

# BGE 151 II 81

Bundesgericht (BGE), 2024-07-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_151 II 81](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_151_II_81)

FR: ATF 151 II 81

IT: DTF 151 II 81

## Regeste

Regeste Art. 10 Abs. 2 lit. b, c und d IVöB 2019; Art. 10 Abs. 3 lit. b, c und d BöB; Begriff der "in-house"-, "quasi-in-house"- und "in-state"-Vergabe. Streitgegenstand (E. 3). Relevanter rechtlicher Rahmen und Begriffe der dem Geltungsbereich des Vergaberechts entzogenen "in-house"-, "quasi-in-house"- und "in-state"-Geschäfte (E. 4). Standpunkte der Parteien (E. 5). Voraussetzungen eines "quasi-in-house"-Auftrags gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB 2019 und Art. 10 Abs. 3 lit. d BöB (E. 6.1-6.3). Vorliegen eines solchen Auftrags in Zusammenhang mit der Erbringung von Interhospitaltransporten durch einen von drei Spitalträgern kontrollierten Ambulanzdienst, der auch präklinische Notfalleinsätze tätigt, verneint (E. 6.4-6.9). Voraussetzungen eines "in-state"-Auftrags gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB 2019 und Art. 10 Abs. 3 lit. b BöB (E. 7.1 und 7.3). Vorliegen eines solchen Auftrags bejaht, da es sich beim fraglichen Ambulanzdienst um eine Vergabestelle handelt, die "auf dem freien Markt" keine Interhospitaltransporte anbieten wird (E. 7.4-7.6).

## Erwägungen

### E. 3

Le litige porte sur le point de savoir si le Tribunal cantonal a violé le droit en déclarant irrecevable le recours déposé par la recourante contre la décision des organisations intimées de confier l'intégralité de leurs transferts interhospitaliers au CSU-nvb, au motif qu'un tel projet échappe au droit des marchés publics et, partant, aux voies de recours prévues par celui-ci. Afin de trancher cette question, il convient de présenter, à titre préalable et brièvement, le cadre légal topique en la cause (infra consid. 4), avant de résumer les positions juridiques qui s'affrontent (infra consid. 5).

### E. 4.1

Le 15 novembre 2019, l'Autorité intercantonale pour les marchés publics a adopté un nouvel Accord intercantonal sur les marchés publics. Celui-ci a été élaboré parallèlement à la nouvelle loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1), dans le but d'harmoniser autant que possible les règles en matière de marchés publics de la Confédération et des cantons, sans toucher à leurs compétences respectives (cf. Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695 ss, spéc. 1697). Entré en vigueur au 1er janvier 2023 pour le canton de Vaud après son approbation par le Grand Conseil (A-IMP; BLV 726.91; ci-après: AIMP 2019) et dès lors applicable en l'espèce, cet accord intercantonal prévoit à son art. 52 al. 1, en combinaison avec l'art. 53 al. 1 let. e, que les décisions d'adjudication BGE 151 II 81 S. 86 d'un marché public peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif cantonal en tant qu'instance cantonale unique, à tout le moins lorsque la valeur du marché atteint la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation. Cette règle est concrétisée en droit vaudois par l'art. 4 de loi cantonale du 14 juin 2022 sur les marchés

publics (LMP-VD; BLV 726.01) qui dispose que les décisions énoncées à l'article 53 al. 1 AIMP 2019 et, donc, les décisions d'adjudication d'un marché public peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal cantonal vaudois. Reste à déterminer ce qu'est une "adjudication d'un marché public" au sens des règles qui précèdent.

#### **E. 4.2**

Selon l'art. 8 al. 1 AIMP 2019, qui correspond à l' art. 8 al. 1 LMP en droit fédéral, un marché public est un contrat conclu entre un adjudicateur et un soumissionnaire en vue de l'exécution d'une tâche publique (1<sup>re</sup> phrase). Il est caractérisé par sa nature onéreuse ainsi que par l'échange de prestations et contre-prestations, la prestation caractéristique étant fournie par le soumissionnaire (2<sup>e</sup> phrase). Ainsi défini, un marché public ne peut exister que lorsqu'un pouvoir adjudicateur fait appel à des tiers pour obtenir une prestation. Il n'y a en revanche pas de marché public lorsqu'un pouvoir adjudicateur fait en sorte de se procurer un produit ou d'obtenir un service à l'aide de ses propres ressources ou auprès d'un prestataire appartenant à la même entité juridique que lui (décision de faire [ make ] au lieu de faire faire [ buy ]; FF 2017 1695 ss, 1751; aussi BERGER MEYER/ADANK, Marchés in-house, quasi in-house, in-state et autres concepts interpellant, Zufferey/Beyeler/Scherler [éd.], in *Aktuelles Vergaberecht 2024- Marchés publics 2024*, 2024, p. 195 ss n. 6 s.). Ce genre de situations dans lesquelles des prestations sont obtenues "à l'interne" - en ce sens que le pouvoir adjudicateur et le fournisseur de prestations appartiennent à la même entité juridique - ne peuvent pas être qualifiées d'adjudications de marchés publics à proprement parler, mais tout au plus d'attributions de marchés dites "in house", de sorte qu'elles échappent aux règles du droit des marchés publics (cf. FF 2017 1751 s.) et, partant, aux voies de recours prévues par celui-ci. Ce principe est expressément rappelé à l' art. 10 al. 2 let . c AIMP 2019, mais aussi à l' art. 10 al. 3 let . c LMP, qui prévoient tous les deux que le droit suisse des marchés publics ne s'applique pas à "l'acquisition de prestations auprès d'unités organisationnelles qui dépendent de l'adjudicateur".

