

TA76
Tribunal Administratif de Rouen
2402322
2024-07-05
SERY-CHAINEAU AVOCATS
Ordonnance
Plein contentieux
C
Satisfaction partielle

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 14 juin 2024, et trois mémoires, enregistrés les 28 juin, 2 et 3 juillet 2024, la société Sylamed, représentée par la SELARL " PARME Avocats ", demande au juge des référés, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative dans le dernier état de ses écritures :

- 1°) d'annuler la procédure d'attribution des lots nos 100, 101, 102, 103, 107 du marché de fourniture pour des dispositifs médicaux stériles d'usage courant ;
- 2°) d'enjoindre au CHU de Rouen de reprendre intégralement la procédure d'attribution des lots nos 100, 101, 102, 103, 107 de ce même marché ;
- 3°) de mettre à la charge du CHU de Rouen la somme de 5 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société soutient que :

- elle est recevable à former un référé précontractuel, dès lors que le marché public n'est pas signé et qu'elle a été lésée par des manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence dans le cadre de la procédure d'attribution ;
- la procédure est irrégulière dès lors le CHU n'a pas porté à sa connaissance l'ensemble des critères et sous-critères sur lesquels il s'est fondé pour juger les offres ; le pouvoir adjudicateur a commis une faute en faisant reposer son analyse sur des sous-critères n'apparaissant pas dans le règlement de consultation ; c'est notamment le cas du critère de rejet de l'offre étant " l'étendue de gamme " sur lequel le CHU s'est fondé pour rejeter ses offres sur les lots nos 101, 102, 103 et 107 ;
- la procédure est irrégulière dès lors que le pouvoir adjudicateur a porté atteinte au principe d'égalité entre les candidats et restreint de manière excessive la concurrence en ce qu'il demande dans le règlement de consultation des " Produits certifiés : ECOCERT, ECOLABEL ", sans préciser que tous les labels confirmant le respect des caractéristiques exigées seraient également acceptés et sans indiquer en quoi ces exigences sont en lien avec l'objet du marché ;
- le pouvoir adjudicateur a méconnu les obligations de publicité et de mise en concurrence concernant l'attribution des lots au-delà du délai de validité des offres, dès lors que :
 - o en premier lieu, la date de validité des offres inscrite dans l'acte d'engagement devait prévaloir sur le calendrier d'exécution du marché en cas de contradiction ;
 - o en second lieu, le CHU n'a pas respecté le délai d'expiration des offres en ce qu'il a informé sur les résultats de la consultation au-delà de l'expiration du délai prévu dans l'acte d'engagement ;qu'en outre, la date de notification du marché au titulaire était prévue de manière contractuelle dans le CCAP du marché litigieux en décembre 2023, donc l'attribution des lots devait intervenir impérativement avant cette date.
- la durée de validité des offres était excessive et a dépassé un délai raisonnable, ce délai étant totalement incohérent et injustifié au regard des stipulations du CCAP ; cette obligation de maintien pendant une durée aussi longue lui a causé un préjudice économique en raison de l'inflation grevant ses coûts de production depuis la remise des offres en juillet 2023 et la date contractuelle de notification du marché prévue en décembre 2023 ;
- le pouvoir adjudicateur n'a pas suffisamment motivé l'information sur les offres non retenues, ainsi que la raison pour laquelle l'offre pour le lot n° 100 a été déclarée irrégulière, entraînant l'illégalité de la procédure ;

- la clause de révision des prix est irrégulière, dès lors qu'elle est incomplète et, en réalité, ne constitue pas une véritable clause de révision des prix en ce qu'ils ne sont ni équilibrés ni transparents ;

- la procédure est irrégulière dès lors que le marché a été attribué en l'absence de contrôle des interdictions de soumissionner de la société attributaire.

Par deux mémoires en défense, enregistrés le 1er juillet 2024 et le 2 juillet 2024, le Centre Hospitalier Universitaire de Rouen, représenté par Me Sery, conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 2 000 euros soit mise à la charge de la société Sylamed au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que :

- la requête de la société requérante devra être rejetée comme étant irrecevable, d'une part, à l'encontre du lot n° 100 déclaré sans suite, d'autre part à l'égard du lot n° 107 en raison de l'irrégularité de l'offre de la société puisqu'elle ne respectait pas une exigence du marché ;

