

## **Conseil d'État**

**N° 354652**

Mentionné au tables du recueil Lebon

**7ème et 2ème sous-sections réunies**

M. Christian Vigouroux, président

M. Nicolas Polge, rapporteur

M. Nicolas Boulouis, rapporteur public

SCP LYON-CAEN, THIRIEZ ; LE PRADO, avocats

**Lecture du mercredi 11 avril 2012**

### **REPUBLIQUE FRANCAISE**

#### **AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu 1°), sous le n° 354652, le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 6 décembre et 21 décembre 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour le SYNDICAT ODY 1218 NEWLINE DU LLOYD'S DE LONDRES, représenté par la société Newline Underwriting Management Limited, dont le siège est Suite 4/5, London Underwriting Centre, 3 Minster Court, Mincing Lane à Londres (EC3R 7DD), Royaume-Uni ; le syndicat demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1102392 du 21 novembre 2011 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Dijon, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, à la demande de la Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM), a annulé la procédure lancée par le centre hospitalier de Mâcon pour l'attribution d'un marché de prestations d'assurance pour la période 2012-2016 ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la Société hospitalière d'assurances mutuelles ;

3°) de mettre à la charge de la Société hospitalière d'assurances mutuelles le versement de la somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu 2°), sous le n° 354709, le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 7 et 21 décembre 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE (BEAH), dont le siège est Parc Euromédecine, 16, rue Milleret à Besancon (25000) ; le BEAH demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1102392 du 21 novembre 2011 du juge des référés du tribunal administratif de Dijon ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) ;

3°) de mettre à la charge de la SHAM le versement de la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu le code des assurances ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Nicolas Polge, Maître des Requêtes,

- les observations de la SCP Lyon-Caen, Thiriez, avocat du SYNDICAT ODY 1218 NEWLINE DU LLOYD'S DE LONDRES, de la SCP Richard, avocat du BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE et de Me Le Prado, avocat de la Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM),

- les conclusions de M. Nicolas Boulouis, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Lyon-Caen, Thiriez, avocat du SYNDICAT ODY 1218 NEWLINE DU LLOYD'S DE LONDRES, à la SCP Richard, avocat du BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE et à Me Le Prado, avocat de la Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) ;

Considérant que les pourvois du SYNDICAT ODY 1218 NEWLINE DU LLOYD'S DE LONDRES et du BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE (BEAH) sont dirigés contre la même ordonnance ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Dijon que par un avis d'appel public à la concurrence publié le 26 mai 2011, le centre hospitalier de Mâcon a lancé un appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché de prestations d'assurance pour les années 2012 à 2016, divisé en cinq lots ; que le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE, mandaté par la société Newline Underwriting Management Limited, chargée d'administrer le SYNDICAT ODY 1218 NEWLINE DU LLOYD'S DE LONDRES, a présenté la candidature de ce syndicat au lot n° 1 ; qu'informée de l'attribution de ce lot au BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE pour le compte de son mandant, la Société hospitalière d'assurances mutuelles, dont l'offre n'avait pas été retenue, a saisi le juge des référés du tribunal

administratif de Dijon en vue de l'annulation de la procédure d'attribution de ce lot ; que par l'ordonnance attaquée, celui-ci a fait droit à sa demande ;

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article L. 551-10 du code de justice administrative, les personnes habilitées à engager le recours prévu à l'article L. 551-1 en cas de manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ; que le choix de l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu est susceptible d'avoir lésé le candidat qui invoque ce manquement, à moins qu'il ne résulte de l'instruction que sa candidature devait elle-même être écartée, ou que l'offre qu'il présentait ne pouvait qu'être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable ; qu'en jugeant ainsi qu'un tel choix était par nature susceptible d'avoir lésé tout autre candidat à la seule condition que la candidature de cet autre candidat soit elle-même recevable, le juge des référés du tribunal administratif de Dijon a commis une erreur de droit ; que le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE (BEAH) est par suite fondé, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, ni ceux du pourvoi du SYNDICAT ODY 1218 NEWLINE DU LLOYD'S DE LONDRES, à demander pour ce motif l'annulation de son ordonnance ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la Société hospitalière d'assurances mutuelles ;

Considérant, en premier lieu, que, contrairement à ce que soutient la Société hospitalière d'assurances mutuelles, la disposition du règlement de consultation prévoyant l'attribution d'une note maximale, pour le critère de sélection des offres relatif à la nature et à l'étendue des garanties, aux offres présentées sans réserve ni amendement aux clauses du cahier des charges définissant les attentes du pouvoir adjudicateur, ne méconnaît pas le principe d'égalité entre les candidats ni les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est astreint le pouvoir adjudicateur ;

