

## **Ordonnance du Tribunal administratif n° 2300190 du 03 juin 2023**

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires enregistrés les 15, 31 mai et 1er juin 2023, la SA centre de rééducation fonctionnelle Te Tiare, représentée par la Selarl Fenuavocats, demande au juge des référés, dans le dernier état de ses écritures :

1°) d'enjoindre à la Polynésie française de suspendre la procédure de passation du marché fractionné mono-attributaire à bons de commande selon annonce publiée au JOPF du 10 février 2023 par la direction de la santé de la Polynésie française et de différer la signature dudit marché en ce qui concerne le lot n° 1 de ce marché relatif aux " prestations de prise en charge des patients hospitalisés dans les lits de soins de suite, rééducation et réadaptation fonctionnelle des hôpitaux périphériques de la direction de la santé " ;

2°) d'annuler la décision prise par la direction de la santé notifiée le 24 avril 2023 portant rejet de ses offres relatives au lot n° 1 (Taravao) du marché précité ainsi que la procédure de passation de ce marché ;

3°) d'enjoindre au pouvoir adjudicateur de recommencer toute la procédure, à tout le moins s'agissant des offres du lot n° 1, en assurant le respect des principes de transparence et d'égalité entre les candidats ;

4°) d'avoir accès à la composition des membres de la commission qui a statué sur les offres, d'obtenir des éclaircissements et explications motivées de la part de cette commission sur les différentes notes qui lui sont attribuées, notamment sur les sous-critères n° 2 " technique " pour le lot n° 1 ainsi que sur les notations attribuées à la Sarl SSRP Ora Ora sur les différents sous-critères (" prix " et " technique " ), pour le même lot n° 1 ;

5°) de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 200 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- son recours est recevable ; elle a intérêt pour agir en sa qualité de soumissionnaire dans le marché en cause et de candidate évincée sollicitant l'annulation de la procédure de passation dudit marché ; en outre, il est justifié de l'accomplissement des formalités de notification de son recours énoncées à l'article R. 551-1 du code de justice administrative qui ne sont d'ailleurs pas prescrites à peine d'irrecevabilité ;

- la position adoptée par l'autorité compétente est totalement incompréhensible, avec une notation anormalement basse sur les critères techniques ; elle est surtout manifestement injustifiée et infondée tant en droit qu'en fait, elle a été irrégulièrement notée ; en ce qui concerne le lot n° 1 pour la prise en charge des patients dans les lits SSR de l'hôpital de Taravao à Tahiti, au regard de la note globale qui lui a été attribuée, son offre se situe au deuxième rang de classement de l'ensemble des offres examinées avec une note de 74/100 pour l'ensemble des critères alors que la Sarl SSRP Ora Ora a obtenu la note globale de 77,2/100, soit un écart total de 3,2 points seulement avec toutefois un écart très important

sur le " critère technique " (24/50 contre 44/50) ; la note obtenue sur Taravao est donc largement sous-évaluée alors qu'elle devrait être au moins égale, voire supérieure, à celle obtenue sur le lot n° 2 concernant Uturoa ; ces notations sont d'autant plus incohérentes que le centre Te Tiare a présenté des offres relativement similaires sur les deux lots, notamment en termes de compétences et d'expériences de son personnel médical et paramédical, ainsi que s'agissant des moyens matériels et de méthodologie proposés ; de manière contradictoire, il a obtenu une note bien meilleure sur le lot n° 2 (Uturoa), à savoir 16/20 au titre des compétences et expériences du personnel médical et paramédical du candidat " contre seulement 12/20 pour ce même sous-critère sur le lot n°1 (Taravao) alors qu'il est évident que ces compétences et expériences sont strictement identiques ; l'objectif de l'administration a été manifestement d'attribuer à la Sarl SSRP Ora Ora le lot n° 1 de Taravao, le plus important économiquement ; la seule explication plausible étant qu'il s'agit de notations " arrangées et sciemment biaisées " au détriment du centre Te Tiare, en vue de favoriser l'autre candidat, à savoir la Sarl SSRP Ora Ora ; cette société a d'ailleurs bénéficié, pendant plusieurs années, de l'attribution automatique de cette " commande publique " mais sans respect d'aucune mise en concurrence ; le centre Te Tiare qui existe depuis plus de 34 ans est, à ce jour, le seul centre de rééducation et de réadaptation polyvalent en hospitalisation complète ; en ce qui concerne " les moyens matériels affectés ", les notations sont anormalement basses (6/15 pour Taravao) au regard des moyens existants et proposés par le centre Te Tiare ; il en est de même pour la " méthodologie d'intervention " ; l'erreur manifeste d'appréciation relative à la notation attribuée est donc manifeste ; le fait qu'un nouveau critère d'appréciation tenant à la spécificité de la patientèle de chaque établissement ait été pris en compte par l'administration, lequel ne figure pas dans l'appel d'offres (qui ne ciblait pas la prise en soins des patients obèses sur Taravao), révèle le favoritisme accordé à la Sarl SSRP Te Ora Ora et la méconnaissance du principe d'égalité entre les candidats et de transparence des procédures.

