

Cour Administrative d'Appel de Nancy
statuant
au contentieux
N° 04NC01114
Inédit au Recueil Lebon

1ère chambre - formation à 3

M. Pierre VINCENT, Rapporteur
Mme STEINMETZ-SCHIES, Commissaire du gouvernement
Mme MAZZEGA, Président
SCP COLOMES JEAN-YVES, XAVIER & STANISLAS ; SCP COLOMES JEAN-YVES,
XAVIER & STANISLAS ; SCP COLOMES JEAN-YVES, XAVIER & STANISLAS

Lecture du 1 février 2007

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu I) la requête, enregistrée le 16 décembre 2004 sous le n° 04NC01114 et complétée par mémoire enregistré le 2 mai 2006, présentée pour la SOCIETE POUR L'EQUIPEMENT DU DEPARTEMENT DE L'AUBE (SEDA), société d'économie mixte dont le siège est 14 rue Jean-Louis Delaporte à Troyes (10000), et pour la COMMUNAUTE DE L'AGGLOMERATION TROYENNE, dont le siège est 1 place Robert Galley à Troyes (10000), par la SCP Colomes ; la SOCIETE POUR L'EQUIPEMENT DU DEPARTEMENT DE L'AUBE (SEDA) et la COMMUNAUTE DE L'AGGLOMERATION TROYENNE demandent à la Cour :

1°) d'annuler le jugement n° 0000077-0001151 du 19 octobre 2004 par lequel le Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a, à la demande de la société TEI, d'une part, annulé la décision du 21 octobre 1999 par laquelle la commission d'appel d'offres a décidé d'attribuer à la société Vulcain le lot n° 8 «Cloisons vitrées contre le feu» afférent au marché de la bibliothèque municipale à vocation régionale de Troyes ainsi que la décision du président de la SEDA de signer le 18 décembre 1999 l'acte d'engagement envers ladite société, et d'autre part, enjoint la SEDA de procéder à la résolution amiable du contrat ou, à défaut, de saisir le juge du contrat afin qu'il prononce cette résolution dans un délai de deux mois ;

2°) de rejeter la demande de la société TEI devant le Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne ;

3°) de mettre à la charge de la société TEI une somme de 1 500 euros au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ;

LA COMMUNAUTE DE L'AGGLOMERATION TROYENNE soutient intervenir à l'appui de la requête de la SEDA ;

La SEDA soutient :

- qu'elle ne s'est livrée à aucune discrimination, tous les candidats évincés ayant été avisés en même temps du rejet de leurs offres ;
- que l'article 298 du code des marchés publics n'a pas précisé de délai pour notifier leur éviction aux candidats non retenus ;
- que le tribunal n'a pas répondu à son moyen tiré du fait que la société TEI avait été avisée du rejet de son offre dès le 3 novembre 1999 ;
- qu'il en résulte que le tribunal n'a pu juger à bon droit que la société TEI aurait été privée de la possibilité d'engager un référé précontractuel du seul fait que la lettre de la SEDA n'aurait

été expédiée que le 18 novembre 1999 ; qu'au demeurant, ce référé a été formé le 17 novembre 1999 ;

- qu'ainsi, à supposer même que la date d'information du rejet de l'offre de la société TEI puisse être considérée comme tardive, ce retard n'a pu lui faire grief ;

- qu'au surplus et en tout état de cause, le tribunal n'a pu à bon droit tirer de ce retard la conséquence que les décisions de la commission d'appel d'offres et du président de la SEDA devaient être annulées, dès lors que la formalité en cause est extérieure et postérieure à la décision de la commission ;

- que le tribunal a omis de répondre à son moyen tiré de ce que l'annulation de la décision de la commission d'appel d'offres était subordonnée au constat préalable que l'entreprise TEI aurait dû être retenue aux lieux et places de l'entreprise Vulcain ;

- que tel n'était pas le cas en l'espèce, dès lors que, contrairement à ce qu'a affirmé le tribunal, l'offre de la société TEI était substantiellement supérieure à celle de la société Vulcain et que celle-ci, pour être de création récente, disposait de références techniques incontestables ;

qu'au demeurant, l'exécution du marché par la société Vulcain s'est avérée irréprochable ;

