

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE CERGY-PONTOISE**

N°1502262

BUREAU EUROPEEN
D'ASSURANCE HOSPITALIERE

Mme Costa
Rapporteuse

M. Clot
Rapporteur public

Audience du 15 juin 2017
Lecture du 29 juin 2017

PCJA : 39-02-005
Code publication : C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif
de Cergy-Pontoise

(3ème chambre)

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires, enregistrés les 13 mars 2015, 26 janvier 2017 et 28 avril 2017, la société Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH), représentée par Me Juffroy, demande au tribunal, dans le dernier état de ses écritures :

1°) à titre principal, d'annuler le marché conclu entre le centre hospitalier de Gonesse et la société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) relatif au lot n° 1 « assurance responsabilité civile », avec effet différé, le temps pour le centre hospitalier de relancer une procédure de publicité et de mise en concurrence ;

2°) à titre subsidiaire, de résilier ledit contrat dans les mêmes conditions ;

3°) de condamner le centre hospitalier de Gonesse à lui verser la somme de 167 900 euros, assortie des intérêts au taux légal et de leur capitalisation ;

4°) de mettre à la charge du centre hospitalier de Gonesse la somme de 2 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- 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 énoncés à l'article 1^{er} du code des marchés publics ;

- la méthode de notation du sous-critère « montants garantis et franchises appliquées » est irrégulière dès lors qu'elle ne permet pas de refléter de manière objective la valeur des offres ;

- le pouvoir adjudicateur a méconnu les articles 1^{er} et 53 du code des marchés publics à défaut d'avoir porté à la connaissance des candidats la pondération affectée aux sous-critères des critères technique et de gestion ;

- l'offre présentée par la SHAM est irrégulière dès lors qu'elle ne comprenait pas la prime due au titre des rubriques 9.11, 9.16, 9.20 et 9.21 ; en retenant l'offre irrégulière de la société attributaire, le centre hospitalier de Gonesse a méconnu les dispositions des articles 53 et 58 du code des marchés publics ;

- en attribuant à la SHAM la note de 19,89 au titre du critère prix, alors que la prime annuelle proposée par cette dernière ne comprenait pas la prime due au titre des items 9.11, 9.16, 9.20 et 9.21, le centre hospitalier de Gonesse a commis une erreur manifeste d'appréciation ;

- la société attributaire n'a pas produit dans le délai imparti de cinq jours, les documents exigés par les articles 46 du code des marchés publics et 14 du règlement de consultation ;

- en attribuant à la SHAM et au BEAH la note maximale de 20 points au titre du sous-critère « montants garantis et franchises appliquées », le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation dans l'évaluation de ce sous-critère ; en outre, l'offre de la SHAM comporte des garanties moindres que celles exigées par le centre hospitalier de Gonesse ;

- le centre hospitalier de Gonesse a dénaturé son offre en estimant qu'elle n'avait pas émis de proposition particulière sur la gestion des risques ;

- les garanties proposées par la SHAM telles que mentionnées dans la note de couverture, ne sont pas conformes à l'offre ;

- la circonstance que le directeur du centre hospitalier de Gonesse était, à l'époque de la consultation, membre du conseil d'administration de la SHAM, a nécessairement influencé le choix de la société attributaire ;

- elle est fondée à solliciter la somme de 167 900 euros en réparation du manque à gagner qu'elle a subi du fait de son éviction irrégulière ; elle avait une chance sérieuse de remporter le marché ; son offre, satisfaisante sur le plan technique, a été classée deuxième avec seulement un demi-point d'écart.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 5 août 2015 et 31 mai 2017, le centre hospitalier de Gonesse, représenté par MeF..., conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société BEAH la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir qu'aucun des moyens soulevés n'est fondé.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 15 septembre 2015, 15 mars 2017 et 31 mai 2017, la société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM), représentée par MeC..., conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société BEAH la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir qu'aucun des moyens soulevés n'est fondé.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code des 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 Costa,
- les conclusions de M. Clot, rapporteur public,
- et les observations de MeB..., représentant le BEAH, et de MeD..., représentant la SHAM.