Par un mémoire en défense enregistré le 31 mai 2023, la Sarl SSRP Te Ora Ora conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 300 000 F CFP soit mise à la charge de la société requérante au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la requête est irrecevable dès lors que la décision de rejet de l'offre d'un candidat constitue une décision administrative détachable du marché public et de la procédure de passation ; la requérante ne justifie pas avoir procédé à la notification de son recours conformément à l'article R. 551-1 du code de justice administrative ;
- le juge des référés précontractuels n'est pas le juge de l'appréciation des mérites des offres au regard des critères de notation prévu dans le règlement de consultation ; il y a une confusion quant à l'office du juge saisi dans le cadre présent ;
- la critique relative à la " notation anormalement basse " du lot n° 1 est étonnante dès lors que la société requérante a obtenu sa note la plus basse pour le lot n° 3 ;
- la critique faite sur l'appréciation du critère technique des offres est injustifiée ; la méthode d'appréciation en fonction de trois sous-critères et de leur évaluation ne souffre d'aucune critique du

point de vue de sa régularité ;

- s'agissant du sous-critère 1 (compétences et expériences du personnel médical et paramédical), la très bonne note obtenue n'a rien d'abusif dès lors qu'elle souligne l'écart d'expérience et d'implication dans des structures différentes dans leur activité (notamment dans la prise en charge de l'obésité) ;

- en ce qui concerne le sous critère 2 (moyens matériels affectés à la réalisation des prestations), elle propose purement et simplement davantage de matériel lui appartenant en propre (matériel de rééducation, de télémedecine et de visioconférences) ;

- s'agissant du sous-critère 3 (méthodologie d'intervention), il existe une différence qualitative des offres dans la mesure où le centre requérant ne peut pas proposer un niveau de présence du médecin " MPR " comparable à celui qu'elle propose ; pour les besoins du marché, elle a d'ailleurs recruté un nouveau médecin expérimenté " MPR " qui doit être présent, sur site, au moins une fois par semaine ;

- les critiques de la société requérante quant aux mérites respectifs des offres et relatives au concept de " notation anormalement basse " sont ainsi, et en tout état de cause, dépourvues de fondement sérieux.

Par un mémoire enregistré le 31 mai 2023, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle fait valoir que les moyens exposés dans la requête ne sont pas fondés s'agissant particulièrement de la critique relative à la " notation anormalement basse " dont le centre de rééducation fonctionnelle Te Tiare aurait fait l'objet et précise en outre que le juge du référé précontractuel n'a pas à examiner l'appréciation portée par l'acheteur public sur les mérites respectifs de chacun des candidats au marché. Le président du tribunal a désigné M. Graboy-Grobescio, premier conseiller, pour statuer sur les demandes de référés.

Vu :

- les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;

- le code polynésien des marchés publics ;

- le code de justice administrative ;

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 2 juin 2023, à 10 heures :

- le rapport de M. Graboy-Grobescio, juge des référés,

- les observations de Me Dubois, représentant la SA centre de rééducation fonctionnelle Te Tiare, qui a rappelé les faits ayant conduit au présent litige et développé oralement son argumentation écrite, en maintenant l'ensemble de ses conclusions et moyens qu'il précise ;

- celles de Me Quinquis pour la Sarl SSRP Te Ora Ora ;

- et celles de M. D, représentant la Polynésie française.

Ont pu également à cette occasion formuler des observations :

- M. A pour la SA centre de rééducation fonctionnelle Te Tiare ;

- MM. Monconduit et Brugiroux pour la Sarl SSRP Te Ora Ora ;

- Et Mme B pour la direction de la santé.

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

Considérant ce qui suit :

1. La SA centre de rééducation fonctionnelle Te Tiare demande au juge des référés d'annuler la décision prise par l'autorité compétente de rejet de ses offres et la procédure de passation du marché relatif aux " prestations de prise en charge des patients hospitalisés dans les lits de soins de suite, rééducation et réadaptation fonctionnelle des hôpitaux périphériques de la direction de la santé " concernant le lot n° 1 (hôpital de Taravao) de ce marché. Par une ordonnance du 16 mai 2023, le juge des référés a enjoint à la Polynésie française de différer la signature du contrat pour le marché litigieux au plus tard jusqu'au 5 juin 2023.

