

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF  
DE CERGY-PONTOISE**

**N° 2406940**

---

MUTUELLE GENERALE DE  
L'EDUCATION NATIONALE

---

Mme X ...  
Juge des référés

---

Ordonnance du 6 juin 2024

---

54-03-05  
C

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire complémentaire, enregistrés les 15 et 25 mai 2024, la Mutuelle Générale de l'Education Nationale (ci-après MGEN), représentée par Me A ..., demande à la juge des référés, statuant sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans le dernier état de ses écritures :

1°) d'annuler la procédure de mise en concurrence, lancée par le ministère de la transition écologique et de la cohésion des territoires (ci-après MTECT), le ministère de la transition énergétique (MTE) et le secrétariat d'Etat chargé de la mer (SEM), ayant pour objet la sélection d'un organisme proposant une complémentaire santé à destination des agents de ce pôle ministériel et des services coordonnés ;

2°) de mettre à la charge du ministère de la transition écologique et de la cohésion des territoires, du ministère de la transition énergétique et du secrétariat d'Etat chargé de la mer le versement chacun de la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la procédure est entachée d'irrégularités à divers titres ayant entraîné des manquements l'ayant lésée ou ayant été susceptibles de la léser ;
- la procédure de mise en concurrence est entachée d'un vice de procédure tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article R. 2123-1 du code de la commande publique, en ce qu'elle a été lancée via une procédure adaptée au lieu d'une procédure formalisée ;
- la procédure de mise en concurrence est entachée d'un vice de procédure tiré de la méconnaissance des dispositions des articles R. 2143-6 à R. 2143-10 du code de la commande publique, de l'article R. 2144-7 de ce code et de l'article 8 du règlement de la consultation, en ce que le MTECT n'a pas sollicité de l'attributaire pressenti, avant de lui attribuer définitivement le contrat, les éléments de preuve lui permettant de démontrer qu'il n'entraîne dans aucun des motifs

d'exclusion des procédures de passation des marchés publics ;

- la procédure de mise en concurrence est entachée d'un vice de procédure tiré de la méconnaissance de l'article 5.4 du règlement de la consultation, en ce que l'attributaire pressenti n'atteint pas l'exigence minimale exigée par la procédure au titre de la garantie financière, soit un montant minimum de réassurance de 100 millions d'euros par an ;

- la procédure de mise en concurrence est entachée d'un vice de procédure tiré de l'irrégularité de la pondération et de la sous-pondération du critère 1 ; le sous-critère 1, relatif à la tarification du panier de soins, qui intègre déjà les frais de chargement alors que ceux-ci sont l'objet d'un sous-critère 3 spécifique, a été sous-pondéré, et ainsi entraîné une surpondération du sous-critère 2 relatif à la tarification des garanties optionnelles ;

- la procédure de mise en concurrence est entachée d'un vice de procédure tiré de l'irrégularité de la méthode de notation du critère 1, en ce que l'offre de l'attributaire pressenti était plus chère que celle de la MGEN de 1,85%, soit de 2 225 580 euros et que l'offre de l'attributaire pressenti concernant le socle de base était également plus chère que celle de la MGEN de 6,10%, soit de 6 635 580 euros, alors que l'écart de notation séparant les deux offres des sociétés candidates ne représentait que 0,61 point ;

- la procédure de mise en concurrence est irrégulière dès lors que les offres portant sur les frais de chargement de la MGEN et de la société Alan SA ont été dénaturées dès lors que la MGEN aurait dû obtenir plus de points au regard de la qualité de son offre, et que l'offre de la société Alan SA a été survalorisée ;

Par des mémoires en défense, enregistrés les 24 et 27 mai 2024, le ministre de la transition écologique et de la cohésion des territoires conclut au rejet de la requête.

Il fait valoir que :

- la procédure n'est pas irrégulière en ce que l'objet du marché autorise le recours à la procédure adaptée, aux termes des dispositions de l'article R. 2123-1 du code de la commande publique ;

- le recours à une procédure adaptée, en lieu et place d'une procédure formalisée, n'est pas susceptible d'avoir lésé la société requérante dès lors qu'il aurait mis en œuvre la négociation avec les quatre soumissionnaires dans les mêmes conditions en recourant à une procédure formalisée avec négociation ;

- la procédure n'est pas irrégulière en ce que les documents justificatifs prouvant que l'attributaire n'entre pas dans un cas d'interdiction de soumissionner ont été demandés à l'attributaire par courrier envoyé le 29 avril 2024 et ont été produits par la société Alan SA le même jour, dans les conditions prévues à l'article 8 du règlement de la consultation ; dès lors, la seule circonstance que les attestations n'ont pas été produites avant la décision d'attribution et dans le délai prévu par le règlement de la consultation ne peut pas avoir lésé la requérante, dès lors que ces attestations ont été fournies avant la signature du marché ;

