

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LYON**

N° 1602046

Société UNILIANS

Mme Marginean-Faure
Juge des référés

Audience du 6 avril 2016
Ordonnance du 11 avril 2016

39-08-015-01
C-BJ

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés,

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 17 mars 2016 et un mémoire enregistré le 5 avril 2016, la Selas Unilians représentée par Me Job, 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'annuler tout ou partie de la procédure d'appel offres lancée par la Maison de retraite départementale de la Loire en vue de la passation d'un marché ayant pour objet la réalisation de prestations de « *prélèvements, collectes, transports et analyses de biologie médicale* » ainsi que les décisions emportant attribution du marché à la société Novescia Loire et rejet de son offre ;

2°) d'enjoindre à la Maison de retraite départementale de la Loire de recommencer la procédure au stade de la réception des candidatures ou des offres, ou de relancer la procédure selon des modalités conformes aux principes et règles de publicité et de mise en concurrence applicables ;

3°) de condamner la Maison de retraite départementale de la Loire à lui verser la somme de 3 500 euros en application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient, dans le dernier état de ses écritures, que :

- le pouvoir adjudicateur a mis en œuvre des critères et pondérations non pertinents ou inapplicables, insusceptibles d'aboutir à l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse ;
 - *la pondération du prix à 30 % est manifestement excessive au regard du type de prestations à réaliser ; l'essentiel des prestations susceptibles d'être facturées donne lieu à l'application d'un tarif découlant de l'application NABM et s'imposant identiquement à tous les candidats, les autres prestations ne présentant qu'un caractère marginal ;
 - *la mise en œuvre d'un critère de « l'adéquation avec l'organisation actuelle » affecté d'un poids de 50 % est elle aussi constitutive d'un manquement aux règles de mise en concurrence ; ce critère n'est pas défini ; la pondération est excessive ; un tel critère est globalement inapplicable au regard des éléments justificatifs de l'offre demandés aux candidats ;

- le pouvoir adjudicateur a manqué aux règles de mise en concurrence en incitant les candidats à présenter des offres inacceptables et le cas échéant à attribuer le marché à un candidat ayant présenté une offre présentant ce caractère ;
- la procédure adaptée mise en œuvre par le pouvoir adjudicateur incitait clairement les candidats à lui soumettre un montant ou un taux de remise sur le prix B ; or les remises tarifaires notamment sur le prix B sont strictement interdites par l'article L. 6211-21 du code de la santé publique ; compte tenu de la différence de prix d'environ 25 000 euros qui existe entre son offre et celle de la société Novescia Loire, il ne peut être exclu que de façon directe ou déguisée, l'attributaire ait présenté une offre comportant des ristournes.
- le recours du pouvoir adjudicateur à une méthode de notation du critère de prix est susceptible de l'avoir lésée ; elle a soumis au pouvoir adjudicateur le prix le plus bas qui pouvait lui être proposé ;
- l'offre de l'attributaire encourt le même reproche, il ne pourra donc être fait droit à la demande de substitution de motif sauf à retenir concomitamment à l'encontre de la procédure litigieuse un manquement tiré de l'atteinte à l'égalité de traitement des candidats ; le défaut de renseignement du format du relevé mensuel dématérialisé n'est guère substantiel ; la société Novescia n'a pas renseigné la rubrique immédiatement antérieure ; il a été permis à Novescia Loire de compléter et de préciser son offre, ce qui n'a pas été fait pour elle ; l'égalité de traitement des candidats a été méconnue d'autant plus que des négociations ont été engagées avec la société Novescia ;
- l'offre de la société Novescia constitue une variante et devait être éliminée comme irrégulière ;
- l'offre de la société Novescia Loire a été dénaturée en ce qui concerne l'appréciation du critère de l'interopérabilité ;
- les règles de mise en concurrence ont été méconnues ; le pouvoir adjudicateur a méconnu l'obligation de mise en œuvre la procédure de l'article 55 du code des marchés publics à l'égard de l'offre de la société Novescia ;

Par un mémoire enregistré le 31 mars 2016, la Maison de retraite départementale de la Loire, représentée par Me Lalanne, conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société Unilians à lui verser la somme de 4 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'offre de la société Unilians était irrégulière au sens des dispositions de l'article 35 I 1° du code des marchés publics de sorte qu'elle ne saurait être lésée ou susceptible d'être lésée par des manquements se rapportant à une phase postérieure à l'analyse de la conformité des offres ; la société Unilians n'a pas renseigné la rubrique de l'annexe 1 « format du relevé mensuel dématérialisé » ;

