

Références

CAA de BORDEAUX

N° 17BX03405

Inédit au recueil Lebon

3ème chambre - formation à 3

M. DE MALAFOSSE, président
M. Laurent POUGET L., rapporteur
Mme DE PAZ, rapporteur public
EARTH AVOCATS, avocat

lecture du jeudi 25 juillet 2019

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral

Vu la procédure suivante :

Procédure antérieure :

La société Initial a demandé au tribunal administratif de Limoges de condamner le centre hospitalier Esquirol à lui verser la somme de 1 218 270 euros en réparation du préjudice résultant de son éviction illégale du marché conclu avec cet établissement pour la location et l'entretien d'articles textiles.

Par un jugement n° 1402181 du 28 août 2017, le tribunal administratif de Limoges a condamné le centre hospitalier Esquirol à payer à la société Initial la somme de 69 220 euros assortie des intérêts au taux légal à compter du 28 août 2014, capitalisés.

Procédure devant la cour :

Par une requête enregistrée le 27 octobre 2017, le centre hospitalier Esquirol, représenté par MeB..., demande à la cour :

1°) d'annuler ce jugement du tribunal administratif de Limoges ;

2°) de rejeter la demande présentée devant ce tribunal par la société Initial ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- les mesures de publicité de la procédure d'appel d'offres ayant été régulièrement effectuées en octobre 2012, le recours de la société Initial devant le tribunal était tardif après le 30 décembre 2012 ; distinguer à cet égard la résiliation, l'annulation et l'indemnisation d'un tiers pour un vice méconnaît le principe de sécurité juridique ; le bénéfice d'un contrat appartient au patrimoine d'une institution et la solution retenue par le tribunal méconnaît donc le principe de sécurité juridique ainsi que l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- aucune demande préalable chiffrée présentée par la société elle-même n'est venue lier le contentieux en temps utile ;
- la loi n'interdit pas à une personne publique de participer à une procédure de mise en concurrence passée par une autre personne publique dès lors qu'elle ne bénéficie pas alors d'un avantage concurrentiel ; cette condition a été respectée en l'espèce ;
- il ne revient pas au juge de contrôler le respect par le candidat public du principe de spécialité auquel il est tenu ;
- la désinfection du linge et son entretien n'est pas une activité périphérique d'un établissement hospitalier ;
- la société Initial tient un discours paradoxal lorsqu'elle reproche au centre hospitalier universitaire de Limoges d'avoir présenté une offre anormalement basse et indique qu'elle aurait pu, selon les statistiques de la profession, revoir à la baisse la marge nette de 44 % sur laquelle elle base sa demande indemnitaire.

Par un mémoire en défense enregistré le 31 mai 2018, la société Initial conclut au rejet de la requête et, par la voie de l'appel incident, demande la réformation du jugement en tant qu'il ne lui a pas accordé l'indemnité de 1 218 270 euros dont elle sollicitait le versement. Elle demande également qu'une somme de 4 000 euros soit mise à la charge du centre hospitalier en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- il est de jurisprudence constante que les conclusions indemnitaires présentées par un candidat évincé illégalement d'une procédure d'appel d'offres ne sont pas soumises au respect d'un délai de deux mois suivant l'accomplissement de publicité ; il n'en résulte aucune méconnaissance du principe de sécurité juridique, la jurisprudence n'enserrant pas le droit de recours dans un délai raisonnable et la demande indemnitaire n'ayant pas d'effet sur la situation contractuelle des parties au marché ; seul le délai de prescription quadriennale s'applique ; pour le même motif et alors que la société Initial peut pour sa part se prévaloir d'une atteinte au principe d'espérance légitime, le centre hospitalier ne peut utilement se prévaloir d'une violation du 1er protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- la jurisprudence admet que le préjudice soit chiffré pour la première fois devant le juge ; au demeurant, sa demande, qui pouvait fort bien être présentée par ministère d'avocat, précisait exactement la nature et l'étendue du préjudice dont elle demandait réparation ;
- il résulte très clairement des décisions du Conseil d'Etat qu'une personne publique ne peut légalement présenter sa candidature à une procédure de passation d'un marché public que si elle est compétente pour agir dans ce domaine, que son intervention est justifiée par un intérêt public et que son intervention ne fausse pas le libre jeu de la concurrence ;
- le centre hospitalier universitaire de Limoges ne remplissait aucune de ces conditions et il appartenait au pouvoir adjudicateur de le constater ;
- il lui appartenait notamment d'apprécier le respect du principe de spécialité ; or, la blanchisserie ne peut être regardée comme constituant une mission principale d'un établissement hospitalier ; les prestations objet du marché ne pouvaient par ailleurs être effectuées à moyens constants ; l'attribution du marché méconnaissait ainsi l'article R. 6145-48 du code de la santé publique ;
- il n'est pas démontré en quoi la candidature du centre hospitalier universitaire répondait à un intérêt public ;
- il n'est pas davantage justifié de ce que le prix proposé par le centre hospitalier universitaire ait été déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects et que l'établissement n'ait pas profité des ressources et moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public ;
- l'offre faite par le centre hospitalier universitaire, plus de deux fois moins chère que la sienne, était anormalement basse, reflétant une sous-estimation des coûts du marché ; l'égalité entre les candidats n'a donc pas été respectée ;
- selon la jurisprudence, le candidat évincé illégalement a droit à l'indemnisation de son manque à gagner pour les trois années reconductibles dès lors que ce candidat disposait d'une chance sérieuse de voir le contrat reconduit ; or, elle dispose d'une grande expérience et d'un savoir faire reconnu pour les prestations considérées ;
- d'autre part, le manque à gagner doit être réparé en tenant compte du taux de marge nette escompté, qui s'élevait en l'espèce à 44 % ; c'est donc à tort que le tribunal a retenu un taux de 10 %.

