

CAA de NANTES

N° 17NT01247

Inédit au recueil Lebon

4ème chambre

M. LAINE, président

Mme Nathalie TIGER-WINTERHALTER, rapporteur

M. BRECHOT, rapporteur public

SCP OMNIA LEGIS, avocat(s)

lecture du vendredi 6 juillet 2018

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société Valeurs Culinaires a demandé au tribunal administratif d'Orléans d'annuler le marché conclu le 11 août 2015 et de condamner le groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine (GCS du NOT) à lui verser la somme de 209 292,60 euros correspondant à son manque à gagner sur trois ans.

Par un jugement n°1503332 du 16 février 2017, le tribunal administratif d'Orléans a rejeté cette demande.

Procédure devant la cour :

Par une requête et un mémoire complémentaire, enregistrés le 15 avril 2017 et le 27 février 2018, la société Valeurs Culinaires, représentée par MeA..., demande à la Cour :

1°) d'annuler ce jugement du tribunal administratif d'Orléans du 16 février 2017 ;

2°) d'annuler le marché public conclu le 11 août 2015 par le groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine (GCS du NOT) avec la société Sogeres pour la fourniture de tous éléments bruts ou cuisinés et produits consommables et l'exécution d'une mission d'assistance technique aux opérations de restauration ;

3°) de condamner le GCS du NOT à lui verser la somme de 209 292,60 euros en réparation du préjudice qu'elle a subi du fait de son éviction irrégulière de l'attribution du marché ;

4°) de mettre à la charge de la société Sogeres la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le jugement attaqué est irrégulier dès lors qu'en méconnaissance de l'article R. 741-2 du code de justice administrative, il ne comporte pas la signature manuscrite des magistrats l'ayant rendu ;

- la procédure de passation du marché est entachée de plusieurs illégalités ; les contradictions entre l'avis d'appel public à la concurrence et le cahier des clauses particulières sur les modalités de mises en oeuvre des critères de sélection méconnaissent les règles de publicité et de mise en concurrence ; la pondération des sous-critères n'a pas fait l'objet de publicité et présente un caractère occulte ; le sous-critère du " plan alimentaire ", outre qu'il était occulte, était impropre pour départager les différents candidats ; le sous-critère du respect de la réglementation INCO, outre qu'il était occulte, était impropre pour départager les différents candidats ; le sous-critère de la " sécurité alimentaire " était impropre pour départager les différents candidats et n'a en tout état de cause pas été utilisé par le pouvoir adjudicateur pour trier les offres ; le pouvoir adjudicateur a eu recours à un critère occulte lié à l'antériorité des relations contractuelles pour départager les candidats ; la notation des candidats est entachée d'erreur manifeste d'appréciation ;

- elle est en droit d'obtenir l'indemnisation de l'intégralité de son manque à gagner dès lors qu'elle avait une chance sérieuse de se voir attribuer le marché ; elle aurait pu obtenir un bénéfice net de 14,84 % du montant de son offre, soit une somme de 209 292,60 euros sur trois ans.

Par des mémoires en défense, enregistrés le 29 juin 2017 et le 23 mars 2018, le groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine (GCS du NOT), représenté par MeD..., conclut à titre principal au rejet de la requête, à titre subsidiaire à la réduction des indemnités demandées par la société Valeurs Culinaires et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Valeurs Culinaires une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que :

- les moyens présentés par la société requérante ne sont pas fondés ;
- le préjudice n'est justifié ni dans son principe ni dans son montant.

Par un mémoire en défense, enregistré le 9 novembre 2017, la société Sogeres, représentée par MeB..., conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Valeurs Culinaires une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la société requérante ne saurait avoir été lésée par les manquements invoqués dès lors que sa candidature était irrecevable ;
- les moyens invoqués par la société requérante ne sont pas fondés.

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 Mme Tiger-Winterhalter, rapporteure ;
- les conclusions de M. Bréchet, rapporteur public,
- les observations de MeA..., représentant la SARL Valeurs Culinaires, et celles de MeC..., représentant la société Sogeres.

Une note en délibéré présentée pour la société Sogeres a été enregistrée le 20 juin 2018.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à la concurrence publié au Bulletin officiel des marchés

publics (BOAMP) le 4 juin 2015, le groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine (GCS du NOT) a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché public ayant pour objet la fourniture de tous éléments bruts ou cuisinés et produits consommables et l'exécution d'une mission d'assistance technique aux opérations de restauration, pour un nombre de repas annuel prévisionnel de 390 000 et pour une durée de douze mois renouvelable deux fois à compter du 1er septembre 2015. Quatre sociétés, dont la société Sogeres et la société Valeurs Culinaires, ont présenté des offres. Par un courrier électronique du 31 juillet 2015, la société Valeurs Culinaires a été informée qu'elle avait été classée en deuxième position et que le marché avait été attribué à la société Sogeres. La société Valeurs Culinaires relève appel du jugement du 16 février 2017 par lequel le tribunal administratif d'Orléans a rejeté sa demande tendant à l'annulation du marché conclu le 11 août 2015 entre le GCS du NOT et la société Sogeres et à la condamnation du GCS du NOT à lui verser la somme de 209 292,60 euros correspondant à son manque à gagner sur trois ans.

