

Conseil d'État

N° 375118

ECLI:FR:CESJS:2014:375118.20140604

Inédit au recueil Lebon

7ème SSJS

M. Vincent Montrieux, rapporteur

M. Bertrand Dacosta, rapporteur public

SCP LYON-CAEN, THIRIEZ ; SCP GARREAU, BAUER-VIOLAS, FESCHOTTE-DESBOIS, avocats

Lecture du mercredi 4 juin 2014

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 3 février et 18 février 2014 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la société Trasis, dont le siège est Allée du VI Août Bâtiment B6a à Liège (4000), Belgique ; la société Trasis demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1305296 du 17 janvier 2014 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Nice, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a, sur la demande de la société Lemer Pax tendant, en premier lieu, à ce qu'il soit enjoint au centre hospitalier universitaire (CHU) de Nice de lui communiquer le rapport d'analyse des offres ainsi que les justificatifs de conformité de l'offre de la société attributaire, notamment ceux relatifs au " marquage CE " du matériel proposé par cette dernière, en deuxième lieu, à l'annulation de la procédure d'attribution du marché de " location-vente d'une enceinte blindée automatisée avec la maintenance pour la préparation de doses de radio-isotopes de haute énergie et l'injection au patient et la fourniture des consommables associés pour le service de médecine nucléaire " engagée par le CHU de Nice, en troisième lieu, à l'annulation de la décision par laquelle le CHU de Nice a décidé d'attribuer ce marché à la société Trasis ainsi que toutes décisions s'y rapportant, et, en dernier lieu, à l'annulation de la décision du 11 décembre 2013 par laquelle le CHU de Nice a écarté son offre de l'attribution dudit marché, d'une part, annulé la procédure de marché, et, d'autre part, rejeté le surplus des conclusions de la requête ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Lemer Pax ;

3°) de mettre à la charge de la société Lemer Pax le versement de la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les notes en délibéré, enregistrées le 22 mai 2005, présentées pour la société Trasis et la société Lemer Pax ;

Vu la directive 93/42/CEE du Conseil du 14 juin 1993 modifiée relative aux dispositifs médicaux ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Vincent Montrieux, maître des requêtes en service extraordinaire,

- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Lyon-Caen, Thiriez, avocat de la société Trasis, et à la SCP Garreau, Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, avocat de la société Lemer Pax ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que le 18 septembre 2013 le centre hospitalier universitaire (CHU) de Nice a engagé, selon la procédure d'appel d'offres ouvert, une consultation en vue de la passation d'un marché public ayant pour objet la " location-vente ", y compris la maintenance et la fourniture des consommables associés, d'une " enceinte blindée automatisée pour la préparation de dose de radio-isotope de haute énergie et l'injection au patient pour le service de médecine nucléaire " ; que par un courrier du 11 décembre 2013, la société Lemer Pax a été informée du rejet de son offre et de ce que le CHU de Nice envisageait d'attribuer le marché à la société Trasis ; que la société Trasis se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 17 janvier 2014 du juge des référés du tribunal administratif de Nice, saisi par la société Lemer Pax sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a annulé la procédure de passation du marché litigieux à compter de l'examen des offres ;

2. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que par un mémoire communiqué le 27 décembre 2013 à la société Trasis, la société Lemer Pax a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Nice sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, en soutenant notamment que l'offre de la société Trasis n'était pas conforme aux exigences techniques des documents de la consultation ; que dans un mémoire enregistré le 8 janvier 2014, veille de l'audience publique, la requérante a produit un mémoire en réplique développant ce moyen à l'appui de considérations techniques nouvelles dans le débat contentieux ; que ce mémoire n'a pas été communiqué à la société Trasis ; que le juge des référés s'est cependant fondé sur ces éléments nouveaux pour annuler la procédure de passation du marché méconnaissant ainsi le caractère contradictoire de la procédure ; que, dès lors, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, la société Trasis est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elle attaque ;

3. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de statuer sur la demande de référé en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

4. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction que par un courrier du 11 décembre 2013, le CHU de Nice a informé la société Lemer Pax du rejet de son offre ; que ce courrier précisait le classement ainsi que les notes obtenus, au titre des différents critères figurant dans les documents de la consultation, ainsi que ceux de l'attributaire ; que, par suite, le moyen tiré de ce que la société Lemer Pax n'aurait pas été informée des motifs de rejet de son offre manque, en tout état de cause, en fait ;

