

**COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL  
DE NANTES**

**N° 16NT01474**

---

COMMUNAUTÉ D'AGGLOMÉRATION DU  
COTENTIN

---

Mme Allio-Rousseau  
Rapporteur

---

M. Bréchet  
Rapporteur public

---

Audience du 19 septembre 2017  
Lecture du 6 octobre 2017

---

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

La cour administrative  
d'appel de Nantes

4ème Chambre

Vu la procédure suivante :

*Procédure contentieuse antérieure :*

La société Jean Tisin a demandé au tribunal administratif de Caen de condamner la communauté de communes de la Côte des Isles à lui verser la somme de 156 356 euros, assortie des intérêts au taux légal à compter de la date de réception de sa demande préalable, en réparation du préjudice résultant de la perte de chance sérieuse d'obtenir le lot n°3 « gros œuvre » du marché de travaux portant sur la construction d'un pôle nautique de loisirs à Barneville-Carteret.

Par un jugement n° 1401893 du 10 mars 2016, le tribunal administratif de Caen a condamné la communauté de communes de la Côte des Isles à verser à la société Jean Tisin la somme de 137 000 euros en réparation du préjudice résultant de son éviction illégale du marché.

*Procédure devant la cour :*

Par une requête et un mémoire, enregistrés le 9 mai 2016 et le 13 juillet 2017, la communauté de communes de la Côte des Isles, à laquelle a succédé la communauté d'agglomération du Cotentin, représentée par Me Le Coustumer, demande à la cour :

1°) d'annuler ce jugement du tribunal administratif de Caen du 10 mars 2016 ;

2°) à titre principal, de rejeter la demande présentée par la société Jean Tisin tendant à sa condamnation à lui verser la somme de 156 356 euros, augmentée des intérêts au taux légal ;

3°) à titre subsidiaire, de réduire à de plus justes proportions la demande de la société Jean Tisin ;

4°) de mettre à la charge de la société Jean Tisin la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la société Jean Tisin n'avait aucune chance sérieuse d'emporter le marché ; elle était fondée à déclarer sans suite la précédente consultation eu égard aux motifs d'intérêt général tenant à la sauvegarde des bâtiments et à la sécurité des personnes ; ce n'est qu'en raison d'une maladresse rédactionnelle que la possibilité de présenter des variantes a été limitée aux fondations sur la partie front de mer ; l'étude géotechnique n'impose pas une solution de fondations superficielles en partie haute de l'ouvrage ;

- la détermination du manque à gagner de la société Jean Tisin est erronée ;

- la société Jean Tisin a commis des négligences fautives de nature à l'exonérer d'une partie de sa responsabilité.

Par deux mémoires en défense, enregistrés le 8 novembre 2016 et le 4 juillet 2017, la société Jean Tisin, représentée par Me Mayaud, conclut au rejet de la requête et demande à la cour, d'une part, par la voie de l'appel incident, de porter à la somme de 156 356 euros, assortie des intérêts, le montant de l'indemnité qui lui a été allouée, et d'autre part, de mettre à la charge de la communauté d'agglomération du Cotentin le versement d'une somme de 5 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- elle avait une chance sérieuse d'emporter le marché ; la déclaration sans suite de la précédente consultation a été motivée par la volonté de favoriser la société attributaire ; les documents de la consultation prescrivaient une solution de fondations différenciées selon les zones d'implantation du bâtiment projeté ; son offre respectait l'ensemble des prescriptions techniques particulières fixées pour le lot gros œuvre ;

- elle a droit à être indemnisée de son manque à gagner ;

- aucune négligence ne peut lui être reprochée.

L'instruction a été close au 25 juillet 2017, date d'émission d'une ordonnance prise en application des dispositions combinées des articles R. 611-11-1 et R. 613-1 du code de justice administrative.

Un mémoire présenté pour la société Jean Tisin a été enregistré le 4 septembre 2017.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code 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 :

- le rapport de Mme Allio-Rousseau, premier conseiller ;
- les conclusions de M. Bréchet, rapporteur public,
- et les observations de Me Le Coustumer, représentant la communauté d'agglomération du Cotentin, et de Me Mayaud, représentant la société Jean Tisin.

