

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE BASSE-TERRE**

REPUBLIQUE FRANÇAISE

N°1301203

SOCIETE E COMPAGNIE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Ordonnance du 25 septembre 2013

Le Tribunal administratif de Basse-Terre,

La présidente, juge des référés,

Vu la requête, enregistrée le 29 août 2013, présentée pour la SOCIETE E COMPAGNIE, dont le siège est 24 Lot Vince Arnouville à Petit-Bourg (97170), par la SELARL Symchowicz -Weissberg ; la société e-compagnie demande au juge des référés précontractuels :

1°) d'ordonner la communication des motifs de la décision de rejet de son offre afférente au lot n° 1 du marché de collecte et traitement des déchets des établissements sanitaires de Guadeloupe, lancé par le groupement de commandes dont le centre hospitalier de Basse-Terre est le coordonnateur, conformément à l'article 80 du code des marchés publics, ainsi que du rapport d'analyse des offres ;

2°) d'annuler la procédure de publicité et de mise en concurrence s'y rapportant, ainsi que toute décision, notamment la décision de rejet de son offre ;

3°) de mettre à la charge du groupement de commandes de prestations de service des établissements sanitaires de Guadeloupe une somme de 5.000 euros en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

La société e compagnie soutient que :

- le 5 avril 2013, en sa qualité de coordonnateur du groupement de commandes de prestations de services des établissements sanitaires de Guadeloupe, le centre hospitalier de Basse-Terre a lancé une procédure de publicité et de mise en concurrence relative à la collecte et le traitement de déchets d'activités de soins à risques infectieux, cytotoxiques et médicaments non utilisés ; le règlement de consultation prévoyait une division en 7 lots, et mentionnait également : « les variantes sont-elles interdites ? non (...) » ; pour le lot n° 1 le coût était noté sur 50 points, la valeur technique sur 30 et la pertinence de l'organisation proposée pour les collectes sur 20 ; elle n'a reçu que le 20 août 2013 un courrier d'éviction daté du 17 juin 2013 qui mentionnait seulement que les lots 1, 2 et 3 étaient attribués à la société tecmed, pour un montant de l'ordre de 9.462 euros HT pour le lot n° 1 (...); elle a sollicité des compléments d'information sur les motifs, restés sans suite ;

- la décision de rejet méconnaît l'article 80 I-1° du code des marchés publics qui impose, dès le courrier d'éviction, de notifier le nom de l'attributaire et les motifs précis qui ont conduit au choix de son offre ; tel n'a pas été le cas en l'espèce ;

- le groupement de commandes a méconnu l'article 50 du code des marchés publics selon lequel les documents de la consultation doivent mentionner les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation ; cette mention est obligatoire, et son omission, qui porte atteinte au principe d'égalité des candidats est sanctionnée par l'annulation de la procédure ; cette exigence n'est pas remplie en l'espèce, aucune exigence minimale n'étant mentionnée ;

- la procédure a violé le principe de transparence en raison de l'imprécision entourant les critères de sélection des offres dans les documents de la consultation ; les juridictions sont notamment très vigilantes en ce qui concerne la valeur technique ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 10 septembre 2013, présenté par le centre hospitalier de la Basse-Terre, représenté par sa directrice et tendant au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la requérante une somme de 1.000 euros en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Le centre hospitalier de la Basse-Terre soutient que :

- l'avis de publicité a été publié au JOUE le 13 avril 2013 et au BOAMP à la même date ; 4 plis ont été réceptionnés et l'analyse technique a été présentée à la commission des choix, composée des membres du groupement, le 12 juin 2013 ; après classement des offres sur la base du rapport technique détaillé, la société tecmed a été retenue pour le lot litigieux, et un procès verbal a été établi ; les candidats non retenus ont été informés du rejet de leur offre par voie électronique, le 17 juin 2013, à l'adresse mel qu'ils avaient communiquée et le délai de suspension de 11 jours alors applicable a bien été respecté ;

- les marchés ont été notifiés le 2 juillet 2013, et la procédure précontractuelle est donc irrecevable ;