- la requête est en tout état de cause infondée, dès lors que :

o l'étendue de la gamme n'était pas un sous-critère occulte mais un élément d'appréciation du sous-critère parmi d'autres qui n'était pas survalorisé et n'était assorti d'aucune pondération ; qu'il relevait ainsi de la méthode de notation et n'avait pas à être porté à la connaissance des candidats ;

o l'exigence de labels n'était qu'un élément d'appréciation parmi d'autres de ce sous-critère dont la présentation était facultative et non une exigence qui s'imposait aux candidats ;

o s'il existe effectivement une contradiction entre l'acte d'engagement qui fixe un délai de validité des offres à 9 mois et l'article 3.5 du règlement de la consultation qui fixe ce délai à 11 mois, d'une part, l'ordre des priorités des pièces contractuelles ne vaut que lorsque le marché est signé ; aussi, lorsque la commission d'appel d'offres s'est prononcée le 31 mai 2024, elle l'a fait dans le délai imparti de 11 mois qui prime sur celui de 9 mois ; d'autre part, contrairement à ce que soutient la société requérante, le délai de validité des offres, qu'il s'agisse de 9 mois ou 11 mois, n'est pas excessivement long, dès lors qu'une série d'essais dans les services est nécessaire afin d'obtenir une validation préalable par différentes commissions institutionnelles, qui engendrent des contraintes opérationnelles nécessitant d'échelonner les essais sur plusieurs mois ; enfin, à supposer que le délai de 9 mois l'emporte sur le délai de 11 mois, l'absence de notification de l'attribution des lots dans ces délais n'a nullement lésé la société ;

o la clause de révision des prix est parfaitement régulière, en ce que, d'une part, il n'était pas tenu de prévoir une référence à un indice officiel de fixation des cours mondiaux, la clause de révision prévoit les modalités de calcul de la révision par référence à un barème Titulaire qui constitue les nouvelles propositions tarifaires, contrairement à ce que soutient la société Sylamed.

La procédure a été communiquée à la société Soineo et à la société LCH qui n'ont pas produit d'observations.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;

- le code de justice administrative.

Vu la décision du président du tribunal désignant Mme Van Muylder, vice-présidente, pour statuer sur les demandes de référé.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique, en présence de M. Mialon, greffier :

- le rapport de Mme Van Muylder,

- les observations de Me Vilerio, représentant la société Sylamed, qui conclut aux mêmes fins et insiste sur les moyens tirés de ce que l'étendue de gamme constituait en sous-critère, que le délai de validité des offres était expiré et que la clause de révision des prix était irrégulière et que ces manquements l'ont lésée ;

- et les observations de Me Villalard, représentant le CHU de Rouen Normandie qui conclut aux mêmes fins et par les mêmes moyens et insiste sur le fait que l'offre de la société requérante s'agissant du lot n° 107 était irrégulière dans la mesure où elle ne prévoyait d'une seule taille de tampon de gaze alors que le règlement de consultation, qui indiquait " toutes tailles ", devait être lu comme exigeant plusieurs tailles, que l'étendue des gammes ne constitue pas un sous-critère, qu'à supposer le délai de validité des offres expiré, la société requérante n'établit pas de lésion, que la clause de révision n'avait pas à respecter les exigences de l'article R. 2112-14 du code de la commande publique mais seulement celles de l'article R. 2112-13, et qu'elle produira les éléments sur la régularité des offres des sociétés attributaires afin de répondre au moyen dilatoire présenté par la société requérante.

Par une ordonnance du 3 juillet 2024, en application de l'article R. 773-44 du code de justice administrative, la clôture de l'instruction a été différée au 4 juillet 2024 à 14 heures.

Un mémoire a été enregistré le 4 juillet 2024, présentés pour la société Sylamed.

Un mémoire a été enregistré le 4 juillet 2024, présenté pour le CHU de Rouen, qui produit les éléments sur la régularité des offres des sociétés attributaires.

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ". Aux termes de l'article L. 551-2 du même code : " I. Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. () ". Aux termes de son article L. 551-3 : " Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés ".

2. En vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'opérateur économique qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur concurrent.

