

N° 2103274

TELECOM SERVICES

Mme Ophélie Thielen
Juge des référés

Ordonnance du 20 juillet 2021

39-08-015-01

C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 24 juin et 7 juillet 2021, la société Télécom Services, représentée par Me Brault, demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la consultation lancée par le groupe hospitalier Centre Bretagne, tendant à la passation du marché n° 2021-07 pour la location de télévisions avec infogérance intégrée pour le centre hospitalier du Centre Bretagne, hors structures médico-sociales ;

2°) de mettre à la charge du groupe hospitalier Centre Bretagne la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient, dans le dernier état de ses écritures, que :

- la décision portant rejet de son offre du 25 mai 2021 n'est pas motivée, et le pouvoir adjudicateur n'a pas répondu à sa demande de communication des motifs, de sorte que sont méconnues les dispositions des articles R. 2181-1 et R. 2181-3 du code de la commande publique ;

- le pouvoir adjudicateur a fait le choix de recourir à la procédure dérogatoire du dialogue compétitif, sans justifier de sa nécessité ; eu égard à son objet et compte tenu de son absence de complexité particulière, le marché ne pouvait être conclu dans le cadre d'un dialogue compétitif ; la procédure est ainsi irrégulière, au regard des dispositions des articles L. 2124-4 et R. 2124-3 du code de la commande publique ;

- les critères de sélection des candidatures sont entachés d'irrégularité, dès lors que certains d'entre eux ne permettent pas d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats ;

- la procédure est irrégulière, dès lors que le pouvoir adjudicateur a substantiellement modifié le dossier de consultation, en modifiant notamment la pondération des critères d'examen

des candidatures, sans laisser aux candidats un délai supplémentaire pour intégrer ces nouvelles données ; cette absence de délai supplémentaire l'a empêchée d'optimiser son offre, de sorte qu'elle est lésée par ce vice.

Par un mémoire, enregistré le 2 juillet 2021, la société Sulpice TV conclut au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société Télécom Services de la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- le pouvoir adjudicateur ayant indiqué qu'il communiquerait les motifs de rejet de la candidature de la société Télécom Services, le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions des articles R. 2181-1 et R. 2181-3 du code de la commande publique ne peut qu'être écarté ;
- le recours à la procédure de dialogue compétitif est parfaitement justifié, eu égard à la complexité et la spécificité des attentes du pouvoir adjudicateur ;
- les critères de sélection des candidatures sont réguliers et permettent d'apprécier les capacités professionnelles, techniques et financières des sociétés candidates.

Par deux mémoires en défense, enregistrés les 5 et 8 juillet 2021, le groupe hospitalier Centre Bretagne, représenté par Me Collet, conclut au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société Télécom services de la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que :

- la société Télécom Services reçoit, aux termes des présentes écritures, les informations nécessaires relatives aux motifs de rejet de sa candidature, de sorte que le manquement allégué aux obligations d'information n'est pas constitué ;
- l'éventuelle irrégularité dans le choix de la procédure de passation est insusceptible d'avoir lésé la société requérante, dès lors qu'elle n'établit pas, ni même n'allègue, que ce vice serait à l'origine de son éviction ;
- en tout état de cause, le choix de cette procédure est justifié, eu égard à la complexité des prestations attendues : la solution proposée doit inclure la location des télévisions compatibles avec les deux types de branchements existants sur les quatre sites, ainsi que les systèmes associés pour la gestion et la diffusion des services attendus, soit un logiciel permettant la diffusion des chaînes de télévision classiques, la diffusion d'une chaîne interne, l'accès à un bouquet thématique, au service de vidéo à la demande, à un service de communication entre le patient et son entourage, ainsi qu'aux informations sur l'hôpital ; le marché inclut également la prestation infogérance, c'est-à-dire de maintenance de la solution proposée, s'agissant tant des équipements que des systèmes et logiciels associés ; les besoins sont ainsi identifiés et définis, mais il n'était pas possible de définir à l'avance les moyens techniques permettant d'y répondre ;
- les critères de sélection des candidatures permettent d'apprécier les capacités techniques, financières et professionnelles ; en tout état de cause, la société Télécom Services n'établit pas, ni même n'allègue, que ce manquement, à le supposer caractérisé, l'aurait lésée, notamment que la définition des critères de sélection des candidatures a eu une influence sur la présentation de sa candidature.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné Mme Thielen, première conseillère, pour statuer sur les demandes de référé.

