

**Tribunal administratif d'Orléans, 9 août 2013, n° 1300187 (Marché public - Assurance - Responsabilité civile hospitalière - Offre anormalement basse - Éviction du marché - Manque à gagner - Préjudice - Indemnisation)**

09/08/2013

Le 9 août 2012, le CHR X a lancé une procédure d'appel d'offres en vue de la conclusion d'un marché public d'assurance responsabilité civile hospitalière. Des offres ont été déposées par la société A et par la société B. Considérant que l'offre de la société B pouvait « être suspectée d'être anormalement basse », le Centre hospitalier a demandé des précisions sur le prix proposé, sur le fondement de l'article 55 du code des marchés publics. Face aux justifications fournies par la société B, le CHR a décidé de rejeter son offre, en raison du caractère anormalement bas du prix proposé. L'écart de prix face à l'autre candidat était important et « les prix nets proposés étaient inférieurs de plus de 30% à la charge annuelle de la sinistralité ». Il estimait prendre un risque de voir son marché fortement majoré ou résilié au cours des deux années suivantes dans l'hypothèse de la survenue de sinistres graves, la société B ayant « insuffisamment provisionné les risques encourus » en considérant qu'un sinistre grave tel que ceux auxquels le CHR avait été exposé en 2007 et 2008, ne pouvait se reproduire que tous les quinze ans.

Le 13 novembre 2012, le CHR a alors conclu le marché avec la Société A. La société B demande l'annulation, ou à défaut la résiliation, du marché litigieux. Le tribunal administratif décide que rien ne permettait au CHR X de considérer que l'offre de la société B, « eu égard au faible montant des primes demandées », était de nature à compromettre la bonne exécution du marché. Le juge prononce la résiliation avec effet différé du contrat d'assurance responsabilité civile hospitalière conclu entre le CHR X et la société A. De plus, considérant que la société B devait être indemnisé de son manque à gagner, il enjoint le CHR de lui verser 30.000 euros en réparation du préjudice subi du fait de son éviction du marché.

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**D'ORLÉANS**

**N° 1300187**

Société B.

Mme Sadrin

Rapporteur

M. Jaosidy

Rapporteur public

Audience du 6 juin 2013

**Lecture du 25 juin 2013**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 21 janvier et 28 mars 2013, présentés pour [la société B.], dont le siège est situé ... , par la SCP Lyon-Caen & Thiriez, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ; [la société B.] demande au Tribunal :

1) d'annuler le contrat d'assurance responsabilité hospitalière, passé entre la société A. et le centre hospitalier régional X., avec effet différé, le temps nécessaire à ce que soit relancée une nouvelle procédure d'attribution du marché ;

2) subsidiairement de résilier ce contrat avec effet différé le temps nécessaire à ce que soit relancée une nouvelle procédure d'attribution du marché ;

3) de condamner le centre hospitalier régional X. à lui verser une somme de 161 361 euros en indemnisation de son éviction irrégulière du marché litigieux ;

4) de mettre à la charge du centre hospitalier régional X. les dépens de l'instance, ainsi que la somme de 5 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Vu l'ordonnance en date du 13 février 2013 fixant la clôture d'instruction au 29 mars 2013, en application des articles R.613-1 et R.613-3 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 28 mars 2013, présenté pour le centre hospitalier régional X., représenté par son directeur, dont le siège est... , par Me Sébastien Palmier, avocat ; le centre hospitalier régional X demande au Tribunal de rejeter la requête [de la société B.] et de mettre à la charge de cel[le]-ci d'une somme de 4 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire en défense enregistré le 28 mars 2013, présenté pour la Société A., représentée par son dirigeant, dont le siège est ..., par Me Rodolphe Rayssac, avocat ; la Société A. demande au tribunal, à titre principal, de rejeter la requête présentée par [la société B.], à titre subsidiaire, de fixer la date de résiliation du contrat à son échéance annuelle et de mettre à la charge du requérant une somme de 4 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Vu l'ordonnance en date du 2 avril 2013 fixant la réouverture de l'instruction, en application de l'article R.613-4 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 7 mai 2013, présenté pour [la société B.], par la SCP Lyon-Caen & Thiriez, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ; [la société B.] conclut aux mêmes fins que dans sa requête ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 31 mai 2013, présenté pour le centre hospitalier régional X., par Me Sébastien Palmier, avocat ; le centre hospitalier régional X. conclut aux mêmes fins que précédemment ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 31 mai 2013, présenté pour la Société A., par Me Rodolphe Rayssac, avocat ; la Société A. conclut aux mêmes fins que précédemment ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 7 juin 2013, présentée pour le centre hospitalier régional X., par Me Sébastien Palmier, avocat ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 10 juin 2013, présentée pour [la société B.], par la SCP Lyon-Caen Thiriez, avocat ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 12 juin 2013, présentée pour la Société A., par Me Rodolphe Rayssac, avocat ;

