

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LIMOGES**

N° 1300628

**SOCIETE LE BUREAU EUROPEEN
D'ASSURANCE HOSPITALIERE**

**Mme Elisabeth Jayat
Président-rapporteur**

**M. Jean-Michel Debrion
Rapporteur public**

**Audience du 4 mai 2016
Lecture du 12 mai 2016**

**39-02-02-03
C+**

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Limoges

(2^{ème} chambre)

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 12 avril 2013 la société Le bureau européen d'assurance hospitalière (Beah), société par actions simplifiée, représentée par Me Thiriez, demande au tribunal :

1°) d'annuler le marché d'assurances conclu le 9 janvier 2013 entre le centre hospitalier de Brive-la-Gaillarde et la société Sham, concernant le lot n° 1 « responsabilité civile », avec effet différé, le temps pour l'établissement de relancer une procédure de publicité et de mise en concurrence et d'attribuer un nouveau marché ;

2°) subsidiairement de résilier ce contrat avec effet différé, le temps pour l'établissement de relancer une procédure de publicité et de mise en concurrence et d'attribuer un nouveau marché ;

3°) de prendre acte de sa réclamation à venir et de condamner le centre hospitalier de Brive-la-Gaillarde au paiement de la somme réclamée ;

4°) de mettre à la charge du centre hospitalier de Brive-la-Gaillarde le versement d'une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ainsi que d'une somme de 35 euros au titre de l'article R. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- sa requête est recevable, en application de la jurisprudence société Tropic travaux signalisation du Conseil d'Etat ; le marché a été signé le 9 janvier 2013 mais l'avis d'attribution n'a été publié au BOAMP que le 19 février 2013 de sorte que son recours, enregistré moins de deux mois après, n'est pas tardif ;

- le centre hospitalier s'est fondé pour attribuer le marché sur un sous-critère relatif à « l'expérience/connaissance du secteur et des contentieux » qui se rapporte aux capacités professionnelles des candidats et ne peut donc être pris en compte au stade de l'analyse des offres dans le cas d'un marché passé selon une procédure formalisée ; la réponse à ce moyen de l'ordonnance rendue en référé est entachée d'erreur de droit ; il s'agit d'un manquement aux obligations de mise en concurrence ;

- le centre hospitalier a méconnu les principes d'égalité de traitement des candidats et d'égal accès à la commande publique dans la mise en œuvre des sous-critères discriminatoires et a, par suite, violé l'article 53 du code des marchés publics ; s'agissant du sous-critère « méthode, outils et délais de gestion », il apparaît que le centre hospitalier a écarté sa candidature en raison de son caractère récent sur le marché de l'assurance responsabilité civile des centres hospitaliers en lui imputant arbitrairement un manque de recul et de visibilité quant à la gestion des dossiers concernés ; il s'agit d'un obstacle à l'accès des nouveaux entrants sur le marché ; le centre hospitalier a également tenu compte de la localisation géographique de la compagnie Amtrust pour lui imputer de manière arbitraire et non fondée des difficultés dans l'indemnisation rapide des sinistres ; elle assure cependant à ce jour quarante-trois centres hospitaliers ;

- le centre hospitalier a commis une erreur de droit ou une erreur manifeste d'appréciation génératrice d'une rupture d'égalité de traitement en lui attribuant les notes de 0,75 sur 2 au titre du critère « expérience/connaissance du secteur et des contentieux liés à l'objet du marché » et de 0,50 sur 5 au titre du critère « organisation mise en place pour assurer une gestion continue » ; il s'est fondé sur le caractère récent de la société alors que le candidat au marché n'est pas seulement la société Beah mais le groupement constitué avec la compagnie d'assurance Amtrust Underwriters International, qui porte et provisionne le risque technique, qui a été créée en 1998, qui compte plus de 100 salariés en Grande-Bretagne et 1 800 dans le monde, qui réalise un chiffre d'affaires de 816 millions de dollars et est notée A par l'agence de notation AM Best ; il ressortait de l'offre qu'Amtrust prend en charge la gestion des sinistres corporels ; l'offre du groupement dont elle était mandataire n'avait donc rien à envier à celle de la société Sham en termes de fiabilité des engagements pris ;

