

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N°0816733/9

STE SIEVE FRANCE

Mme Elisabeth Lastier
Juge des référés

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Audience du 13 novembre 2008
Ordonnance du 18 novembre 2008

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 21 octobre 2008, présentée pour la STE SIEVE FRANCE, dont le siège est 38 place des Pavillons rue Marcel Mérieux à Lyon, (69007), représentée par son gérant en exercice, par la SELARL BSA avocats, agissant par Me Laurent Fourmon ; la STE SIEVE FRANCE demande au juge des référés du Tribunal, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

- de suspendre l'exécution du marché public n° 56-2007 conclu entre l'AP-HP et la société Bioquell et notifié à cette dernière le 22 août 2008, relatif à la fourniture, la livraison, l'installation, la mise en service et la maintenance d'isolateurs et de ses accessoires pour la mise en place d'une Unité Centralisée de Reconstitution des médicaments anticancéreux, Service de pharmacie de l'hôpital Saint-Louis (établissement de l'Assistance publique-hôpitaux de Paris, AP-HP) ;

- de mettre à la charge de l'AP-HP la somme de 2. 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La STE SIEVE FRANCE soutient que son référé suspension est recevable ; qu'elle justifie d'un intérêt à agir en tant que candidate à l'attribution du marché dont l'offre a été rejetée, et alors qu'aucun avis d'attribution du marché n'a été publié ; que la jurisprudence Société Tropic Travaux Signalisation est applicable ; qu'il y a urgence, dès lors que, d'une part, l'instruction du dossier fait apparaître des éléments précis relatifs à la réalité de risques sérieux pour la santé publique, du fait du choix expérimental de l'AP-HP dans le domaine délicat de la santé publique de la cancérologie que constitue la conclusion du marché avec la société Bioquell, qui n'a jamais fabriqué le matériel en cause ; que, d'autre part, la décision de l'AP-HP préjudicie de manière suffisamment grave à son intérêt et à sa situation, ainsi qu'à l'intérêt général lié à la garantie d'une libre concurrence et au respect des principes de publicité et d'égalité de traitement des candidats ; que compte tenu des manquements liés à la publicité et à l'égalité de traitement des candidats, ainsi que des délais, elle n'a pas eu les moyens physiques et matériels d'engager les démarches efficaces, surtout le référé précontractuel ; qu'enfin, l'urgence est constituée du fait de son préjudice financier et de son manque à gagner issus de l'attribution illégale du marché litigieux ; qu'elle a formulé une demande