- la procédure n'est pas irrégulière en ce que, sur l'exercice des 12 mois glissants du 1<sup>er</sup> novembre 2022 au 30 octobre 2023, soit l'année précédant la date limite de dépôt des offres fixée au 11 décembre 2023, l'encaissement des frais de santé net de réassurance de la société Alan SA s'élevait à plus de 100 millions d'euros ;

- la pondération affectée au sous-critère 1.1 n'est entachée d'aucune irrégularité en ce que la cotisation d'équilibre est déterminée à partir d'une cotisation de référence qui inclut les frais de gestion à laquelle s'ajoute le coût des solidarités prévus aux articles 22, 25 et 26 du décret du 22 avril 2022 ;

- la procédure n'est pas irrégulière en ce que, d'une part, la formule de notation du sous-critère 1.1 permettait d'attribuer la meilleure note à l'offre la meilleure sur le critère 1 ou l'un des sous-critères, et, d'autre part, que la requérante ne démontre pas en quoi cette

méthode de notation aurait eu pour effet de faire obstacle à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse soit retenue ;

- l'offre de la requérante n'a pas été dénaturée, en ce que, d'une part, le niveau de frais de gestion couvre la marge qu'entend réaliser la société Alan SA, et intègre donc la stratégie économique du soumissionnaire, et, d'autre part, en évaluant le critère 3 et le sous-critère 1.3, l'acheteur avait seulement souhaité rechercher le meilleur rapport qualité-prix et ne peut donc être regardé comme ayant commis une quelconque dénaturation des offres des candidats.

Par des mémoires en défense enregistrés les 25 et 27 mai 2024, la société Alan SA, représentée par Me Z ..., conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 4 000 euros soit mise à la charge de la MGEN sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la procédure n'est pas irrégulière en ce que l'objet du marché autorisait le MTECT à recourir à la procédure adaptée, aux termes des dispositions de l'article R. 2123-1 du code de la commande publique ;

- le recours à une procédure adaptée, en lieu et place d'une procédure formalisée, n'est pas susceptible d'avoir lésé la société requérante dès lors que le MTECT aurait mis en œuvre la négociation avec les quatre soumissionnaires dans les mêmes conditions en recourant à une procédure formalisée avec négociation ;

- la procédure n'est pas irrégulière en ce que, le MTECT lui a demandé de produire les documents justificatifs prouvant qu'elle n'entre pas dans un cas d'interdiction de soumissionner, le 29 avril 2024, ce qu'elle a fait le jour même, dans les conditions prévues à l'article 8 du règlement de la consultation ; en outre, la circonstance que les attestations n'ont pas été produites avant la décision d'attribution et dans le délai prévu par le règlement de la consultation ne peut pas avoir lésé la requérante dès lors que ces attestations ont été fournies avant la signature du marché ;

- la procédure n'est pas irrégulière en ce que, sur l'exercice des 12 mois glissants du 1<sup>er</sup> novembre 2022 au 30 octobre 2023, soit l'année précédant la date limite de dépôt des offres fixée au 11 décembre 2023, l'encaissement de ses frais de santé net de réassurance s'élevait à plus de 100 millions d'euros ; dès lors, elle présentait une capacité financière conforme aux exigences minimales de niveaux de participation fixées par l'article 5.4 du règlement de la consultation.

Vu les autres pièces des dossiers.

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le décret n°2022-633 du 22 avril 2022 ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné Mme X ..., vice-présidente, en application de l'article L. 511-2 du code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement convoquées à l'audience publique du 27 mai 2024 à 15 heures.

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

- le rapport de Mme X ..., juge des référés ;

- les observations de Me A ..., représentant la MGEN, qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens ; elle précise en outre que les conditions de négociation dans le cadre des marchés passés en procédure formalisée et en procédure adaptée auraient pu être différentes ; que la société Alan SA ne justifie pas, par une attestation d'un commissaire aux comptes, de la réalité du montant de garantie financière pour la période du 1<sup>er</sup> novembre 2022 au 31 octobre 2023 ; que l'Etat aurait dû demander plus de justifications sur ce point ainsi que s'agissant des attestations de régularité fiscale et sociale de la société ; à défaut de production par la société Alan SA des documents requis, la MGEN, classée deuxième, devait se voir attribuer le marché ; que la pondération du critère 1 en trois sous-critères est incohérente et ne permet pas la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse eu égard au poids prépondérant du sous-critère 1.1, correspondant à la tarification du panier de soins, soit à l'offre de base destinée à être choisie par la majorité des bénéficiaires, et dont la pondération n'est que de 10 points sur 30 ; que la méthode de notation est irrégulière dès lors que les écarts de notes ne traduisent pas les écarts tarifaires qui sont très importants ; que les deux offres ont été dénaturées dès lors qu'il existent des incohérences entre les notes obtenues par Alan SA et la MGEN s'agissant notamment du critère relatif aux frais de chargement et à celui de la qualité de gestion des contrats et des services, cette qualité ne pouvant être obtenue qu'en mettant les moyens adaptés, lesquels se traduisent nécessairement par des frais de gestion élevés ;