- ces irrégularités doivent entraîner l'annulation du marché sans qu'il soit porté une atteinte excessive à l'intérêt général eu égard à la durée du marché et aux modalités de résiliation fixées à l'article 2 du CCAP ; à tout le moins, le marché peut être résilié avec effet différé, le temps pour l'établissement de reprendre la procédure et d'attribuer un nouveau contrat ;

- elle avait une chance sérieuse d'emporter le marché dès lors que trois offres seulement ont été remises et que la sienne est arrivée en deuxième position avec seulement 0,33 point la séparant de celle de l'attributaire ; elle se réserve la possibilité de demander une indemnisation et d'adresser sur ce point une réclamation au pouvoir adjudicateur.

Par un mémoire en défense enregistré le 22 janvier 2014, le centre hospitalier de Brive-la-Gaillarde, représenté par Me Coupé, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mis à la charge de la société Beah le versement d'une somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- rien n'interdit au pouvoir adjudicateur, même dans une procédure d'appel d'offres, de prendre en compte les capacités professionnelles afférentes à la mise en œuvre d'une prestation

pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse ; les moyens affectés à l'exécution du marché sont en effet susceptibles d'être utilisés aux fins d'apprécier la valeur technique de l'offre ;

- il n'a pas été question en l'espèce d'une remise en cause de la capacité objective de la société à prendre en charge l'exécution du marché et donc de revenir sur l'appréciation portée quant à la capacité professionnelle de la société ; il n'y a donc pas eu discrimination injustifiée liée à l'implantation géographique de la requérante ou à son caractère récent dans le secteur ; il a seulement été porté une appréciation sur la fiabilité des engagements pris en l'état des enjeux considérés ; compte tenu des délais de procédure contentieuse qui peuvent en la matière atteindre huit ans, il n'est pas déraisonnable de considérer qu'une entreprise manque de recul et de visibilité dans le secteur lorsqu'elle intervient depuis moins de cinq ans dans ce secteur ; c'est d'ailleurs ce qu'a estimé le juge des référés ;

- la société requérante fait état des caractéristiques de la société Amtrust mais n'indique pas comment ces éléments auraient été intégrés à l'offre présentée ; il a été tenu compte de l'offre de l'ensemble du groupement ; aucune erreur n'a donc été commise.

Par un mémoire en défense enregistré le 6 février 2014, la Société hospitalière d'assurances mutuelles (Sham), représentée par Me Rayssac, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mis à la charge de la société Beah une somme de 1 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'expérience de l'assureur a une incidence directe sur la pérennité de son offre dès lors que, si les risques sont mal connus de l'assureur, l'opération d'assurance ne peut être équilibrée, ce qui augmente les risques d'une résiliation anticipée en application de l'article L. 113-4 du code des assurances ; l'expérience a également une influence directe sur l'exercice de la garantie défense-recours dès lors que la mise en œuvre de cette garantie suppose une certaine expérience et une connaissance du contentieux qui s'inscrit dans un cadre très particulier ; l'expérience a par ailleurs une influence directe sur l'incidence de la clause « direction de procès » en cas d'action en responsabilité civile engagée contre l'assuré ; l'expérience est donc un critère relatif à la valeur de l'offre ;

- la note attribuée au Beah ne résulte ni de sa nationalité ni de son implantation récente sur le marché français mais de son manque de recul quant à la gestion des contentieux majeurs ;

- le moyen relatif à l'appréciation portée sur les mérites respectifs de chaque candidat est inopérant dès lors qu'il n'appartient pas au juge des référés de se prononcer sur ce point ; le moyen est en tout état de cause non fondé ; il ressort en effet clairement de la lettre du 12 décembre 2012 que le pouvoir adjudicateur a évalué l'offre du groupement au regard de l'ensemble de ses membres ; le pouvoir adjudicateur a par ailleurs tenu compte, pour évaluer les offres, du risque de résiliation lié à la moindre efficacité économique du fait d'une moindre expérience et d'une moindre connaissance du secteur ; la note de 0,5 sur le critère « organisation mise en place pour assurer une gestion continue » est justifiée par l'allocation d'une équipe très restreinte de cinq personnes ; l'argumentation de la société, selon laquelle le pouvoir adjudicateur aurait dû prendre en compte les capacités potentielles du groupe reviendrait à apprécier les capacités des candidats, appréciation à laquelle la requérante reproche par ailleurs au centre hospitalier de s'être livré ; il s'agit d'une argumentation contradictoire qui démontre que le but de la société requérante est de refaire juger son offre par le tribunal, ce que la jurisprudence n'admet pas.