préalable d'indemnisation auprès de l'AP-HP le 14 août 2008, tendant à la réparation tant des conséquences de son éviction irrégulière et de l'attribution irrégulière du marché en cause, que des propos diffamatoires tenus à son encontre ; qu'elle est l'un des leaders sur le marché en question depuis 1995 ; qu'elle constitue l'un des principaux fournisseurs de l'Agence Générale des Equipements et Produits de Santé de l'AP-HP depuis 2000 ; qu'elle avait des chances sérieuses d'emporter le marché et a donc le droit d'être indemnisée à hauteur du bénéfice net qu'aurait pu procurer le marché ; que le chiffre d'affaires représenté par la conclusion du marché est perdu du fait de l'attribution illégale du marché à la société Bioquell ; qu'il existe des doutes sérieux quant à la légalité de la procédure de passation du marché en cause ; que la publication de l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) est viciée, dès lors que dans l'avis publié au BOAMP et au JOUE, l'AP-HP a omis de renseigner de nombreuses rubriques obligatoires, telles la rubrique II. 2. 1 précisant la quantité ou l'étendue du marché, la rubrique IV. 3. 8 relative aux modalités d'ouverture des offres et les rubriques VI. 4 sur les procédures de recours ; qu'en premier lieu, l'AP-HP n'a pas précisé que le référé précontractuel pouvait être intenté et qu'il ne pouvait l'être que jusqu'à la signature du contrat ; qu'en deuxième lieu, n'est pas non plus mentionné le recours de pleine juridiction ouvert par la décision d'Assemblée du Conseil d'Etat du 16 juillet 2007 ; qu'en troisième lieu, l'AP-HP n'a pas précisé la juridiction compétente pour présenter un référé précontractuel ; qu'enfin, l'AP-HP n'a pas mentionné non plus la possibilité de demander un déferé préfectoral ; que manquent, par ailleurs, dans l'avis publié au BOAMP, des mentions sur le cautionnement et les garanties exigées, les qualifications professionnelles des membres du personnel chargés de la prestation et les modalités d'ouverture des offres ; que les justifications des choix techniques de l'AP-HP sont inexactes et infondées, notamment en ce qui concerne l'acide peracétique, la définition technique et les possibilités techniques du matériel SIEVE ; qu'il existe une contradiction entre l'AAPC et le règlement de la consultation ; qu'ainsi, le règlement de consultation fait état de 4 lots, tandis que l'avis précise que le marché n'est pas alloté ; que le règlement de consultation fait état d'un marché fractionné à bons de commande, tandis que l'avis indique seulement qu'il s'agit d'un marché de « fourniture : achat » ; que l'AP-HP a manqué à son obligation d'information vis-à-vis des candidats en ce qui concerne l'achèvement de la procédure de passation du marché ; que l'AP-HP l'a en outre induite en erreur sur les possibilités de recours qui lui étaient ouvertes et ne démontre pas qu'elle a respecté ses obligations d'information vis-à-vis de tous les autres candidats dans les mêmes délais et les mêmes conditions ; que l'AP-HP ne produit pas de justificatif d'attribution du marché au candidat retenu ; que le règlement de consultation prévoit que « le candidat possèdera de préférence un compte bancaire français et un stock avancé sur le territoire français, dont il devra indiquer l'importance pour les produits objet de la soumission, et la localisation », alors que la société Bioquell est une société d'origine étrangère, qui n'a pas pour objet de fabriquer des isolateurs ; que l'importance et la nature délicate du marché auraient dû par ailleurs empêcher l'AP-HP de passer un marché avec la société Bioquell, nouvel entrant, sans référence ni expérience ; que la société Bioquell n'a pas pu valablement prouver ses capacités professionnelles et techniques liées à l'objet du marché ; que l'AP-HP ne démontre pas que son assemblée délibérante a valablement autorisé l'exécutif à signer le marché litigieux ; que l'ensemble des manquements à la procédure constituent une faute de nature à engager la responsabilité de l'AP-HP ;

Vu la décision de l'AP-HP en date du 20 juin 2008 rejetant l'offre de la STE SIEVE FRANCE ;

Vu l'acte d'engagement du marché notifié au titulaire le 22 août 2008 ;

Vu la copie de la requête en annulation du marché public n° 56-2007, enregistrée le 21 août 2008, sous le n° 0813777 ;

