

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NÎMES**

N°1001647 - 1101231

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE SATER SA

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Galtier
Rapporteur

Le Tribunal administratif de Nîmes

M. Peretti
Rapporteur public

(2^{ème} chambre)

Audience du 26 janvier 2012
Lecture du 9 février 2012

Vu 1^o), la requête, enregistrée le 2 juillet 2010 sous le n° 1001647, présentée pour la SOCIETE SATER SA, dont le siège est Rue du Bras B.P. 40185 Tatinghem à Saint Omer Cedex (62504), par Me Mendes Constante ;

La SOCIETE SATER SA demande au tribunal :

- d'annuler le contrat de marché public à bons de commande, pour des essais de contrôle des canalisations et des tranchées d'assainissement d'eau potable, conclu le 3 mars 2010 entre la communauté d'agglomération de Nîmes métropole et le groupement Saur-Hydro services de l'ouest ;
- de mettre à la charge de la communauté d'agglomération de Nîmes métropole la somme de 2.500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- l'attribution du marché au groupement Saur a méconnu la condition d'indépendance de l'attributaire posée par les documents de la consultation :
 - la filiale de l'entreprise Saur est attributaire du marché de travaux relatif à la réfection et à la construction de réseaux d'assainissement d'eaux potables, de sorte que l'attribution du présent marché à l'entreprise Saur méconnaît la condition d'indépendance réglementaire reprise à l'article 1^{er} du règlement de consultation ; que ce manquement a méconnu le principe de transparence des procédures et d'égalité d'accès, et l'a gravement lésée dès lors que son offre a été classée deuxième, et que la candidature de ce groupement aurait du être écartée ;
 - pareillement, l'entreprise Saur exploite les réseaux d'eau potable et d'assainissement de 6 communes sur lesquelles porte le marché, de sorte que l'attribution à cette société dudit marché méconnaît le principe d'indépendance à l'égard de l'exploitant, posé par le cahier des clauses techniques particulières ;

- l'offre présentée par le groupement a été signée par M. Frit, directeur du centre Saur centre Gard Lozère, sans que celui-ci justifie d'un mandat et d'habilitations spéciales par le groupement à cette fin, en application de l'article 51 du code des marchés publics ; qu'au titre de l'article 45 dudit code, il appartenait à la communauté d'agglomération de vérifier l'existence de telles habilitations au stade de l'examen de la recevabilité des candidatures ;
- la notation de la valeur technique des offres est entachée d'erreur manifeste d'appréciation ; en effet, elle a obtenu une note de 8,20, et le groupement attributaire une note de 7,55, sans que l'écart entre ces deux notes reflète la réalité de la différence de leur offre, caractérisée au sein des appréciations des sous-critères, notamment dans le domaine de l'analyse géoradar qui constitue un élément important du marché ; qu'au regard de ses éléments jugés « bons », elle aurait dû obtenir la note maximale de 8,80 ;

Vu le marché attaqué ;

Vu la mise en demeure adressée le 2 novembre 2010 à la communauté d'agglomération de Nîmes métropole, en application de l'article R. 612-3 du code de justice administrative, et l'avis de réception de cette mise en demeure ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 31 décembre 2010, présenté par la communauté d'agglomération de Nîmes métropole, représentée par son président en exercice, qui conclut au rejet de la requête ;

Elle fait valoir que :