- sur la pondération du critère prix : le dossier de consultation des entreprises autorisait les candidats à proposer librement un prix pour certaines prestations optionnelles et pour certaines prestations périphériques au prélèvement ; ces prestations optionnelles n'étaient nullement marginales ; la société Novescia a fait une offre de prix négatif pour ces prestations en compensation des prestations périphériques réalisées par la Maison de retraite départementale de la Loire ;

- sur le critère « adéquation avec l'organisation actuelle » ; ce critère était par nature suffisamment précis et intelligible en lui-même ; la société Unilians ne démontre ni l'existence d'un intérêt vraisemblable et encore moins certain ; elle a bien évalué la valeur intrinsèque des offres en prenant en compte la méthodologie proposée par chacun des deux candidats ; si le règlement de la

consultation n'exigeait pas en tant que telle la production d'un mémoire technique, une telle circonstance ne saurait constituer un manquement aux obligations de mise en concurrence ;

- sur la prétendue incitation des candidats à présenter des offres inacceptables ; il résulte des dispositions que les établissements publics de santé bénéficient d'une liberté de fixation des tarifs sur le prix B tandis que les laboratoires privés sont tenus d'appliquer les tarifs fixés par voie réglementaire sur le « prix du B ». C'est pour cette hypothèse que la possibilité de remise a été envisagée.

- sur la prétendue offre inacceptable de la société Novescia Loire ; la société Novescia a proposé une offre respectant scrupuleusement la réglementation en vigueur puisqu'elle applique exactement les tarifs réglementés prévus par la nomenclature des actes de biologie médicale. Elle a, en compensation des services apportés par l'établissement de soins, consenti au paiement d'un forfait pré-analytique de 6 euros par dossier ;

- sur la méthode de notation ; elle a utilisé une méthode très classique pour la notation du critère prix ; l'offre la mieux-disante s'est vue attribuer la note maximale soit 30/30 tandis que les autres offres ont obtenu une note strictement proportionnelle à l'écart de prix existant entre les candidats.

Par un mémoire enregistré le 5 avril 2016, la société Novescia Loire, représentée par Me Raymundie conclut au rejet de la requête et à la mise à la charge de la somme de 3 000 euros à la société Unilians en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- aucun des moyens invoqués par la société Unilians n'a été susceptible de la léser, en raison de l'irrégularité et du caractère inacceptable de son offre ; l'offre de la société Unilians prévoyait une remise contraire aux règles de tarification de l'article L. 6211-21 du code de la santé publique, auxquels les laboratoires ne peuvent déroger. La société Unilians n'a pas renseigné la rubrique concernant le format du relevé mensuel dématérialisé. Cet élément était nécessaire pour apprécier le critère lié à la facilité d'exploitation des relevés administratifs.

- son offre est parfaitement conforme à l'article L. 6211-21 du code de la santé publique ;
- aucune erreur n'a été commise par le pouvoir adjudicateur quant à la pondération du critère « prix des prestations » ;

Vu :

- le code des marchés publics ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné Mme Marginean-Faure, vice-présidente, pour statuer sur les demandes de référé.

Les parties ont été régulièrement averties de l'audience publique du 6 avril 2016, au cours de laquelle, après rapport de l'affaire, ont été entendus :

- Me Job pour la société Unilians,
- Me Lalanne pour la Maison de retraite départementale de la Loire,
- Me Raymundie pour la société Novescia Loire.

La clôture de l'instruction a été différée jusqu'au 7 avril 2016 à 17 heures.

Par un mémoire enregistré le 7 avril 2016 à 15h14, la Maison de retraite départementale de la Loire conclut aux mêmes fins que précédemment.

Par un mémoire enregistré le 7 avril 2016 à 16h49, la société Novescia maintient l'ensemble de ses précédentes conclusions.

Par un mémoire enregistré le 7 avril 2016 à 16h58, la société Unilians conclut aux mêmes fins que sa requête.

