

Cour Administrative d'Appel de Nancy

**N° 09NC00016**

Inédit au recueil Lebon

**1ère chambre - formation à 3**

M. SOUMET, président

Mme Véronique GHISU-DEPARIS, rapporteur

Mme STEINMETZ-SCHIES, commissaire du gouvernement

KERN BRUNO SELAS, avocat(s)

lecture du jeudi 5 août 2010

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu la requête, enregistrée le 12 janvier 2009 et les mémoires complémentaires, enregistrés les 30 juin 2009 et 25 juin 2010, présentés pour la COMMUNUNAUTE DE COMMUNES DU PAYS DE LURES, représentée par son président en exercice, à ce dûment habilité par délibération du conseil de communauté en date du 9 décembre 2008, et domicilié en cette qualité dans la ZA de la Saline, rue des Berniers à Lure (70204), par Me Rouquet ;

La COMMUNUNAUTE DE COMMUNES DU PAYS DE LURES demande à la Cour :

1°) d'annuler le jugement n° 0700528 du 13 novembre 2008 par lequel le Tribunal administratif de Besançon a annulé la décision de son président en date du 28 décembre 2006 rejetant l'offre de la société de travaux publics industriels ( STPI ) et l'a condamnée à lui verser la somme de 49 636,25 € de dommages et intérêts ;

2°) de rejeter la demande de la STPI ;

3°) de mettre à la charge de la STPI la somme de 2 000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- elle ne conteste pas l'irrégularité du règlement de consultation du fait de l'insertion d'un critère relatif aux références professionnelles ;
- ce critère n'a cependant pas déterminé le choix de l'entreprise attributaire ;
- la commission d'appel d'offres n'a pas entaché son choix d'une erreur manifeste d'appréciation ;
- ce sont des considérations environnementales qui ont motivé le choix de l'entreprise ;
- la STPI ne disposait pas d'une chance sérieuse d'obtenir le marché ;
- elle n'a commis aucune irrégularité en s'abstenant de pondérer les sous-critères pour la notation du critère technique ;
- la notation est conforme au règlement de consultation ;
- le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de mentionner les méthodes de notation des offres ;
- l'offre de l'attributaire était régulière et n'a pas été complétée ;

Vu le jugement attaqué ;

Vu, enregistrés les 24 avril et 29 juillet 2009 et le 28 juin 2010, les mémoires en défense, présentés pour la société de travaux publics industriels, par Me Cossalter ;

Elle conclut :

1°) au rejet de la requête ;

2°) à ce que soit mis à la charge de la COMMUNUNAUTE DE COMMUNES DU PAYS DE LURES le versement de la somme de 3 000 € en application de l'article L. 761-1 du code

de justice administrative ;

Elle soutient que :

- les moyens de la requête ne sont pas fondés ;
  
- la commission d'appel d'offres a méconnu sa compétence, a méconnu son propre règlement sur le calcul des points, n'est pas transparente quant aux modalités de la notation qui n'étaient pas précisées dans le règlement ;
  
- l'offre de la société attributaire a pu être complétée ;
  
- elle était au surplus irrégulière dès lors qu'elle ne contenait aucune information quant à la qualité et au type de matériaux prévus ;
  
- elle avait, compte tenu des erreurs commises, une chance sérieuse de se voir attribuer le marché ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

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 1er juillet 2010 :

- le rapport de Mme Ghisu-Deparis, premier conseiller,
  
- les conclusions de Mme Steinmetz-Schies, rapporteur public,
  
- les observations de Me Dangel, avocat de la COMMUNAUTE DE COMMUNES DU PAYS DE LURE, ainsi que celles de Me Madjiri, avocat de la STPI ;

Vu, enregistrée le 2 juillet 2010, la note en délibéré, présentée pour la STPI, par Me Cossalter ;

Sur les conclusions d'annulation de la décision portant rejet de l'offre de la STPI :