Sur la régularité de la candidature de la société requérante :

2. Aux termes du deuxième alinéa de l'article 52 du code des marchés publics : " Les candidatures (..) qui ne sont pas accompagnées des pièces mentionnées aux articles 45 (...) ou qui ne présentent pas des garanties techniques et financières suffisantes ne sont pas admises ". Selon l'article 45 de ce même code : " A l'appui des candidatures, il ne peut être exigé que : / 1. Des renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat (..) " et selon le II de l'article 58 du même code : " Au vu des renseignements relatifs aux candidatures, (...) la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales élimine, par décision prise avant l'ouverture de l'enveloppe contenant l'offre, les candidatures qui, en application du deuxième alinéa de l'article 52, ne peuvent être admises.".

3. Il résulte des dispositions précitées que s'il est loisible à l'acheteur public d'exiger la détention, par les candidats à l'attribution d'un marché public, de documents comptables et de références de nature à attester de leurs capacités, cette exigence, lorsqu'elle a pour effet de restreindre l'accès au marché des entreprises de création récente, doit être objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser. Si elle entend, au contraire, faciliter l'accès de ces entreprises au marché, la personne responsable de celui-ci peut, sur le fondement de l'article 45 du code des marchés publics, autoriser les entreprises candidates, qui ne sont pas en mesure de produire les références demandées à justifier de leurs capacités financières et professionnelles par d'autres moyens et notamment par la présentation de titres ou de l'expérience professionnelle du ou de leurs responsables. Dans tous les cas, dès lors que des pièces sont exigées dans le règlement de la consultation à l'appui des candidatures, conformément à l'article 45 du code des marchés publics, il résulte des articles 52 et 58 du code des marchés publics que la commission d'appel d'offres est tenue de refuser d'admettre les candidats qui ne les produisent pas.

4. Il résulte de l'instruction que l'article 17 du cahier des clauses particulières du marché en cause, valant règlement de la consultation, prévoit qu'une nouvelle société doit produire à l'appui de sa candidature une déclaration du soumissionnaire, volet 2 (formulaire DC5), accompagnée des pièces justificatives requises consistant en une copie du certificat d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ainsi qu'une attestation d'assurance de responsabilité civile. Or la société Valeurs Culinaires, immatriculée au registre du commerce le 1er décembre 2014, qui était donc une société

nouvelle à la date à laquelle elle a présenté sa candidature pour le marché en cause, a produit les documents exigés par l'article 17 du cahier des clauses particulières. Par ailleurs, la société Valeurs Culinaires était en droit de faire état, dans son dossier de candidature, de l'expérience professionnelle de son actuel gérant, qui était salarié de la société Sogeres, avant d'être licencié pour motif économique, et de mentionner le marché qu'elle venait de remporter avec l'association Théopolis.

5. Il résulte de ce qui précède que le moyen tiré, en défense, de ce que la société Valeurs Culinaires n'est pas susceptible d'être lésée par les manquements qu'elle invoque, dès lors que sa candidature serait irrégulière, doit être écarté.

Sur la validité du contrat :

6. Tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant le juge du contrat, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, 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. Il appartient au juge saisi de telles conclusions, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences. Il lui revient ainsi, 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 du cocontractant, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat.

7. Pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces critères. Il doit également porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation des sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection. Il n'est, en revanche, pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres.

8. L'avis d'appel public à concurrence du marché en cause prévoyait que l'offre économiquement la plus avantageuse serait choisie à l'issue d'un classement opéré en fonction du critère prix, pondéré à 50 %, et du critère de la valeur technique, pondéré à 50 % et apprécié au regard des éléments suivants : mise à disposition d'un assistant technique, quantité des prestations, sécurité alimentaire. L'article 19 du cahier des clauses particulières valant règlement de la consultation indiquait quant à lui que les offres seraient appréciées " en fonction des critères énoncés ci-dessous (par ordre de priorité

décroissante) : 1° la valeur technique (mise à disposition d'un assistant technique, qualité des prestations, sécurité alimentaire) ; 2° le prix de la prestation ". Par ailleurs, il résulte du rapport d'analyse des offres que le critère de la valeur technique a été apprécié en fait selon quatre éléments : le " plan alimentaire " noté sur 1,5 point, le " profil du poste de l'assistant technique " noté sur 6 points, le " respect de la réglementation INCO " noté sur 3 points, et les " actions développement durable - gestion des bio-déchets " notées sur 1,5 point. Compte tenu de leur nature et de leur importance au sein du critère de la valeur technique, le sous-critère relatif à la mise à disposition d'un assistant technique, qui à lui seul représentait six points sur un total de 24 possibles, et, dans une moindre mesure, celui tenant au respect de la réglementation INCO doivent être regardés comme des critères de sélection dont la pondération aurait dû être portée à la connaissance des candidats. Par conséquent, la société requérante est fondée à soutenir que la procédure de passation du marché pour lequel elle a soumissionné est irrégulière en raison de l'absence de publicité de la pondération des sous-critères techniques.