Vu le code des assurances ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 6 juin 2013 ;

- le rapport de Mme Sadrin, rapporteur ;

- les conclusions de M. Jaosidy, rapporteur public ;

- et les observations de Me Juffroy substituant Me Thiriez pour [la société B.], de Me Dalboz substituant Me Palmier pour le centre hospitalier régional X. et de Me Casanovas substituant Me Rayssac pour la Société A. ;

1. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le centre hospitalier régional X. a lancé, le 9 août 2012, une procédure d'appel d'offres en vue de la conclusion d'un marché public d'assurance responsabilité civile hospitalière ; que des offres ont été déposées par la Société A. et par la société B. agissant en qualité de mandataire d'un groupement, au sein duquel il était associé à la société C. et à la société D. ; que, le centre hospitalier régional X., considérant que l'offre de la société B., a demandé, par courriel du 12 octobre 2012, à la société requérante de lui apporter des précisions concernant le prix proposé en application de l'article 55 du code des marchés publics ; que par lettre du 17 octobre 2012, la société B. a apporté les précisions demandées ; que, toutefois, par lettre du 30 octobre 2012, le centre hospitalier régional X. a informé la société B. du rejet de son offre en raison du caractère anormalement bas du prix proposé, en application de l'article 55 du code des marchés publics ; que la société B. demande l'annulation, ou à défaut la résiliation, du marché litigieux qui a été attribué à la Société A. suivant avis d'attribution publié au bulletin officiel des annonces des marchés publics le 22 novembre 2012, ainsi que l'indemnisation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait de son éviction illégale du marché ;

#### **Sur les fins de non-recevoir opposées en défense:**

2. Considérant, en premier lieu, que les défenderesses font valoir que la requête est irrecevable dès lors qu'elle est insuffisamment motivée et ne précise pas les moyens sur lesquels la société B. se fonde pour demander l'annulation du marché litigieux ; que, toutefois, le requérant invoque, y compris dans sa requête sommaire enregistrée le 21 janvier 2013, la méconnaissance des articles 52 et 53 du code des marchés publics, en mettant en cause l'utilisation de sous-critères qui ne pouvaient, selon lui, être pris en compte au stade de l'analyse des offres ; qu'il fait également valoir que le centre hospitalier a violé les dispositions de l'article 55 du code des marchés publics, car le prix de son offre était parfaitement normal et qu'il a utilisé des sous-critères occultes et discriminatoires, en violation de l'article 53 du code des

marchés public ; que, par suite, la requête de la société B. était suffisamment motivée dès l'introduction de l'instance ; que cette fin de non-recevoir ne peut donc être accueillie ;

