

CAA de MARSEILLE

**N° 18MA03949**

Inédit au recueil Lebon

**6ème chambre - formation à 3**

M. ZUPAN, président

M. Philippe GRIMAUD, rapporteur

M. THIELÉ, rapporteur public

SCP D'AVOCATS BECQUE - DAHAN - PONS-SERRADEIL, avocat(s)

lecture du lundi 1 avril 2019

**REPUBLIQUE FRANCAISE**  
**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société Solia a demandé au tribunal administratif de Marseille d'annuler le marché public de fourniture de consommables alimentaires à usage unique conclu le 21 avril 2016 entre l'assistance publique-hôpitaux de Marseille et la société Mongin-Jauffret et, d'autre part, de condamner l'assistance publique-hôpitaux de Marseille à lui verser une indemnité de 128 498,65 euros en réparation du manque à gagner imputable à son éviction de la procédure.

Par un jugement n° 1604943 du 19 juin 2018, le tribunal administratif de Marseille a rejeté sa demande.

Procédure devant la Cour :

Par une requête enregistrée le 14 août 2018, la société Solia, représentée par Me E..., demande à la Cour :

1°) d'annuler ce jugement ;

2°) d'annuler le marché public conclu entre l'assistance publique-hôpitaux de Marseille et la société Mongin-Jauffret ;

3°) de condamner l'assistance publique-hôpitaux de Marseille à lui verser une indemnité de 128 498,65 euros en réparation du manque à gagner imputable à son éviction de la procédure, majorée des intérêts moratoires au taux légal et du produit de leur capitalisation ;

4°) de mettre à la charge de l'assistance publique-hôpitaux de Marseille la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le jugement est irrégulier car sa minute ne comporte pas la signature prescrite par les dispositions de l'article R. 741-7 du code de justice administrative ;

- ce jugement est insuffisamment motivé car il ne répond pas au moyen tiré du détournement de pouvoir entachant la déclaration sans suite de la précédente procédure ;

- cette déclaration sans suite ne répondait à aucun motif d'intérêt général et a donc été irrégulièrement prononcée ;

- la société Mongin-Jauffret ayant eu connaissance des détails de l'offre qu'elle avait présentée lors de la précédente procédure de passation de marché déclarée sans suite et le pouvoir adjudicateur n'ayant pris aucune mesure de nature à assurer l'égalité entre les candidats au cours de la seconde procédure, les principes d'égalité entre les candidats, de transparence des procédures et de liberté d'accès à la commande publique ont été méconnus ;

- le pouvoir adjudicateur a retenu une offre anormalement basse.

Par un mémoire en défense enregistré le 16 janvier 2019, l'assistance publique-hôpitaux de Marseille, représentée par Me C..., conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la société Solia en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que les moyens présentés par la société Solia ne sont pas fondés.

Par un mémoire en défense enregistré le 8 février 2019, la société Mongin-Jauffret, représentée par Me A..., conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la société Solia en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que les moyens présentés par la société Solia ne sont pas fondés.

Un mémoire présenté par la société Solia et enregistré le 21 février 2019 n'a pas été communiqué.

Par ordonnance du 17 janvier 2019, la clôture d'instruction a été fixée au 22 février 2019.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code des marchés publics ;
- la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 ;
- 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. D... Grimaud, rapporteur,
- les conclusions de M. B... Thiele, rapporteur public,
- et les observations de Me E..., représentant la société Solia et de Me A...pour la société Mongin-Jauffret.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à concurrence du 13 avril 2015, l'assistance publique-hôpitaux de Marseille a engagé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la conclusion d'un marché de fournitures de consommables alimentaires à usage unique décomposé en quatre lots. Le lot n° 1 ayant été attribué à la société Solia, la société Mongin-Jauffret, candidate évincée, a formé devant le tribunal administratif de Marseille un référé précontractuel le 6 juillet 2015. Dès le surlendemain, l'assistance publique-hôpitaux de Marseille a déclaré sans suite cette procédure de passation. Par un second avis d'appel public à concurrence publié le 14 janvier 2016, elle a sollicité de nouvelles offres en vue de la conclusion de ce marché. Le pouvoir adjudicateur a, le 4 avril 2016, informé la société Solia du rejet de son offre et de l'attribution à la société Mongin-Jauffret du marché en cause, dont l'acte d'engagement a été signé le 21 du même mois.

Sur la régularité du jugement attaqué :

2. En premier lieu, l'article R. 741-7 du code de justice administrative dispose : " Dans les tribunaux administratifs (...), la minute de la décision est signée par le président de la formation de jugement, le rapporteur et le greffier d'audience ". Contrairement à ce que soutient la société Solia, il résulte de l'examen du dossier de première instance que la minute du jugement attaqué comporte bien l'ensemble des signatures requises en vertu de ces dispositions.

