

N° 1702263

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIÉTÉ [REDACTED]

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Yves Bergeret
Juge des référés

Le juge des référés

Audience du 9 janvier 2018
Ordonnance du 10 janvier 2018

Référé précontractuel
C

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée les 15 et 18 décembre 2017, la société [REDACTED], représentée par Me Frölich, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'enjoindre au centre hospitalier de Bayeux, coordinateur du groupement régional de commande des établissements de santé de Basse-Normandie de reprendre, au stade de l'examen des offres, la procédure de passation du marché à passer en vue de la fourniture de spécialités pharmaceutiques pour les établissements du groupement régional de Basse-Normandie ;

2°) à titre subsidiaire, d'annuler la procédure de passation des lots n°s 569, 574, 582, 715 et 716 ayant pour objet la fourniture de spécialités pharmaceutiques ;

3°) de mettre à la charge du groupement régional de commande des établissements de santé de Basse-Normandie la somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'offre qu'elle a présentée, pour les lots 569, 574, 582, 715 et 716 de l'appel d'offres ouvert lancé par le groupement régional de commande des établissements de santé de Basse-Normandie en vue de la passation d'un marché sous forme d'accord-cadre à bons de commandes d'une durée de douze mois a été rejetée par courriel du 7 décembre 2017 ; un nouveau courriel du 14 décembre 2017 a confirmé ce rejet, avec des motifs radicalement modifiés, révélant plusieurs irrégularités dans l'attribution des lots concernés ; elle a été lésée par ces manquements ;

- en méconnaissance des articles 52 et 62 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de ses obligations de transparence, le pouvoir adjudicateur a procédé à une analyse des offres qui ne prend aucunement en considération les critères de sélection et leur pondération tels que fixés par

l'article 7 du règlement de la consultation ; celui-ci prévoit trois critères, valeur technique, pondérée à 70 %, prix, pondéré à 25 %, prestation fournisseur et développement durable, pondéré à 5 %, alors que les tableaux annexés aux courriels notifiant le rejet de son offre font apparaître que l'analyse des offres a donné lieu à l'attribution de deux notes (« eco » et « test ») sans aucun rapport apparent avec ces trois critères ; en tout état de cause, au moins l'un de ces trois critères a nécessairement été neutralisé ; en supposant que la note « test » correspond au critère « valeur technique », il semble en résulter que seul l'un des éléments d'appréciation prévu par le règlement de la consultation (« essais réalisés sur site ») pour ce critère a été utilisé ; il apparaît également que la pondération des critères prévue par le règlement de la consultation n'a pas été respectée, la note finale attribuée résultant de l'application des deux notes précitées affectées chacune d'une pondération de 50 % ; le calcul indiqué pour le lot 574 ne respecte d'ailleurs même pas cette pondération à 50 % ;

- la méthode de notation utilisée est de plus, en elle-même, irrégulière, et ne respecte pas les principes de transparence des procédures et d'égalité des candidats, tant pour le lot 574 que pour l'ensemble des lots concernés ; il ressort en effet des tableaux fournis, en supposant que les deux notes « eco » et « test » correspondent aux deux premiers critères, que le dernier critère aurait obtenu une note supérieure au maximum possible ; en réalité, il ressort des deux tableaux communiqués, comportant des montants contradictoires et aberrants, qu'aucune formule de notation cohérente n'a été utilisée.

Par un mémoire, enregistré le 18 décembre 2017, le centre hospitalier de Bayeux, coordonnateur du Groupement régional de commande des établissements de santé de Basse-Normandie conclut au rejet de la requête en ce qu'elle porte sur le lot 574 et informe le tribunal qu'à compter du 1^{er} janvier 2018, le CHU de Caen lui succèdera pour les achats concernés, et que donc seul ce dernier pourrait relancer ou poursuivre la procédure au cas où il serait fait droit aux conclusions en ce sens de la requête.

Il soutient qu'en ce qui concerne le lot 574, l'offre de la société [REDACTED] ne pouvait en tout état de cause être accueillie puisque proposant des produits différents de ceux concernés par ce lot.