Considérant qu'aux termes de l'alinéa 3 de l'article 52 I du code des marchés publics dans version issue du décret n°2006-975 du 1er août 2006 : (...) Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions 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, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées.(...) ; qu'aux termes de l'article 53 du même code : I. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, 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 d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que, dans le cadre de la procédure d'appel d'offres ouvert, les capacités des candidats, établies notamment par leurs références professionnelles, doivent être examinées par la commission d'appel d'offres au moment de l'ouverture de la première enveloppe et que les offres des seules entreprises dont les capacités ont été jugées suffisantes doivent être examinées, après ouverture de la seconde enveloppe, au regard des critères fixés par le code, éventuellement complétés par des critères additionnels ; que si le critère de l'expérience professionnelle, qui est relatif aux capacités des candidats, peut être utilisé, au stade de l'ouverture de la première enveloppe, pour sélectionner les candidatures, il ne peut être utilisé, à titre de critère additionnel à ceux fixés par le code des marchés publics, pour sélectionner les offres après ouverture de la seconde enveloppe, lesquels doivent être relatifs à l'objet du marché ;

Considérant en l'espèce que la COMMUNAUTE DE COMMUNES DU PAYS DE LURE a mis en oeuvre la procédure d'appel d'offres ouvert pour l'aménagement de la rue du Culot dans la commune de Magny d'Anigon ; que l'article 4.2 du règlement de consultation précise que c'est l'offre la plus avantageuse qui sera choisie au regard des critères pondérés du prix, de la valeur technique et du délai d'exécution ; qu'il y est précisé que la valeur technique de l'offre sera appréciée par la remise d'un mémoire qui devra indiquer notamment les références pour la réalisation d'ouvrages similaires lors des trois dernières années ; qu'en prévoyant la prise en compte, pour l'appréciation de la valeur technique des offres, de l'expérience des candidats et non pas exclusivement de la valeur intrinsèque des offres, le règlement de consultation, au vu duquel la commission d'appel d'offres a désigné l'offre la plus économiquement la plus avantageuse, est entaché d'illégalité ; que cette illégalité est de nature à entacher d'irrégularité la procédure de

passation du marché litigieux alors même que le rejet de l'offre de la STPI est fondé sur d'autres motifs et que le mémoire technique de l'offre retenue ne contenait aucune référence ; que par suite, la décision par laquelle l'offre de la STPI a été rejetée, prise à l'issue d'une procédure irrégulière, est entachée d'illégalité ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la COMMUNAUTE DE COMMUNES DU PAYS DE LURE n'est pas fondée à se plaindre de ce que le Tribunal administratif de Besançon a, par le jugement contesté, annulé ladite décision ;

Sur les conclusions indemnitaires :

Considérant que lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de la procédure d'attribution, 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 l'espèce, qu'il résulte de l'instruction que l'illégalité du règlement n'a pu avoir d'influence dans le choix de l'attributaire du marché, la SACER PNE - établissement Surleau dès lors que son offre ne contenait aucune référence professionnelle ; qu'ainsi, contrairement à ce qu'a jugé le Tribunal, l'irrégularité du règlement de consultation n'a pu faire perdre à la STPI une chance sérieuse d'obtenir le marché ; que par suite, la COMMUNAUTE DE COMMUNES DU PAYS DE LURE est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement contesté, le Tribunal a, pour ce motif, jugé que l'offre de la STPI était la meilleure et l'a condamnée à indemniser la STPI du préjudice subi du fait de la perte de chance sérieuse d'obtenir le marché ;

Considérant, qu'il appartient à la Cour, saisie de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés tant devant le Tribunal administratif que devant la Cour par la STPI ;

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 53 du code des marchés publics dans version issue du décret n°2006-975 du 1er août 2006 : (...)III. - Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées.(...) ; que le règlement de consultation prévoyait que le mémoire technique, nécessaire à l'appréciation de la valeur technique de l'offre, devait préciser : la provenance des différents matériaux prévus sur le

chantier ; qu'en indiquant les références de ses fournisseurs, la société attributaire s'est conformée au règlement de consultation qui ne prévoyait pas que soient précisées l'origine et la qualité des matériaux utilisés ; que la société défenderesse n'est donc pas fondée à soutenir que l'offre de la SACER PNE - établissement Surleau aurait dû être écartée au motif de son irrégularité ;