- les observations de Mme I ..., M. J ... et Mme K ..., représentant le MTECT, qui concluent aux mêmes fins par les mêmes moyens ; ils précisent en outre que le recours à une procédure adaptée, qui offre toute latitude dans le déroulement de la négociation dès lors qu'elle n'est pas formellement définie par le code de la commande publique, est justifié et régulier ; que, s'agissant des justificatifs de l'absence de motifs d'exclusion de l'attributaire pressenti, la jurisprudence prévoit qu'ils sont apportés par ce dernier avant la signature du marché, ce qui est le cas en l'espèce ; qu'il est erroné de prétendre, comme le fait la société requérante, que les garanties minimales du panier de soins dans le secteur public seraient plus nombreuses que dans le secteur public, ce qui justifierait, selon elle, une sous-pondération du sous-critère 1.1 par rapport au sous-critères 1.2 et 1.3 ; qu'au contraire, il sera notamment nécessaire aux agents concernés du groupe ministériel de choisir des options pour retrouver un niveau de couverture équivalent à celui du précédent contrat de référencement ; que le dispositif a été attentivement réfléchi afin de tendre vers une cotisation de référence qui vise un équilibre ; que la réponse des soumissionnaires par rapport au critère 1 résulte uniquement de leur stratégie propre ; qu'aucun des éléments avancés s'agissant de la méthode de notation n'est de nature à établir qu'elle n'a pas conduit à la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse ; qu'aucun élément n'est de nature à établir une dénaturation des offres ;

- les observations de Me Z ... et Me W ..., représentant la société Alan SA, qui concluent aux mêmes fins par les mêmes moyens ; ils précisent en outre que le règlement de la consultation n'exige aucune particulière vérification des déclarations prévues à son point 5.4 ; que la qualification du marché ayant pour objet des services sociaux n'est pas contestable au regard notamment du décret du 22 avril 2022 et de la jurisprudence de la cour de justice de l'union européenne ; que la MGEN n'établit pas que le choix de recourir à une procédure adaptée et non à une procédure formalisée avec négociation l'aurait lésée alors que les modalités de la négociation étaient précisées dans les documents de la consultation et qu'elle n'a formulé aucune remarque à ce titre ; que la MGEN en se bornant à soutenir qu'il existe une inadéquation des critères de pondération n'établit pas que cette pondération aurait conduit à écarter l'offre économiquement la plus avantageuse qui est le seul contrôle qu'exerce le juge des référés ; que le pouvoir adjudicateur est libre de définir les critères de pondération ; qu'il est inexact de soutenir que les garanties optionnelles du sous-critères 1.2 n'ont pas d'importance et que des frais de gestion élevés offriraient une garantie de qualité

des services proposés ; que la méthode de notation n'a pas pu produire l'effet dénoncé par la requérante sur les estimations financières qu'elle avance ; que la dénaturation alléguée n'est pas établie.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience publique.

Une note en délibéré a été présentée par la MGEN le 30 mai 2024.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel à la concurrence publié le 3 novembre 2023 au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) et le 2 novembre 2023 au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), le ministère de la transition écologique et de la cohésion des territoires (ci-après MTECT), le ministère de la transition énergétique (MTE) et le secrétariat d'Etat chargé de la mer (SEM) ainsi que les services cordonnées ont lancé une procédure de publicité et de mise en concurrence ayant pour objet la sélection d'un organisme proposant une complémentaire santé pour couvrir et gérer les risques santé à destination des agents de l'ensemble de ce pôle ministériel. Le marché a été passé en procédure adaptée et la date limite de réception des offres initiales a été fixée au 11 décembre 2023 à 14 heures. La MGEN a déposé une offre et a été informée, par un courrier du 30 avril 2024 du MTECT, du rejet de cette offre, classée en deuxième position avec une note globale de 75,88 sur 100, ainsi que de ce que l'attributaire pressentie du marché était la société Alan SA, laquelle a obtenu une note globale de 81,59 sur 100. Estimant que la procédure de mise en concurrence est entachée de plusieurs vices de procédure, la MGEN, par la présente requête, demande à la juge des référés, statuant en application des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler cette procédure.