Par courrier du 12 février 2016, la société Beah a été mise en demeure de chiffrer ses conclusions indemnitaires dans un délai de quinze jours.

Par un mémoire enregistré le 20 février 2016, la société Beah, représentée par Me Thiriez, conclut aux mêmes fins que la requête et chiffre à la somme de 232 807 euros le montant de ses conclusions indemnitaires, augmentée des intérêts au taux légal à compter du 13 juin 2013.

Elle soutient les mêmes moyens que précédemment et ajoute que :

- son offre intégrait bien les caractéristiques de la compagnie d'assurance Amtrust ; les membres de l'équipe dédiée justifiaient d'expériences de plusieurs années ; la décision est donc bien entachée d'erreur manifeste d'appréciation ;
- son manque à gagner, qu'elle a déterminé avec l'appui d'un expert-comptable, s'élève à 232 807 euros correspondant à sa perte de marge brute sur les quatre années de durée du contrat ; elle a présenté une demande indemnitaire préalable en ce sens, notifiée le 13 juin 2013.

Par un mémoire enregistré le 16 mars 2016, le centre hospitalier de Brive-la-Gaillarde, représenté par Me Coupé, conclut aux mêmes fins que précédemment.

Il soutient les mêmes moyens que ceux précédemment exposés et ajoute que :

- aucune faute ne peut être retenue à son encontre ;
- en l'absence de tout élément comptable justifiant du montant de l'indemnité demandée, les conclusions indemnitaires de la société requérante doivent être rejetées ; au surplus, le montant mentionné par l'attestation de l'expert-comptable correspond à la marge brute et non à la marge nette ;
- rien ne permet de considérer que la société requérante a été privée d'une chance sérieuse d'emporter le marché dont la procédure d'attribution, selon elle, aurait dû faire l'objet d'un classement sans suite pour motif d'intérêt général.

Par un mémoire enregistré le 17 mars 2016, la société Sham, représentée par Me Rayssac, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société Beah une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient les mêmes moyens que ceux précédemment exposés et ajoute que :

- les conclusions indemnitaires de la société requérante sont irrecevables ; elles ont été chiffrées près de trois ans après le dépôt de la requête et plus de deux ans après la demande préalable ; ces conclusions ne sont motivées ni dans leur principe ni dans leur montant ;
- le contrat n'est entaché d'aucun vice ; aucune faute ne peut être retenue à la charge du pouvoir adjudicateur ;
- la société requérante ne peut justifier d'aucun préjudice dès lors qu'elle n'avait aucune chance sérieuse d'obtenir le marché ;
- en tout état de cause, la société ne justifie en rien du montant qu'elle réclame ; ce montant correspond à la marge brute alors que la jurisprudence retient la marge nette ;
- à supposer que des irrégularités soient retenues, la société requérante reconnaît qu'elles ne doivent pas conduire à l'annulation du marché mais seulement à sa résiliation avec effet différé.

Par un mémoire enregistré le 27 avril 2016, la société Beah conclut aux mêmes fins que par sa requête et ses précédents mémoires.

