

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

N°1425840

SOCIETE ORION HOLDING

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Jardin
Juge des référés

Le Tribunal Administratif de Paris

Le juge des référés

Ordonnance du 27 novembre 2014

Vu la requête, enregistrée le 5 novembre 2014, présentée pour la société Orion Holding, dont le siège est chez K-World Services, 5 rue Claude Monet à Saint-Ouen (93400), représentée par son président M. Muratyan, par Me Marciano ; la société Orion Holding demande au juge des référés :

1°) de suspendre la conclusion de la convention portant sur l'exploitation et l'installation des équipements des services de télévision destinés aux patients hospitalisés du groupe hospitalier Lariboisière-Fernand Widal engagée par l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris (AP-HP) ;

2°) d'annuler la procédure de passation de cette convention ;

3°) d'ordonner la reprise de la procédure de passation ;

4°) de mettre à la charge de l'AP-HP la somme de 5 000 euros hors taxes au titre des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- la convention faisant l'objet de la procédure lancée par le pouvoir adjudicateur est une délégation de service public, eu égard à son objet, aux conditions de rémunération de l'exploitant, à l'étendue du pouvoir de contrôle du délégant et à l'existence de biens de retour ;

- les mesures de publicité adoptées ne sont pas conformes à la nature de cette convention ;

- les motifs du rejet de son offre ne lui ont pas été communiqués ;

- une négociation a été organisée alors que le règlement de la consultation ne le prévoyait pas ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 18 novembre 2014, présenté pour l'Assistance Publique des Hôpitaux de Paris (AP-HP), représentée par son directeur général, par la SCP Boivin & Associés, qui conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 5 000 euros soit

mise à la charge de la société Orion Holding au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- la requête est irrecevable dès lors que la convention en litige n'est pas au nombre des contrats dont la passation est soumise au contrôle du juge des référés précontractuels, car, compte tenu de son objet limité à la fourniture d'appareils de télévision aux personnes hospitalisées, elle ne constitue pas une délégation de service public mais une convention d'occupation du domaine public ;

- elle n'a pas commis les manquements qui lui sont reprochés ;
- la société requérante n'a de toute manière pas été lésée par ces manquements ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 24 novembre 2014, présenté pour la société Orion Holding, par Me Marciano, qui conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens et porte en outre à 7 500 euros hors-taxes la somme demandée au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient en outre que :

- le critère technique de jugement des offres est irrégulier en tant qu'il prévoit la certification du rapport d'exploitation par un commissaire aux comptes ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 24 novembre 2014, présenté pour la société Hoist Locatel France, par la SELARL Bardon et de Fray, qui conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 5 000 euros soit mise à la charge de la société Orion Holding au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- la requête est irrecevable dès lors qu'elle ne répond pas aux exigences de l'article R. 411-1 du code de justice administrative ;

- la requête est irrecevable dès lors que la convention en litige n'est pas au nombre des contrats dont la passation est soumise au contrôle du juge des référés précontractuels car elle ne constitue pas une délégation de service public mais une convention d'occupation du domaine public ;

- la société requérante ne démontre pas avoir été lésée par les prétendus manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle critique ;

- le moyen tiré de l'existence d'une négociation irrégulière manque en fait ;

Vu le nouveau mémoire en défense, enregistré le 25 novembre 2014, présenté pour l'Assistance Publique des Hôpitaux de Paris (AP-HP), par la SCP Boivin & Associés, qui conclut aux mêmes fins que précédemment par les mêmes moyens ;

Vu la décision en date du 1^{er} octobre 2014 par laquelle le président du tribunal a désigné M. Jardin comme juge des référés ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir, au cours de l'audience publique du 26 novembre 2014, donné lecture de son rapport et entendu :

- les observations de Me Marciano et de M. Bloch, directeur juridique, pour la société Orion Holding ;
- celles de Me Breton, pour l'Assistance Publique des Hôpitaux de Paris (AP-HP) ;
- et celles de Me Wally-Issop, pour la société Hoist Locatel France ;

1. Considérant qu'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(...)* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 de ce 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, 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 (...)* » ;