Vu le mémoire en défense, faxé le 12 novembre 2008, présenté pour la société Bioquell, attributaire du marché attaqué, par le cabinet d'avocats de Castelnau ; la société défenderesse conclut au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société requérante de la somme de 3. 000 euros, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société Bioquell soutient qu'en tant qu'attributaire du marché en cause, elle a un intérêt à agir ; à titre principal, elle fait valoir que la condition d'urgence fait défaut, eu égard à l'absence d'atteinte grave et immédiate aux intérêts de la société requérante, alors qu'un intérêt public manifeste implique la poursuite de l'exécution de ce contrat ; qu'en premier lieu, un candidat évincé d'une procédure de passation d'un marché public ne peut justifier d'un préjudice financier, pour caractériser la condition d'urgence dans le cadre d'un référé suspension, dans la mesure où il n'a aucun droit à l'attribution d'un contrat ; qu'en effet, il a été jugé que la suspension du marché n'aurait qu'un effet indirect et hypothétique sur la situation financière d'un candidat évincé, et qu'en outre, la perte de recettes alléguée par un candidat évincé reste éventuelle dans la mesure où il est possible que celui-ci soumissionne et obtienne d'autres marchés « lui assurant une rémunération susceptible de compenser la perte du marché attaqué » ; qu'en l'espèce, la société requérante ne fournit aucun document permettant de prouver que la perte de ce marché lui causerait un préjudice financier et un manque à gagner importants ; qu'elle n'avance sur ce point aucun chiffre probant ; qu'elle ne fait pas non plus état d'un risque sur l'emploi de ses salariés ; qu'elle reconnaît être un acteur important de ce marché et avoir de nombreux clients ; que son chiffre d'affaires est donc important ; qu'il ressort de son acte d'engagement, qu'elle avait proposé une offre de 149. 500 euros HT, correspondant à l'offre de base et au minimum prévu ; que ce marché ne peut donc représenter qu'une part minime du chiffre d'affaires de cette société ; que ce n'est que deux mois après le recours en annulation dirigé par la société requérante contre le contrat litigieux que celle-ci a formé le présent référé suspension, ce qui atteste de l'absence de toute urgence et du caractère non immédiat de l'atteinte à ses intérêts ; que son offre a été classée en 4^{ème} et dernière position, ce qui prouve qu'elle n'avait aucune chance d'obtenir ce marché ; que l'intérêt public implique la poursuite de l'exécution du marché ; que d'ailleurs la jurisprudence fait prévaloir l'intérêt général par rapport à l'intérêt particulier dans ce domaine ; que le matériel litigieux est indispensable pour la reconstitution de médicaments anticancéreux et permet une production quotidienne d'environ 70 à 100 préparations de médicaments ; qu'en cas de suspension du marché, l'unité centralisée ne pourrait pas être installée, causant un grave préjudice pour les patients de l'hôpital atteints de cancers, qui ne pourraient recevoir les traitements efficaces résultant de l'installation des isolateurs, alors que les décrets du 25 août 2004 et du 29 novembre 2006 et l'arrêté d'application publié le 26 janvier 2007 imposent à tous les établissements de santé la mise en œuvre du contrat de bon usage avant le 31 décembre 2008 et de préparer dans une unité centralisée les médicaments anti-cancéreux sous responsabilité pharmaceutique ; qu'en outre, le passage d'une préparation non standardisée disséminée dans 20 services de soins différents par des infirmières non dédiées à cette tâche à une préparation centralisée dans une pharmacie à usage intérieur autorisée par la DRASS, garantit au patient un plus haut niveau de sécurisation et supprime le risque d'exposition des infirmières ; qu'une suspension conduirait le centre hospitalier de Saint-Louis à différer sans calendrier connu une mise en conformité majeure pour un établissement de santé spécialisé dans le traitement du cancer et obligatoire, à continuer à préparer de façon non standardisée les chimiothérapies, à continuer à exposer les infirmières à des substances toxiques et à nuire à l'amélioration de la qualité et de la sécurité de prise en charge des patients cancéreux ; qu'il convient de ne pas mettre en danger la continuité du service public hospitalier ; à titre subsidiaire, qu'aucun moyen de la requête n'est propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée ; que les prétendus vices de publicité ne sont pas constitués ; que les vices allégués n'ont pas lésé la société requérante qui a vu son offre analysée et ne sauraient donc remettre en cause la conclusion du marché ; qu'en tout état de cause, les avis de publicité sont parfaitement renseignés, notamment les rubriques II. 2. 1, (étant

précisé qu'il convient de se référer notamment au CCTP pour avoir une connaissance précise de l'étendue et de la quantité du marché), IV. 3. 8, (étant précisé qu'en droit français, aucune obligation n'impose de renseigner la rubrique relative aux modalités d'ouverture des offres), VI. 4, (qu'en l'espèce, d'une part, le centre hospitalier n'a signé le marché que deux mois après la notification du rejet des offres, laissant ainsi ouverte la voie du référé précontractuel pendant ce délai, d'autre part, les coordonnées du greffe du Tribunal étaient indiquées ce qui permettait à la société requérante de se renseigner sur l'ensemble des recours envisageables, enfin si la société a été informée le 20 juin du rejet de son offre, elle a attendu le 21 août pour présenter un référé précontractuel); que s'agissant de la rubrique III. 1. 1 relative au cautionnement ou aux garanties exigés, le modèle d'avis standard annexé au règlement communautaire n° 1564 du 7 septembre 2005 est assorti de la mention « le cas échéant »; que s'agissant des prétendues contradictions entre les avis de publicité et le règlement de la consultation, l'article I. B du règlement de la consultation spécifique à l'allotissement prévoit que la consultation porte sur un lot unique; qu'en tout état de cause, une contradiction sur l'allotissement n'a pas lésé la société requérante qui a déposé une offre conforme à l'objet de la consultation; qu'au cours de la consultation, elle n'a présenté aucune demande de renseignement complémentaire pour faire lever cette éventuelle contradiction, alors que l'article IV. B du règlement de la consultation lui en donnait le droit; que le fait que la nature du marché, (fractionné à bons de commande), ne soit déterminée que dans le règlement de consultation n'est pas fautif; que l'achèvement de la procédure a été parfaitement respecté, au regard des articles 80 et 83 du code des marchés publics et eu égard aux courriers du 20 juin et du 17 juillet 2008; que le jugement des offres est exempt de toute critique; qu'aucun texte n'impose au pouvoir adjudicateur de faire connaître aux candidats la méthodologie de notation du critère du prix, ni les sous-critères permettant de noter le critère de la « valeur technique »; que la signature du marché ne souffre d'aucune contestation, dès lors qu'en tout état de cause, le conseil d'administration a autorisé le directeur du centre hospitalier à signer le marché; que le choix de la société Bioquell est régulier; qu'elle dispose bien de l'ensemble des capacités et références pour exécuter le marché, comme en attestent la liste des références de ses clients qui utilisent des isolateurs similaires et l'attestation du responsable du pôle pharmaceutique du CHU de Besançon;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 12 novembre 2008, présenté pour l'Assistance publique-hôpitaux de Paris, (AP-HP), par la SCP Uettwiller Grelon Gout Canat & associés (UGGC), représentée par Me Thierry Dal Farra; l'AP-HP conclut au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société requérante de la somme de 10. 000 euros, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative;

