

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE FORT-DE-FRANCE**

N° 1100056

SA FIGUERES SERVICES

M. Clémenté
Rapporteur

M. Lauzier
Rapporteur public

Audience du 22 décembre 2011
Lecture du 29 décembre 2011

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif de Fort-de-France,

Vu, enregistrée le 27 janvier 2011, la requête présentée pour la SA FIGUERES SERVICES (FISER), dont le siège est Immeuble DPM ZI La Lézarde BP 265 Le Lamentin (97232), par Me Azan, avocat ; la requérante demande au Tribunal :

1°) d'enjoindre à la communauté d'agglomération du centre de la Martinique de produire l'acte d'engagement du marché pour le lot n°1 relatif à l'entretien des accotements de voies de la ville de Fort-de-France et de certaines voies de la ville de Schoelcher ;

2°) d'annuler la décision par laquelle la communauté d'agglomération du centre de la Martinique a rejeté son offre pour le lot n°1 ;

3°) d'annuler ou résilier le marché conclu avec la société Clean Garden pour le lot n°1 ;

4°) de condamner la communauté d'agglomération du centre de la Martinique à lui verser la somme de 235 690,16 euros au titre de la perte de chance de réaliser le contrat litigieux et, subsidiairement, la somme de 1 000 euros au titre des frais exposés pour présenter son offre ;

5°) de mettre à la charge de la communauté d'agglomération du centre de la Martinique la somme de 6 595,80 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La requérante soutient que les dispositions de l'article 83 du code des marchés publics ont été méconnues ; qu'elle n'a pu de ce fait utilement contester le rejet de son offre ; qu'en violation des dispositions combinées des articles 53 et 59 du même code, la commission d'appel d'offres de la communauté d'agglomération du centre de la Martinique a délibéré à trois reprises et a modifié le classement auquel elle était initialement parvenue, lequel la plaçait en première position sur le lot n°1 ; que le cahier des charges comportait des imprécisions ; que les critères de jugement des offres relatifs au prix, à la sécurité et aux modes opératoires n'étaient pas correctement définis ; que ces imprécisions n'ont pas permis d'organiser un examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure suivie ; que l'appréciation de son offre à laquelle la commission s'est livrée est entachée d'erreur manifeste d'appréciation en ce qui concerne les moyens matériels, la sécurité et les moyens humains ; qu'elle disposait de chances sérieuses de remporter le marché ;

Vu, enregistré le 21 juillet 2011 et communiqué le même jour à la requérante, le mémoire présenté pour la communauté d'agglomération du centre de la Martinique, représentée par son président en exercice, par Me Mohktar ; la communauté d'agglomération du centre de la Martinique conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la requérante au paiement d'une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La communauté d'agglomération du centre de la Martinique soutient que la requérante ne peut, postérieurement à la signature du contrat, se prévaloir de manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence ; qu'en tout état de cause, les dispositions des articles 80 et 83 du code des marchés publics ont été scrupuleusement appliquées ; que c'est à la suite du constat des nombreuses erreurs matérielles affectant le rapport d'analyse des offres au vu duquel la commission d'appel d'offres s'était prononcée le 3 septembre 2010, que de nouvelles séances se sont tenues ; que les critères mis en œuvre étaient suffisamment précis ; que le choix de la société Clean Garden n'est entaché d'aucune erreur manifeste d'appréciation ; que les prétendues illégalités invoquées par la requérante ne l'ont pas lésée, ni ne sont pas de nature à entraîner l'annulation du contrat ; qu'une annulation porterait une atteinte excessive à l'intérêt général ; que la demande d'indemnisation n'est pas fondée, la requérante n'ayant pas eu de chances sérieuses de remporter le marché ; que ce n'est qu'à la faveur des erreurs matérielles dont avaient été entachées les délibérations de la commission d'appel d'offres du 3 septembre 2010, que l'offre de la requérante avait été classée en première position ; que le préjudice prétendument subi n'est pas justifié ; que ce préjudice est, en tout état de cause, surévalué ;

Vu, enregistré le 23 novembre 2011, le mémoire présenté pour la requérante, qui persiste dans ses conclusions par les mêmes moyens et par le moyen, en outre, que l'annulation du marché ne porterait pas d'atteinte excessive à l'intérêt général ;

Vu, enregistré le 16 décembre 2011, le mémoire présenté pour la société Clean Garden, représentée par son gérant en exercice, par Me Relouzat, avocat ; la société Clean Garden conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la requérante au paiement d'une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société Clean Garden soutient que les prescriptions des articles 80, 83 et 53 du code des marchés publics ont été respectées ; que c'est en raison des nombreuses erreurs ayant entaché la séance du 3 septembre 2010 que la commission d'appel d'offres a de nouveau statué ; qu'aucune erreur manifeste d'appréciation n'a été commise ; qu'une annulation porterait une atteinte excessive à ses intérêts ;

