

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NÎMES**

N°1300027

Bureau européen d'assurance hospitalière

M. Abauzit
Juge des référés

Ordonnance du 28 janvier 2013

54-03-05

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Nîmes,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 10 janvier 2013, présentée pour le Bureau européen d'assurance hospitalière, dont le siège est 8 rue Alfred de Vigny à Besançon (25000), par la SCP d'avocats Lyon-Caen & Thiriez ; le Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH) demande que le tribunal :

- annule la décision de rejet de l'offre du BEAH pour le lot n° 2 de la procédure de passation du marché public d'assurance lancée par le Centre hospitalier de Bagnols sur Cèze ;
- annule la décision d'attribution à la société SHAM du lot n° 2 ainsi que de toute décision postérieure à l'analyse des offres pour ce lot ;
- enjoigne au centre hospitalier de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres pour le lot n° 2 ;
- subsidiairement annule la procédure de passation du lot n° 2 du marché public d'assurance du Centre hospitalier de Bagnols sur Cèze,
- en tout état de cause mette à la charge du centre hospitalier la somme de 2500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- mette à la charge du centre hospitalier la somme de 35 euros au titre de l'article R. 761- du code de justice administrative ;

La BEAH soutient que le centre hospitalier a dénaturé son offre, ce qui l'a conduit à méconnaître le principe d'égalité de traitement des candidats et les règles de la concurrence ; sur le critère n° 1, nature et étendues des garanties, le centre hospitalier ne pouvait lui attribuer la note de 37 sur 40, alors que son offre ne comportait aucune réserve au cahier des charges, ainsi qu'elle le précisait expressément ; son offre allait même au-delà du cahier des charges ; l'offre ne comportait aucune autre franchise que celles prévues au cahier des charges ; la lésion est caractérisée dès lors que si la note de 40 lui avait été attribuée son offre aurait obtenu 92,5 points contre 89,76 ;

Vu, enregistré le 18 janvier 2013, le mémoire complémentaire présenté pour le Bureau européen d'assurance hospitalière, qui soutient que :

- l'article 5 du règlement de la consultation a été violé, dès lors que pour lui attribuer 37 sur 40 le centre hospitalier s'est exclusivement fondé sur le contenu de son mémoire technique, alors que l'article 5 prévoyait explicitement que ce critère serait apprécié au regard des éventuelles réserves formulées par le candidat dans l'acte d'engagement intitulée « Bordereau des réserves au cahier des charges » ; en application du barème applicable pour le critère n° 1 l'offre du BEAH aurait dû recevoir la note globale de 92, 5 points contre 89, 76 à l'attributaire, et il y a dès lors lésion ;

- la lettre du 14 janvier 2013 communiquant les motifs détaillés du rejet de son offre confirme que le centre hospitalier a dénaturé l'offre du BEAH :

. le retrait d'un demi-point au titre du montant des garanties concernant les dommages corporels et immatériels consécutifs méconnaît le cahier des charges, dès lors que l'offre, en prévoyant un montant de 20 000 000 € par sinistre et 30 000 000 € par année d'assurance proposait une garantie plus étendue que celle du cahier ;

. l'« erreur de plume » concernant la franchise des dommages immatériels non consécutifs ne pouvait être qualifiée de « réserve notable » justifiant le retrait d'un point, d'autant que seule l'annexe engageait le BEAH ;

. le retrait d'un demi-point au motif que le BEAH ne reprend pas la notion de maladie professionnelle non reconnue et non indemnisée dénature l'offre, au regard du bordereau des réserves au cahier des charges où étaient acceptées toutes les dispositions du cahier des charges ; d'autre part le règlement n'exigeait en aucun cas que les garanties, en particulier celle afférente à la maladie professionnelle non indemnisée par le statut de la fonction publique hospitalière, qui de plus ne faisait l'objet d'aucune exclusion explicite dans l'offre du BEAH, fassent l'objet d'un développement particulier pour évaluer les offres au titre du critère n° 1 ;

