TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE DIJON

N° 1801667

Bureau Européen
d'Assurance Hospitalière

Mme Michel
Juge des référés

Audience du 19 juillet 2018
Ordonnance du 19 juillet 2018

39-02
C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 29 juin 2018 et mémoire du 18 juillet 2018, le Bureau Européen d'Assurance Hospitalière (BEAH), représenté par son président et ayant pour avocat Me Juffroy, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative dans le dernier état de ses écritures :

1°) d'enjoindre au centre hospitalier de Nevers de lui communiquer la ou les réserves formulées par l'attributaire, dans un délai de 15 jours à compter de l'ordonnance à intervenir ;
2°) de suspendre la procédure de passation du lot n°1 « Responsabilité civile hospitalière - protection juridique » jusqu'à l'expiration d'un délai de 15 jours à compter de la date à laquelle il aura été procédé à la communication demandée ;
3°) d'annuler l'ensemble de la procédure de passation du lot n°1 « Responsabilité civile hospitalière - protection juridique » dans le cadre du marché d'assurance n°2018-24, et tout acte s'y rapportant, en particulier, les décisions de rejet de l'offre du groupement conduit par le BEAH et l'attribution du marché à la SHAM ;
4°) de condamner le centre hospitalier de Nevers au versement d'une somme de 3 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- la notification du rejet de son offre n'a pas été conforme aux dispositions de l'article 99-II du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 : l'information qui lui a été donnée à cette occasion n'était pas suffisante pour lui permettre de comprendre et le cas échéant, de contester utilement, le rejet de son offre ;
- Il ne connaît notamment pas la nature de la ou des réserve(s) émise(s) par l'attributaire ;

- la procédure concurrentielle avec négociation a été employée illégalement et l'a lésé ;

- les exigences minimales qui ne pouvaient pas faire l'objet de négociation n'étaient pas mentionnées, en violation des dispositions des articles 71 et 73 du décret du 25 mars 2016 ;

Par deux mémoires en défense, enregistrés les 11 et 19 juillet 2018, le centre hospitalier de l'agglomération de Nevers représenté par Me Cabanes, conclut au rejet de la requête et à la condamnation du BEAH au paiement d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que les moyens soulevés par le BEAH ne sont pas fondés.

Par un mémoire en observations, enregistré le 17 juillet 2018, la Société hospitalière d'assurance mutuelle (SHAM), représentée par Me Rayssac, a conclut au rejet de la requête et à la condamnation du BEAH à lui verser une somme de 4 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que les moyens soulevés par le BEAH ne sont pas fondés.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ;
- le code de justice administrative ;
- le code des marchés publics.

Le président du Tribunal a désigné Mme Michel, premier conseiller, pour statuer sur les demandes de référé.

Les parties ont été régulièrement averties de l'audience publique du 19 juillet 2018 à 14 heures, au cours de laquelle, après rapport de l'affaire, ont été entendus :

- Me Juffroy, pour le BEAH, qui a repris oralement ses conclusions et moyens exposés dans ses écritures ;
- Me Pezin, pour le centre hospitalier de Nevers qui a repris oralement ses écritures ;
- Me Rayssac, pour la SHAM qui a repris oralement ses écritures ;

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience à 15 h 02 minutes.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à la concurrence envoyé le 9 mars 2018 au BOAMP et au JOUE, le groupement de commande, coordonné par le centre hospitalier de Nevers a lancé une consultation, sous la forme d'une procédure concurrentielle avec négociation, pour l'attribution d'un marché ayant pour objet la souscription, pour cinq ans, d'un programme d'assurance en risques d'exploitation et statutaire pour chacun de ses membres, à savoir les

centres hospitaliers de Nevers, Decize, Cosne-sur-Loire, et Henri Dunant, ainsi que les EHPAD et CLS Saint-Pierre Le Moutier, CH Les Cygnes-Lormes, CH Château-Chinon, et CLS Luzy. Ce marché était composé de deux lots : lot 1 « responsabilité civile hospitalière et protection juridique » et lot 2 « risques statutaires ». Par un courrier du 20 juin 2018, le BEAH a été informé du rejet de son offre pour le lot 1 et de l'attribution du marché à la SHAM. Or, après avoir demandé les motifs détaillés de ce refus les 20 et 29 juin 2018, le BEAH a saisi le juge des référés de la présente requête sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

Sur les conclusions présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

2. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* ». L'article L. 551-2 du même code dispose que : « *Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations* » ;

3. Il résulte de ces dispositions qu'il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration. En vertu de cet article, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles qui sont susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient, dès lors, au juge des référés précontractuels de rechercher si l'opérateur économique 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 lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur économique concurrent.

En ce qui concerne le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 :

4. Aux termes du II de l'article 99 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 : « *II. - Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, l'acheteur, dès qu'il décide de rejeter une candidature ou une offre, notifie à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candidature ou de son offre en lui indiquant les motifs de ce rejet. / Lorsque cette notification intervient après l'attribution du marché public, elle précise, en outre, le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre. Elle mentionne également la date à compter de laquelle l'acheteur est susceptible de signer le marché public dans le respect des dispositions du I de l'article 101. / À la demande de tout*

soumissionnaire ayant fait une offre qui n'a pas été rejetée au motif qu'elle était irrégulière, inacceptable ou inappropriée, l'acheteur communique dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de cette demande : (...) 2° Lorsque le marché public a été attribué, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue ».