- la procédure de l'article 80 a été respectée, et les motifs plus détaillés ont été adressés à la société requérante le 9 septembre 2013 ; le CHBT avait décidé, avec les autres membres du groupement, que si une entreprise proposait une variante, les autres candidats en seraient informés, dans un souci de transparence, ce qui n'a pas été fait, aucune entreprise n'ayant proposé de variante ; le critère valeur technique a été détaillé lors de l'analyse des offres, mais le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu de l'énoncer préalablement ;

Vu le nouveau mémoire enregistré le 16 septembre 2013 présenté par la société e compagnie, qui saisit désormais le juge des référés contractuels d'une requête tendant à l'annulation du marché en cause, par les mêmes moyens que précédemment, et en outre que :

- la décision a été envoyée à la mauvaise adresse e-compagnie-guadeloupe@groupeseen.com au lieu de e-compagnie.guadeloupe@groupeseen.com ; la non communication des motifs avant le 9 septembre 2013 a empêché le délai de standstill de courir, et le référé contractuel est donc recevable ; de même, elle n'a reçu aucune décision d'éviction avant le 20 août 2013, sinon, elle ne se serait pas inquiétée de n'avoir rien reçu ;

- la lecture de l'analyse des offres révèle une violation du principe de transparence : le pouvoir adjudicateur a, en effet, utilisé des sous-critères pondérés en ce qui concerne la valeur technique de l'offre et la pertinence de l'organisation sans en informer préalablement les candidats ; la lésion de la requérante est évidente puisqu'ayant obtenu la meilleure note sur le prix, elle est évincée en raison de ses notes moins bonnes obtenues sur deux critères irréguliers ;

- la méthode d'évaluation appliquée est incorrecte ; la différence de prix constatée n'est pas correctement traduite par la différence de notes ; le pouvoir adjudicateur a introduit une note « performance » qui introduit un nouveau critère ;

- la décision est entachée d'incompétence :

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu le code des marchés publics ;

Les parties ayant été régulièrement convoquées à l'audience ;

Après avoir entendu à l'audience publique du 23 septembre 2013, Mme Favier, présidente, en son rapport, le directeur de la société e-compagnie et Mmes Jhighai et Létang, représentant le centre hospitalier de la Basse-Terre, en leurs observations ;

1. Considérant que la société E Compagnie demande l'annulation de la procédure de publicité et mise en concurrence engagée par le groupement de commandes de prestations de service des établissements sanitaires de Guadeloupe en ce qui concerne le lot n° 1 collecte des déchets d'activités de soins à risques infectieux (DASRI) ;

- Sur les conclusions tendant à la production des motifs de la décision de rejet de l'offre de la société e-compagnie :

2. Considérant que lors de la production de son mémoire en défense, le centre hospitalier de la Basse-Terre a produit les éléments relatifs à l'analyse des offres, permettant de connaître les raisons pour lesquelles l'offre de la société E compagnie avait été écartée au profit de la société tecmed ; que par suite, les conclusions tendant à la communication de ces motifs sont devenues sans objet ;

- Sur les conclusions présentées au titre de l'article L.551-1 du code de justice administrative :

3. Considérant qu'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, ou la délégation d'un service public. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. » ;

4. Considérant qu'il ressort des pièces produites le 10 septembre 2013 par le centre hospitalier de Basse Terre, coordonnateur du groupement de commandes, que le marché litigieux a été conclu le 28 juin 2013 avec la société tecmed, au demeurant également attributaire des lots n° 2 et n° 3 ; que le recours introduit le 29 août 2013 par la société requérante l'a donc été après la conclusion du contrat ; que par suite, les conclusions formées sur le fondement des dispositions précitées de l'article L.551-1 du code de justice administrative n'étaient pas recevables à la date d'introduction de la requête en référé ; que toutefois, informée en cours d'instance de la date de signature du contrat litigieux, la société requérante a présenté de nouvelles conclusions sur le fondement des articles L.551-13 et suivants du code de justice administrative ;

- Sur les conclusions présentées au titre de l'article L.551-13 du code de justice administrative :

- En ce qui concerne la recevabilité des conclusions :

5. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative :
« Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section » ; qu'aux termes de l'article L. 551-14 de ce code : *« Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours » ;*

