

Jugement du 29 juin 2017 - 3<sup>è</sup> ch

N°1502262

Bureau Européen d'Assurance Hospitalière c/ CH de Gonesse

*marché public d'assurance - passation - recours Tarn et Garonne : intérêt à agir d'un candidat évincé et opérance des moyens soulevés - offre irrégulière - conflit d'intérêt - indemnisation*

Quels moyens un candidat évincé peut-il soulever dans le cadre d'un recours Tarn-et-Garonne ?

## CONCLUSIONS DU RAPPORTEUR PUBLIC

Il s'agit ici d'un litige portant sur la passation d'un MP d'assurance conclu par le CH de Gonesse, et pour lequel vous allez devoir faire application de la JP Département du Tarn et Garonne et du nouveau dispositif créé à cette occasion.

Le CH de Gonesse a lancé à la fin du mois de juillet 2014 une consultation en vue de l'attribution d'un marché public d'assurances composé de deux lots séparés. La société Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH) a remis une offre au titre du n° 1 « responsabilité civile », celle-ci a été écartée au profit de l'offre de la société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM), attributaire.

La sté BEAH, candidat évincé, vous demande d'annuler ce marché qui a finalement été conclu le 2 décembre 2014 pour une durée de cinq ans et la société SHAM mais elle a également présenté des ccls indemnitaires en réparation du préjudice subi du fait de son éviction.

Rappelons quelques traits fondamentaux du nouveau mécanisme inauguré par l'arrêt d'assemblée Tarn et Garonne (CE 4 avril 2014 358994 aux ccls Dacosta) et qui achève la mutation du contentieux contractuel.

Ce nouveau recours, précisé par la décision CE 5 février 2016 Synd mixte des transports en commun Hérault transport 383149 au rec, établit une distinction entre 2 catégories de tiers, de laquelle découle un mécanisme à double filtre :

- certains sont qualifiés de tiers "privilegiés" puisqu'ils sont toujours recevables, de par leur qualité, à contester la validité du contrat : il s'agit du préfet et des membres de l'organe délibérant de la collectivité locale concernée. Et à cet intérêt à agir "par principe" de par leur qualité, s'ajoute la faculté qui leur est accordée de soulever tout moyen

- les autres tiers, et on pense notamment au candidat évincé, ne sont recevables à saisir le juge du contrat que s'ils démontrent qu'ils sont susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou les clauses du contrat contesté : c'est le 1<sup>er</sup> filtre. Et à cette exigence au stade de la recevabilité, s'en ajoute une 2<sup>nd</sup>e au stade de cette fois-ci des moyens invocables, puisque ces tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se

prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office : c'est le 2nd filtre.

Ainsi la sté requérante a bien intérêt à agir, toutefois elle ne peut pas soulever tout moyen. Comme l'a rappelé le CE dans sa décision CE 5 fév 2016 383149 Sync mixte transports en commun Hérault transports 383149 au Rec, le candidat évincé ne peut en effet, à l'appui d'un recours contestant la validité du contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction." Ainsi tous les moyens ne sont pas opérants.

Mais cela signifie t-il que tout manquement à une règle de publicité et de mise en concurrence soulevé par le candidat évincé, vous conduira invariablement à sanctionner le contrat attaqué ? Pour être plus précis, devez vous ici adopter la même logique que celle qui prévaut dans le contentieux précontractuel depuis la JP SMIRGEOMES ?

Oui si l'on en croit B Dacosta qui concluait sous l'affaire Départ T&G : *"Vous avez déjà admis, en ce qui concerne le référé précontractuel, que le requérant ne puisse invoquer utilement un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence que si ce manquement a été susceptible de le léser. Certes, en l'espèce, vous pouviez vous appuyer sur un texte. Mais, même sans texte, compte tenu de ce qui justifie un accès du tiers au juge du contrat, nous ne voyons pas d'obstacle de principe à ce que vous recherchiez si l'illégalité dont celui-ci se prévaut est en relation avec l'intérêt invoqué."*(p14)

