

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF  
DE CLERMONT-FERRAND**

N° 1900696

---

Société LIVANOVA

---

Mme Trimouille  
Rapporteur

---

M. Chacot  
Rapporteur public

---

Audience du 25 février 2021  
Décision du 11 mars 2021

---

39-05-01  
D

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

Le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand

(2<sup>ème</sup> chambre)

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 5 avril 2019 et des mémoires enregistrés le 29 octobre 2019 et le 1<sup>er</sup> juillet 2020, la société Livanova, représentée par l'AARPI cabinet Dentons Europe, Me Fornacciari, demande au tribunal :

1°) d'annuler avec un effet différé le marché relatif à la fourniture de consoles de circulation extracorporelle conclut entre le centre hospitalier universitaire (CHU) de Clermont-Ferrand et la société Medtronic ;

2°) d'enjoindre au CHU d'organiser un nouvel appel d'offres dans un délai de deux mois, sous astreinte de 1000 euros par jour de retard ;

3°) de mettre la somme de 10000 euros à la charge du CHU de Clermont-Ferrand en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- c'est à tort que le CHU a eu recours à une procédure sans publicité ni mise en concurrence, dès lors que les conditions prévues par le 3° du I de l'article 30 du décret du 25 mars 2016 n'étaient pas remplies ;

o les spécifications techniques imposées par le CHU n'étaient pas objectives et ont eu pour effet de restreindre illégalement et artificiellement la concurrence :

- aucune étude clinique ni recommandation d'une autorité sanitaire n'établit les avantages supposés qu'apporteraient l'appareil de la société Medtronic ; il ne s'agit que d'une appréciation subjective du confort d'utilisation ;
- le CHU n'a pas procédé à une évaluation préalable de ses besoins ;
  - le CCP, qui apparaît comme le seul document exposant les besoins du CHU, a été manifestement établi après que celui-ci ait fait son choix, dès lors qu'il mentionne explicitement l'appareil produit par la société Medtronic ;
  - l'ergonomie qui serait permise par un tableau de bord unique invoquée par le CHU en défense constitue une justification *a posteriori*, dans la mesure où il n'en était pas fait mention dans le CCP, de même pour l'argument de la différence entre le débit calculé et le débit mesuré ;
  - le *sourcing* dont se prévaut le CHU était insuffisant et ne saurait dispenser l'acheteur de définir précisément ses besoins ; aux termes de l'article 4 du décret du 25 mars 2016 qui autorise cette pratique, « les résultats de ces études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence. » ;
  - le « dossier d'achat » produit par le CHU, dès lors qu'il décrit la machine proposée par Medtronic, constitue la preuve que l'acheteur avait déjà fait son choix à la date de l'élaboration du document, alors que l'étape de définition des besoins aurait dû intervenir préalablement au lancement de la procédure de passation ;
- elle propose des machines présentant des fonctionnalités équivalentes à celles proposées par la société Medtronic, de sorte que l'absence d'alternative raisonnable n'est pas établie ;
- il n'est possible de parler d'absence d'alternative raisonnable que dans le cas où deux produits ne permettent pas d'arriver au même résultat thérapeutique, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ;
- le caractère universitaire du CHU ne justifie pas l'utilisation préférentielle des appareils Medtronic, dès lors que la majorité des publications scientifiques se fondent sur des études réalisées avec des machines Livanova ;
- le CHU ne démontre pas en quoi l'asservissement de la pompe de cardioplégie au pousse-seringue serait une fonctionnalité nouvelle et recommandée par une autorité de santé ;
- concernant la gestion de gaz anesthésique halogénés à partir du modèle de ventilation, l'automatisation constitue un élément de confort pour certains praticiens sans pour autant qu'il s'agisse d'une caractéristique technique pour laquelle il n'existerait pas d'alternative raisonnable ;
- concernant la gestion automatique et programmable du sevrage ;
  - aucune étude ne démontre ni que la mesure du débit artériel serait plus précise avec la console de Medtronic, qu'une telle mesure serait nécessaire à l'objectif clinique poursuivi par le CHU ;
  - les éléments techniques essentiels n'ont obtenu leur marquage CE que postérieurement à la date d'exécution du marché, en méconnaissance du paragraphe IX du CCP et de l'article R. 665-8 du code de la santé publique aux termes duquel « tout dispositif médical mis sur le marché ou mis en service en France doit être revêtu du marquage CE » ; cet élément ne saurait donc fonder l'affirmation selon laquelle il n'existait pas d'alternative raisonnable à son appareil ; le Conseil d'Etat a jugé que les équipements médicaux doivent disposer du marquage CE lors de la remise de l'offre ;
- ses machines peuvent également être équipées de pompes à galets 6 pouces, ce que reconnaît le CHU ;

