

Recours Tarn-et-Garonne contre un marché public et moyen tiré d'une contrefaçon dont serait entachée l'offre retenue

Lire les conclusions de :

Romain Reymond-Kellal

Conclusions du rapporteur public

DÉCISION DE JUSTICE

TA Lyon – N° 1704813 – société Biomediga – 24 mai 2022 – C+ [↗](#)

INDEX

Mots-clés

Marchés publics, Marchés à bon de commande, Contentieux des brevets, Contrefaçon, Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016

Rubriques

Marchés et contrats

TEXTES



Résumé Conclusions du rapporteur public

Résumé

¹ Un candidat évincé peut utilement soutenir, pour demander l'annulation d'un contrat, que celui-ci a été conclu en violation d'un droit de propriété intellectuelle dès lors que l'offre retenue serait entachée de contrefaçon [1].

² Compte tenu de la compétence réservée à la juridiction judiciaire en la matière, il appartient normalement au tribunal administratif d'attendre que la juridiction judiciaire unique spécialisée se soit prononcée sur l'existence éventuelle d'une contrefaçon [2].

³ L'obligation de surseoir à statuer dans l'attente de la décision prise par le juge judiciaire sur une question relevant de sa seule compétence, doit être conciliée avec le droit des parties à voir leur affaire jugée dans un délai utile et raisonnable [3].

⁴ *39-02, Marchés et contrats administratifs, Formation des contrats et marchés*

NOTES

[1] Rappr. sur l'irrégularité des offres illicites, [CE, 11 décembre 2013, société antillaise de sécurité, 372214, B](#) ; voir [CE, 30 septembre 2011, département de la Haute-Savoie, 350153-351992](#) [Retour au texte](#)

[2] Rappr. [TC, 9 décembre 2019, société Biomedica, C4169, B](#) [Retour au texte](#)

[3] Rappr. [CE, Section, 23 mars 2012, fédération Sud santé sociaux, 331805, A](#) ; [CE, 23 juillet 2003, syndicat Sud travail, 228361-228545-228606-229013-229867-229925-229926-229940-229947-229966-229967, A](#). [Retour au texte](#)

Conclusions du rapporteur public

Romain Reymond-Kellal

Rapporteur public au tribunal administratif de Lyon

DOI : [10.35562/alyoda.8688](https://doi.org/10.35562/alyoda.8688)

¹ La requête qui vient d'être appelée se présente pour la troisième fois devant votre prétoire, après avoir donné lieu à pas moins de 5 décisions émanant de presque toutes les formations de jugement et ordre de juridiction possibles : votre juge des référés précontractuels, d'abord, qui a, par ordonnance du 17 février 2017, rejeté la requête n° 1700413 de la société Biomediq ; votre formation collégiale une première fois ensuite, qui a, par jugement avant-dire droit du 27 juin 2019, renvoyé l'affaire devant le Tribunal des conflits, ce dernier ayant lui-même, par une décision du 9 décembre 2019 n° 4169 mentionnée aux tables, jugé que si vous êtes compétents pour statuer au fond sur les conclusions en annulation du marché conclu avec la société TC Medical, seule la juridiction judiciaire l'est pour examiner le moyen tiré de l'existence de l'irrégularité de l'offre de cette dernière en tant qu'elle porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle de ce tiers, ce qui a naturellement amené votre formation jugement, par un second jugement avant-dire droit du 28 mai 2020, à surseoir à statuer le temps que le Tribunal judiciaire de Paris statue sur la cette sorte de « question préjudicielle » par un jugement finalement rendu le 20 janvier 2022 dans l'affaire opposant la société Biomédiqa aux sociétés TC Medical et RHEA au sujet du brevet de la première et dont il a été fait appel le 2 février 2022.