1. Considérant qu'en juillet 2013, la communauté de communes de la Côte des Isles, aux droits de laquelle vient aujourd'hui la communauté d'agglomération du Cotentin, a engagé une procédure adaptée pour la passation d'un marché public de travaux portant sur la construction d'un pôle nautique de loisirs à Barneville-Carteret, décomposé en quatorze lots ; que ce marché ayant été déclaré infructueux sur certains lots, une seconde procédure ayant le même objet a été engagée le 4 octobre 2013 ; que la société Jean Tisin a présenté une offre pour le lot n° 3 « gros œuvre » ; qu'à la suite de l'annulation de cette procédure conclue par l'attribution du lot n°3 à une autre société, prononcée le 18 décembre 2013 par le juge des référés du tribunal administratif de Caen, la société Jean Tisin a remis une offre améliorée ; que le 5 février 2014, la communauté d'agglomération du Cotentin a déclaré sans suite la procédure pour un motif d'intérêt général tenant à l'inadaptation des solutions techniques de fondations prescrites par le dossier de consultation ; que le 12 février suivant, sans modifier les prescriptions en cause mais en se bornant à prévoir l'admission de variantes, elle a engagé une nouvelle procédure d'appel d'offres, pour laquelle la société Jean Tisin a présenté une offre, de nouveau rejetée ; que la communauté de communes de la Côte des Isles relève appel du jugement du 10 mars 2016 par lequel le tribunal administratif de Caen l'a condamnée à verser à la société Jean Tisin la somme de 137 000 euros en réparation du préjudice résultant de son éviction illégale du marché litigieux ;

#### Sur l'appel principal :

En ce qui concerne la responsabilité :

2. Considérant que l'avis d'appel public à la concurrence publié le 12 février 2014 prévoyait explicitement la possibilité de présenter des variantes ; que le règlement de la consultation portant sur le lot n° 3 « gros oeuvre » précisait : « les variantes sont acceptées, dans le respect du principe architectural et des règles de l'art » ; que l'article 3.3.3 du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) modifié du lot n° 3 stipule que « L'étude géotechnique de Fondouest de type G12 du 27-03-2012, et les recommandations qui en découlent font partie intégrante du dossier de consultation. / Les fondations seront réalisées en fonction de cette étude, du Bureau d'Etude Structure et en accord avec le Bureau Contrôle » ; que l'article 3.3.11 prévoit la pose de semelles filantes ou isolées pour lesquelles « les dispositions constructives devront être conformes aux préconisations du D.T.U. 13.11 et 13.12 « fondations superficielles » / localisation : « suivant indication des plans, de l'étude béton armé et du rapport géotechnique, en fondations (...) – des structures pour l'ensemble du projet (...) – des murs à parement béton brut matricé inclinés à env. 45° (...) et tous les éléments suivants plans et pré-étude béton armé » ; que l'article 3.3.12.1, qui traite des « fondations spéciales - micro-pieux » stipule pour leur localisation « suivant indication des plans, de l'étude béton armé et du rapport géotechnique, des structures pour l'ensemble du projet pour partie en fondations micro-pieux. (...) Le descriptif des fondations micro-pieux a été réalisé sur la solution arrêtée par le géotechnicien, en stade APD. / L'entrepreneur pourra toutefois proposer en base une autre solution alternative à ces fondations micro-pieux, dans la mesure où l'entrepreneur satisfait aux conditions suivantes : / 1) Il justifie

ce nouveau principe de fondations / 2) Il intègre tous les compléments d'études, et de sondages, nécessaires et induits par ce nouveau système de fondations / 3) Il intègre les modifications nécessaires induites par ce nouveau système de fondations sur le lot. » ;

3. Considérant qu'il résulte de l'instruction que par courrier du 25 mars 2014, la communauté de communes de la Côte des Isles a justifié le choix de l'offre attributaire au motif que celle-ci proposait une variante aux solutions techniques de fondations décrites dans le dossier de consultation, avec des fondations profondes de type micro-pieux pour l'ensemble du bâtiment ; qu'en retenant une offre variante non autorisée par les documents de la consultation prévoyant un système homogène de fondations pour l'intégralité de l'ouvrage à construire, alors qu'il résulte des documents de la consultation que les variantes étaient uniquement admises pour l'élaboration des offres présentées en vue de l'attribution du lot n° 3 en litige s'agissant de la partie des fondations réalisée en micro-pieux, la communauté d'agglomération du Cotentin a entaché la procédure de passation du marché d'une erreur manifeste dans l'appréciation du critère technique des offres qui lui étaient soumises de nature à engager sa responsabilité ;