Sur les conclusions du centre de rééducation fonctionnelle Te Tiare tendant à obtenir des informations sur les membres de la commission ayant statué sur les offres et les notations attribuées :

2. Si la SA centre de rééducation fonctionnelle Te Tiare " exige " d'avoir accès à la composition des membres de la commission qui a statué sur les offres et d'obtenir des éclaircissements et explications motivées de la part de cette commission sur les différentes notes attribuées, de telles mesures relèvent du pouvoir d'instruction du juge administratif qui lui appartient en propre de mettre en œuvre. Les conclusions portant sur un tel objet doivent, par suite, être rejetées.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 551-24 du code de justice administrative :

3. Aux termes de l'article L. 551-24 du code de justice administrative : " () en Polynésie française (), 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 des marchés et contrats publics en vertu de dispositions applicables localement. / Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le haut-commissaire de la République dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours. / Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. "

4. Les personnes habilitées à engager le recours prévu à l'article L. 551-24 du code de justice administrative en cas de manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué. 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. Le choix de l'offre d'un candidat

irrégulièrement retenu est susceptible d'avoir lésé le candidat qui invoque ce manquement, à moins qu'il ne résulte de l'instruction que sa candidature devait elle-même être écartée, ou que l'offre qu'il présentait ne pouvait qu'être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable.

5. Aux termes de l'article LP. 123-2 8° du code polynésien des marchés publics : " Les dispositions du présent code ne s'appliquent pas aux marchés publics suivants : () 8° Marchés de services qui ont pour objet les prestations de soins dispensées par les professionnels de santé médicaux et paramédicaux ".

6. Il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, sauf dénaturation, d'exercer un contrôle sur l'appréciation portée sur la valeur des offres.

7. Il est constant qu'à la suite de l'examen des offres concurrentes relatives au marché litigieux portant sur la prise en charge de patients dans des lits de SSR à l'hôpital de Taravao (Tahiti), lot n° 1, à l'hôpital d'Uturoa (Raiatea), lot n° 2, et à l'hôpital Louis-Rollin de Taiohae (Nuku Hiva), lots n° 3, le lot n° 2 a été attribué à la SA centre de rééducation fonctionnelle Te Tiare, alors que les lots n° 1 et 3 ont été attribués à la Sarl SSRP Te Ora Ora. S'agissant du lot n° 1 (hôpital de Taravao) exclusivement en litige, le centre de rééducation fonctionnelle Te Tiare, soutient à l'appui de son moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation, que la notation, particulièrement des critères techniques de son offre, est " anormalement basse " et procède d'une position " totalement incompréhensible " de l'autorité compétente. La SA centre de rééducation fonctionnelle Te Tiare compare les notes ainsi obtenues notamment pour les lots n° 1 et 2 relatives au sous-critère " compétences et expériences du personnel médical et paramédical " et se prévaut de son ancienneté et de ses compétences s'agissant également du sous-critère " méthodologie d'intervention ". Toutefois, alors qu'il n'est pas établi ni même allégué que la valeur de l'offre de la société requérante aurait été dénaturée, celle-ci ne peut utilement soumettre au juge des référés précontractuels des griefs tenant à la contestation de l'appréciation portée sur la valeur des offres dans le cadre du marché litigieux.

8. La société requérante fait également valoir que l'objectif de l'administration a été " manifestement d'attribuer à la Sarl SSRP Ora Ora le lot n° 1 de Taravao, le plus important économiquement " et que la seule explication plausible réside dans le fait qu'il s'agit de notations " arrangées et sciemment biaisées " au détriment du centre Te Tiare, en vue de favoriser l'autre candidat, à savoir la Sarl SSRP Ora Ora. S'agissant d'un tel grief, la circonstance que la société concurrente attributaire dispose de compétences et de ressources déjà existantes en lien avec le champ d'intervention de certains praticiens, n'est pas de nature, à elle seule, à établir que l'acheteur public aurait fait une application irrégulière des critères fixés au marché et ainsi manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

9. Selon la circulaire du 3 octobre 2008 relative au décret n° 2008-377 du 17 avril 2008 relatif aux conditions d'implantation applicables à l'activité de soins de suite et de réadaptation : " Le champ des soins de suite et de réadaptation (SSR) représente un secteur stratégique de l'offre de soins en raison de sa position, entre soins de courte durée et retour à domicile, unités de soins de longue durée (USLD) ou secteur médico-social, qui lui confère une mission clé : la participation à l'animation des filières de prise en charge. / Le secteur du SSR connaît un développement continu, compte tenu des besoins de soins liés aux maladies chroniques, aux événements de santé invalidants et au vieillissement de la

