

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE TOULOUSE**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

N°1205236

**BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE
HOSPITALIERE**

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Jobart
Juge des référés

Le Tribunal administratif de Toulouse,

Ordonnance du 10 décembre 2012

Le juge des référés,

Vu la requête, enregistrée le 30 novembre 2012 sous le n°1205236, présentée pour le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE, dont le siège est au 8 rue Alfred de Vigny à Besançon (25000), prise en la personne de son représentant légal, par Me Thiriez ; le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE demande au juge administratif des référés, sur le fondement de l'article L. 551-2 du code de justice administrative :

- d'annuler la procédure de passation du lot n° 1 du marché public portant sur des services d'assurances responsabilité civile, dommages aux biens, automobiles, risques statutaires initiée par le centre hospitalier de Cahors en juin 2012 ;
- de mettre à la charge du centre hospitalier de Cahors la somme de 2 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et la somme de 35 euros au titre de l'article R. 761-1 du code de justice administrative ;

Le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE soutient que :

- le centre hospitalier de Cahors a lancé en juin 2012 une procédure d'appel d'offres ouvert en publiant au BOAMP un avis d'appel public à la concurrence le 27 juin 2012 ; la date limite de dépôt des offres a été fixée au 24 septembre 2012 à 12 heures ; le requérant a vu son offre rejetée par un courrier en date du 16 novembre 2012 sans aucune motivation ; il a sollicité par lettre du 21 novembre 2012 la communication des motifs du rejet de son offre et des caractéristiques de l'offre retenue ; au 30 novembre, il n'a reçu aucune réponse ;
- l'absence de respect par le pouvoir adjudicateur des dispositions des articles 80 et 83 du code des marchés publics constitue un manquement à ses obligations de transparence et de mise en concurrence ;
- le requérant ne pouvant comprendre le rejet de son offre est donc lésé ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 5 décembre 2012, présenté par le centre hospitalier de Cahors qui conclut au rejet de la requête ;

Le centre hospitalier de Cahors soutient que :

- conformément à l'article 80 du code des marchés publics, il a notifié au requérant le rejet de son offre et attendu dix jours avant la signature du marché ;
- conformément à l'article 83 du code des marchés publics, il a communiqué le 30 novembre 2012 les informations demandées par le requérant dans le délai imparti de quinze jours à compter de la réception de sa demande ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 6 décembre 2012, présenté pour le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE, concluant, par les mêmes moyens, aux mêmes fins que la requête et demandant en outre à ce que soit mise à la charge du centre hospitalier de Cahors une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Le requérant soutient en outre que :

- le centre hospitalier n'a pas respecté l'article 80 du code des marchés publics en ne précisant pas dans sa lettre les motifs du rejet et le nom de l'attributaire ; (Tlse 1201092) la communication des motifs en vertu de l'article 83 du même code est trop sommaire et opaque ;
- le centre hospitalier a méconnu l'article 53 I du code des marchés publics car il a utilisé un critère relatif aux capacités professionnelles telles que mentionnées à l'article 9/1.1 du règlement de consultation pour apprécier les offres, l'article 10.3 prévoyant un critère « références de prestations équivalentes » pondéré à 15 % ; ceci a lésé le requérant qui, nonobstant ce critère, aurait été classé premier ;
- la méthode de notation est irrégulière car c'est les rangs de classement sur chaque critère et non des notes qui ont ensuite été pondérés, ce qui ne reflète pas les écarts de prix ;
- le centre hospitalier n'a pas indiqué les éléments et conditions de mise en œuvre des critères dans l'article 10.3 du règlement de la consultation, notamment pour l'appréciation de la valeur économique des offres et du niveau de garantie ;

Vu le deuxième mémoire en défense, enregistré le 6 décembre 2012, présenté par le centre hospitalier de Cahors, concluant aux mêmes fins que dans ses précédentes écritures et pour les mêmes motifs ;

Le centre hospitalier soutient en outre que :

- le critère des références de prestations équivalentes est possible et justifié par l'objet du marché selon l'article 53 I 1° du code des marchés publics ;
- la méthode de notation par classement, effectué à l'unanimité est conforme à l'article 53 du code des marchés publics ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision en date du 1^{er} octobre 2012 par laquelle le président du tribunal a désigné M. Jobart comme juge des référés ;

Après avoir entendu, à l'audience publique du 7 décembre 2012, à laquelle les parties ont été régulièrement convoquées :

- le rapport de M. Jobart, juge des référés,
- les observations de Me Juffroy, pour le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE, qui soutient que le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté l'article 80 du code des marchés publics, ses lettres ne donnant aucun justificatif des notes attribuées ; que le dossier de consultation est contraire à l'article 53 du code des marchés publics car le critères des références de prestations équivalentes est un critère de sélection des candidatures qui ne pouvait être à nouveau utilisé pour l'appréciation des offres et car le dossier de la consultation ne donne aucune information sur les éléments d'appréciation des critères ; que le tableau d'analyse des offres ne pondère pas des notes mais des classements sur chaque critère, que cette notation n'est pas objective, ne reflète pas les écarts entre les valeurs intrinsèques des offres et fausse le jeu de la concurrence ;
- les observations de Mme Darquier, pour le centre hospitalier de Cahors, qui soutient que ce dernier a rempli ses obligations de publicité et de mise en concurrence de bonne foi et a respecté les articles 80 et 83 du code des marchés publics ;