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

2. 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, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique (...)* Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ». Selon 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* ». Enfin, l'article L. 551-10 du code de justice administrative dispose que : « *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 (...)* ».

3. Il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration. En vertu de cet article, 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 qui sont 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 économique concurrent.

En ce qui concerne le recours à une procédure adaptée :

4. Aux termes de l'article L. 2123-1 du code de la commande publique : « (...) *L'acheteur peut passer un marché selon une procédure adaptée : 1° Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code (...)* ». Aux termes de l'article R. 2123-1 du même code : « *L'acheteur peut recourir à une procédure adaptée pour passer : (...) / 3° Un marché ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, dont la liste figure dans un avis annexé au présent code, quelle que soit la valeur estimée du besoin* ».

5. Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 22 avril 2022 relatif à la protection sociale complémentaire en matière de couverture des frais occasionnés par une maternité, une maladie ou un accident dans la fonction publique de l'Etat : « *Les employeurs publics tenus, en application de l'accord interministériel du 26 janvier 2022 susvisé, de souscrire des contrats collectifs de protection sociale complémentaire pour la couverture des frais occasionnés par une maternité, une maladie ou un accident sont : / 1° Les administrations de l'Etat ; / 2° Les autorités administratives indépendantes ; / 3° Les autorités publiques indépendantes ; / 4° Les établissements publics de l'Etat, à l'exclusion de ceux mentionnés à l'article L. 5 du code général de la fonction publique.* »

6. Il résulte de l'instruction que la procédure de mise en concurrence dont l'annulation est demandée a été passée en procédure adaptée, telle que prévue aux articles L. 2123-1 et R. 2123-1 du code de la commande publique, dans les conditions prévues à l'article 3 « *conditions de la consultation* » du règlement de la consultation et précisément au point « *3.2 Procédure de passation* ». La MGEN soutient que les prestations objets du marché sont supérieures aux seuils européens et que la codification du marché retenue à l'article 3.1 du règlement de la consultation n'était pas celle d'un marché de services sociaux mais d'un marché public d'assurance complémentaire santé. Dès lors, la procédure de mise en concurrence devait, selon elle, faire l'objet d'une procédure formalisée au titre de l'article L. 2124-1 du code de la commande publique. Toutefois, il résulte de l'instruction que le marché en cause, ayant pour objet la sélection d'un organisme proposant une complémentaire santé pour couvrir et gérer les risques santé à destination des agents du pôle ministériel, relevait bien de la catégorie des marchés ayant pour objet des services sociaux, tels que mentionnés au 3° de l'article R. 2123-1 du code de la commande publique précité dès lors qu'ils portent sur un service social d'indemnisation des frais occasionnés par une maternité, une maladie ou un accident ainsi que prévu par l'article 1<sup>er</sup> précité du décret du 22 avril 2022 fixant le régime obligatoire de protection sociale complémentaire en santé dans la fonction publique de l'Etat conformément à l'accord interministériel du 26 janvier 2022. Par ailleurs, il résulte de l'instruction que le code CPV principal retenu par le MTECT dans le règlement de la

consultation était le code 85000000-9 « services de santé et services sociaux » et que les codes CPV 666512000-1, 66512200-4 et 66512220-0, respectivement relatifs aux « services d'assurances accidents et maladie », « services d'assurance maladie » et « services d'assurance médicale », n'étaient indiqués qu'à titre secondaire. Ces mentions secondaires, à les supposer erronées, n'auraient, en tout état de cause, pas été susceptibles de léser ou de risquer de léser la MGEN eu égard à leur portée et à la phase de procédure, antérieure à la sélection de l'offre de la société Alan SA, à laquelle elles se rapportent. Ainsi, l'objet du marché en cause autorisait le MTECT, le MTE et le SEM à recourir à une procédure adaptée et non à une procédure formalisée, sans tenir compte de la circonstance que les prestations objets du marché étaient supérieures aux seuils européens. En outre, et en tout état de cause, si la MGEN soutient que les conditions de la négociation auraient été différentes selon la mise en œuvre des deux procédures, elle n'établit pas en quoi une telle différence, à la supposer établie, aurait été susceptible de la léser alors que le MTECT fait valoir qu'il aurait mis en œuvre cette négociation dans les mêmes conditions s'il avait eu recours à une procédure formalisée avec négociation prévue à l'article L. 2124-3 du code de la commande publique et à l'article R. 2124-3 du même code dans les prescriptions duquel la procédure entrait. Il est en outre constant qu'une négociation a eu lieu dans le cadre de la procédure litigieuse et que la société requérante a participé à cette négociation. Par suite, le moyen tiré du recours irrégulier à une procédure adaptée doit être écarté.