- que, subsidiairement, le grief articulé contre elle n'est pas d'une gravité telle qu'il conduise à l'enjoindre de procéder ou de faire procéder à la résolution du marché ;

Vu le jugement attaqué ;

Vu le mémoire en intervention, enregistré le 23 mai 2005, présenté pour la SCP Dolley, dont le siège est 5 rue Crébillon à Nantes (44046), en qualité de liquidateur judiciaire de la société TEI, par Me Chedotal ;

Elle soutient qu'il y a lieu de lui donner acte de son intervention volontaire à la procédure ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 15 mai 2006, présenté pour la société TEI, représentée par la SCP Dolley, par Me Chedotal ;

La société TEI conclut au rejet de la requête ;

Elle soutient :

- que les moyens énoncés par la SEDA ne sont pas fondés ;

- que si elle n'était pas la moins-disante, elle était la mieux-disante ;

- que le choix de la commission d'appel d'offres est entaché d'irrégularité en tant qu'il n'est assorti d'aucun élément permettant d'explicitier ce choix ;

- que le choix ne pouvait se porter sur la société Vulcain dès lors que celle-ci ne possédait pas, dès le dépôt de son offre de prix, les avis techniques validant le matériel susceptible d'être posé ;

Vu l'ordonnance du président de la première chambre de la cour fixant la clôture de l'instruction au 17 juillet 2006 à 16 heures ;

Vu II) la requête, enregistrée le 22 décembre 2004 sous le n° 04NC01138, et complétée par mémoire enregistré le 15 mai 2006, présentée pour la SOCIETE TEI, dont le siège est 2 route de Pornic à Machecoul (44270), représentée par Me Bidan, en qualité d'administrateur judiciaire, et la SCP Vincent Dolley et associés, en qualité de représentant des créanciers, par Me Chedotal ;

La SOCIETE TEI demande à la cour :

1°) de réformer le jugement n° 0000077-0001151 du Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne en date du 19 octobre 2004 en ce qu'il a rejeté ses conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice subi du fait de son éviction du marché afférent au lot n° 8 de la bibliothèque municipale à vocation régionale de Troyes ;

2°) de condamner la Société pour l'équipement du département de l'Aube à lui payer une somme de 680 621,60 euros en réparation de son préjudice ;

3°) de mettre à la charge de la Société pour l'équipement du département de l'Aube une somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient :

- qu'elle disposait d'une renommée et de compétences sans commune mesure avec celles de la société Vulcain ;
- que c'est à tort que le tribunal a rejeté sa demande d'indemnisation dès lors qu'elle avait donné des indications précises pour justifier cette demande ;
- qu'elle produit en appel un tableau de calcul de la marge sur coût variable ;
- qu'elle est en droit d'obtenir la réparation du préjudice résultant de la perte du marché et non d'une simple perte de chance d'obtenir ledit marché, dès lors qu'elle était le seul choix alternatif possible à celui de la société Vulcain ;
- que le contenu des documents comptables versés au dossier ne peut être sérieusement contesté ;

Vu le mémoire en intervention, enregistré le 23 mai 2005, présenté pour la SCP Dolley, dont le siège est 5, rue Crébillon à Nantes (44046), es qualité de liquidateur judiciaire de la société TEI, par Me Chedotal ;

Elle soutient qu'il y a lieu de lui donner acte de son intervention volontaire à la procédure ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 2 mai 2006, présenté pour la Société pour l'équipement du département de l'Aube (SEDA), et la Communauté de l'agglomération troyenne, par la SCP Colomes ; la Société pour l'équipement du département de l'Aube et la Communauté de l'agglomération troyenne concluent au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 1 500 euros soit mise à la charge de la SOCIETE TEI au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elles soutiennent :

