

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'établissement public hospitalier qui souhaite externaliser les prestations d'analyse de biologie médicale des prélèvements réalisés sur ses patients est contraint dans son choix du prestataire par deux ensembles de règles, relatives à la commande publique et à la santé publique, qui non seulement sont complexes mais poursuivent des objectifs différents. Nul ne s'étonnera que leur combinaison pose quelques difficultés juridiques, comme l'illustre la présente affaire.

Au mois de juin 2017, le CH de Péronne, situé à l'est du département de la Somme, a lancé un avis d'appel à la concurrence en vue de l'attribution d'un marché public ayant pour objet la réalisation des analyses de biologie médicale des prélèvements effectués sur les patients hospitalisés, incluant leur acheminement vers le laboratoire. Trois sociétés ont présenté une offre. Au mois d'octobre suivant, le centre hospitalier a informé la société Biologie Nord Unilabs, classée deuxième, du rejet de son offre et de l'attribution du marché à la société Oxabio. La société Biologie Nord Unilabs (BNU) a alors saisi le juge du référé précontractuel du TA d'Amiens qui, par une ordonnance du 31 octobre 2017 contre laquelle le CH de Péronne et la société Oxabio se pourvoient en cassation par deux requêtes que vous pourrez joindre, a annulé la procédure.

Il a jugé que le pouvoir adjudicateur avait méconnu ses obligations de mise en concurrence en attribuant le marché à une entreprise dont l'offre était irrégulière au regard des dispositions du code de la santé publique relatives à l'implantation géographique des laboratoires pouvant réaliser des analyses de biologie médicale.

Ces dispositions sont celles des articles L. 6211-16 et R. 6211-12 du code de la santé publique.

Le premier de ces textes pose le principe selon lequel le lieu du prélèvement biologique, en l'occurrence le centre hospitalier, et le lieu de son analyse par un laboratoire, doivent être situés dans la même zone déterminée par l'agence régionale de santé, « *sauf dérogation pour des motifs de santé publique et dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat* ». Si la loi du 26 janvier 2016 a légèrement modifié sa rédaction, en désignant ces zones comme étant celles « *déterminées en application du b du 2° de l'article L. 1434-9* » alors que la version antérieure mentionnait des « *territoires de santé infrarégionaux* », cette modification, qui se traduit essentiellement par le fait que ces zones ne serviront qu'à l'application de ces dispositions et non plus, comme auparavant, de cadre à d'autres politiques de santé, cadre qui est désormais celui des « *territoires de démocratie* »

sanitaire », est sans incidence sur le présent litige. En effet, la loi du 26 janvier 2016 prévoit à titre transitoire le maintien en vigueur des territoires de santé jusqu'à la publication d'un nouveau projet régional de santé, publication qui n'avait pas eu lieu à la date d'attribution du marché. Le moyen tiré de ce que le juge du référé aurait commis une erreur de droit en citant les dispositions de l'article L. 6211-6 dans leur rédaction antérieure à la loi de 2016 ne peut donc qu'être écarté. La zone pertinente pour l'application de ces règles à la procédure est le territoire de santé défini par un arrêté du directeur général de l'ARS de Picardie du 21 septembre 2010 dont il ressort que le CH de Péronne est situé dans un territoire de santé dénommé « Aisne – Nord – Haute Somme ».

L'article R. 6211-12 prévoit un certain nombre de possibilités de dérogation au principe d'unicité territoriale posé l'article L. 6211-6, notamment « *lorsque la phase analytique de l'examen de biologie médicale est effectuée dans un laboratoire de biologie médicale qui, bien que situé dans un territoire de santé limitrophe, est plus proche de l'établissement de santé que tout autre laboratoire situé sur le même territoire de santé que l'établissement de santé* ». La régularité de l'offre de la candidate retenue par le Centre hospitalier, qui exploite un laboratoire implanté dans un territoire de santé limitrophe, le département du Nord, dépend de l'interprétation qu'il convient de faire de ces dispositions. L'auteur de l'ordonnance attaquée a jugé que la société Oxabio ne pouvait s'en prévaloir dès lors que « la proximité des établissements [qu'elle gère] doit s'apprécier par rapport à tout autre laboratoire situé sur le même territoire de santé que l'établissement de santé et non seulement par rapport aux établissements de la société Biologie Nord Unilabs situés dans ce territoire, et alors même que seules ces deux sociétés avaient présenté une offre » et que « plusieurs laboratoires – qui n'avaient pas déposé d'offres – étaient plus proches du centre hospitalier de Péronne que ceux de la société Oxabio ».

