

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MARSEILLE

REPUBLIQUE FRANÇAISE

N° 0806569

SOCIÉTÉ BIOMERIEUX

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Ordonnance du
9 octobre 2008

Le Tribunal administratif de Marseille,

54-03-05

Le vice-président désigné,
Juge des référés,

Vu la requête, enregistrée au greffe du Tribunal le 19 septembre 2008, sous le n° 0806569, présentée pour la SOCIÉTÉ BIOMERIEUX, dont le siège social est situé 5 rue des Aqueducs à Craponne (69290), agissant par ses représentants légaux en exercice, par Me Karpenschif ;

La SOCIÉTÉ BIOMERIEUX demande au président du Tribunal administratif, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1° d'enjoindre à l'assistance publique-hôpitaux de Marseille de différer la signature du marché de fournitures de réactifs et consommables de laboratoires avec mise à disposition d'automates de bactériologie, jusqu'au terme de la procédure ;

2° d'annuler la procédure de passation de ce marché ;

3° de condamner l'assistance publique-hôpitaux de Marseille à lui verser la somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- elle justifie d'un intérêt lui donnant qualité pour agir ;
- le marché n'a pas encore été signé ;
- les prestations, objet du présent marché, auraient dû faire l'objet d'un allotissement, conformément au principe posé à l'article 10 du code des marchés publics, les conditions de recours à un marché global n'étant pas satisfaites en l'espèce ;
- aucun opérateur économique n'étant en mesure de répondre seul aux besoins du pouvoir adjudicateur, objets du marché, celui-ci impose, de fait, une candidature sous forme de groupement, méconnaissant ainsi la liberté des opérateurs de présenter des candidatures individuelles ou groupées ;
- en exigeant des candidats qu'ils fassent une offre concernant la mise à disposition à titre gratuit d'équipements durant la totalité du marché, le pouvoir adjudicateur a limité l'accès à la commande publique, par une évaluation non sincère de ses besoins et une rupture de l'égalité entre les candidats, faussant les règles de la concurrence ;

- une telle exigence, distincte de l'objet du marché portant sur les consommables, justifiait à elle seule un allotissement et constitue un droit d'entrée incompatible avec les principes figurant à l'article 1-II du code des marchés publics ;
- en fixant cette obligation aux candidats, le pouvoir adjudicateur abuse de sa position dominante et méconnaît les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Vu l'ordonnance du 19 septembre 2008, ordonnant à l'assistance publique-hôpitaux de Marseille de suspendre la signature du marché dont la procédure de passation est contestée ;

Vu le mémoire, enregistré le 3 octobre 2008, présenté par l'assistance publique-hôpitaux de Marseille, représentée par son directeur général en exercice, qui conclut :

1° au rejet de la requête ;

2° à ce que la société requérante soit condamnée à lui verser une somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- le choix du recours à un marché à bons de commande se justifie par la nature des besoins qui en constituent l'objet, dont les quantités sont incertaines ;
- la demande portant sur la mise à disposition d'automates n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence ;
- si, au cas d'espèce, l'allotissement n'a pas été retenu, c'est en raison des conséquences qui pouvaient en résulter s'agissant de l'exécution des prestations, rendue plus difficile ;
- l'exigence relative à la constitution de groupement n'a pas, en l'espèce, porté atteinte à la concurrence ;

Vu le mémoire complémentaire, enregistré le 6 octobre 2008, par lequel l'assistance publique-hôpitaux de Marseille maintient ses précédentes conclusions, par les mêmes moyens et fait valoir, en outre, que :

- la requérante ne justifie pas que les manquements qu'elle invoque l'aient lésée ou ait pu la léser ;
- les moyens fondés sur la violation des règles de la concurrence sont inopérants

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la décision du président du Tribunal désignant M. Hermitte, vice-président, comme juge des référés ;

Vu le code de commerce ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir régulièrement convoqué à l'audience :

- la SOCIÉTÉ BIOPMERIEUX ;
- l'assistance publique-hôpitaux de Marseille ;

Après avoir présenté son rapport et entendu au cours de l'audience publique du 6 octobre 2008 les observations de :

- Me Karpenschif, pour la SOCIÉTÉ BIOMERIEUX, qui a repris et développé ses écritures ;

- M. de Laubier, représentant l'assistance publique-hôpitaux de Marseille, qui a également repris et développé ses écritures ;

Après avoir prononcé la clôture de l'instruction à l'issue de l'audience ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 551-1 du 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 notifié 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 » ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'absence d'allotissement :

Considérant qu'aux termes de l'article 10 du code des marchés publics : « Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots. / Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination. (...) » ; qu'il résulte de ces dispositions qu'un pouvoir adjudicateur doit retenir, en principe, la forme du marché en lots séparés, à moins qu'il justifie que cette forme n'ait pour effet, notamment, de rendre plus difficile l'exécution technique des prestations demandées ;