L'AP-HP soutient que l'urgence alléguée de suspendre le marché litigieux n'est pas établie; que la société requérante a attendu deux mois depuis l'introduction de sa requête au fond, pour présenter un référé-suspension; qu'en outre et en tout état de cause, le marché litigieux ne préjudicie pas de manière suffisamment grave et immédiate à la situation de la société requérante ni à l'intérêt public; que s'agissant de la prétendue irrégularité du marché et de l'imaginaire perte de chances sérieuses d'obtenir le contrat, de toute façon, l'illégalité d'un acte ne saurait par elle-même caractériser une situation d'urgence; que le moyen tiré d'une hypothétique perte de chances sérieuses d'obtenir le marché est sans influence sur l'éventuelle urgence à en suspendre l'exécution; qu'en tout état de cause, la société n'aurait pas eu plus de chances de remporter le marché que ses concurrents qui, de surcroît, l'ont précédée dans le classement des offres; que s'agissant du prétendu préjudice financier, le manque à gagner inhérent à toute éviction d'un marché public est inopérant pour caractériser l'urgence; qu'en l'espèce, il est conjectural; que, par ailleurs, la suspension demandée n'aurait par elle-même aucun effet sur la situation financière de la requérante; qu'enfin, d'une part, le montant du préjudice invoqué n'est pas justifié, d'autre part, ce préjudice n'est pas suffisamment grave au regard de la situation financière de la requérante, dès lors qu'il n'est pas de nature à compromettre la