- la requérante n'est pas fondée à former le recours dès lors que, son habilitation attribuée par la COFRAC ayant été suspendue, elle ne pourrait recandidater au marché et donc ne peut se prétendre lésée par l'attribution au groupement Saur ;
- les conditions d'indépendance de l'attributaire ont été respectées :
 - la notion d'indépendance posée à l'article 1.1 du règlement de consultation doit être appréciée au regard des dispositions de l'article L. 111-25 du code de la construction et de l'habitat ; qu'au regard de ces dispositions, toute entreprise qui bénéficie de l'agrément COFRAC est réputée comme indépendante des entreprises en charge de mission de conception, exécution ou expertise d'ouvrage ; qu'au surplus, l'entreprise Cise chargée des travaux constitue une entité juridique distincte de l'entreprise Saur, bien qu'étant une filiale ;
 - l'indépendance vis-à-vis de l'exploitant des réseaux est posée par le cahier des clauses techniques particulières et non dans le règlement de consultation, lequel énumère les conditions de recevabilité des offres et les critères de sélection, et donc ne s'impose pas au choix des candidats ; en tout état de cause, l'objet du présent marché est un contrôle sur des canalisations neuves sur lesquelles aucun exploitant n'est encore intervenu et qui demeure sa propriété jusqu'à réception de l'ouvrage ; que par suite, l'entreprise Saur, bien qu'étant un des quatre exploitants, n'est jamais intervenue sur ces canalisations et ses rapports de contrôle ne pourront donc pas être biaisés ;
- la lettre de candidature du groupement attributaire précisait expressément que M. Frit, mandataire, était habilité à les représenter et à signer la candidature et l'offre ;
- les arguments de la requérante au niveau de l'erreur manifeste dans l'appréciation des offres sont sans fondement dès lors qu'elle a pris en compte la meilleure qualité de l'offre de la SATER SA sur les points techniques, en lui octroyant une meilleure note qu'au groupement Saur, ce qui représentait néanmoins que 30 % des critères de sélection, 70 % étant réservés au prix ; qu'au niveau du critère prépondérant du prix, le groupement Saur

proposait une offre inférieure de 18.640,35 euros à celle de la société requérante ;

Vu l'ordonnance en date du 29 mars 2011 fixant la clôture d'instruction au 18 avril 2011, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 11 avril 2011, présenté pour la SOCIETE SATER SA qui conclut aux mêmes fins que la requête et par les mêmes moyens ; Elle soutient en outre que son recours est recevable dès lors que l'allégation de la suspension de son habilitation par la COFRAC est sans fondement, et que le recours Tropic est ouvert aux candidats évincés de la procédure d'attribution ;

Vu l'ordonnance en date du 29 juin 2011 fixant la réouverture de l'instruction, en application de l'article R. 613-4 du code de justice administrative ;

Vu le nouveau mémoire en défense, enregistré le 10 août 2011, présenté par la communauté d'agglomération de Nîmes métropole qui persiste dans ses écritures ; Elle fait valoir en outre qu'à la date du dépôt de sa requête, l'accréditation par la COFRAC avait bien été suspendue comme le démontre l'attestation de réhabilitation en date du 11 février 2011 ; qu'ainsi, à la date de la requête, le recours était irrecevable et doit être rejeté ;

Vu 2°), la requête, enregistrée le 11 avril 2011 sous le n° 1101231, présentée pour la SOCIETE SATER SA, dont le siège est Rue du Bras B.P. 40185 Tatinghem à Saint Omer Cedex (62504), par Me Mendes Constante ;

La SOCIETE SATER SA demande au tribunal :

- de condamner la communauté d'agglomération de Nîmes métropole à lui verser la somme de 18.471 euros TTC au titre du préjudice subi du fait de la perte de chance sérieuse d'emporter le marché conclu le 3 mars 2010, et correspondant au manque à gagner que lui aurait procuré ledit marché ;
- de mettre à la charge de la communauté d'agglomération de Nîmes métropole la somme de 2.500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

par la requête n° 1001647, elle a sollicité l'annulation du marché au regard des nombreuses illégalités affectant la procédure d'attribution et ayant abouti au rejet de son offre, placée en deuxième position ;

- au regard du classement de son offre, et des notes obtenues très proches de celles de la société attributaire, l'irrégularité de la procédure l'a privée d'une chance sérieuse d'emporter le marché ;
- la perte de chance sérieuse doit être indemnisée du manque à gagner évalué sur la base du taux de marge nette que lui aurait procuré le marché ; le bénéfice net dudit marché est évalué à 15.544 euros HT ; en effet, elle était le précédent titulaire et avait réalisé dans ce cadre en 2009 un chiffre d'affaire de 135.000 euros HT ; suivant la liasse fiscale de cette année là, le taux de marge net est de 2,86 %, ce qui aboutit, pour les 4 années du présent marché, à une somme de 15.444 euros Ht soit la somme de 18.471 euros TTC réclamée ;