9. Il résulte de l'instruction que la société Valeurs Culinaires, qui a obtenu la note globale de 20,5/24 contre 21/24 pour la société Sogeres, a obtenu la note de 3,5/6 points pour le sous-critère relatif au profil du poste de l'assistant technique tandis que la société Sogeres a obtenu la note maximale de 6/6. Par ailleurs la société requérante a obtenu la note de 2/3 pour le sous-critère relatif au respect de la réglementation INCO tandis que la société Sogeres a obtenu la note maximale de 3/3 points. Dans ces conditions, eu égard au faible écart final entre l'offre de la société Valeurs Culinaires et la société Sogeres, la requérante est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif d'Orléans a retenu que l'absence de publicité de la pondération des sous-critères de notation de la valeur technique ne présentait pas de rapport direct avec son éviction du marché.

10. Le vice relevé au point précédent entache la validité du contrat. Toutefois, il appartient au juge du contrat, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences, et, selon la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient 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, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci.

11. En l'espèce, le vice qui entache la validité du contrat conclu entre le GCS du NOT et la société Sogeres ne porte pas atteinte à la licéité du contenu de celui-ci et n'est ni un vice du consentement ni, en l'absence de circonstance particulière de son intervention, un autre vice d'une particulière gravité que le juge devrait relever d'office. Il suit de là que doivent être rejetées les conclusions de la société Valeurs Culinaires tendant à l'annulation du contrat en cause.

Sur les conclusions indemnitaires :

12. 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. Dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité. Dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre. Il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché. 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.

13. Il résulte de ce qui a été dit au point 8 du présent arrêt que la société Valeurs Culinaires, qui était classée en deuxième position, a été irrégulièrement évincée du marché. Eu égard à la note de 20,5/24 que son offre avait obtenue au regard des critères de sélection fixés par le règlement de la consultation, contre 21/24 pour la société attributaire, elle avait des chances sérieuses d'emporter le marché. Elle peut donc prétendre à être indemnisée de son manque à gagner, lequel est déterminé en prenant en compte le bénéfice net qu'aurait procuré ce marché à l'entreprise. La requérante verse au dossier une attestation du 3 juin 2017 émanant de son expert comptable selon laquelle " au vu des éléments fournis du budget prévisionnel établi pour répondre à l'appel d'offres " d'un chiffre d'affaires de 470 177 euros HT ressort au bénéfice avant impôt sur les sociétés de l'ordre de 15% du chiffre d'affaires soit environ 70 500 euros HT ". La société Valeurs Culinaires se prévaut également du budget prévisionnel qu'elle avait établi dans le cadre de la présentation de son offre faisant apparaître un bénéfice net de 14,84%, équivalent à 69 764,20 euros par an et multiplie cette somme par trois, correspondant à la durée du marché pour évaluer son préjudice à la somme totale de 209 292,60 euros. Dans ces conditions il sera fait une juste appréciation du manque à gagner subi par la société Valeurs Culinaires en évaluant celui-ci à la somme de 200 000 euros.

14. Il résulte de tout ce qui précède que la SARL Valeurs Culinaires est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif d'Orléans a rejeté sa demande d'indemnisation.

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

15. Il y a lieu dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du groupement de coopération sanitaire du nord-ouest Touraine une somme de 1 500 euros à verser à la société Valeurs Culinaires en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En revanche ces dispositions s'opposent à ce qu'une quelconque somme soit mise à la charge de la société Valeurs Culinaires qui n'est pas partie perdante dans la présente instance.

D E C I D E :

Article 1er : Le jugement du 16 février 2017 du tribunal administratif d'Orléans est annulé.

Article 2 : Le groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine est condamné à verser la somme de 200 000 euros à la société Valeurs Culinaires.

Article 3 : Le groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine versera une somme de 1 500 euros à la société Valeurs Culinaires au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête et les conclusions du groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine et de la société Sogeres au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetés.

Article 5 : Le présent arrêt sera notifié à la société Valeurs Culinaires, au groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine et à la société Sogeres.

Délibéré après l'audience du 19 juin 2018, à laquelle siégeaient :

- M. Lainé, président de chambre,
- Mme Tiger-Winterhalter, présidente-assesseuse,
- Mme Rimeu, premier conseiller.

Lu en audience publique, le 6 juillet 2018.

La rapporteure,

N. TIGER-WINTERHALTERLe président,

L. LAINÉ

La greffière,

V. DESBOUILLONS

La République mande et ordonne au préfet d'Indre-et-Loire 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 de la présente décision.

N°17NT01247 2

1