#### **E. 4.3**

Dans le prolongement de ce qui précède, s'inspirant en particulier de la jurisprudence européenne, le législateur fédéral et les cantons ont décidé d'excepter du champ d'application du droit des marchés publics d'autres situations - désignées comme des cas de marchés "in state" ou "quasi in house" - dans lesquelles des pouvoirs adjudicateurs commandent des prestations auprès d'organismes qui leur sont certes externes, mais qui entretiennent néanmoins un lien avec l'État ou qui leur sont subordonnés (cf. FF 2017 1751 s., qui correspond, s'agissant de la problématique litigieuse, au message-type BGE 151 II 81 S. 87 élaboré par l'Autorité intercantonale pour les marchés publics, si bien qu'il lui sera exclusivement renvoyé pour des raisons pratiques; aussi ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2023, n. 358 et 360). C'est ainsi que l'art. 10 al. 2 AIMP 2019, respectivement l' art. 10 al. 3 LMP prévoient que les règles sur les marchés publics n'entrent pas non plus en considération lorsque des prestations sont acquises au sein de la sphère étatique - soit "in state" - auprès "d'autres adjudicateurs juridiquement indépendants et soumis au droit des marchés publics qui ne sont pas en concurrence avec des soumissionnaires privés pour la fourniture de ces prestations" (let. b), ni lorsqu'elles sont obtenues "presque à l'interne" - soit "quasi in house" - auprès "de soumissionnaires sur lesquels l'adjudicateur exerce un contrôle identique à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui fournissent l'essentiel de leurs prestations à l'adjudicateur" (let. d).

#### **E. 4.4**

Il ressort des travaux préparatoires du nouveau droit des marchés publics que les art. 10 al. 2 let . d AIMP 2019 et 10 al. 3 let. d LMP doivent être interprétés en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après: CJUE, nommée Cour de justice des communautés européennes jusqu'à fin 2008 [CJCE]), dans la mesure où ces deux dispositions concrétisent la notion de marché "quasi in house" développée par celle-ci (FF 2017 1752). Quoi qu'il en soit, le Tribunal fédéral souligne depuis longtemps que l'interprétation du droit suisse des marchés publics doit s'effectuer à la lumière non seulement des conventions internationales qu'il est censé transposer, comme l'Accord révisé du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP; RS 0.632.231.422), mais également en tenant compte du droit européen des marchés publics et de la jurisprudence y relative, qui peuvent constituer une source d'interprétation chaque fois que le droit suisse des marchés publics topique porte, comme en l'espèce, la marque des règles européennes (cf. ATF 150 II 105 consid. 3.4; ATF 141 II 113 consid. 5.3.2; FF 2017 1725).

#### **E. 5.1**

En l'occurrence, dans l'arrêt attaqué, le Tribunal cantonal a justifié son refus d'entrer en matière sur le recours en considérant que la décision des établissements intimés - consistant à confier l'intégralité de leurs transferts interhospitaliers au CSU-nvb dès le 1er janvier 2024 - ne représentait pas une décision d'adjudication de marché public sujette à recours. Selon lui, elle remplissait les deux conditions nécessaires à la reconnaissance d'une attribution de marché "quasi in house" au sens de l' art. 10 al. 2 let . d AIMP 2019 cité BGE 151 II 81 S. 88 ci-dessus. Les juges précédents ont en l'occurrence retenu en premier lieu que les trois organisations hospitalières intimées exerçaient un contrôle commun sur le CSU-nvb, lequel pouvait être considéré comme identique à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, si bien que la première condition constitutive d'un marché "quasi in house" était respectée. Ils ont en outre constaté que plus de 80 % des interventions du CSU-nvb aboutissaient actuellement et continueraient d'aboutir à l'avenir à un transport de patients depuis et/ou vers l'un des hôpitaux gérés par les organisations intimées. Le Tribunal cantonal en a conclu que ce service d'ambulances effectuait l'essentiel de ses prestations en faveur des organisations hospitalières intimées, de sorte que la seconde condition constitutive d'un marché "quasi in house" était, selon lui, également remplie. En cohérence avec cette conclusion, il ne s'est ainsi pas interrogé sur la question de savoir si l'art. 10 al. 2 let. b AIMP 2019, relatif aux marchés "in state", pouvait aussi s'appliquer en l'espèce, comme l'avaient invoqué les intimés (cf. art. 105 al. 2 LTF ). Il s'avérait en effet que la présente cause n'était en tous les cas pas régie par le droit des marchés publics conformément à l' art. 10 al. 2 let . d AIMP 2019 et qu'aucune voie de recours n'était dès lors ouverte contre la "décision" des organisations intimées du 16 juin 2023 au sens de l'art. 52 al. 1 AIMP 2019 en combinaison avec l' art. 4 LMP -VD.