6. Considérant qu'aux termes du 1° du I de l'article 80 du code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret du 27 novembre 2009 pris pour l'introduction en droit interne de la directive du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics : *« Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée (...), le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet. / Cette notification*

précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature. / Un délai d'au moins seize jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue aux alinéas précédents et la date de conclusion du marché. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de la notification à l'ensemble des candidats intéressés. / La notification de l'attribution du marché ou de l'accord-cadre comporte l'indication de la durée du délai de suspension que le pouvoir adjudicateur s'impose, eu égard notamment au mode de transmission retenu. » ;

7. Considérant que les dispositions de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, qui prévoient que le recours contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours, n'ont pas pour effet de rendre irrecevable un recours contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement présenté un recours précontractuel alors qu'il était dans l'ignorance du rejet de son offre et de la signature du marché par suite d'un manquement du pouvoir adjudicateur au respect des dispositions de l'article 80 du code des marchés publics qui prévoient l'obligation de notifier aux candidats le rejet de leurs offres et fixe un délai minimum de seize jours, réduit à onze jours dans le cas d'une transmission électronique, entre la date d'envoi de cette notification et la conclusion du marché ; que les dispositions de l'article L.551-14 du code de justice administrative ne sauraient non plus avoir pour effet de rendre irrecevable le recours contractuel du concurrent évincé ayant antérieurement présenté un recours précontractuel qui, bien qu'informé du rejet de son offre par le pouvoir adjudicateur, ne l'a pas été, contrairement à ce qu'exige le dernier alinéa du 1° du I de l'article 80 du code des marchés publics, du délai de suspension que ce dernier s'imposait entre la date d'envoi de la notification du rejet de l'offre et la conclusion du marché ;

8. Considérant que le centre hospitalier de la Basse-Terre affirme avoir adressé par courrier électronique le 17 juin 2013 à l'adresse e-compagnie-guadeloupe@groupeeseen.com un message libellé « objet : AOO 2013/01/S – collecte et traitement de DASRI, cytotoxiques et médicaments non utilisés », rédigé comme suit « Bonjour, cet e-mail concerne la procédure référencée AOO 2013/01/S – collecte et traitement de DASRI, cytotoxiques et médicaments non utilisés. Bonne réception », et signé de la responsable du service achats ; que la société requérante affirme ne pas avoir reçu ce courrier électronique, dont la copie produite au dossier par le centre hospitalier de la Basse-Terre ne fait apparaître aucune preuve de réception ou de suivi ; qu'en outre, cette copie ne fait pas non plus apparaître l'existence d'une pièce jointe ; que si le centre hospitalier affirme en défense que figurait toutefois en fichier joint la décision de rejet de l'offre de la société e-compagnie, mentionnant le délai de suspension de 11 jours au cas de communication électronique, aucune pièce du dossier ne permet d'attester de la notification de ce document ; que notamment, le document produit le 24 septembre 2013 après l'audience à la demande du juge des référés, et comprenant une « copie écran » du message que le centre hospitalier affirme avoir envoyé, s'il fait apparaître la présence d'un fichier joint intitulé E-COMPAGNIE.pdf, ne saurait constituer la preuve de l'envoi de ce fichier, dès lors qu'il ne s'agit pas du message d'origine du 17 juin 2013 mais d'un transfert opéré le 9 septembre 2013 et que le contenu du fichier n'apparaît pas dans le corps du message ; qu'ainsi, le centre hospitalier de la Basse-Terre ne saurait être regardé comme ayant adressé à la société dont il rejetait l'offre un courrier mentionnant l'existence de cette décision de rejet et le délai de suspension qu'il s'imposait avant la conclusion du marché ; qu'en conséquence, les dispositions de l'article L. 551-4 ne faisaient pas obstacle à ce que la société e-compagnie forme un référé contractuel, lequel, même présenté à la suite d'un référé précontractuel irrecevable, est lui-même recevable ;

- en ce qui concerne l'application de l'article L.551-18 du code de justice administrative :

9. Considérant qu'aux termes du troisième alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative : « *Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat.* » ;