population. / ( ) ". La réponse au besoin du patient dans le champ SSR fait en effet appel à la totalité des missions qui caractérisent une prise en charge en SSR : les soins, la rééducation et la réadaptation, la prévention et l'éducation thérapeutique, l'accompagnement à la réinsertion. Ces différentes missions sont mises en œuvre à des degrés d'intensité variable et à des moments différents selon l'état du patient et l'orientation médicale de la structure. / ( ) Le décret prévoit une seule modalité d'autorisation avec des possibilités de mentions complémentaires : une autorisation d'exercer l'activité de soins au seul titre des SSR adultes : cela correspond au SSR indifférencié ou polyvalent ; ( ) la mention d'une ou plusieurs prises en charge spécialisées en SSR ( ) II - Les principes d'organisation ( ) Le SSR ne doit plus être seulement reconnu comme l'aval du MCO, mais comme structure sanitaire apportant une plus-value réelle au patient car permettant une prise en charge globale destinée à lui permettre de retourner dans son lieu de vie d'origine. Ainsi toute admission en SSR doit être précédée d'une évaluation des besoins médicaux. "

10. La SA centre de rééducation fonctionnelle Te Tiare tire des écritures de la Polynésie française le fait qu'un nouveau critère (ou sous-critère) d'appréciation aurait été pris en compte par l'administration pour l'attribution du marché litigieux, sans que celui-ci ne figure dans les termes de l'appel d'offres, tenant à la spécificité de la patientèle de chaque établissement s'agissant plus particulièrement de la prise en charge de l'obésité à l'hôpital de Taravao, objet du lot n° 1 en litige, comme indiqué au point 1. Ainsi, selon les termes mêmes de la Polynésie française, les effectifs proposés par le centre Te Tiare " étaient partiellement inadéquats pour l'hôpital de Taravao, dont le projet prioritaire est la prise en charge de l'obésité (ce qui explique la note attribuée de 12/20) ". Si, comme le fait valoir la société requérante, les documents du marché, notamment le dossier de consultation des entreprises ou le cahier des clauses techniques particulières, ne font pas expressément mention de l'existence d'une " spécificité de la patientèle de chaque établissement " ainsi que de la prise en charge prioritaire de l'obésité, dont il n'est pas contesté qu'elle représente un enjeu majeur de santé publique particulièrement en Polynésie française, il résulte des dispositions énoncées au point précédent et des échanges contradictoires relevés en audience que le champ des soins de suite et de réadaptation (SSR), particulièrement du secteur du SSR dit " indifférencié ou polyvalent ", est susceptible de prendre également en charge des patients atteints d'obésité qui ne relèveraient pas nécessairement d'un secteur SSR spécialisé directement adapté aux formes les plus sévères de cette pathologie. Dans le cadre d'une prise en charge polyvalente, il est d'ailleurs et communément prévu par les structures SSR d'envisager ce type de prise en charge à l'instar d'ailleurs du centre Te Tiare qui, dans son propre document de présentation, sous la rubrique des compétences et expériences se rapportant au lot n° 1 indique qu'" au niveau médical ( ) en cas d'admission de patients obèses, un nutritionniste, un endocrinologue et un addictologue externes à la structure seront sollicités ". Dans ces conditions, le fait, pour la Polynésie française, d'indiquer que la spécificité d'une patientèle souffrant d'obésité a été prise en compte pour l'attribution de la notation sur 20 points correspondant à la rubrique " compétences et expériences du personnel médical et paramédical " du critère technique, relatif au lot n° 1, ne peut être regardé comme révélant l'application d'un nouveau sous-critère. Par suite, il ne peut s'en déduire que la procédure de

passation du marché en litige est empreinte de favoritisme à l'égard de la Sarl SSRP Ora Ora faisant une application irrégulière des critères fixés au marché et que cette procédure, comme la décision également contestée de rejet des offres de la société requérante relative au lot n° 1, a méconnu les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, principes généraux du droit de la commande publique.

11. En conséquence de ce qui précède, les motifs retenus par la présente ordonnance n'impliquant aucune mesure d'exécution, la requête de la SA centre de rééducation fonctionnelle Te Tiare doit, sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non-recevoir opposées en défense par la Sarl SSRP Ora Ora, être rejetée dans toutes ses conclusions et ce comprises celles présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

12. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la SA centre de rééducation fonctionnelle Te Tiare la somme de 150 000 F CFP à verser à la Sarl SSRP Ora Ora au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

ORDONNE :

Article 1er : La requête de la SA centre de rééducation fonctionnelle Te Tiare est rejetée.

Article 2 : La SA centre de rééducation fonctionnelle Te Tiare versera à la Sarl SSRP Te Ora Ora la somme de 150 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée au Centre de rééducation fonctionnelle Te Tiare, à la Sarl SSRP Te Ora Ora et à la Polynésie française.

Fait à Papeete, le 3 juin 2023.

Le juge des référés, Le greffier,

A. Graboy-Grobescos M. C

La République mande et ordonne au haut-commissaire de la République en Polynésie française en ce qui le concerne ou à tous commissaires 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,

Un greffier,