Le principal moyen des pourvois critique sous l'angle de l'erreur de droit l'affirmation de principe selon laquelle la proximité géographique qui justifie la dérogation doit s'apprécier au regard de l'ensemble des laboratoires situés sur le territoire concerné et non uniquement de ceux des sociétés ayant présenté une offre.

Les arguments au soutien de cette interprétation ne manquent pas. Tout d'abord, elle a pour elle la lettre de l'article R. 6211-2 qui réserve la dérogation au laboratoire extérieur au territoire qui se trouve plus proche de l'établissement de santé « *que tout autre laboratoire situé sur le même territoire* ». Ces termes semblent imposer de prendre en compte la totalité des laboratoires situés sur le même territoire.

Ensuite, elle correspond à une interprétation stricte de la règle, conforme à son caractère dérogatoire et à son objectif qui est de ne sortir de la règle de la territorialité que dans les situations frontalières où son application littérale aboutirait à un résultat inverse à sa finalité, qui est d'éviter des transports de prélèvements inutilement longs.

Enfin, et à nos yeux surtout, elle est d'application simple alors que la solution inverse, défendue par les requérants, est plus compliquée à mettre en œuvre dans la procédure de mise en concurrence, puisqu'elle subordonne la régularité des offres sur ce point non seulement à l'existence d'autres candidatures mais aussi à leur recevabilité. En effet, le respect de la règle d'implantation géographique du lieu d'analyse des prélèvements est une question de régularité des offres. L'interprétation qu'en a donnée l'auteur de l'ordonnance attaquée est objective : toute société peut savoir dès la publication de l'avis d'appel à candidature si elle peut bénéficier de cette dérogation, puisqu'elle doit seulement vérifier qu'elle dispose du laboratoire le plus proche de l'établissement hospitalier. En revanche, dans le cas où cette proximité ne s'apprécie qu'au regard de la localisation des laboratoires des sociétés ayant

déposé une offre, elle ne pourra être certaine de la régularité de son offre avant la fin de la procédure, puisque même si une autre candidate dispose d'un laboratoire plus proche dans le même territoire, cette candidature ne fera obstacle à la régularité de la sienne que si elle est susceptible d'être retenue, c'est-à-dire si elle est recevable et si son offre est elle-même régulière, acceptable et appropriée, au sens de l'article 59 du décret du 25 mars 2016 qui prévoit l'élimination des offres qui ne le sont pas. Or ces vérifications peuvent aujourd'hui avoir lieu au terme de la procédure.

Bien que fortes, ces raisons ne nous paraissent toutefois pas l'emporter sur celles qui militent pour la solution inverse, qui nous semble à la fois plus rationnelle et plus conforme à l'objectif de santé publique visé par les dispositions dont il s'agit de déterminer la portée.