Et cette lecture est confirmée par O Henrard dans ses ccls sous Hérault Transports : *" les tiers ont accès au juge du contrat uniquement pour obtenir réparation de la lésion d'un intérêt dont ils peuvent légitimement se prévaloir. L'opérance d'un moyen, dans ces conditions, ne peut être appréciée que de façon très concrète, au cas par cas, au regard de la réalité de l'intérêt invoqué, d'abord, puis de l'intensité du rapport avec la lésion de cet intérêt, ensuite. (...) Il conviendra donc de mettre en œuvre, pour apprécier l'opérance des moyens dans le cadre du recours Tarn-et-Garonne, une logique analogue à celle de la jurisprudence déjà citée SMIRGEOMES en matière de référé précontractuel."*

On semble donc s'orienter vers une assimilation. Cependant la situation n'est peut-être pas aussi simple, au regard des développements suivants d'O.Henrard :*"Nous disons bien analogue mais pas identique. Compte tenu de l'office des différents juges et des exigences spécifiques au recours Tarn-et-Garonne, le Conseil d'Etat pourrait très bien porter une appréciation différente sur l'opérance d'un même moyen au stade du référé précontractuel, puis du recours contre le contrat. Cette géométrie variable opèrerait dans les deux sens : des moyens inopérants dans le cadre de SMIRGEOMES ne le seraient pas dans le cadre de Tarn-et-Garonne et vice-versa. "*

La situation se complique notablement ! O.Henrard fournit ensuite quelques illustrations s'agissant des tiers évincés :

*"S'agissant de l'opérance des moyens tirés de la méconnaissance d'une règle de publicité ou de mise en concurrence (...), la logique de contentieux subjectif qui est celle de Tarn-et-Garonne exclut que tout manquement de cette nature puisse être invocable par principe : là encore, la règle dont la violation sera invoquée devra être en rapport direct avec l'éviction. (...)."*

Il ajoute : *"Les moyens dirigés contre les irrégularités qui affectent l'analyse des offres seront assez naturellement en rapport direct avec l'éviction d'une offre régulière. Ils seront donc opérants sous cette condition dans le cadre de Tarn-et-Garonne, alors qu'ils ne le sont en principe pas dans le cadre du référé précontractuel."*

Au final, et en présence d'un recours introduit comme ici par un candidat évincé, nous comprenons que sont opérants :

- d'une part les manquements aux règles applicables à la passation du contrat qui sont en rapport direct avec son éviction, c'est-à-dire qui ont exercé une influence effective : ce pourra être des moyens tirés de la méconnaissance d'une règle de publicité ou de mise en concurrence, mais aussi des moyens dirigés contre des irrégularités affectant l'analyse des offres,
- d'autre part les vices identifiés par la JP Béziers 1, c'est-à-dire affectant le contenu du contrat, le consentement des parties ou tout vice d'une particulière gravité que le JA devrait relever d'office.

Venons-en à la requête, et examinons dans un 1er temps ses ccls en annulation :

La sté BEAH soulève un certain nombre de moyens affectant la conclusion du contrat litigieux

Elle soutient tout d'abord qu'en modifiant, lors de l'analyse des offres et sans en informer les candidats, la pondération affectée aux critères d'évaluation de la valeur des offres, le pouvoir adjudicateur a méconnu les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics ainsi que les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Or le manquement est avéré, la pondération mise en oeuvre lors de l'analyse et du classement des offres a effectivement été modifiée au regard de ce qui avait été annoncé dans le RC et dans l'AAPC. En effet si la pondération des critères devait être : critères techniques 40 % / prix 30 % / critères de gestion: 30 %, elle a été en réalité : critères techniques 50 % (au lieu de 40%) / prix 30 % / critères de gestion: 20 % (au lieu de 30%)

Quel impact ce manquement a-t-il eu sur le classement ? Selon nos calculs, aucun ! Certes la SHAM classée 1ère avec 18,05 pts elle n'aurait eu 17,97 si la pondération annoncée avait été appliquée. Mais dans le même temps le BEAH classé 2ème avec 17,55 pts n'aurait eu que 17,20 points : l'ordre d'arrivée serait resté le même, l'écart aurait même été plus élevé (écart de -0,77 contre -0,50).