² C'est dire, donc, à quel point le litige né de l'attribution d'un marché public à la société TC Medical par le groupement de coopération sanitaire (GCS) UniHA pour la fourniture, la livraison, l'installation, la formation à l'utilisation et la maintenance de dispositifs de report de signalisation d'émission de rayons X pour arceaux mobiles de radioscopie et qui s'est traduit concrètement par la signature d'un contrat le 21 avril 2017, mobilise, depuis près de cinq ans, les juridictions de première instance comme les auxiliaires de Justice, sans que nous ayons de doute quant au fait que le jugement que vous rendrez sur la requête du concurrent évincé n'en sera peut-être pas l'épilogue.

³ Dans le dernier état de ses écritures et ainsi qu'il a été rappelé, la société Biomédiqa vous demande en effet l'annulation de ce contrat et la condamnation du GCS UniHA à lui verser la somme totale de 1 423 137,6 euros en réparation du manque à gagner qu'elle estime avoir subi du fait de son éviction irrégulière, subsidiairement la somme de 60 000 euros au titre des frais de confection de son offre sur le même fondement.

Sur les questions préalables

4 Avant d'aborder le fond, deux questions préalables se posent.

L'absence de prolongation du sursis à statuer

5 Le première est relative à la demande de prolongation du sursis à statuer présentée par la société requérante au motif qu'elle a interjeté appel du jugement rendu par le tribunal judiciaire de Paris.

6 Il résulte d'une jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat que le juge administratif est en principe tenu de sursoir à statuer tant que la décision rendue par le juge judiciaire n'est pas devenue définitive. En pratique, et contrairement à ce que l'on pourrait penser de prime abord, cette obligation ne vaut que tant que le juge d'appel ne s'est pas prononcé (CE, 24 juin 1960, p.417 ; CE, 7 février 1962, *consorts des Acres de l'Aigle*, p.92 ; CE, 2 octobre 1970, p.550). En effet, les pourvois en cassation en matière civile n'étant pas suspensifs, le Conseil d'Etat estime que le caractère définitif résulte d'une décision revêtue de la force de chose jugée tel qu'un arrêt d'appel (V. aussi par rapp. en matière pénale et pour l'autorité de la chose jugée : CE, 29 mai 2009, 319334, commune de Ligné, aux tables).

7 Ceci étant, ce principe connaît des exceptions résultant de la conciliation entre le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, et ceux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions, dont la bonne administration de la Justice, en vertu desquels tout justiciable a droit à ce que sa demande soit jugée équitablement dans un délai raisonnable : ainsi, un jugement de première instance peut être regardé comme tranchant la question préjudicielle dans les circonstances de l'espèce et eu égard notamment à la nature de l'acte litigieux (CE, 23 juillet 2003, syndicat Sud travail et autres, 228361, au Recueil), tout comme il peut ne pas être posé de question préjudicielle lorsqu'il existe une jurisprudence bien établie permettant de conférer un caractère manifeste à la solution à donner à la difficulté relevant normalement d'un autre ordre juridictionnel (TC, 17 octobre 2011, C3828, SCEA du Chêneau, au Recueil pour son application au juge judiciaire ; et CE, 23 mars 2012, 331805, fédération SUD Santé sociaux, au Recueil pour son extension au juge administratif). En outre, le législateur est intervenu dans le but, précisément, d'assurer la célérité du traitement des questions préjudicielles en prévoyant que les jugements judiciaires (ou administratifs) rendus sur question préjudicielle le sont en premier et dernier ressort (cf. art. 126-15 du code de procédure civile créé par le décret n° 2015-233 du 27 février 2015).

8 En l'espèce, et quand bien même il ne s'agit pas formellement d'une question préjudicielle que vous avez posée puisque le Tribunal judiciaire de Paris a été saisi directement par les parties, il nous

semble qu'eu égard tant à la nature très particulière de la compétence en matière de propriété intellectuelle relevant d'une juridiction unique spécialisée (al. 1 de l'article L. 615-17 du code de la propriété intellectuelle), qu'aux termes retenus par le Tribunal des conflits lui-même dans les motifs dans sa décision de 2019 (mentionnant le jugement du TGI) et à la nécessité de statuer dans un délai utile et raisonnable sur la requête de la société Biomedica, vous pourriez considérer que, dans les circonstances de l'espèce, le jugement judiciaire intervenu, qui est d'ailleurs exécutoire provisoirement et dont l'appel n'est pas suspensif, doit être regardé comme tranchant la question préjudicielle posée. Il n'y a donc pas lieu de sursoir à statuer une nouvelle fois comme vous le demande la requérante, étant précisé qu'elle resterait libre, si elle s'y croyait recevable et fondée, à interjeter appel du jugement que vous rendrez dans l'hypothèse où vous ne feriez pas droit à ses conclusions comme nous allons le proposer dans un instant.

