

N° 0807246

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

CENTRE HOSPITALIER DE DOUAI

Ordonnance du 26 novembre 2008

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés,

Vu la requête, enregistrée le 10 novembre 2008, présentée pour le CENTRE HOSPITALIER DE DOUAI, dont le siège est situé BP 740 à Douai (59507), par Me de Castelnau, avocat ; le CENTRE HOSPITALIER DE DOUAI demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

- d'enjoindre au centre hospitalier de Somain de différer la signature du marché relatif à l'assistance technique en restauration et en approvisionnement en produits et denrées alimentaires (lots n° 1 et 2) jusqu'au terme de la présente procédure ;
- d'annuler la procédure en cause pour l'attribution dudit marché ;
- de condamner le centre hospitalier de Somain à lui verser la somme de 3000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient :

- qu'il y a lieu de différer la signature du marché qui est imminente ;
- que la procédure d'appel d'offres est entachée d'un certain nombre d'irrégularités dont certaines ne l'ont pas directement lésé et qui ne seront de ce fait pas invoquées ;
- que par contre il a été lésé ou susceptible d'être lésé par d'autres irrégularités ;
- que la rubrique relative aux procédures de recours est insuffisamment renseignée, en n'indiquant pas notamment l'existence du référé précontractuel, vice substantiel qui lèse son droit à un recours efficace ;
- qu'en omettant de renseigner la rubrique relative à la forme juridique des candidats, le centre hospitalier de Somain a lésé ses droits dès lors qu'il n'a pu envisager de présenter une offre sous forme de groupement ;
- que le marché en litige constitue un marché à bons de commandes ; qu'à ce titre la rubrique de l'avis d'appel public à la concurrence relative aux accords cadres aurait dû être renseignée ; que cette omission lèse ses intérêts par rapport au titulaire sortant qui avait connaissance des éléments omis ;

- qu'il existe une différence de deux jours entre la durée de validité des offres publiée dans les avis de publicité et dans le règlement de la consultation ; que cette divergence laisse planer une incertitude susceptible de léser ses droits ;
- que l'article 6 du règlement de la consultation prévoit que les offres seront déposées dans une enveloppe extérieure mentionnant le nom de l'entreprise, en méconnaissance des dispositions de l'article 57 du code des marchés publics imposant la confidentialité des dossiers déposés par les candidats ; que cette irrégularité est susceptible de léser ses droits en permettant le traitement plus favorable de certaines candidatures ;
- que la rubrique du cahier des clauses administratives particulières relative aux avances mentionne « sans objet », en méconnaissance des dispositions de l'article 86 du code des marchés publics qui disposent que les marchés donnent lieu au versement d'avances qui sont donc illégalement prohibées ;
- que les avis de publicité renvoient, pour la rubrique relative aux conditions de participation, au seul règlement de la consultation en méconnaissance des règles sur la publicité des appels d'offres ;
- qu'en ne limitant pas à trois ans la période des références exigées, le pouvoir adjudicateur a méconnu les dispositions de l'arrêté du 28 août 2006, ce qui lèse ses intérêts par rapport à des candidatures de sociétés plus anciennes ;
- que les critères de choix des offres retenus méconnaissent l'article 53 du code des marchés publics en ce qu'ils constituent des critères relatifs au choix des candidatures, notamment en ce qui concerne les références, les capacités techniques et financières ; que ses droits ont été lésés par rapport à des entreprises plus anciennes ;
- qu'en divisant le marché en deux lots le centre hospitalier de Somain était tenu d'apprécier les offres séparément pour chaque lot et ne pouvait sans violer les dispositions de l'article 10 du code des marchés publics imposer une offre portant sur les deux lots, ni apprécier les candidatures et les offres au regard des deux lots en même temps ; que cette irrégularité avantage le titulaire en place du marché ;

Vu, enregistré le 21 novembre 2008, le mémoire produit pour le centre hospitalier de Somain par la S.C.P. Manuel Gros, David Deharbe et associés ; il conclut au rejet de la requête du CENTRE HOSPITALIER DE DOUAI et demande la condamnation de celui-ci à lui verser une somme de 3 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient :

- que la requête du CENTRE HOSPITALIER DE DOUAI est irrecevable, dès lors que le principe de spécialité auquel il est astreint en tant qu'établissement public administratif s'oppose à ce qu'il puisse se porter candidat pour une fourniture de prestations de nature commerciale ;
- qu'au surplus la qualité d'établissement public du requérant lui procure éventuellement un avantage anticoncurrentiel par les ressources et moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public ;
- subsidiairement, que l'ensemble des manquements dont se prévaut le requérant, à les supposer établis, ne sont pas susceptibles de l'avoir lésé alors qu'il est lui-même entité adjudicatrice ;