Donc s'il y a bien eu manquement, celui-ci a été sans effet en ce sens qu'il est sans rapport direct avec l'intérêt lésé de la sté requérante, il n'est pas non plus un moyen que vous devriez relever d'office. Par suite il pourra être écarté comme inopérant. On perçoit bien ici toute la différence avec la logique dégagée par la JP Tropic travaux signalisation.

Puisque nous en sommes à traiter des critères et de leur pondération, vous pourrez écartier le moyen tiré de l'absence d'indication de la pondération des sous-critères, soulevé dans les 1ères écritures de la requérante. En effet, comme le rappelle la SHAM en défense, seule la pondération des critères doit être portée à la connaissance des candidats aux termes de l'art 53 du CMP, la pondération de sous-critères ne devant leur être indiqués que si eu égard à leur nature et à leur importance, cette pondération est susceptible d'influencer la présentation des offres des candidats (CE 18 juin 2010 Cne de Saint Paul de Mons 337377 ; CE 23 mai 2011 Cne d'Ajaccio 339406).

Abordons le moyen suivant :

Selon la sté requérant, le CH de Gonesse aurait retenu une offre irrégulière, méconnaissant ainsi les dispositions des articles 53 et 58 du code des marchés publics.

C'est l'article 35 CMP qui définit, ou plutôt définissait, l'offre irrégulière comme étant incomplète ou ne respectant pas les exigences formulées dans l'AAPC ou dans les documents de la consultation. En effet, les pièces du marché sont obligatoires dans toutes leurs mentions, une offre qui ne les respecterait pas serait irrégulière et devrait pas suite être rejetée (pour un ex : CE 23 novembre 2005 Société Axialogic 267494 aux T ou pour le cas d'une offre méconnaissant les stipulations du CCTP prescrivant les matériaux à utiliser : CE 23 juillet 2012 Cne de Barbechat 359103). Toutes les pièces exigées par les documents de consultation doivent être présentes, et l'offre doit être chiffrée (CE, 8 mars 1996, M.A..., n° 133198) et indiquer par ex le matériel qui sera utilisé en cas d'attribution du marché, dès lors que cette information était exigée (CE 12 janvier 2011 Département du Doubs 343324). Encore récemment, le CE a rappelé qu'un bordereau de prix incomplet rendait l'offre irrégulière (CE 25 mars 2013 Département de l'Hérault 364824). Le pouvoir adjudicateur se trouve même en situation de compétence liée pour écartier une offre irrégulière : il est tenu de ne pas la classer : CAA Douai 16 mai 2012 Sté NHV 11DA00727. Et pour une illustration s'agissant d'une offre irrégulière pour ne pas avoir respecté le RC : CE 23 mai 2011 Cne d'Ajaccio 339406 aux T (ici un planning était exigé des candidats, or l'attributaire avait omis de le joindre avec son offre : celle-ci était donc irrégulière).

Précisons que certaines omissions peuvent exceptionnellement être sans conséquence sur la régularité de l'offre lorsque le manquement est à la fois formel et dénué de toute portée. Toutefois, « L'erreur ou l'omission ne doit pas modifier le sens ni la validité de l'engagement du soumissionnaire », pour reprendre une formule d'un arrêt cité (CE, 8 mars 1996, M. A...133198). Et dernière remarque, la vérification de la régularité des

offres relève de votre contrôle « normal » et n'est donc pas limité au contrôle de l'EMA (CE 23 novembre 2005 Société Axialogic 267494 aux T).

Ici qu'en est-il ?

Le RC indiquait que "le candidat présente son offre entièrement renseignée obligatoirement selon les cadres de réponse financiers de prix ; l'offre du candidat est libellée en euros, avec 2 décimales au maximum ; l'offre de prix du candidat indique pour l'ensemble des garanties demandées, un taux net de prime annuelle globale applicable soit sur l'EPRD du CH, soit sur la masse salariale ; le candidat indique clairement le montant total net HT et TTC de la prime annuelle qui en découle" (art 80.2 RC). On comprend donc que le détail des primes devait à chaque fois comporter un montant en euros, assis sur 2 assiettes possibles : soit l'EPRD, soit la masse salariale. Et le CCAP en son art 6 reprend bien ces 2 seules assiettes susceptibles d'être proposées pour le calcul de la prime.