#### **E. 5.2**

La recourante conteste cette approche. Elle soutient qu'il est arbitraire de retenir que le CSU-nvb fournit - et continuera de fournir - l'essentiel de ses prestations aux établissements de soins intimés et, partant, qu'elle puisse être la bénéficiaire d'un quelconque marché "quasi in house" au sens de l' art. 10 al. 2 let . d AIMP 2019. Selon elle, il serait totalement faux de considérer que les organisations intimées sont les destinataires des interventions préhospitalières d'urgence et des transferts interhospitaliers effectués par ce service d'ambulances. Ces prestations sont en réalité fournies aux patients concernés, qui en

supportent d'ailleurs une grande partie des coûts. La recourante ajoute que les interventions préhospitalières d'urgence assumées par le CSU-nvb ne sont du reste jamais commandées par les organisations hospitalières intimées, mais par la Centrale d'appels sanitaires urgents (CASU) gérant le "144", et qu'elles n'aboutissent pas forcément à un transport vers l'un de leurs établissements de soins. La recourante soutient enfin que plus du 20 % du chiffre d'affaires du CSU-nvb provient en réalité d'interventions aboutissant à des transports vers d'autres sites de soins que ceux gérés par les BGE 151 II 81 S. 89 institutions intimées, de sorte qu'il faut considérer, sous cet angle-là également, que ce service d'ambulances ne fournit pas l'essentiel de ses prestations à ces dernières.

### **E. 5.3**

Dans leur réponse au recours, reprenant la position du Tribunal cantonal, les organisations hospitalières intimées estiment pour leur part que leur décision d'"internaliser" l'exécution de leurs transferts interhospitaliers au sein du CSU-nvb doit être qualifiée d'attribution de marché "quasi in house", de ce fait non soumise au droit des marchés publics en vertu de l'art. 10 al. 2 let. d AIMP 2019. Elles précisent l'avoir fait publier dans la Feuille des avis officiels uniquement pour des motifs de transparence. Elles soutiennent par ailleurs, comme elles l'avaient déjà fait devant l'autorité procédure cantonale, que leur décision représente également un cas d'attribution de marché "in state", dès lors que le CSU-nvb constitue, lui aussi, un pouvoir adjudicateur et qu'il ne réalisera des transferts interhospitaliers qu'en leur faveur. L'extension du cahier des tâches de ce service d'ambulance commun échapperait dès lors au droit des marchés publics à ce titre supplémentaire, conformément à l'art. 10 al. 2 let. b AIMP 2019.

### **E. 5.4**

Quant à la COMCO, si elle a déclaré renoncer à se prononcer sur la cause, elle a néanmoins indiqué que le cas d'espèce semblait relever "prioritairement" de la sphère étatique (marché "in state" ou "quasi in house").

### **E. 6**

Sur le vu de ce qui précède, il appartient à la Cour de céans d'examiner en premier lieu si la décision des organisations intimées de faire exécuter l'intégralité de leurs transferts interhospitaliers par le CSU-nvb représente bien un cas d'attribution de marché "quasi in house" échappant aux règles de l'AIMP 2019 au sens de l'art. 10 al. 2 let. d de cet accord, comme l'a retenu le Tribunal cantonal, mais le conteste la recourante.

### **E. 6.1**

L'art. 10 al. 2 let. d AIMP 2019, qui, comme on l'a dit correspond matériellement à l'art. 10 al. 3 let. d LMP (cf. supra consid. 4.1 et 4.3), prévoit que le droit suisse des marchés publics ne s'applique pas à l'acquisition de prestations auprès "de soumissionnaires sur lesquels l'adjudicateur exerce un contrôle identique à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui fournissent l'essentiel de leurs prestations à l'adjudicateur". Cette exception au champ d'application du droit des marchés publics constitue un prolongement de la notion de marché "in house" (cf. supra consid. 4.3). Elle concerne les cas dans BGE 151 II 81 S. 90 lesquels le pouvoir adjudicateur commande des prestations auprès d'un soumissionnaire qui, bien qu'appartenant à une entité juridiquement distincte, relève de son périmètre de contrôle (cf. TRÜEB/CLAUSEN, in Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch [éd.], 2e éd. 2021, n° 20 ad art. 10 LMP ; FELIX TUCHSCHMID, in Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Hans Trüeb [éd.], 2020, n° 42 ad art. 10 LMP ), de

sorte que l'on peut estimer qu'il se procure lesdites prestations presque à l'interne, soit "quasi in house". La Confédération et les cantons ont voulu codifier les principaux considérants de la pratique initiée par la CJUE dans son arrêt dit "Teckal" et précisée ensuite par toute une série d'arrêts (FF 2017 1752, se référant à l'arrêt de la CJCE du 18 novembre 1999, TECKAL, C-107/98, § 50), avant d'être finalement réglée par la Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics adoptée par le Parlement européen et le Conseil européen (ci-après: Directive 2014/24/UE; JO L 94/65). Ce faisant, les art. 10 al. 2 let. d AIMP 2019 et 10 al. 3 let. d LMP ont conditionné la reconnaissance d'un marché "quasi in house" à la double condition que l'adjudicateur exerce sur le soumissionnaire choisi un contrôle identique à celui qu'il exerce sur ses propres services et que ce soumissionnaire fournisse par ailleurs l'essentiel de ses prestations audit adjudicateur. Ils reprennent en cela presque mot pour mot la formulation utilisée par la CJUE dans son arrêt "Teckal" (cf. arrêt TECKAL précité, § 50: "l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent").