Le centre hospitalier Esquirol a présenté un mémoire le 21 décembre 2018, par lequel il conclut aux mêmes fins que précédemment, par les mêmes moyens.

Par une ordonnance du 27 septembre 2018, la clôture de l'instruction a été fixée au 31 décembre 2018 à 12 heures.

Une note en délibéré a été présentée le 8 juillet 2019 par le centre hospitalier Esquirol.

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 M. Laurent Pouget,
- les conclusions de Mme Déborah de Paz, rapporteur public.
- et les observations de MeB..., représentant le centre hospitalier Esquirol de Limoges et de MeA..., représentant la société Initial.

Considérant ce qui suit :

1. Le centre hospitalier Esquirol de Limoges a lancé le 25 juin 2012 une procédure d'appel d'offres ouvert pour un marché public relatif à la location et à l'entretien d'articles textiles. Candidate, la société Initial a été

informée le 13 septembre 2012 du rejet de son offre. Il lui a été précisé par un courrier du 20 septembre 2012 que le marché avait été attribué au centre hospitalier universitaire (CHU) de Limoges et que, si son offre avait été jugée techniquement meilleure, elle avait néanmoins été classée en deuxième position en raison d'un écart de notation défavorable sur le critère du prix. La société Initial, estimant irrégulière la procédure de passation et de conclusion du marché, a demandé au centre hospitalier Esquirol, par lettre du 26 août 2014, à être indemnisée du préjudice résultant de son éviction. Sa demande ayant été tacitement rejetée, elle a saisi le tribunal administratif de Limoges d'une demande tendant à la condamnation du centre hospitalier à lui verser une indemnité de 1 218 270 euros en principal. Par un jugement du 28 août 2017, le tribunal administratif de Limoges a condamné le centre hospitalier Esquirol à payer à la société Initial, à titre d'indemnité, la somme de 69 220 euros, assortie des intérêts au taux légal à compter du 28 août 2014, avec capitalisation. Le centre hospitalier relève appel de ce jugement et, par la voie de l'appel incident, la société Initial en demande la réformation en tant qu'il n'a pas fait entièrement droit à ses prétentions indemnitaires.

2. En vue d'obtenir réparation de ses droits lésés, le concurrent évincé d'une procédure de passation d'un marché public a la possibilité soit de présenter devant le juge du contrat des conclusions indemnitaires, à titre accessoire ou complémentaire à des conclusions à fin de résiliation ou d'annulation du contrat, soit d'engager un recours de pleine juridiction distinct, tendant exclusivement à une indemnisation du préjudice subi à raison de l'illégalité de la conclusion du contrat dont il a été évincé.