3. Considérant, en deuxième lieu, que le centre hospitalier régional X. soutient que les conclusions indemnitaires sont irrecevables en l'absence de liaison du contentieux ; que, toutefois, aucune fin de non-recevoir tirée du défaut de décision préalable ne peut être opposée à un requérant ayant introduit devant le juge administratif un contentieux indemnitaire à une date où il n'avait présenté aucune demande en ce sens devant l'administration lorsqu'il a formé, postérieurement à l'introduction de son recours juridictionnel, une demande auprès de l'administration sur laquelle le silence gardé par celle-ci a fait naître une décision implicite de rejet avant que le juge de première instance ne statue, et ce quelles que soient les conclusions du mémoire en défense de l'administration ; que lorsque ce mémoire en défense conclut, à titre principal, à l'irrecevabilité faute de décision préalable et, à titre subsidiaire seulement, au rejet au fond, ces conclusions font seulement obstacle à ce que le contentieux soit lié par ce mémoire ; que si la société B. ne justifiait, lors de l'introduction de l'instance, d'aucune décision expresse ou tacite lui refusant l'indemnité qu'il sollicitait, il a, par lettre dont il a été accusé réception le 29 mars 2013, demandé au centre hospitalier régional X. de lui allouer une indemnité ; que le silence gardé pendant plus de deux mois par le centre hospitalier sur cette réclamation a fait naître une décision implicite de rejet avant la date du présent jugement ; que, dès lors, et alors même que le centre hospitalier régional X. a opposé le défaut de décision préalable à la demande initiale de la société B., aucune fin de non-recevoir tirée du défaut de décision préalable ne peut être opposée à ses conclusions indemnitaires ;

**Sur la validité du contrat et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête :**

4. Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ;

5. Considérant que la société B. soutient qu'en écartant son offre sur le fondement des dispositions de l'article 55 du code des marchés publics, qui permet au pouvoir adjudicateur, si une offre lui paraît anormalement basse, de la rejeter par décision motivée, après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utile et vérifié les justifications fournies, a entaché sa décision d'erreur manifeste d'appréciation ; que le caractère anormalement bas d'une offre ne peut être établi par la simple comparaison entre le montant d'une offre et celui des autres offres ou avec le prix pratiqué lors du précédent marché ; que le pouvoir adjudicateur ne peut davantage se fonder sur une simple formule mathématique ou sur la référence à un seuil prédéterminé ; qu'il doit seulement rechercher, au vu des précisions et justifications apportées par l'entreprise, si le prix proposé est de nature à compromettre la bonne exécution du marché ; que, par ailleurs, rien ne permet d'écarter, en raison du caractère aléatoire du risque garanti, l'application de l'article 55 du code des marchés publics à un contrat d'assurance, dès lors que, d'une part, les primes d'assurance sont calculées, à partir d'éléments objectifs tirés des probabilités de survenance de sinistres et des coûts qui seront ainsi supportés et que, d'autre part, les compagnies d'assurance doivent apporter la preuve qu'elles sont en mesure, au regard des garanties financières dont elles doivent justifier, de supporter les risques assurés ;

6. Considérant que le centre hospitalier régional X. pour écarter l'offre du groupement, dont était membre la société B., comme anormalement basse, s'est fondé, d'une part sur l'écart de prix important constaté avec l'autre candidat, qui lui semblait traduire un déséquilibre économique, d'autre part, sur le fait que les prix nets proposés étaient inférieurs de plus de 30 % à la charge annuelle de la sinistralité, évaluée et lissée sur dix ans à 1 100 000 euros par an ; qu'il a pris également en compte le fait que la société B. avait insuffisamment provisionné les risques encourus, en particulier en considérant qu'un sinistre grave, tel que ceux auxquels le centre hospitalier avait été exposé en 2007 et 2008, ne pouvait se reproduire que tous les quinze ans ; qu'il résulte du rapport d'analyse des offres, comme des écritures en défense, que le centre hospitalier a tenu compte également du fait qu'en retenant l'offre du groupement, il estimait prendre un risque de voir son marché fortement majoré ou résilié au cours des deux prochaines années dans l'hypothèse de la survenance de sinistres graves ;