. le centre hospitalier ne pouvait s'appuyer sur le montant maximum par sinistre de 50 000 € au titre de la protection juridique, mentionné dans une annexe au projet de contrat proposé par le BEAH, pour retirer un point, d'autant que l'article 5 du règlement imposait d'évaluer l'offre au titre du critère n° 1 sur la base des éventuelles réserves mentionnées dans le bordereau ;

Vu, enregistré le 22 janvier 2013, à 19 h 57, le mémoire présenté pour le Centre hospitalier de Bagnols sur Cèze, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation du BEAH à lui verser la somme de 2500 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Le centre hospitalier fait valoir que :

- l'article 5 du règlement de la consultation n'a pas été violé ; si le pouvoir adjudicateur entendait effectivement procéder à une analyse des offres des candidats à partir du bordereau des réserves, la comparaison entre le bordereau et les autres documents composant l'offre a montré des discordances ; dès l'instant que l'annexe se trouvait contredite par les documents du marché eux-mêmes, valant contrat, les réserves qu'elle contenait devaient impérativement être relevées, faute de quoi elles auraient pu légitimement être opposées par l'assureur comme des clauses contractuelles ; c'est à bon droit que le pouvoir adjudicateur a relevé les réserves et en a tenu compte dans l'analyse, quand bien même elles ne ressortaient pas directement de l'annexe à l'acte d'engagement mais d'autres documents comportant l'offre, et, partant, le futur contrat ;

- le centre hospitalier n'a commis aucune dénaturation de l'offre du BEAH ; l'analyse du centre hospitalier ne comportait pas d'erreurs matérielles et il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de se prononcer sur l'appréciation subjective du pouvoir adjudicateur sur l'offre qu'il analyse ; il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de contrôler l'évaluation subjective portée sur son offre ; le moyen n'est pas susceptible d'avoir lésé le BEAH dès lors qu'il échappe à l'office du juge d'apprécier si le retrait est de 0, 5, 1, 2 ou 5 points ;

- si le juge considérait qu'il lui appartient d'apprécier le bien-fondé du retrait de 3 points sur le premier critère il ne pourrait que rejeter la requête, dès lors que l'offre comportait des réserves au cahier des charges et ne pouvait donc être considérée comme totalement conforme à ce dernier ;

. l'offre du BEAH relative aux dommages corporels et immatériels consécutifs ne répond pas au cahier des charges ; le BEAH ne pouvait augmenter la limite de couverture annuelle à 30 millions d'euros ; s'il n'est pas contesté qu'elle constitue une garantie supérieure à celle du cahier des charges, elle n'en reste pas moins contraire au cahier des charges, et constitue à ce titre une réserve ; en délivrant des plafonds de couverture non conformes à l'audit des risques, le critère prix a nécessairement été atteint ; en proposant une surenchère de garantie le BEAH contrevient à la définition des besoins du centre hospitalier, qui ne peut accepter de libéralité en matière d'assurance, et doit s'obliger à verser la cotisation correspondante sur une garantie non souhaitée ; ayant proposé une surenchère la SHAM a été également sanctionnée d'un demi-point ;

. l'offre relative aux franchises des dommages matériels et immatériels consécutif ne répond pas au cahier des charges, dès lors que l'offre prévoit une franchise de 500 € en ce qui concerne les dommages immatériels consécutifs, alors qu'il s'agit d'une garantie majeure ; c'est en passant sous silence une telle réserve que le pouvoir adjudicateur aurait porté atteinte à l'égalité des candidats ; cette franchise est d'ailleurs rappelée expressément page 18/26 du contrat d'adhésion ;

. l'offre relative aux maladies professionnelles non reconnues et non indemnisées ne répond pas au cahier des charges, mais reformule les conditions de sa garantie ;

. l'offre relative à la protection juridique est insuffisante, son montant par sinistre étant limité à 50 000 € alors que le cahier des charges prévoit 75 000 € ; une telle réserve justifiait le retrait d'un point ;

- le BEAH aurait pu être sanctionné lourdement dans ses erreurs de plume, dans les contradictions de son offre et surtout dans la substitution qu'il s'est proposé d'effectuer entre les pièces du marché du centre hospitalier et les propres conditions particulières qu'il propose sous l'égide du seul droit des assurances ;