- Considérant que par un avis d'appel public à la concurrence, publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics le 30 juillet 2014, le centre hospitalier de Gonesse a lancé une procédure d'appel d'offres en vue de l'attribution d'un marché public d'assurances composé de deux lots ; que l'offre de la société Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH), candidate à l'attribution du lot n° 1 « assurance responsabilité civile », a été écartée au profit de l'offre de la société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM), attributaire du lot ; que la société BEAH, qui se prévaut de la qualité de candidate irrégulièrement évincée, demande l'annulation du marché conclu le 2 décembre 2014 pour une durée de cinq ans entre le centre hospitalier de Gonesse et la société SHAM ainsi que la condamnation du centre hospitalier de Gonesse au versement de la somme de 167 900 euros en réparation du préjudice subi du fait de son éviction ;

Sur les conclusions en contestation de validité du contrat et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens :

- Considérant qu'indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles ; que cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité ; que si le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, les autres 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 ; que le tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce 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 ;

- Considérant qu'aux termes du I de l'article 35 du code des marchés publics : « 1° (...) une offre est irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation (...) » ; qu'aux termes du III de l'article 53 du code des marchés publics : « (...) III. - Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre

décroissant. L'offre la mieux classée est retenue. (...) » ; que le règlement de la consultation d'un marché est obligatoire dans toutes ses mentions ; que l'administration ne peut en conséquence attribuer le marché à un candidat qui ne respecterait pas une des prescriptions imposées par le règlement ;

- Considérant qu'il résulte de l'instruction que le règlement de la consultation pour l'attribution du marché litigieux imposait en son article 8.02 la présentation d'une offre entièrement renseignée selon les cadres de réponses financier de prix figurant à l'annexe 2 du CCTP ; que ce même article exigeait, pour l'ensemble des garanties demandées, un taux net de prime annuelle globale calculée sur la base de l'état prévisionnel des recettes et des dépenses ou sur l'ensemble de la masse salariale du centre hospitalier ; qu'il est constant que la SHAM n'a pas respecté les cadres de réponses s'agissant des rubriques 9.11 « responsabilité produits livrés », 9.16 « responsabilité civile de certains hospitalisés », 9.20 « individuelle-accidents pour les membres d'organismes de représentation interne » et 9.21 « garantie prestataires de service pour le compte de tiers » pour lesquelles elle a fourni un taux calculé, selon les cas, sur la base du chiffre d'affaires de l'établissement, soit sur le nombre de personnes à déclarer ; que n'étant pas en possession de ces éléments, la SHAM n'a pas déterminé le montant exact de son offre pour certains de ces postes ; qu'il résulte en outre du rapport de présentation des offres que le centre hospitalier de Gonesse n'a pas estimé les montants manquants, ce qui l'a conduit à sous-estimer l'offre de prix de la société attributaire ; que, dans ces conditions, le BEAH est fondé à soutenir que le centre hospitalier de Gonesse a méconnu le règlement de la consultation et violé le principe d'égalité de traitement des candidats en retenant une offre incomplète ;

- Considérant que si l'offre du BEAH comporte à la rubrique 9.18 un montant de prime annuelle exprimé forfaitairement sans que soit fixé un taux de prime, le moyen soulevé par la SHAM tiré du caractère incomplet de l'offre du BEAH ne peut, en tout état de cause, qu'être écarté, le montant de la prime correspondant à chacun des postes étant intégré dans le montant global de la prime annuelle, ce qui a permis au centre hospitalier de Gonesse d'apprécier le montant exact de l'offre ;

- Considérant que le choix d'une offre présentée par un candidat irrégulièrement retenu est dès lors susceptible d'avoir lésé le BEAH, quel qu'ait été son propre rang de classement à l'issue du jugement des offres ;

Sur les conséquences de l'illégalité du contrat :

- Considérant que, saisi par un concurrent évincé de conclusions contestant la validité d'un contrat, il appartient au juge du contrat, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences ; qu'ainsi, 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 ; qu'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 ; qu'il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés ;