5. L'information sur les motifs du rejet de son offre dont est destinataire le candidat en application de la disposition précitée a, notamment, pour objet de permettre à celui dont l'offre n'est pas retenue de contester utilement le rejet qui lui est opposé devant le juge du référé précontractuel saisi en application de l'article L. 551-1 précité du code de justice administrative. Par suite, l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence.

6. En l'espèce, il résulte de l'instruction que, par lettre du 20 juin 2018, le centre hospitalier de Nevers a informé le BEAH que son offre n'était pas retenue au motif qu'il avait été classé en deuxième position. Cette lettre précisait, outre le nom de l'attributaire, les notes qui lui avaient été attribuées pour chacun des critères, ainsi que celles de l'attributaire. Le montant des primes proposées par l'attributaire était également indiqué. Par ailleurs, au cours de l'instruction, par courrier du 6 juillet 2018, le centre hospitalier a expliqué que l'offre retenue était l'offre de base sans franchise en corporel de la SHAM, ainsi que le détail précis et circonstancié de chacune des notes obtenues par l'attributaire et le BEAH, pour chacun des sous-critères, et les motifs ayant conduit à l'attribution des notes pour chaque proposition des candidats. Ce document permettait donc un comparatif entre les caractéristiques et avantages de l'offre de la société requérante et ceux de l'offre proposée par la SHAM.

7. Par ailleurs, si dans le dernier état de ses écritures, le BEAH soutient que les informations données par le centre hospitalier concernant les motifs de rejet de son offre seraient toujours insuffisantes, car le courrier du 6 juillet 2018 n'indiquait pas la teneur de la ou les « *réserve(s) moyenne(s) faible(s)* » formulée(s) par l'attributaire, il est constant que le mémoire en réplique du centre hospitalier de Nevers dont le BEAH a eu connaissance avant l'audience, indique, en se prévalant des règles de secret entourant les communications en matière industrielle et commerciale, qu'il n'existe qu'une seule réserve. Celle-ci porte sur le niveau de garantie par sinistre et par an et il s'agit d'une responsabilité subsidiaire. Or, s'agissant de professionnels du secteur des assurances, de telles informations paraissent suffisantes, concernant l'offre d'un concurrent, afin d'assurer le maintien de la concurrence entre les opérateurs et leur égalité dans le cadre de la présente procédure, comme dans le cadre d'autres procédures en cours.

8. Dans ces conditions, les dispositions précitées de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 n'ont pas été méconnues et le BEAH a été mis en mesure de contester utilement le rejet de son offre avant l'intervention de la clôture de l'instruction. Dès lors, le moyen tiré par la société requérante de l'insuffisante information du candidat évincé doit être écarté et ses conclusions aux fins d'injonction de communication, devenues sans objet, doivent être rejetées.

En ce qui concerne la dénaturation et l'irrégularité de l'offre retenue :

9. Il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il

lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en méconnaissant ou en en altérant manifestement ses termes, et procédé ainsi, à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats.

10. En l'occurrence, le BEAH soutient que l'offre retenue serait irrégulière, en ce qu'elle comprenait une responsabilité subsidiaire révélée par la réserve émise par l'attributaire, pour laquelle il ne pourrait pas vérifier « *sous le contrôle du juge des référés précontractuels (...) si le CH de Nevers a respecté le barème qu'il s'est fixé à l'article 4.3 du règlement de la consultation pour évaluer les offres au titre du critère de la valeur technique* ».

11. Néanmoins, d'une part, le règlement de consultation prévoit la possibilité de formuler des réserves et la manière de les noter à son article 4.3. L'application de cet article, se traduisant par le classement de la réserve émise par la SHAM en « *réserve moyenne faible* » qui correspond selon ledit article du règlement de consultation à « *une réserve impactant simultanément un ou plusieurs aspects du marché technique, financier ou juridique, sans pour autant en dégrader réellement la valeur économique* » ne constitue dès lors, pas en elle-même une méconnaissance ou une altération manifeste des termes de l'offre, mais traduit une appréciation portée sur le mérite de cette offre. Or, ainsi que rappelé au point précédent, il n'incombe pas, en tout état de cause, au juge du référé précontractuel de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre au titre du critère de la valeur technique, défini au cas présent par le barème de l'article 4.3 du règlement de la consultation.

12. D'autre part, le BEAH ne se prévaut d'aucune disposition dudit règlement interdisant de présenter des garanties subsidiaires. Dès lors, les moyens tirés de ce que l'offre retenue aurait été irrégulière et dénaturée doivent donc être écartés.

En ce qui concerne le recours à la procédure concurrentielle avec négociation :

13. Aux termes de l'article 25 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « *(...) II. - Les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif dans les cas suivants : 1° Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;(...) 4° Lorsque le marché public ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ; (...) 5° Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique (...)* ».

