

Ordonnance du Tribunal administratif n° 2400064 du 13 mars 2024

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 23 février et 7 mars 2024, la Sarl Medipol, représentée par Me Quinquis, demande au juge des référés :

1°) avant dire droit, d'ordonner à l'Institut Louis Malardé (ILM) de différer la signature du marché portant sur la " Fourniture, installation, mise en service, maintenance d'une plateforme de chimie immuno-chimie sérologie analyse avec son environnement, formation utilisateur et fourniture de réactifs calibrateurs consommables et contrôle associés " ;

2°) avant dire droit, d'ordonner à l'ILM de verser le procès-verbal de la commission d'appel d'offres ainsi que d'indiquer la composition de la commission d'appel d'offres ;

3°) d'annuler la procédure de marché négocié pour la " Fourniture, installation, mise en service, maintenance d'une plateforme de chimie immuno-chimie sérologie analyse avec son environnement, formation utilisateur et fourniture de réactifs calibrateurs consommables et contrôle associés " au stade de l'analyse des offres des candidats ;

4°) d'enjoindre à l'ILM de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres des candidats dans le respect des principes de publicité, de transparence et de mise en concurrence ;

5°) de condamner l'ILM à payer la somme de 350.000 FCP au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- si les critères sont pondérés, le règlement de consultation énumère de très nombreux sous critères qui ne sont irrégulièrement ni hiérarchisés ni pondérés ; certains "items " ont été avantagés ou plus valorisés que d'autres ; les critères ont des frontières confuses ; ainsi " l'accompagnement " se retrouve dans maintenance / SAV ou formation ;

- certains aspects de son offre ont été dénaturés ;

- sur le critère du prix : il n'est pas justifié que la procédure initiale était inacceptable ; il est indiqué que l'une des quatre offres n'était pas inacceptable et l'on ne peut exclure que ce fut la sienne ; la société Roche a méconnu, ce qui lui a permis d'être moins disante, l'interdiction du règlement de la consultation (5.1) de présenter plus d'une offre et son offre devait donc être rejetée comme étant irrégulière ;

- sur le critère Technique : elle a répondu au marché en proposant la fourniture de deux automates de chimie / immunologie de dernière génération dont, sur le sous critère performance, les capacités de production de l'offre de Roche sont inférieures, et dont l'installation ne nécessiterait pas d'interrompre l'activité du laboratoire de l'ILM, avantage qui ne semble pas avoir été pris en considération ; le rendement du COBAS PURE est inférieur à celui des autres machines ; le fait de disposer de deux machines à haut rendement permet d'assurer une meilleure continuité du service en cas de panne ou de difficulté sur un automate ; c'est avec étonnement qu'elle constate que son offre a reçu la même note technique que celle de ROCHE (33,75 / 45) alors qu'elle a proposé deux machines à haut rendement quand son concurrent en a proposé une seule ; si la productivité n'était pas un critère

déterminant il fallait informer les candidats ; les données chiffrées fournies dans le mémoire en défense sont erronées, notamment les cadences ; de même les affirmations sur la stabilité des réactifs ;

- sur le critère Maintenance/SAV, la société ROCHE NZ n'a -sauf erreur- pas de représentant en Polynésie française contrairement à elle ; or elles ont obtenu tous les deux la note de 7.5/10 ; son bref délai d'intervention n'a pas été valorisé alors qu'il s'agit d'un élément primordial ; le fait de présumer que les techniciens Abbott seraient moins qualifiés n'est pas justifié ;
- sur le critère Adaptation et environnement, les candidats n'ont pas été informés des contraintes de poids ; au demeurant le Cobas Pure a le même poids que l'Alinity ; l'Alinity est adapté au milieu tropical et plus efficace d'un point de vue énergétique ; son offre a donc été dénaturée ;
- sur le critère Logistique, elle a obtenu la note de 6/8 quand son concurrent a été noté 8/8 alors qu'avec sa présence sur le territoire, et la présence d'un stock tampon lui permettant des facilités et des délais de livraison très courts, elle devait être mieux notée ; à l'inverse, l'offre de ROCHE impose de transférer la gestion d'une partie de la logistique à l'ILM, notamment en ce qui concerne le stockage, la gestion des stocks et les commandes ; est également transféré le risque de péremption des produits ;
- sur le critère Formation elle a proposé une formation dispensée en Polynésie française, en français, par un ingénieur ABBOTT, puis la formation des personnes ressources localement ; la formation par ROCHE NZ suppose des échanges sous forme de mission, imposant la pratique de l'anglais ; au regard des sous critères figurant au règlement de consultation, les notes (7/7 pour ROCHE ; 5,25 pour Medipol) n'apparaissent pas cohérentes ; contrairement à ce qu'a retenu l'ILM, la formation est renforcée par la présence d'un ingénieur Abbott pendant quatre semaines et un rappel de formation après deux mois de prise en main ;