### **E. 6.2**

Les travaux préparatoires contiennent assez peu d'indications sur la manière d'appliquer les art. 10 al. 2 let. d AIMP 2019 et 10 al. 3 let. d LMP. S'agissant de l'exigence de contrôle sur le soumissionnaire, ils se contentent de renvoyer aux critères indicatifs que le Comité des marchés publics de l'OMC devrait un jour adopter en application de l'art. XIX, par. 8, let. b, de l'Accord international sur les marchés publics (AMP; cf. FF 2017 1752). Dans cette attente, on peut se référer au droit et à la pratique européennes qui admettent, à certaines conditions, l'existence d'un marché "quasi in house" lorsque plusieurs autorités adjudicatrices exercent un contrôle commun sur un soumissionnaire (art. 12 par. 3 let. a de la Directive 2014/24/UE; arrêt de la CJCE TECKAL précité, § 50, ainsi que celui du 3 novembre 2008, CODITEL BRABANT, C-324/07, § 41 ss), sachant BGE 151 II 81 S. 91 que la doctrine suisse se rallie à cette conception (cf. notamment BERGER MEYER/ADANK, op. cit., n. 33; MARTIN LUDIN, Privilegierte Vergaben innerhalb der Staatssphäre, 2019, n. 339 ss et 744; POLTIER, op. cit., n. 364 et 366), tout comme le guide commun des marchés publics élaboré de manière conjointe par la Confédération, les cantons, les villes et les communes à la suite de la révision du droit des marchés publics (cf. TRIAS - Guide pour les marchés publics, § 1.3, [www.trias.swiss](http://www.trias.swiss), consulté le 19 juin 2024).

### **E. 6.3**

Les travaux préparatoires précisent pour le reste très sommairement, en lien avec la seconde condition nécessaire à la reconnaissance d'un marché "quasi in house", qu'il faut admettre qu'un soumissionnaire opère essentiellement pour un adjudicateur lorsqu'il fournit 80 % de ses prestations à ce dernier (FF 2017 1752), sans expliquer la manière dont il conviendrait de vérifier le respect de cette exigence. Ce seuil minimal de 80 %, qui est tantôt critiqué, tantôt repris par la doctrine suisse (cf. notamment DIEBOLD/LUDIN, Die Quasi-in-house-Ausnahme, in *Le droit public en mouvement - Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, 2020, p. 549 ss, spéc. 562 s.; respectivement MARTIN BEYELER, Staatsbetriebe: Einkauf und Absatz unter dem künftigen Vergaberecht, *Justletter* 22 décembre 2014 n. 70), fait en réalité à nouveau écho, mais sans le dire, au droit européen. D'après celui-ci, la reconnaissance d'un marché "quasi in house" n'est en effet possible que lorsque les tâches confiées par le pouvoir adjudicateur représentent plus de 80

% du chiffre d'affaires total moyen de l'entité contrôlée (cf. art. 12 par. 1 let. b et par. 3 let. b et par. 5 de la Directive 2014/24/UE; arrêt du 11 mai 2006 *Carbotermo und Consorzio Alisei*, C-340/04, § 65; voir aussi l'annexe VI ch. 2 de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics [RS 0.172.052.68]; Guide TRIAS, § 1.3). Il est à cet égard relevé que, selon la jurisprudence de la CJUE, les activités exercées pour des collectivités ou institutions publiques autres que celles exerçant le contrôle ne valent pas comme des activités effectuées en faveur du pouvoir adjudicateur; l'exception "quasi in house" ne se justifie en effet que lorsqu'il n'y a pas de réel risque que l'entité contrôlée puisse retirer un avantage concurrentiel d'un tel marché en exerçant encore une partie importante de son activité économique auprès de tiers qui n'ont aucun rapport de contrôle avec elle, fussent-ils également des autorités publiques (cf. arrêt de la CJUE du 8 décembre 2016, *Undis Servizi*, C-553/15, § 34 ss; également sur le sujet, LUDIN, op. cit., n. 459 ss). BGE 151 II 81 S. 92

#### **E. 6.4**

En l'occurrence, il ressort de l'arrêt attaqué, d'une manière qui lie le Tribunal fédéral (cf. art. 105 al. 1 LTF), que le CSU-nvb constitue une association de droit privé créée il y a un peu plus de dix ans par les trois organisations hospitalières intimées. Celles-ci y détiennent la majorité des voix tant à l'assemblée générale qu'au bureau. Elles y sont représentées dans les faits par leurs directeurs ou directrices, qui siègent aux côtés de représentants de la Municipalité d'Yverdon et du Réseau Santé Social de la Broye, lequel constitue lui-même une association regroupant toutes les communes de la Broye fribourgeoise. Selon les constatations de l'arrêt attaqué, le CSU-nvb a été conçu à son origine comme un service d'ambulances commun aux intimées censé accomplir deux types d'interventions dans le domaine des soins préhospitaliers et des transports de patients: il lui incombait d'abord d'effectuer des interventions dites "primaires", qui consistent dans la prise en charge préhospitalière de patients sur le lieu d'un événement appelant la dispense de soins urgents ainsi que, le cas échéant, un transport vers un lieu approprié de soins et, ensuite, des interventions dites "secondaires", qui consistent dans le transfert d'un patient d'un établissement de soins vers un autre (cf. art. 3 du règlement du 9 mai 2018 sur les urgences préhospitalières et le transport des patients [RUPH; BLV 810.81.1]). Il ressort toutefois de l'arrêt attaqué que, jusqu'à la fin 2023, le CSU-nvb, en tant que service d'ambulances affilié au Dispositif cantonal des urgences préhospitalières, n'effectuait presque que des interventions primaires - soit des interventions préhospitalières urgentes - et que le nombre de ses interventions secondaires restait dans les faits très négligeable. En effet, les organisations intimées ont dans un premier temps confié la grande majorité de leurs transferts interhospitaliers - estimés à environ 4'200 par année - à des entreprises privées telles que la recourante. Or, la décision litigieuse prise par les organisations hospitalières intimées en date du 16 juin 2023 vise précisément à mettre un terme à cette manière de faire. Elle charge effectivement le CSU-nvb de réaliser à l'avenir l'ensemble des transferts interhospitaliers des intéressées, procédant de cette manière à l'attribution de marché litigieuse au fond, dont il convient de se demander si elle peut être qualifiée de "quasi in house".