Elle soutient les mêmes moyens et ajoute que :

- elle justifie d'un calcul de son préjudice conforme à la jurisprudence ;
- en visant la perte de marge brute son expert-comptable a entendu viser la perte de marge avant impôt sur les sociétés ;
- l'évaluation des coûts directs d'activité à 21 % du chiffre d'affaires sur la base des comptes annuels 2011/2012 est corroborée par les éléments de sa comptabilité ainsi qu'en atteste son expert-comptable ;
- le chiffre d'affaires dont elle fait état correspond au chiffre d'affaires qu'elle aurait réalisé en sa qualité de courtier eu égard à la prime revenant à l'assureur, la société AM Trust ; en effet, dans l'offre de base sans franchise retenue par le centre hospitalier, la compagnie AM Trust a fixé sa prime nette, hors commission du courtier et hors taxes à 330 000 euros soit 359 700 euros taxes d'assurance responsabilité civile de 9 % comprise ; la prime proposée par le groupement conduit par elle étant de 433 409 euros toutes taxes comprises, le chiffre d'affaires qu'elle-même aurait réalisé indépendamment de celui de la compagnie d'assurances est donc de 73 709 euros par an, correspondant à la différence entre 433 409 et 359 700 euros, soit 294 836 euros sur quatre ans ; le montant de 294 692 euros, légèrement moindre, figurant dans l'attestation de son expert-comptable, est donc justifié.

Vu les autres pièces du dossier,

Vu :

- le code général des impôts ;
- le code des marchés publics ;
- le code de la santé publique ;
- le code de justice administrative.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Jayat,
- les conclusions de M. Debrion, rapporteur public,
- et les observations de Me Tuffroy, représentant Le bureau européen d'assurance hospitalière, de Me Pernice, représentant le centre hospitalier de Brive et de Me Lampin, substituant Me Rayssac, représentant la Société hospitalière d'assurances mutuelles.

1. Considérant que par un avis d'appel public à la concurrence publié le 16 juillet 2012, le centre hospitalier de Brive-la-Gaillarde a engagé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un marché d'assurances décomposé en six lots ; que le lot n° 1 « Responsabilité civile et risques annexes » a été attribué à la Société hospitalière d'assurances mutuelles (Sham) avec laquelle le marché correspondant a été passé le 9 janvier 2013 ; que l'avis d'attribution du

marché a été publié le 19 février 2013 ; que la société Le bureau européen d'assurance hospitalière (Beah), mandataire d'un groupement dont l'offre a été rejetée, ainsi qu'elle en a été informée par courrier du 30 novembre 2012, demande au tribunal d'annuler ou, subsidiairement, de résilier le contrat du 9 janvier 2013, avec effet différé, le temps pour le centre hospitalier de relancer une procédure de publicité et de mise en concurrence, de prendre acte de sa réclamation indemnitaire à venir et de condamner le centre hospitalier à lui verser la somme réclamée ;

Sur la validité du marché contesté :

2. Considérant qu'il résulte de l'instruction que les critères d'attribution du marché dont il s'agit étaient constitués par les conditions tarifaires, pondérées à 30 %, par la valeur technique de l'offre, pondérée à 30 %, soit 10 % à raison de chacun des sous-critères relatifs au respect des garanties demandées, au respect des montants des garanties et au respect des franchises demandées, et par la présentation du mémoire de gestion, pondérée à 40 %, soit 10 % à raison de chacun des sous-critères relatifs à la méthode, aux outils et aux délais de gestion, aux collaborateurs dédiés à la gestion, au réseau de partenaires et aux services associés ; que le groupement, auquel appartient la société requérante, dont l'offre a été classée en deuxième position après celle de la société Sham, a obtenu une note globale de 95,50 sur 100, tandis que la note globale de la société Sham était de 95,83, soit une différence de 0,33 point ; que les notes obtenues par la société Sham et par ce groupement étaient, respectivement, de 25,83 et 30 sur le critère du prix, de 30 et 30 sur le critère de la valeur technique et de 40 et 35,50 sur le critère du mémoire de gestion ; que, s'agissant de ce dernier critère, les deux candidats ont obtenu la même évaluation quant au sous-critère relatif au réseau de partenaires ; qu'en revanche, s'agissant des sous-critères relatifs à la méthode, aux outils et aux délais de gestion, d'une part, aux collaborateurs dédiés à la gestion, d'autre part, et aux services associés, de troisième part, la société Sham a obtenu l'évaluation maximale tandis que le groupement de la société Beah a obtenu, respectivement, 9,50, 6,25 et 9,75 ;