14. Au cas d'espèce, il est constant que si le centre hospitalier de Nevers a initié la procédure litigieuse sur le fondement des dispositions du 5° du II de l'article 25 du décret du 25 mars 2016, dans ses dernières écritures, il se réfère aux dispositions du 1° et du 4° de cet article pour justifier le recours à cette procédure, position validée par la SHAM en observations apportées au soutien de ses conclusions. Or, il résulte de l'instruction que le marché en litige concerne des assurances « Responsabilité civile hospitalière - protection juridique » spécifiques aux missions de services publics d'un groupement hospitalier de territoire comprenant huit établissements de santé aux profils différents à raison à la fois de leur tailles respectives, des prises en charges, des soins prodigués et des publics accueillis.

Dès lors, si des cahiers des charges ont été rédigés par un assistant à maitre d'ouvrage pour exprimer les besoins des divers types d'établissements composant le groupement hospitalier, il n'est pas démontré que ces documents pouvaient permettre à eux seuls la présentation d'offres standard d'assurances déjà disponibles, sans adaptation de celles-ci, tant dans leur prix que dans leur modalités, eu égard à la complexité du montage juridique et financier à opérer, que ce soit pour le groupement hospitalier ou les candidats. Il y avait donc nécessité d'adapter les solutions proposées, qui pouvaient contenir réserves ou variantes, aux niveaux de risques, aux besoins exprimés et aux possibilités financières de chacun des établissements. Contrairement à ce que soutient le BEAH, le centre hospitalier de Nevers pouvait par conséquent recourir à la procédure concurrentielle avec négociation pour rechercher la meilleure offre d'assurance « Responsabilité civile hospitalière - protection juridique » possible pour son groupement hospitalier de territoire. Il n'est par ailleurs pas établi que l'erreur initiale commise quant au fondement de la procédure engagée ait été de nature à léser le BEAH dans la présentation de son offre, ni que le recours à cette procédure aurait avantagé un autre opérateur économique à son détriment. Il est également constant que la société requérante a pu participer à la procédure concurrentielle avec négociation en améliorant son offre dans les mêmes conditions que les autres candidats. Dès lors, le moyen tiré du recours irrégulier à la procédure concurrentielle avec négociation sera écarté dans toutes ses branches.

En ce qui concerne la mention des exigences minimales :

15. Aux termes de l'article 71 du décret du 25 mars 2016 : « « *La procédure concurrentielle avec négociation est la procédure par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations. Le pouvoir adjudicateur indique dans les documents de la consultation les exigences minimales que doivent respecter les offres* ». L'article 73 du même décret prévoit pour sa part que : « *Les exigences minimales mentionnées à l'article 71 et les critères d'attribution ne peuvent faire l'objet de négociations* ».

16. Au cas d'espèce, le BEAH fait valoir que dans l'hypothèse où le recours à la procédure concurrentielle négociée ne serait pas censuré, le centre hospitalier de Nevers a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence, faute d'avoir précisé les exigences minimales que devaient respecter les offres et qui ne pouvaient pas faire l'objet de négociations, conformément aux dispositions des articles 71 et 73 du décret du 25 mars 2016. En effet, l'article 4.2.1. du règlement de la consultation ne définit pas ces exigences minimales et il se borne à prévoir que : « *Afin de définir les moyens propres à satisfaire le mieux les besoins, le Pouvoir adjudicateur prévoit de négocier, dans le cadre de la présente procédure, des aspects suivants du marché et de l'offre des candidats : montant des garanties et des franchises ; taux et montants des primes ; gestion des sinistres ; tout autres éléments techniques et méthodologique des offres* ».

17. Toutefois, l'ensemble des candidats, qui étaient des professionnels du secteur de l'assurance, a été placé dans une situation identique et il résulte de l'instruction que la société requérante n'a formulé aucune question, observation ou contestation au cours de la procédure à ce sujet. De plus, elle n'apporte aucun élément de nature à établir qu'elle aurait été lésée ou susceptible d'être lésée par le manquement dont elle se plaint. Ce moyen doit donc être écarté.

18. Il y a lieu au vu de ce qui précède, de rejeter la requête du BEAH.

Sur les conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

19. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge du centre hospitalier de Nevers, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que le BEAH demande au titre des frais de l'instance. En revanche, il y a lieu de mettre à la charge du BEAH le versement d'une somme de 1 000 euros au centre hospitalier de Nevers sur le fondement de ces dispositions. Il versera sur le même fondement une somme identique à la SHAM.

ORDONNE :

Article 1er: La requête présentée par le Bureau Européen d'Assurance Hospitalière est rejetée.

Article 2 : Le Bureau Européen d'Assurance Hospitalière versera une somme de 1 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative au centre hospitalier de Nevers et à la Société hospitalière d'assurance mutuelle.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée au Bureau Européen d'Assurance Hospitalière, au centre hospitalier de Nevers et à la Société hospitalière d'assurance mutuelle.

Fait à Dijon, le 19 juillet 2018.

Le juge des référés,

F. MICHEL

La République mande et ordonne au préfet de la Nièvre 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
Le greffier,