#### **E. 6.5**

Si les interventions secondaires - que le CSU-nvb est désormais appelé à effectuer pour le compte des organisations intimées - se distinguent des interventions primaires d'un point de vue fonctionnel, il ressort de l'arrêt attaqué qu'elles diffèrent également l'une de l'autre BGE

151 II 81 S. 93 sur le plan organisationnel. Il appartient en principe aux hôpitaux de décider d'un transport interhospitalier et de trouver une entreprise disposée à le réaliser (cf. art. 5 al. 3 RUPH). En revanche, dans la mesure où il est affilié au Dispositif cantonal des urgences préhospitalières (DisCUP), que le canton est chargé de mettre en place en vertu du droit cantonal (cf. art 183 de la loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique [LSP; BLV 800.01]), un service d'ambulances tel que le CSU-nvb est appelé à effectuer des interventions primaires uniquement sur demande de la Centrale d'appels sanitaires urgents, que l'on appelle communément le "144". Cette centrale est chargée de traiter toute intervention primaire demandée, que ce soit par appel direct ou par un autre canal, en engageant les moyens appropriés en fonction du niveau de priorité de l'intervention (cf. art. 4 al. 2 et 6 RUPH). Les patients pris en charge dans le cadre de telles interventions sont en principe transportés, si cela est nécessaire, vers les établissements hospitaliers de la région; il peut toutefois arriver qu'ils soient dirigés vers d'autres lieux de soins. Il ressort ainsi de l'arrêt attaqué que sur les 6746 interventions effectuées en 2022 par le CSU-nvb, qui couvre le Nord vaudois et la Broye, 5583 - soit environ 82 % d'entre elles - ont impliqué un transport vers l'un des établissements hospitaliers gérés par les organisations intimées, le reste ayant abouti à des transports dans d'autres lieux de soins (p. ex. CHUV, Hôpital de Fribourg, etc.). Le Tribunal cantonal précise dans sa motivation que ces chiffres ne tiennent pas compte des interventions "sans transports", soit des cas où le CSU-nvb est appelé à effectuer une intervention primaire en urgence qui n'aboutit au final à aucun transport, ce pour diverses raisons (mission annulée, patient décédé, refus de transport, etc.).

#### **E. 6.6**

Il résulte ainsi des constatations de faits du Tribunal cantonal qu'il est indéniable - et du reste incontesté par les parties - qu'en décidant de confier au CSU-nvb l'exécution de l'ensemble de leurs transferts interhospitaliers dès le 1<sup>er</sup> janvier 2024, les établissements intimés entendent acquérir des prestations auprès d'une entité juridiquement autonome sur laquelle ils exercent en commun un contrôle direct, dans la mesure où ils détiennent une très large majorité au sein de chacun de ses organes, où seules deux autres entités publiques sont également représentées. Sous cet angle, il faut admettre que la décision des intimées remplit la première condition nécessaire à la reconnaissance d'un marché "quasi in-house" soustrait du champ d'application du droit des marchés publics au sens de l'art. 10 al. 2 BGE 151 II 81 S. 94 let. d AIMP 2019, en ce sens qu'elle satisfait à l'exigence selon laquelle le pouvoir adjudicateur doit exercer sur le soumissionnaire retenu un contrôle identique à celui qu'il exerce sur ses propres services. Comme on l'a vu, le fait que le contrôle soit exercé de manière commune par les différents pouvoirs adjudicateurs impliqués dans la passation du marché importe peu (cf. supra consid. 6.2).

#### **E. 6.7**

Plus problématique est en revanche le fait que le Tribunal cantonal se soit fondé sur le nombre de transports que le CSU-nvb effectue déjà actuellement et réalisera à l'avenir à destination et/ou au départ des divers établissements de soins gérés par les organisations intimées - soit environ 7'000 interventions primaires et 4'000 interventions secondaires - pour répondre à la question de savoir si ce service d'ambulances fournit l'essentiel de ses prestations à ces dernières. Sur ce point, il a tout d'abord perdu de vue que, sur le principe, cette problématique devait être appréciée d'après la part de chiffre d'affaires que génèrent de telles prestations, et non d'après leur simple proportion numéraire (cf. supra consid. 6.3). Or, il est permis de douter que le CSU-nvb tire une partie essentielle de son chiffre

d'affaires des transports effectués vers ou depuis l'un des hôpitaux des organisations intimées, sachant que, d'après l'arrêt attaqué, un nombre non négligeable de ses interventions primaires - à savoir quelques milliers par année - aboutit à un transport vers d'autres lieux, par nature plus lointains, ou ne débouche tout simplement sur aucun transport du tout. Cette question peut toutefois rester indécise pour le motif qui suit.