Ces mentions étaient-elles obligatoires ? Assurément puisque le RC précisait que "les offres qui ne respecteront pas les dispositions du présent article et les offres insuffisamment renseignées ou qui ne comporteront pas les documents demandés ne seront pas étudiées et seront écartées de l'attribution" (art 8.01 RC).

Or à la lecture de l'offre de la SHAM, attributaire, il apparaît que sur certains risques celle-ci a indiqué un taux net de prime annuel assis sur le CA de l'établissement ou sur le nombre de personnes à assurer, et non sur la masse salariale ou l'EPRD tel que prévu dans le dossier de consultation. Elle n'a donc pas utilisé les assiettes de calcul mentionnées. Et dès lors qu'elle ne disposait pas du montant des assiettes qu'elle retenait, elle n'a pas pu libeller son offre en euros sur chacun de ces postes. Alors certes, comme cela est indiqué en défense, son prix était "déterminable" par le pouvoir adjudicateur qui lui connaissait les montants d'assiette. Pour autant l'attributaire n'a pas respecté le cadre de réponse qui était très explicite et précisé dans les documents de la consultation, et si ce manquement n'a certes pas affecté toutes les rubriques, 4 d'entre elles sont non conformes : les rubriques 9.11, 9.16, 9.20 et 9.21 sur un total de 22 rubriques, soit 18%. Et pour ces 4 rubriques, les assiettes utilisées sont non conformes et le candidat ne s'est pas engagé sur un montant net de prime annuelle libellé en euros à 2 décimales près : son offre nous paraît à ce titre irrégulière.

Ce manquement avéré est-il de ceux que vous devriez relever d'office ? Non.

Est-il en rapport direct avec les intérêts lésés de la Sté requérante : oui dès lors que l'offre de l'attributaire était irrégulière, elle n'aurait pas dû être retenue. Vous pourrez ici faire application d'une JP du Juge du référé précontractuel : l'offre retenue étant irrégulière, ce choix a nécessairement eu un impact sur le choix de l'attributaire dès lors que le choix de l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu est susceptible d'avoir lésé le candidat qui invoque ce manquement, à moins qu'il ne résulte de l'instruction que sa candidature devait elle-même être écartée, ou que l'offre qu'il présentait ne pouvait qu'être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable : vous aurez reconnu le fichage de la décision CE 11 avril 2012 Syndicat Ody 1218 newline du

Lloyd's de Londres et Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH) 354652 aux T : le manquement est bien opérant et est fondé.

Signalons un deuxième manquement en lien avec ce moyen : lors de la notation du critère prix, le pouvoir adjudicateur n'a pas estimé les montants - manquants - de l'offre de la SHAM, de sorte que l'offre de prix de l'attributaire a été sous-estimée pour ne pas porter sur l'ensemble des risques à assurer. Il y a bien rupture d'égalité avec les autres candidats. Quel a été l'impact sur le choix des offres ?

En défense le CH reconnaît son erreur mais indique que les montants concernés par cet oubli seraient très faibles : même si elle ne les chiffre pas dans ses écritures, un chiffre de 4 026 € semble ressortir du rapport d'analyse des offres, montant qui est effectivement anecdotique au regard du montant du marché. Et si un tel manquement n'a alors pas eu d'impact véritable sur le critère du prix et sur le classement des offres, il n'en reste pas moins que ce montant de 4 026 € n'est nullement démontré de sorte que vous ne pouvez mesurer l'impact de cet oubli dans le classement final. Cependant si vous nous suivez vous pourrez retenir d'autres moyens.

Passons au moyen suivant : le pouvoir adjudicateur aurait commis une erreur manifeste d'appréciation dans l'évaluation des sous-critères « montants garantis et franchises appliquées » et « qualité des systèmes de conseils et d'aide à la prévention et à la gestion des risques.

Selon BEAH, les montants garantis proposés par les candidats étaient notablement différents...et nettement plus élevés pour le BEAH. Pourtant le même nombre de points a été attribué : 20 pts, au BEAH et à la SHAM.