Le principe d'un traitement des prélèvements par un laboratoire situé dans le même périmètre géographique que le lieu où ils ont été effectués et sa dérogation pour permettre le traitement par des laboratoires situés encore plus près poursuivent un même objectif de santé publique d'assurer la qualité des analyses en réduisant autant que possible le temps de transport des prélèvements. L'interprétation donnée à ces dispositions doit donc être celle qui réalise le mieux cet objectif dans le contexte particulier de leur application. Or, dans le contexte de la passation d'un marché public, qui oblige l'établissement hospitalier à choisir son prestataire parmi les entreprises qui ont fait acte de candidature et au terme d'une procédure normalisée de mise en concurrence, empêcher de candidater une entreprise dont les laboratoires sont situés en dehors du territoire de l'établissement au seul motif qu'il en existe de plus proches qui n'ont pas candidaté, et que l'établissement ne peut donc pas légalement choisir, aboutit nécessairement à le priver de la possibilité de réaliser les analyses dans un laboratoire plus proche que ceux qui pourront candidater, pour la seule raison qu'il est situé dans un territoire limitrophe. Autrement dit, une offre sera écartée comme irrégulière au regard de la localisation d'autres laboratoires qui, parce qu'ils ne sont pas candidats, ne pourront en aucun cas réaliser les prestations commandées. Et c'est finalement dans un laboratoire plus éloigné que celui situé dans une zone limitrophe que seront traités les prélèvements, alors qu'en l'absence de ces laboratoires non candidats, l'application des textes aurait dû conduire à choisir le plus proche. Tel serait le cas en l'espèce : le laboratoire de la candidate évincée, à supposer qu'il soit situé dans le même territoire de santé que le Centre hospitalier, étant situé deux fois plus loin de lui que celui de l'attributaire. L'impossibilité pour l'établissement hospitalier de s'adresser à ces laboratoires plus proches nous semble faire ainsi obstacle à ce qu'il en soit tenu compte pour l'application des règles du code de la santé publique. Les conditions de localisation géographique qu'elles posent doivent s'appliquer dans le cadre de la procédure de mise en concurrence qui restreint le choix matériel des prestataires à ceux qui ont présenté des offres susceptibles d'être retenues, c'est-à-dire régulières, acceptables et appropriées et émanant de candidatures recevables.

On pourrait certes faire valoir que si aucun laboratoire plus proche ne s'est porté candidat, c'est parce que l'offre n'était pas suffisamment attractive pour eux et que la solution retenue par le juge des référés conduira le pouvoir adjudicateur à revoir ses conditions pour contracter avec l'un de ces laboratoires, l'infructuosité de l'appel d'offres lui ouvrant des possibilités de négociation. Mais outre que l'infructuosité d'une procédure doit rester en principe exceptionnelle, ce qui ne serait pas le cas ici où elle deviendrait en quelque sorte une conséquence normale de l'application de la règle, cette infructuosité ne surviendrait qu'en l'absence de toute autre candidature implantée dans la même zone que l'établissement hospitalier. Il suffirait en revanche qu'il y ait une seule candidature située dans la même zone, même très éloignée de l'établissement, pour qu'elle soit retenue, grâce à la présence d'autres laboratoires plus proches qui, n'étant pas candidats et puisqu'il y a une candidature régulière, ne pourront pas être choisis. Cette situation qui aboutit à un choix contraire à l'objectif de

santé publique visé par les textes, qui est celle de la présente affaire, sera certainement la plus fréquente.

Les arguments que nous avons évoqués en faveur de la solution retenue par le juge du référé ne s'opposent par ailleurs pas absolument à la solution inverse qui a notre préférence.

En premier lieu, la lettre du texte n'est pas un véritable obstacle tant il est évident que ses auteurs n'ont pas envisagé son application dans le cadre particulier des obligations de mise en concurrence qui s'imposent aux acheteurs publics. Le sens du texte, qui est de privilégier le plus proche hors de la zone sur le plus éloigné dans la zone, imposait l'emploi du singulier.

En deuxième lieu, l'application de ces dispositions dans le cadre particulier de la procédure de mise en concurrence lancée par l'établissement hospitalier ne consacre pas une interprétation moins stricte que l'autre de la dérogation et réalise concrètement ses objectifs, contrairement à la solution inverse.

L'objection la plus forte demeure la dernière, tirée de la plus grande complexité de la procédure. Elle pèse surtout sur les candidates extérieures à la zone qui ne sauront pas avant la fin de la procédure si leur offre sera ou non régulière. Rien ne les oblige à prendre ce risque. Du point de vue de l'acheteur public, il a tout intérêt à recevoir le plus de candidatures possibles émanant des plus proches laboratoires, y compris situés en zone limitrophe. Ayant dans tous les cas l'obligation d'examiner la recevabilité des candidatures et de la conformité des offres avant de procéder à leur évaluation, le fait de devoir éliminer une offre comme irrégulière après avoir vérifié la recevabilité et la conformité des autres ne représente pas un surcroît de travail.

Nous vous invitons donc à privilégier une application des dispositions du code de la santé publique qui, en tenant compte des contraintes particulières des procédures de mise en concurrence, assure la réalisation effective des objectifs qu'il poursuit.