3. Considérant que la société Beah conteste l'appréciation portée sur les offres en soutenant, en premier lieu, que, pour apprécier les offres au regard du sous-critère relatif aux méthodes, aux outils et aux délais de gestion, le centre hospitalier a pris en compte l'expérience des candidats, ce qui constitue une violation des règles de la concurrence dans le cadre d'un marché passé selon une procédure formalisée, en deuxième lieu, que, pour apprécier les offres au regard de ce même sous-critère, l'établissement a pris en compte la nationalité de l'un des membres du groupement, ce qui constitue une discrimination et, en troisième lieu, que, s'agissant tant de ce même sous-critère que du sous-critère relatif aux collaborateurs dédiés à la gestion, le pouvoir adjudicateur a commis une erreur de droit ou une erreur manifeste d'appréciation en ne tenant pas compte de la taille et des moyens de l'un des membres du groupement ;

En ce qui concerne le moyen tiré de la prise en compte de l'expérience des candidats :

4. Considérant qu'aux termes de l'article 52 du code des marchés publics alors en vigueur : « I. (...) *Les candidats qui ne peuvent soumissionner à un marché en application des dispositions de l'article 43 ou qui, le cas échéant après mise en œuvre des dispositions du premier alinéa, produisent des dossiers de candidature ne comportant pas les pièces mentionnées aux articles 44 et 45 ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du marché. / Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions de l'alinéa précédent sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la*

concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées. / L'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats (...) » ; que l'article 53 du même code dispose que : « 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 de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ; 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix. 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 (...) III.-Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue (...) » ;

5. Considérant que les dispositions citées ci-dessus distinguent, notamment pour les marchés sur appel d'offres, la phase de sélection des candidatures à un marché public de la phase d'attribution du marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, après élimination, notamment, en application du III de l'article 53, des offres que leur teneur, incomplète, rend irrégulière ; que, si l'appréciation de l'expérience professionnelle du candidat, qui est relative à l'aptitude de ce candidat à exécuter le marché à attribuer, peut être utilisée pour sélectionner les candidatures, elle ne peut, en revanche, être utilisée pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse en fonction de l'objet du marché et de la nature des prestations à réaliser ;

6. Considérant qu'il résulte de l'instruction, et notamment du rapport d'analyse des offres et du courrier du 12 décembre 2012 adressé par le centre hospitalier au conseil de la société Beah, que, pour évaluer les offres au regard du sous-critère relatif aux méthodes, aux outils et aux délais de gestion, le pouvoir adjudicateur s'est fondé notamment sur l'expérience des candidats et sur leur connaissance du secteur et des contentieux liés à l'objet du marché et que, sur ce point, il a été relevé que le groupement dont la société Beah est mandataire était implanté récemment sur le marché français, depuis moins de cinq ans, et que, par conséquent, il manquait de recul et de visibilité quant à la gestion du contentieux ; que, si le centre hospitalier et la société Sham exposent en défense que l'expérience des candidats peut être déterminante dans la fiabilité de l'offre compte tenu des spécificités du secteur de l'assurance, l'appréciation qui a été ainsi portée par le pouvoir adjudicateur porte, non sur la valeur intrinsèque de l'offre, mais sur l'aptitude du candidat à exécuter le type de prestations qui fait l'objet du marché ; qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, l'appréciation de l'expérience ne pouvait être légalement utilisée que pour sélectionner les candidats aptes à exécuter le marché à attribuer et non pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse ; qu'ainsi, le marché est sur ce point entaché d'illégalité ;

En ce qui concerne le moyen tiré de la prise en compte de la nationalité de l'un des membres du groupement :

7. Considérant qu'il résulte de l'instruction, et notamment du courrier mentionné ci-dessus du 12 décembre 2012, que le pouvoir adjudicateur a retenu « la position » de la compagnie Amtrust, membre du groupement, pour douter de la rapidité d'indemnisation dans les dossiers à gérer et, par suite, pour minorer l'évaluation de l'offre au regard du sous-critère relatif aux méthodes, aux outils et aux délais de gestion ; que, selon la société Beah, en faisant référence à la position de la compagnie d'assurances Amtrust, qui est implantée à Dublin, le pouvoir adjudicateur s'est en réalité référé à la localisation géographique et à la nationalité de cette compagnie, ce qu'aucun élément de l'instruction ne contredit ; qu'en l'absence de tout élément permettant d'établir un lien entre la localisation et la nationalité de la compagnie Amtrust et la valeur de l'offre du groupement dont elle est membre au regard de l'objet du marché et de la nature des prestations attendues, le pouvoir adjudicateur doit être regardé comme ayant apprécié l'offre selon un critère discriminatoire ; que, pour ce motif, le marché est entaché d'illégalité ;