7. Considérant, toutefois, que ni l'écart de prix, même important, avec l'autre candidat, ni l'écart constaté entre les primes encaissées et l'évaluation du risque effectué par le centre hospitalier à partir des statistiques de sa sinistralité passée, lissée sur dix ans, ni la contestation des méthodes de provisionnement retenues par les sociétés d'assurance membres du groupement, y compris leur appréciation de la fréquence d'apparition d'un sinistre grave, ne permettaient de caractériser, par elles-mêmes, un risque de nature à compromettre la bonne exécution du marché ; qu'un tel risque ne peut résulter,

s'agissant d'un contrat d'assurance, que d'éléments objectifs permettant de mettre en cause la capacité du groupement à honorer ses obligations, en cas de survenance de risques importants ; qu'une telle circonstance ne résulte pas de l'instruction, le rapport d'analyse des offres mettant d'ailleurs seulement en cause la viabilité de l'offre à long terme, en raison de la possibilité de dénonciation annuelle du contrat prévue par le cahier des clauses administratives particulières du marché, mais non la solvabilité du groupement d'assureurs candidats au marché ; que cette clause de dénonciation, ouverte aux deux parties, n'a toutefois pas été inscrite à la demande du groupement dont l'offre a été écartée, mais par le centre hospitalier lui-même au moment de l'appel d'offres dans le cahier des clauses administratives particulières du marché ; que si le centre hospitalier régional X. conteste que puisse être pris en considération, pour établir la solvabilité de la société C., qui supporte le risque relatif à la responsabilité civile hospitalière au sein du groupement candidat, le document émanant d'une agence de notation confirmant l'excellente solvabilité du groupe D., dont la société C. est une des filiales, dès lors que l'acte d'engagement ne mentionnerait pas que le groupe D. met l'ensemble de ses moyens financiers à la disposition de sa filiale, il ressort des pièces produites par le centre hospitalier régional X. lui-même, que la société C. a perçu en 2011, 170 692 012 euros de primes et que son résultat s'élevait la même année à 18 273 308 euros, en progression par rapport à 2010 ; que, par suite, compte tenu des garanties financières dont justifiait la société C., qui assurait, de plus, le risque relatif à la responsabilité civile hospitalière au sein d'un groupement où figuraient deux autres compagnies d'assurance, rien ne permettait au centre hospitalier régional X. de considérer que l'offre de ce groupement, eu égard au faible montant des primes demandées, était de nature à compromettre la bonne exécution du marché ; que, par suite, il n'était pas légalement fondé à écarter, sur le fondement de l'article 55 du code des marchés publics, comme anormalement basse l'offre du groupement dont était membre la société B.

#### **Sur les conclusions aux fins d'annulation du contrat litigieux :**

8. Considérant que, saisi de conclusions à fins d'annulation d'un contrat par un concurrent évincé, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité de ce contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ;

9. Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction que le marché litigieux, conclu le 13 novembre 2012, pour une durée allant du 1er janvier 2013 à 0 heure au 31 décembre 2017 à 24 heures, ait été entièrement exécuté ; qu'au regard de la nature de l'illégalité commise, portant sur le rejet, comme anormalement basse, de la seule autre offre que celle du titulaire du marché, aucune mesure de régularisation ne peut être envisagée ; qu'une telle irrégularité, eu égard à son influence déterminante sur le choix de l'attributaire, constitue un vice entachant la validité du contrat ; qu'il ne résulte pas de l'instruction qu'une résiliation du contrat, avec effet différé à une date permettant la mise en œuvre d'une nouvelle procédure d'appel d'offres, porterait une atteinte excessive à l'intérêt général, dès lors que suivant l'article L.251-2 du code des assurances, le contrat d'assurance litigieux, après sa résiliation, continuera de garantir le centre hospitalier contre les conséquences pécuniaires des sinistres dont les faits seraient survenus pendant la période de validité du contrat ; qu'ainsi, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de prononcer la résiliation du contrat litigieux, avec un effet différé au 1er janvier 2014 à 0 heure ;

#### **Sur les conclusions indemnitaires:**

10. Considérant que lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce dernier, 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 convient ensuite 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 ;

11. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le groupement dont l'offre a été écartée comme anormalement basse était le seul autre candidat à l'attribution du marché litigieux ; qu'il apparaît, au vu du rapport d'analyse des offres réalisé

par le cabinet consultant dont le centre hospitalier régional X s'était attaché les services pour l'assister dans le choix de son cocontractant, que la pondération des critères techniques et de prix plaçait l'offre du groupement, dans le cas où elle n'aurait pas été écartée comme anormalement basse, en tête du classement avec la note de 91,33/100, alors que l'offre de la Société A. obtenait une note de 86,78/100 ; que si le centre hospitalier régional X fait valoir que l'offre du groupement aurait dû, en tout état de cause, être écartée comme irrégulière dès lors que le formulaire « déclaration du candidat individuel ou du membre du groupement » dit Dc2, émanant de la société C., mentionnait non son propre chiffre d'affaires, mais le chiffre d'affaires global du groupe D. qui n'était pas candidat au marché litigieux, était également mentionné le pourcentage du chiffre d'affaires réalisé par la société C. au sein du groupe D., correspondant aux services objet du marché ; que par suite, alors que si le règlement de consultation prévoyait que le formulaire Dc2 devait mentionner le chiffre d'affaires des trois derniers exercices disponibles, il mentionnait aussi que le candidat pouvait également prouver sa capacité financière par tout document jugé équivalent par le pouvoir adjudicateur et que la candidature du groupement a été admise au stade de l'examen des candidatures, le centre hospitalier X. n'est pas fondé à soutenir que l'offre du groupement, dont la société B. était membre, aurait dû être écartée comme irrégulière ; qu'ainsi, ce groupement n'était pas dépourvu de chances sérieuses de remporter le marché litigieux ; qu'il suit de là que la société B. peut être indemnisée de son manque à gagner ; que le requérant produit une attestation de son expert-comptable qui mentionne que la perte de marge brute, en lien avec l'exécution du marché litigieux, pour une durée de 5 ans, s'élève à 161 361 euros ; que, toutefois, le manque à gagner ne peut être indemnisé que pour une année, dès lors que la résiliation du contrat, à son échéance annuelle, est prononcée par le présent jugement ; qu'il sera fait, dans les circonstances de l'espèce, une juste appréciation du préjudice en fixant l'indemnité due à la société B. à ce titre à 30 000 euros ;

#### **Sur les dépens:**

12. Considérant qu'il y a lieu, de mettre à la charge du centre hospitalier régional X., qui est la partie perdante dans la présente instance, les dépens de l'instance, en l'espèce la contribution pour l'aide juridique, prévue par l'article 1635 bis Q du code général des impôts ;

#### **Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative :**

13. Considérant que les dispositions susvisées de l'article L.761 -1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société B., qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, les sommes que le centre hospitalier régional X et la Société A demandent au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du centre hospitalier régional X et de la Société A une somme de 1 000 euros chacun que la société B. demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

#### **DECIDE :**

**Article 1er :** Le marché d'assurance conclu le 13 novembre 2012, pour une durée allant du 1er janvier 2013 à 0 heure au 31 décembre 2017 à 24 heures, entre le centre hospitalier régional X. et la Société A. est résilié avec effet différé au 1er janvier 2014 à 0 heure.

**Article 2 :** Le centre hospitalier régional X. versera la somme de 30 000 euros (trente mille euros) à la société B. en réparation du préjudice subi du fait de son éviction du marché d'assurance visé à l'article 1er ci-dessus.

**Article 3 :** Le centre hospitalier régional X. et la Société A. verseront chacun à la société B. la somme de 1 000 euros (mille euros) sur le fondement des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative. Le centre hospitalier régional X. versera également à la Société B. la somme de 35 euros (trente-cinq euros) au titre de la contribution à l'aide juridique.

**Article 4 :** Le surplus des conclusions de la requête de la Société B. et les conclusions du centre hospitalier régional X. et

de la Société A. présentées au titre de l'article L.761 -1 du code de justice administrative sont rejetés.

**Article 5** : Le présent jugement sera notifié à la Société B., au centre hospitalier régional X. et la Société A.