- que le requérant qui a introduit un référé précontractuel ayant abouti à la suspension de signature du marché litigieux n'a nullement été lésé par l'omission de mention de l'existence du référé précontractuel dans les avis de publicité ;
- qu'en l'absence de renseignement de la rubrique correspondante, toute liberté était laissée aux candidats quant à leur forme juridique ;
- que le requérant n'a pu être lésé par les éventuelles irrégularités de renseignement des rubriques relatives à la nature du contrat ;
- que le requérant n'est pas susceptible d'avoir été lésé par les éventuelles irrégularités relatives au délai de validité des offres, à l'anonymisation des enveloppes extérieures et à l'interdiction de l'avance, dès lors que sa candidature a été admise et son offre examinée ; qu'en outre l'avance n'est pas prévue pour les marchés de prestations de services ;
- que le renvoi au règlement de la consultation pour les conditions de participation est sans incidence sur la situation du requérant et sur les règles de concurrence ;
- que la critique de la pertinence des critères de choix ne relève pas du juge du référé précontractuel ;
- qu'en écartant les critères critiqués par lui le requérant a présenté l'offre la plus mal classée ;
- que l'éventuelle irrégularité concernant l'allotissement est sans incidence sur la situation du requérant, dont l'offre était la plus mal classée sur les deux lots ;

Vu, enregistré le 24 novembre 2008, le mémoire en réplique produit pour le CENTRE HOSPITALIER DE DOUAI par Me Lafay ; il conclut aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens ;

Il soutient, en outre :

- que dès lors qu'il a effectivement candidaté au marché litigieux il est recevable à agir par la voie du référé précontractuel, quelle que soit par ailleurs l'éventuelle recevabilité de sa candidature ;
- que le défaut d'information sur les voies de recours avantage par définition l'attributaire du marché litigieux ; que de ce point de vue la circonstance qu'il ait introduit un référé précontractuel est sans incidence ;
- que le juge du référé précontractuel est compétent pour sanctionner la violation de l'arrêté du 28 août 2006 relatif aux références professionnelles ainsi que les violations des règles relatives à la définition des critères de choix des offres ;
- que la méconnaissance des dispositions régissant l'allotissement des marchés constitue nécessairement un manquement aux obligations de mise en concurrence ;

Vu, enregistré le 24 novembre 2008, le mémoire produit pour la société Compass Group France par Me Guiheux ; elle conclut au rejet de la requête et demande la condamnation du CENTRE HOSPITALIER DE DOUAI à lui verser une somme de 3 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient :

- que la requête du CENTRE HOSPITALIER DE DOUAI est irrecevable en application du principe de spécialité auquel il est astreint en tant

- qu'établissement public administratif ; lequel s'oppose à ce qu'il puisse se porter candidat pour une fourniture de prestations de nature commerciale alors que ses missions sont limitativement énumérées ;
- que la qualité d'établissement public du requérant lui procure un avantage anticoncurrentiel dès lors que la prestation de restauration du marché en cause reposerait exclusivement sur les moyens mis à disposition pour sa mission de service public ;
 - que de ce fait le CENTRE HOSPITALIER DE DOUAI n'est pas susceptible d'avoir été lésé par un quelconque manquement du pouvoir adjudicateur ;
 - que le requérant ayant exercé un référé précontractuel n'a pas été lésé par les éventuelles irrégularités affectant les rubriques de publicité relatives aux voies de recours ;
 - qu'aucune restriction quant à la forme juridique des candidats n'étant imposée, le renseignement de la rubrique correspondante était inutile ;
 - que le requérant n'a aucunement été lésé par les éventuelles imprécisions quant à la nature du marché ;
 - que l'éventuelle différence de deux jours dans la durée de validité des offres, alors que cette mention n'est pas obligatoire dans le règlement de la consultation, n'a en toute hypothèse pas pu léser le requérant ;
 - que si la confidentialité des offres est exigée aucune disposition n'impose leur caractère anonyme ;
 - que les avis de publicité n'ont nullement interdit les avances en indiquant dans la rubrique correspondante la mention « sans objet » ;
 - qu'en outre les avances sont relatives à l'exécution des marchés et non à leur passation ;
 - que le requérant qui a présenté une offre n'a pas été lésé sur le renvoi au règlement de la consultation pour les critères de sélection des candidatures ;
 - que le requérant qui est lui même un centre hospitalier ne peut avoir été lésé par la non limitation aux trois dernières années des références hospitalières demandées ;
 - que l'éventuelle irrégularité sur la détermination des critères de choix des offres n'a pu léser le requérant dont l'offre était la moins avantageuse en tout état de cause ;
 - que l'allotissement technique mis en place n'est pas un allotissement au sens de l'article 10 du code des marchés publics ; qu'il n'était donc pas nécessaire d'examiner les offres et candidatures lot par lot ;