A la lecture du tronc commun de réponse, nous n'avons pas identifié de différences sur les rubriques 9.1 et 9.2. Des écarts parfois conséquents apparaissent ensuite sur les autres rubriques. Cependant :

- ces écarts ne sont pas toujours en faveur du BEAH
- certains montants garantis ont pu paraître excessifs au regard des risques encourus, allant au-delà des besoins du CH (ex : pollutions atteintes à l'environnement : 12,5 M€, matériel livré...) : ces montants qui pouvaient excéder les besoins du pouvoir adjudicateur n'avaient donc pas à être valorisés
- et ces écarts doivent être relativisés : si la SHAM prévoit un montant garanti par sinistre parfois + faible, le montant annuel qu'elle garantit est souvent plus élevé.

Nous n'avons donc pas identifié d'EMA sur ce point.

Nous n'avons pas davantage identifié d'EMA ou de dénaturation de l'offre de la sté requérante qu'aurait commis le CH de Gonesse en estimant qu'elle n'avait pas émis de proposition particulière sur la gestion des risques au regard du contenu de sa proposition.

Le moyen suivant tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 46 du code des marchés publics, manque selon nous en fait dès lors que la SHAM justifie avoir produit les documents attestant de ses capacités.

Nous serons également très brefs sur le contenu des notes de couvertures qui constituent une spécificité des polices d'assurance, et si la SHAM reconnaît avoir commis une erreur de plume s'agissant des montants garantis mentionnés dans ces documents, qui n'ont pas de valeur contractuelle, elle produit un courrier en date du 3 août 2015 dans lequel elle confirme les montants de ses garantis indiqués dans son offre. Le moyen manque donc en fait.

Reste le dernier moyen, qui nous semble lui aussi devoir être retenu.

La sté BEAH soutient que le contrat litigieux serait entaché d'un conflit d'intérêt, dès lors que le directeur du centre hospitalier de Gonesse était, à l'époque de la consultation, membre du conseil d'administration de la SHAM.

Cette notion de conflit d'intérêt a d'abord été définie au niveau européen. Ainsi, pour l'OCDE (sommet des 15 et 16 avril 2004), «*Un "conflit d'intérêts" implique un conflit entre la mission publique et les intérêts privés d'un agent public, dans lequel l'agent public possède à titre privé des intérêts qui pourraient influencer indûment la façon dont il s'acquitte de ses obligations et de ses responsabilités.*» Dans un guide pratique rédigé par l'office européen de lutte anti-fraude et destiné tant aux pouvoirs adjudicateurs qu'aux organismes chargés de les contrôler, la survenance de ce risque au stade de la préparation et de la procédure d'attribution d'un MP, peut se concrétiser de plusieurs manières : ainsi une personne qui participe à la rédaction des documents peut tenter d'exercer, directement ou indirectement, son influence sur la procédure d'attribution, afin de permettre à un proche d'y prendre part. Il peut également s'agir de fuites. Toujours au stade de la passation, les offres reçues peuvent en outre être falsifiées, une des personnes chargées de l'évaluation peut tenter d'induire en erreur les autres décideurs ou encore exercer des pressions sur eux afin de peser sur la décision finale.

L'article 2 de la loi 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, en donne désormais une définition en droit interne «*constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* ».

Et la notion de prise illégale d'intérêt est bien entendu présente en droit pénal, qui la définit à la section "des manquements au devoir de probité" à l'article 432-12 du code pénal : "*Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement.*"

Quelles conséquences en tirer au regard de la légalité (administrative) d'un marché public ? Il existe un lien direct : en effet, la réalisation d'une infraction à l'occasion de la passation d'un marché public constitue une cause de nullité de ce marché : CAA Versailles 10 fév 2005 Sté STEPC 03VE01436 en C+ (ici délit de favoritisme).

Et ajoutons quelques tempéraments : pour qu'un conflit d'intérêt soit susceptible d'entraîner l'annulation d'un MP, encore faut-il que ce conflit soit réel : ainsi, la circonstance qu'un élu local soit par ailleurs salarié d'une entreprise candidate ne suffit pas à le faire regarder comme ayant un intérêt personnel à l'affaire : par suite le délit de prise illégale d'intérêt n'est pas constitué et la procédure de consultation n'est pas viciée : CAA Douai 28 mai 2009 Sté Nouvelle de remorquage du Havre 07DA01156.