Considérant ce qui suit :

Sur les conclusions présentées au titre des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

1. 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* ». Aux termes de l'article L. 551-2 du même code : « *I.-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.* ». Selon l'article L. 551-10 du même code : « *Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué (...)* ». En vertu des dispositions précitées, 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 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 une entreprise concurrente.

2. Par un avis d'appel à concurrence du 14 janvier 2016, la Maison de retraite départementale de la Loire a engagé une procédure adaptée en vue de la passation d'un marché d'une durée d'un an renouvelable une fois, ayant pour objet des « *prélèvements, collectes, transports et analyses de biologie médicale* ». Le règlement de la consultation prévoit que le marché sera attribué au candidat présentant la meilleure offre au regard des critères suivants : « *Adéquation avec l'organisation actuelle, pondéré à 50 % -Prix des prestations, pondéré à 30 % - Interopérabilité, pondéré à 10 % et Facilité d'exploitation des relevés administratifs pondéré à 10 %* ». Par un courrier du 4 mars 2016, la société Unilians a été informée du rejet de son offre, classée en seconde position et de l'attribution du marché à la société Novescia Loire. La société Unilians demande l'annulation

de ladite procédure de passation.

3. Aux termes de l'article L. 6211-21 du code de la santé publique : « *Sous réserve des accords ou conventions susceptibles d'être passés avec des régimes ou des organismes d'assurance maladie ou des établissements de santé ou des groupements de coopération sanitaire (...) les examens de biologie médicale sont facturés au tarif de la nomenclature des actes de biologie médicale prise en application des articles L. 162-1-7 et L. 162-1-7-1 du code de la sécurité sociale* ». Il résulte de ces dispositions qu'en dehors des exceptions prévues par le code de la santé publique, la facturation des examens de biologie médicale ne sont susceptibles de donner lieu à aucune forme de remise de la part des entités en assurant l'exécution. Dès lors, lorsqu'un pouvoir adjudicateur organise une mise en concurrence afin d'attribuer un marché de prestations d'analyses médicales, le critère du prix des prestations prévues par la nomenclature des actes de biologie médicale est dépourvu de toute pertinence pour départager les offres.

4. Le marché en cause porte sur des prestations d'analyses soumises à la nomenclature, sur des prestations optionnelles (traitement des prélèvements environnementaux, récapitulatif d'analyses, participation à l'enquête d'incidence BMR et signalétique d'alerte sur les résultats bactériologiques) et sur des prestations dites « périphériques » énumérées uniquement dans le bordereau de prix unitaire à savoir la « *mise à disposition de locaux, facturation aux patients et prélèvements des dossiers urgents en dehors des jours d'intervention du laboratoire ...* ». L'article 9 du cahier des clauses particulières du marché prévoit que : « *Les prestations faisant l'objet du marché seront réglées par application des prix unitaires selon les stipulations de l'acte d'engagement. Le candidat indiquera dans le bordereau de prix unitaires l'ensemble des frais à savoir notamment, le prélèvement, les consommables, la collecte, le convoyage et le matériel de transport ainsi que l'analyse de biologie médicale, les frais informatiques et administratifs. Le candidat précisera la valeur du B au moment de l'établissement de son offre ainsi que le montant de la remise consentie (sur le prix du B et/ou sur des prestations « périphériques » au prélèvement) en fonction des volumes d'analyses mentionnés sur le tableau. Cette remise sera conservée sur toute la durée du marché. Les autres coûts compris dans le prix unitaire et forfaitaire par analyse resteront inchangés (main d'œuvre, transports, consommables).* ». Le bordereau de prix unitaire précise également que la remise peut concerner le prix B et également les prestations périphériques au prélèvement.

La société Novescia a chiffré les prestations de prélèvements et d'analyses conformément à la nomenclature, a consenti la mise en place d'un forfait pré-analytique de 6 euros par dossier en compensation des prestations dites périphériques, soit une « remise » de 18 000 euros. Par ailleurs elle a offert les prestations optionnelles. La société Unilians n'a pas accordé de remise, a chiffré les prestations de prélèvements et d'analyses conformément à la nomenclature et a également offert les prestations optionnelles.