En ce qui concerne l'absence de vérification par le pouvoir adjudicateur des motifs d'exclusion de l'attributaire pressenti :

7. Aux termes de l'article R. 2143-6 du code de la commande publique : « *L'acheteur accepte, comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'exclusion mentionné aux articles L. 2141-1 et aux 1° et 3° de l'article L. 2141-4, une déclaration sur l'honneur* ». Aux termes de l'article R. 2143-7 de ce code : « *L'acheteur accepte comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'exclusion mentionné à l'article L. 2141-2, les certificats délivrés par les administrations et organismes compétents. La liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales devant donner lieu à délivrance d'un certificat ainsi que la liste des administrations et organismes compétents figurent dans un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code. / Le candidat établi à l'étranger produit un certificat établi par les administrations et organismes de son pays d'origine ou d'établissement* ». Aux termes de l'article R. 2143-8 du code précité : « *Le candidat produit, le cas échéant, les pièces prévues aux articles R. 1263-12, D. 8222-5 ou D. 8222-7 ou D. 8254-2 à D. 8254-5 du code du travail* ». Aux termes de l'article R. 2143-9 du même code : « *Afin de prouver qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion mentionné à l'article L. 2141-3, le candidat produit son numéro unique d'identification permettant à l'acheteur d'accéder aux informations pertinentes par le biais d'un système électronique mentionné au 1° de l'article R. 2143-13 ou, s'il est étranger, produit un document délivré par l'autorité judiciaire ou administrative compétente de son pays d'origine ou d'établissement, attestant de l'absence de cas d'exclusion. / Lorsque le candidat est en redressement judiciaire, il produit la copie du ou des jugements prononcés* ». Aux termes de l'article R. 2143-10 du code de la commande publique : « *Lorsque les autorités compétentes du pays d'origine ou d'établissement du candidat ne délivrent pas les documents justificatifs équivalents à ceux mentionnés aux articles R. 2143-6 à R. 2143-9 ou lorsque ceux-ci ne mentionnent pas tous les motifs d'exclusion de la procédure de passation, ils peuvent être remplacés par une déclaration sous serment ou, dans les pays où une telle procédure n'existe pas, par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant une autorité judiciaire ou administrative, un notaire ou un*

*organisme professionnel qualifié de son pays d'origine ou d'établissement* ». Enfin, aux termes de l'article R. 2144-7 du même code : « *Si un candidat ou un soumissionnaire se trouve dans un cas d'exclusion, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur, produit, à l'appui de sa candidature, de faux renseignements ou documents, ou ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé. Dans ce cas, lorsque la vérification des candidatures intervient après la sélection des candidats ou le classement des offres, le candidat ou le soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les documents nécessaires. Si nécessaire, cette procédure peut être reproduite tant qu'il subsiste des candidatures recevables ou des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables* ».

8. La MGEN soutient que le MTECT n'a pas sollicité de l'attributaire pressenti, avant de lui attribuer définitivement le contrat, les éléments de preuve lui permettant de démontrer qu'il n'entrait dans aucun des motifs d'exclusion des procédures de passation des marchés publics mentionnés aux articles R. 2143-6 à R. 2143-10 précités du code de la commande publique et tels que prévus à l'article 8 « *Attribution du marché* » du règlement de la consultation, à son point « *8.1 Vérification des motifs d'exclusion : transmission des moyens de preuve* ». Toutefois, il résulte de l'instruction que les documents justificatifs établissant que l'attributaire n'entre dans aucun des cas prévus à cet article ont été demandés à la société Alan SA par un courrier envoyé le 29 avril 2024 et ont été produits par cette société le même jour, soit antérieurement à la signature du marché. Par suite, ce moyen doit être écarté.

En ce qui concerne l'insuffisance des capacités de l'attributaire :

9. Aux termes de l'article L. 2142-1 du code de la commande publique : « *L'acheteur ne peut imposer aux candidats des conditions de participation à la procédure de passation autres que celles propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché. / Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution* ». Aux termes de l'article R. 2142-2 du code précité : « *Lorsque l'acheteur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut exiger que des niveaux minimaux liés et proportionnés à l'objet du marché ou à des conditions d'exécution* ».

10. Il résulte de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur doit contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public et que les documents ou renseignements exigés à l'appui des candidatures doivent être objectivement rendus nécessaires par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser. Le juge du référé précontractuel ne peut censurer l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les niveaux de capacité technique exigés des candidats à un marché public, ainsi que sur les garanties, capacités techniques et références professionnelles présentées par ceux-ci, que dans le cas où cette appréciation est entachée d'une erreur manifeste.