3. En second lieu, la décision du 8 juillet 2015 par laquelle la directrice générale de l'assistance publique-hôpitaux de Marseille a déclaré sans suite la première procédure de passation ne constitue pas la base légale des décisions adoptées au cours de la seconde de ces procédures, qui n'ont pas davantage été prises pour son application. Il en résulte que le moyen d'exception d'illégalité soulevé sur ce point par la société Solia était inopérant et que les premiers juges n'étaient dès lors pas tenus d'y répondre. La requérante n'est dès lors pas fondée à arguer d'une irrégularité affectant à ce titre le jugement attaqué.

Sur le bien-fondé du jugement attaqué :

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

4. En premier lieu, ainsi qu'il a été dit ci-dessus au point 3, la société Solia ne peut

utilement se prévaloir, à l'appui de ses conclusions dirigées contre le marché conclu avec la société Mongin-Jauffret au terme de la procédure engagée le 14 janvier 2016, de l'irrégularité qui affecterait la décision du 8 juillet 2015 déclarant sans suite la procédure engagée pour les mêmes prestations par l'appel d'offres du 13 avril 2015. Au surplus, l'assistance publique-hôpitaux de Marseille affirme avoir déclaré sans suite cette procédure en raison de l'introduction du référé précontractuel présenté par la société Mongin-Jauffret, avant de reprendre la procédure " après avoir établi un nouveau cahier des charges ". Or, il résulte de l'instruction que la première procédure de passation était susceptible d'être entachée d'irrégularité ou de ne pas répondre de manière adéquate au besoin du pouvoir adjudicateur faute de mention d'un délai maximal de livraison, moyen qui avait été expressément soulevé devant le juge des référés par la société Mongin-Jauffret et qui a conduit le pouvoir adjudicateur à introduire un délai maximal de dix jours à l'article 8-1 du cahier des clauses administratives particulières joint au dossier de consultation des entreprises dans le cadre de la seconde procédure, menée en 2016. Dans ces circonstances, il peut être tenu pour établi que, de fait, la déclaration sans suite du 8 juillet 2015 s'appuie sur le constat de l'irrégularité mentionnée ci-dessus, donc sur un motif d'intérêt général, et que cette décision est donc exempte du détournement de pouvoir allégué par la société Solia. Ce moyen doit donc en tout état de cause être écarté.

5. En deuxième lieu, en vertu des dispositions de l'article 80 du code des marchés publics alors en vigueur : " I.- 1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée autre que celle prévue au II de l'article 35, le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet. / Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature. (...) / III.- Le pouvoir adjudicateur ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation : / a) Serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial ; / b) Serait contraire à l'intérêt public ; / c) Pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques ". Aux termes de l'article 83 du même code : " Le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat écarté qui n'a pas été destinataire de la notification prévue au 1° du I de l'article 80 les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dans les quinze jours de la réception d'une demande écrite à cette fin. / Si le candidat a vu son offre écartée alors qu'elle n'était aux termes de l'article 35 ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, le pouvoir adjudicateur est en outre tenu de lui communiquer les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre ". Par ailleurs, aux termes de l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, alors en vigueur : " Le droit de toute personne à l'information est précisé et garanti par les dispositions des chapitres Ier, III et IV du présent titre en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs. / Sont considérés comme documents administratifs, au sens des chapitres Ier, III et IV du présent titre, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et décisions. (...) ". Aux termes de l'article 2 de cette même loi : " Sous

réserve des dispositions de l'article 6, les autorités mentionnées à l'article 1er sont tenues de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande, dans les conditions prévues par le présent titre. / Le droit à communication ne s'applique qu'à des documents achevés ". Enfin, le II de l'article 6 de cette loi dispose que : " Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs : / - dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle (...) " .

6. Il résulte des dispositions précitées que les marchés publics et les documents qui s'y rapportent, y compris les documents relatifs au contenu des offres, sont des documents administratifs au sens des dispositions de l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978, aujourd'hui codifiée. La communication des renseignements contenus dans ces documents peut toutefois affecter la concurrence entre les opérateurs économiques et porter atteinte au secret industriel et commercial. Au regard des règles de la commande publique, doivent être regardés comme communicables, sous réserve des secrets protégés par la loi, l'ensemble des pièces du marché. Dans cette mesure, si notamment l'acte d'engagement, le prix global de l'offre et les prestations proposées par l'entreprise attributaire sont en principe communicables, le bordereau unitaire de prix de l'entreprise attributaire, en ce qu'il reflète la stratégie commerciale de l'entreprise opérant dans un secteur d'activité et qu'il est susceptible, ainsi, de porter atteinte au secret en matière commerciale, n'est quant à lui, en principe, pas communicable.

