

CAA de MARSEILLE

N° 16MA00920

Inédit au recueil Lebon

6ème chambre - formation à 3

Mme Steinmetz-Schies, président

Mme Florence HERY, rapporteur

M. THIELE, rapporteur public

SELARL FGD PARIS, avocat(s)

lecture du mercredi 3 mai 2017

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

1) La société Appligos a demandé au tribunal administratif de Montpellier d'annuler le marché conclu le 27 mars 2014 entre le centre hospitalier régional universitaire (CHRU) de Montpellier et la société Télécom Exos portant sur la fourniture, l'exploitation et la maintenance d'une solution de régulation du SAMU de l'Hérault.

2) La société Appligos a demandé au tribunal administratif de Montpellier de condamner le CHRU de Montpellier à lui verser la somme de 360 000 euros en réparation du préjudice résultant de son éviction irrégulière.

Par un jugement n° 1402509, 1500192 du 8 janvier 2016, le tribunal administratif de Montpellier a rejeté les demandes de la société Appligos.

Procédure devant la Cour :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 8 mars 2016 et 6 avril 2017, la société Appligos, représentée par la SELARL FGD Avocats, demande à la Cour :

1°) d'annuler ce jugement du tribunal administratif de Montpellier du 8 janvier 2016 ;

2°) de condamner le CHRU de Montpellier à lui verser la somme de 360 000 euros toutes taxes comprises ;

3°) de mettre une somme de 3 000 euros à la charge du CHRU de Montpellier au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les critères de sélection des candidatures énoncés dans le règlement de la consultation méconnaissent les dispositions des articles 52 et 53 du code des marchés publics ;
- le CHRU de Montpellier a méconnu les dispositions de l'article 45 du code des marchés publics et de l'arrêté du 28 août 2006 pris pour son application ;
- il a commis une erreur manifeste dans l'appréciation des capacités techniques et financières de la société Télécom Exos ;
- elle se rapporte à ses autres moyens développés en première instance.

Par un mémoire en défense, enregistré le 16 décembre 2016, le CHRU de Montpellier conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 3 500 euros soit mise à la charge de la société Appligos au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- le jugement est définitif sur les conclusions aux fins d'annulation du marché ;
- les moyens soulevés par la société Appligos ne sont pas fondés.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code des marchés publics ;
- l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs ;
- le code de justice administrative.

Le président de la Cour a désigné Mme Marie-Pierre Steinmetz-Schies, président assesseur, en application de l'article R. 222-26 du code de justice administrative.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Héry,
- les conclusions de M. Thiele, rapporteur public,
- et les observations de MeB..., représentant la société Appligos, et de Me A..., représentant le CHRU de Montpellier.

Une note en délibéré, présentée pour la société Appligos, a été enregistrée le 11 avril 2017.

Une note en délibéré, présentée pour le centre hospitalier régional universitaire de Montpellier a été enregistrée le 14 avril 2017.

1. Considérant que le centre hospitalier régional universitaire (CHRU) de Montpellier a lancé en août 2013 une procédure de dialogue compétitif en vue de l'attribution d'un marché portant sur la fourniture, l'exploitation et la maintenance d'une solution de régulation du SAMU de l'Hérault (SAMU 34) ; qu'à l'issue de cette procédure, le marché a été attribué à la société Télécom Exos ; que la société Appligos, concurrent évincé, relève appel du jugement du 8 janvier 2016 par lequel le tribunal administratif de Montpellier a rejeté ses demandes tendant, d'une part, à l'annulation de ce marché et, d'autre part, à l'indemnisation des préjudices résultant de son éviction ;

Sur la portée de l'appel :

2. Considérant qu'il ressort des écritures de la société Appligos dans sa requête introductive d'instance que si cette dernière présente des conclusions tendant à l'annulation du jugement du 8 janvier 2016 ainsi qu'à la condamnation du CHRU de Montpellier à l'indemniser des préjudices résultant de son éviction, elle doit être regardée

comme concluant également à l'annulation du contrat ;

Sur la validité du contrat :

3. Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ces clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé dans le délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; qu'à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ;

4. Considérant que la décision n° 358994 du 4 avril 2014 du Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a jugé que le recours qu'elle a défini ne trouve à s'appliquer et quelle que soit la qualité dont se prévaut le tiers, qu'à l'encontre des contrats signés à compter de la lecture de cette même décision ; qu'il en résulte que le recours formé par la société Appligos contre le contrat en litige, signé antérieurement à cette décision, doit être apprécié au regard des règles applicables avant ladite décision, qui permettaient à tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure un contrat administratif d'invoquer tout moyen à l'appui de son recours contre le contrat ;