continuité de son exploitation ; que si dans son courrier du 14 août 2008, la société requérante évalue son préjudice, sans le justifier, à la somme de 30. 000 euros HT, ce montant ne représente pas plus que 2 % de son chiffre d'affaires annuel ; que ledit marché ne préjudice pas davantage à l'intérêt public et qu'au contraire, sa suspension induirait un risque grave pour la santé publique ; que le choix de l'AP-HP n'a rien d'« expérimental » et que la société Bioquell est présente depuis fort longtemps sur le marché français ; que de nombreux établissements de santé utilisent les isolateurs commercialisés par cette dernière, en particulier le CHU de Besançon, dont la production se rapproche par son volume de celle de l'hôpital Saint-Louis ; que la suspension du marché porterait une atteinte grave et immédiate à la santé publique, eu égard à l'objet du marché litigieux qui vise à l'amélioration de la qualité de la préparation des chimiothérapies, ainsi que des conditions de travail et de la sécurité des pratiques du personnel infirmier au regard du risque d'exposition à des substances toxiques, ainsi qu'au respect de la réglementation en vigueur concernant la préparation des chimiothérapies, étant précisé que l'hôpital Saint-Louis a à répondre à une demande d'environ 80. 000 préparations par an ; l'AP-HP soutient qu'aucun moyen de la requête n'est de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité du marché attaqué ; qu'un moyen ne peut avoir ce caractère que si le manquement qu'il critique a trait, soit à l'objet du marché, soit au choix du cocontractant ; que par ailleurs, il convient de se référer à la décision SMIRGEOMES ; sur la prétendue irrégularité de l'avis d'appel public à la concurrence, s'agissant de la rubrique II. 2. 1, l'absence d'indication sur la quantité ou étendue du marché n'est pas, eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel elle se rapporte, de nature à affecter la validité du marché litigieux, dès lors qu'elle n'est pas susceptible d'avoir lésé la société requérante, laquelle a procédé au retrait du dossier de consultation des entreprises et ainsi acquis une parfaite connaissance des caractéristiques du marché, en particulier de sa quantité ; que s'agissant de la rubrique III. 1. 1, elle ne doit être renseignée que « le cas échéant » ; qu'en l'espèce, le pouvoir adjudicateur n'a pas entendu imposer au titulaire un cautionnement ou des garanties particulières pour l'exécution du marché ; qu'en outre, ce « manquement » n'a lésé en rien la requérante ni eu une influence sur le choix du cocontractant ou l'objet du marché ; que s'agissant de la rubrique III. 3. 2, elle est spécifique aux marchés de services, alors qu'en l'espèce, il s'agit d'un marché de fournitures ; que s'agissant de la rubrique IV. 3. 8, l'absence de mention sur les modalités d'ouverture des offres est sans incidence sur la légalité du marché ; que s'agissant de la rubrique VI. 4 sur les procédures de recours, le manquement allégué serait, en tout état de cause, sans incidence sur la validité du marché ; que s'agissant des modalités de jugement des offres, en premier lieu, le moyen est inintelligible et imprécis ; que son appréciation de l'offre de la requérante est parfaitement justifiée, eu égard notamment à la faible capacité des stérilisateurs et l'importance par rapport aux offres concurrentes des délais d'intervention en cas d'incident ; qu'en outre, les isolateurs proposés présentent des inconvénients liés à la capacité des sacs de déchets, à l'absence de chariot de transports, etc... ; que l'ergonomie générale des isolateurs est apparue la moins satisfaisante ; que l'offre de la requérante est la moins avantageuse quant à l'agent stérilisateur proposé, compte tenu des inconvénients liés à l'utilisation de l'acide peracétique ; que la requérante ne conteste pas sérieusement les motifs de rejet de son offre tels que détaillés le 17 juillet 2008 ; que sur les prétendues contradictions entre l'avis de marché et le règlement de la consultation, la rubrique II. C du règlement de la consultation indique que le marché n'est pas alloti, conformément à l'avis d'appel public à la concurrence ; que s'agissant du fait que le marché est à bons de commandes, le règlement de la consultation apporte, par rapport à l'avis, une indication complémentaire ; qu'en l'espèce, les contradictions alléguées n'ont pas empêché la société requérante d'évaluer précisément les contraintes que son offre devait respecter ; qu'elle ne démontre pas qu'elles sont susceptibles de l'avoir lésée ; que sur la méconnaissance des articles 80 et 83 du code des marchés publics, le moyen manque en fait et est insusceptible de justifier l'annulation du marché litigieux ; que par ailleurs, la requérante n'a pas été induite en erreur sur ses possibilités de recours et, en tout état de cause, un tel moyen n'est pas de nature à conduire à l'annulation du marché ni, a fortiori, à sa suspension ; que sur les conditions de formation du contrat et le soi-disant vice de consentement, le règlement de la

consultation n'impose pas que le candidat possède un compte bancaire français et un stock avancé sur le territoire français ; qu'en tout état de cause, la société Bioquell dispose d'un compte bancaire français et d'une succursale en France ; que le fait que cette société soit une société d'origine étrangère ne saurait la priver d'un accès aux marchés publics ; qu'elle commercialise des isolateurs depuis de nombreuses années, notamment pour des établissements de santé français ; que le code des marchés publics dispose que l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat ; qu'en tout état de cause, la société Bioquell est présente depuis fort longtemps sur le marché français ; que les produits qu'elle commercialise bénéficient bien du marquage CE ; qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'implique que le directeur de l'établissement doive être préalablement autorisé à signer le marché ; qu'il s'agit d'une compétence propre du directeur de l'AP-HP ; que M. Nicolas a pu compétemment signer le marché litigieux en vertu de l'arrêté n° 2007-0229 DG du 21 septembre 2007 modifiant l'arrêté n° 2006-0311 DG du 19 octobre 2006 ;