4. Considérant qu'en présentant une offre conforme aux documents de la consultation, la société Tisin n'a commis aucune faute de nature à exonérer la communauté d'agglomération du Cotentin de sa responsabilité ;

En ce qui concerne le préjudice :

5. 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 ce 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 d'emporter 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 ;

6. Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'offre technique présentée par la société Jean Tisin s'est retrouvée classée en deuxième position et a été devancée par celle de la société attributaire alors qu'elle respectait les prescriptions techniques des documents de la consultation fixées pour le lot n° 3 « gros œuvre » et proposait un prix légèrement inférieur ; qu'ainsi, la société Jean Tisin avait des chances sérieuses de remporter le marché ; que, par suite, elle a droit à être indemnisée de l'intégralité de son manque à gagner ;

7. Considérant qu'il résulte de l'instruction, notamment du rapport établi par le cabinet d'expertise-comptable In Extenso sur la base des documents comptables de l'entreprise afférents aux trois exercices ayant précédé la procédure de passation en cause, que pour déterminer le bénéfice net dont elle a été privée la société Jean Tisin peut se prévaloir d'un taux de marge nette de 19,49 %, pour un marché dont le prix qu'elle proposait s'élevait à 703 810 euros HT ; que si la communauté d'agglomération du Cotentin, en s'appuyant sur un rapport comptable établi par son assureur, conteste en appel cette analyse du taux de marge nette et soutient qu'elle ne prend en compte ni le retraitement des produits et les charges liées à l'activité « entreprise générale », ni les frais généraux qui auraient du être mobilisés en cas d'attribution du marché, ce document n'apporte pas d'éléments de nature à infirmer les données chiffrées et justifiées proposées par le

rapport versé aux débats ; que les premiers juges ont ainsi fait une juste appréciation du manque à gagner subi par la société Tisin en évaluant celui-ci à la somme de 137 000 euros ;

8. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la communauté d'agglomération du Cotentin n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Caen l'a condamnée à verser une somme de 137 000 euros à la société Jean Tisin en réparation du préjudice résultant de son éviction illégale du marché litigieux ;

Sur l'appel incident :

9. Considérant que la société Jean Tisin n'établit pas que le bénéfice net qu'elle a perdu du fait de son éviction irrégulière du marché qu'elle avait une chance sérieuse de se voir attribuer serait supérieur à la somme de 137 000 euros retenue par le tribunal sur la base des éléments susmentionnés au point 7 ;

10. Considérant, en revanche, que la société Jean Tisin a droit aux intérêts au taux légal correspondant à l'indemnité de 137 000 euros à compter du 5 août 2014, date de réception de sa demande préalable d'indemnisation par la communauté de communes de la Côte des Isles ;

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

11. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la société Jean Tisin, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, soit condamnée à verser à la communauté d'agglomération du Cotentin la somme que celle-ci demande au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ; qu'en revanche et dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de la communauté d'agglomération du Cotentin la somme de 1 500 euros au titre des frais exposés par la société Jean Tisin et non compris dans les dépens ;

DÉCIDE :

Article 1<sup>er</sup> : La requête de la communauté d'agglomération du Cotentin est rejetée.

Article 2 : L'indemnité de 137 000 euros due par la communauté d'agglomération du Cotentin à la société Jean Tisin portera intérêts au taux légal à compter du 5 août 2014.

Article 3 : Le jugement du tribunal administratif de Caen du 10 mars 2016 est réformé en ce qu'il a de contraire à l'article 2 du présent arrêt.

Article 4 : Le surplus des conclusions d'appel incident de la société Jean Tisin est rejeté.

Article 5 : La communauté d'agglomération du Cotentin versera à la société Jean Tisin une somme de 1 500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 6 : Le présent arrêt sera notifié à la communauté d'agglomération du Cotentin et à la société Jean Tisin.

Délibéré après l'audience du 19 septembre 2017, à laquelle siégeaient :

M. Lainé, président,  
Mme Tiger-Winterhalter, présidente-assesseur,  
Mme Allio-Rousseau, premier conseiller,

Lu en audience publique le 6 octobre 2017.

Le rapporteur,

Le président,

M-P. Allio-Rousseau

L. Lainé

Le greffier,

M. Guérin

La République mande et ordonne au préfet de la Manche 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.