2. Considérant que, par un avis d'appel public à la concurrence publié au bulletin officiel d'annonces des marchés publics et au Journal Officiel de l'Union Européenne le 26 septembre 2014, l'AP-HP a engagé une procédure de consultation en vue de la passation d'une convention portant sur l'exploitation et l'installation des équipements des services de télévision destinés aux patients hospitalisés du groupe hospitalier Lariboisière-Fernand Widal ; qu'à l'issue de cette procédure, la société Orion Holding a été informée par un formulaire de notification daté du 22 octobre 2014 de ce que son offre avait été classée deuxième derrière celle de la société Hoist Locatel France, avec une note globale de 17,81 points contre 18,16 points pour cette dernière ; qu'elle a saisi le juge des référés précontractuels d'une requête tendant à l'annulation de la procédure de passation de cette convention ;

Sur les conclusions à fin d'annulation de la procédure de passation de la convention :

En ce qui concerne la nature de la convention :

3. Considérant qu'aux termes de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : « *Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. / Les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. / La collectivité publique dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de*

leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur. / Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire » ;

4. Considérant que, selon les conditions générales et le cahier des charges de la convention, le titulaire devra exploiter sous sa seule responsabilité les réseaux assurant les services de communication audiovisuelle destinés aux usagers des hôpitaux inclus dans le champ d'application de la convention et exécuter les travaux liés au renouvellement des infrastructures et équipements existants ; que le réseau câblé mis à sa disposition doit couvrir l'ensemble des chambres des malades, soit 561 pour Lariboisière et 213 pour Fernand Widal ainsi qu'un ensemble de locaux choisis par le cocontractant public où doivent être installés 60 postes supplémentaires aux frais du titulaire ; que ce réseau doit permettre la diffusion par le groupe hospitalier de programmes destinés aux patients hospitalisés, des canaux étant réservés à cet effet par le titulaire ; que l'annexe n° 7 à la convention prévoit qu'il sera ultérieurement dressé une liste des équipements et installations constituant des biens de retour, dont le sort est réglé par l'article 10.2 du cahier des charges et qui comprennent le « stock tampon » défini à l'article 4.3 ; que l'article 2.2.3 fait obligation au titulaire, pour les personnes en situation financière précaire, de réserver des codes d'accès qu'il met à la disposition de la ou des personnes désignées par le groupe hospitalier en vue de permettre l'accès gratuit à un service de télévision de base, sans compensation financière du cocontractant public ; que le titulaire doit produire chaque année un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la convention ainsi qu'une analyse de la qualité du service, des comptes rendus techniques et des tableaux de bord permettant de suivre les opérations de maintenance et un état détaillé et chiffré concernant notamment les plaintes de patients ; que les retards dans la production de ces documents permettant un contrôle approfondi de l'exécution de la convention sont sanctionnés par des pénalités prévues à l'article 9, comme les interruptions du service ; qu'enfin l'article 9.2 prévoit la possibilité d'une mise en régie en cas de rupture dans la continuité du service ;

5. Considérant qu'en égard à la nature de certaines des obligations ainsi mises à la charge du titulaire, à la circonstance que ces obligations ont pour finalité la bonne exécution du service public hospitalier, qui inclut un hébergement des patients, de longue durée pour certains d'entre eux, répondant aux attentes actuelles du public en matière de prestations associées à l'hébergement, aux fortes contraintes auxquelles est soumise l'exploitant, dont l'activité, en application de la convention, doit s'exercer dans des conditions significativement différentes de celles prévalant sur un marché concurrentiel, le contenu de la convention révèle que l'AP-HP a entendu confier à son cocontractant l'exécution d'une mission de service public ;

6. Considérant qu'il résulte des documents contractuels que le titulaire se rémunère sur les recettes d'exploitation du service et doit verser à l'AP-HP une redevance composée d'une part fixe et d'une part variable ; que la rémunération du cocontractant privé est ainsi substantiellement liée aux résultats de l'exploitation ;

7. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit aux points 4 à 6 que la convention dont la procédure de passation fait l'objet de la saisine du juge des référés précontractuels constitue une délégation de service public, et non une convention d'occupation du domaine public insusceptible d'être soumise à ce juge, contrairement à ce que soutiennent les défendeurs ;

En ce qui concerne la procédure de passation de la convention :

8. Considérant que si la société requérante soutient que le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté les obligations de publicité et de mise en concurrence propres à la passation des délégations de service public, il est constant qu'elle a pu déposer son offre dans les délais impartis par le règlement de la consultation et que cette offre a été examinée puis rejetée en raison de l'insuffisance de ses mérites ; qu'en admettant même que le pouvoir adjudicateur n'ait pas respecté l'ensemble des obligations de publicité et de mise en concurrence propres à la passation des délégations de service public, il ne résulte pas de l'instruction que ce manquement ait lésé la société requérante, qui d'ailleurs n'apporte aucune précision sur ce point ;

9. Considérant que, s'agissant d'une délégation de service public, la société a en tout état de cause été suffisamment informée des motifs de rejet de son offre par le formulaire de notification de rejet d'offre signé le 22 octobre 2014 qu'elle a reçue à une date lui permettant de saisir utilement le juge des référés précontractuels ;

10. Considérant que le règlement de la consultation fixe deux critères de jugement des offres, à savoir le prix, pondéré à 60 %, et la qualité des services offerts, pondéré à 40 % et subdivisé en trois sous-critères, l'accessibilité et la disponibilité du service, la prise en compte des exigences du service public hospitalier, la réactivité pour la mise en place des prestations pour les services ; qu'en égard au contenu des documents exigés des candidats par le règlement de la consultation et du cahier des charges de la convention ainsi que de ses annexes, le critère de la qualité du service a été défini de manière suffisamment précise pour permettre à la société requérante, qui est au surplus un opérateur averti, de concevoir une offre répondant aux attentes du pouvoir adjudicateur ;

11. Considérant que l'article 7.3 du cahier des charges fait obligation au titulaire de faire certifier par un commissaire aux comptes les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la convention ; que le pouvoir adjudicateur pouvait ainsi tenir compte des insuffisantes précisions de l'offre de la société requérante sur ce point, au titre du sous-critère relatif à la prise en compte des exigences du service public ;

12. Considérant que le règlement de la consultation prévoit que le candidat, outre le service de base comprenant au moins les chaînes distribuées gratuitement par voie terrestre numérique, pourra proposer en complément de ce service ou bouquet de base, des services optionnels pour tous les types de séjour ; qu'il résulte de l'instruction que la société Hoist Locatel France a fait usage de cette faculté en proposant des offres numérotées de 1 à 4 ; qu'ainsi, la circonstance que « l'offre n° 2 » a été retenue par le pouvoir adjudicateur ne révèle pas l'existence d'une négociation ayant permis à cette société de compléter son offre initiale dans des conditions contraires à l'égalité entre les candidats ;

13. Considérant qu'il n'appartient pas au juge des référés contractuels d'examiner l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les mérites respectifs des offres de chacun des candidats ; que la société ne peut dès lors utilement soutenir que le sous-critère relatif à la réactivité pour la mise en place des prestations pour les services a été inexactement apprécié par le pouvoir adjudicateur ;

14. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, sans qu'il soit besoin d'examiner la fin de non-recevoir tirée de l'article R. 411-1 du code de justice administrative opposée par la société Hoist Locatel France, la société Orion Holding n'est pas fondée à demander au juge des référés de prendre les mesures qu'elle sollicite ;

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

15. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de l'AP-HP, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, au titre des frais exposés par la société Orion Holding ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Orion Holding le versement à l'AP-HP et à la société Hoist Locatel France des sommes qu'elles demandent sur le même fondement ;

ORDONNE

Article 1er : La requête de la société Orion Holding est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de l'AP-HP et de la société Hoist Locatel France au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Orion Holding, à l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris et à la société Hoist Locatel France.

Fait à Paris, le 27 novembre 2014

Le juge des référés,

M. Jardin

La République mande et ordonne au ministre des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes 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.