- que la SOCIETE TEI ne peut se prévaloir d'une chance sérieuse d'emporter le marché dont elle aurait été privée ;
- que, subsidiairement, seule serait indemnisable la perte de chance, et il conviendrait également de tenir compte de l'absence de frais engagés par la société et de calculer le préjudice sous déduction de l'impôt sur les sociétés ;
- que les rapports émanant de l'expert comptable de la société ne lui sont pas opposables ;

Vu l'ordonnance du président de la première chambre de la cour fixant la clôture de l'instruction au 17 juillet 2006 à 16 heures ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de commerce ;

Vu le code civil ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 11 janvier 2007 :

- le rapport de M. Vincent, président,

- les observations de Me Colomes, avocat de la SEDA et de la COMMUNAUTE DE L'AGGLOMERATION TROYENNE ;

- et les conclusions de Mme Steinmetz-Schies, commissaire du gouvernement ;

Considérant que, par décision du 21 octobre 1997, la commission d'appel d'offres de la COMMUNAUTE DE L'AGGLOMERATION TROYENNE a décidé d'attribuer à la société Vulcain le lot n° 8 «cloisons vitrées contre le feu» afférent au marché de construction de la bibliothèque municipale à vocation régionale de Troyes, dont la maîtrise d'ouvrage avait été déléguée à la SOCIETE POUR L'EQUIPEMENT DU DEPARTEMENT DE L'AUBE (SEDA) ; que, sur requête de la SOCIETE TEI, entreprise évincée, le Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a, d'une part, annulé la décision précitée de la commission d'appel d'offres ainsi que la décision du président de la SEDA de signer l'acte d'engagement avec la société Vulcain et enjoint la SEDA de procéder à la résolution amiable du marché ou, à

défaut, de saisir le juge du contrat afin qu'il prononce cette résolution, d'autre part, rejeté les conclusions de la SOCIETE TEI tendant à l'indemnisation du préjudice subi du fait de son éviction ; que la SEDA et la SOCIETE TEI font chacune appel de ce jugement en tant qu'il leur est défavorable ;

Sur la jonction :

Considérant que les requêtes susvisées de la SEDA et de la SOCIETE TEI sont relatives à la légalité de la procédure de passation d'un même marché public et aux conséquences y afférentes ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par un seul arrêt ;

Sur la recevabilité de la demande de première instance de la SOCIETE TEI :

Considérant que la seule qualité d'entreprise évincée de la SOCIETE TEI lui confère un intérêt à agir à l'encontre de la décision de la commission d'appel d'offres attribuant le marché litigieux à un autre soumissionnaire et de la décision consécutive par laquelle l'autorité territoriale a signé le marché avec l'entreprise attributaire ; que, par suite, la fin de non-recevoir opposée par la SEDA et tirée de ce que l'intérêt d'agir de la SOCIETE TEI aurait dû être subordonné au constat préalable par les premiers juges de ce qu'elle avait vocation à être retenue au lieu et place de l'entreprise Vulcain doit être écartée ;

Sur les interventions de la COMMUNAUTE DE L'AGGLOMERATION TROYENNE et de la société Dolley :

Considérant en premier lieu que, contrairement aux dispositions de l'article R. 632-1 du code de justice administrative, le mémoire enregistré le 16 décembre 2004 par lequel la COMMUNAUTE DE L'AGGLOMERATION TROYENNE déclare intervenir au soutien des conclusions de la SEDA n'est pas distinct de la requête de celle-ci ; que, par suite, l'intervention de la COMMUNAUTE DE L'AGGLOMERATION TROYENNE n'est pas recevable ;

Considérant en second lieu que la liquidation judiciaire d'une société a pour effet que celle-ci se trouve de plein droit représentée par son liquidateur, qui ne constitue pas ainsi un tiers par rapport à cette société ; que, par suite, le mémoire en date du 23 mai 2005 par lequel la SCP Dolley, nommée en qualité de liquidateur judiciaire de la SOCIETE TEI par jugement du tribunal de commerce de Nantes en date du 9 février 2005, déclare effectuer une «intervention volontaire» à l'appui des conclusions d'appel déposées antérieurement par la SOCIETE TEI ne saurait être regardé comme constituant une telle intervention, mais comme un simple avis donné à la cour selon lequel la SOCIETE TEI se trouve désormais représentée par son liquidateur ;