5. Considérant qu'aux termes de l'article 67 du code des marchés publics, alors en vigueur : " La procédure de dialogue compétitif est organisée conformément aux dispositions suivantes./ I. - Un avis d'appel public à la concurrence est publié dans les conditions prévues à l'article 40. Les besoins et exigences sont définis par le pouvoir adjudicateur dans cet avis et, le cas échéant, dans un projet partiellement défini ou dans un programme fonctionnel./ Les modalités du dialogue sont définies dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation./ Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre des candidats qui seront admis à participer au dialogue. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à trois./ (...) IV. - Au vu des seuls renseignements relatifs aux candidatures, la liste des candidats invités à dialoguer est établie en application des dispositions de l'article 52 (...)/ V. - Les candidats

sélectionnés sont simultanément invités, par écrit, à participer au dialogue (...)/ VI. - Le dialogue s'ouvre avec les candidats sélectionnés./ L'objet du dialogue est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux les besoins (...) Le dialogue se poursuit jusqu'à ce que soient identifiées, éventuellement après les avoir comparées, la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre aux besoins (...)/ VII. - Lorsqu'il estime que la discussion est arrivée à son terme, le pouvoir adjudicateur en informe les candidats qui ont participé à toutes les phases de la consultation. Il les invite à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue (...)/ VIII. - Après classement des offres conformément au III de l'article 53, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie en application du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation (...) " ;

6. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 45 du code des marchés publics : " I. - Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager. (...)/ La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie./ Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimums de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché (...) III. - Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il justifie de la capacité de ce ou ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché (...) " ; que l'article 52 de ce code dispose : " I. - (...) Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application de l'alinéa précédent sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence (...) Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées (...) II. - Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il procède à la sélection de ces candidats en appliquant aux candidatures retenues conformément au I des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du marché relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières (...) " ; qu'il résulte de ces dispositions que lorsqu'il décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger de ces derniers, pour opérer sa sélection, que les renseignements et documents prévus par l'arrêté susvisé du 28 août 2006, pris pour l'application des dispositions de l'article 45 ;

7. Considérant que pour sélectionner les candidats admis à participer au dialogue compétitif, le CHRU de Montpellier a déterminé quatre critères parmi lesquels l'un portait sur la capacité des candidats à développer la solution dans les délais et l'autre sur la capacité des candidats à exploiter et maintenir la solution proposée ; que le pouvoir adjudicateur a demandé aux candidats d'indiquer dans leur cadre de réponse, outre les effectifs globaux de leur entreprise, ceux de l'équipe envisagée, par la fourniture d'une " note organisationnelle comprenant les différents intervenants envisagés par compétence avec leur fonction et un organigramme spécifique pour le projet " ; que si le CHRU de Montpellier soutient que la production de cette note revêtait un caractère facultatif, il

ressort cependant du tableau d'analyse et de classement des candidatures qu'ont notamment été examinés les moyens humains et techniques qui seraient spécifiquement mobilisés pour le projet ; que ces renseignements, qui constituent un élément d'appréciation de l'offre, ne sont pas au nombre de ceux limitativement prévus par l'arrêté du 28 août 2006 ; que, par suite, le CHRU de Montpellier a méconnu les dispositions précitées des articles 45 et 52 du code des marchés publics ;

8. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 3.4. du règlement de consultation : " La candidature et l'offre, qu'elles soient présentées par une seule entreprise ou par un groupement, devront indiquer tous les sous-traitants connus lors de leur dépôt. Devront également être indiquées les prestations (et leur montant) dont la sous-traitance est envisagée, la dénomination et la qualité des sous-traitants qui l'exécuteront à la place du titulaire " ; que l'article 6 de ce règlement précise que le dossier de candidature doit comprendre, pour chaque sous-traitant présenté dans l'offre, le formulaire de déclaration de sous-traitance ; que la société Télécom Exos a indiqué dans son dossier de candidature le recours à la société Orange Business Service comme sous-traitant ; que l'acte spécial joint à ce dossier et signé par la société Orange mentionne précisément la nature des prestations qui lui sont confiées, portant notamment sur la fourniture, la configuration, la mise en service, l'exploitation et la maintenance des éléments ou du système et ses évolutions ainsi que de l'autocommutateur téléphonique ; que, toutefois, ni le montant des prestations ainsi sous-traitées, ni les effectifs et les moyens envisagés pour exécuter ces prestations ne sont précisées ; qu'il ressort en outre de l'examen du rapport d'analyse des candidatures que la société Telecom Exos ne disposait pas, à elle seule, des moyens humains pour assurer la réalisation du marché ; que, par suite, dès lors que la société Orange Business France ne justifiait pas de l'existence des moyens mis à disposition de la société Telecom Exos, le CHRU de Montpellier a également méconnu l'article 45 du code des marchés publics en retenant la candidature de la société Télécom Exos ;