- la commande publique doit aussi permettre aux entreprises implantées localement d'acquérir des compétences et de former leur personnel à l'évolution des technologies, ce qu'elle fait ;

Par des mémoires en défense, enregistrés les 4 et 7 mars 2024, l'Institut Louis Malardé, représentée par Me Fidele, conclut au rejet de la requête comme non-fondée et à ce que soit mise à la charge de la Sarl Medipol une somme de 300 000 FCFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu la communication de la requête à la société Roche Diagnostics New Zealand ;

Par une ordonnance du 23 février 2024, le juge des référés a enjoint à l'Institut Louis Malardé de différer la signature du contrat jusqu'au 13 mars 2024 et rejeté le surplus des conclusions avant dire-droit.

Vu :

- les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- le code des marchés publics de la Polynésie française ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience le 7 mars 2024 à 9h30 puis reportée à 14h00.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Devillers, juge des référés,
- Me Quinquis et M. A représentants la société Medipol et Me Fidele et M. B pour l'Institut Louis Malardé, qui ont repris les moyens et arguments exposés dans leurs écritures.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience puis réouverte lundi 11 et clôturée mardi 12 mars 2024 à 12h locale.

Une note en délibéré a été enregistrée le 8 mars 2024 présentée pour l'Institut Louis Malardé, puis communiquée après la réouverture de l'instruction.

L'ILM soutient que les moyens ne sont pas fondés.

Un mémoire a été enregistré le 11 mars 2024 présenté pour la société Medipol qui a été communiqué.

La société Medipol soutient en outre que :

- le rapport d'analyse des offres occulte de nombreuses informations sans qu'aucune justification précise ne soit apportée à ce manque de transparence ; ce rapport ne fait pas un examen exhaustif des sous-critères prévus au règlement de consultation ; notamment la stabilité à bord, critère présenté comme déterminant à l'audience, n'a pas été mentionnée comme critère, ni même comme sous critère de sélection des offres ;

Un mémoire de production de pièces a été enregistré le 11 mars 2024 présenté pour l'ILM en réponse à une mesure d'instruction, qui a été communiqué.

Un mémoire a été enregistré le 12 mars 2024 présenté pour l'ILM qui n'a pas été communiqué.

Une note en délibéré a été enregistrée le 12 mars 2024 postérieurement à la clôture de l'instruction, présentée pour la société Medipol.

Considérant ce qui suit :

Sur les conclusions à fin d'annulation :

1. 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. " ;

2. Le 27 juin 2023, l'Institut Louis Malardé (ILM) a lancé un appel d'offres relatif à la fourniture, l'installation, la mise en service, la maintenance d'une plateforme de chimie immuno-chimie sérologie

analyse avec son environnement, la formation utilisateur et la fourniture de réactifs calibreurs consommables et les contrôles associés. Le 30 octobre 2023, la commission d'appel d'offres a rendu un avis de non attribution du marché, les offres des candidats n'étant pas acceptables. L'appel d'offres a été déclaré infructueux et une procédure de marché négocié en application de l'article LP 323-2 du code des marchés publics de la Polynésie française a été lancée. Les nouvelles offres devaient être déposées avant le 4 décembre 2023. Quatre candidats ont présenté une offre. L'offre de la société Medipol a été classée en 2ème position derrière celle de la société Roche Diagnostics New Zealand. La société Medipol demande l'annulation de la procédure de passation de ce marché.

En ce qui concerne le moyen tiré de l'absence de pondération des sous-critères :

3. Aux termes de l'article LP 235-2 du code des marchés publics de la Polynésie française et de ses établissements publics : " I.- Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur public se fonde : / 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement et l'interopérabilité. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ; / 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix ".

4. Pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces critères. Il doit également porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation des sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection. Il n'est, en revanche, pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres.

5. Il résulte de l'article 7.2 du règlement de la consultation que : " Examen des offres. Le jugement des offres sera effectué dans les conditions prévues aux articles LP 235-2 et suivants du code polynésien des marchés publics. Les critères et sous-critères utilisés pour noter, classer les offres et leur pondération respective, sont les suivants : Prix (avec les) sous-critères : Coût d'exploitation/Taux de remise en fonction évolution activité/engagement changement de SIL/Evolution des prix et noté sur 30 points.