- les deux types de machines répondent aux mêmes finalités thérapeutiques ; en témoigne la circonstance que, dans des marchés passés par d'autres centres hospitaliers européens, elles se sont trouvées en concurrence ;

- le CHU s'est totalement affranchi du critère du prix ;

- aucune régularisation n'étant possible et le vice étant grave, le contrat doit être annulé ;

- concernant ses conclusions à fin d'injonction :

- même présentées après l'expiration du délai de recours, ne sont pas irrecevables, dès lors qu'elles constituent l'accessoire de ses conclusions principales ;

- le Conseil d'Etat lui-même enjoint les personnes publiques à organiser de nouvelles procédures de passation de marchés.

Par des mémoires en défense enregistrés le 22 août 2019, le 28 février 2020 et le 27 novembre 2020, la société Medtronic France SAS, représentée par la SELARL Lexcase, Me de Benelet, conclut :

1°) à titre principal, au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société Livanova la somme de 3000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

2°) à titre subsidiaire, que le marché litigieux soit poursuivi en raison de l'intérêt général ;

3°) à titre infiniment subsidiaire, à la résiliation du marché avec un effet différé d'un minimum de huit mois.

Elle soutient que :

- la procédure de passation du marché litigieux est conforme aux dispositions de l'article 30 du décret du 25 mars 2016, dès lors que les raisons techniques invoquées par le CHU rendaient indispensables l'attribution du marché à un prestataire déterminé ; lorsque les besoins de l'acheteur sont établis de façon objective et que les produits concurrents ne sont pas équivalents, le fait qu'une seule entreprise puisse répondre aux besoins justifie le recours à la procédure sans publicité ni mise en concurrence ; le choix de l'acheteur de bénéficier des techniques les plus innovantes constitue une motivation objective ; les spécifications techniques d'un marché public peuvent être restreintes à une innovation technologique, excluant de ce fait les solutions alternatives préexistantes ;

- les spécifications techniques des équipements du CCAP du marché exposent trois caractéristiques innovantes des consoles « *Quantum* » qui ont justifié la passation d'une procédure sans publicité ni mise en concurrence ; il s'agit de la gestion automatisée des gaz anesthésiques halogénés à partir du module de ventilation intégré à la console, de l'asservissement de la pompe de cardioplégie au pousse-seringue et de la gestion automatique et programmable du sevrage ;

- ces spécifications techniques répondent à des exigences pratiques opérationnelles :

- la gestion automatisée des gaz anesthésiques permet de mesurer exactement la quantité des gaz anesthésiques délivrés et d'ajouter des fonctionnalités de contrôle et d'alerte ;

- l'asservissement de la pompe de cardioplégie au pousse-seringue permet un contrôle très précis de l'administration de la cardioplégie, et permet notamment de détecter des embolies ; un système manuel ne permet pas un contrôle aussi précis de l'administration de la cardioplégie ;

○ la gestion automatique et programmable du sevrage permet de mesurer précisément le débit veineux et artériel du patient, de façon à garantir une perfusion adaptée ; la console « *Quantum* » est la seule du marché à offrir cette fonctionnalité, alors que l'appareil de Livanova ne procède qu'à un calcul de ces débits l'automatisation permet de libérer le perfusionniste de cette tâche ;

- l'automatisation de certaines opérations et de certains contrôles proposés par les consoles « *Quantum* » ne saurait être remplacée de façon équivalente par des actions manuelles ;

- dès lors que ces innovations existent sur le marché, il était légitime pour le CHU de les intégrer à ses exigences ;

- dans l'hypothèse où le marché serait jugé irrégulier, il n'existait pas de la part du CHU de volonté de favoriser un candidat et les vices allégués ne sont pas suffisamment graves pour justifier une annulation du marché ; de même, l'intérêt général justifie de ne pas annuler le marché, dès lors que la continuité du service public doit être assurée ;

- en cas de résiliation, celle-ci devrait être prononcée avec un effet différé de 8 mois au minimum, de façon à permettre la préparation de la passation d'un autre marché.