Par un mémoire enregistré le 3 janvier 2018, la société Shire France, attributaire du lot 716, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 6 000 euros soit mise à la charge de la société [REDACTED] en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les critères mis en œuvre correspondaient à ceux visés par l'article 7 du règlement de la consultation, la note « éco » correspondant au critère « prix », et la note « test » au critère « valeur technique » ; rien ne permet d'affirmer que le critère « prestation fournisseur et développement durable », compte tenu de sa définition se rapportant aux services proposés, n'aurait pas été pris en compte dans les notes « test » ; il ne s'en déduit aucune méconnaissance des coefficients de pondération imposés ;

- en tout état de cause, la pondération de 5 % afférente au critère prétendument neutralisé est trop faible pour qu'un éventuel manquement dans sa mise en œuvre ait pu léser la société [REDACTED] pour le lot 716 ; eu égard aux notes finales obtenues par celle-ci (16,7) et par l'attributaire de ce lot (19,3), une variation dans la limite de 5 % ne peut inverser le classement de ces offres ;

- de même, les manquements allégués dans la pondération et sur la méthode de notation appliquée sur ce critère n'ont pu léser la requérante, ainsi qu'il résulte de l'analyse du tableau de notation rectifié, qui montre que l'attributaire du lot 716 a obtenu des notes très supérieures à celles de la société [REDACTED] sur les deux critères.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné M. Bergeret pour statuer sur les requêtes en référé relevant de l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

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

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

- les observations de Me Frölich, représentant la société [REDACTED], qui a repris et précisé ses observations écrites ;
- et les observations de Me Molinié, représentant la société Shire France, qui a repris et précisé ses observations écrites.

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

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

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, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat »* ; que l'article L. 551-2 du même code dispose que : *« 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 »* ;

2. Considérant qu'il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration ; qu'en vertu de cet article, 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 qui sont susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'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 un opérateur économique concurrent ;

3. Considérant que le centre hospitalier de Bayeux, agissant en tant que coordinateur du Groupement régional de commande des établissements de santé de Basse-Normandie, a lancé un appel d'offres ouvert en vue de la passation, sous la forme d'un accord-cadre à bons de commandes pour une durée de douze mois, d'un marché de fourniture de spécialités pharmaceutiques comportant 1 587 lots ; que la [REDACTED] a présenté une offre pour plusieurs de ces lots ; que par courriel du 7 décembre 2017, elle s'est vu notifier le rejet de son offre relative aux lots 569, 574, 582, 715 et 716 ; que par courriel du 14 décembre 2017, qui doit être regardé comme annulant et remplaçant le précédent, elle était à nouveau informée du rejet de son offre pour les mêmes lots, attribués à la société LFB, s'agissant des lots 569, 574 et 715, à la société Octopharma, pour le lot 582, et à la société Shire France, pour le lot 716 ; qu'elle se prévaut de manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence pour demander au juge des référés précontractuels, à titre principal, de reprendre, au stade de l'examen des offres, la procédure de passation de l'ensemble de ce marché, et, à titre subsidiaire, d'annuler la procédure de passation des lots n^{os} 569, 574, 582, 715 et 716 ayant pour objet la fourniture de spécialités pharmaceutiques ;

4. Considérant, en premier lieu, que la société [REDACTED] n'ayant soumissionné sans succès, dans le cadre de la consultation décrite ci-dessus, que pour les cinq lots précités, elle ne peut, faute de pouvoir soutenir avoir été lésée par un quelconque manquement afférent à la procédure relative aux autres lots du même marché, saisir le juge des référés précontractuels d'une demande portant sur la procédure afférente à ces autres lots ;

5. Considérant, en deuxième lieu, que le centre hospitalier de Bayeux indique que l'appel d'offres, s'agissant du lot 574, portait sur la fourniture de produits répondant au nom de Facteur VIII + Facteur willebrand 500/1000 UI, et que l'offre de la société [REDACTED] proposant des produits différents dénommés Voncento 1000 UI/2400 UI et Voncento 500 UI/1200 UI, ne pouvait en tout état de cause être acceptée ; que cette affirmation n'est pas discutée par la société [REDACTED] ni n'apparaît erronée à l'issue de l'instruction ; qu'il en résulte que l'offre de la société [REDACTED] était irrecevable pour le lot considéré et qu'elle ne peut en toute hypothèse utilement soutenir qu'en tant que son offre a été rejetée pour ce lot, elle a été lésée par les manquements qu'elle invoque ;