#### **E. 6.8**

Il convient en effet de retenir que les quelque 7'000 interventions préhospitalières urgentes (interventions primaires) que le CSU-nvb est actuellement appelé à réaliser en plus des transferts interhospitaliers dont l'attribution est litigieuse - et qui continueront à représenter son activité de base - ne peuvent de toute manière pas être considérées comme des prestations accomplies en faveur des organisations hospitalières intimées, ce indépendamment de la question de savoir si elles aboutissent ou non à un transport vers l'un de leurs hôpitaux. Sur ce point, on soulignera que, contrairement à ce que prétend la recourante, le problème ne réside pas dans le fait que le CSU-nvb est appelé à prodiguer des soins - ou effectuer un transport en vue de soins - pour des patients, qui en assument une partie des coûts. En effet, un mandat "quasi in house" peut porter sur l'obligation de fournir des prestations à des personnes tierces pour le compte de l'État (cf. POLTIER, op. cit., n. 368; LUDIN, op. cit., n. 448 ss; aussi BGE 151 II 81 S. 95 arrêt de la CJCE Carbotermo und Consorzio Alisei, précité, § 65 ss), comme du reste un marché public ordinaire (cf. d'ailleurs, dans le domaine des soins, arrêt 2C\_861/2017 du 12 octobre 2018 consid. 3.5; aussi ATF 135 II 49 consid. 5.2.2). L'achoppement consiste dans le fait qu'en effectuant des interventions préhospitalières urgentes dans tout le Nord vaudois et la Broye sur demande exclusive de la Centrale d'appels sanitaires urgents (144), qui gère le Dispositif cantonal des urgences préhospitalières mis en place par le canton de Vaud, ce service d'ambulances accomplit en réalité ses missions pour ce dernier, à l'instar des autres services servant à assurer les secours sur l'ensemble du territoire cantonal et qui n'ont d'ailleurs pas forcément de liens directs avec les hôpitaux (autres services d'ambulances, services mobiles d'urgence et de réanimation [SMUR]; hélicoptère médicalisé; cf. art. 36 al. 1 RUPH). C'est en effet au canton que revient la tâche d'assurer l'organisation et l'exploitation de tels services censés garantir la prise en charge efficace des urgences préhospitalières (cf. art. 183 LSP) et de subventionner dans ce but les services d'ambulances à qui il attribue des territoires d'intervention (cf. art. 38 ss RUPH). C'est d'ailleurs cette organisation cantonale qui explique que, selon les constatations du Tribunal cantonal, plus de 20 % des interventions primaires du CSU-nvb n'aboutit pas à des transports vers l'un des établissements de soins des organisations intimées, mais aboutit à une hospitalisation vers d'autres lieux, comme le CHUV ou l'Hôpital cantonal de Fribourg, voire à aucun transport du tout. Or, toutes ces missions qui relèvent des urgences préhospitalières et qui sont donc effectuées par le CSU-nvb au profit du canton - c'est-à-dire en faveur d'une autre entité publique que celles qui la contrôlent - ne peuvent pas valoir comme des activités effectuées en faveur du pouvoir adjudicateur, soit en l'occurrence les organisations hospitalières intimées, comme l'a déjà souligné la jurisprudence de la CJUE, dont le droit suisse s'est inspiré au moment de codifier l'exception "quasi in house" à l'art. 10 al. 2 let. d AIMP 2019 (cf. supra consid. 4.4 et 6.3). Sur cette base, il n'est pas possible de considérer que le CSU-nvb fournit l'essentiel de ses prestations aux organisations intimées et, partant, de retenir que la décision de ces dernières de confier tous leurs transferts interhospitaliers à ce service d'ambulances remplit la seconde condition légale nécessaire à la reconnaissance d'un marché "quasi in house" au sens l'art. 10 al. 2 let. d AIMP 2019. BGE 151 II 81 S. 96

## **E. 6.9**

Il s'ensuit que le Tribunal cantonal ne pouvait pas refuser d'entrer en matière sur le recours déposé devant lui au motif qu'il était dirigé contre une attribution de marché "quasi in house" échappant aux règles et voies de droit en matière de marchés publics en application de l'art. 10 al. 2 let. d AIMP 2019. Cela ne conduit toutefois pas forcément à une admission du recours.

## **E. 7**

Il reste encore à examiner si la décision des organisations intimées de confier l'exécution de l'intégralité de leurs transferts interhospitaliers au CSU-nvb ne peut pas être qualifiée d'attribution de marché "in state" au sens de l'art. 10 al. 2 let. b AIMP 2019, comme le soutiennent expressément les organisations intimées depuis le début de la procédure. Une réponse positive à cette question - que le Tribunal cantonal n'a pas examinée en cohérence avec la motivation de son arrêt, mais que le Tribunal fédéral peut revoir librement dans la mesure où les faits constatés sont suffisants (cf. consid. 2.2 non publié) - justifierait en effet de considérer que ladite décision échappe aux règles des marchés publics.

### **E. 7.1**

L'art. 10 al. 2 let. b AIMP 2019, qui, comme on l'a dit, correspond matériellement à l'art. 10 al. 3 let. b LMP (cf. supra consid. 4.1 et 4.3), prévoit que le droit suisse des marchés publics ne s'applique pas à l'acquisition de prestations auprès "d'autres adjudicateurs juridiquement indépendants et soumis au droit des marchés publics qui ne sont pas en concurrence avec des soumissionnaires privés pour la fourniture de ces prestations". Cette autre exception au champ d'application du droit des marchés publics concerne le cas particulier des marchés dits "in state", parfois également nommé "inter-state", passés entre deux pouvoirs adjudicateurs (cf. notamment TUCHSCHMID, op. cit., n° 38 ad art. 10 LMP). Elle est expressément admise par l'Accord international sur les marchés publics (AMP), qui a fait l'objet d'une révision en date du 30 mars 2012, entrée en vigueur le 1er janvier 2021 pour la Suisse. Le Conseil fédéral y a en effet annexé une note qui déclare que l'accord "ne couvre pas (...) les prestations exécutées par un adjudicateur en interne ou par des adjudicateurs distincts dotés de la personnalité juridique" (cf. annexe 7 de l'appendice I[Suisse] de l'AMP). L'idée était que le droit suisse puisse exclure du champ d'application de cette convention internationale non seulement les prestations exécutées par un adjudicateur en interne (in house), mais aussi celles que des entités soumises aux règles de l'AMP se fournissent entre elles (cf. Message du 15 février 2017 BGE 151 II 81 S. 97 relatif à l'approbation du protocole portant amendement de l'accord sur les marchés publics de l'OMC, FF 2017 1899, spéc. 1952).