En ce qui concerne les moyens tirés de l'absence de prise en compte de la taille et des moyens de la compagnie Amtrust :

8. Considérant qu'il ne résulte d'aucun élément de l'instruction que le centre hospitalier de Brive-la-Gaillarde aurait omis, lors de l'appréciation des offres au regard des sous-critères relatifs aux méthodes, aux outils et aux délais de gestion et aux collaborateurs dédiés à la gestion, de tenir compte de la taille et des moyens de la compagnie Amtrust ; que la société Beah n'est par suite, pas fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur aurait commis une erreur de droit ; que, si la société requérante soutient que la compagnie d'assurances Amtrust a été créée en 1998, qu'elle compte plus de 100 salariés en Grande-Bretagne et 1800 dans le monde, qu'elle réalise un chiffre d'affaires de 816 millions de dollars, qu'elle est notée « A » par l'agence de notation AM Best et que les membres de l'équipe susceptible d'être dédiée à l'exécution du marché justifiaient d'expériences en matière de gestion de risques depuis vingt-huit ans, treize ans et quinze ans, ces éléments ne suffisent pas pour permettre d'estimer que l'appréciation du centre hospitalier serait entachée d'erreur manifeste ;

Sur les conclusions à fin d'annulation ou de résiliation du marché :

9. Considérant qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la différence entre la note globale obtenue par l'attributaire du marché soit 95,83 et celle obtenue par le groupement auquel appartient la société requérante, soit 95,50, s'établit à 0,33 point ; qu'en faisant abstraction de l'évaluation portant sur l'expérience et la connaissance du secteur et des contentieux liés à l'objet du marché, retenue au titre du sous-critère relatif aux méthodes, outils et délais de gestion, et entachée, comme il a été dit, d'illégalité, du fait de la prise en compte de l'expérience du candidat, de sa nationalité et de sa localisation géographique, le marché aurait pu être attribué au groupement dont la société requérante est mandataire, ce groupement ayant obtenu, sur cet item 1,50 sur 2 tandis que la société Sham a obtenu 2, soit une différence de 0,50 point ; que les illégalités mentionnées ci-dessus ont donc eu une incidence sur l'attribution du marché ; qu'il ne résulte toutefois pas de l'instruction que le centre hospitalier aurait eu la volonté de favoriser un candidat ; que, dans les circonstances de l'espèce, eu égard à la nature des vices relevés ci-dessus, à l'obligation pour le centre hospitalier de souscrire, en application de l'article L. 1142-2 du code de la santé publique, une assurance garantissant sa responsabilité civile, et au délai

nécessaire pour engager la procédure de passation d'un nouveau marché, il y a lieu non d'annuler le marché contesté, conclu pour une durée devant s'achever le 31 décembre 2016, ni d'en prononcer la résiliation, mais de décider la poursuite de son exécution ;

Sur les conclusions indemnitaires :

10. Considérant que la circonstance que la société requérante ait chiffré les conclusions indemnitaires près de trois ans après la présentation de la requête et plus de deux ans après la demande préalable est sans incidence sur la recevabilité de ces conclusions ; que, contrairement à ce que soutient la société Sham, la société Beah a exposé dans ses écritures le fondement juridique de ses conclusions indemnitaires ainsi que les éléments sur lesquels elle s'est appuyée pour en déterminer le montant ; que ces conclusions sont suffisamment motivées, conformément à l'article R. 411-1 du code de justice administrative ;

11. Considérant que, lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de la procédure d'attribution, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter le marché ; que dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; que dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ; qu'il appartient ensuite au juge de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché ; que, dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique ;

12. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus, notamment au point 9, que le groupement dont la société requérante est mandataire, qui a été classé deuxième, n'était pas dépourvu de toute chance de remporter le marché et qu'il avait des chances sérieuses de se voir attribuer ce marché ; que la société mandataire peut donc prétendre à l'indemnisation du manque à gagner ;

13. Considérant qu'il résulte de l'instruction que, pour déterminer son manque à gagner, la société Beah a fait établir par son expert-comptable la perte de chiffre d'affaires liée au marché en litige, évaluée à 294 692 euros sur la durée de quatre ans du marché, dont a été déduite une somme de 61 885 euros correspondant aux coûts directs d'activité évalués à 21 % du chiffre d'affaires, par référence au pourcentage global de coûts directs observé dans la comptabilité de la société pour l'exercice clos le 30 juin 2012 ; que l'attestation de l'expert-comptable produite par la société Beah mentionne que la « perte de marge brute » de 232 807 euros qui résulte de ce calcul correspond au bénéfice avant impôt sur les sociétés et charges de structure ; que la société Beah précise que la détermination du chiffre d'affaires dont elle fait état, d'ailleurs selon elle légèrement sous-évalué par l'expert-comptable, a été déterminée en déduisant la prime de l'assureur Amtrust du montant de l'offre de base du groupement ; qu'il n'est fait état dans les écritures en défense d'aucun élément permettant d'estimer que le montant de son préjudice tel qu'estimé par la société serait exagéré ; qu'il y a lieu, par suite, de fixer à la somme de 232 807 euros le montant de l'indemnité due à la société Beah ;

14. Considérant que la société Beah a droit aux intérêts au taux légal de la somme de 232 807 euros à compter, comme elle le demande, du 13 juin 2013 date de réception par le centre hospitalier défendeur de sa demande indemnitaire préalable ;

Sur l'application des articles L. 761-1 et R. 761-1 du code de justice administrative :

15. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge du centre hospitalier de Brive-la-Gaillarde une somme de 1 500 euros au titre des frais d'instance exposés par la société Beah et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mises à la charge de la société Beah, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, les sommes que demandent le centre hospitalier de Brive-la-Gaillarde et la société Sham sur le même fondement ;

16. Considérant qu'il y a lieu de mettre à la charge du centre hospitalier défendeur, en application de l'article R. 761-1 du code de justice administrative, la somme de 35 euros acquittée par la société Beah pour introduire l'instance, au titre de la contribution pour l'aide juridique prévue par l'article 1635 bis Q du code général des impôts alors en vigueur ;

DECIDE :

Article 1^{er} : L'exécution du marché conclu le 9 janvier 2013 entre le centre hospitalier de Brive-la-Gaillarde et la Société hospitalière d'assurances mutuelles peut se poursuivre.

Article 2 : Le centre hospitalier de Brive-la-Gaillarde est condamné à verser à la société Le bureau européen d'assurance hospitalière la somme de deux cent trente-deux mille huit cent sept euros (232 807 euros) en réparation du préjudice qu'elle a subi à la suite de son éviction du marché visé à l'article 1^{er} ci-dessus. Cette somme portera intérêts au taux légal à compter du 13 juin 2013.

Article 3 : Le centre hospitalier de Brive-la-Gaillarde versera à la société Le bureau européen d'assurance hospitalière la somme globale de mille cinq cent trente-cinq euros (1 535 euros) en application des articles L. 761-1 et R. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 5 : Les conclusions du centre hospitalier de Brive-la-Gaillarde et de la Société hospitalière d'assurances mutuelles tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : Le présent jugement sera notifié à la société Le bureau européen d'assurance hospitalière, au centre hospitalier de Brive-la-Gaillarde et à la Société hospitalière d'assurances mutuelles.

Délibéré après l'audience du 4 mai 2016 où siégeaient :

- Mme Jayat, président,
- M. Labouysse, premier conseiller,
- M. Girard, premier conseiller,

Lu en audience publique le 12 mai 2016

Le président-rapporteur,

Le 1^{er} assesseur,

E. JAYAT

D. LABOUYSSSE

Le greffier,

G. VIALARD

La République mande et ordonne
au préfet de la Corrèze 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 conforme
Pour Le Greffier en Chef
Le Greffier

G. VIALARD



