

Arrêt 10BX01569
CENTRE HOSPITALIER DE BIGORRE,
HOPITAUX DE LANNEMEZAN et
CENTRE HOSPITALIER DE LOURDES
1^{ère} chambre
Audience du 2 février 2012
Lecture du 1^{er} mars 2012

CONCLUSIONS
M. Katz, Rapporteur public

De 1995 à 2005, le service départemental d'incendie et de secours des hautes Pyrénées a été chargé par convention conclue avec les centres hospitaliers de Bigorre, Lourdes, et Lannemezan d'assurer les transports sanitaires d'urgence. Afin de renouveler ces conventions de service, les centres hospitaliers précités ont constitué un groupement de commande des établissements hospitaliers des Hautes Pyrénées. Ce groupement a lancé en février 2006 une procédure d'appel d'offres en vue de la passation d'un marché de prestation de service dans le cadre des missions SAMU et SMUR des hôpitaux : transport, conduite et bilan secouriste. Ce marché était divisé en 8 lots. Les offres sont jugées selon 3 critères : garanties professionnelles et financières du candidat pour 35 %, appréciation de la structure du candidat en personnel et matériel 34 % et prix des prestations 31 %. Outre le service départemental d'incendie et de secours des Hautes Pyrénées, des entreprises privées ont candidaté. Le 27 avril 2006, la commission d'appel d'offres a estimé que les offres présentées par les entreprises concernées étaient inacceptables au regard des possibilités économiques des établissements adhérents. La procédure a été déclarée infructueuse et la commission d'appel d'offre a émis un avis favorable au recours à la procédure négociée en application des articles 35 V 60 al 4, 65 al 4 du code des marchés publics. Les entreprises candidates en ont été informées par courrier du 27 avril 2006. Les entreprises soumissionnaires ont été invitées à remettre une offre avant le 15 mai 2006 dans le cadre de la procédure négociée et elles ont été reçues les 18 et 22 mai suivant. Le 30 mai 2006, la commission d'appel d'offre a finalement émis l'avis d'attribuer les 8 lots au service départemental d'incendie et de secours des Hautes-Pyrénées. Les entreprises dont l'offre n'a pas été retenue ont saisi le président du Tribunal administratif de Pau d'une requête en référé.

Par ordonnance du 5 juillet 2006, le président du Tribunal administratif de Pau a annulé la décision d'attribuer le marché au service départemental d'incendie et de secours et a enjoint aux centres hospitaliers lors du réexamen des offres de vérifier si le niveau des prix proposés par le service départemental d'incendie et de secours prenait en compte l'ensemble des coûts directs et indirects des prestations et ne résultait pas d'un avantage découlant des ressources ou des moyens attribués au titre de sa mission de service public. Le 12 juillet 2006, les centres hospitaliers ont demandé au service départemental d'incendie et de secours de transmettre les éléments financiers permettant à la commission d'appel d'offre de réexaminer l'offre selon les conditions prévues par l'ordonnance. Le service départemental d'incendie et de secours a fourni des éléments le 25 juillet 2006. La commission d'appel s'est réunie le 25 juillet 2006 et a émis l'avis d'attribuer le marché au service départemental d'incendie et de secours. Puis, le 26 juillet 2006, les centres hospitaliers ont informé les candidats que les lots étaient attribués au service départemental d'incendie et de secours. Les entreprises ont alors saisi le Tribunal administratif de Pau d'une demande tendant à l'exécution de l'ordonnance 5 juillet 2006. Mais par décision du 19 décembre 2006, le vice-président du tribunal a estimé que les formalités requises par l'ordonnance du juge des référés avaient été accomplies a

procédé au classement administratif de la demande. Le 11 juin 2007, les autres entreprises ont alors adressé des demandes aux centres hospitaliers en vue d'obtenir la résiliation des marchés attribués. Il n'a pas été répondu à ces demandes, de sorte qu'elles ont été rejetées implicitement. Puis des recours gracieux ont été adressés aux centres hospitaliers, le 10 octobre 2007, lesquels ont également fait l'objet d'un rejet implicite. Les entreprises ont contesté ces rejets devant le Tribunal administratif de Pau qui, par jugement du 4 mai 2010, a annulé les décisions des centres hospitaliers refusant de résilier les marchés conclus avec le service départemental d'incendie et de secours des Hautes Pyrénées. Par leur requête, les centres hospitaliers de Bigorre, Lourdes, et Lannemezan forment appel de ce jugement.

S'agissant de la régularité du jugement, les requérants soutiennent que le Tribunal n'a pas suffisamment tenu compte de l'argumentation venant au soutien des moyens présentés en défense. Ils reprochent au Tribunal d'avoir considéré qu'il ne ressortait pas des pièces du dossier que l'administration avait satisfait à son obligation d'exiger d'un établissement public qu'il apporte les éléments permettant de vérifier l'absence de subventions croisées dans la fixation du prix proposé, alors pourtant que l'ordonnance de référé, reconnue comme pleinement exécutée, a conduit à ce que ces éléments soient portés à la connaissance de l'administration. Ils reprochent, à cet égard, au Tribunal de n'avoir pas tenu compte des éléments fournis dans le cadre de la procédure de référé, alors que les centres hospitaliers avaient fait expressément référence à cette procédure dans le cadre du litige portant sur le refus de résiliation. Toutefois, il nous semble que l'administration devait apporter elle-même les éléments venant au soutien de ses moyens de défense dans le cadre de l'instance en cause et il n'appartenait pas au Juge de rechercher lui-même des éléments produits dans le cadre d'une autre instance que celle dont il était saisi. Par conséquent, l'irrégularité invoquée ne pourra être retenue.