Considérant, en deuxième lieu, que si la Société hospitalière d'assurances mutuelles soutient que la clause d'extension territoriale de garantie prévue à l'article 8 du cahier des clauses administratives particulières soumis à la consultation revêtirait un caractère discriminatoire, elle n'apporte aucune précision à l'appui de l'allégation selon laquelle les assureurs français, à la différence d'autres assureurs, ne pourraient pas couvrir les actes médicaux pratiqués dans certains des Etats auxquels s'applique cette clause ;

Considérant, en troisième lieu, qu'en présentant la candidature de l'assureur dont il est le mandataire, et qui serait seul titulaire du contrat si le marché lui était attribué, alors même qu'il confierait également à son mandataire l'exécution, pour son compte, et sous réserve du respect des stipulations du contrat, de tâches prévues par celui-ci, le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE n'a pas, comme le soutient la Société hospitalière d'assurances mutuelles, présenté la candidature de plusieurs opérateurs économiques qui auraient dû constituer l'un des groupements prévus à l'article 51 du code des marchés publics ;

Considérant, en revanche, qu'il résulte de l'instruction que l'article 6.1.3. du règlement de la consultation prévoyait que l'intermédiaire d'assurance qui présentait la candidature d'une société d'assurances devait fournir les documents exigés pour la candidature pour la société représentée et pour lui-même ; que la Société hospitalière d'assurances mutuelles soutient que le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE, intermédiaire d'assurance, n'a pas fourni à l'appui de la candidature de l'assureur qu'il représentait les documents relatifs à cet assureur exigés par le règlement de la consultation énumérés à cet article ; que ni le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE, qui se borne à produire en défense le mandat, joint à son offre, qui lui a été confié par la société Newline Underwriting Management Limited, chargée d'administrer le SYNDICAT ODY 1218 NEWLINE DU LLOYD'S DE LONDRES, ni le centre hospitalier de Mâcon, qui ne peut utilement invoquer les dispositions de la loi du 17 juillet 1978 relatives à l'accès aux documents administratifs pour se dispenser de produire ces pièces, n'établissent qu'elles auraient figuré au dossier de candidature ; que dans ces conditions, la candidature présentée par le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE doit être regardée comme ayant été retenue en méconnaissance des dispositions du règlement de consultation ;

Considérant, en outre, que ni la recevabilité de la candidature de la Société hospitalière d'assurances mutuelles, ni le caractère approprié, régulier et acceptable de son offre ne sont contestés ; que le choix d'une offre présentée par un candidat irrégulièrement retenu est dès lors susceptible de l'avoir lésée, quel qu'ait été son propre rang de classement à l'issue du jugement des offres ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la Société hospitalière d'assurances mutuelles est fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre manquement qu'elle invoque, à demander l'annulation de la procédure à compter de l'examen des candidatures ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soient mises à la charge de la Société hospitalière d'assurances mutuelles, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, les sommes que demandent le SYNDICAT ODY 1218 NEWLINE DU LLOYD'S DE LONDRES et le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, d'une part, de mettre à la charge de chacun la somme de 2 000 euros au titre des frais de même nature exposés par la Société hospitalière d'assurances mutuelles et, d'autre part, de mettre à la charge du centre hospitalier de Mâcon le versement d'une somme de 1 000 euros, également au titre des frais exposés par la Société hospitalière d'assurances mutuelles ;

**D E C I D E :**

-----

Article 1er : L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Dijon du 21 novembre 2011 est annulée.

Article 2 : La procédure engagée par le centre hospitalier de Mâcon pour l'attribution du lot n° 1 du marché de ses prestations d'assurances pour la période 2012-2016 est annulée à compter de l'examen des candidatures.

Article 3 : Le centre hospitalier de Mâcon versera à la Société hospitalière d'assurances mutuelles une somme de 1 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice

administrative.

Article 4 : le SYNDICAT ODY 1218 NEWLINE DU LLOYD'S DE LONDRES et le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE verseront chacun la somme de 2 000 euros à la Société hospitalière d'assurances mutuelles au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Les conclusions du SYNDICAT ODY 1218 NEWLINE DU LLOYD'S DE LONDRES et du BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : La présente décision sera notifiée au SYNDICAT ODY 1218 NEWLINE DU LLOYD'S DE LONDRES, au BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE, à la Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) et au centre hospitalier de Mâcon.