Considérant, en deuxième lieu, que l'article 4-2 du règlement de consultation prévoyait trois critères d'attribution pondérés : le prix (50%), la valeur technique (30%) et le délai d'exécution (20%) ; qu'il précisait que la valeur technique de l'offre serait appréciée par la remise par le candidat d'un mémoire précisant : (...) - les dispositions d'organisation prévues par le candidat pour assurer le bon déroulement, le suivi et la traçabilité de l'évacuation des déchets de chantier, en conformité avec l'article L. 541-2 du code de l'environnement. Le candidat indiquera notamment les lieux de décharge qu'il envisage suivant la nature des matériaux ; que, contrairement à ce que soutient la STPI, en donnant aux candidats des éléments d'appréciation du critère la valeur technique, qui n'avaient pas à être pondérés, la COMMUNAUTE DE COMMUNES DU PAYS DE LURE a organisé un examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ; que les critères du prix et du délai d'exécution étaient suffisamment précis pour que les candidats puissent présenter utilement leur offre ; que l'absence d'indication dans l'avis d'appel public à la concurrence et dans le règlement de consultation quant au choix de la méthode de notation n'a pu fausser la concurrence dès lors qu'il n'est ni établi, ni même soutenu qu'un mode de calcul aurait pu favoriser l'une ou l'autre des entreprises candidates ;

Considérant, en troisième lieu, que l'absence de commentaire du tableau de classement des offres, proposé par la société maître d'oeuvre et repris par la commission d'appel d'offres, ne permet pas d'établir que cette dernière n'aurait pas exercé sa compétence ;

Considérant, en quatrième lieu, qu'il résulte de l'instruction que l'offre de la STPI a été classée première en ce qui concerne les délais et le prix, 730 € sépare son offre de celle de l'attributaire pour un montant du marché estimé à 227 560 € HT ; que c'est donc uniquement en raison de la note de la valeur technique attribuée par la commission d'appel d'offres à son offre que la STPI est arrivée deuxième ; que par un courrier du 16 février 2007, faisant suite à une demande de la STPI, cette dernière a été informée que le motif du rejet de son offre était que : le mémoire technique fourni était très succinct, notamment les dispositions prises par l'entreprise sur la gestion des déchets de chantier, contrairement à celui du titulaire ; que la seule circonstance que le procès-verbal de la réunion de la commission d'appel d'offres ne fasse pas état de ce motif n'est pas de nature à démontrer qu'il serait erroné ou non fondé ou que la commission n'aurait pas apprécié les offres au vu des critères contenus dans le règlement de consultation alors que le mémoire technique de la STPI est particulièrement succinct quant à la gestion des déchets ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que le mémoire technique de l'attributaire, qui contenait un exposé détaillé du suivi et de l'élimination des déchets sur le chantier, aurait été complété pour les besoins de la cause comme le laisse entendre la STPI ; qu'enfin, en n'échelonnant pas les notes des offres de 0.25 en 0.25, la commission d'appel d'offres n'a pas méconnu le règlement de consultation qui ne prévoyait qu'une faculté de procéder à un tel échelonnement ; que dans ces conditions, la STPI n'a, au regard du motif qui a justifié son classement, pas perdu de chance sérieuse d'obtenir le marché alors même qu'elle est arrivée en deuxième position avec un écart de point très faible la séparant du

premier ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la COMMUNAUTE DE COMMUNES DU PAYS DE LURE est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement contesté, le Tribunal administratif de Besançon l'a condamnée à verser à la STPI la somme de 49 636,25 € de dommages et intérêts au motif que cette société aurait subi une perte de chance sérieuse de se voir attribuer le marché de l'aménagement de la rue du Culot dans la commune de Magny d'Anigon ;

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

Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il n'y a lieu de faire droit à aucune des conclusions des parties tendant au bénéfice de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

#### D E C I D E

Article 1er : La demande de la STPI tendant à la condamnation de la COMMUNAUTE DE COMMUNES DU PAYS DE LURE à lui verser la somme de 49 636,25 € de dommages et intérêts est rejetée.

Article 2 : Le jugement du Tribunal susvisé est annulé en ce qu'il est contraire à l'article 1er.

Article 3 : Le surplus de la requête et les conclusions de la STPI sont rejetés.

Article 4: Le présent arrêt sera notifié à la COMMUNAUTE DE COMMUNES DU PAYS DE LURE et à la STPI.

”

”

”

”

2

N°09NC00016

