

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE CAEN**

JM

N° 2200136

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIÉTÉ ACTIVE MÉDICAL DISPOSABLE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Hervé Guillou
Président rapporteur

Le juge des référés

Audience du 2 février 2022
Décision du 4 février 2022

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés le 20 janvier et le 1^{er} février 2022, la société Active médical disposable, représentée par Me Bejot, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure de passation engagée par le Groupement d'achats des établissements sanitaires et sociaux Manche et Calvados pour l'attribution du lot n°1 du marché public de fourniture de produits d'incontinence et de textiles à usage unique ;

2°) de mettre à la charge du Groupement d'achats des établissements sanitaires et sociaux Manche et Calvados la somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le soumissionnaire évincé est en droit de soulever tout moyen se rapportant à la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence, indépendamment de leur impact sur la situation du requérant ;
- la méthode de notation est illégale ;
- deux critères ont été neutralisés.

Par un mémoire en défense, enregistré le 27 janvier 2022, le Groupement d'achats des établissements sanitaires et sociaux Manche et Calvados, représenté par Me Hourmant, conclut au rejet de la requête et demande au tribunal de mettre à la charge de la société requérante la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- les manquements allégués ne sont pas susceptibles de léser la société requérante ;
- les manquements allégués ne sont pas fondés.

Par un mémoire enregistré le 2 février 2022, les Laboratoires Paul Hartmann, représentés par Me Pinot, concluent au rejet de la requête, à titre subsidiaire à ce que la reprise de la procédure soit prononcée au stade de l'analyse des offres et demandent au tribunal de mettre à la charge de la société requérante la somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que les manquements allégués ne sont pas fondés.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative.

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

Au cours de l'audience publique tenue en présence de Mme Lapersonne, greffier d'audience, M. A... a lu son rapport et entendu :

- les observations de Me Blanchard, représentant la société Active médical disponible,
- les observations de Me Hourmant, représentant le Groupement d'achats des établissements sanitaires et sociaux Manche et Calvados et l'établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes,
- et les observations de Me Charron, représentant les laboratoires Paul Hartmann.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, (...) 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* ».

2. Les personnes habilitées à engager le recours prévu à l'article L. 551-1 en cas de manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué. Il appartient dès lors au juge du référé précontractuel de rechercher si l'entreprise 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 lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

3. D'une part, 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, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces critères. Il doit également porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation des 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.

4. D'autre part, la méthode de notation des offres ne peut être utilement contestée devant le juge du référé précontractuel qu'en cas d'erreur de droit ou de discrimination illégale.

5. Aux termes du règlement de consultation du marché dont la procédure de passation est en litige, le critère du prix est ainsi défini : « *Pondération 30 %. La pondération comprend le prix unitaire ainsi que les indications financières (voir annexe 1 du BPU – Logistique).* ». L'annexe 1 du bordereau de prix unitaires (BPU) invite les candidats à proposer des taux de remise, selon que la livraison est effectuée par demi-palette d'articles d'une seule et même référence, par palette entière avec carton d'articles d'une seule et même référence, par palette entière sans carton d'articles d'une seule et même référence ou selon le montant de la commande (entre 800 et 2 500 euros HT et supérieur à 2 500 euros HT), et pour les articles hors BPU, le taux de remise catalogue calculé sur le tarif public en pourcentage.

6. Il résulte de l'instruction que le pouvoir adjudicateur a distingué deux sous-critères : celui du prix unitaire, pondéré à 27 %, et celui des remises, pondéré à 3 %. La publication de ces sous-critères aurait exercé une influence sur la présentation de l'offre des différents candidats.

7. Pour ce qui concerne le sous-critère des remises, il résulte de l'instruction que les conditionnements des articles ne sont pas homogènes et qu'ainsi la comparaison des taux de remise proposés par les candidats en fonction de ces conditionnements ne sont pas comparables. De plus ce sous-critère a été évalué sans tenir compte du niveau des prix sur lesquels les remises étaient proposées, ce qui le prive de pertinence. En outre, si le Groupement d'achats des établissements sanitaires et sociaux Manche et Calvados fait valoir en défense que les taux de remise pour les articles inclus dans le BPU n'ont pas été pris en compte dans l'appréciation du mérite des offres, une telle circonstance révèle une modification en cours de procédure de passation de la méthode de notation, ce qui constitue un manquement aux règles de publicité.

8. Les manquements au principe de transparence des procédures analysés ci-dessus sont susceptibles d'avoir lésé la société requérante, qui a été classée en troisième position, eu égard à l'écart de points entre les trois premiers candidats, relativement faible au niveau de leur note globale.

9. Les vices entachant la procédure de passation ainsi relevés, qui ont eu nécessairement, eu égard à leur nature, une incidence sur l'élaboration et le jugement des offres financières de la société requérante et de la société attributaire, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête, impliquent l'annulation de la procédure de passation du lot n° 1 en litige dès le stade du lancement de la consultation.

10. Le Groupement d'achats des établissements sanitaires et sociaux Manche et Calvados versera la somme de 1 500 euros à la société Active médical disponible au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les conclusions présentées sur le même fondement par le Groupement d'achats des établissements sanitaires et sociaux Manche et Calvados et les Laboratoires Paul Hartmann sont rejetées.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La procédure de passation du lot n°1 du marché public de fourniture de produits d'incontinence et de textiles à usage unique engagée par le Groupement d'achats des établissements sanitaires et sociaux Manche et Calvados est annulée dès le stade du lancement de la consultation.

Article 2 : Le Groupement d'achats des établissements sanitaires et sociaux Manche et Calvados versera la somme de 1 500 euros à la société Active médical disponible au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions présentées par les Laboratoires Paul Hartmann et le Groupement d'achats des établissements sanitaires et sociaux Manche et Calvados sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Active médical disponible, au Groupement d'achats des établissements sanitaires et sociaux Manche et Calvados, à l'établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes et aux Laboratoires Paul Hartmann.

Fait à Caen, le 4 février 2022.

Le juge des référés,

Signé

H. A...