En outre, le délit de prise illégale d'intérêts n'est constitué que si l'élu ou l'agent public a la surveillance ou l'administration de l'opération au moment de l'acte pris en considération : autrement dit, pour apprécier l'existence d'un éventuel conflit d'intérêt, vous devez vous placer à la date de la consultation : s'il apparaît que le risque de conflit avait disparu avant le lancement de la consultation alors la prise illégale d'intérêt ne sera pas constituée : CAA Marseille 25 mars 2010 07MA03765 et la procédure ne sera donc pas viciée.

Et il ne faut pas non plus être maximaliste et tomber dans l'excès inverse, puisqu'un autre principe de la commande publique doit lui aussi être respecté : celui de la liberté d'accès : CE 9 mai 2012 Cne de Saint Maur des Fossés 355756 au Rec : ainsi la seule circonstance qu'un membre du conseil municipal soit actionnaire d'une des entreprises candidates à un marché de la commune et ait un lien de parenté avec son dirigeant ne justifie pas d'écarter par principe l'offre de cette société, alors qu'il n'est pas allégué que le conseiller municipal, qui n'a participé qu'à la délibération autorisant la procédure de passation du marché, aurait exercé une influence particulière sur le vote."

Cependant, le CE s'est récemment détaché de la notion de conflit d'intérêt, dont le contour relève du droit pénal, pour lui préférer un "principe d'impartialité" auquel il va donner une couleur plus administrative. Ainsi dans son arrêt CE 14 octobre 2015 SOCIETE APPLICAM REGION NORD-PAS-DE-CALAIS 390968 aux T d'ailleurs cité par la requérante, le CE énonce, à propos d'une procédure de passation d'un MP, que le principe d'impartialité, principe général du droit, s'impose au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative. Dans cette affaire une personne avait participé à la procédure d'attribution d'un marché dans des conditions lui permettant d'influencer l'issue de la procédure litigieuse par sa contribution à la rédaction du cahier des clauses techniques particulières et à l'analyse des offres des candidats, alors qu'elle avait exercé des responsabilités importantes au sein de l'entreprise attributaire, jusqu'à moins de deux ans avant le lancement de cette procédure. Le CE relève que même si cette personne ne détenait plus d'intérêts dans l'entreprise attributaire du marché, le caractère très récent de leur collaboration, à un haut niveau de responsabilité, pouvait légitimement faire naître un doute sur la

persistance de tels intérêts et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure suivie par le pouvoir adjudicateur.

Dans ses ccls sous cette affaire G. Pellissier indique que cette influence doit être appréciée concrètement en fonction des phases de la procédure auxquelles la personne a contribué et il ajoute que " La rédaction des documents de la consultation fait courir moins de risques d'influence sur l'issue de la procédure que la participation à l'évaluation des offres. Pour qu'une personne intéressée ayant seulement rédigé les pièces du marché puisse être regardée comme ayant eu une influence sur le choix de l'attributaire, il faudrait que soient établis des éléments suffisamment précis pour laisser penser que le marché a été conçu dans le but de favoriser une candidature en particulier."

Pour autant, un risque éventuel est suffisant : le RP mobilise ainsi la théorie de l'apparence lorsqu'il indique que "l'intérêt (personnel) n'a pas à être démontré, il doit seulement exister des éléments suffisants pour qu'il apparaisse possible."

Dans notre affaire il n'est pas contesté que le directeur du CH de Gonesse était membre du CA de la SHAM lors de la préparation de la consultation. En défense il est seulement indiqué que ce directeur pouvait légalement être membre de cette instance en application des dispositions de l'art L322-26-2 du code des assurances, mais telle n'est pas la question, et qu'il aurait quitté le CH fin juillet 2014 lors de la notation des offres. Cependant le pouvoir adjudicateur n'en rapporte nullement la preuve : il se contente d'affirmer que ce directeur n'était plus en fonction en septembre 2014 lors de l'analyse des offres mais ne produit aucun document pour l'étayer alors que le moyen est clairement soulevé. En outre, et au surplus, elle admet que ce directeur était bien lors de la préparation de la consultation, à la fois à la tête du CH et en même temps membre du CA d'un des candidats puisque l'AAPC n'a été envoyé à la publication que le 25 juillet 2014. Au regard de la théorie de l'apparence, et au regard des pièces produites, il nous semble que vous pourrez là encore retenir ce moyen qui est lui aussi en rapport direct avec l'intérêt lésé de la sté requérante.