Vu l'ordonnance en date du 10 novembre 2008 par laquelle le président du tribunal administratif de Lille a enjoint au centre hospitalier de Somain de différer la signature du marché relatif à l'assistance technique en restauration et en approvisionnement en produits et denrées alimentaires jusqu'à ce qu'il soit statué sur la présente requête ;

Vu, en application de l'article L. 511-2 du code de justice administrative, la délégation du président du Tribunal en date du 1^{er} septembre 2008 ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 24 novembre 2008 :

- le rapport de Mlle Hamon, juge des référés ;
- les observations de Me Lafay, avocat, pour le CENTRE HOSPITALIER DE DOUAI qui conclut aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens et soutient en outre :
 - qu'il s'est vu attribuer par le centre hospitalier de Somain un autre marché, relatif à la gestion de son linge ;
 - qu'aux termes de l'article L.6145-7 du code de la santé publique les centres hospitaliers peuvent exercer des activités de prestations de services ;
 - que le principe de spécialité est interprété souplement ;
 - que compte tenu de son classement en termes de prix son offre n'a pu fausser la concurrence ;
 - que la récente inflexion de jurisprudence sur le référé précontractuel est sans incidence sur les exigences en termes de mention des voies et délais de recours dès lors qu'un manquement est susceptible de léser les candidats ;
 - qu'il en est de même des autres manquements, que ce soit en termes de références exigées, de critères de sélection des offres ou d'allotissement ;
- les observations de Me Gros, avocat, pour le centre hospitalier de Somain, qui conclut aux mêmes fins que son mémoire par les mêmes motifs et soutient, en outre :
 - que l'allotissement du marché n'était pas nécessaire, les deux lots étant techniquement indissociables mais ayant seulement des volumes très différents ;
 - que l'inflexion jurisprudentielle relative au référé précontractuel doit être comprise comme ne permettant plus que la censure des irrégularités ayant effectivement lésé le requérant ;
 - que le choix de l'attributaire du marché entre les quatre candidats retenus s'est fait, compte tenu de leur égalité par ailleurs, sur les deux seuls critères du prix et des références ;
 - que dans ces conditions le requérant n'avait aucune chance de remporter ce marché ;
 - qu'il n'aurait pu être lésé par les manquements allégués en matière d'indication des voies de recours, de forme juridique des candidats ou d'allotissement ;
 - qu'en sa qualité d'entité par ailleurs adjudicatrice, le requérant ne peut aucunement avoir été lésé ;
- les observations de Me Maigne, avocat, pour la société Compass Group France, qui déclare s'en remettre à ses écritures ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le règlement (CE) n° 1564/2005 du 7 septembre 2005 ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Considérant qu'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 des marchés publics, des marchés mentionnés au 2° de l'article 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique et des conventions de délégation de service public. Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.

Le président du Tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours. Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifiée les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'Espace économique européen a été commise. Le président du Tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. » ;

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

Sur recevabilité de la requête :

Considérant qu'il résulte des dispositions susmentionnées du code de justice administrative que le droit à un recours précontractuel effectif doit être ouvert à tout soumissionnaire à un marché public, y compris dans l'hypothèse où sa candidature aurait dû être écartée comme irrecevable, ledit soumissionnaire devant être admis à contester le bien fondé du motif d'exclusion sur le fondement duquel le juge du référé précontractuel envisage de conclure qu'il n'a pas été ou ne risque pas d'être lésé par la procédure dont il allègue l'illégalité ; que dès lors le centre hospitalier de Somain et la société Compass Group France ne sont pas fondés à

soutenir que le CENTRE HOSPITALIER DE DOUAI n'est pas recevable à saisir le juge du référé précontractuel du fait de l'irrecevabilité de sa candidature à l'attribution du marché litigieux ;

Sur la recevabilité de la candidature du CENTRE HOSPITALIER DE DOUAI :

Considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ;