Si vous partagez cet avis, vous annulerez l'ordonnance attaquée, ce qui vous dispensera d'examiner les autres moyens du pourvoi, et réglerez l'affaire au titre de la procédure de référé précontractuel.

Le premier moyen est tiré de l'irrégularité de l'offre de la société Oxabio au regard des exigences de territorialité des articles L. 6211-16 et R. 6211-12 du code de la santé publique.

Il n'est fondé ni dans sa première branche, qu'avait retenue à tort l'auteur de l'ordonnance attaquée, ni dans sa seconde branche, tirée de ce que la candidate évincée disposait au sein du territoire de santé du centre hospitalier d'un laboratoire plus proche de ce dernier que celui, situé à l'extérieur, de la société Oxabio. Il s'agit d'un laboratoire situé à Roye, à propos duquel le centre hospitalier et la société Oxabio font valoir qu'il s'agit d'un « petit laboratoire au sein duquel ne se trouve qu'un seul professionnel de santé » qui « n'effectue aucune prestation en phase analytique », « seules les phases pré-analytiques et post-analytiques y sont traitées ». La société Biologie Nord Unilab n'a pas contesté cette affirmation.

Vous écarterez sans difficultés le moyen tiré de ce que la notification du rejet de l'offre ne serait pas suffisamment motivée, le centre hospitalier ayant transmis quelques jours après à la candidate évincée, à sa demande, le détail de la notation de son offre et de celle de sa concurrente.

Les deux moyens suivants concernent le critère prix, pondéré à 30 %. Le premier vise le sous-critère intitulé « forfait plateau technique », lui-même pondéré à hauteur de 65 % du critère. Il est ainsi formulé : « le candidat dont le forfait technique est le plus avantageux (x) [pour le CHP] se verra attribuer la note maximale de 10/10. Cette valeur (x) servira de référence afin d'attribuer une note aux forfaits financiers des autres candidats selon la formule suivante », suit la formule classique de notation relative des offres au regard de la meilleure offre. Le CCAP indique que « dans l'hypothèse où le candidat proposerait dans son offre l'utilisation de tout ou partie du plateau technique mis à disposition, il indiquera dans son offre financière le montant forfaitaire mensuel reversé au CHP ».

La candidate évincée soutient que ce sous-critère serait présenté de manière trop imprécise puisque les candidats n'étaient pas obligés de présenter une offre faisant usage du plateau technique de l'hôpital et pouvaient faire le choix d'analyser les prélèvements dans un laboratoire extérieur.

Il ressort toutefois des extraits du règlement de la consultation que nous venons de citer que ce sous-critère ne correspondait pas à des variantes qui ne seraient pas explicitement prévues, comme semble le croire la société BNU, mais bien à une invitation faite aux candidats de proposer un prix pour l'utilisation du plateau technique de l'hôpital, alors même qu'ils ne l'utiliseraient pas effectivement. Le pouvoir adjudicateur souhaite ainsi rentabiliser un équipement dont il dispose mais dont il n'a plus l'usage du fait de sa décision d'externaliser les prestations, sans pour autant obliger les candidats à l'utiliser, tout en les y incitant. Même si elle impliquait de se référer au CCAP et qu'elle aurait pu être plus explicite – et c'est un euphémisme - la formulation du sous-critère était compréhensible et son application, qui conduisait à donner la meilleure note à l'offre qui proposait la meilleure redevance pour l'hôpital, non discriminatoire.

La candidate évincée critiquait également la méthode de notation de l'autre sous-critère du prix, relatif à la valeur des actes non cotés à la nomenclature des actes de biologie médicale, au motif qu'elle conduisait à attribuer 0/10 aux offres payantes lorsqu'une offre proposait de réaliser gratuitement ces actes. Tel est bien le résultat auquel aboutit la formule retenue, selon laquelle la note attribuée à l'offre du candidat à noter est obtenue en multipliant par 10 la valeur de l'acte la plus favorable au CHP puis en divisant le résultat par la valeur de la cotation du candidat à noter.