Technique (avec les) sous-critères : Performance technique/Facilité adaptative à l'environnement/Rendement Temps technique/Contraintes de conditionnement RCCC flacons prêts à l'emploi Gestion des CIQ : Facilité rapidité efficacité et convivialité du suivi Informatique : Performance de la connexion bidirectionnelle. Qualité : Accompagnement à l'installation/validation/vérification des méthodes/comparaison automates/jeux de tests/ continuité de l'activité et noté sur 45 points. Maintenance/SAV (avec les) sous-critères : Effectifs et formations/délai/forfaits proposés/durée garantie et noté sur 10 points. Logistique (avec les) sous-critères : Facilité livraison /Urgence délai livraison/Délai max livraison/Délai de réservation lot /péremption à livraison et noté sur 8 points. Formation (avec les) sous-critères : qualité et durée de formation/langue/Niveaux de formation / prise en charge financière/formation continue et noté sur 7 points. Pour le critère " prix ", la méthode de calcul d'attribution des points est la suivante : - le moins disant obtient le maximum des points, soit 30 points ; les autres offres obtiennent un nombre de points calculé au prorata du rapport entre l'offre la moins-disante et l'offre considérée, selon la formule suivante : Note prix : $30 \times [(Prix \text{ le plus bas}) / (Prix \text{ de l'offre considérée})]$. Pour les autres critères, la méthode de calcul d'attribution des points est la suivante pour chaque sous-critère : Excellent : Tous les points du sujet ont été abordés et sont décrits de façon complète et satisfaisante par rapport aux exigences du marché 100 % Bon : 1 à 2 points du sujet n'ont pas été abordés ou sont fournis de façon incomplète ou insatisfaisante par rapport aux exigences du marché 75% Insuffisant : Plus de 2 points du sujet n'ont pas été abordés ou sont fournis de façon incomplète ou insatisfaisante par rapport aux exigences du marché 50% Non-renseigné ou renseigné de façon très incomplète avec plus de 5 points du sujet non abordés ou fournis de façon insatisfaisante par rapport aux exigences du marché 0% (").

6. Ces dispositions présentent ainsi cinq critères de jugement des offres assortis d'un très grand nombre de sous-critères, pour certains divisés en plusieurs sous-sous-critères. Ces sous-critères, présentés par l'ILD dans son mémoire en défense comme de simples " éléments d'appréciation " pour la notation des critères, ainsi ni pondérés ni hiérarchisés, sont au demeurant très généraux, rédigés d'une façon très imprécise, ne permettant pas aux candidats de savoir ce qui sera prioritairement valorisé ni même effectivement attendu de l'acheteur public. Ainsi le critère " Technique ", qui, avec cette seule formulation ne précise pas les attentes de l'acheteur public, et qui est le plus valorisé, avec 45 points, n'est pourtant pas assorti de sous-critères pondérés ou hiérarchisés, mais de quatre premiers " sous-critères " - ou " éléments d'appréciation " très généraux : Performance technique/Facilité adaptative à l'environnement/Rendement Temps technique/Contraintes de conditionnement RCCC flacons prêts à l'emploi, d'un " sous-critère " Gestion des CIQ, pour lequel sont appréciés quatre items là encore particulièrement généraux : Facilité rapidité efficacité et convivialité du suivi, d'un " sous-critère " Informatique, assorti de la précision Performance de la connexion bidirectionnelle, enfin, d'un " sous-critère " Qualité pour lequel sont appréciés six items : Accompagnement à l'installation/validation/vérification des méthodes/comparaison automates/jeux de tests/ continuité de l'activité. Dans ces circonstances, la société Medipol est fondée à soutenir que l'imprécision voire la subjectivité des critères de jugement des offres, assortis de nombreux sous-critères dépourvus de

pondération ou de hiérarchisation et de multiples éléments d'appréciation, réservant ainsi à l'ILD une marge d'appréciation particulièrement discrétionnaire de la valeur des offres, constitue de la part de celui-ci une méconnaissance de ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

7. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête, qu'il y a lieu d'annuler l'ensemble de la procédure d'attribution de ce marché. Eu égard à l'annulation ainsi prononcée, les conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à l'ILM de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres des candidats ne peuvent qu'être rejetées.

Sur les frais du litige :

8. Il y a lieu, en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, de mettre à la charge de l'ILM une somme de 150 000 FCFP à verser à la société Medipol. Ces mêmes dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de la société Medipol qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

ORDONNE :

Article 1er : La procédure de passation par l'Institut Louis Malardé (ILM) du marché relatif à la fourniture, l'installation, la mise en service, la maintenance d'une plateforme de chimie immuno-chimie sérologie analyse avec son environnement, la formation utilisateur et la fourniture de réactifs calibres consommables et les contrôles associés est annulée.

Article 2 : L'Institut Louis Malardé versera une somme de 150 000 FCFP à la société Medipol au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la Sarl Medipol, à l'Institut Louis Malardé et à la société Roche Diagnostics New Zealand.

Fait à Papeete, le 13 mars 2024.

Le juge des référés,

P. Devillers

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,

N°2400064