Vu le mémoire, enregistré le 13 novembre 2008, présenté pour la STE SIEVE FRANCE, qui tend aux mêmes fins que la requête et, en outre, à ce qu'une somme de 2. 000 euros soit mise à la charge de la société Bioquell au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société requérante soutient, sur l'urgence à suspendre le contrat, que le Tribunal prendra en compte le délai restant à courir le jour où il statue avant l'entrée en vigueur de la décision attaquée et du fait que celle-ci aura produit ses effets avant que le juge du fond statue ; elle invoque un certain nombre d'éléments précis relatifs à la réalité de risques sérieux pour la santé publique du fait du choix expérimental de l'AP-HP dans le domaine délicat de la cancérologie, d'un matériel qui n'a jamais été fabriqué par la société Bioquell ; que ce choix ne garantit ni la protection du personnel, ni celle des patients ; que le produit que cette société emploie, soit le peroxyde d'hydrogène, est dangereux à manipuler ; que par ailleurs, l'urgence est constituée du fait du préjudice financier et du manque à gagner qu'elle subit à raison de la passation du marché litigieux ; que ce marché qui s'élève à environ 300. 000 euros constitue 20 % de son chiffre d'affaires annuel, lequel s'élève à près de 1. 400. 000 euros ; qu'elle disposait de chances sérieuses d'emporter ce marché compte tenu de son offre et de sa position de référent auprès de l'agence générale des équipements et produits de santé de l'Assistance publique depuis 2. 000 ; qu'elle est le fournisseur de 66 hôpitaux, notamment de 15 établissements relevant de l'AP-HP ; qu'en critiquant la qualité de ses produits et services au titre du marché litigieux, l'AP-HP déjuge l'AGPS et les autres hôpitaux qui ont conclu des marchés avec elle et discrédibilise son sérieux et son professionnalisme auprès de ses autres clients ; qu'il s'agit là quasiment de diffamation ; que son éviction du marché en litige n'est pas justifiée d'un point de vue technique et scientifique ; qu'ainsi, la critique liée à l'utilisation d'acide paracétique est fausse ; qu'il en est de même pour les services liés à la fourniture d'isolateurs, notamment de son service SAV ; que l'urgence tient enfin à l'illégalité de la passation du marché ; elle insiste sur les conditions de formation du contrat et les vices du consentement ; elle constate que la société Bioquell est une société d'origine étrangère, qui n'est pas référente sur le marché des isolateurs, dès lors qu'elle ne fabrique que des stérilisateurs ; que l'attestation de complaisance du CHU de Besançon concerne ainsi la fourniture d'un stérilisateur ; que cette société n'a pas pu valablement prouver ses capacités professionnelles et techniques liées à l'objet du marché, ce qui entraîne la nullité du contrat pour vice de consentement ; qu'il convient de se reporter à un précédent marché conclu en 2004-2005 par l'AP-HP, qui avait déjà choisi un fournisseur non référent, qui n'a pas pu honorer le contrat, lequel lui a finalement été attribué ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le décret n° 2005-1023 du 24 août 2005 relatif au contrat de bon usage des médicaments

N°0816733

7

et des produits et prestations mentionné à l'article L. 162-22-7 du code de la sécurité sociale (troisième partie : décrets) ;

Vu le décret n° 2006-1497 du 29 novembre 2006 fixant les règles particulières de la matériovigilance exercée sur certains dispositifs médicaux et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires) ;

Vu le code civil ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Vu le code de justice administrative ;

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

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 13 novembre 2008 :

- le rapport de Mme Lastier ;
- les observations de :
 - Me Fourmon, avocat de la STE SIEVE FRANCE ;
 - Me Dal Farra, avocat de l'AP-HP ;
 - Me Lafay, avocat de la société Bioquell ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision » ;

Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; qu'à partir

de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ;

Considérant que, ainsi saisi de telles conclusions par un concurrent évincé, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnisations en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ; que, par ailleurs, une requête contestant la validité d'un contrat peut être accompagnée d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de son exécution ;

Considérant que la STE SIEVE FRANCE demande au juge des référés du Tribunal, sur le fondement dudit article L. 521-1 du code de justice administrative, de suspendre l'exécution du marché public n° 56-2007 conclu, suivant une procédure d'appel d'offres ouvert, entre l'AP-HP et la société Bioquell et notifié à cette dernière le 22 août 2008, relatif à la fourniture, la livraison, l'installation, la mise en service et la maintenance d'isolateurs et de ses accessoires pour la mise en place d'une unité centralisée de reconstitution des médicaments anticancéreux, rattachée au service de pharmacie de l'hôpital Saint-Louis, lequel relève de l'Assistance publique-hôpitaux de Paris, (AP-HP) ;

Considérant que l'urgence justifie que soit prononcée la suspension d'un acte administratif lorsque l'exécution de celui-ci porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ; qu'il appartient au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de l'acte litigieux sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de cet acte soit suspendue ; qu'il lui appartient également, l'urgence s'appréciant objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de chaque espèce, de prendre en considération tous les éléments qui, eu égard notamment à l'argumentation des parties, permettent d'établir si, d'une part, l'exécution de l'acte en cause est de nature à entraîner, notamment, un préjudice personnel important pour le requérant, d'autre part, sa suspension serait susceptible de porter une atteinte grave en particulier à un intérêt public ;

Considérant que la STE SIEVE FRANCE, concurrent évincé de la conclusion du contrat susmentionné, soutient avoir été « contrainte » de se désister du référé précontractuel qu'elle avait présenté le 21 août 2008 sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, après la signature du marché litigieux, n'ayant pas été mise en mesure de former un tel recours en temps utile ; que pour justifier de l'urgence de l'affaire, la société requérante fait valoir, en premier lieu, que le choix du titulaire du marché en cause s'apparenterait à une « expérimentation » dans le domaine de la cancérologie, dès lors que la société Bioquell n'a jamais fabriqué d'isolateurs et manquerait d'expérience eu égard à l'objet du marché, et mettrait ainsi en jeu la santé publique, en créant un risque pour les patients et le personnel utilisateur ; que cependant, les moyens de la société requérante tirés de ce que l'appréciation faite par l'AP-HP de la valeur technique de l'offre de la STE SIEVE FRANCE, telle qu'elle ressort de sa lettre du 17 juillet 2008, serait entachée

d'une erreur manifeste d'appréciation, et de ce que la société Boquell ne justifierait pas de capacités et de références suffisantes pour exécuter le marché en litige ne paraissent pas propres à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité du marché en cause ; qu'à cet égard, les défendeurs ont précisé au cours de l'audience que s'il est exact que la société Boquell ne fabrique pas d'isolateurs, ceux dont elle dispose sont parfaitement fiables ;

Considérant que les parties défenderesses objectent en outre que contrairement aux allégations de la STE SIEVE FRANCE, l'intérêt public, à savoir la continuité et l'amélioration du service public hospitalier, implique la poursuite de l'exécution du marché, lequel vise à la mise en place d'une unité centralisée de reconstitution des médicaments anticancéreux pour la pharmacie de l'hôpital Saint-Louis, munie de deux à quatre isolateurs permettant chacun une production quotidienne d'environ 70 à 100 préparations de médicaments anticancéreux, permettant de se conformer aux exigences réglementaires à mettre en œuvre dans le cadre du contrat de bon usage des médicaments et des produits et prestations mentionné à l'article L. 162-22-7 du code de la sécurité sociale signé entre l'AP-HP et l'agence régionale d'hospitalisation, dans le délai imparti, soit avant le 31 décembre 2008 ; que les défendeurs ajoutent que le passage de la préparation actuelle de médicaments anticancéreux, non standardisée, disséminée dans 20 services de soins et confiées à des infirmiers non dédiés à cette tâche, à une préparation centralisée garantit aux patients un plus haut niveau de sécurisation des chimiothérapies et supprime pour les infirmiers un risque d'exposition à des substances toxiques ;

Considérant qu'en deuxième lieu, la STE SIEVE FRANCE soutient que la conclusion du marché en cause lui causerait un préjudice financier consistant en un manque à gagner, dont par lettre en date du 14 août 2008, elle a demandé réparation à l'AP-HP, en invoquant une perte de chances sérieuses de remporter le marché dont il s'agit, par l'octroi d'une indemnité de 30.000 euros HT, incluant le remboursement des frais engagés par elle pour présenter son offre ; que, de surcroît, la société requérante, qui déclare être « l'un des leaders sur le marché qu'elle occupe depuis 1995 », « le 2^{ème} acteur du marché en termes de quantité d'isolateurs vendus en hôpitaux », et « l'un des principaux fournisseurs de l'agence générale des équipements et produits de santé (AGEPS) depuis 2000 », l'AGEPS étant l'organisme central d'achats de l'AP-HP, lequel constitue pour elle « un client majeur », précise que l'indemnité réclamée couvre par ailleurs le préjudice commercial qu'elle estime avoir subi à raison de la « nature diffamatoire », quant à la qualité de ses services, des motifs de rejet de son offre formulés par l'AP-HP par lettres en date du 20 juin 2008 et du 17 juillet 2008, qui porterait atteinte à son « image » auprès de ses autres clients du monde hospitalier français, notamment des établissements de soins relevant de l'AP-HP autres que l'hôpital Saint-Louis ; que les parties défenderesses, qui remarquent que la société requérante a saisi le Tribunal du présent référé-suspension deux mois après avoir présenté au juge du fond un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat attaqué et n'a donc pas estimé urgent d'obtenir la suspension de l'exécution de ce dernier, soutiennent que le préjudice financier invoqué par un candidat évincé ne peut être qu'éventuel, dès lors que, d'une part, la suspension de l'exécution du marché qu'il n'a pu obtenir aurait pour seul effet, au mieux, d'inciter le pouvoir adjudicateur à organiser une nouvelle mise en concurrence et non de lui attribuer directement, immédiatement et nécessairement le marché considéré, d'autre part, le candidat écarté devient ainsi disponible pour soumissionner pour d'autres marchés, probabilité d'autant plus forte en l'espèce que la société requérante affirme elle-même avoir de nombreux clients ; que l'AP-HP soutient qu'au demeurant, le manque à gagner invoqué par la STE SIEVE FRANCE ne représente que 2 % du chiffre d'affaires annuel de cette dernière ; que la STE SIEVE FRANCE réplique que le montant du marché dont il s'agit, « d'environ 300.000 euros » selon elle, représente plus de 20 % de son chiffre d'affaires annuel qui s'élève à près de 1.400.000 euros ; que cependant au cours de l'audience, la société Boquell a souligné que s'agissant d'un marché à bons de commande, il

