

TA33
Tribunal Administratif de Bordeaux
2306610
2024-01-08
SMOLINSKA
Décision
Plein contentieux
D
Rejet

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 1er décembre 2023, la SAS Franklab, représentée par Me Dokhan, demande au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ;

1°) d'ordonner au centre hospitalier Agen-Nérac (CH Agen-Nérac) de lui communiquer, d'une part, les notes globales obtenues par les entreprises ayant présenté une offre sur le lot 59 ainsi que pour chacun des critères et sous-critères et, d'autre part, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue pour ce même lot ;

2°) d'annuler la décision du 22 novembre 2023 par laquelle le centre hospitalier Agen Nérac a rejeté son offre sur le lot 59, ainsi que la procédure de passation du lot 59 au stade de l'analyse des offres ;

3°) de mettre à la charge du centre hospitalier d'Agen-Nérac la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société Franklab soutient que :

- le contrat n'a pas encore été conclu mais pourrait être signé à compter du 3 décembre 2023 ;
- dès lors que l'entreprise attributaire ne pouvait obtenir la note maximale (100/100) sur le critère n°2 de la " Valeur technique des produits ", la société requérante aurait dû être classée en première position et emporter le lot n°59 ;
- la motivation de la décision de rejet est insuffisante et méconnaît les articles R. 2181-3 et 4 du code de la commande publique ; le courrier du 22 novembre 2023 se borne à mentionner le nom de l'attributaire, les notes attribuées pour chacun des quatre critères d'évaluation et le classement opéré ; elle ne comporte pas l'indication des notes attribuées à chaque sous-critère pondéré et ne comporte pas d'information sur les " caractéristiques et avantages " de l'offre de la société attributaire ;
- le pouvoir adjudicateur a porté atteinte au principe d'allotissement en méconnaissance de l'article L. 2113-10 du code de la commande publique ; le lot n°59 concerne trois besoins différents susceptibles d'être satisfaits par trois opérateurs économiques distincts ; l'absence d'allotissement n'est pas justifiée et ne relève pas des dérogations de l'article L. 2113-11 du code de la commande publique ; elle impose au candidat de présenter une offre pour les trois produits et, en l'espèce, a favorisé la société attributaire ;
- l'offre du Laboratoire Anios est irrégulière au sens des articles L. 2152-1 et 2 du code de la commande publique ; ainsi, le désinfectant par immersion proposé par la société attributaire ne répond pas sur l'activité sporicide, à la norme NF EN 17126 active sur les souches Bacillus subtilis et Bacillus cereus ;

Par un courrier, enregistré le 8 décembre 2023, le centre hospitalier Agen-Nérac, représenté par Me Smolinska, informe le tribunal qu'il a fourni à la société requérante, par lettre recommandée contre accusé de réception du 7 décembre 2023, les informations complémentaires demandées le 27 novembre 2023 concernant les motifs de rejet de son offre en application de l'article R. 2181-4 du code de la commande, dans le respect du cadre légal et réglementaire.

Par un mémoire en défense enregistré le 17 décembre 2023, le centre hospitalier Agen-Nérac, représenté par Me Smolinska conclut, à titre principal, à l'irrecevabilité de la requête, et à titre subsidiaire, au rejet de la requête, et à ce que soit mise à la charge de la SAS Franklab une somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il fait valoir que :

-la société Franklab ne démontre pas l'existence d'un intérêt pour agir en se bornant à affirmer que ses intérêts sont lésés ;

-l'insuffisance de motivation de la décision de rejet de l'offre d'un candidat ne peut fonder l'annulation de la procédure ; en tout état de cause, le manquement n'est pas caractérisé ; le centre hospitalier a porté à la connaissance de la société requérante une information suffisante tant dans le cadre du rejet de son offre que dans le cadre de sa demande d'information complémentaire ; l'information donnée est conforme aux exigences des articles R. 2181-1 et R. 2128-3 du code de la commande publique ;