Sur la recevabilité de la demande de première instance :

3. En premier lieu, ainsi que l'a jugé à bon droit le tribunal, la présentation de conclusions indemnitaires par un concurrent évincé d'une procédure de passation d'un marché public n'est pas soumise au délai de deux mois suivant l'accomplissement des mesures de publicité du contrat, applicable aux seules conclusions tendant à sa résiliation ou à son annulation. Si la société Initial n'a présenté en l'occurrence ses conclusions à fin d'indemnisation qu'au-delà d'un délai d'un an suivant l'accomplissement des formalités de publicité du marché par le centre hospitalier Esquirol, il n'en résulte pour autant aucune atteinte au principe de sécurité juridique dont celui-ci serait fondé à se prévaloir pour faire obstacle à cette action indemnitaire dès lors que celle-ci ne remet pas en cause l'exécution du contrat ni ne vise exclusivement à la remise en cause d'une décision administrative définitive présentant un objet purement pécuniaire. Enfin, le centre hospitalier requérant ne saurait, au seul motif des difficultés pratiques et financières liées à l'imprévisibilité des actions indemnitaires menées postérieurement à un délai "raisonnable" contre l'autorité adjudicataire par un candidat évincé d'un marché, en tirer que le recours intenté par la société Initial méconnaît le principe de protection des biens posé par l'article 1er du protocole additionnel n° 1 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

4. En second lieu, si la recevabilité des conclusions indemnitaires présentées par un candidat évincé est soumise, selon les modalités du droit commun, d'une part, à l'intervention d'une décision préalable de l'administration de nature à lier le contentieux et, d'autre part, à l'exposé de motifs et à un chiffrage, rien ne fait obstacle à ce que ce dernier soit établi pour la première fois devant le juge. En l'espèce, il résulte de l'instruction que la société Initial, par un courrier du 26 août 2014, a saisi le centre hospitalier Esquirol d'une demande tendant à ce que lui soit versée une indemnité égale au bénéfice net que lui aurait procuré le marché public en cause, en raison du préjudice résultant des illégalités entachant la conclusion de ce marché. Elle a ensuite chiffré le montant de ce préjudice dans sa requête introductive d'instance devant le tribunal. Le contentieux a ainsi été lié, contrairement à ce que soutient le centre hospitalier, qui ne peut utilement opposer à la société la circonstance que sa réclamation préalable a été présentée par ministère d'avocat.

Sur le bien-fondé des prétentions indemnitaires de la société Initial :

En ce qui concerne le droit à réparation :

5. D'une part, lorsqu'un candidat à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait de l'irrégularité ayant, selon lui, affecté la procédure qui a conduit à son éviction, il appartient au juge, si cette irrégularité est établie, de vérifier qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute en résultant et les préjudices dont le candidat demande l'indemnisation, un tel lien conditionnant le droit à réparation de ces préjudices.

6. D'autre part, si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce qu'un établissement public de santé se porte candidat à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, il ne peut légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public, c'est à dire si elle constitue le prolongement de la mission de service public dont l'établissement public de santé a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission. Une fois admise dans son principe, cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence. En particulier, le prix proposé par l'établissement public de santé doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans qu'il bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié. Ces règles s'appliquent enfin sans préjudice des coopérations que les personnes publiques peuvent organiser entre elles, dans le cadre de relations distinctes de celles d'opérateurs intervenant sur un marché concurrentiel.

7. Ainsi que l'a relevé le tribunal, il résulte de l'instruction que le centre hospitalier universitaire de Limoges a été désigné attributaire du marché litigieux sur la base d'un prix annuel de 320 064,08 euros hors taxe plus de deux fois inférieur à celui de 692 199,32 euros hors taxe proposé par la société Initial, blanchisserie industrielle, classée deuxième. Le centre hospitalier requérant, qui se borne essentiellement devant la cour à alléguer qu'il ne lui appartenait pas de s'assurer de la légalité de l'offre émanant du CHU de Limoges, ne remet pas ainsi valablement en cause le constat opéré par les premiers juges selon lequel aucun élément n'a été produit par le pouvoir adjudicateur ou par le CHU permettant de justifier que le prix proposé par l'établissement public attributaire a été déterminé sans distorsion de la libre concurrence, c'est à dire en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, et que cet établissement public n'a pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public. Au demeurant, ni le centre hospitalier Esquirol, ni le CHU de Limoges n'apporte devant la cour davantage d'éléments, comptable ou autre, de nature à établir que la candidature de ce dernier répondrait à un intérêt public, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier. Dans ces conditions, la candidature du CHU de Limoges à la procédure d'appel d'offres ouverte par le centre hospitalier Esquirol ne peut être regardée comme légale.

8. Compte tenu du classement de la société Initial en seconde position au terme de la procédure concurrentielle, son éviction apparaît directement liée à l'irrégularité ayant affecté cette procédure et lui ouvre ainsi un droit à la réparation du préjudice qui en résulte pour elle.