Vu la réclamation préalable et la décision de rejet de cette réclamation ;

Vu la mise en demeure adressée le 27 juillet 2011 à la communauté d'agglomération de Nîmes métropole, en application de l'article R. 612-3 du code de justice administrative, et l'avis de réception de cette mise en demeure ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 11 août 2011, présenté par la communauté d'agglomération de Nîmes métropole, représentée par son président en exercice, qui conclut au rejet de la requête ;

Elle fait valoir que :

- ainsi qu'elle l'a démontré dans l'instance enregistrée sous le n° 1001647, la procédure d'attribution du marché est régulière et la société requérante ne peut prétendre à une indemnisation sur la base de la perte de chance sérieuse ;
- en toute état de cause, la société requérante n'avait pas de chance sérieuse d'emporter le marché eu égard à l'écart financier entre la proposition du titulaire du marché et celle de la SATER SA, ledit écart correspondant à une somme de 18.640,35 euros sur le prix total, représentant lui-même 70 % des critères de sélection ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu l'arrêté du 22 juin 2007 relatif à la collecte, au transport et au traitement des eaux usées des agglomérations d'assainissement ainsi qu'à la surveillance de leur fonctionnement et de leur efficacité, et aux dispositifs d'assainissement non collectif recevant une charge brute de pollution organique supérieure à 1,2 kg/j de DBO5 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 26 janvier 2012 :

- le rapport de Mme Galtier, rapporteur ;
- les conclusions de M. Peretti, rapporteur public ;
- et les observations de Me Woimant, substituant Me Mendes Constante ;

Sur la jonction :

Considérant que les requêtes susvisées n° 1001647 et n° 1101231 présentent à juger des questions connexes et ont fait l'objet d'une instruction commune ; qu'il y a lieu de les joindre pour qu'il y soit statué par un seul jugement ;

Considérant que la communauté d'agglomération de Nîmes métropole a publié le 14 novembre 2009 un avis d'appel public à la concurrence en vue de la passation d'un marché de bons de commande pour la réalisation d'essais de contrôle des canalisations et des tranchées d'assainissement d'eau potable ; que le groupement solidaire SATER SA – Sarp Méditerranée Somes a déposé une offre ; que par courrier en date du 23 février 2010, la communauté d'agglomération de Nîmes métropole a informé ledit groupement que leur offre n'était pas retenue ; que le 3 mars 2010, le contrat a été conclu avec le groupement Saur – hydro services de l'Ouest pour une durée d'un an renouvelable trois fois ; que par la requête n° 1001647, la SOCIETE SATER SA demande l'annulation dudit contrat conclu le 3 mars 2010 entre la communauté d'agglomération de Nîmes métropole et groupement Saur – hydro services de l'Ouest ;

Sur les conclusions à fin d'annulation du marché :

Sur la fin de non-recevoir opposée par la communauté d'agglomération de Nîmes métropole :

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 ;

Considérant que la communauté d'agglomération de Nîmes métropole fait valoir que la SOCIETE SATER SA serait dépourvue d'intérêt à agir dès lors que son habilitation attribuée par le COFRAC ayant été suspendue, elle ne pourrait candidater à nouveau à la passation du marché en litige et ne peut donc se prétendre lésée par l'attribution dudit marché au groupement Saur ; que, toutefois, il est constant que la société requérante disposait de ladite accréditation lors de la présentation de son offre et à la date du présent jugement ; que, par suite, la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt à agir opposée par la communauté d'agglomération de Nîmes métropole ne peut qu'être écartée ;

Sur la validité du contrat :

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête :

Considérant qu'aux termes de l'article 1.1 du règlement de consultation : « l'organisme de contrôle doit être indépendant conformément à l'article 7 de l'arrêté du 22 juin 2007. Il doit bénéficier d'une accréditation au titre de l'annexe A, B, ou C de la norme NF EN ISO/CEI 17020 dans le domaine « contrôle de réception des réseaux d'assainissement neufs » pour les trois types de contrôles requis (...). Cette accréditation lui aura été délivrée par le Comité Français d'Accréditation (...) » ; qu'aux termes de l'article 7 de l'arrêté du 22 juin 2007 susvisé auquel se réfèrent les pièces contractuelles du marché : « (...) Les travaux réalisés sur les ouvrages de collecte font l'objet avant leur mise en service d'une procédure de réception prononcée par le maître d'ouvrage. A cet effet, celui-ci confie la réalisation d'essais à un opérateur externe ou interne accrédité, indépendant de l'entreprise chargée des travaux. Cette réception vise à assurer la bonne exécution des travaux et comprend notamment le contrôle de l'étanchéité, la bonne exécution des fouilles et de leur remblaiement, l'état des raccordements, la qualité des matériaux utilisés, l'inspection visuelle ou télévisuelle des ouvrages et la production du dossier de récolement (...) » ; qu'il ressort du préambule du cahier des clauses techniques particulières du marché en litige que l'objet de ce dernier est : « la réalisation d'essais de contrôle visant à diagnostiquer l'état des réseaux d'assainissement existants (...), à détecter et localiser l'origine de fuites ou des anomalies sur réseaux existants non conformes (...), à contrôler la qualité de l'exécution des travaux, conformément à la réglementation en vigueur (...) en assainissement (...) et en eau potable (...) » ; que les dispositions générales des articles I.1 et I.2 dudit cahier des clauses techniques particulières prévoient que : « l'opérateur chargé du contrôle (...) doit être extérieur et indépendant de l'entreprise en charge des travaux et/ou de

l'exploitation. Il doit être obligatoirement accrédité COFRAC. » et « en cas d'intervention sur réseau « neuf », le prestataire doit être indépendant de l'entreprise chargée des travaux et il ne doit pas participer à l'autocontrôle des travaux (...). » ; que s'il est constant que le groupement attributaire est bénéficiaire de l'accréditation COFRAC qui prévoit qu'un organisme de type C est : « un organisme fournissant des services d'inspection autres que de tierce partie indépendante à son organisation mère ou d'autres clients. », il résulte de l'instruction, et il n'est pas contesté, que la même société Saur est chargée simultanément du contrôle, par le présent marché, et de l'exploitation, par contrat d'affermage, de réseaux d'eau potable et d'assainissement de 7 communes de la communauté d'agglomération de Nîmes métropole ; qu'en outre la filiale de la société Saur est attributaire du marché de travaux relatifs à la réfection et à la construction des réseaux d'assainissements d'eaux potables de cette communauté ; que, dans ces conditions, la SOCIETE SATER SA est fondée à soutenir que la procédure de passation du marché litigieux a méconnu la condition d'indépendance du contrôleur posée par le règlement de consultation et le cahier des clauses techniques particulières ;

Sur les conséquences de l'illégalité du marché :

Considérant que, saisi par un concurrent évincé de conclusions contestant la validité d'un contrat, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité de ce contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de décider de la poursuite de l'exécution du contrat, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou son annulation ; qu'il peut également, saisi de conclusions en ce sens, accorder des indemnisations en réparation des droits lésés ;

Considérant, d'une part, que l'irrégularité entachant la procédure de passation du marché litigieux a nécessairement eu des conséquences sur le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, dès lors que l'offre de la société attributaire aurait dû être écartée en raison de la condition d'indépendance du contrôleur posée par les pièces du marché ; que, d'autre part, l'intérêt général ne s'oppose pas à ce que le marché litigieux cesse d'être exécuté sans délai dès lors que l'absence temporaire de contrôles des canalisations n'est pas susceptible d'être regardée comme présentant un risque d'une nature telle qu'il porterait une atteinte substantielle à la continuité du service public de distribution d'eau potable ; qu'en revanche, eu égard à la nature de ce marché de bons de commande dont deux tranches ont déjà été entièrement exécutées en application de l'article 3 de l'acte d'engagement, il y a seulement lieu en l'absence d'une atteinte excessive à l'intérêt général, de prononcer la résiliation de ce contrat à compter du 31 décembre 2011 ;