- l'article L. 2113-10 du code de la commande publique instaure une obligation d'allotissement des marchés dont l'objet permet l'identification de prestations distinctes tout en laissant la liberté de l'acheteur pour déterminer le nombre, la taille et l'objet des lots ; en l'espèce le centre hospitalier a bien alloté le marché : l'accord cadre comporte 67 lots ; le moyen est par ailleurs inopérant dès lors que la société requérante a été en mesure de présenter une offre pour l'ensemble des prestations, objet du lot n°59 ; elle ne démontre donc pas d'intérêt lésé par les modalités de l'allotissement retenues par l'acheteur ;

- l'offre du Laboratoire ANIOS est parfaitement régulière ; la société requérante ne démontre pas en quoi elle serait contraire aux exigences du règlement de consultation ; en toute hypothèse, la fiche technique du produit, jointe au dossier de candidature, indique expressément satisfaire aux exigences de la norme NF EN 17126 en étant sporicide contre le Clostridium difficile et Bacillus subtilis ;

- l'offre de la société Franklab sur le lot n°59 est elle-même irrégulière ; elle ne précise pas, sur les sous-lots 4 et 5 le pH après dilution (et pas seulement de la solution concentrée), caractéristique exigée pour la détergence du matériel endoscopique ; l'offre de la société requérante étant irrégulière, cette dernière ne peut donc se prévaloir des prétendus manquements tirés du défaut d'allotissement ou de la violation du principe de transparence des procédures de marché public ; Par un mémoire en réplique, enregistré le 19 décembre 2023, la société Franklab conclut aux mêmes fins et par les mêmes moyens que sa requête ; elle déclare abandonner le moyen tiré de l'insuffisance de motivation de la décision de rejet de son offre ;

Par un mémoire en défense, enregistré le 20 décembre 2023, le centre hospitalier d'Agen-Nérac maintient ses conclusions et ses écritures en défense ; elle ajoute que les 6 produits du lot n°59 forment une " unité fonctionnelle " non susceptible de faire l'objet d'un allotissement ; elle produit les rapports et certificats de conformité du produit " Anios Oxy'zime ", qui montrent l'activité sporicide de ce désinfectant sur la souche Clostridium difficile, sur la souche Bacillus subtilis et sur la souche Bacillus cereus,

Vu les pièces attestant que la requête a bien été adressée à la société attributaire, le laboratoire Anios ;

Vu :

- les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;

- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a désigné M. Vaquero, premier conseiller pour statuer sur les demandes de référé.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Au cours de l'audience publique du mercredi 20 décembre 2023 à 14h30, ont été entendus, en présence de Mme Gioffré, greffière :

- le rapport de M. Vaquero, juge des référés ;

- les observations de Me Dokhan, représentant la SAS Franklab, qui développe les moyens exposés dans les écritures de cette société ; il confirme abandonner le moyen tiré de l'insuffisance de motivation de la décision de rejet, les réponses attendues ayant été apportées par le centre hospitalier dans le délai de quinze jours ; il réaffirme que l'offre de la société attributaire est irrégulière dès lors que celle-ci n'a pas démontré que le produit proposé était également efficace sur le bacillus cereus comme l'exige pourtant la norme NF EN 17126 ; à tout le moins, la preuve contraire n'est pas rapportée ; l'offre de la SAS Franklab est parfaitement régulière : il précise que le pH de son produit est neutre, que ce soit en solution concentrée ou diluée ; le produit retenu dans l'offre Anios n'est pas plus précis ;

- les observations de Me Smolinska, pour le centre hospitalier Agen-Nérac, qui reprend les moyens invoqués en défense ; elle ajoute que le lot 59 porte sur la désinfection d'outils chirurgicaux, notamment endoscopiques, alors que les autres lots concernent d'autres types d'outils

ou d'instruments ; elle affirme que le centre hospitalier a bien reçu les résultats des tests d'essai des produits du laboratoire Anios qui montrent que son produit détergent est efficace sur la souche bacillus cereus ; ces tests sont toutefois confidentiels ;

Le laboratoire Anios n'étant ni présent ni représenté ;

La parole a été donnée en dernier lieu aux défendeurs et la clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience, à 15h30.

