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne sera allouée aux intimés, qui disposent vu leur taille des moyens juridiques d'assurer seuls leur défense (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 21 juin 2024 par A_____ SA contre l'appel d'offres de Hôpitaux universitaires de Genève du 12 juin 2024 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de A_____ SA un émolument de CHF 1'500.- ;

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 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 de la recourante, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Bertrand REICH, avocat de la recourante, à Me Adrien ALBERINI, avocat des Hôpitaux universitaires de Genève, ainsi qu'à la Commission de la concurrence.

Siégeant : Claudio MASCOTTO, président, Florence KRAUSKOPF, Francine PAYOT ZEN-RUFFINEN, Philippe KNUPFER, Michèle PERNET, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

le président siégeant :

S. HÜSLER ENZ

C. MASCOTTO

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :