

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE POITIERS

ar

N° 1000835

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SHAM

c /

- Centre hospitalier de Rochefort
 - SAS BEAH
 - SA CNA
-

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Poitiers

M. Campoy
Rapporteur

(2ème chambre)

M. Bonnelle
Rapporteur public

Audience du 6 octobre 2011

Lecture du 20 octobre 2011

39-02-02-03

39-02-04

39-02-005

39-08

39-08-03-02

54-07-01

C

Vu la requête, enregistrée le 12 avril 2010, sous le n° 1000835, présentée pour la Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM), dont le siège social est 18 rue Edouard Rochet à Lyon cedex 08 (69372), par Me Rayssac, avocat ;

La SHAM demande au tribunal :

1°) d'annuler le marché d'assurance passé par le centre hospitalier de Rochefort le 21 décembre 2009 avec la SAS Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH) relatif au lot n°2 « Responsabilité et risques annexes » ;

2°) de condamner le centre hospitalier de Rochefort à lui verser la somme de 1.173.261,60 euros HT à parfaire le cas échéant et augmentée des intérêts de droit au titre de son manque à gagner ainsi que la somme de 20.000 euros à parfaire le cas échéant et augmentée des intérêts de droit au titre des frais qu'elle a engagés pour soumissionner à ce marché ;

2°) de mettre à la charge du centre hospitalier de Rochefort la somme de 5.000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient :

- qu'elle est recevable à demander l'annulation de ce marché auquel elle a soumissionné ; qu'ayant été informée le 21 décembre 2009 de ce que son offre n'était pas retenue, elle n'a pu obtenir de réponse à ses courriers portant sur les motifs de ce rejet en application de l'article 83 du code des marchés publics que dans un courrier du 12 janvier 2010 ; que l'avis d'attribution du marché litigieux a, du reste, été publié le 11 février 2010 au BOAMP et le 12 février 2010 au JOUE ;

- que le centre hospitalier de Rochefort a méconnu les dispositions de l'article 83 du code des marchés publics ; qu'elle a transmis à cet établissement trois demandes successives du 30 décembre 2009, du 25 janvier 2010 et du 26 mars 2010 par lesquelles elle sollicitait, d'abord, les motifs détaillés du rejet de son offre, le nom du ou des attributaires du marché ainsi que le rapport de présentation des offres puis, à défaut de réponse, les mêmes informations ainsi que l'offre présentée par la SAS BEAH, les différents actes pris par l'établissement décidant l'attribution du lot et le contrat d'audit passé entre l'établissement et la société Protectas ; qu'aucune réponse ne lui a été fournie, seule une réponse laconique lui ayant été transmise le 12 janvier 2010 au-delà du délai de quinze jours prévu par l'article 83 précité ;

- que, ce faisant, le centre hospitalier a également méconnu le principe de transparence prévu par l'article 1^{er} du code des marchés publics ;

- que le principe d'égalité de traitement a été méconnu dès lors que la SAS BEAH, titulaire du lot n° 2, a des liens étroits, capitalistes, amicaux et professionnels, et économiques, avec la société Protectas qui a procédé, pour le compte du centre hospitalier, à la préparation de la procédure et à une analyse des offres ;

- que le pouvoir adjudicateur s'est, en toute hypothèse, livré à une appréciation manifestement erronée de la valeur des offres respectives de la SAS BEAH et de la SHAM ; que la seconde est leader du marché de la RC MCO des hôpitaux qu'elle assure à 80 % ; qu'elle gère 11.600 sinistres par an avec 250 collaborateurs et offre un panel étendu de services clients tandis que la première est un simple cabinet de courtage créé il y a seulement 6 mois qui ne dispose ni de numéro de téléphone fixe, ni de fax et qui compte en tout et pour tout deux collaborateurs dont un seul est chargé de la gestion des dossiers (M. Tourrain), l'autre étant chargé du développement commercial ;

- que les critères choisis sont orientés tel que celui consistant à imposer le suivi du dossier du centre hospitalier par un seul collaborateur, ce qui est parfaitement impossible à assurer pour une grosse structure mais très facile à respecter pour une petite structure débutante n'ayant qu'un seul collaborateur ;

- que, compte tenu des irrégularités entachant le marché et de la position de son offre, les irrégularités ayant entaché la procédure de passation du marché dont s'agit l'ont privée d'une chance sérieuse d'obtenir ledit marché ; que son manque à gagner peut être estimé aux primes annuelles non versées (391.087,20 euros HT), le marché étant de trois ans soit 1.173.261,60 euros HT ;

Vu le mémoire, enregistré le 15 juillet 2010, présenté pour la SAS Bureau européen d'assurance hospitalière qui conclut au rejet de la requête et demande la condamnation de la SHAM à lui verser la somme de 3.000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir :

- que la demande indemnitaire n'est pas recevable faute pour la requérante d'avoir lié le contentieux ;

- que le centre hospitalier qui a notifié à la SHAM les motifs du rejet de son offre ainsi que l'attributaire du lot et les notes correspondantes a respecté les dispositions de l'article 83 du code des marchés publics ;

- qu'il n'existe aucun lien capitalistique direct entre la société Protectas et la SAS BEAH dans la mesure où M. Lépine est seulement propriétaire de parts de la société Hélide qui détient 19 % de la SAS BEAH ; que M. Tourrain a quitté la société Protectas et que son nom n'a continué à figurer sur différents documents et sites internet que le temps de l'actualisation nécessaires des informations correspondantes ; qu'il n'y a aucune confusion d'adresse, la société Protectas ayant quitté l'adresse du 8 B rue de Clairvaux à Paris en 2006 avant même que la SAS BEAH ne s'y installe en juillet 2009 ;

- que le pouvoir adjudicateur n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation de la valeur respectives des offres ; que, s'agissant du critère n° 1, la SHAM a purement et simplement remplacé le cahier des charges par son contrat standard alors que l'offre BEAH était parfaitement conforme aux documents de la consultation ; que, s'agissant du troisième critère, la société Protectas n'a pas cherché à avantager qui que soit, le cahier des charges utilisé étant identique à celui utilisé dans d'autres consultations alors même que la SAS BEAH n'existait pas encore ; que la règle de l'interlocuteur unique est, d'une manière générale, préférée par les pouvoirs adjudicataires ;

- que le manque à gagner de la société requérante ne peut être équivalent à sa perte de chiffre d'affaires ; que les frais engagés pour soumissionner ne sont pas justifiés ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 26 octobre 2010, présenté pour le Centre hospitalier de Rochefort, représenté par son directeur en exercice, qui conclut au rejet de la requête ;

Il fait valoir :

- que la demande indemnitaire n'est pas recevable faute pour la requérante d'avoir lié le contentieux ;

- que le centre hospitalier qui a notifié à la SHAM le 12 janvier 2010 les motifs du rejet de son offre ainsi que l'attributaire du lot et les notes correspondantes a respecté les dispositions de l'article 83 du code des marchés publics ;

- que le principe d'égalité de traitement des candidats n'a pas été méconnu dès lors que la SAS BEAH et la société Protectas sont deux personnes distinctes ; que la société BEAH est d'ailleurs adossée à la société d'assurances CNA qui n'a aucun lien avec la société Protectas ; que la SAS BEAH n'a pas participé à la rédaction des documents de la consultation ;

- qu'il n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation ; que la société requérante ne critique aucunement la notation du critère n° 1 pour lequel elle a obtenu une note de 32/40 largement inférieure à celle obtenue par la SAS BEAH qui est de 40/40, cette différence étant

liée à l'absence de respect du cahier des charges de la consultation, faute pour l'offre de la SHAM de prévoir une garantie pour l'indemnisation complémentaire des souffrances physiques ou morales et des préjudices esthétiques ou d'agrément des fonctionnaires victimes d'un accident de service ou d'une maladie professionnelle ; que le prix avantageait également la SAS BEAH par rapport à la SHAM ;

- qu'en matière de marchés publics, une entreprise ayant participé à la préparation d'un marché n'est pas, en principe, interdite de candidater à son attribution ;

- que le manque à gagner de la société requérante ne peut être équivalent à sa perte de chiffre d'affaires ; que les frais engagés pour soumissionner ne sont pas justifiés ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 28 octobre 2010, présenté pour la SA CNA Insurance company limited qui conclut au rejet de la requête et demande la condamnation de la SHAM à lui verser la somme de 7.000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir :

- que le centre hospitalier n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation ; que la SHAM ne conteste que la notation du critère n° 3 « modalités et procédures de gestion des dossiers, et notamment des sinistres » ; que la comparaison que fait la requérante entre ses capacités et celles de la SAS BEAH est erronée dès lors que cette société n'est que courtier en assurance et non l'assureur lui-même ; que la convention qu'elle a passée le 1^{er} janvier 2010 avec la SAS BEAH encadre étroitement le rôle d'intermédiaire de cette société en ne lui laissant qu'un rôle résiduel extrêmement limité dans la gestion des sinistres ; qu'elle assure en propre la gestion de la plupart des sinistres et dispose en terme d'expérience, de durée de vie et de personnels de références au moins équivalente à celles de la SHAM ;

- qu'à supposer que la procédure de passation du marché concerné soit irrégulière, les effets rétroactifs de l'annulation du marché qu'implique une telle irrégularité porteraient une atteinte excessive à l'intérêt général et aux droits des contractants ; que le contrat d'assurance correspondant est, en effet, obligatoire ; qu'ils impliqueraient, en outre, que la société CNA rembourse au centre hospitalier les primes versées tandis que celui-ci devrait lui rembourser les éventuelles indemnités versées au titre des sinistres nés en cours d'exécution du contrat ; que cela entraînerait la privation d'assurance pour le centre hospitalier pendant plusieurs mois ;

Vu le mémoire en réplique enregistré le 31 août 2011, présenté pour la SHAM qui demande la condamnation du centre hospitalier de Rochefort à lui verser la somme de 62.337 euros, à parfaire le cas échéant et augmentée des intérêts de droit, assortie de la capitalisation des intérêts au titre de son manque à gagner ainsi que la somme de 20.000 euros à parfaire le cas échéant et augmentée des intérêts de droit au titre des frais qu'elle a engagés pour soumissionner à ce marché et qui conclut, pour le surplus, aux mêmes fins que dans son mémoire introductif d'instance ;

Elle soutient, en outre :

- que sa demande d'indemnité est recevable ; que sa réclamation indemnitaire n'a pas été introduite préalablement au dépôt de sa requête, du fait de l'impossibilité de définir, avant le terme du marché, le montant du préjudice et afin de respecter le délai contentieux ; que cette réclamation indemnitaire a toutefois été régularisée et introduite par demande en date du 18 juin

2010 ; qu'aucune réponse n'ayant été formulée par le centre hospitalier de Rochefort, une décision de rejet est donc née ;

- que la candidature de BEAH devait être écartée dès l'analyse des candidatures ; qu'elle ne permet pas de s'assurer des capacités professionnelles, techniques et financières des candidats ; qu'en négligeant d'écartier le dossier de la SAS BEAH, la SAS Protectas et la personne responsable du marché ont méconnu à la fois l'article 7 du règlement de consultation, les dispositions des articles 45 et 52 du code des marchés publics et l'article 6-1-3 du règlement de la consultation ;

- que l'offre présentée par la SAS BEAH était irrégulière ; que, bien que cette offre impliquait deux assureurs et un courtier également gestionnaire du contrat, elle a été présentée par la SAS BEAH en tant que candidat unique et en son nom propre ;

- que le rapport d'analyse des offres ne comporte aucune précision quant aux modalités de mise en œuvre des critères et à la méthode de notation et comporte une part importante d'appréciation purement subjective ;

- que l'analyse de son offre est entachée d'erreur manifeste d'appréciation s'agissant de la question des réserves au cahier des charges et de l'analyse de la variante qu'elle a proposée ;

- que, s'agissant du critère « Modalités et procédures de gestion des dossiers », l'acte d'engagement produit par la société CNA laisse apparaître que la société BEAH s'engage à ce que les dossiers sinistres du centre hospitalier soient tous suivis par le même interlocuteur ; que ce point est toutefois en totale contradiction avec la convention de sinistre CNA / BEAH qui précise que BEAH gère les dossiers matériels et les dossiers corporels dont l'impact financier n'excède pas 2500 euros tandis que CNA gère les dossiers corporels au-delà de 2500 euros, ce qui démontre que les dossiers sont gérés par au moins deux interlocuteurs ; que l'offre présentée par BEAH repose ainsi sur une présentation et des engagements fantaisistes ; qu'en outre, et ainsi qu'il a été dit plus haut, la société CNA admet dans ses écritures que l'analyse des offres a été effectuée sur la base d'un document actant la répartition des interventions respectives entre les deux partenaires, qui a été signé le 2 mars 2010 alors que la date limite de remise des offres était fixée au 16 novembre 2009, soit plus de 3 mois avant, ce qui signifie que les aspects contractuels existant entre BEAH et CNA n'ont été actés que postérieurement à l'attribution du marché ;

- qu'aucun des trois critères de la consultation n'est assorti de précisions permettant d'apprécier leur condition de mise en œuvre ; que le caractère discrétionnaire que revêt de la sorte la consultation viole le principe de transparence des procédures, les critères de choix devant être obligatoirement illustrés par leurs conditions de mise en œuvre ;

- que des éléments d'appréciation existaient en réalité, mais n'ont pas été portés à la connaissance des candidats au moment de l'élaboration de l'offre ce qui est irrégulier, le pouvoir adjudicateur ne pouvant porter les éléments d'appréciation à la connaissance des candidats au stade du rapport d'analyse, c'est-à-dire après la remise des offres ; que les éléments d'appréciation des critères 1 et 2 ne sont en réalité explicités que dans le rapport d'analyse, où, s'agissant du critère 3 « modalités et procédures de gestion des dossiers », le pouvoir adjudicateur mentionne que : « Pour l'apprécier, nous avons tenu compte : des procédures de gestion spécifiques que l'assureur se propose de mettre en œuvre, de l'importance du cabinet et des moyens matériels et en hommes dévolus à la gestion du dossier, de la capacité d'intervention rapide et de la disponibilité de l'assureur (...) Ces éléments techniques d'appréciation des offres des assureurs

sont notés de 1 à 10, 10 étant la meilleure note » ; que ces « éléments techniques d'appréciation » auraient dû être portés à la connaissance des candidats au stade de l'élaboration des offres ;

- qu'elle est désormais en mesure de chiffrer son manque à gagner ; que, compte tenu du montant du résultat de l'exercice 2010 après impôt et participation des salariés (17.193.372 euros) et le montant des cotisations acquises sur ce même exercice (290.218.034 euros), son taux de marge nette pour l'année litigieuse s'élève à 5,9 % (17.193.372 / 290.218.034) ; qu'appliqué au montant des cotisations perdues (352.192,45 euros), le taux de marge nette 2010 permet de déterminer le montant du bénéfice perdu sur une année soit 20.779 euros (352.192 x 5,9%) ; que, sur la durée totale du marché (3 ans), le préjudice qu'elle a subi peut ainsi être fixé à la somme de 62.337 euros ;

Vu le mémoire enregistré le 28 septembre 2011, présenté pour la SAS BEAH qui conclut aux mêmes fins et par les mêmes moyens que dans son précédent mémoire ;

Elle soutient, en outre :

- qu'elle pouvait parfaitement souscrire en son nom propre l'acte d'engagement dès lors que celui-ci mentionnait l'assureur qu'elle représentait (la société CNA) et qu'elle fournissait le mandat qui lui avait donné ce dernier ; que l'offre de la SAS BEAH et de la société CNA est, par ailleurs, conforme aux principes posés par les directives européennes « assurance » n° 92/49 et 92/96 transposées en droit français par la loi n° 94-5 du 4 janvier 1994 qui imposent une liberté de prestation de services ;

- que la SHAM devait respecter le cahier des charges de la consultation sans pouvoir, sur ce point, se prévaloir utilement des dispositions de la circulaire ministérielle du 24 décembre 2007 ; qu'elle n'est donc pas fondée à se plaindre de la note qui lui a été attribuée au titre du critère relatif à la nature des garanties ;

- qu'en application de l'article 18 du code des marchés publics, le recours à un taux révisable pour l'offre de la SHAM n'était pas justifié dans la mesure où les assureurs disposent de moyens réglementaires ou contractuels pour compenser les aléas ; qu'en revanche, il permettait à la SHAM de proposer un prix artificiellement bas mais révisable par la suite lors de l'exécution du marché ;

- que le critère « modalités et procédures de gestion des dossiers » a été apprécié non pas en fonction de sous-critères mais d'éléments d'analyse du critère concerné ;

- qu'une annulation priverait le centre hospitalier de toute couverture d'assurance pendant plusieurs mois ce qui serait contraire à l'intérêt général et porterait une atteinte excessive aux droits des cocontractants ;

- que la SHAM n'est pas fondée à demander son indemnisation dans la mesure où elle n'avait aucune chance sérieuse d'emporter le marché puisqu'elle a méconnu le cahier des charges de la consultation sur des points fondamentaux ; que le marché n'étant exécuté que depuis dix-huit mois, la SHAM ne peut demander à être indemnisée au titre de la part non exécutée du marché, son préjudice n'étant, en la matière, pas certain ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 30 septembre 2011, présenté pour la SA CNA Insurance company limited qui conclut aux mêmes fins et par les mêmes moyens que dans son précédent mémoire ;

Elle soutient, en outre :

- que la SAS BEAH pouvait souscrire en son nom propre l'acte d'engagement dès lors que celui-ci la mentionnait comme assureur et que l'acte d'engagement précisait explicitement leurs rôles respectifs ; que la co-traitance des sinistres par BEAH et CNA ne signifiait pas que BEAH était porteur du risque ;

- que la convention de mandat du 2 mars 2010 entre elle et BEAH n'a fait que préciser la convention de mandat signée le 13 novembre 2009 (soit avant la date limite de remise des offres) dans laquelle il est stipulé qu'au cas « où la candidature de [BEAH] serait retenue, [la compagnie d'assurance CNA] confie au cabinet précité la gestion du contrat ainsi que l'appel et la perception des primes correspondantes » ; qu'ainsi le pouvoir adjudicateur disposait bien du mandat de gestion au moment de l'analyse des offres et a pu apprécier en toute connaissance de cause la cogestion des sinistres par les deux sociétés ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 30 septembre 2011, présenté pour le Centre hospitalier de Rochefort, qui conclut aux mêmes fins et par les mêmes moyens que dans son précédent mémoire ;

Vu le mémoire enregistré le 30 septembre 2011, présenté par la SHAM qui conclut aux mêmes fins et par les mêmes moyens que dans ses précédents mémoires ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 12 octobre 2011, présentée pour le centre hospitalier de Rochefort ;

Vu la réclamation préalable de la SHAM en date du 18 juin 2010 et son accusé réception du 26 juin 2010 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code des assurances ;

Vu l'arrêté du Vice-Président du Conseil d'Etat, en date du 27 janvier 2009, fixant la liste des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel autorisés à appliquer, à titre expérimental, les dispositions de l'article 2 du décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 ;

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 6 octobre 2010 :

- le rapport de M. Campoy, premier conseiller ;

- les conclusions de M. Bonnelle, rapporteur public ;

- et les observations de :

- Me Rayssac, avocat au barreau de Paris, représentant la société SHAM ;

- Me Le Lain, avocat au barreau de Poitiers, de la SCP Drouineau-Cosset-Bacle, représentant le centre hospitalier de Rochefort ;

- Me Corneloup, avocat au barreau de Dijon, de la DSC avocats, représentant la SAS Bureau européen d'assurance hospitalière ;

- Me Regniault, avocat au barreau de Paris, du cabinet Simmons & Simmons, représentant la société CNA Insurance compagny limited ;

Considérant que le centre hospitalier de Rochefort a confié le 16 juin 2009 à la société par actions simplifiée (SAS) Protectas une mission d'audit et de conseil en assurances comprenant notamment une mission d'aide à la préparation d'un marché d'assurance, l'assistance à l'analyse des candidatures et l'établissement d'un rapport d'analyse des offres ; que, le 1^{er} octobre 2009, cet établissement a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert pour l'attribution de ce marché et notamment le lot n° 2 « Responsabilité et risques annexes » ; que trois entreprises ont soumissionné pour ce lot parmi lesquelles la société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) et la SAS Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH) ; que, sur la base de l'analyse des offres réalisée par la SAS Protectas, le directeur de l'établissement a décidé le 21 décembre 2009, d'attribuer le lot n° 2 à la SAS BEAH ; que la SHAM demande, en sa qualité de candidate évincée à cette consultation, l'annulation de ce marché ainsi que l'indemnisation des différents chefs de préjudice qu'elle soutient avoir subis du fait de son éviction qu'elle estime irrégulière, dudit marché ;

Sur les conclusions aux fins d'annulation du marché :

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 11 du code des marchés publics : « (...) L'acte d'engagement est la pièce signée par un candidat à un accord-cadre ou à un marché public dans laquelle le candidat présente son offre ou sa proposition dans le respect des clauses du cahier des charges qui déterminent les conditions dans lesquelles le marché est exécuté. (...) » ; qu'aux termes de l'article 35 du même code : « (...) Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur (...) » ; qu'aux termes de l'article 51 dudit code : « 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. (...) II. - Dans les deux formes de groupements, l'un des opérateurs économiques membres du groupement, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis du pouvoir adjudicateur, et coordonne les prestations des membres du groupement. (...) III. - En cas de groupement conjoint, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant et la répartition détaillée des prestations que chacun des membres du groupement s'engage à exécuter. En cas de groupement solidaire, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant total du marché et l'ensemble des prestations que les membres du groupement s'engagent solidairement à réaliser. IV. - (...) L'acte d'engagement est signé soit par l'ensemble des entreprises groupées, soit par le mandataire s'il

justifie des habilitations nécessaires pour représenter ces entreprises. » ; qu'aux termes de l'article 6.13 du règlement de la consultation : « Documents à produire / Chaque candidat aura à produire un dossier complet comprenant, dans une même et unique enveloppe, les pièces suivantes, datées et signées / Le dossier sera composé (...) d'un dossier "offre" (1 dossier par lot) : / comportant les documents suivants : / - Acte d'engagement signé par le candidat ou le mandataire du groupement correspondant à chacun des lots pour lequel le candidat ou le mandataire du groupement soumissionne. Le signataire doit être habilité à engager le candidat ou le mandataire du groupement. (...) » ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction et qu'il n'est, du reste, pas sérieusement contesté par la SA CNA Insurance company limited que cette société et la SAS BEAH ont entendu s'engager auprès du pouvoir adjudicateur en qualité de cotraitants, ces deux sociétés gérant en commun les dossiers de sinistres du centre hospitalier de Rochefort tandis que la SA CNA Insurance company limited couvrait également, en tant qu'assureur, d'éventuels sinistres dans la limite de 10 millions d'euros par sinistre et par an ; qu'un tel montage constituait un groupement d'entreprises ; que l'acte par lequel ces deux sociétés s'engageaient vis-à-vis de la personne responsable du marché devait, dès lors, mentionner l'existence d'un tel groupement, désigner l'un des membres de ce groupement comme mandataire, indiquer le montant et la répartition détaillée des prestations que chacun des membres du groupement s'engageait à exécuter et être signé par l'ensemble des entreprises groupées ou par l'opérateur désigné comme mandataire ; qu'il résulte des pièces versées au dossier que, dans l'acte d'engagement relatif au lot « Responsabilité et risques annexes » qu'elle a souscrit, la SAS BEAH déclarait agir en tant « candidat unique » au marché et non comme mandataire d'un groupement d'entreprises ; que ce document, s'il faisait état d'une prestation « *gestion des risques* » qui devait être exécutée par le « *courtier gestionnaire* » et par la « *compagnie d'assurance* », ne précisait d'aucune manière la répartition détaillée de cette prestation entre chaque membres du groupement, pas plus que le mandat de la compagnie au courtier qui mentionnait d'ailleurs, de façon contradictoire, que l'assureur confiait au courtier « *la gestion du contrat* » ; que si ce document mentionnait la SA CNA Insurance company limited en tant qu'assureur chargé de couvrir d'éventuels sinistres, il n'était pas signé de cette société qui ne pouvait être regardée comme représentée par la SAS BEAH dès lors que cette dernière se présentait, ainsi qu'il a été dit plus haut, en tant que « candidat unique » et non en tant que mandataire d'un quelconque groupement ; qu'enfin et à supposer même que comme elle soutient, la SAS BEAH se bornait à présenter, en sa qualité de courtier, la candidature d'un assureur, cette société si elle pouvait signer l'acte d'engagement en vertu du mandat dont elle bénéficiait, ne pouvait légalement figurer en tant que titulaire du marché, seul l'assureur ayant cette qualité, ce qui impliquait que l'acte d'engagement litigieux soit établi au nom de la SA CNA Insurance company limited et non de la SAS BEAH ; qu'ainsi, la SHAM est, en toute hypothèse, fondée à soutenir que l'offre de la SAS BEAH était irrégulière et devait, pour ce motif, être rejetée par la personne responsable du marché ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 44 du code des marchés publics : « Le candidat produit à l'appui de sa candidature : (...) 3° Les documents et renseignements demandés par le pouvoir adjudicateur dans les conditions fixées à l'article 45. » ; qu'aux termes de l'article 52 du même code : « (...) Les candidats qui (...) produisent des dossiers de candidature ne comportant pas les pièces mentionnées aux articles 44 et 45 ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du marché. (...) » ; qu'aux termes de l'article 6.13 du règlement de la consultation : « Documents à produire / Chaque candidat aura à produire un dossier complet comprenant, dans une même et unique enveloppe, les pièces suivantes, datées et signées / Le dossier sera composé / d'un dossier administratif de "candidature" commun à l'ensemble des lots / comportant les pièces et documents nécessaires à la sélection des candidatures prévus aux articles 43, 44 et 45 du Code des marchés publics (...) /

En cas de groupement, il devra être fourni un DC4 commun au groupement et par chacun des membres du groupement, les pièces mentionnées ci-avant. / De même, l'intermédiaire d'assurance qui présente la candidature d'une société d'assurances doit fournir les documents exigés pour la candidature, pour la société représentée et pour lui-même. (...) » ;

Considérant qu'il n'est pas contesté que seule la SAS BEAH a fourni les pièces prévues par les stipulations précitées de l'article 6.13 du règlement de la consultation en méconnaissance des stipulations précitées du même règlement prévoyant qu'en cas de groupement, il devait être fourni l'ensemble des pièces listées par ce règlement par chacun des membres du groupement et qu'en cas de présentation de la candidature d'une société d'assurances par un simple intermédiaire, ce dernier devait fournir les documents exigés pour la candidature pour la société représentée et pour lui-même ; que, par suite, et quel que soit le rôle que la SAS BEAH prétend avoir joué dans cette affaire, la SHAM est fondée à soutenir que cette société qui n'a pas produit un dossier de candidature comportant les pièces mentionnées aux articles 44 et 45 pour la SA CNA Insurance company limited, ne pouvait être admise à participer à la suite de la procédure de passation du marché ;

Considérant, en troisième lieu, qu'il est constant que dans le cadre de la mission d'assistance dont elle était chargée, la SAS Protectas a élaboré le dossier de consultation du lot n° 2 et rédigé un rapport d'analyse des trois offres reçues dans le cadre de cette consultation, aboutissant à une notation et un classement des offres comportant la proposition faite au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché litigieux à la SAS BEAH ;

Considérant qu'il existait, au moments des faits, des liens étroits entre ces deux sociétés et certains de leurs dirigeants et associés ; qu'en particulier, la SAS Protectas avait été dirigée jusqu'en 2005 par M. Tourrain, actuel dirigeant de la SAS BEAH, qui avait ensuite cédé son poste de dirigeant de la SAS Protectas à M. Lépine, lequel était, lui-même, à l'origine, avec M. Tourrain, de la création de la SAS BEAH dans le but de mettre fin à la position « dominante » que, selon eux, la SHAM occupait dans l'attribution des marchés d'assurances des établissements hospitaliers, ainsi que cela ressort notamment de la lettre du gérant de la SAS Protectas en date du 21 décembre 2009 ; qu'en outre, M. Lépine était dirigeant de la SAS Protectas au moment des faits tandis que son épouse détenait directement ou indirectement, l'essentiel des parts d'une société holding dénommée Hélide qui participait à hauteur de 19 % au capital de la SAS BEAH et possédait, par ailleurs, la totalité des parts de la société Protectas ; qu'enfin, si M. Tourrain a quitté les fonctions de dirigeant de la SAS Protectas en 2005, il est resté officiellement inscrit aux effectifs de cette société jusqu'en 2009 ; que le site de la SAS Protectas le mentionne d'ailleurs également, au mois de décembre 2009 et de février 2010, comme gérant pour le compte de cette société les « études juridiques et la formation » ; que M. Tourrain a, du reste, continué à se prévaloir de sa qualité de dirigeant de la SAS Protectas lors du « grand forum des marchés publics » organisé au cours du mois de décembre 2009 ; qu'il figurait également en 2009/2010 en tant que formateur en qualité du dirigeant de la SAS Protectas, au catalogue d'un organisme de formation en marchés publics ; qu'à cette égard, l'attestation établie par le directeur de cet organisme faisant état d'un défaut de mise à jour de son site internet, rédigée le 6 avril 2010, manifestement pour les besoins de la cause, ne présente aucun caractère probant ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que ces liens n'ont pas été sans influence sur le choix de la société BEAH en tant qu'attributaire du marché litigieux ; qu'en particulier, la société Protectas, qui, dans le rapport d'analyse des offres, a souligné les risques d'irrégularité de l'offre de la SHAM, n'a pas jugé utile de relever que l'acte d'engagement de la société BEAH était irrégulier et que, par ailleurs, cette société n'avait pas fourni tous les documents prévus par

le règlement de consultation, ce qu'elle ne pouvait manquer d'ignorer ; qu'il résulte, en outre, du rapport d'analyse des offres que la SAS Protectas a attribué la même note maximum à la SHAM et la SAS BEAH s'agissant du critère relatif aux modalités et aux procédures de gestion de dossiers sans tenir compte de la différence de taille et d'expérience de ces deux sociétés, alors même qu'à la date à laquelle le marché litigieux a été passé, l'imprécision des mentions de l'acte d'engagement de la SAS BEAH, d'ailleurs contredit par le contenu du mandat de la SA CNA Insurance company limited, ne permettait pas réellement de déterminer le rôle respectif de ces deux sociétés, la répartition des responsabilités entre lesdites sociétés n'ayant, d'ailleurs, été effectuée que le 2 mars 2010 alors que la date limite de remise des offres était pourtant fixée au 16 novembre 2009 ; qu'enfin, il résulte du rapport d'analyse susmentionné que l'offre de la SHAM qui avait été classée en première position sur le critère du prix, a été écartée au profit de l'offre moins avantageuse de la SAS BEAH sur le critère relatif à la « *nature de la garantie* » au motif, d'une part, que la SHAM émettait des réserves aux clauses du cahier des charges en ce qui concerne la limitation du montant de la responsabilité civile « maître de l'ouvrage », l'exclusion de l'indemnisation complémentaire des souffrances physiques ou morales et des préjudices esthétiques ou d'agrément des fonctionnaires victimes d'un accident de service ou d'une maladie professionnelle et l'exclusion des conséquences « d'actes médicaux ou de soins effectués aux Etats-Unis et au Canada » et, d'autre part, que la SHAM calculait « la prime sur l'EPRD alors que le cahier des charges prévoyait comme assiette de prime le budget de fonctionnement » ; que, toutefois, ce rapport ne fournissait aucune estimation en terme de sinistralité des garanties auxquelles la SHAM avait apporté des réserves, ce qui ne permettait pas réellement à la personne responsable du marché de s'assurer de leur portée ; que ledit rapport omettait également de mentionner que la référence de la SHAM à l'état des prévisions de recettes et de dépenses (EPRD) au lieu du budget de fonctionnement comme base de la prime d'assurance était justifiée par le fait que l'EPRD avait réglementairement remplacé pour les hôpitaux le budget de fonctionnement et qu'en tout hypothèse, cette prise en compte de l'EPRD au lieu du budget de fonctionnement entraînait une baisse de la prime d'assurance au bénéfice du centre hospitalier ; qu'ainsi, la SHAM est fondée à soutenir que la procédure de passation du marché litigieux a méconnu le principe d'égalité de traitement entre les candidats à l'attribution d'un marché public ;

Considérant, en quatrième lieu, que si les défendeurs soutiennent que la SHAM bénéficie, de par sa position dominante sur le marché de l'assurance des établissements hospitaliers, d'informations privilégiées lui permettant d'élaborer ses offres de manière avantageuse dans ce type de consultation, une telle circonstance, à la supposer établie, ne les autorisait pas à enfreindre le principe d'égalité de traitement susmentionné ;

Considérant, en dernier lieu, que, saisi de conclusions contestant la validité d'un contrat ou de certaines de ses clauses 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'à ce titre, 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 ;

Considérant que, compte tenu de la nature des manœuvres ayant abouti à l'attribution du marché litigieux et, en particulier, de l'attribution du marché à un intermédiaire d'assurances étroitement lié avec une entreprise de conseil en assurances dont l'action s'est révélée

déterminante dans la procédure d'attribution, du caractère intentionnel de ces manœuvres qui visaient à capter une partie de la clientèle de la SHAM et de la nature volontairement opaque du montage juridique retenu par leurs instigateurs, le marché litigieux doit être annulé ;

Considérant, toutefois, que compte tenu de l'intérêt général s'attachant à ce que le centre hospitalier continue de bénéficier d'une couverture d'assurance dans l'attente de la passation d'un nouveau marché, il y a lieu de différer l'effet de cette annulation qui n'interviendra qu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la notification du présent jugement ;

Sur les conclusions indemnitaires :

En ce qui concerne la recevabilité :

Considérant que contrairement à ce que soutiennent les défendeurs, la SHAM a formé une réclamation préalable tendant à obtenir le paiement de dommages et intérêts le 18 juin 2010 ; que cette demande dont cet établissement a accusé réception le 26 juin 2010, était de nature à lier le contentieux indemnitaire ; que, par suite, la fin de non-recevoir soulevée à ce titre par le centre hospitalier doit être écartée ;

En ce qui concerne le préjudice :

Considérant qu'une entreprise candidate irrégulièrement écartée de l'attribution d'un marché public qui avait une chance sérieuse de remporter le marché a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre et à l'indemnisation de son manque à gagner ;

Considérant qu'aux termes de l'article 2.3 du règlement de consultation « Les candidats devront : proposer obligatoirement une offre correspondant à l'offre de base (...) L'attention des candidats est attiré sur le fait qu'une réponse incomplète pourra constituer un motif d'élimination » ; qu'il résulte de ces stipulations et notamment de l'emploi du verbe « pouvoir » que la personne responsable du marché n'a pas entendu automatiquement exclure une offre ne respectant pas complètement le cahier des charges ; que, comme il a été dit plus haut, ni le rapport d'analyse des offres établi par la SAS Protectas, ni d'ailleurs les défendeurs en cours d'instance, ne fournissent d'estimation en terme de sinistralité des garanties auxquelles la SHAM a apporté des réserves ; qu'en l'état actuel de l'instruction et compte tenu de la portée de ces réserves qui concernent la limitation à 2.500.000 euros de la responsabilité civile « maître de l'ouvrage » et deux autres risques dont la réalisation présente, contrairement à ce qu'a estimé la SAS Protectas dans son rapport, un caractère largement hypothétique, il ne résulte pas de l'instruction que, compte tenu notamment de son prix, la non conformité de l'offre de la SHAM avec l'offre de base devait nécessairement entraîner le rejet de sa candidature ; que tel n'a d'ailleurs pas été l'avis de la SAS Protectas, ni de la personne responsable du marché lors de la procédure de passation du marché litigieux ; qu'ainsi, et compte tenu du nombre de candidats ainsi que du faible écart séparant les deux offres, la SHAM avait ainsi une chance sérieuse de remporter le marché litigieux ; qu'elle est, par suite, fondée à demander la réparation du préjudice résultant de son éviction irrégulière de ce marché ;

Considérant qu'afin de justifier de l'étendue de ce chef de préjudice, la société requérante soutient que, compte tenu du montant du résultat de l'exercice 2010 après impôt et participation des salariés qui s'élève à 17.193.372 euros et le montant des cotisations acquises sur ce même exercice qui se monte à 290.218.034 euros, son taux de marge nette pour l'année

litigieuse s'élève à 5,9 % et qu'appliqué au montant des cotisations annuelles perdues d'un montant de 352.192,45 euros, ce taux de marge nette permettrait de déterminer le montant du bénéfice perdu sur une année soit 20.779 euros ce qui représenterait, sur la durée totale du marché de trois ans, un préjudice de 62.337 euros ;

Considérant, toutefois, qu'il résulte des pièces versées au dossier que le résultat de la SHAM au titre de son exercice clos en 2010, tel qu'il ressort de son « compte rendu des opérations de l'exercice 2010 » ne s'élève pas à 17.193.372 euros, hors opérations financières, mais à 13.159.826 euros en y intégrant son résultat financier ; que la SHAM n'indique pas le mode de calcul du résultat « reconstitué » dont elle demande la prise en compte ; que, dans ces conditions, il convient, pour estimer son préjudice selon la méthode qu'elle suggère de retenir et qui présente un degré d'approximation suffisant, de substituer au chiffre de 17.193.372 euros susmentionné le « résultat technique de l'assurance non vie » de la requérante d'un montant de 29 273 154 euros tel qu'il ressort de son « compte rendu des opérations de l'exercice 2010 », diminué de la participation des salariés d'un montant de 2.001.035 euros et de l'impôt sur les bénéfices d'un montant de 23.365.073 euros, soit la somme de 3.907.046 euros qui correspond ainsi au résultat de ses opérations d'assurance au titre de l'exercice 2010 ; que, compte tenu de ce résultat et du montant des cotisations acquises sur ce même exercice qui s'élève à 290.218.034 euros, le « taux de marge nette » dont fait état la requérante pour l'année litigieuse s'élève non pas à 5,9 % mais à 1,35 % ; que, compte du montant des cotisations annuelles d'un montant de 352.192 euros dont la requérante estime avoir été privée, le manque à gagner de cette dernière peut être estimé à 4.755 euros par an ; que le marché litigieux devant s'exécuter sur une durée totale de vingt-sept mois compte tenu de l'annulation différée prononcée ci-dessus, la SHAM ne sera, dans ces conditions, privée du bénéfice de ce marché que durant cette période ; qu'il sera ainsi fait une juste appréciation de ce chef de préjudice en lui accordant, à ce titre, une indemnité de 10.500 euros ;

Considérant qu'en se bornant, par ailleurs, à faire état d'une somme de 20.000 euros au titre des frais qu'elle a engagés pour soumissionner à ce marché, la société requérante ne justifie ni de la nature, ni de l'étendue du dommage dont elle entend ainsi obtenir réparation ; qu'il sera ainsi fait une juste appréciation de ce chef de préjudice en lui accordant une indemnité de 1.500 euros ;

Considérant que le centre hospitalier de Rochefort doit ainsi être condamné à verser à la SOCIETE HOSPITALIERE D'ASSURANCES MUTUELLES, une indemnité de 12.000 euros ;

Sur les intérêts et leur capitalisation :

Considérant que la SHAM a droit aux intérêts au taux légal sur la somme de 12.000 euros susmentionnée à compter à compter du 12 avril 2010, date d'enregistrement de sa requête ; que la capitalisation des intérêts a été demandée le 31 août 2011 ; qu'à cette date les intérêts étaient dus pour au moins une année entière ; qu'il y a lieu dès lors de faire droit à cette demande tant à cette date qu'à chaque échéance annuelle à compter de cette date ;

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

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du centre hospitalier de Rochefort le versement de la somme de 800 euros au titre des frais exposés par la SOCIETE HOSPITALIERE D'ASSURANCES MUTUELLES dans la présente instance et non compris dans les dépens ; que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice

administrative font obstacle à ce que la SOCIETE HOSPITALIERE D'ASSURANCES MUTUELLES, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, verse à cet établissement, à la SAS BEAH ou à la SA CNA Insurance company limited une somme quelconque à ce titre ;

DECIDE :

Article 1^{er} : Le marché d'assurance passé par le centre hospitalier de Rochefort le 21 décembre 2009 avec la SAS BEAH relatif au lot n°2 « Responsabilité et risques annexes », est annulé. Cette annulation prendra effet à l'issue d'un délai de six mois à compter de la notification du présent jugement.

Article 2 : Le centre hospitalier de Rochefort versera à la SOCIETE HOSPITALIERE D'ASSURANCES MUTUELLES, à titre d'indemnité, une somme de 12.000 (douze mille) euros qui portera intérêts à compter du 12 avril 2010. Les intérêts échus à la date du 31 août 2011 puis à chaque échéance annuelle à compter de cette date seront capitalisés à chacune de ces dates pour produire eux-mêmes intérêts.

Article 3 : Le centre hospitalier de Rochefort versera à la SOCIETE HOSPITALIERE D'ASSURANCES MUTUELLES la somme de 800 (huit cents) euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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

Article 5 : Le présent jugement sera notifié à la SOCIETE HOSPITALIERE D'ASSURANCES MUTUELLES, au centre hospitalier de Rochefort, à la société par actions simplifiée Bureau européen d'assurance hospitalière et à la société anonyme CNA Insurance company limited.

Délibéré après l'audience du 6 octobre 2011, à laquelle siégeaient :

M. Bousquet, président,
M. Le Méhauté et M. Campoy, premiers conseiller.

Lu en audience publique le 20 octobre 2011.

Le rapporteur,

Le président,

Signé

Signé

L. CAMPOY

R. BOUSQUET

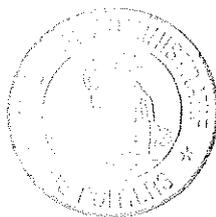
Le greffier,

Signé

D. GERVIER

La République mande et ordonne au préfet de la Charente-Maritime 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 décision.

Pour expédition conforme,
Le greffier en chef,
Le greffier,



D. GERVIER