Vu, enregistré le 22 janvier 2013, à 23 h 09, le mémoire présenté pour la société SHAM par Me Rayssac, qui conclut au rejet de la requête et à la mise à la charge du BEAH d'une somme de 3000 € en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La SHAM fait valoir que :

- le centre hospitalier n'a pas dénaturé l'offre du BEAH et en invoquant une prétendue dénaturation le requérant invite le juge du référé précontractuel à statuer en dehors de son office, en examinant les mérites respectifs des offres ;

- l'article 5 du règlement de consultation n'a pas été violé ; si cet article met en avant une méthode de notation fondée sur l'appréciation par le pouvoir adjudicateur des réserves au cahier des charges telles qu'elles apparaissent sur le bordereau des réserves, il n'impose pas au pouvoir adjudicateur de limiter son analyse à l'unique document annexé à l'acte d'engagement ; le critère n° 1 a pu être apprécié à la fois à la lumière des déclarations des candidats mais également à celle des engagements de garantie portés dans leur offre ;

Vu, enregistré le 24 janvier 2013, à 11 h 38, le mémoire présenté par le Bureau européen d'assurance hospitalière ;

Vu la décision en date du 1^{er} septembre 2012 par laquelle le président du tribunal a désigné M. Abauzit, vice-président, comme juge des référés ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir régulièrement convoqué à une audience :

- le Bureau européen d'assurance hospitalière ;
- le Centre hospitalier de Bagnols sur Cèze ;
- la Société hospitalière d'assurances mutuelles ;

Après avoir, au cours de l'audience publique du 23 janvier 2013 à 10 heures, présenté son rapport et entendu les observations de :

- Me Juffroy, pour le Bureau européen d'assurance hospitalière qui reprend et développe ses observations écrites ;
- Me Abecassis, pour le Centre hospitalier de Bagnols sur Cèze qui reprend et développe ses observations écrites ;
- et de Me Rayssac, pour la société SHAM, qui reprend et développe ses observations écrites ;

Après avoir reporté la clôture de l'instruction à l'issue de l'audience au lendemain jeudi 24 janvier 2013 à 12 heures ;

1. Considérant que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 3 octobre 2012, le Centre hospitalier de Bagnols sur Cèze a lancé une procédure de passation, sous la forme d'un appel d'offres ouvert européen, en vue de l'attribution d'un marché public ayant pour objet les différents risques d'assurances du centre hospitalier, décomposé en cinq lots, dont le Lot n° 2 Assurance « Responsabilité civile générale hospitalière » ; que le Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH), candidat au lot n° 2, qui a obtenu la note globale de 89,50 points, et a été classé deuxième derrière la société SHAM, titulaire sortant, qui a obtenu la note de 89,76 points, conteste la régularité de ladite procédure, sur le fondement des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative ;

Sur l'application des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans sa rédaction applicable en l'espèce : *« 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. »* ; qu'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. »* ; que l'article L. 551-10 de ce code dispose que : *« 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, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. » :

3. Considérant qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-10 du code de justice administrative, 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 ; qu'il appartient au juge des référés précontractuels 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 ; que le choix de l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu est susceptible d'avoir lésé le candidat qui invoque ce manquement, à moins qu'il ne résulte de l'instruction que sa candidature devait elle-même être écartée, ou que l'offre qu'il présentait ne pouvait qu'être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que la candidature du BEAH devait être écartée, et que son offre ne pouvait qu'être éliminée ;