Considérant qu'aux termes de l'article L.6145-7 du code de la santé publique : « Sans porter préjudice à l'exercice de leurs missions, les établissements publics de santé peuvent : 1° A titre subsidiaire, assurer des prestations de service, valoriser les activités de recherche et leurs résultats, exploiter des brevets et des licences dans le cadre de services industriels et commerciaux (...) » ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'offre présentée par le CENTRE HOSPITALIER DE DOUAI dans le cadre du marché litigieux était la plus chère ; que de ce fait le centre hospitalier de Somain et la société Compass Group France n'établissent pas que cette offre fausserait la concurrence en reposant exclusivement sur les moyens mis à disposition de celui-ci pour l'exercice de sa mission de service public ; que par ailleurs il existe un intérêt public au bon fonctionnement du service de restauration dans les hôpitaux publics, quand bien même il n'y aurait pas de carence de l'initiative privée dans ce secteur ; qu'enfin la fabrication et la livraison de plateaux déjeuners dans un centre hospitalier, et a fortiori l'assistance technique en restauration (gestion des approvisionnements, assistance qualité et gestion des risques) se situent dans la limite des compétences d'un centre hospitalier ; que dès lors le centre hospitalier de Somain et la société Compass Group France ne sont pas fondés à soutenir que la candidature du requérant aurait été irrecevable ni que, de ce fait, le CENTRE HOSPITALIER DE DOUAI ne serait pas susceptible d'avoir été lésé par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumis le marché litigieux ;

Sur les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête :

Considérant que l'avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication au Journal officiel de l'Union européenne doit, conformément au formulaire standard pour les avis de marché, annexé au règlement (CE) n° 1564/2005 du 7 septembre 2005, comporter notamment les rubriques « VI.4.1) Instance chargée des procédures de recours (...), VI.4.2) Introduction des recours (veuillez remplir la rubrique VI.4.2 OU, au besoin, la rubrique VI.4.3) / Précisions

concernant le(s) délais d'introduction des recours : (...) » et la rubrique « VI.4.3) Service auprès duquel des renseignements peuvent être obtenus concernant l'introduction des recours (...) » ;

Considérant que si le formulaire pour les avis de marché, annexé au règlement (CE) n°1564-2005 du 7 septembre 2005, n'impose pas que l'avis de marché comporte des renseignements relatifs aux voies et délais de recours dès lors que s'y trouve indiqué à la rubrique VI.4.3) le service où l'on peut obtenir de tels renseignements, il ne prévoit pas en revanche que la seule indication, au titre de la rubrique VI.4.1) de l'avis, de l'instance chargée des procédures de recours dispenserait le pouvoir adjudicateur de remplir au moins l'une des rubriques VI.4.2) et VI.4.3) ; qu'il résulte de l'instruction que l'avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne par le centre hospitalier de Somain ne comporte, dans la rubrique VI.4) « *Procédures de recours* », que la seule mention du Tribunal administratif de Lille au titre de la rubrique VI.4.1), sans préciser notamment la possibilité d'exercer un référé précontractuel sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, au titre de la rubrique VI.4.2), ni aucune mention au titre des rubriques VI.4.2) et VI.4.3) ; qu'une telle irrégularité est susceptible d'avoir fait obstacle à la saisine du juge du référé précontractuel par des opérateurs économiques autres que le requérant ; qu'en outre la circonstance que le CENTRE HOSPITALIER DE DOUAI ait, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, valablement saisi le juge du référé précontractuel avant la signature du contrat n'est, dans ces conditions, pas de nature à rendre le moyen inopérant, eu égard à l'objet des mentions relatives aux voies et délais de recours que doivent comporter les avis d'appel public à la concurrence et dès lors que le stade de la procédure auquel un tel référé est introduit a une influence sur le caractère opérant des manquements dont peut se prévaloir le requérant ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête, que le CENTRE HOSPITALIER DE DOUAI est fondé à demander l'annulation de la procédure mise en œuvre par le centre hospitalier de Somain en vue de l'attribution du marché portant sur l'assistance technique en restauration et en approvisionnement en produits et denrées alimentaires ;

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

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.(...) » ; que le CENTRE HOSPITALIER DE DOUAI est donc fondé à demander la condamnation du centre hospitalier de Somain à lui verser à ce titre la somme de 1 500 euros ;

Considérant qu'en vertu des dispositions de ce même article L. 761-1, 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 ; que les conclusions présentées à ce titre par le centre hospitalier de Somain et la société Compass Group France doivent dès lors être rejetées ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La procédure engagée par le centre hospitalier de Somain en vue de la passation du marché portant sur l'assistance technique en restauration et en approvisionnement en produits et denrées alimentaires est annulée.

Article 2 : Le centre hospitalier de Somain est condamné à verser au CENTRE HOSPITALIER DE DOUAI la somme de 1 500 euros en application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

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

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée au CENTRE HOSPITALIER DE DOUAI, au centre hospitalier de Somain et à la société Compass Group France.

Fait à Lille, le 26 novembre 2008

Le juge des référés,

signé

P. HAMON

La République mande et ordonne au préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, préfet du Nord en ce qui le concerne, ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente ordonnance.

Pour expédition conforme,
Le greffier,