Cette méthode de notation ne nous paraît cependant pas de nature par elle-même à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération, au risque que le marché ne soit pas attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, puisque tel est le critère de l'irrégularité d'une méthode de notation qui relève en principe du choix discrétionnaire du pouvoir adjudicateur (3 nov 2014, *cne de Belleville-sur-Loire*, n° 373362, au rec). D'une part, vous admettez qu'une note maximale soit donnée à la meilleure offre et que les autres offres soient notées en fonction de la meilleure note (15 février 2013, *Sté SFR*, n° 363854, aux T ; 17 juil 2013, *Min de la défense c/ Sté Aeromécanic*, n° 364827). Ces méthodes de notation ne produisent en principe pas de distorsion excessive des écarts entre les offres car toutes les offres proposent en général un prix. La particularité de son application au cas d'espèce est que la possibilité de réaliser ces actes non cotés à la nomenclature gratuitement n'est pas purement théorique. Ces actes sont en réalité peu nombreux, l'essentiel des examens portant sur des actes cotés pour lesquels les prix sont fixés réglementairement. Ils n'offrent donc aucune marge de négociation et produisent apparemment une recette suffisante pour que les candidats puissent raisonnablement proposer d'accomplir gratuitement les actes non cotés. C'est d'ailleurs ce qu'a fait la société évincée, et personne ne soutient que

son offre ait été anormalement basse. Dans ces conditions, bien que l'hésitation soit permise, s'il est vrai qu'une offre gratuite conduit à donner zéro aux autres offres, ce mécanisme n'est pas sans lien avec la particularité de l'objet du marché et n'aboutit pas à fausser la compétition.

D'autre part, compte tenu de la valeur de ce sous-critère dans la pondération générale, le fait d'obtenir 0/10 ne compromet pas radicalement les chances d'obtenir le marché d'un candidat dont l'offre serait meilleure sur les critères plus valorisés.

Vous pourrez également écarter le moyen tiré de ce que le critère intitulé « impact social », relatif à une éventuelle reprise de personnels, pondéré à 35 %, n'aurait pas été suffisamment précisément défini, au motif que les candidats n'étaient pas tenus de procéder aux analyses sur place. La problématique n'est pas très éloignée de celle de l'utilisation du plateau technique : le centre hospitalier entend valoriser les offres qui permettront l'emploi des personnels qu'il affectait auparavant aux prestations externalisées. Nous ne voyons aucune ambiguïté dans cette démarche, d'autant que la candidate évincée admet avoir obtenu des précisions sur ce point au cours de la procédure.

Le dernier moyen vise le critère « Qualité de l'organisation et de la permanence des soins », pondéré à 30 %, dont il était indiqué qu'il serait apprécié au regard d'une « note d'organisation pré-analytique, analytique et post-analytique » et du « descriptif de l'outil informatique utilisé ». La candidate évincée soutient en premier lieu qu'en notant séparément ces deux points, sans avoir informé les candidats de l'existence de sous-critères, elle aurait méconnu ses obligations de mise en concurrence. Vous savez que les sous-critères « qui, eu égard à leur nature et à l'importance de leur pondération ou de leur hiérarchisation, ont la même incidence que les critères sur la préparation des offres, doivent également être publiés dans les mêmes conditions » (CE. 18 juin 2010, *commune de Saint-Pal-de-Mons*, n° 337377, A ; 25 mars 2013, *société Cophignon*, n° 364951, B). Un critère, qu'il soit de premier ou de second rang, est un élément de l'offre que le pouvoir adjudicateur entend valoriser particulièrement. Tel n'est pas le cas en l'espèce : la qualité des prestations a été appréciée au regard de deux éléments mentionnés dans les documents de la consultation, pondérés de manière égale.

Enfin, contrairement à ce que soutient la candidate évincée, ce n'est pas parce que le tableau de notation désigne ce critère comme relatif à « la note d'organisation pré-analytique » que les autres notes produites par les candidates n'ont pas été évaluées. Il est évident que cet intitulé fait référence à la qualité des prestations telle qu'elle ressort des trois notes demandées aux candidats.

EPCMNC :

- Annulation de l'ordonnance attaquée ;
- Rejet de la demande de référé présentée au TA d'Amiens ;
- Mettiez à la charge de la société Biologie Nord Unilab le versement au CH de Péronne et à la société Oxabio des sommes de 4 500 euros à chacun au titre des frais exposés devant vous et devant le JRTA.