Sur la régularité de la passation du marché avec la société Vulcain :

En ce qui concerne les conclusions à fin d'annulation :

Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 298 du code des marchés publics alors applicable : «Dès que la commission a fait son choix, l'autorité habilitée à passer le marché avise tous les autres candidats du rejet de leurs offres » ; qu'il résulte de ces dispositions que l'autorité territoriale doit informer immédiatement les candidats non retenus du rejet de leurs offres ; qu'il est constant qu'alors que la commission d'appel d'offres avait arrêté son choix le 21 octobre 1999, les candidats évincés n'en ont été officiellement informés que par lettre du 18 novembre 1999 ; que ce courrier n'ayant pas pour objet d'informer la SOCIETE TEI du rejet de son offre, la SEDA ne saurait en tout état de cause utilement faire valoir que, consécutivement à la lettre du 2 novembre 1999 par laquelle elle lui a renvoyé son chèque de caution, celle-ci aurait eu connaissance du rejet de son offre au cours d'un appel téléphonique passé le lendemain ;

Considérant, d'autre part, que le respect de l'obligation susrappelée constitue une garantie essentielle permettant aux candidats évincés d'exercer de manière efficace un recours contre la décision de choix du cocontractant, en saisissant s'ils s'y croient fondés le juge du référé précontractuel d'une demande tendant à suspendre la procédure consécutive de passation du

contrat ; qu'il s'ensuit que ces dispositions constituent une formalité substantielle dont l'omission entache d'irrégularité la décision de passation du marché ;

Considérant que c'est ainsi à juste titre que les premiers juges, dont la décision est suffisamment motivée, ont annulé la décision du 18 novembre 1999 par laquelle le président de la SEDA a signé le 18 novembre 1999 l'acte d'engagement avec la société Vulcain ; que, toutefois, cette décision étant antérieure à la formalité méconnue, la SEDA est fondée à demander la réformation du jugement attaqué en tant qu'il a également annulé la décision précitée de la commission d'appel d'offres ;

En ce qui concerne les conclusions à fin d'injonction :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 911-1 du code de justice administrative : «Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution» ; Considérant que l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat ; qu'il appartient au juge de l'exécution, saisi d'une demande d'un tiers d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité, de prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché et de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général ;

Considérant que le jugement attaqué, confirmé sur ce point par le présent arrêt, a annulé l'acte de passation du marché litigieux pour méconnaissance d'une formalité substantielle ayant eu pour effet de faire obstacle à ce que les candidats évincés puissent saisir utilement le juge du référé précontractuel aux fins de demander s'ils s'y croient fondés la suspension de la procédure de passation du marché ; que le vice dont est entaché l'acte annulé est ainsi susceptible d'exercer une incidence sur la dévolution effective du marché à l'entreprise choisie par la commission d'appel d'offres ; que, d'ailleurs, la SOCIETE TEI a saisi le 19 novembre 1999 le juge du référé précontractuel en faisant notamment valoir un moyen tiré de ce que la société Vulcain ne justifiait pas des qualifications requises à la date d'attribution du marché ; qu'il n'est pas allégué que la nullité du contrat conclu avec ladite société porterait une atteinte excessive à l'intérêt général ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que c'est à bon droit que le tribunal administratif a considéré que l'annulation de l'acte de passation du marché impliquait nécessairement que la SEDA procède à la résolution amiable du contrat litigieux ou, à défaut, saisisse le juge du contrat afin qu'il prononce cette résolution ;

Sur les conclusions indemnitaires de la SOCIETE TEI :

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 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 ;

Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction que la société TEI, qui disposait d'une expérience certaine dans le domaine faisant l'objet du marché, avait remporté un certain nombre de marchés les années précédentes et avait consenti des conditions de prix qui n'étaient pas très éloignées de celles de l'entreprise retenue par la commission d'appel d'offres, n'était pas dépourvue de toute chance de remporter le marché litigieux ; que,

toutefois, elle ne produit aucun élément tendant à faire apparaître le seul préjudice correspondant aux frais de présentation de son offre ; qu'il s'ensuit que ladite société ne saurait obtenir une indemnisation de ce chef ;