- Considérant que les illégalités entachant le marché litigieux, énoncées au point 4 du présent jugement ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation ; qu'elles ne constituent toutefois pas un vice de consentement, pas plus qu'elles n'affectent la licéité du contenu du contrat en cause ; que ces manquements, affectant les règles de publicité et de mise en concurrence, ne sont pas d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ; que dès lors, il n'y a pas lieu d'enjoindre à l'administration de procéder à l'annulation totale ou partielle du contrat ;

- Considérant qu'eu égard à la nature des manquements relevés, affectant les règles de mise en concurrence, et à l'intérêt général attaché à la fourniture des prestations en cause, il y a lieu d'enjoindre au centre hospitalier de procéder à la résiliation du contrat au plus tard le 1^{er} janvier 2018 ;

Sur les conclusions indemnitaires :

- Considérant que lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce marché, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était dépourvue de toute chance de remporter le marché ; que dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ; que, dans le cas où l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché, elle a droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner qu'elle a subi ;

- Considérant que l'irrégularité commise par le centre hospitalier de Gonesse dans la procédure de passation est à l'origine directe de l'éviction du BEAH ; qu'il résulte de l'instruction que l'offre du BEAH a été classée en deuxième position par la commission d'appel d'offres ; que, dès lors, le BEAH est fondé à soutenir qu'il a perdu une chance sérieuse de remporter le marché et qu'il peut prétendre à l'indemnisation du manque à gagner en résultant pour lui ; que ce manque à gagner doit être déterminé en fonction du bénéfice net que lui aurait procuré le marché s'il l'avait obtenu ; que le BEAH démontre, par la production d'une attestation de son expert-comptable dont les mentions ne sont, au demeurant, nullement contestées par la SHAM et le centre hospitalier de Gonesse, que la perte de marge brute sur la durée du marché, soit cinq ans, s'établit à 167 900 euros ; que, dans ces conditions, il sera fait une exacte appréciation du manque à gagner subi par le BEAH en fixant à la somme de 167 900 euros le montant du préjudice correspondant à la perte de bénéfices escompté sur la durée du marché ; que cette condamnation portera intérêts au taux légal à compter du 17 août 2015, date à laquelle le centre hospitalier de Gonesse a reçu la demande indemnitaire préalable du 14 août 2015 présentée par le BEAH ; que la capitalisation des intérêts a été demandée le 26 janvier 2017 ; qu'il y a lieu d'y faire droit à compter du 17 août 2016, date à laquelle était due, pour la première fois, une année d'intérêts ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

- Considérant que ces dispositions font obstacle à ce qu'il soit mis à la charge du BEAH les sommes que le centre hospitalier de Gonesse et la SHAM sollicitent au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, de mettre à la charge du centre hospitalier de Gonesse et de la SHAM une somme de 750 euros chacun à verser au BEAH sur le fondement de ces mêmes dispositions ;

DECIDE :

Article 1^{er} : Il est enjoint au centre hospitalier de Gonesse de procéder à la résiliation du contrat conclu le 2 décembre 2014 avec la SHAM au plus tard à compter du 1^{er} janvier 2018.

Article 2 : Le centre hospitalier de Gonesse est condamné à verser au BEAH la somme 167 900 euros, assortie des intérêts au taux légal à compter du 17 août 2015. Les intérêts échus au 17 août 2016 seront capitalisés à cette date.

Article 3 : Le centre hospitalier de Gonesse et la SHAM verseront au BEAH une somme de 750 euros chacun en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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

Article 5 : Le présent jugement sera notifié à la société Bureau européen d'assurance hospitalière, au centre hospitalier de Gonesse et à la société hospitalière d'assurances mutuelles.

Délibéré après l'audience du 15 juin 2017, à laquelle siégeaient :

Mme Courault, présidente,
Mme Costa, première conseillère,
Mme Balaesque, conseillère.

Lu en audience publique le 29 juin 2017.