5. Considérant, en deuxième lieu, que l'article 7.1 intitulé " normes " du cahier des clauses particulières prévoyait que " les fournitures doivent être conformes à la législation et à la réglementation en vigueur ainsi qu'aux prescriptions techniques et normes européennes édictées en la matière " ; que sous le point relatif aux " caractéristiques techniques demandées pour l'équipement " de l'article 23.1.2 de ce même cahier des clauses particulières était notamment stipulé que " l'enceinte blindée avec automate de préparation devra permettre la préparation aseptique des doses patients dans une zone à atmosphère contrôlée de classe A à comptage particulaire ne dépassant pas 3 520/m³ et 20/m³ selon la taille des particules " ; qu'aux termes de l'article 24 du même cahier des clauses particulières, intitulé " documents à fournir par le titulaire " était précisé que " à la réception du matériel, le titulaire s'engage à fournir toute documentation rédigée en langue française, nécessaire à une utilisation et un fonctionnement correct du matériel livré et à son entretien courant. / Pour l'ensemble du matériel et des consommables proposés, il sera fourni les justificatifs attestant du marquage CE et de la classe de marquage. / Le fournisseur précisera notamment les caractéristiques que doivent respecter les produits à utiliser avec l'appareil proposé " ; qu'il ne résulte pas de ces dispositions que les offres devaient nécessairement inclure, au stade de leur remise, les justificatifs attestant, le cas échéant, du marquage CE et de la classe du marquage du matériel proposé ; que, par suite, la société Lemer Pax n'est pas fondée à soutenir que l'offre de la société Trasis était irrégulière faute d'avoir produit, dès le stade de la remise des offres, les justificatifs attestant de sa conformité avec la législation en vigueur, compte tenu des prescriptions techniques figurant dans les documents de la consultation ;

6. Considérant, en troisième lieu, qu'il résulte, en l'état des pièces soumises au juge des référés précontractuels, et notamment d'un courrier de l'Agence nationale de sécurité du médicament, que l'enceinte blindée et les actimètres proposés par la société Trasis ne peuvent être regardés comme des " dispositifs médicaux " au sens de l'article L. 5211-1 du code de la santé publique ; qu'en conséquence, eu égard à l'office du juge des référés précontractuel et en l'état de l'instruction, l'absence de marquage CE au titre de " dispositif médical " pour ces matériels proposés ne peut être regardée comme une absence de conformité aux exigences de qualification posées ; qu'il ne résulte pas davantage de l'instruction, en son état, que les kits d'injection figurant dans l'offre de la société Trasis méconnaîtraient la réglementation applicable aux dispositifs médicaux, notamment celle posée par l'arrêté du 20 avril 2006 ; qu'enfin, les informations techniques figurant dans les documents remis avec l'offre de la société Trasis décrivent les éléments de conception justifiant que l'enceinte blindée permettra, conformément aux clauses du cahier des clauses particulières, d'assurer la " préparation aseptique des doses patients dans une zone à atmosphère contrôlée de classe A " ; que par suite, la société Lemer Pax n'est pas fondée à soutenir que l'offre présentée par la société Trasis méconnaîtrait les exigences requises par le cahier des clauses particulières du marché ;

7. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir soulevée par la société Trasis, que la demande présentée par la société Lemer Pax doit être rejetée ;

8. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge du CHU de Nice et de la société Trasis, qui ne sont pas, dans la présente instance, partie perdante, la somme que demande la société Lemer Pax au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, en application des mêmes dispositions, de mettre à la charge de cette dernière une somme de 1 500 euros à verser au CHU de Nice, au titre des frais engagés par lui devant le tribunal administratif de Nice, et de 4 500 euros à la société Trasis pour l'ensemble de la procédure ;

DECIDE :

Article 1er : L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Nice du 17 janvier 2014 est annulée.

Article 2 : La demande présentée par la société Lemer Pax devant le tribunal administratif de Nice et ses conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La société Lemer Pax versera, d'une part, au CHU de Nice une somme de 1 500 euros et, d'autre part, à la société Trasis une somme de 4 500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la société Trasis, au centre hospitalier universitaire (CHU) de Nice et à la société Lemer Pax.