S'agissant de la recevabilité des demandes de première instance, les requérants invoquent une tardiveté. Toutefois ainsi que l'ont considéré à bon droit les premiers juges, les refus implicite de résilier les contrats et les rejets de recours gracieux y afférent sont intervenus sans accusé réception mention les délais de recours. En application de l'article 19 de la loi du 12 avril 2000 les délais de recours ne sont donc pas opposables aux demandeurs de première instance. Reste toutefois une question de recevabilité de la demande de première instance qui n'est pas débattue par les parties, mais qui résulte des pièces du dossier. En effet, au vu du procès verbal de la commission d'appel d'offres, il apparaît que le marché était divisé en huit lots séparés et que pour les lots n°1 et n° 5, le service départemental d'incendie et de secours était le seul candidat. Par conséquent, les sociétés demandeurs en premières instance sont sans intérêt à demander l'annulation de la décision refusant de résilier les lots 1 et 5, puisqu'elles n'ont pas été évincées et ne présente aucun autre intérêt. En outre, toutes les sociétés n'étaient pas candidates sur tous les autres lots. La société TSU était candidates pour les lots n° 2, 3 et 4, le GIE association d'urgence du pays des Gaves pour lot n° 8, et la société Jacomet pour le lot n° 6. De plus, la société Jeanneau, qui était seule candidate avec le service départemental d'incendie et de secours sur le lot n° 7, n'est pas représentée dans l'instance. Par conséquent, les sociétés requérantes avaient seulement intérêt à contester les refus de résilier les contrats relatifs aux lots n° 2, 3, 4, 6 et 8, chacune de ces sociétés en ce qui la concernait. C'est donc à tort que le tribunal administratif a admis globalement l'intérêt à agir des sociétés requérantes sur les 8 lots. Nous vous proposons d'annuler partiellement le jugement en conséquence.

S'agissant maintenant du fond, le tribunal administratif a fait application de l'avis contentieux *Société Jean-Louis Bernard Consultants du 8 novembre 2000* (n° 222208). En vertu de cet avis, dans le cas de l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à une personne publique, les principes d'égal accès aux marchés publics et le principe de liberté de la concurrence imposent, d'une part, que le prix proposé par cette

personne publique soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cette personne publique n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public. Ces principes ont été réaffirmés et complétés dans l'arrêt d'Assemblée du 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*. Selon cet arrêt : « *les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci* ».

En l'espèce, il faut d'emblée noter la très forte différence de prix proposé par le service départemental d'incendie et de secours et les autres entreprises. Par exemple, pour le lot n° 8 correspondant au transport sanitaire par ambulance dans le cadre du SMUR pour le centre hospitalier de Lourdes, le service départemental d'incendie et de secours a proposé un prix de 280 euros TTC par transport soit 98 000 euros par an, alors que le GIE association d'urgence du pays des Gaves a proposé un prix annuel variant de 459 499 euros à 518 017 euros. Au-delà de ces importants écarts, rappelons que le service départemental d'incendie et de secours est un établissement public administratif dont le financement est assuré par les participations du département, des communes et d'établissements publics de coopération intercommunale. Les requérants soutiennent que, contrairement à ce qu'ont estimé les premiers juges, le service départemental d'incendie et de secours a produit, préalablement à la réunion de la commission d'appel d'offres, les éléments détaillant les modalités de fixation des prix et leur permettant de vérifier que ce montant n'avait pas été déterminé en tenant compte des avantages découlant des ressources ou des moyens qui lui étaient dévolus au titre de sa mission de service public.

Toutefois, il apparaît, au vu des documents adressés par le service départemental d'incendie et de secours à la commission d'appel d'offres le 25 juillet 2006, produits en appel, que cet établissement public n'a pas produit des pièces comptables issues notamment d'une comptabilité analytique mais des tableaux, élaborés par ses services, synthétisant de manière schématique ses recettes et ses charges. En outre, la note explicative jointe à ces documents montre que 96 % des dépenses du service départemental d'incendie et de secours sont couvertes par les contributions versées par le département, les communes et les établissements publics de coopération intercommunale. Et, aucun des documents présentés n'a finalement pu permettre à l'administration de dire que le niveau des prix proposés par le service départemental d'incendie et de secours, à l'évidence très nettement inférieur à celui des prix proposés par les sociétés privées candidates, ne résultait pas des avantages reçus par cet établissement public pour effectuer ses missions de service public. Dans ces conditions, nous vous proposons de confirmer l'annulation des décisions refusant la résiliation des lots n° 2, 3, 4, 6 et 8.

Dans les circonstances de l'espèce, nous vous proposons de rejeter l'ensemble des demandes au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. C'est en ce sens que nous concluons.