7. D'une part, il résulte de l'instruction que l'assistance publique-hôpitaux de Marseille a, au terme de la première procédure d'appel d'offres, rejeté l'offre de la société Mongin-Jauffret en ce qui concerne les lots n° 1 et 2 et lui a transmis, le 25 juin 2015, un document comparant son offre et celle de la société Solia, attributaire de ces lots et mentionnant notamment le coût global des fournitures objet du marché qu'elle avait proposé. Contrairement à ce que soutient la société Solia, qui n'établit pas que d'autres informations relatives à sa première offre auraient été transmises à la société Mongin-Jauffret, le pouvoir adjudicateur n'a méconnu ni les dispositions précitées ni les principes de transparence et d'égalité entre candidats en communiquant ces éléments à la société Mongin-Jauffret, à qui il était d'ailleurs tenu de fournir ces informations.

8. D'autre part, il ne résulte pas de l'instruction que, s'agissant d'un marché à bons de commandes portant sur sept produits de nature et de prix unitaires dissemblables, la connaissance du prix global de la première offre de la société Solia ait conféré à la société Mongin-Jauffret un quelconque avantage concurrentiel, ni que cet hypothétique avantage, dont la requérante ne pouvait d'ailleurs qu'avoir connaissance, ait été tel que le pouvoir adjudicateur aurait dû adopter des mesures destinées à éviter toute distorsion de concurrence lors de la seconde procédure d'appel d'offres, la société Solia ne précisant d'ailleurs nullement en quoi auraient pu consister de telles mesures. Le moyen tiré de ce que l'organisation de la procédure de passation contestée a méconnu les principes de transparence et d'égalité entre candidats doit sur ce point également être écarté.

9. Aux termes des dispositions de l'article 55 du code des marchés publics alors en vigueur : " Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies. Pour les marchés passés selon une procédure formalisée par les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, c'est la commission d'appel d'offres qui rejette par décision motivée les offres dont le caractère anormalement bas est établi. / Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants : / 1° Les modes de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, les procédés de construction ; / 2° Les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou pour réaliser les prestations de services ; / 3° L'originalité de l'offre ; / 4° Les dispositions relatives aux conditions de travail en vigueur là où la prestation est réalisée ; / 5° L'obtention éventuelle d'une aide d'Etat par le candidat. / Une offre anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'Etat ne peut être rejetée que si le candidat n'est pas en mesure d'apporter la preuve que cette aide a été légalement accordée. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre pour ce motif en informe la Commission européenne ".

10. S'il est constant que le montant total de l'offre de la société Mongin-Jauffret a baissé de 25 % entre la première et la seconde procédure de passation, il résulte de l'instruction, d'une part, que l'écart entre l'offre de la société requérante et celle de la société Mongin-Jauffret n'était que 8,7 % au cours de cette seconde procédure et, d'autre part, qu'une troisième entreprise avait proposé un prix inférieur à celui de la société Mongin-Jauffret. En outre, cette dernière fait état des efforts de rationalisation qu'elle a effectués en vue de réduire le prix de son offre et en démontre la réalité. Dans ces conditions, la société Solia, qui ne démontre en rien que les prix unitaires proposés par la société Mongin-Jauffret seraient artificiellement bas ou ne permettraient pas à cette entreprise de respecter les prescriptions du marché et de l'exécuter correctement, n'est pas fondée à soutenir que cette offre aurait dû être rejetée comme anormalement basse.

11. Il résulte de tout ce qui précède que la société Solia n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Marseille a rejeté ses conclusions tendant à l'annulation ou à la résiliation du contrat litigieux.

Sur les conclusions à fin d'indemnisation :

12. Il résulte de ce qui vient d'être énoncé que la société Solia n'a pas été irrégulièrement évincée de la procédure de passation du marché litigieux. Elle n'est dès lors pas fondée à soutenir que c'est à tort que les premiers juges ont rejeté ses conclusions indemnitaires.

13. Il résulte de tout ce qui précède que la requête de la société Solia doit être rejetée.

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

14. Ces dispositions s'opposent à ce que la somme réclamée par la société Solia au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens soit mise à la charge de l'assistance publique-hôpitaux de Marseille, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance. Il y a lieu au contraire de mettre à la charge de cette société une somme de 1 000 euros à verser à ce même titre, respectivement à l'assistance publique-hôpitaux de Marseille et à la société Mongin-Jauffret.

**D É C I D E :**

Article 1er : La requête de la société Solia est rejetée.

Article 2 : La société Solia versera une somme de 1 000 euros à l'assistance publique-hôpitaux de Marseille, et une même somme de 1 000 euros à la société Mongin-Jauffret au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 2 : Le présent arrêt sera notifié à la société Solia, à l'assistance publique-hôpitaux de Marseille et à la société Mongin-Jauffret.

Délibéré après l'audience du 18 mars 2019, où siégeaient :

- M. David Zupan, président,
- Mme Marie-Pierre Steinmetz-Schies, président assesseur,
- M. D... Grimaud, premier conseiller.

Lu en audience publique, le 1er avril 2019.

7

N° 18MA03949

**Abstrats** : 39-02-005 Marchés et contrats administratifs. Formation des contrats et



marchés. Formalités de publicité et de mise en concurrence.