Vu la note, enregistrée le 21 décembre 2011, présentée pour la société Clean Garden ;

Vu les notes en délibéré, enregistrées les 22, 23 et 28 décembre 2011, présentées pour la société Clean Garden ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 27 décembre 2011, présentée pour la requérante ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 22 décembre 2011, les

observations de Me Relouzat-Bruno pour la société Clean Garden, les conclusions de M.Lauzier, rapporteur public désigné sur le fondement de l'article R. 222-24 du code de justice administrative, et les brèves observations de Me Relouzat-Bruno ;

Considérant que la communauté d'agglomération du centre de la Martinique a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché comportant trois lots et ayant pour objet l'entretien des accotements de voies ; que la SA FIGUERES SERVICES a présenté une offre pour le lot n°1 (accotements des voies de la ville de Fort-de-France et de certaines voies de la ville de Schoelcher), pour le lot n° 2 (accotements des voies de la ville du Lamentin et de certaines voies de la ville de Saint-Joseph) et pour le lot n° 3 (élagage de grande hauteur) ; que ses offres ayant été rejetées, la SA FIGUERES SERVICES demande au Tribunal, d'une part, d'annuler la décision de rejet de l'offre qu'elle a présentée pour le lot n° 1, ensemble le marché correspondant, d'autre part, de condamner la communauté d'agglomération du centre de la Martinique à l'indemniser de son manque à gagner ;

Sur les conclusions à fin d'annulation :

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 ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un 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-dessus 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 ;

En ce qui concerne les conclusions tendant à l'annulation du rejet de l'offre présentée par la SA FIGUERES SERVICE pour le lot n° 1 :

Considérant qu'il résulte de l'instruction que le contrat litigieux a été signé par les parties ; que la requérante n'est donc pas recevable, en application de ce qui vient d'être dit, à demander l'annulation de l'acte détachable que constitue la décision de rejet de son offre ;

En ce qui concerne les conclusions tendant à l'annulation du marché litigieux :

S'agissant de la légalité du marché :

Sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête ;

Considérant qu'aux termes de l'article 53 du code des marchés publics : « (...) III. Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue. (...) » ; qu'aux termes de l'article 59 : « (...) II. Après classement des offres finales 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. Ce choix est effectué par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales. (...) Le marché est notifié et un avis d'attribution est publié. (...) » ;

Considérant que les dispositions précitées font obstacle à ce que la commission d'appel d'offres, après avoir fait son choix, procède à un nouvel examen des offres et retienne finalement l'offre d'une autre entreprise que celle qu'elle avait initialement retenue, sauf dans le cas où son choix a été fondé sur des éléments entachés d'erreur matérielle ou de fraude ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la commission d'appel d'offres, lors de sa séance du 3 septembre 2010, après examen des offres, a classé la SA FIGUERES SERVICES en première position, la société Clean Garden en deuxième position et une société tierce en troisième position ; qu'à la suite d'un réexamen des offres auquel elle a procédé les 24 septembre 2010 et 8 octobre 2010, elle a classé définitivement première l'offre de la société Clean Garden, seconde celle de la SA FIGUERES SERVICES et troisième, celle de la société tierce ;

Considérant, en premier lieu, qu'en se bornant à soutenir que « les tableaux récapitulatifs repris en fin de rapport ne reprennent absolument pas les constats réalisés », que le choix opéré par la commission d'appel d'offres le 3 septembre 2010 n'a pas été motivé, que « de nombreux paramètres ont été oubliés ou analysés de façon trop rapide » lors de l'examen des offres, que le procès-verbal n'a pas « acté » que le quorum était atteint, qu'il n'a pas non plus mentionné le « modificatif de l'analyse des offres » sur lequel la commission s'est fondée pour prendre sa décision, que ce « modificatif » n'était d'ailleurs ni signé ni daté et qu'un membre suppléant a pris part au vote, la défense n'établit pas qu'ont été commises des erreurs matérielles de nature à justifier un nouvel examen des offres par la commission, même si les faits susmentionnés étaient susceptibles de conduire la communauté d'agglomération, si elle s'y croyait fondée, à renoncer à poursuivre la procédure de passation et à reprendre une nouvelle procédure ;

Considérant, en deuxième lieu, que la circonstance que la décision prise le 3 septembre 2010 par la commission d'appel d'offres ait permis l'attribution du lot n° 1 à une société dont aucune offre n'avait été classée en première position par le rapport d'analyse préalablement établi par le service concerné de la communauté d'agglomération du centre de la Martinique, ni non plus par celui réalisé, postérieurement au 3 septembre 2010, par un cabinet « indépendant », ne suffit pas, en l'absence d'autres éléments, à caractériser une fraude ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, même en tenant compte des notes en délibéré produites en défense, que la commission d'appel d'offres, qui avait déjà attribué le marché à la SA FIGUERES SERVICES, n'a pu régulièrement par sa décision du 8 octobre 2010, en l'absence d'erreurs matérielles ou de fraude, attribuer le marché à un autre candidat ;