### **E. 7.2**

Le législateur fédéral et les cantons ont usé de la marge de manoeuvre laissée par l'AMP et admis l'existence d'un marché "in state" à deux conditions cumulatives, sans s'inspirer cette fois-ci du droit européen dont il diverge de manière substantielle (cf. art. 12 par. 4 de la Directive 2014/24/UE; notamment POLTIER, op. cit., n. 372). Premièrement, il faut que le soumissionnaire choisi constitue lui aussi un pouvoir adjudicateur au sens du droit suisse (cf. art. 10 al. 2 let. b AIMP 2019 et 10 al. 3 let. b LMP in initio). Il importe sur ce point peu que celui-ci opère au même niveau ou à un autre niveau de l'État (Confédération, cantons ou communes) et qu'il soit à ce titre soumis à des règles de droit des marchés publics de nature différente, que ce soit en tant que collectivité publique traditionnelle ou en tant

qu'organisme de droit public ou entreprise publique (cf. FF 2017 1751 s.; POLTIER, op. cit., n. 373). Il convient en revanche - et c'est là la seconde condition imposée - que le pouvoir adjudicateur agissant comme soumissionnaire ne soit "pas en concurrence avec des entreprises privées pour la fourniture de ces prestations" (art. 10 al. 2 let. b AIMP 2019 et 10 al. 3 let. b LMP in fine), c'est-à-dire qu'il n'exerce aucune activité sur le libre marché en concurrence avec des tiers privés en lien avec les prestations qu'il entend fournir "in state" à l'autre pouvoir adjudicateur (cf. notamment LUDIN, op. cit., n. 694 ss; POLTIER, op. cit., n. 373), ce qu'il convient de vérifier au cas par cas. Il est à cet égard important de souligner que la question de savoir si le fournisseur de prestations offre ses prestations en concurrence avec d'autres entreprises privées ne dépend pas de son activité globale, contrairement à ce qui prévaut s'agissant de la reconnaissance d'une éventuelle exception "quasi-in-house", niée en l'espèce, qui, pour rappel, implique que le fournisseur de prestations fournisse l'"essentiel de ses prestations" aux adjudicateurs qui le contrôlent (cf. supra consid. 6.3 et 6.8). Le respect de la condition de non-intervention sur le libre marché imposée aux art. 10 al. 2 let. b AIMP 2019 et 10 al. 3 let. b LMP s'apprécie uniquement en lien avec le type de prestations relevant possiblement d'une acquisition "in state" (prestations dites "objet de la transaction"; cf. LUDIN, op. cit., n. 695). D'après les travaux préparatoires, cette dernière condition n'est par exemple pas remplie en cas de mandats d'expertises ou d'essais de BGE 151 II 81 S. 98 produits confiés à des hautes écoles, dans la mesure où celles-ci sont (également) en concurrence avec des soumissionnaires privés pour fournir ce genre de prestations à des tiers (FF 2017 1751). On se trouve en revanche typiquement face à des marchés "in state" lorsque plusieurs adjudicateurs publics contribuent ensemble à la réalisation d'un projet commun, dans l'intérêt public, sans collaboration avec aucun acteur privé et sans buts commerciaux (FF 2017 1751, faisant référence à l'arrêt de la CJCE du 8 mai 2014, Hamburg-Harburg, affaire C-15/13).

### **E. 7.3**

L'absence d'obligation d'appel d'offres en cas d'attribution de marché "in state" se justifie par le fait que, dans un tel cas, il n'existe aucun risque de distorsion de concurrence entre acteurs du marché, dès lors que l'achat opéré par un pouvoir adjudicateur auprès d'un autre n'intervient précisément pas dans un contexte de concurrence et en dehors du marché (cf. FF 2017 1751). Dans cette optique, les travaux préparatoires relatifs à la LMP et à l'AIMP 2019, ainsi que la doctrine, évoquent d'autres conditions implicites devant être respectées pour exclure tout risque d'octroi d'avantages concurrentiels, directs ou indirects, et d'admettre en fin de compte l'existence d'un marché "in state" au sens des art. 10 al. 2 let. b AIMP 2019 et 10 al. 3 let. b LMP. Parmi ces conditions supplémentaires, qui ont déjà été suggérées lors de la procédure de consultation, mais que le législateur n'a toutefois pas choisi de reprendre (cf. Rapport sur les résultats de la procédure de consultation concernant la révision de la loi fédérale et de l'ordonnance sur les marchés publics [LMP/OMP] et l'ordonnance sur les valeurs seuils applicables aux marchés publics [OVS], novembre 2016, p. 21), on mentionnera d'abord l'exigence qu'aucun acteur économique privé ne soit associé au pouvoir adjudicateur appelé à fournir les prestations demandées (cf. FF 2017 1751; aussi BERGER MEYER/ADANK, op. cit., n. 61; TRÜEB/CLAUSEN op. cit., n° 19 ad art. 10 LMP; TUCHSCHMID, op. cit., n° 39 ad art. 10 LMP; LUDIN, op. cit., n. 688 ss; plus nuancé apparemment, POLTIER, op. cit., n. 373). Certains auteurs soutiennent ensuite que ce même pouvoir adjudicateur ne devrait proposer sur le libre marché aucune prestation similaire (gleichartige Leistungen) à celles qu'il est censé fournir à l'autre pouvoir adjudicateur et, enfin, qu'il ne devrait pas fournir celles-ci dans un but lucratif (LUDIN, op.