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

Ont été entendus, au cours de l'audience publique du 8 juillet 2021 :

- le rapport de Mme Thielen,

- les observations de Me Brault, représentant la société Télécom Services, qui persiste dans ses conclusions écrites, par les mêmes moyens développés, et soutient notamment que :

- le délai d'analyse des candidatures a été excessivement court ;
- elle n'a eu connaissance des motifs de rejet de sa candidature que dans le cadre du mémoire en défense ;
- la procédure de dialogue compétitif n'est pas justifiée dans le règlement de la consultation, et la mise en œuvre d'une telle procédure dérogatoire n'est pas fondée par les spécificités ou la complexité du marché ;
- les conditions de la consultation ont été substantiellement modifiées, le 12 mai 2021, sans que la date limite de remise des candidatures, fixée au 17 mai, ne soit repoussée ; la modification de la pondération a nécessairement eu une incidence sur la présentation de sa candidature et sur la stratégie commerciale mise en œuvre ; les documents complémentaires dont la production a tardivement été demandée consistent en des fiches thématiques, sur des points relevant en réalité de la présentation des offres ;
- trois des critères de sélection des candidatures relèvent de l'analyse des offres, outre que les critères n^{os} 1 et 5 sont redondants ;
- eu égard au rectificatif n° 4, les données et renseignements demandés au titre du critère n° 4 ne présentent plus de lien avec l'objet initial du critère, relatif à la présentation de la stratégie de l'entreprise ; notamment, la proportion du chiffre d'affaires affecté à la recherche et au développement ne présente aucun lien avec l'objet du marché ; par ailleurs, les demandes de précision et de présentation quant à la méthodologie susceptible d'être déployée consistent en réalité à demander des éléments relatifs à l'offre, alors même que le cahier des clauses techniques particulières n'est pas connu des entreprises ;

- les observations de Me Delest, représentant le groupe hospitalier Centre Bretagne, qui persiste dans ses conclusions écrites, par la même argumentation, et fait également valoir que :

- le marché n'a pas pour seul objet la location de téléviseurs, mais consiste en la mise en œuvre d'une solution technique et logiciel globale, permettant à l'ensemble des patients du groupe hospitalier, sur quatre sites, de bénéficier des mêmes services, outre la réalisation des prestations de maintenance, appareils et logiciel, associées ; eu égard à la complexité de ce marché et à l'impossible identification par le pouvoir adjudicateur de la solution technique à mettre en œuvre pour satisfaire ses besoins, précisément identifiés, le recours à la procédure de dialogue compétitif est parfaitement justifié ;

- la société Télécom Services n'a pu être lésée par les modifications apportées aux documents de la consultation, qui ne sont aucunement substantielles ; en tout état de cause, elle n'établit pas dans quelle mesure cela a influé sur la présentation de sa candidature ; aucune société n'a au demeurant demandé de délai supplémentaire pour remettre sa candidature ;

- les critères de sélection des candidatures, notamment celui relatif à l'équipe et aux compétences susceptibles d'être mobilisées, ne relèvent pas de l'analyse des offres ; il ne s'agit que de présenter les compétences et moyens humains de l'entreprise, et non de présenter l'équipe spécifiquement dédiée à la réalisation des prestations ;

- les demandes de précisions relatives à la part de chiffre d'affaires affectée à la recherche et au développement sont pertinentes eu égard à l'objet du marché ; en tout état de cause, les points perdus par la société Télécom Services sur ce critère ne l'ont pas été sur ce point précis, mais sur l'information relative à la part de chiffre d'affaires dans le domaine de la santé, non renseignée ;

- aucun critère de sélection des candidatures ne vise à apprécier l'offre susceptible d'être remise : les documents complémentaires demandés, à la suite de la visite sur site, doivent simplement expliciter les expériences et marchés similaires, ce qui constitue un critère classique d'examen de la capacité technique et professionnelle au stade de l'examen des candidatures : il s'agit donc pour les candidats d'étayer la présentation des méthodologies déjà mises en œuvre dans des marchés similaires, mais non de présenter celle envisagée pour leur offre future.