4. Considérant, en premier lieu, que le BEAH soutient qu'il a été lésé par la violation, par le pouvoir adjudicateur, de l'article 5 du règlement de la consultation, s'agissant du « critère n° 1 nature et étendues des garanties-respect des clauses du Cahier des charge (40%) » « ce critère sera apprécié au regard des éventuelles réserves formulées par le candidat dans l'annexe à l'acte d'engagement intitulée « Bordereau des réserves au cahier des charges » ; que le BEAH fait valoir que le centre hospitalier, dès lors qu'aucune réserve n'avait été formulée sur le dit bordereau, ne pouvait se fonder exclusivement sur le contenu du mémoire technique, dont il a repris chaque paragraphe ; que toutefois, les stipulations de l'article 5 ne mentionnaient pas que le critère n° 1 serait exclusivement apprécié au regard des seules réserves figurant au bordereau, qu'il incombait au contraire au centre hospitalier de vérifier si l'offre répondait effectivement à ses besoins, nonobstant l'absence de réserves inscrites au bordereau ; qu'il lui était dès lors loisible d'examiner si les dispositions envisagées dans les autres documents des offres ne revenaient pas à constituer de véritables réserves sur la nature et l'étendue des garanties fixées dans le cahier des charges ; que le moyen tiré de la violation de l'article 5 précité doit être écarté ;

5. Considérant, en second lieu, que le BEAH fait valoir que le contenu de son offre a été dénaturé, dès lors que le centre hospitalier l'a interprété comme comportant plusieurs réserves, et lui a retiré indûment trois points, alors que son offre était conforme au cahier des charges et que sans une telle dénaturation il aurait été classé premier ; que s'il n'entre pas dans l'office du juge du référé précontractuel de se prononcer sur l'appréciation que le pouvoir adjudicateur porte sur les mérites des offres, il lui appartient en revanche de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé l'offre ainsi examinée et n'a pas, ainsi, porté atteinte à l'égalité de traitement des candidats et aux règles de la concurrence ; que l'examen des griefs de dénaturation invoqués par le BEAH en l'espèce ne conduit pas le juge à porter une appréciation sur les mérites respectifs de son offre et de celle de la société SHAM ; que l'analyse de l'offre du BEAH est reprise dans le courrier du 14 janvier 2013 adressé par le centre hospitalier au BEAH, lui faisant part en application de l'article 83 du code des marchés publics des motifs détaillés de rejet de son offre ;

6. Considérant que le cahier des charge (page 21) stipule que le montant des garanties est fixé à « 20 000 000 € par sinistre et par année d'assurance » pour les « Dommages corporels et immatériels consécutifs » ; que l'offre du BEAH mentionnait pour ces dommages un montant de « 20 millions par sinistre et 30 millions par année d'assurance » ; que le relèvement à 30 000 000 € du montant de garantie par année d'assurance ne peut sérieusement être regardé comme une réserve,

au sens du règlement de consultation, dès lors que la proposition permettait clairement de répondre aux besoins exprimés par le centre hospitalier, lequel conservait au demeurant la possibilité de décliner le bénéfice de ce relèvement s'il s'y croyait fondé ; qu'en qualifiant ce relèvement de réserve le centre hospitalier a dénaturé l'offre du BEAH ; qu'il résulte de ce qui précède que le centre hospitalier ne pouvait retirer un demi-point au BEAH au motif d'une réserve quant au montant des garanties Dommages corporels et immatériels consécutif ;

7. Considérant que le cahier des charge prévoit une absence de franchise pour la garantie « Dommages matériels et immatériels consécutifs », et une franchise de 500 € pour la garantie « Dommages immatériels non consécutifs » ; que l'offre du BEAH mentionnait que « Notre offre ne comporte aucune autre franchise que celle prévue à votre CCTP soit : (...)

- Dommages matériels ou immatériels NEANT,

- Dommages immatériels consécutifs : 500 € » ;

que le centre hospitalier, après avoir constaté que l'ensemble des franchises reprises par le BEAH était « rigoureusement conforme au cahier des charges », a néanmoins retiré un point au motif d'une « regrettable erreur de plume sur la franchise de 500 € qui ne concerne que la couverture des dommages immatériels non consécutifs. En effet les dommages immatériels consécutifs sont eux couverts sans franchise » ; que le centre hospitalier, dès lors qu'il admettait qu'il s'agissait d'une erreur de plume, devait nécessairement regarder l'offre du BEAH comme mentionnant, dans ses diverses pièces « Dommages immatériels non consécutifs : 500 € » et non « Dommages immatériels consécutifs : 500 € » ; qu'en regardant cette erreur de plume comme une réserve le centre hospitalier a dénaturé l'offre du BEAH ; qu'il résulte de ce qui précède que le centre hospitalier ne pouvait retirer un point au BEAH au motif d'une réserve sur les franchises ;