Au final, sur les ccls en contestation de la validité du contrat, que décider ?

Aux termes de la décision Départ du T&G, il vous 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 que vous fixer : mais au regard des moyens retenus, on perçoit mal lesquels. Vous pouvez encore décider 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 vous devriez relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Un tel vice ne ressortissant pas de l'instruction, nous vous inviterons à prononcer la résiliation du contrat avec effet différé.

Ce contrat prenant effet au 1er janvier 2015 pour une période ferme de 5 ans soit jusqu'au 31 décembre 2019, il y a bien lieu à statuer : nous vous inviterons à

prononcer cette résiliation avec effet au 1er janvier 2018 afin d'accorder au CH défendeur un délai suffisant pour relancer une consultation.

Reste la question des ccls indemnitaires et indiquons que le contentieux a bien été lié par une demande préalable du 17 août 2015.

Pour qu'une illégalité commise lors de la passation d'un marché public soit de nature à engager la responsabilité de l'administration, il faut qu'elle ait été la cause du préjudice allégué par le requérant. Ainsi, même en cas de vice grave affectant une procédure de mise en concurrence, il vous faut examiner si ce vice a privé le candidat évincé d'une chance d'emporter le contrat. Ce n'est que si cette condition est remplie que la demande indemnitaire pourra être accueillie (CE 28 mars 1980 Centre hospitalier de Seclin 11292 en B).

3 hypothèses sont ainsi susceptibles de se présenter, comme le rappelle le CE dans un arrêt du 27 janvier 2006 Cne d'Amiens 259374 selon que :

- le candidat était dépourvu de toute chance d'emporter le contrat : dans ce cas il n'a droit à aucune indemnisation
- le candidat n'était pas dépourvu de toute chance d'emporter le contrat : il a alors droit au remboursement des seuls frais engagés pour répondre à la consultation
- enfin, le candidat avait une chance sérieuse d'emporter le contrat : il a alors droit à l'indemnisation du manque à gagner

Et ici la sté BEAH réclame le manque à gagner au titre de la perte de chance certaine, son offre ayant été classée deuxième.

Il reste cependant un point à aborder. Le CE a en effet rappelé que dès lors que l'offre d'un candidat irrégulièrement évincé était elle-même irrégulière, ce candidat, de ce seul fait, ne peut être regardé comme ayant été privé d'une chance sérieuse d'obtenir le marché, y compris lorsque l'offre retenue était tout aussi irrégulière, (CE 8 octobre 2014 SIVOM de Saint-François-Longchamp Montgellafrey 370990 374632 aux Tables).

Or en défense, ni le CH ni l'attributaire ne contestent sur ce point précis le droit du BEAH d'être indemnisé. Et si la SHAM avait fait valoir le caractère irrégulier de l'offre de la sté requérante, elle ne reprend pas ces éléments en réponse aux ccls indemnitaires. En outre, l'irrégularité avancée ne nous paraît pas constituée : si le BEAH a proposé un prix forfaitaire plutôt qu'un taux dans son cadre de réponse financier au titre de la garantie individuelle-accidents, il a bien indiqué un montant de prime en euros : nous n'y voyons pas d'irrégularité.

Et s'agissant du montant du préjudice, le BEAH vous produit dans ses dernières écritures une attestation de soin expert comptable, non contestée, explicitant le montant de perte de marge brute de la sté requérante au titre du contrat litigieux. Vous pourrez retenir ce montant.

**PCMNC**

- résiliation du marché contesté, avec effet au 31 décembre 2017 (offre retenue irrégulière pour ne pas avoir respecté les conditions de présentation des offres + manquement au principe d'impartialité)
- condamnation du Centre Hospitalier à verser à la société requérante une somme de 167 900 € en réparation du préjudice subi, en raison d'une perte de chance sérieuse
- 1 000 € à la charge du CH au bénéfice de la société BEAH au titre de l'art L761-1 CJA
- Rejet du surplus