En ce qui concerne le préjudice :

9. L'entreprise candidate à l'attribution d'un marché public qui a été irrégulièrement évincée de ce marché qu'elle avait des chances sérieuses d'emporter a droit à être indemnisée de son manque à gagner. Ce manque à gagner doit être déterminé en prenant en compte le bénéfice net qu'aurait procuré ce marché à l'entreprise sur l'ensemble des années d'exécution du marché.

10. Compte tenu de ce qui a été dit au point 8, et alors qu'un écart de notation de seulement 11 points sur 100 sépare l'offre de l'attributaire du marché de celle la société Initial, celle-ci justifie de la perte d'une chance sérieuse de remporter l'appel d'offres.

11. Si la société Initial se prévaut d'un taux de marge nette de 44 %, se référant à un document de synthèse de l'étude de rentabilité de la prestation à réaliser pour le centre hospitalier Esquirol, il ressort des mentions de ce document qu'il s'agit d'un taux " marginal ", alors que le taux de marge nette " complet " prenant en compte l'ensemble des coûts fixes et qu'il y a lieu de retenir, ainsi que l'a estimé à bon droit le tribunal, s'établit à 10 %. En revanche, comme le fait valoir la société Initial, le marché était conclu pour une durée d'un an reconductible trois fois. Aussi, compte tenu notamment de son expérience et de ses compétences dans le domaine d'activité considéré, elle doit raisonnablement être regardée comme justifiant d'une perte de chance sérieuse affectant non seulement l'année initiale d'exécution du marché, pour laquelle le manque à gagner s'établit à 69 220 euros, mais également la première année d'exécution suivante. Il sera ainsi fait une plus juste appréciation du manque à gagner qu'elle a subi en l'évaluant à la somme de 138 440 euros. Cette somme portera intérêts au taux légal à compter du 28 août 2014, date de réception par le centre hospitalier de la demande préalable de la société Initial, avec capitalisation au 28 août 2015 et à chaque échéance annuelle ultérieure.

12. Il résulte de ce qui précède que le centre hospitalier Esquirol n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Poitiers a rejeté sa demande. Pour sa part, la société Initial est seulement fondée à soutenir que c'est à tort que le même jugement a condamné le centre hospitalier Esquirol à lui verser une indemnité inférieure à 138 440 euros en principal, assortie des intérêts capitalisés.

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

13. La société Initial n'étant pas la partie perdante dans la présente instance, les conclusions du centre hospitalier Esquirol tendant à ce qu'une somme soit mise à sa charge au titre des frais d'instance qu'elle a exposés doivent être rejetées. Il y a lieu en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du centre hospitalier Esquirol une somme de 1 500 euros à verser à la société Initial sur le fondement des mêmes dispositions.

DECIDE :

Article 1er : La requête du centre hospitalier Esquirol est rejetée.

Article 2 : Le centre hospitalier Esquirol est condamné à verser à la société Initial la somme de 138 440 euros. Cette somme portera intérêts au taux légal à compter du 28 août 2014. Les intérêts échus un an après cette date, puis à chaque échéance annuelle à compter de cette date seront capitalisés pour produire eux-mêmes intérêts.

Article 3 : Le jugement n° 1402181 du tribunal administratif de Limoges du 28 août 2017 est réformé en ce qu'il a de contraire au présent arrêt.

Article 4 : Le centre hospitalier Esquirol versera à la société Initial la somme de 1 500 euros en application de

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

Article 5 : Le surplus des conclusions de la société Initial est rejeté.

Article 6 : Le présent arrêt sera notifié au centre hospitalier Esquirol, à la société Initial et au CHU de Limoges.

Délibéré après l'audience du 4 juillet 2019, à laquelle siégeaient :

M. Aymard de Malafosse, président,

M. Laurent Pouget, président-assesseur,

Mme Marie-Pierre Beuve Dupuy, premier conseiller,

Lu en audience publique, le 25 juillet 2019.

Le rapporteur,

Laurent POUGET Le président,

Aymard de MALAFOSSE Le greffier,

Christophe PELLETIER

La République mande et ordonne au ministre des solidarités et de la santé 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 du présent arrêt.

7

N° 17BX03405

Analyse

Abstrats : 39-02-005 Marchés et contrats administratifs. Formation des contrats et marchés. Formalités de publicité et de mise en concurrence.