9. Considérant que la société requérante ne saurait se prévaloir de l'insuffisance des capacités financières de la société Télécom Exos en se bornant à se référer à ses propres capacités ;

10. Considérant, en troisième lieu, que la société requérante indique, sans apporter d'éléments nouveaux, reprendre les autres moyens développés par elle en première instance ; qu'il y a lieu, d'écarter ces moyens par adoption des motifs retenus à bon droit par les premiers juges ;

11. Considérant qu'il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer, le cas échéant avec effet différé, la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en

réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ;

12. Considérant que les vices entachant la validité du contrat en litige portent sur la méconnaissance des dispositions des articles 45 et 52 du code des marchés publics ; que cette méconnaissance, qui n'a pas affecté le consentement de la personne publique ni le bien-fondé des prestations objet du marché, a cependant eu une incidence sur le choix de l'attributaire, dont la candidature aurait dû être rejetée comme irrégulière ; qu'elle est ainsi de nature à justifier la résiliation du contrat ; que l'intérêt général tenant à la continuité du service public, constitué par la nécessité que le SAMU 34 puisse être joint à tout moment et bénéficie sans interruption de la maintenance de ses équipements de communication en cas de panne, justifie que cette résiliation ne prenne effet qu'au 1er janvier 2018, afin que le CHRU de Montpellier, s'il entend ne pas reprendre en régie ce service, puisse mener à bien la procédure légalement requise de choix d'un cocontractant ;

Sur les conclusions indemnitaires :

13. Considérant que lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce dernier, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter le marché ; que, dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, elle a droit, en principe, au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ; qu'il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses de remporter le marché ; que, dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique ;

14. Considérant que le règlement de la consultation a défini trois critères de sélection, portant sur la valeur technique des fonctionnalités attendues, la méthodologie de gestion de projet et le coût global de la solution sur toute la durée du marché, respectivement pondérés à 40, 15 et 40 % ; qu'à l'issue de l'examen des offres, la société Appligos a été classée en deuxième position par la commission d'appel d'offres, qui lui a attribué la note de 32 sur 40 pour le premier critère, la note maximale pour le deuxième critère et celle de 18,37 pour le dernier critère ; que si la valeur technique de l'offre a ainsi été jugée satisfaisante, le prix proposé par la société Appligos était deux fois supérieur à celui de la société attributaire ; que compte tenu du prix ainsi proposé, ses chances de se voir attribuer le marché ne peuvent être regardées comme sérieuses ; que, toutefois, la société Appligos n'étant pas dépourvue de toute chance de remporter le marché, elle a droit au remboursement des frais engagés pour présenter son offre ;

15. Considérant que la société requérante justifie avoir exposé des dépenses d'un montant de 35 599,27 euros au titre des frais de présentation de son offre, incluant la préparation de son dossier de candidature, des trois auditions préalables à la remise de son offre et son élaboration ; qu'il y a lieu de condamner le CHRU de Montpellier à lui verser cette somme ;

16. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société Appligos est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Montpellier a rejeté ses demandes ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

17. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre une somme de 2 000 euros à la charge du CHRU de Montpellier au titre des frais exposés par la société Appligos et non compris dans les dépens ; que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions du CHRU de Montpellier, partie perdante dans la présente instance ;

D É C I D E :

Article 1er : Le jugement du tribunal administratif de Montpellier du 8 janvier 2016 est annulé.

Article 2 : Le contrat conclu le 27 mars 2014 entre le CHRU de Montpellier et la société Télécom Exos est résilié avec effet différé au 1er janvier 2018.

Article 3 : Le CHRU de Montpellier versera la somme de 35 599,27 euros à la société Appligos.

Article 4 : Le CHRU de Montpellier versera la somme de 2 000 euros à la société Appligos au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Les conclusions du CHRU de Montpellier tendant à l'application des dispositions

de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : Le présent arrêt sera notifié à la société Appligos et au centre hospitalier régional universitaire de Montpellier.

Délibéré après l'audience du 10 avril 2017, où siégeaient :

- Mme Steinmetz-Schies, président,
- Mme Héry, premier conseiller,
- M. Gautron, conseiller,

Lu en audience publique, le 3 mai 2017.

4

N° 16MA00920

Abstrats : 39-02-02-03 Marchés et contrats administratifs. Formation des contrats et marchés. Mode de passation des contrats. Appel d'offres.