Considérant que l'assistance publique-hôpitaux de Marseille a décidé de ne pas faire application des dispositions précitées du premier alinéa de l'article 10 du code des marchés public et a retenu, pour satisfaire ses besoins en matière de fournitures de réactifs et consommables de laboratoire, de passer un marché global à bons de commande ; que si la société requérante soutient qu'aucun motif ne peut justifier le refus d'allotir les prestations en cause, il ne résulte pas de l'instruction que les analyses de bactériologie que requiert l'activité des établissements relevant de l'assistance public-hôpitaux de Marseille, et les fournitures qui y sont nécessaires, puissent être aisément dissociées en lots distincts compte tenu de la nécessité de confirmer ou de compléter les résultats d'analyses effectués par les automates, en ayant recours à l'un des deux modes retenus par le laboratoire, le choix entre ces modes étant dépendant de chaque cas ; que dans ces conditions, l'articulation entre différents opérateurs présente une difficulté réelle, ce qui n'est pas sérieusement contesté ; que, dès lors, l'assistance publique-hôpitaux de Marseille doit être regardée comme justifiant, pour des raisons techniques, le recours à un marché global à bons de commande ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'exigence de groupement de candidats :

Considérant qu'aux termes de l'article 51 du code des marchés publics : « I. - Les opérateurs économiques sont autorisés à se porter candidat sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint, sous réserve du respect des règles relatives à la concurrence. / (...) VI. - L'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation peut interdire aux candidats de présenter pour le marché ou certains de ses lots plusieurs offres en agissant à la fois : / 1° En qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements ; / 2° En qualité de membres de plusieurs groupements. (...) » ;

Considérant qu'à la rubrique III.1) de l'avis d'appel public à la concurrence, le pouvoir adjudicateur a indiqué : « En cas de groupement d'opérateurs économiques, la forme retenue pour l'attributaire sera le groupement solidaire » ; qu'il ne résulte pas de cette mention que le pouvoir adjudicateur ait entendu imposé aux opérateurs économiques de ne présenter de candidature que sous la forme d'un groupement ; qu'il n'est pas établi que seuls des groupements seraient en mesure de présenter une offre correspondant à l'objet du marché ; que la circonstance que les candidats qui se sont manifestés dans le cadre de la procédure contestée l'ont fait en recourant à un groupement n'établit pas, à elle seule, une atteinte à la liberté des opérateurs économiques quant aux modalités de leur candidature et, par suite, une méconnaissance des dispositions précitées de l'article 51 du code des marchés publics ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'exigence d'une mise à disposition gratuite d'équipement :

Considérant que l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement particulier de la consultation imposent aux candidats de prévoir dans leur offre la mise à disposition des équipements nécessaires aux analyses bactériologiques, avec une assistance couvrant tous les risques ; que cette exigence, qui n'est pas étrangère à l'objet du marché, portée à la connaissance de l'ensemble des candidats susceptibles d'être intéressés, lesquels avaient, dès lors, la possibilité d'intégrer cette prestation dans le prix de leur offre, ne peut être regardée ni comme constituant un droit d'entrée susceptible d'entraver le libre accès à la commande publique, ni comme portant atteinte à l'égalité des candidats ou aux règles de la concurrence ; qu'elle ne caractérise pas davantage une évaluation non sincère des besoins destinés à être couverts par le marché ; qu'enfin, il appartient aux opérateurs, le cas échéant regroupés, de déterminer entre eux les modalités de prise en charge de cette prestation, lesquelles ne sont pas, en l'espèce, déterminées par le pouvoir adjudicateur ;

En ce qui concerne le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 420-2 du code de commerce :

Considérant qu'il n'entre pas dans les compétences du juge des référés précontractuels de sanctionner la méconnaissance éventuelle des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'abus de position dominante :

Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction, pour les motifs qui viennent d'être indiqués, que l'assistance publique-hôpitaux de Marseille se serait livrée à un abus de position dominante ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la SOCIETE BIOMERIEUX n'est pas fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché de fournitures de réactifs et consommables de laboratoires avec mise à disposition d'automates de bactériologie, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que l'assistance publique-hôpitaux de Marseille, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, soit condamnée à verser une somme sur leur fondement ; que l'assistance publique-hôpitaux de Marseille, qui n'a pas eu recours au ministère d'avocat, ne justifie pas avoir exposé, dans le cadre de la présente instance, des frais au sens des dispositions de cet article ;

ORDONNE

Article 1er : La requête de la SOCIETE BIOMERIEUX est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de l'assistance publique-hôpitaux de Marseille présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIÉTÉ BIOMERIEUX et à l'assistance publique-hôpitaux de Marseille.

Fait à Marseille, le 9 octobre 2008.

Le vice-président désigné,
Juge des référés,

signé

G. HERMITTE

La république mande et ordonne au préfet des Bouches-du-Rhône, en ce qui le concerne ou à tous les huissiers de justice 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
Pour le greffier en chef