Sur l'application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans sa rédaction applicable à l'espèce : « *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* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 du même code : « *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 » ; qu'aux termes de l'article L. 551-3 du même code : « Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-10 du même code : « Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. (...) » ; qu'aux termes de l'article R. 551-1 du code de justice administrative : « Le représentant de l'Etat ou l'auteur du recours est tenu de notifier son recours au pouvoir adjudicateur. Cette notification doit être faite en même temps que le dépôt du recours et selon les mêmes modalités. Elle est réputée accomplie à la date de sa réception par le pouvoir adjudicateur. » ;

2. Considérant que par un avis d'appel public à la concurrence publié au BOAMP le 27 juin 2012, le centre hospitalier de Cahors a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert relative à la passation d'un marché public portant sur des services d'assurances responsabilité civile, dommages aux biens, automobiles, risques statutaires ; que la date limite de dépôt des offres a été fixée au 24 septembre 2012 à 12 heures ; que le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE a vu son offre rejetée par un courrier en date du 16 novembre 2012 sans aucune motivation ; qu'il a sollicité, par lettre du 21 novembre 2012, la communication des motifs du rejet de son offre et des caractéristiques de l'offre retenue ;

3. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 80 du code des marchés publics : « Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée autre que celle prévue au II de l'article 35, le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet. / Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature. / Un délai d'au moins seize jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue aux alinéas précédents et la date de conclusion du marché. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de la notification à l'ensemble des candidats intéressés. / La notification de l'attribution du marché ou de l'accord-cadre comporte l'indication de la durée du délai de suspension que le pouvoir adjudicateur s'impose, eu égard notamment au mode de transmission retenu. » ; qu'aux termes de l'article 83 du code des marchés publics, « Le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat écarté qui n'a pas été destinataire de la notification prévue au 1° du I de l'article 80 les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dans les quinze jours de la réception d'une demande écrite à cette fin. / Si le candidat a vu son offre écartée alors qu'elle n'était aux termes de l'article 35 ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, le pouvoir adjudicateur est en outre tenu de lui communiquer les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre. » ; que l'information sur les motifs du rejet de son offre dont est destinataire un candidat en application des dispositions précitées a, notamment, pour objet de permettre à la société non retenue de contester utilement le rejet qui lui est opposé devant le juge du référé précontractuel saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; que par suite l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence ; que, cependant, un tel manquement n'est plus constitué si l'ensemble des informations mentionnées aux articles 80 et 83 précités a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice

administrative, et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction ; que le centre hospitalier de Cahors, par une lettre du 16 novembre 2012, n'a pas informé le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE des motifs du rejet de son offre ni du nom de l'attributaire du marché ; que, par un courrier, en date du 21 novembre 2012, le requérant a demandé la communication des motifs du rejet de son offre, ainsi que le nom de l'attributaire du marché et les avantages et caractéristiques de l'offre retenue ; que, par un courrier en date du 30 novembre 2012, reçu par le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE le jour même, le centre hospitalier de Cahors a indiqué au requérant les motifs du rejet de son offre, le nom de l'attributaire, ainsi que les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre de cet attributaire ; que ces informations, qui répondent aux prescriptions des articles 80 et 83 du code des marchés publics, ont mis en mesure le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE de contester utilement son éviction devant le juge du référé précontractuel ; qu'ainsi, aucun manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ne peut être reproché à ce titre au centre hospitalier de Cahors ;

4. Considérant en deuxième lieu qu'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 ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise 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 lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ; que si le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE soutient que le centre hospitalier de Cahors a noté la valeur économique des offres des candidats en tenant compte non des écarts de prix mais du rang de classement des offres selon leur valeur économique, cette méthode de notation, bien que sommaire, n'est pas inobjective et sans lien avec la valeur des offres ; que, de plus, il ressort de l'instruction que la société requérante a reçu la meilleure note possible sur le critère de la valeur économique, soit 3 / 3 ; qu'ainsi, il ne résulte pas de l'instruction que la société requérante soit susceptible d'avoir été lésée ou risque d'être lésée par cette méthode de notation ; que, compte tenu de l'office du juge des référés précontractuels, tel qu'il a été défini ci-dessus, le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE ne peut, dès lors, se prévaloir d'un tel manquement à l'appui de sa requête ;

5. Considérant en troisième lieu, qu'aux termes de l'article 53 du code des marchés publics, « I.-Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ; / 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix. / II.- Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération. / Le poids de chaque critère peut être exprimé par une fourchette dont l'écart maximal est approprié. / Le pouvoir adjudicateur qui estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible notamment du fait de la complexité du marché, indique les critères par ordre décroissant

d'importance. / Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation (...) » ; 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 d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné ;