L'irrecevabilité des conclusions indemnitaires pour défaut de liaison préalable du contentieux

⁹ Précisons, au titre de la seconde question préalable se posant avant d'aborder au fond les divers moyens soulevés à l'appui du recours en contestation de validité du contrat administratif, que les conclusions indemnitaires sont, en tout état de cause, irrecevables dès lors qu'il résulte de l'instruction qu'alors même qu'elles ont été formulées pour la première fois le 19 novembre 2018, de manière initialement non chiffrées d'ailleurs, la requérante n'a présenté sa réclamation préalable à l'acheteur que près de 4 ans plus tard, soit le 8 avril 2022. Aucune décision explicite n'ayant été prise en l'état de l'instruction, et aucune décision implicite n'étant susceptible de naître avant le 8 juin 2022, ces conclusions ne seront pas régularisées à la date à laquelle vous statuerez eu égard au délai habituel de 15 jours suivant l'audience qui caractérise la célérité du service public de la juridiction administrative organisé selon le principe de la procédure écrite.

Sur les conclusions en contestation de validité du contrat

¹⁰ Au fond, vous ne pourrez, en premier lieu, qu'écarter le moyen tiré de l'irrégularité de l'offre de l'attributaire en tant qu'elle méconnaît les règles de la propriété intellectuelle dès lors que la société Biomédica a été débouté de ses actions en contrefaçon, concurrence déloyale et parasitisme à l'encontre des sociétés TC Medical et RHEA, par le jugement du Tribunal judiciaire de Paris précité, qui doit être regardé comme ayant tranché la question préjudicielle ainsi que nous l'avons exposé précédemment.

¹¹ Le moyen tiré du défaut d'allotissement, à supposer même qu'il soit opérant, n'est pas davantage fondé. En vertu de l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 alors applicable : « (...) / *Les acheteurs peuvent (...) décider de ne pas allotir un marché public (...) si la dévolution en lots séparés (...) risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations. / (...)* ». Vous exercez un contrôle normal sur l'analyse portée par l'acheteur et les justifications qu'il fournit pour estimer que l'existence de l'un des inconvénients prévus par ces dispositions justifie la passation d'un marché global (CE, 25 mai 2018, 417428, OPH Hauts-de-Seine, au Recueil). Les considérations d'ordre technique portant notamment sur l'exclusivité d'un produit et la nécessité de confier la maintenance à la même société qui procède à l'installation peuvent justifier la passation d'un marché global (V. par ex. s'agissant d'un système de traitement d'eau de dialyse dans un centre hospitalier : TA Lyon, 13 février 2020, 1808864-1903999, SFEC, point 8).

¹² En l'espèce, il ressort du rapport d'analyse des offres (p. 7) que l'acheteur a estimé que l'allotissement n'était pas justifié « *tant d'un point vue technique qu'économique* ». Il résulte de l'instruction que, si les prestations prévues au marché peuvent être regardées comme distinctes, il apparaît que le matériel devant être livré et installé présente une technicité et des compétences particulières qui justifient, tout autant pour garantir la qualité et la cohérence des prestations qu'assurer l'exclusivité des droits, un marché global afin d'éviter le risque de rendre l'exécution des prestations techniquement impossible ou financièrement plus coûteuse. En l'absence de contestation sérieuse de la part de la requérante, ces considérations établissent que l'acheteur n'a pas commis d'erreur d'appréciation en décidant de ne pas allotir les prestations de vente, d'installation, de maintenance et de formation.