Considérant, en second lieu, que si la société requérante soutient avoir été privée d'une chance sérieuse d'obtenir le marché, il est constant que, contrairement à ce qu'ont affirmé les premiers juges, la société Vulcain était la moins-disante en termes de prix des prestations, qui constituait, aux termes du règlement particulier d'appel d'offre, le premier critère dans l'ordre d'importance décroissante de ceux pris en considération pour le classement des offres ; que si la SOCIETE TEI fait valoir qu'elle aurait été en revanche mieux placée que la société Vulcain au regard du deuxième critère de classement correspondant à la valeur technique des prestations et affirme même que ladite société ne répondait pas avec prescriptions du marché à cet égard, il résulte toutefois de l'instruction que si la société Vulcain était de création récente, celle-ci s'est vu transmettre les éléments incorporels d'actifs tels que brevets et procès-verbaux détenus par la société DMI, dont elle a repris l'ensemble des actifs à compter du 18 février 1999 et a pu ainsi faire état à juste titre, sans préjudice de procès-verbaux de classement de parois vitrées au feu qu'elle a obtenus en propre, des nombreux procès-verbaux d'essais de résistance au feu de divers matériels délivrés antérieurement à la société DMI par un laboratoire agréé par le ministère de l'intérieur ; que s'il ressort des pièces contractuelles que les procès-verbaux d'essais doivent être d'ores et déjà détenus à la date à laquelle les candidats déposent leurs offres, il ne résulte d'aucune de leurs dispositions que ceux-ci devraient nécessairement être joints à l'offre, les stipulations invoquées n'exigeant leur production, au titre des conditions d'exécution du marché, que lors de l'approbation des plans de mise en oeuvre des différents types de cloisons coupe-feu ; qu'enfin, la commission d'appel d'offres a pu à bon droit prendre en considération la circonstance que la société Vulcain avait déposé une offre pour trois lots, et était seule à l'avoir fait pour les lots n° 7 et 9 ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société TEI, qui n'était pas la moins-disante et n'établit pas avoir une qualification supérieure à celle de la société Vulcain, ne saurait être regardée comme ayant perdu une chance sérieuse d'obtenir le marché litigieux et n'est par suite pas fondée à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a rejeté sa requête en indemnisation du préjudice subi du fait de son éviction ;

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

Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la SOCIETE TEI la somme que demande la SEDA au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la SEDA, qui n'est pas partie perdante dans la présente instance, la somme que demande la SOCIETE TEI au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

DÉCIDE :

Article 1er : L'intervention de la COMMUNAUTE DE L'AGGLOMERATION TROYENNE n'est pas admise.

Article 2 : L'article 1er du jugement du Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne en date du 19 octobre 2004 est annulé en tant qu'il annule la décision du 21 octobre 1999 par laquelle la commission d'appel d'offres a décidé d'attribuer à la société Vulcain le lot n° 8 du marché afférent à la construction de la bibliothèque municipale à vocation régionale de Troyes.

Article 3 : La demande de la SOCIETE TEI devant le Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne est rejetée en tant qu'elle est dirigée contre la décision susrappelée de

la commission d'appel d'offres.

Article 4 : L'appel de la SOCIETE TEI est rejeté ainsi que le surplus des conclusions de la SOCIETE POUR L'EQUIPEMENT DU DEPARTEMENT DE L'AUBE (SEDA).

Article 5 : Le présent arrêt sera notifié à la SOCIETE POUR L'EQUIPEMENT DU DEPARTEMENT DE L'AUBE (SEDA), à la SCP Dolley, liquidateur judiciaire de la SOCIETE TEI, et à la COMMUNAUTE DE L'AGGLOMERATION TROYENNE.

2

N° 04NC01114, 04NC01138

DECIDE :

Décision attaquée :

Titrage :

Résumé :

Précédents jurisprudentiels :

Textes cités :

excès de pouvoir