3. Le centre hospitalier universitaire (CHU) de Rouen Normandie a lancé une procédure, portant sur la conclusion d'un marché public ayant pour objet " la fourniture de dispositifs médicaux stériles d'usage courant regroupant des dispositifs d'abord parentéral et osseux, d'abord chirurgicaux, d'exploration, gants et compresses ". La consultation a été engagée sous la forme d'un appel d'offres ouvert, selon une procédure formalisée. Le marché public était alloué en 111 lots, les lots nos 100 à 107 concernaient, au sein de la rubrique " Consommable médical ", les " Compresses, tampons de gaze et mèche de gaze ". La société Sylamed a ainsi déposé sa candidature et ses offres pour les lots nos 100, 101, 102, 103, 107 et 111. A l'issue de l'analyse des offres, la société requérante a été informée par un courrier du 5 juin 2024 qu'elle était attributaire du lot n° 111, et que ses autres offres n'avaient pas été retenues, le lot n° 100 ayant fait l'objet d'une déclaration sans suite en raison d'une redéfinition du besoin. La société Sylamed demande au juge des référés, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler l'ensemble de la procédure de passation du marché litigieux, concernant les lots nos 100, 101, 102, 103, 107.

Sur les fins de non-recevoir opposées en défense :

4. En premier lieu, il résulte de l'instruction que la commission d'appel d'offres du CHU de Rouen, réunie le 31 mai 2024, a déclaré sans suite la procédure d'attribution du lot n° 100 du marché litigieux. Par suite, eu égard à la finalité assignée au référé préalable à la signature d'un contrat, les conclusions dirigées contre la procédure relative au lot n° 100 sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative étaient, dès leur introduction, dépourvues d'objet et, comme telles, irrecevables. Elles ne peuvent, dès lors, qu'être rejetées.

5. En second lieu, aux termes de l'article L. 2152-1 du code de la commande publique : " L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées ". Aux termes de son article L. 2152-2 : " Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale ". Aux termes de son article R. 2152-1 : " Dans les procédures adaptées sans négociation et les procédures d'appel d'offres, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées. / () Les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables au cours de la négociation ou du dialogue, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. Lorsque la négociation ou le dialogue a pris fin, les offres qui demeurent irrégulières ou inacceptables sont éliminées ". Enfin, aux termes de son article R. 2152-2 : " Dans toutes les procédures, l'acheteur peut autoriser tous les

soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. / La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles ".

6. Le règlement de la consultation d'un marché étant obligatoire dans toutes ses mentions, le pouvoir adjudicateur ne peut attribuer un marché à un candidat qui ne respecte pas une de ses prescriptions. À cet égard, lorsque l'irrégularité de l'offre du candidat évincé n'est pas le résultat du manquement qu'il dénonce, le pouvoir adjudicateur peut, alors même qu'il aurait procédé à l'examen et au classement de cette offre, se prévaloir de son caractère irrégulier pour soutenir, devant le juge des référés précontractuels, que celui-ci n'est pas susceptible d'être lésé par les manquements qu'il invoque à l'appui de son recours contestant la validité du contrat si, dans le cadre de la substitution de motifs ainsi sollicitée, il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce motif et que le candidat n'a pas été privé d'une garantie liée au motif substitué.

7. Il résulte de l'article 2.2.3 du CCTP, renvoyant à l'annexe 1 du BPU qui comportait le descriptif des lots et caractéristiques techniques attendues, que le CHU demandait aux candidats dans son acte d'engagement pour le lot n° 107 de proposer " toutes tailles " de tampon de gaze. Toutefois, l'imprécision de la mention " toutes les tailles " des tampons de gaze, se référant aux différentes dimensions exigées des tampons, ne permet pas de considérer que la société requérante avait méconnu une exigence du marché en présentant une offre irrégulière en tant qu'elle ne proposait qu'une dimension unique de tampon de gaze en plusieurs conditionnements. En outre, le CHU faisant valoir dans ses écrits ainsi que pendant ses observations orales, que la mention " toutes tailles " n'était pas un sous-critère mais seulement un élément d'appréciation de l'offre, cet élément ne peut être regardé comme une exigence conditionnant la régularité d'une offre. Par suite, la fin de non-recevoir soulevés par le CHU tiré de l'irrégularité de l'offre de la société Sylamed ne peut être accueillie.

Sur les conclusions présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

8. En premier lieu, aux termes de l'article L. 2152-7 du code de la commande publique " Le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. Les modalités d'application du présent alinéa sont prévues par voie réglementaire () " L'article R. 2152-11 du même code dispose : " Les critères d'attribution ainsi que les modalités de leur mise en œuvre sont indiqués dans les documents de la consultation ".

9. Il résulte des dispositions précitées que, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères et sous-critères d'attribution d'un marché public et les conditions de leur mise en œuvre sont nécessaires dès l'engagement de la procédure de passation d'un marché. Le pouvoir adjudicateur doit également porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation des sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection. Il n'est en revanche pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres.