¹³ Les moyens tirés des conditions dans lesquelles a eu lieu l'essai du matériel de la société Biomediga et l'erreur de droit ou l'erreur manifeste d'appréciation qui auraient été commises en lui attribuant la note de 0 sur 20 au sous-critère « *évaluation sur site* » afférent nous semblent inopérants.

¹⁴ Vous le savez, en vertu de la jurisprudence dite Tarn-et-Garonne (CE, 4 avril 2014, 358994, Département de Tarn et Garonne, au Recueil), le tiers au contrat ne peut invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont il se prévaut ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. Une erreur d'appréciation de l'acheteur sur la valeur de l'offre ne constitue pas, en soi, un vice du consentement, ni même un vice d'une particulière gravité tout court (rapp. pour le critère prix : CE, 8 novembre 2018, 420654, société

CERBA, au Recueil; voir aussi pour une méthode de notation non prévue : CE, 28 juin 2019, 420776, société Plastic Omnium, aux tables). Un tel moyen ne se soulève donc pas d'office.

15

Et le motif d'éviction de la société requérante résulte, en l'espèce, de l'appréciation globale portée par l'acheteur sur la valeur de son offre au regard de l'ensemble des critères prévus par le règlement de la consultation, lequel en prévoit 4 qui sont pondérés de la manière suivante :

- le critère prix, dénommé « cout économique global », représentant 50 % ;
- le critère technique, évalué sur la base du contenu du mémoire technique et des réponses techniques, pondéré à 20 % ;
- le critère « évaluation sur site », pondéré à 20 % également ;
- et le critère « travaux et prestations associées », pondéré à 10 %.

16

L'appréciation de l'ensemble de ces critères a conduit à attribuer à la société Biomedica la note totale de 49,72 sur 100 contre 85,69 sur 100 à la société TC Medical. A supposer même que la société requérante ait pu effectuer un test dans les conditions optimales qu'elle souhaitait et obtenu la note 20 sur 20 au critère tiré de l'évaluation sur site, sa note finale n'aurait été que de 69,72. Il résulte en effet de l'instruction que le montant de son offre est deux fois plus élevé que ses concurrents, ce qui grève nécessairement cette note finale en application d'une méthode globale qui n'est pas critiquée en soi. Il en résulte que les vices qu'elles allèguent ne peuvent être regardés comme étant en lien direct avec le motif de son éviction du marché.

17

En tout état de cause, la circonstance que la séance d'évaluation sur le site choisi par la société requérante a été avancée de deux jours est, par elle-même, sans incidence sur la régularité de la procédure de passation puisque le test a bien eu lieu et la société requérante ne fait état d'aucune circonstance précise qui caractériserait que la modification de la date initialement prévue aurait eu des répercussions négatives sur les conditions de déroulement du test.

18

De plus, en prévoyant, dans le règlement de la consultation, que l'absence de fonctionnement du dispositif lors des évaluations pourrait impliquer une note nulle, donc égale à 0, ne constitue pas une méthode de notation privant d'effet les critères prévus dès lors, d'une part, qu'il apparait tout à fait conforme à la méthode notation de n'importe quel critère que lorsque les attentes ne sont pas du tout remplies, cette circonstance implique une note nulle pondérée dans le total à seulement 20 % d'ailleurs, et d'autre part, il résulte du règlement de la consultation que l'absence de fonctionnement lors de l'évaluation sur site, qui a pour objet d'apprécier la simplicité de mise

en place, l'ergonomie, le fonctionnement et la conformité du système par rapport aux exigences du cahier des charges, n'obère en rien l'appréciation des qualités techniques intrinsèque de l'équipement, évalué objectivement au titre d'un autre critère (voyez par ex. p. 13 du RAO), ou les autres prestations tels que les travaux d'installation, ou encore le prix global, critères qui représentent eux 80 % de l'appréciation finale.