La société Sulpice TV n'était pas représentée.

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

Considérant ce qui suit :

1. Le groupe hospitalier Centre Bretagne a lancé une procédure de passation, en dialogue compétitif, d'un marché public de location de télévisions avec infogérance intégrée pour le centre hospitalier du Centre Bretagne hors structures médico-sociales. La société Télécom Services a été informée, le 25 mai 2021, du rejet de sa candidature et, par la présente requête, demande au juge des référés précontractuels l'annulation de cette procédure de passation.

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

2. 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.* ». Selon l'article L. 551-2 du même code : « *I.- 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 (...) ».

3. En vertu des dispositions de l'article L. 551-1 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. Il appartient dès lors 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.

4. Pour contester le rejet de candidature, la société Télécom Services soutient que la décision portant rejet de son offre du 25 mai 2021 n'est pas motivée, le pouvoir adjudicateur n'ayant pas répondu à sa demande de communication des motifs, de sorte que sont méconnues les dispositions des articles R. 2181-1 et R. 2181-3 du code de la commande publique, que le pouvoir adjudicateur a illégalement fait le choix de recourir à la procédure dérogatoire du dialogue compétitif, que les critères de sélection des candidatures sont entachés d'irrégularité et que le pouvoir adjudicateur a substantiellement modifié le dossier de consultation, en modifiant notamment la pondération des critères d'examen des candidatures, sans laisser aux candidats un délai supplémentaire pour intégrer ces nouvelles données.

5. Aux termes de l'article L. 2124-3 du code de la commande publique : « *La procédure avec négociation est la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques* ». Aux termes de son article L. 2124-4 : « *Le dialogue compétitif est la procédure par laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre* ». Aux termes de son article R. 2124-3 : « *Le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure avec négociation dans les cas suivants : / 1° Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ; / 2° Lorsque le besoin consiste en une solution innovante. Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise ; / 3° Lorsque le marché comporte des prestations de conception ; / 4° Lorsque le marché ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ; / 5° Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique, définis à la section 2 du chapitre I^{er} du titre I^{er} du présent livre ; / 6° Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens des articles L. 2152-2 et L. 2152-3, ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres. Toutefois, par dérogation aux dispositions de l'article R. 2144-4, ne peuvent participer à la procédure que le ou les soumissionnaires ayant justifié au préalable ne pas être dans un cas d'exclusion et satisfaisant aux conditions de participation fixées par l'acheteur* ». Aux termes de son article R. 2124-5 : « *Le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure du dialogue compétitif dans les cas mentionnés à l'article R. 2124-3* ».

6. Il résulte de l'instruction, notamment du cahier des charges portant expression des besoins joint au dossier de consultation des entreprises, que le marché en litige vise à satisfaire la volonté du groupe hospitalier Centre Bretagne de faire évoluer l'ensemble des briques de son infrastructure de télévision sur les quatre sites qu'il gère, d'une part, en procédant au remplacement de l'ensemble des appareils, dont il est aujourd'hui propriétaire, au profit d'équipements loués (cette prestation consistant en un remplacement de la passerelle DVB/IP, un remplacement du Serveur IP TV, un remplacement des téléviseurs IP et coaxial ainsi que les télécommandes et un ajout de station de tête de télévision avec sortie en format DVB-T (TNT) pour récupérer un signal lisible, via câble coaxial 17-VATC, par des téléviseurs équipés d'un tuner TNT (COFDM)) et, d'autre part, en externalisant l'infogérance, devant permettre l'accès des patients aux chaînes de télévisions de la TNT, aux radios numériques, aux chaînes locales et autres services (chaîne interne - devant notamment permettre d'améliorer l'accueil du public, de découvrir l'hôpital avant et durant une hospitalisation, de promouvoir les services et les pôles d'excellence, de mettre en avant l'expertise des équipes de soin et les pratiques médicales, de présenter les associations et les activités transversales, de remplir le rôle de prévention santé de l'établissement, de promouvoir et faciliter le remplissage du questionnaire de sortie, d'améliorer la relation entre le patient et l'hôpital, en diffusant des informations d'hospitalisation, les pathologies, les conditions d'hospitalisation, les droits, etc. -, bouquet thématique en option, service de vidéo à la demande, service de communication entre le patient et sa famille, ses amis, prévisions météorologiques, etc...), en disposant d'un système unique administrable de façon centralisée, devant s'interfacer avec le système de facturation actuel, et de téléviseurs identiques selon le mode de raccordement, cette prestation devant inclure un maintien en condition opérationnelle de la solution mise en œuvre, par la mise à jour continue du logiciel, la maintenance préventive régulière des équipements, la mise en place d'un centre d'appel dédié et la réalisation de prestations techniques avec présence mensuelle sur tous les sites.