S'agissant de la nature et des conséquences de l'illégalité commise :

Considérant que lorsque le juge est saisi de conclusions dirigées contre un contrat par un concurrent évincé, il lui appartient, lorsqu'il constate l'existence d'un vice 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 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 ;

Considérant, d'une part, qu'il résulte de ce qui précède que la procédure de passation du marché litigieux est entachée d'une irrégularité substantielle dès lors que la commission d'appel

d'offres, en l'absence d'erreurs matérielles ou de fraude, a attribué le marché à une autre entreprise que la SA FIGUERES SERVICES qu'elle avait initialement retenue ;

Considérant, d'autre part, qu'une telle irrégularité est suffisamment grave pour justifier l'annulation de ce marché sans porter une atteinte excessive aux droits de la société Clean Garden, laquelle se borne à invoquer le risque de fragilisation de ses personnels affectés à l'exécution du marché litigieux et qui se trouvent en situation d'insertion, sans apporter aucune autre précision, notamment quant aux effectifs concernés ;

Mais considérant, enfin, qu'une annulation rétroactive emporterait des conséquences excessives, contraires à l'intérêt général, en empêchant la poursuite de l'entretien des accotements des voies en cause et en mettant en jeu la sécurité des usagers de ces voies ; que, dès lors, il y a lieu d'annuler le marché litigieux avec un effet différé de cinq mois à compter de la notification du présent jugement, afin de permettre à la communauté d'agglomération du centre de la Martinique de lancer une nouvelle procédure de passation tendant à conclure un marché ayant le même objet ;

Sur les conclusions à fin d'indemnité :

S'agissant de la responsabilité :

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 l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner qu'elle a subi ;

Considérant que la commission d'appel d'offres a initialement attribué 86,30 points à la SA FIGUERES SERVICES et 84,80 points à la société Clean Garden sur le fondement d'une appréciation qui, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, n'était entachée ni d'erreurs matérielles, ni de fraude ; que, dans son classement final, elle a attribué 84,30 points à la requérante et 84,80 points à sa concurrente ; que, compte tenu de la première place d'abord obtenue par la SA FIGUERES SERVICES et eu égard au faible écart séparant les notes finales obtenues par les deux offres, la requérante doit être regardée, dans les circonstances de l'espèce, comme ayant été privée d'une chance sérieuse d'obtenir le marché en cause ; qu'en conséquence, elle a droit au remboursement de l'intégralité du manque à gagner qu'elle a subi du fait de l'inexécution de ce marché ;

S'agissant du préjudice :

Considérant que le préjudice de la SA FIGUERES SERVICES correspond à la perte de sa marge bénéficiaire nette ; que si la requérante demande à ce titre une somme de 118 553 € correspondant à l'application d'un taux de marge de 5 % au montant maximal de commandes prévu pour le lot n° 1 s'élevant à 2 371 060 €, d'une part, il y a lieu d'appliquer le taux de marge au montant minimal de commandes prévu au marché soit 1 630 075,79 €, d'autre part, le taux de 5 % ainsi invoqué n'est assorti, ainsi que la défense l'a relevé, d'aucune justification même sommaire ; que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu d'allouer à la requérante une somme limitée à 40 000 € ;

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

Considérant qu'aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation » ;

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 requérante, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que la communauté d'agglomération du centre de la Martinique et la société Clean Garden demandent au titre des frais exposés par elles et non compris dans les dépens ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner la communauté d'agglomération du centre de la Martinique à verser à la SA FIGUERES SERVICES SA une somme de 1 500 euros au titre des mêmes frais ;

DECIDE :

Article 1er : Le marché litigieux est annulé ; cette annulation prendra effet à l'expiration d'un délai d'un cinq mois à compter de la notification du présent jugement.

Article 2 : La communauté d'agglomération du centre de la Martinique versera à la SA FIGUERES SERVICES une indemnité de 40 000 euros.

Article 3 : La communauté d'agglomération du centre de la Martinique versera à la SA FIGUERES SERVICES une somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 5 : Les conclusions de la communauté d'agglomération du centre de la Martinique et de la société Clean Garden tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : Le présent jugement sera notifié à la SA FIGUERES SERVICES SA (FISER), à la communauté d'agglomération du centre de la Martinique et à la société Clean Garden.

Délibéré après l'audience du 22 décembre 2011, à laquelle siégeaient :

M. Heinis, président,

M. Clémenté, premier conseiller,

Mme Subieta-Foronda, conseiller à la cour d'appel de Fort-de-France, désignée en application de l'article R. 223-4 du code de justice administrative.

Lu en audience publique le 29 décembre 2011.

Le rapporteur,

Le président,

C. CLEMENTE

M. HEINIS

Le greffier,

R. VITALI

La République mande et ordonne au préfet de la région Martinique, 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.



Copie certifiée conforme
Le Greffier en Chef

[Signature]
Eché le 20/07/2023