- la société requérante n'est pas fondée à invoquer le moyen tiré de l'absence de recherche de solution alternative sur le territoire européen, dès lors qu'elle n'est pas de nature à l'avoir lésée ;

- la circonstance que les publications scientifiques se fondent essentiellement sur des études faites avec des consoles Livanova résulte de l'ancienneté du matériel de cette société et de sa situation de quasi-monopole sur le marché ;

- aux termes de l'article IX du CCP, le marquage CE devait être fourni lors de la livraison, ce qui a été fait ; lors de la livraison des consoles en janvier 2019, dispositif « *smart occluder* » n'était pas encore installé, faute d'avoir obtenu le marquage CE dans les temps ; il n'a été installé qu'en avril 2019, le marquage ayant été obtenu en mars ;

- les éléments produits par la requérante concernant des marchés passés à l'étranger sont sans incidence sur l'appréciation de la légalité du marché litigieux, dès lors que les besoins des établissements de santé concernés ne sont pas connus ;

- les conclusions présentées par Livanova à fin d'injonction méconnaissent la liberté du CHU de décider de la façon de satisfaire ses besoins ; une injonction de passer un nouveau marché ne pourrait être ordonnée que sous réserve de la volonté de l'acheteur public de conclure un marché ayant le même objet que le marché litigieux.

Par des mémoires en défense enregistrés le 22 août 2019 et le 28 février 2020, le centre hospitalier universitaire de Clermont-Ferrand, représentée par l'AARPI Publica-avocats, Me de Froment, conclut :

1°) à titre principal, au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société Livanova la somme de 5000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

2°) à titre subsidiaire, à la résiliation du marché avec un effet différé de huit mois, au rejet des conclusions de la requête à fin d'injonction sous astreinte et au rejet des conclusions de la requête fondées sur les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- la procédure de passation litigieuse était conforme aux exigences de l'article 30 du décret du 25 mars 2016 ;

- l'existence d'un certificat d'exclusivité, tel que celui fourni par Medtronic, est prise en compte par le Conseil d'Etat pour juger de la validité du recours à une procédure de passation sans publicité ni mise en concurrence ;

- le recours à la procédure de passation sans publicité ni mise en concurrence est régulièrement appliquée par les CHU pour acquérir du matériel de haute technologie commercialisée par un prestataire déterminé ; ce n'est que lorsque l'attributaire ne justifie pas disposer de droit d'exclusivité à la date d'attribution du marché en litige que la passation est susceptible d'être annulée ;

- il a procédé à une évaluation de ses besoins avant la procédure de passation ;

○ un sourcing avait été effectué préalablement à la passation du marché, consistant en une prise de renseignement à la fois auprès de Medtronic et de Livanova ; l'offre de Livanova était parfaitement connue de lui, dès lors qu'elle était disponible sur les plateformes d'achats publics ; Livanova n'a pas répondu à sa demande de lui proposer des améliorations en option ;

○ un dossier d'achat avait été établi à la suite de la phase de *sourcing*, définissant les besoins du CHU ; ce dossier précise que la console proposée par Livanova est d'ancienne génération et ne correspond pas aux besoins des utilisateurs ;

- son achat devait répondre à deux séries de spécifications techniques :

○ d'une part, des caractéristiques techniques et une ergonomie au moins équivalentes à ses précédentes consoles, en particulier en ce qui concerne l'existence d'un tableau de bord unique, proposé seulement par l'appareil de Medtronic ; le recours aux consoles Livanova, dotées de deux écrans, aurait constitué une régression par rapport aux consoles utilisées auparavant ;

○ d'autre part, des modalités innovantes mettant en œuvre une automatisation forte de ses fonctions, afin de satisfaire aux exigences des missions d'enseignement et de recherche attendues d'un CHU ;

- la commission plénière des marchés, consultée le 5 décembre 2018, n'a formulé aucune observation, en présence de la représentante de la DIRECCTE ;

- les consoles de Medtronic proposent des fonctionnalités inexistantes sur les consoles de Livanova ;