7. Pour justifier le recours à la procédure dérogatoire du dialogue compétitif, le groupe hospitalier Centre Bretagne fait valoir que le marché en litige présente une complexité particulière eu égard aux exigences techniques spécifiques induites par ses besoins, s'agissant tant des équipements (solution type IPTV, multi-sites, à isopérimètre fonctionnel, quelle que soit la technologie utilisée (Full-IP et Coaxial/ Wifi), vidéo à la demande unique et similaire, disponible en mode multi-sites à la fois en Full-IP et Coaxial/Wifi, facturation en mode multi-sites, tenant compte de la solution actuelle et de la solution future à un instant t, avec des règles d'implémentations tarifaires propres à chaque site), que des prestations d'infogérance attendues, sur-mesure, impliquant la recherche et la mise en œuvre d'une solution innovante pour disposer de ce système unique administrable de façon centralisée et des téléviseurs identiques selon le mode de raccordement.

8. Pour spécifiques et précises que soient les exigences du groupe hospitalier Centre Bretagne, et pour particulier que puisse être le déploiement des prestations en multi-sites, il ne résulte toutefois pas de l'instruction que le marché en cause impliquait nécessairement et préalablement l'adaptation de solutions disponibles, le développement *ad hoc* d'une solution innovante ou la réalisation préalable de prestations de conception. Il n'en résulte pas davantage que ledit marché présentait des caractéristiques particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent, requérant une négociation préalable, ni que le pouvoir adjudicateur n'était pas en mesure d'en définir les spécifications techniques avec une précision suffisante. Dans ces circonstances, c'est au prix d'un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence que le groupe hospitalier Centre Bretagne a fait usage de la procédure de dialogue compétitif pour passer le marché en litige de location de télévisions avec infogérance intégrée. Eu égard au stade de la procédure de passation auquel a été évincée la société Télécom Services et au lien que cette

éviction présente avec l'existence d'une phase spécifique de sélection des candidatures, et dès lors qu'il résulte de ce qui vient d'être dit que le pouvoir adjudicateur ne pouvait, pour le marché en litige, recourir à une procédure de passation négociée, et qu'il n'établit pas qu'il aurait nécessairement lancé une procédure d'appel d'offres restreint et faisant au surplus usage des mêmes critères de sélection des candidatures et de la même pondération, la société requérante est fondée à soutenir qu'elle est susceptible d'avoir été lésée par le manquement commis.

9. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur l'ensemble des moyens de la requête, qu'il y a lieu d'annuler la procédure de passation du marché de location de télévisions avec infogérance intégrée lancée, en dialogue compétitif, par le groupe hospitalier Centre Bretagne.

Sur les frais liés au litige :

10. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de laisser à chaque partie les frais d'instance exposés et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La procédure de passation du marché de location de télévisions avec infogérance intégrée lancée, en dialogue compétitif, par le groupe hospitalier Centre Bretagne est annulée.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 3 : Les conclusions présentées par le groupe hospitalier Centre Bretagne et la société Sulpice TV au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Télécom Services, au groupe hospitalier Centre Bretagne et à la société Sulpice TV.

Fait à Rennes, le 20 juillet 2021.

Le juge des référés,

Le greffier,

signé

signé

O. Thielen

M.-A. Vernier

La République mande et ordonne au préfet du Morbihan 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.