5. Il résulte des pièces du dossier que les prestations d'analyses soumises à la nomenclature dont la facturation ne peut faire l'objet d'aucune forme de remise en application des dispositions précitées du code de la santé publique représentent la majeure partie du prix total dudit marché et ainsi leur prix s'impose aux candidats et au pouvoir adjudicateur. Dans ces conditions, le critère prix n'est pas pertinent pour départager les offres, sa pondération à hauteur de 30 % de la note finale est manifestement excessive et la possibilité de remise prévue sur le prix B est contraire aux dispositions légales ci-dessus sans que la Maison de retraite départementale de la Loire puisse se prévaloir d'une maladresse de rédaction ou d'avoir voulu réserver cette option aux candidats publics. De même, la société Unilians est fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur ne peut prévoir une

possibilité de remise sur des prestations périphériques non exigées et non définies par les documents du dossier de la consultation et énumérées uniquement dans le bordereau de prix unitaire de manière imprécise et non exhaustive.

6. Il résulte de ce qui précède que la pondération du critère-prix à hauteur de 30 % et les possibilités de remise prévues sur le prix B et/ ou les prestations « périphériques » sont de nature à affecter la régularité de la passation du marché.

7. Aux termes de l'article 35 du code des marchés publics : « 1° une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. ». La Maison de retraite départementale de la Loire soutient que l'offre de la société Unilians est irrégulière en ce qu'elle ne mentionne pas dans l'annexe 2 du bordereau des prix unitaires « le format du relevé mensuel dématérialisé » qui selon l'article 3 du cahier des clauses techniques particulières doit être un format Excel, compressé ou texte et que, par suite, elle n'est pas susceptible d'avoir été lésée par les manquements qu'elle invoque et qui diffèrent du motif justifiant l'irrégularité de son offre.

Il résulte des pièces du dossier que l'annexe 2 comporte, outre les rubriques sur les prix, deux mentions liées à la dématérialisation de la transmission : l'une concerne « le nom de la clé de codage pour la télétransmission cryptée des résultats compatible avec le Programme de soins informatisé de la société ASCII » et l'autre concerne le « format du relevé mensuel dématérialisé ». Il est constant que la société Novescia n'a pas rempli la première rubrique et que la société Unilians a omis de remplir la seconde. Le pouvoir adjudicateur a retenu, analysé, comparé et classé ces deux offres présentant une omission comparable. Dans ces circonstances et au regard du principe d'égalité de traitement, l'omission de l'indication du format du relevé mensuel pour lequel les candidats avaient un choix fermé et qui a été en revanche régulièrement prise en compte au regard du critère de l'interopérabilité, ne peut être invoquée par le pouvoir adjudicateur, comme rendant l'offre de la société Unilians irrégulière au sens des dispositions précitées du code des marchés publics.

8. Il résulte de ce qui précède que la société Unilians classée en seconde position est susceptible d'avoir été lésée par les manquements précédemment retenus et qu'elle est fondée à demander l'annulation de la procédure de passation de la procédure litigieuse. Il y a lieu d'enjoindre à la Maison de retraite départementale de la Loire, si elle entend attribuer ce marché, de reprendre la procédure en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence à la lumière des motifs de la présente ordonnance.

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

9. Il y a lieu de condamner la Maison de retraite départementale de la Loire à verser à ce titre la somme de 1 500 euros à la société Unilians. Les conclusions de la société Novescia et de la Maison de retraite départementale de la Loire tendant à la condamnation de la société Unilians, qui n'est pas la partie perdante, doivent être rejetées.

ORDONNE

Article 1^{er} : L'ensemble de la procédure engagée le 14 janvier 2016 portant sur le marché de la Maison de retraite départementale de la Loire est annulé.

Article 2 : Il est enjoint à la Maison de retraite départementale de la Loire, si elle entend attribuer ce marché de reprendre l'entière procédure en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Article 3 : La Maison de retraite départementale de la Loire versera la somme de 1 500 euros à la société Unilians au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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

Article 5 : Les conclusions de la Maison de retraite départementale de la Loire et de la société Novescia tendant à la condamnation de la société Unilians aux frais exposés et non compris dans les dépens sont rejetées.

Article 6 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Unilians, à la Maison de retraite départementale de la Loire et à la société Novescia.

Fait à Lyon, le 11 avril 2016.

Le juge des référés,

Le greffier,

D. Marginean-Faure

S. Méthé

La République mande et ordonne au préfet de la Loire 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,
Un greffier,