○ la gestion automatisée des gaz anesthésiques permet d'une part au perfusionniste de se consacrer à d'autres tâches, et d'autre part d'obtenir une mesure exacte des gaz effectivement délivrés au patient ;

○ la gestion automatisée et programmable du sevrage permet d'assurer une mesure réelle des débits veineux et artériels ;

- il est loisible à l'acheteur d'imposer des spécifications techniques portant non seulement sur les résultats des prestations attendues, mais aussi sur les moyens ; cette définition du besoin n'est pas discriminante même si un seul opérateur économique dispose de l'exclusivité sur les procédés permettant de parvenir à ces objectifs ;

- une reconnaissance par les autorités de santé n'est pas nécessaire pour distinguer entre le simple confort d'utilisation et de véritables avancées thérapeutiques ;

- concernant le marquage CE, les documents n'étaient pas demandés par le CCP avant l'attribution du marché et cette circonstance ne pourrait pas venir remettre en cause son attribution à Medtronic ;

- les deux sociétés n'ont jamais été en concurrence pour ce type de produits sur le marché français ; même si elles l'avaient été, cette circonstance serait sans incidence sur la légalité de la procédure litigieuse ;

- le moyen tiré de ce qu'il n'aurait pas effectué de recherches sérieuses sur l'existence d'alternatives raisonnables aux consoles de Medtronic est irrecevable, dès lors qu'il est sans lien avec un intérêt de la société Livanova qui aurait été lésé ;

- la poursuite des relations contractuelles est indispensable, dès lors que le recours aux consoles Livanova constituerait une régression par rapport aux consoles utilisées par le CHU jusqu'à la fin de l'année 2018 ;

- une éventuelle résiliation ne devrait se faire qu'avec un effet différé, de façon à lui laisser le temps de formaliser un nouveau marché, de recevoir la livraison de nouveaux équipements et d'y former les professionnels, dès lors que ces consoles sont indispensables à la continuité du service public de la santé ;

- les conclusions à fin d'injonction sous astreinte sont irrecevables ; en tout état de cause, une nouvelle procédure de passation serait absurde, dès lors que les machines de Livanova sont disponibles par l'intermédiaire des centrales d'achats.

Vu :

- l'ordonnance du 13 novembre 2020 fixant la clôture d'instruction en dernier lieu au 15 décembre 2020 à 12h00 ;

- les autres pièces du dossier.

Vu :

- l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;

- le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ;

- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Trimouille ;

- les conclusions de M. Chacot, rapporteur public ;

- les observations de Me Betesta, avocat, représentant la société Livanova, de Me Riquier, représentant le CHU de Clermont-Ferrand, et de Me Busch, représentant la société Medtronic.

Considérant ce qui suit :

1. Dans le cadre du remplacement de ses consoles de circulation extra-corporelle (CEC) dont le fabricant avait annoncé qu'il cessait d'assurer la maintenance, le centre hospitalier universitaire (CHU) de Clermont-Ferrand a conclu le 12 décembre 2018 avec la société Medtronic, sans publicité ni mise en concurrence préalables, un marché relatif à l'acquisition et à la maintenance de deux consoles de CEC « *Quantum* » et de mise à disposition avec maintenance d'une troisième console, pour une durée de douze mois, renouvelable huit fois. La société Livanova demande, en sa qualité de tiers au contrat, la résiliation de ce marché, avec un effet différé de huit mois à compter du jugement à intervenir.

2. Saisi de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'État dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant

avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci.

Sur les conclusions en contestation de la validité du marché :

3. Aux termes de l'article 30 du décret du 25 mars 2016 applicable au litige : « *I. Les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants : (...) 3° Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes : (...)* b) *Des raisons techniques. Tel est notamment le cas lors de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire ; c) La protection de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle. Les raisons mentionnées aux b et c ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public ; (...)* ».

4. La société Medtronic, attributaire du marché a transmis au CHU un certificat d'exclusivité sur les consoles CEC comportant des pompes à galet 6 pouces, une pompe de cardioplégie asservie au pousse-seringue, une gestion des gaz anesthésiques halogénés à partir du module de ventilation et une gestion automatique et programmable du sevrage de la CEC. Le CHU a estimé que cette société était la seule à pouvoir répondre à son besoin.