Une note en délibéré a été enregistrée le 21 décembre 2023 pour la SAS Franklab et n'a pas été communiquée ;

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis de marché publié au BOAMP du 3 juin 2023, le centre hospitalier d'Agen-Nérac, pouvoir adjudicateur, agissant en vertu d'un mandat donné par le Groupement de Coopération Sanitaire (GCS) de Nouvelle Aquitaine, a rendu publique une consultation relative à un marché de fourniture de produits à usage unique, d'articles d'incontinence, de produits d'hygiène des locaux, d'hygiène des cuisines et de produits désinfectants et détergents de dispositifs médicaux. La date limite de réception des offres a été fixée au 17 juillet 2023 puis différée au 2 août 2023. La SAS Franklab a présenté une offre pour le lot n°59 relatif à l'entretien des instruments à usage hospitalier, le lot n°65 relatif à un détergent désinfectant surfaces et dispositifs médicaux non critiques, et le lot n°67 relatif aux lingettes détergentes et lingettes désinfectantes pour les sondes d'échographies endocavitaires. Par lettre recommandée du 22 novembre 2023, le centre hospitalier d'Agen-Nérac a informé la SAS Franklab du rejet de son offre relative à l'attribution des lots n°59, 65 et 67 dans les conditions suivantes : lot n°59 attribué au Laboratoire ANIOS avec 82.08 /100 contre 72.50 pour la requérante placée en deuxième position, lot n°65 attribué au Laboratoire ANIOS avec 88.88/100 contre 83.92 pour la requérante, lot n°67 déclaré infructueux. Le 27 novembre 2023, la société Franklab a sollicité la communication des informations complémentaires concernant l'offre du laboratoire Anios sur le lot n° 59 " entretien des instruments à usage hospitalier ". Par la présente requête, la société Franklab demande au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la décision du 22 novembre 2023 et la passation du marché d'attribution du lot n°59.

Sur les conclusions à fin de communication des motifs de la décision de rejet :

2. Il résulte tant de son mémoire en date du 19 décembre 2023 que des déclarations de son conseil à l'audience que la SAS Franklab a abandonné expressément le moyen tiré de l'insuffisante motivation de la décision de rejet de son offre et du choix de l'offre de la société attributaire ainsi que ses conclusions tendant à ordonner au centre hospitalier Agen-Nérac (CH Agen-Nérac) de lui communiquer, d'une part, les notes globales obtenues par les entreprises ayant présenté une offre sur le lot 59 ainsi que pour chacun des critères et sous-critères et, d'autre part, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue pour ce même lot.

Sur les conclusions aux fins d'annulation :

3. 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 ". Aux termes de l'article L. 551-2 du même code : " 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 ".

4. 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 en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats.

En ce qui concerne la régularité de l'offre du laboratoire Anios :

5. Aux termes de l'article L. 2152-1 du code de la commande publique : " L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées " et aux termes de l'article L. 2152-2 du même code : " Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale " .

6. La SAS Franklab soutient que l'offre de la société attributaire est irrégulière et aurait dû être écartée par le pouvoir adjudicateur. Elle affirme que le désinfectant par immersion proposé par le laboratoire ANIOS ne répond pas, sur l'activité sporicide, à la norme NF EN 17126 active sur les souches *Bacillus subtilis* et *Bacillus cereus*.

7. Il résulte du cahier des clauses techniques particulières, s'agissant du lot 59, que le désinfectant par immersion des dispositifs médicaux thermosensibles et du matériel d'endoscopie à base d'acide peracétique doit être conforme aux normes AFNOR, en particulier par la prise en compte de la norme NF EN 17126 *Clostridium difficile* R027, *Bacillus subtilis* et *Bacillus cereus*.