10. L'article 8.2 du règlement de consultation prévoit deux critères de jugement des offres, le prix des prestations et la qualité, respectivement pondérés à 35 % et 65 % pour l'ensemble des lots. Le règlement de consultation précise que le critère du prix est apprécié à partir de deux sous-critères, le premier pondéré à 30 % relatif au calcul sur la base du DQE, le second pondéré à 5 % calculé sur la base de la fiche fournisseur " Conditions commerciales complémentaires - clause logistique ". Le critère de la qualité est quant à lui divisé en deux sous-critères, d'une part l'intérêt thérapeutique, technique et caractéristiques environnementales des produits proposés, pondéré à 60 %, d'autre part, la fiche prestation du fournisseur Formation - Approvisionnement, pondéré à 5 % et relatif au réseau de support technique pour accompagnement aux changements de pratiques, ainsi qu'à la sécurité d'approvisionnement.

11. Il résulte de l'instruction que la société Sylamed s'est vu rejeter ses offres présentées pour les lots nos 101, 102, 103, et 107 par le CHU de Rouen, pour le même motif selon lequel l'" étendue de gammes " n'était pas suffisant, la plaçant en 2ème position pour les lots nos 101, 102 et 103 et en 3ème position pour le lot n° 107. Si, en défense, le CHU de Rouen fait valoir que l'étendue de gamme était un élément d'appréciation pour l'analyse des offres et que celui-ci ne se rapportait pas à un sous-critère qui aurait dû être inscrit dans le règlement de consultation, il ressort des mêmes

déclarations du CHU de Rouen, dans ses écrits ainsi que dans ses observations orales à l'audience, que cette étendue de gamme était d'une importance telle dans l'appréciation des offres que les sociétés candidates devaient présenter des tailles de produits adaptées à chaque service pour se voir attribuer la meilleure note, et que la société présentant le plus grand nombre de taille obtenait une meilleure note au sous-critère technique du critère de la qualité. Dès lors, le CHU de Rouen doit être regardé, en ayant pris en compte dans son niveau d'évaluation cette " étendue de gamme ", comme ayant fait usage d'un sous-critère à part entière, dont au demeurant il ne précise pas le poids relatif dans la notation du critère de la qualité. Ce sous-critère n'ayant pas été préalablement porté à la connaissance des candidats à la consultation, et la société Sylamed n'ayant obtenue, pour les lots nos 101, 102, 103 et 107, respectivement et seulement les notes de 5,30 sur 6,50, 4,10 sur 6,50, 2,90 sur 6,50 et 2,90 sur 6,50, contre 6,50 sur 6,50, 6, 50 sur 6,50, 4,10 sur 6,50 et 4,10 sur 6,50 pour les sociétés attributaires, et alors qu'elle devançait sur tous les lots les sociétés attributaires sur le critère du prix, elle est fondée à soutenir que le CHU de Rouen a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

12. Par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, il y a lieu d'annuler l'ensemble de la procédure de passation des lots nos 101, 102, 103 et 107 pour le marché de fourniture pour des dispositifs médicaux stériles d'usage courant. Il y a dès lors lieu d'enjoindre au CHU de Rouen, s'il entend conclure ce contrat, d'engager une nouvelle procédure d'attribution. Sur les frais liés au litige :

13. Aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : " Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. ".

14. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société Sylamed, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que le CHU de Rouen demande au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Il y a lieu, en revanche, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge du CHU de Rouen une somme de 1 500 euros au titre des frais exposés par la société Sylamed et non compris dans les dépens.

O R D O N N E :

Article 1er : La procédure engagée par le Centre Hospitalier Universitaire de Rouen pour l'attribution des lots nos 101, 102, 103 et 107 du marché de fourniture de dispositifs médicaux stériles d'usage courant est annulée dans son ensemble.

Article 2 : Il est enjoint au Centre Hospitalier Universitaire de Rouen, s'il entend toujours conclure un tel marché, de reprendre intégralement la procédure de passation des lots nos 101, 102, 103 et 107 de ce marché en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Article 3 : Le Centre Hospitalier Universitaire de Rouen versera à la société Sylamed une somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Sylamed, à la société Soineo, à la société LCH et au Centre Hospitalier Universitaire de Rouen.

Fait à Rouen, le 5 juillet 2024.

La juge des référés

Signé

C. Van Muylder

Le greffier,

Signé

J.-B. Mialon

La République mande et ordonne à la ministre du travail, de la santé et des solidarités en ce qui la concerne, et 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.

Pour expédition conforme,

Le greffier,

J.-B. MIALON