convient de se référer au prix minimum et non au prix maximum proposés par le candidat et que l'acte d'engagement de l'offre de la société requérante propose, en offre de base, pour le lot technique n° 1, un prix minimum total de 149. 500 euros HT, pour deux isolateurs, soit environ 10 % de son chiffre d'affaires annuel ; que l'AP-HP et la société Bioquell ajoutent qu'en l'espèce, quatre offres ont été déposées, un troisième candidat ayant remis, d'une part, une offre de base, d'autre part, une offre variante, et que l'offre présentée par la STE SIEVE FRANCE a été classée 4ème, ce qui prouve que la perte de chance d'obtenir le marché invoquée par la STE SIEVE FRANCE, si elle peut être regardée comme un effet direct de l'attribution du marché en cause, présente un caractère incertain ; que les parties défenderesses observent à juste titre qu'au surplus, ne produisant aucune pièce sur sa situation comptable, la société requérante n'établit pas subir un préjudice suffisamment pour compromettre sérieusement la poursuite de son exploitation ;

Considérant qu'en troisième lieu, la STE SIEVE FRANCE soutient que l'urgence est enfin caractérisée, d'une part, par le délai restant à courir le jour où le juge des référés statue avant le début d'exécution du marché public attaqué et par le fait que cette exécution aura produit ses effets avant que le juge du fond statue, ainsi que par les irrégularités entachant la passation de ce marché, notamment celles méconnaissant les obligations de publicité, de mise en concurrence et d'égalité de traitement des candidats ; qu'en tout état de cause, les doutes pouvant peser sur la légalité du marché contesté sont en eux-mêmes sans incidence sur l'appréciation de l'urgence susceptible de justifier la suspension de son exécution ; que les conséquences préjudiciables alléguées des irrégularités invoquées par la STE SIEVE FRANCE ont quant à elles été examinées dans les développements précédents au regard de l'urgence de l'affaire ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la condition d'urgence ne pouvant pas être regardée comme remplie, les conclusions de la requête de la STE SIEVE FRANCE tendant à la suspension de l'exécution du marché en cause, doivent être rejetées, sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens énoncés par la requérante ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de l'AP-HP et de la société Bioquell, qui ne sont pas les parties perdantes dans la présente instance, au titre des frais exposés par la société requérante et non compris dans les dépens ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la STE SIEVE FRANCE, sur le fondement du même article L. 761-1 du code de justice administrative, une somme de 1. 500 euros, respectivement au profit de l'AP-HP et de la société Bioquell, laquelle a bien la qualité de partie dans la présente instance, dès lors qu'elle a été appelée en la cause par le Tribunal, en sa qualité de bénéficiaire de l'acte contesté ;

DECIDE :

Article 1er : La requête en référé suspension de la STE SIEVE FRANCE est rejetée.

N°0816733

11

Article 2 : La STE SIEVE FRANCE versera une somme de 1. 500 euros à l'AP-HP et une somme du même montant à la société Bioquell au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la STE SIEVE FRANCE, à l'Assistance publique-hôpitaux de Paris et à la société Bioquell France.

Fait à Paris le 18 novembre 2008.

Le juge des référés,

E. Lastier

E. LASTIER

La République mande et ordonne au préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris, en ce qui le concerne, et 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 décision.

expédition conforme
Le Greffier



Régine Da Silva

[Signature]