11. Aux termes de l'article 5 « *Candidature* » du règlement de la consultation : « (...) 5.4 *L'acheteur fixe les niveaux minimums de capacité suivants : (...) 2° Garantie financière : minimum d'encaissement annuel de frais médicaux net de réassurance pour le soumissionnaire (portage assurance hors gestion administrative réalisée par un délégataire*



*de gestion) : 100 millions d'euros (...) ».*

12. La MGEN soutient que, au regard du rapport sur la solvabilité et la situation financière de l'exercice 2022 de la société Alan SA, dans sa version validée par le conseil d'administration en date du 7 avril 2023, le montant net de réassurance de cette société était de 84 966 272,20 euros au 31 décembre 2022. Elle estime ainsi que l'exigence minimale au titre de la garantie financière n'était pas atteinte, que la candidature de la société Alan SA aurait dû être écartée par le MTECT de ce fait et que ce dernier a ainsi méconnu l'article 5.4 précité du règlement de la consultation. Toutefois, il résulte de l'instruction et notamment des documents transmis à l'appui de sa candidature par cette société, produits en défense, que, sur l'exercice de 12 mois glissants du 1<sup>er</sup> novembre 2022 au 30 octobre 2023, soit l'année précédant la date limite de dépôt des offres fixée au 11 décembre 2023, l'encaissement des frais de santé net de réassurance de la société Alan SA s'élevait à 102 624 183 euros, excédant ainsi le minimum requis par l'article 5.4 du règlement de la consultation. Il ne résulte d'aucune disposition légale ou réglementaire que la période à prendre en considération pour calculer le niveau minimum de participation au titre de la garantie financière couvre obligatoirement une année civile correspondant à une année d'exercice fiscal. Dès lors l'attributaire pressentie satisfait donc le niveau minimum de participation au titre de la garantie financière exigée par le règlement de la consultation. Par suite, le moyen doit donc être écarté.

En ce qui concerne la mise en œuvre des critères de jugement des offres :

13. Aux termes de l'article L. 2152-8 du code de la commande publique : « *Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence. Ils sont rendus publics dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat* ». Aux termes de l'article R. 2152-12 de ce code : « *Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, les critères d'attribution font l'objet d'une pondération ou, lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, sont indiqués par ordre décroissant d'importance. La pondération peut être exprimée sous forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié* ». Aux termes de l'article L. 2152-7 du même code : « *Le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base du critère du prix ou du coût. L'offre économiquement la plus avantageuse peut également être déterminée sur le fondement d'une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux (...)* ».

14. Il résulte de ces dispositions qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en se fondant sur des critères permettant d'apprécier la performance globale des offres au regard de ses besoins. Ces critères doivent être liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, être définis avec suffisamment de précision pour ne pas laisser une marge de choix indéterminée et ne pas créer de rupture d'égalité entre les candidats. Le pouvoir adjudicateur détermine librement la pondération des critères de choix des offres. Toutefois, il ne peut légalement retenir une pondération, en particulier pour le critère du prix ou du coût, qui ne permettrait manifestement pas, eu égard aux caractéristiques du marché, de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse.

15. Aux termes de l'article 8 du décret du 22 avril 2022 relatif à la protection sociale complémentaire en matière de couverture des frais occasionnés par une maternité, une maladie ou un accident dans la fonction publique de l'Etat susvisé : « *La sélection des organismes est fondée sur les éléments suivants, précisés dans le document de la consultation établi pour l'appel à candidature : / 1° L'appréciation des capacités professionnelles ainsi que des capacités financières examinées notamment au regard des garanties prudentielles que présentent les candidats ; / 2° L'appréciation des offres par la mise en œuvre des critères de sélection suivants : / a) Le rapport entre la qualité des garanties et le tarif proposé ; / b) La maîtrise financière des contrats ; / c) La qualité de gestion des contrats et des services ; / d) La diversité et la qualité des actions de prévention conduites en faveur des bénéficiaires des contrats. / L'employeur peut, dans le respect du code de la commande publique, notamment de l'obligation de transparence et de non-discrimination, ajouter tout autre critère objectif adapté à la couverture des bénéficiaires du contrat collectif. / La commission paritaire de pilotage et de suivi prévue à l'article 28 est consultée sur la définition des critères de sélection des candidats et des offres, leur hiérarchisation ou leur pondération. / Avant l'attribution des contrats collectifs, l'employeur présente à la commission paritaire de pilotage et de suivi un rapport exposant l'analyse et le classement des offres définitives des organismes candidats au regard des critères définis dans les documents de la consultation* ». Aux termes de l'article 14 du même décret : « *Les cotisations des bénéficiaires des contrats collectifs mentionnés aux articles 2, 4 et 5 sont calculées par référence à une cotisation d'équilibre déterminée pour chaque contrat collectif souscrit pour les bénéficiaires actifs. / La cotisation d'équilibre correspond à la somme, rapportée à un bénéficiaire actif : / 1° Du coût total mensuel du financement des garanties non optionnelles prévues pour l'ensemble des bénéficiaires actifs de ce contrat, qui est appelé cotisation de référence. Cette cotisation de référence équivaut au coût mensuel des garanties pour un bénéficiaire actif multiplié par le nombre de bénéficiaires actifs ; / 2° Du coût mensuel des dispositifs de solidarité prévus aux articles 22, 25 et 26. / Le montant de la cotisation d'équilibre est réévalué chaque année.* »