cit., n. 696 et 710 ss; BEYELER, op. cit., n. 61 et 65; pour cette dernière condition, mais uniquement en cas de risque de subventionnement croisé, cf. TRÜEB/CLAUSEN, op. cit., n° 19 ad art. 10 LMP ; TUCHSCHMID, op. cit., n° 39 ad art. 39 LMP ). BGE 151 II 81 S. 99

#### **E. 7.4**

En l'occurrence, il est incontesté que le CSU-nvb représente lui-même un pouvoir adjudicateur, à l'instar des établissements hospitaliers intimés, comme le rappellent ceux-ci dans leur réponse et l'admet également la recourante dans sa réplique. En tant que service d'ambulances créé et géré par plusieurs organisations hospitalières en mains publiques, afin d'assurer des services de soins et de transports préhospitaliers nuit et jour sur appel du 144 ainsi que, désormais, des transferts interhospitaliers, il constitue en effet indéniablement un "organisme de droit public" ( *Einrichtung des öffentlichen Rechts* ) soumis au droit des marchés publics au sens des art. 3 al. 1 f et 4 al. 1 AIMP, comme les établissements intimés qui le contrôlent (cf. ATF 145 II 49 consid. 4.4 et 4.5). Le Tribunal cantonal a par ailleurs constaté dans son arrêt, d'une manière qui lie l'autorité de céans (cf. consid. 2.2 non publié et art. 105 al. 1 LTF ), sans que ce point ne soit remis en question par la recourante, que le CSU-nvb n'est censé effectuer des transferts interhospitaliers que pour le compte des organisations intimées. Autrement dit, il ne proposera ce genre de services à aucun autre hôpital, comme le CHUV, l'Hôpital cantonal de Fribourg ou d'autres cliniques privées, de sorte qu'il ne concurrencera pas d'autres entreprises - publiques ou privées - exploitant également un service d'ambulances lorsqu'il s'agira d'organiser des transferts interhospitaliers depuis ces établissements. Cela signifie très concrètement que le CSU-nvb n'offre actuellement et n'offrira à l'avenir sur le libre marché aucune prestation du même type que celles dont l'attribution est présentement litigieuse ou, autrement dit, qu'il ne se trouvera jamais en situation de concurrence avec d'autres services d'ambulances s'agissant de l'exécution de transferts interhospitaliers pour d'autres entités que les intimées.

#### **E. 7.5**

Il s'ensuit que la décision des intimées de confier l'intégralité de leurs transferts interhospitaliers au CSU-nvb dès le 1 er janvier 2024 a pour particularités non seulement d'impliquer exclusivement des pouvoirs adjudicateurs au sens du droit des marchés publics, mais aussi de porter sur des prestations de transport de patients que ce service d'ambulances fournira exclusivement aux organisations intimées, sans entrer en concurrence avec des soumissionnaires privés s'agissant de la fourniture de ce genre de prestations à d'autres hôpitaux, à qui il ne proposera précisément pas ses services, comme on vient de le dire. Ce projet, qui s'inscrit dans le cadre d'une collaboration entre trois établissements hospitaliers du Nord vaudois et de la Broye et qui revient à parfaire une démarche que ceux-ci BGE 151 II 81 S. 100 avaient déjà envisagée en 2013 au moment d'abandonner leurs différents services d'ambulances pour créer cette structure commune, remplit ainsi les deux conditions nécessaires à la reconnaissance d'un marché "in state" au sens de l'art. 10 al. 2 let. b AIMP 2019 et échappe à ce titre au champ d'application du droit des marchés publics. Il n'y a au surplus pas lieu de se demander si la reconnaissance d'un tel marché suppose le respect d'autres conditions non écrites, ainsi que le considère une partie de la doctrine, comme le fait que le prestataire retenu soit une entité sans aucune participation privée, qu'il ne fournisse aucune prestation similaire à celle commandée sur le libre marché et que le procédé ne poursuive aucun but lucratif (cf supra consid. 7.3). De telles conditions sont de toute manière respectées en l'espèce. Le CSU-nvb est, d'après l'arrêt attaqué, exclusivement

contrôlé par des organisations hospitalières en mains publiques et des communes et n'exécute, outre les transferts interhospitaliers litigieux, que des services d'urgences préhospitalières sur un marché largement réglementé. Il ressort enfin des pièces du dossier qu'il est exonéré d'impôts en raison de son but d'utilité publique (cf. art. 105 al. 2 LTF ).

#### **E. 7.6**

Sur le vu de ce qui précède, il ne peut être reproché au Tribunal cantonal d'avoir violé le droit en considérant que la décision des établissements intimés de confier l'entier de leurs transferts interhospitaliers au CSU-nvb ne constituait pas une décision d'adjudication au sens de l' art. 53 al. 1 let . e AIMP 2019 et qu'elle n'était dès lors pas attaquable en justice au sens de l'art. 52 al. 1 de cette convention intercantonale. C'est donc à bon droit qu'il a refusé d'entrer en matière sur le recours formé contre cette décision par la recourante.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.