6. Considérant qu'il résulte de l'instruction que pour l'attribution du marché du lot n° 1 « Assurance responsabilité civile et protection juridique », le centre hospitalier de Cahors a retenu trois critères portant d'une part sur la valeur économique de l'offre, d'autre part sur le niveau de garantie de l'offre et enfin sur les références de prestations équivalentes ; que ces critères ont été pondérés respectivement à hauteur de 65 %, 20 % et 15 % ; qu'en donnant une place substantielle aux critères de la valeur économique et du niveau de garantie sans fournir dans le règlement de consultation la moindre indication sur les éléments d'appréciation de ces critères, le centre hospitalier de Cahors s'est octroyé une liberté de choix discrétionnaire et n'a pas, par suite, organisé un examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ; que le centre hospitalier de Cahors a donc commis un manquement aux obligations de mise en concurrence de nature à léser la société requérante ;

7. Considérant en quatrième lieu qu'aux termes du I de l'article 52 du code des marchés publics, « (...) *Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions de l'alinéa précédent sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées. / L'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats. (...) » ; qu'aux termes de l'article 9.1.1 « Documents pour la candidature » du règlement de la consultation, un candidat doit notamment présenter, pour l'acceptation de sa candidature, le DC2 et « Les certificats de qualifications professionnelles. La preuve de la capacité du candidat peut être apportée par tout moyen, notamment par des références attestant de la compétence du candidat à réaliser la prestation pour laquelle il porte sa candidature. » ; qu'aux termes de l'article 10.3 « Jugement des offres » du même règlement, « Références de prestations équivalentes lots 1-2 et 3 : 15 % » ; qu'en introduisant au stade de l'examen des offres, un critère qui est pris en compte, sur le fondement des dispositions de l'article 52 sus-rappelées au titre de la capacité professionnelle, technique et financière, pour apprécier la recevabilité des candidatures, le centre hospitalier de Cahors a entaché d'irrégularité la procédure de passation du marché litigieux ; que dans l'hypothèse où un tel critère n'aurait pas été pris en considération pour la notation des offres, le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE aurait obtenu une note de 2, 15 / 2, 55 et aurait vu son offre classée première, alors que l'actuel attributaire du marché aurait obtenu la note de 1, 9 / 2, 55 et aurait vu son offre classée deuxième ; que le centre hospitalier de Cahors a ainsi commis un second manquement aux obligations de mise en concurrence de nature à léser la société requérante ;*

8. Considérant qu'il résulte des points 6 et 7 qu'il y a lieu d'annuler la procédure d'appel d'offres du lot n° 1 du marché public portant sur des services d'assurances responsabilité civile, dommages aux biens, automobiles, risques statutaires initiée par le centre hospitalier de Cahors en juin 2012 ;

Sur les dépens :

9. Considérant qu'aux termes de l'article R. 761-1 du code de justice administrative : « Les dépens comprennent la contribution pour l'aide juridique prévue à l'article 1635 bis Q du code général des impôts, ainsi que les frais d'expertise, d'enquête et de toute autre mesure d'instruction dont les frais ne sont pas à la charge de l'Etat. / Sous réserve de dispositions particulières, ils sont mis à la charge de toute partie perdante sauf si les circonstances particulières de l'affaire justifient qu'ils soient mis à la charge d'une autre partie ou partagés entre les parties. / L'Etat peut être condamné aux dépens. » ;

10. Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre la contribution pour l'aide juridique d'un montant de 35 euros acquittée par le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE à la charge du centre hospitalier de Cahors ;

Sur les frais non compris dans les dépens :

11. Considérant qu'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. » ; qu'aux termes de l'article R. 761-1 du code de justice administrative : « Les dépens comprennent les frais d'expertise, d'enquête et de toute autre mesure d'instruction dont les frais ne sont pas à la charge de l'Etat. Sous réserve de dispositions particulières, ils sont mis à la charge de toute partie perdante sauf si les circonstances particulières de l'affaire justifient qu'ils soient mis à la charge d'une autre partie ou partagés entre les parties. L'Etat peut être condamné aux dépens » ;

12. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du centre hospitalier de Cahors la somme de 1 200 euros au titre des frais exposés par le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE et non compris dans les dépens ;

ORDONNE :

Article 1er : La procédure engagée le 27 juin 2012 par le centre hospitalier de Cahors en vue de la passation du lot n°1 du marché portant sur des services d'assurances responsabilité civile, dommages aux biens, automobiles, risques statutaires est annulée.

Article 2 : Le centre hospitalier de Cahors versera au BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE la somme de 1200 € (mille deux cents euros) au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 3: Le surplus des conclusions du BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée au BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE et au centre hospitalier de Cahors.

(copie pour information à la société SHAM, ancien attributaire du lot litigieux).

Fait à Toulouse, le 10 décembre 2012

Le juge des référés,

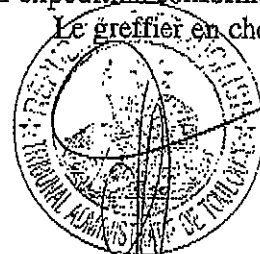
Le greffier,

M. Jobart

Mme Rouquet

La République mande et ordonne au préfet du Lot, en ce qui le 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 en chef,



Le Greffier
Josyane M. C. S. Y.