16. Aux termes de l'article 6.3 du règlement de la consultation : « (...) *Critères d'attribution / Critère 1 : Rapport entre la qualité des garanties et le tarif proposé : 30 points / Critère 2 : Maîtrise financière des contrats : 20 points / Critère 3 : Qualité de gestion des contrats et des services : 42 points / Critère 4 : Diversité et la qualité des actions de prévention conduites en direction des bénéficiaires des contrats (...)* 6.3.1 : « *Appréciation du critère 1 (...)* Critère 1 : *rapport entre la qualité des garanties et le tarif proposé / sur 30 points / Sous-critère 1.1. : tarification du panier de soins (Nf1) calculé à partir de la population décrite pour l'estimation : 10 points / Sous-critère : 1.2. : tarification des garanties optionnelles (Nf2) calculé à partir de la population décrite pour l'estimation : 8 points / Sous-critère 1.3 : Niveau des frais de chargement (Nf3) calculé à partir de la population décrite pour l'estimation : 12 points* ».

17. Il résulte de l'instruction qu'alors même que le marché en cause est un marché à procédure adaptée, soumis à une simple obligation de hiérarchisation des critères, le pouvoir adjudicateur a décidé de procéder à la pondération des critères de choix du marché. Le règlement de la consultation prévoyait que les offres seraient appréciées au regard d'un critère 1 de rapport entre la qualité des garanties et le tarif proposé pondéré à 30 %. Il résulte de l'instruction que, pour ce critère 1, l'offre de la MGEN a reçu une note de 20,31 points sur 30 et a ainsi été classée quatrième, alors que l'offre de la société Alan SA a reçu la note de 29,39 sur 30 et a été classée première. La MGEN soutient que la procédure de mise en concurrence est entachée d'un vice de procédure tiré de l'irrégularité de la pondération du critère 1 et de la sous-pondération du sous-critère 1.1, relatif à la tarification du panier de soins comportant les

garanties minimales obligatoires. Elle estime que ce sous-critère 1.1 a été sous-pondéré par le MTECT créant une surpondération du sous-critère 2 relatif à la tarification des garanties optionnelles, pourtant moins essentielles que les garanties obligatoires. Elle estime ainsi que le poids accordé par le pouvoir adjudicateur au sous-critère 1.1, à hauteur de 10 points sur un total de 30 attribués au critère 1, est sous-évalué au regard de son poids prépondérant dans le budget correspondant à l'affiliation de la population concernée aux garanties minimales obligatoires, estimé par elle entre 80 et 90 %, alors que les garanties optionnelles n'ont pas vocation à être choisies par le plus grand nombre des bénéficiaires. Elle en retient que les deux autres sous-critères, sur 8 et 12 points, s'en trouvent ainsi surévalués par rapport au premier. En outre, la MGEN soutient que le sous-critère 1.3 relatif au niveau de frais de chargement concerne des frais déjà intégrés à la tarification du panier de soins du sous-critère 1.1 et aux garanties optionnelles du sous-critère 1.2. Toutefois, le MTECT fait valoir en défense qu'il a déterminé, ainsi qu'il était libre de le faire, une méthode de pondération traduisant son besoin réel d'inciter les soumissionnaires à proposer une offre optimisée sur certains aspects de la mise en œuvre du dispositif de protection sociale complémentaire des agents des ministères et services concernés. Le MTECT précise à cet égard que, contrairement à ce que soutient la requérante, le sous-critère 1.1, dont l'objet est d'apprécier le montant de la cotisation d'équilibre, réévaluée annuellement, servant de référence au calcul des cotisations des bénéficiaires du contrat collectif aux termes de l'article précité 14 du décret du 22 avril 2022, incluant également des coûts de solidarité prévus aux articles 22, 25 et 26 de ce décret, est peu discriminant. Il rappelle à cet effet que l'estimation de cette cotisation est nécessairement réalisée par les soumissionnaires en référence à des bases statistiques générales et à l'observation des coûts et fréquences de soins d'une population donnée, sur des hypothèses identiques et aboutissant à une tarification similaire. Le MTECT fait valoir en outre que, contrairement à ce que soutient la requérante, les garanties optionnelles, qui sont couvertes par la contribution du ministère à hauteur de 50 %, seront nécessaires pour compléter les garanties de base moins étendues que ce qu'allègue la requérante. Il précise également que les garanties optionnelles revêtent une importance particulière dès lors que, plus le tarif proposé sera bas, plus le nombre de bénéficiaires y souscrivant sera important, permettant ainsi une meilleure mutualisation du risque et une meilleure couverture des agents. Le MTECT fait valoir en outre que l'importance accordée au sous-critère 3, relative au frais de chargement, reflète l'efficacité économique du dispositif proposé, ces frais se composant des coûts de gestion et de la marge du soumissionnaire. Dans ces conditions, il ne résulte pas de l'instruction que la pondération retenue des sous-critères 1.1, 1.2 et 1.3 n'aurait manifestement pas permis, eu égard aux caractéristiques du marché, de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse.