¹⁹ Enfin, il ne résulte pas de l'instruction que la notation à 0 sur 20 au titre de ce critère procède d'une appréciation de l'acheteur manifestement erronée. Si la société requérante soutient que son équipement a fonctionné même incorrectement, il ressort du RAO et du courrier du 1er février 2017 que le dispositif proposé ne fonctionne pas à travers le béton ou les parois plombées des salles, de sorte qu'il ne signale pas, en dehors de la salle d'opération, l'existence de rayon X. Or, il ressort explicitement de l'article 1.2 du CCTP qu'il s'agit là d'une exigence fondamentale du cahier des charges (cf. le point sur le report de signalisation hors salle d'intervention pour une entrée).

²⁰ Enfin, la société requérante soutient que la candidature de la société TC Medical est irrégulière dès lors qu'il s'agit d'un grossiste en pharmacie qui ne justifie pas des capacités techniques et professionnelles pour l'exécution du marché puisqu'elle n'aurait aucun salarié et s'appuierait en réalité sur la société RHEA, laquelle est un sous-traitant intégral prohibé.

²¹ La régularité de la candidature constitue un moyen opérant dans le cadre du recours Tarn-et-Garonne, comme vient de le juger récemment le Conseil d'Etat à propos d'une candidature incomplète constituant un vice entachant la validité du contrat insusceptible d'être régularisé devant le juge (CE, 28 mars 2022, 454341, commune de Ramatuelle, aux tables). Cette décision rappelle toutefois qu'il appartient au juge du contrat de vérifier l'existence du vice mais surtout d'en apprécier les suites qu'il doit lui donner au regard de l'importance et les conséquences du vice.

²² En l'espèce, l'attribution du marché est régie par l'ordonnance n° 2015-899 qui prévoyait, au I de son article 62, que « le titulaire d'un marché public peut, sous sa responsabilité, sous-traiter l'exécution de ce marché public » sous réserve que les acheteurs aient explicitement exigé « que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le titulaire ».

²³ Le règlement de la consultation prévoyait ici, en son point 5.2.1, que les candidats devaient produire divers documents, tels que la déclaration de candidature selon le formulaire DC1-DC2, une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels et l'importance du personnel d'encadrement, la présentation d'une liste des principales fournitures ou services au cours des trois dernières années et un

certificat de qualification professionnelle. Surtout, ce règlement ajoutait que, « pour justifier de ses capacités (...) le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités (...) d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens existants entre ces opérateurs ». Il en résulte que le règlement de la consultation autorisait le recours à la sous-traitance, ce qui est confirmé par l'article 5.1.1 du CCAP stipulant que le titulaire du marché « s'engage à (...) vendre à l'établissement bénéficiaire de la centrale d'achat du GCS UniHA un matériel neuf d'origine en parfait état de fonctionnement [et] effectuer, ou faire effectuer en son nom, la livraison, l'installation et la prise en main du matériel ».

²⁴ Ainsi, en se bornant à faire valoir que le titulaire du marché est un grossiste en pharmacie, donc un fournisseur de matériel médical qui est bel et bien susceptible de vendre lui-même le matériel fabriqué par RHEA, la société requérante, qui ne critique nullement la circonstance que l'attributaire a fourni tous les documents requis par le règlement de la consultation, ne conteste pas utilement la régularité de la candidature de ce dernier, pas plus quand elle fait valoir qu'il ne dispose d'aucun salarié puisqu'il peut faire effectuer par une autre société, mais sous son nom, les autres prestations, sans que l'attributaire puisse dès lors être regardé comme ayant intégralement sous-traité le marché ni même méconnu les documents de la consultation.

²⁵ Le dernier moyen soulevé n'est donc pas fondé alors, au demeurant, qu'il ressort de l'attestation établie par le coordinateur de l'UniHA le 31 mars 2020 que le marché à bon de commandes sous forme d'accord-cadre a été intégralement et parfaitement exécuté par l'installation de 474 dispositifs de report livrés et installés dans 17 établissements médicaux.

²⁶ Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société Biomediga de la somme de 2 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.