5. La société Livanova fait valoir que les conditions prévues par les dispositions du I de l'article 30 précitées pour passer un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables avec la société Medtronic, fournisseur des consoles « *Quantum* », ne sont pas remplies, dès lors que l'absence de concurrence résulte d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché et qu'il existe des solutions alternatives ou de remplacement raisonnables.

6. Il résulte de l'instruction que le choix du CHU de s'équiper des consoles de circulation extra-corporelles « *Quantum* » distribuées par Medtronic au terme d'une procédure sans publicité ni mise en concurrence, a été précédée d'une phase de « *sourcing* », qui a été l'occasion, selon le centre hospitalier, de comparer les offres de Livanova et de Medtronic. Si la société Livanova fait valoir que ce procédé de « *sourcing* » a été insuffisant pour permettre au CHU de véritablement s'informer sur les caractéristiques de ses consoles, il résulte de l'instruction que celles-ci étaient disponibles sur les catalogues de deux centrales d'achat, de sorte que l'acheteur disposait à leur égard de toute information utile. Toutefois, la circonstance que le cahier des clauses particulières fasse explicitement référence aux innovations dont la société Medtronic détient l'exclusivité, et décrive l'objet du marché comme concernant « l'acquisition et la maintenance de deux consoles de circulation extra-corporelle *Quantum* et la mise à disposition avec maintenance comprise d'une console de circulation extra-corporelle *Quantum* », terme commercial utilisé par la seule société Medtronic, est de nature à établir que le CHU a défini son besoin, en le restreignant à un seul matériel nominativement désigné, de façon à réduire artificiellement le marché. La société Livanova est dès lors fondée à soutenir que le CHU, au stade de la définition de ses besoins, a procédé à une restriction artificielle des caractéristiques du marché pour ne retenir qu'une seule entreprise, sans qu'il soit besoin de se

prononcer sur les autres moyens de la requête, en violation des règles de publicité et de mise en concurrence des marchés publics.

Sur les relations contractuelles :

7. Les irrégularités mentionnées au point 6 affectant la procédure de passation du marché litigieux ne sont pas constitutives d'un vice du consentement et ne rendent pas illicite le contenu du contrat. Par ailleurs, en l'absence de circonstances particulières, ces irrégularités ne peuvent davantage être regardées comme d'une gravité telle qu'elles impliquent que soit prononcée l'annulation du contrat. Toutefois, compte tenu de la gravité des manquements constatés, qui ne peuvent faire l'objet d'une mesure de régularisation, il y a lieu de prononcer la résiliation du marché litigieux. Eu égard à l'intérêt général qui s'attache à la continuité du service public de chirurgie cardiaque assuré par le CHU de Clermont-Ferrand, la résiliation prendra effet de façon différée le 1<sup>er</sup> janvier 2022, étant précisé que, pour respecter la volonté du CHU de disposer d'appareils technologiquement performants ou très innovants, il doit procéder, au rythme des évolutions fréquentes en ce domaine, à des mises en concurrence plus fréquentes que la durée de huit ans du marché résilié.

Sur les frais liés au litige :

8. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la société Livanova, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, verse au CHU de Clermont-Ferrand et à la société Medtronic les sommes que ces dernières demandent à ce titre.

9. Il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du CHU de Clermont-Ferrand et de la société Medtronic le paiement à la société Livanova d'une somme de 1500 euros chacun sur le fondement de ces mêmes dispositions.

D E C I D E :

Article 1<sup>er</sup> : Le marché conclu entre le centre hospitalier universitaire de Clermont-Ferrand et à la société Medtronic sera résilié à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022.

Article 2 : Le centre hospitalier universitaire de Clermont-Ferrand et la société Medtronic verseront chacun à la société Livanova la somme de 1500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : Le présent jugement sera notifié à la société Livanova, au centre hospitalier universitaire de Clermont-Ferrand et à la société Medtronic.

Délibéré après l'audience du 25 février 2021, à laquelle siégeaient :

M. Gazagnes, président,  
Mme Luyckx, premier conseiller,  
Mme Trimouille, premier conseiller.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 11 mars 2021.

Le rapporteur,

Le président,

C. TRIMOUILLE

Ph. GAZAGNES

Le greffier,

P. MANNEVEAU

La République mande et ordonne au préfet du Puy-de-Dôme en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.