En ce qui concerne la mise en œuvre de la méthode de notation :

18. Le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a fixés et rendus publics. Toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie. Il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publiques, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, de telles méthodes de notation. La méthode de notation ne peut être utilement contestée devant le

juge du référé précontractuel qu'en cas d'erreur de droit ou de discrimination illégale.

19. La MGEN soutient que l'écart de points séparant les notes de son offre et de celle de la société Alan SA sont incohérents avec la réalité de l'écart de prix entre leurs propositions. Elle produit à cet égard une estimation financière du montant des cotisations pour les sous-critères 1.1 et 1.2, en procédant à ses propres calculs en fonctions des volumes projetés, dont elle déduit que l'offre de la société Alan SA était au global plus chère que la sienne de 1,85%, pour un écart de 2 225 580 euros, l'offre d'Alan SA concernant le socle de base du sous-critère 1.1 étant plus chère que celle de la MGEN de 6,10%, soit de 6 635 580 euros, mais moins chère s'agissant des garanties optionnelles du sous-critère 1.2. Ces estimations, réalisées par la requérante elle-même, ne suffisent toutefois pas à établir que la méthode de notation du critère 1 retenue par le pouvoir adjudicateur, qui a pour effet d'attribuer la note maximale à l'offre la moins disante et à échelonner les notes des autres offres de manière linéaire, est entachée d'erreur de droit ou de discrimination illégale et n'a pas permis de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse.

En ce qui concerne la dénaturation des offres :

20. Il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en méconnaissant ou en altérant manifestement ses termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats.

21. Il résulte de l'instruction que l'offre de la MGEN a obtenu une note de 34,01 points sur 42 pour le critère 3 « *Qualité de gestion des contrats et des services* » et a été classée première pour ce critère alors que l'offre de la société Alan SA, classée troisième, a obtenu une note de 30,75 points sur 42. La MGEN soutient que le MTECT a dénaturé son offre au regard de la notation de ce critère pour lequel elle aurait dû, selon elle, obtenir plus de points au regard de la qualité de son offre. Elle soutient également que l'offre de la société Alan SA a été, pour le même motif, survalorisée entraînant une rupture d'égalité entre elles. Toutefois, aucun élément produit par la société requérante ne permet d'établir que le pouvoir adjudicateur aurait, par cette appréciation, dénaturé son offre ou celle de l'attributaire pressenti ou se serait manifestement mépris sur leur contenu alors que le critère 3 faisait l'objet de neuf sous-critères « *au titre des agents* » et de huit sous-critères « *au titre des ressources humaines* » et alors, ainsi que le fait valoir le MTECT en défense, que le niveau des frais de gestion ne reflète pas uniquement les efforts consentis pas le soumissionnaire au profit de la qualité de la gestion, mais concerne également la marge qu'entend réaliser l'opérateur économique. Il ne résulte ainsi pas de l'instruction qu'en attribuant la note de 34,01 points sur 42 à la MGEN pour le critère 3, et non un nombre de points supérieur, et la note de 30,75 points sur 42 à la société Alan SA et non un nombre de points inférieur, le MTECT aurait dénaturé leurs offres et aurait ainsi entraîné une rupture d'égalité entre ces candidates.

22. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions présentées par la MGEN au titre des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative doivent être rejetées.

**Sur les frais liés au litige :**

23. En vertu des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le tribunal ne peut pas faire bénéficier la partie tenue aux dépens ou la partie perdante du paiement par l'autre partie des frais qu'elle a exposés à l'occasion du litige soumis au juge. Par suite, les conclusions présentées à ce titre par la MGEN doivent être rejetées. Il y a en revanche lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la MGEN le versement d'une somme de 1 500 euros à la société Alan SA au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens.

**ORDONNE :**

Article 1<sup>er</sup> : La requête présentée par la MGEN est rejetée.

Article 2 : La MGEN versera à la société Alan SA une somme de 1 500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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