6. Considérant en troisième lieu, qu'en vertu de l'article 7 du règlement de la consultation, les offres devaient être jugées par l'application de trois critères, la valeur technique, le prix, et la « prestation fournisseur et développement durable », pondérés respectivement à 70 %, 25 % et 5 % ; qu'il résulte cependant de l'instruction, et plus particulièrement du tableau figurant dans le courriel précité du 14 décembre 2017, notifiant à la société [REDACTED] les raisons du rejet de son offre, le nom de l'attributaire de chacun des 5 lots concernés, et les notes et classements finaux obtenus pour chaque lot par la société [REDACTED] et par l'attributaire, que les offres ont été ainsi classées en fonction d'une note finale résultant de l'application de seulement deux critères, dénommés « eco » et « test », auxquels une pondération identique a été appliquée ; qu'ainsi, le classement des offres opéré par le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté les critères fixés par l'article 7 du règlement de la consultation ; qu'en outre, à supposer même

que, comme le soutient la société Shire France, la note « test » correspondrait strictement au critère « valeur technique » et la note « éco » au critère « prix », ce qui ne ressort nullement de l'instruction, la pondération de ces critères, initialement fixée à 70 et 25 %, a de même été radicalement ignorée ; que, dans ces conditions, la société [REDACTED] est fondée à soutenir que ces manquements ayant entaché l'attribution des quatre lots 569, 582 et 715 et 716 ont porté atteinte aux principes de transparence des procédures et d'égalité des candidats ; qu'elle est également fondée à soutenir que, eu égard à l'absence totale de respect des dispositions du règlement de la consultation qu'ils révèlent, ces manquements ont nécessairement été susceptibles de l'avoir lésée, alors même que, du moins pour certains des lots en cause, les notes finales qui lui ont été attribuées dans les conditions rappelées ci-dessus étaient significativement inférieures à celles obtenues par les attributaires ;

7. Considérant qu'il y a lieu, par suite, d'enjoindre au centre hospitalier de Bayeux, et en tant que de besoin au CHU de Caen dans la mesure où il aurait succédé au centre hospitalier de Bayeux en qualité de coordinateur du groupement régional de commande des établissements de santé de Basse-Normandie pour le marché en cause, de reprendre cette procédure au stade de l'examen des offres afférentes à ces quatre lots ;

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

8. Considérant, d'une part, que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions par lesquelles la société Shire France, partie perdante dans la présente instance, demande leur application à son profit ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit à hauteur de 1 500 euros aux conclusions présentées sur ce même fondement par la société [REDACTED] à l'encontre du centre hospitalier de Bayeux ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : Il est enjoint au centre hospitalier de Bayeux, et en tant que de besoin au CHU de Caen dans la mesure où il aurait succédé au centre hospitalier de Bayeux en qualité de coordinateur du groupement régional de commande des établissements de santé de Basse-Normandie pour le marché en cause, de reprendre la procédure au stade de l'examen des offres afférentes aux lots 569, 582 et 715 et 716 du marché lancé en vue de la fourniture de spécialités pharmaceutiques pour les établissements du groupement régional de Basse-Normandie.

Article 2 : Le centre hospitalier de Bayeux versera une somme de 1 500 euros à la société [REDACTED] en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société [REDACTED], au centre hospitalier de Bayeux, au CHU de Caen, à la société LFB Biomédicaments, à la société Octopharma, et à la société Shire France.

Fait à Caen, le 10 janvier 2018.

Le juge des référés,

Signé

Y. BERGERET

La greffière,

Signé

M. TRANQUILLE

La République mande et ordonne au préfet du Calvados en ce qui le concerne et 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,
la greffière,

M. Tranquille