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 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 l'espèce, que l'offre de la SOCIETE SATER SA, qui était attributaire du marché pour l'année 2009, a obtenu la note technique de 9, 40, contre 8, 75 obtenue par l'attributaire ; que, si l'offre du groupement Saur/Hydroservices de l'Ouest avait été écartée comme incompatible avec les clauses contractuelles, la société requérante aurait eu, nonobstant un prix supérieur d'environ 14 % à celui proposé par le groupement retenu, des chances sérieuses d'emporter le marché ; que, par suite, elle a droit à une indemnité calculée non pas d'après le montant des frais exposés pour la présentation de son offre, mais d'après celui du manque à gagner constaté ; que toutefois, eu égard à la nature de ce marché de bons de commande d'un an dont le titulaire ne saurait prétendre à un droit au renouvellement, l'indemnité doit être limitée au manque à gagner constaté pour une année ;

Considérant, enfin, que la SOCIETE SATER SA produit la liasse fiscale pour l'exercice de 2009, établissant un chiffre d'affaire de 135.000 euros hors taxe lorsqu'elle était titulaire du marché en litige, et non contesté par la communauté d'agglomération de Nîmes métropole ; que suivant la liasse fiscale de cette année là, le taux de marge net était de 2,86 % ; que par suite, l'indemnité à laquelle peut prétendre la SOCIETE SATER SA au titre du manque à gagner doit être fixée, eu égard à sa marge bénéficiaire moyenne constatée sur la période annuelle précitée, à la somme de 3.861 euros hors taxe ; qu'en revanche, ces indemnités, qui visent à réparer un préjudice et ne correspondent pas à la rémunération d'une prestation, n'ont pas à être assorties de la taxe sur la valeur ajoutée ; que, par suite, la condamnation mise à la charge de la communauté d'agglomération de Nîmes métropole sera fixée à la somme de 3.861 euros hors taxe ;

Sur les conclusions au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de la communauté d'agglomération de Nîmes métropole une somme de 2.000 euros au titre des frais exposés par la SOCIETE SATER SA et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1^{er} : Le contrat de marché public à bons de commande, pour des essais de contrôle des canalisations et des tranchées d'assainissement d'eau potable, conclu le 3 mars 2010 entre la communauté d'agglomération de Nîmes métropole et le groupement Saur-Hydro services de l'ouest est résilié à compter du 31 décembre 2011.

Article 2 : La communauté d'agglomération de Nîmes métropole est condamnée à verser à la SOCIETE SATER SA une somme de 3.861 euros à titre d'indemnité.

Article 3 : La communauté d'agglomération de Nîmes métropole versera à la SOCIETE SATER SA une somme de 2.000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions des requêtes est rejeté.

Article 5 : Le présent jugement sera notifié à la SOCIETE SATER SA, au groupement Saur-Hydro services de l'ouest et à la communauté d'agglomération de Nîmes

métropole.

Délibéré après l'audience du 26 janvier 2012, à laquelle siégeaient :

M. Abauzit, président,
Mme Achour, premier conseiller,
Mme Galtier, conseiller,

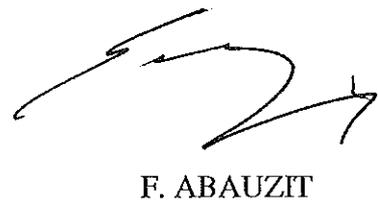
Lu en audience publique le 9 février 2012.

Le rapporteur,



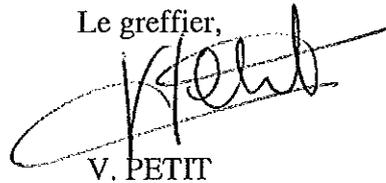
F. GALTIER

Le président,



F. ABAUZIT

Le greffier,



V. PETIT

La République mande et ordonne au préfet du Gard en ce qui le concerne ou 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.

Pour copie conforme
Le greffier

Elisabeth Nivard