8. Considérant que pour retirer un demi-point à l'offre du BEAH le centre hospitalier a retenu que « Le candidat ne reprend pas la notion de maladie professionnelle non reconnue et non indemnisée par le statut de la fonction publique hospitalière ce qui est regrettable bien que la clause la plus favorable s'appliquerait au Centre hospitalier, ce qui préside au retrait d'un demi-point » ; qu'il ressort de cet extrait même du rapport d'analyse que l'offre du BEAH ne comportait aucune disposition de nature à constituer une réserve, même vénielle, sur la garantie de telles maladies professionnelles ; qu'en l'absence de réserve le centre hospitalier a dénaturé l'offre, et ne pouvait retirer un demi-point ;

9. Considérant que s'agissant de la garantie Défense et Recours le cahier des charges prévoit un montant de garantie de 75 000 € par sinistre ; que le BEAH ayant proposé, dans son offre, de limiter à 50 000 € par sinistre la prise en charge des honoraires d'avocat, le centre hospitalier a pu estimer que cette proposition conduisait nécessairement à formuler une réserve sur le montant effectivement proposé pour cette garantie ; qu'il n'a pas dénaturé sur ce point l'offre du BEAH et a pu lui retirer un point ;

10. Considérant que le moyen tiré de la dénaturation de l'offre du BEAH, laquelle a conduit au retrait injustifié de 2 points, a lésé le BEAH, qui aurait été en première position si ces points ne lui avaient pas été retirés ; que le BEAH est dès lors recevable et fondé à demander l'annulation de la décision de rejet de son offre pour le lot n° 2 et de la décision d'attribution de ce lot à la société SHAM ;

11. Considérant qu'il y a lieu d'enjoindre au Centre hospitalier de Bagnols sur Cèze, s'il entend poursuivre la passation du marché envisagé, de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres ;

Sur l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

12. Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge du BEAH, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme demandée par le Centre hospitalier de Bagnols sur Cèze et la société SHAM au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ; que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de condamner le Centre hospitalier de Bagnols sur Cèze au versement d'une somme de 1.500 euros au titre des frais exposés par le BEAH ;

Sur les dépens :

13. Considérant qu'il y a lieu, en application des dispositions de l'article R. 761-1 du même code, de condamner le Centre hospitalier de Bagnols sur Cèze à rembourser au BEAH la contribution à l'aide juridique de 35 euros dont il s'est acquitté pour la régularisation de sa requête ;

ORDONNE

Article 1er : La décision de rejet de l'offre du Bureau européen d'assurance hospitalière pour le lot n° 2 de la procédure de passation du marché public d'assurances du Centre hospitalier de Bagnols sur Cèze et la décision d'attribution de ce lot à la Société hospitalière d'assurances mutuelles sont annulées.

Article 2 : Il est enjoint au Centre hospitalier de Bagnols sur Cèze, s'il entend poursuivre la passation du marché envisagé, de reprendre la procédure de passation du lot n° 2 du marché public d'assurances au stade de l'analyse des offres, au regard des motifs de la présente ordonnance.

Article 3 : Le Centre hospitalier de Bagnols sur Cèze versera au Bureau européen d'assurance hospitalière une somme de 1.500 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, et la somme de 35 euros au titre de l'article R. 761-1 de ce code.

Article 4 : Les conclusions du Centre hospitalier de Bagnols sur Cèze et de la Société hospitalière d'assurances mutuelles présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée au Bureau européen d'assurance hospitalière, au Centre hospitalier de Bagnols-sur-Cèze et à la Société hospitalière d'assurances mutuelles.

Fait à Nîmes, le 28 janvier 2013.

Le juge des référés,



F. ABAUZIT

La République mande et ordonne au préfet du Gard 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,

Le greffier