8. En l'espèce, il ressort des rapports et certificats de conformité du produit proposé par le laboratoire ANIOS, dénommé " Anios Oxy'zime ", que l'activité sporicide de ce désinfectant a été testé sur la souche *Clostridium difficile*, sur la souche *Bacillus subtilis* et sur la souche *Bacillus cereus*, ces trois souches étant celles visées par le cahier des clauses techniques particulières. Il en résulte que ce produit remplit les exigences de la norme NF EN 17126. La circonstance que ces certificats et rapports comportent l'occultation partielle de données confidentielles et protégées par le secret des affaires n'est pas de nature à remettre en cause leurs conclusions. Par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que l'offre de la société attributaire serait irrégulière et qu'elle aurait dû être écartée pour ce motif.

En ce qui concerne l'absence d'allotissement du lot n°59 :

9. Pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères. Il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné.

10. Aux termes de l'article L. 2113-10 du code de la commande publique : " Les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. / L'acheteur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots. / Il peut limiter le nombre de lots pour lesquels un même opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique ". Aux termes de l'article L. 2113-11 du même code : " L'acheteur peut décider de ne pas allouer un marché dans l'un des cas suivants : 1° Il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ; 2° La dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations. / Lorsqu'un acheteur décide de ne pas allouer le marché, il motive son choix en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision " .

11. Lorsqu'un marché public a été alloué, le juge ne peut relever un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence du fait de la définition du nombre et de la consistance des lots que si celle-ci est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, compte tenu de la liberté de choix dont le pouvoir adjudicateur dispose en ce domaine.

12. Il résulte de la lecture de l'accord-cadre que le lot 59, au titre duquel la société Franklab a présenté une offre, a, selon le cahier des clauses techniques particulières, pour objet " l'entretien des instruments à usage hospitalier ", et concerne la livraison de " détergents/désinfectants pour la pré-désinfection de bas niveau par immersion des dispositifs médicaux et chirurgicaux ", la " détergence du matériel d'endoscopie " et la " désinfection à froid des instruments thermosensibles et du matériel d'endoscopie ". La société requérante soutient que " rien ne justifie que les 6 produits composant le lot n°59 ne pouvaient faire l'objet de lots distincts " et que " les lots regroupent les différents conditionnements d'un produit ou bien des produits ayant la même fonction ". Il résulte de l'instruction, d'une part, que si certains lots du marché sont mono-produits, d'autres portent sur une diversité de produits. Ce critère n'apparaît donc pas, en l'espèce, déterminant. Il en résulte d'autre part que le lot 59 présente une unité fonctionnelle dès lors que les 6 produits concernés ont pour même finalité l'entretien des instruments à usage hospitalier, c'est-à-dire des dispositifs médicaux et chirurgicaux. Par suite, la société requérante n'apparaît pas fondée à soutenir que le

centre hospitalier d'Agen-Nérac a commis une erreur manifeste d'appréciation en ne procédant pas à un allotissement du lot 59.

13. Il résulte de tout ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de répondre à la fin de non-recevoir opposée en défense ni d'examiner la régularité de l'offre de la société Franklab, les conclusions tendant à l'annulation de la décision du 22 novembre 2023 et de la procédure de passation du lot 59 doivent être rejetées.

Sur les conclusions relatives aux frais de l'instance :

14. 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 d'Agen-Nérac, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme dont la SAS Franklab demande le paiement au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. En revanche, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de cette société le versement d'une somme de 1 500 euros au centre hospitalier d'Agen-Nérac en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

ORDONNE :

Article 1er : La requête de la SAS Franklab est rejetée.

Article 2 : La SAS Franklab versera au centre hospitalier d'Agen-Nérac une somme de 1 500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SAS Franklab, au centre hospitalier d'Agen-Nérac et à la société du laboratoire Anios.

Fait à Bordeaux, le 8 janvier 2024.

Le juge des référés,

M. Vaquero La greffière,

C. Gioffré

La République mande et ordonne au ministre de la santé et de la prévention en ce qui le concerne, ou à tous commissaires 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 ordonnance.

Pour expédition conforme,

La greffière,