10. Considérant, d'une part, qu'ainsi qu'il a été dit au point 8, la société e-compagnie n'a pas reçu la notification d'une décision de rejet de son offre, ni les indications relatives au délai de suspension que le groupement de commandes s'imposait avant la conclusion du contrat relatif au lot n° 1 ; que, dès lors que ce délai n'a pu courir à son encontre et qu'ainsi, la signature du contrat le 28 juin 2013 est intervenue avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre, au sens de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ; que l'absence d'indication de ce délai a privé la société requérante, qui était de ce fait dans l'ignorance de la date de signature du contrat, de son droit d'exercer utilement un recours en référé précontractuel à l'encontre du marché en cause ;

11. Considérant, d'autre part, qu'aux termes qu'aux termes de l'article 53 du code des marchés publics : « *I. Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : /1°) Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché (...)/ II. Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération (...)/ Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation (...)* » ; que ces dispositions imposent au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats des critères de sélection des offres ainsi que de leur pondération ou hiérarchisation ; que si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection ;

12. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le règlement particulier de la consultation lancée par le groupement de commandes de prestations de service des établissements sanitaires de Guadeloupe prévoyait l'application de trois critères pondérés pour le jugement des offres, à savoir, le coût, noté sur 50, la valeur technique, notée sur 30, et la

pertinence de l'organisation proposée pour les collectes, notée sur 20 ; que pour le jugement des offres, l'analyse a consisté à attribuer, s'agissant de la valeur technique, une note sur 15 pour les moyens humains et la formation des personnels, une note sur 10 pour les moyens matériels, et une note sur 5 pour la traçabilité ; que s'agissant de la pertinence de l'organisation des collectes, les simulations présentées ont été notées sur 7, les mesures prises pour la continuité du service et les impondérables sur 7, et les plans environnementaux sur 6 ; que ces différents éléments d'appréciation, qui, au demeurant, ne correspondent pas tous à des prescriptions édictées dans les documents de la consultation, constituent en réalité, non une méthode de notation, mais des sous-critères pondérés, qui auraient dû préalablement être portés à la connaissance des candidats, lesquels auraient pu présenter différemment leur offre s'ils avaient connu les points particuliers qui revêtaient de l'importance pour le pouvoir adjudicateur ; qu'ainsi, en n'informant pas les candidats de l'existence de ces sous-critères, le groupement de commandés de prestations de services des établissements sanitaires de Guadeloupe a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu'eu égard à la circonstance que la société e-compagnie avait présenté une meilleure offre de prix que l'attributaire du lot n° 1 querellé, et que la décision de rejet de son offre repose sur l'attribution de notes moindres en ce qui concerne les deux autres critères, le manquement relevé a nécessairement affecté ses chances d'obtenir le marché ; que dans ces conditions, aucune raison impérieuse d'intérêt général telle que prévue à l'article L.551-19 du code de justice administrative ne s'y opposant, il y a lieu d'annuler le marché relatif au lot n° 1 du marché de collecte et traitement des déchets infectieux, cytotoxiques et médicaments non utilisés passé entre le groupement de commandes de prestations de services des établissements sanitaires de Guadeloupe et la société tecmed ;

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

13. Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mis à la charge de la société e-compagnie, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, le versement d'une somme au titre des frais exposés par le centre hospitalier de la Basse-Terre et non compris dans les dépens ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de cet établissement, la somme que demande la société requérante au même titre ;

O R D O N N E

Article 1^{er} : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions de la société e-compagnie tendant à la communication par le centre hospitalier de la Basse-Terre des motifs du rejet de l'offre qu'elle avait présentée en vue d'obtenir le lot n° 1 du marché de collecte et de traitement des déchets médicaux passé entre groupement de commandes de prestations de service des établissements sanitaires de Guadeloupe.

Article 2 : Le marché relatif au lot n° 1 - collecte des déchets d'activités de soins à risques infectieux (DASRI) - du marché de collecte et de traitement des déchets médicaux passé entre groupement de commandes de prestations de service des établissements sanitaires de Guadeloupe et la société tecmed est annulé.

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


Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE E COMPAGNIE et au centre hospitalier de la Basse-Terre, mandataire du groupement de commandes de prestations de service des établissements sanitaires de Guadeloupe, et à la société tecmed.

La présidente,



S. FAVIER

La greffière,



A. CETOL

La République mande et ordonne au préfet de la Guadeloupe en ce qui le concerne et 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
La Greffière en Chef



Jenny TAREAU