

COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE LYON

**N° 10LY00287**

Inédit au recueil Lebon

**4ème chambre - formation à 3**

M. du BESSET, président

M. Philippe ARBARETAZ, rapporteur

Mme VINET, rapporteur public

CABINET ISEE AVOCATS, avocat(s)

lecture du mardi 21 juin 2011

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu la requête enregistrée le 8 février 2010, présentée pour la SOCIETE APPLICATION TECHNIQUE DU NETTOYAGE (A.T.N.) dont le siège est chemin de la Palente à Besançon (25000) ;

La SOCIETE A.T.N. demande à la Cour :

1°) d'annuler le jugement n° 0805136 du 26 novembre 2009 par lequel le Tribunal administratif de Lyon a rejeté sa demande de condamnation de la commune de La Tour-de-Salvagny à lui verser la somme de 45 900 euros, outre intérêts de droit et capitalisation, en indemnisation du préjudice qu'elle a subi du fait de son éviction du marché de nettoyage des locaux communaux ;

2°) de condamner la commune de La Tour-de-Salvagny à lui verser la somme de 52 638 euros outre intérêts au taux légal à compter du 4 juillet 2008 et capitalisation à chaque échéance annuelle ;

3°) de mettre à la charge de la commune de La Tour-de-Salvagny une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La SOCIETE A.T.N. soutient que le jugement attaqué ne pouvait se dispenser d'examiner les conditions d'engagement de la responsabilité de la commune de La Tour-de-Salvagny

au seul motif qu'elle-même n'indiquait pas la marge bénéficiaire qu'elle escomptait dégager de l'exécution du marché alors qu'elle disposait d'une chance réelle et sérieuse d'emporter ce marché ; qu'en outre, était produite une attestation de son expert-comptable justifiant le taux de marge prévisionnelle dont elle se prévaut ; que le Tribunal ne pouvait l'écarter purement et simplement, ni se dispenser de le comparer et, le cas échéant, de le réduire à la moyenne des taux de marge de son secteur d'activités, dès lors que l'existence même du préjudice est établie ; que la procédure de passation est entachée d'irrégularité ; que le contenu de l'avis publié le 26 janvier 2008 n'est pas conforme aux exigences de l'arrêté du 28 août 2006 pris pour l'application de l'article 40 du code des marchés publics ; qu'il ne comporte aucune information ni sur l'applicabilité de l'accord de l'organisation mondiale du commerce (OMC) sur les marchés publics ni sur la durée d'exécution du marché à conclure ; que la rédaction de l'article 1.4 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) est entachée de contradiction puisqu'elle prévoit une durée totale de trois ans mais aussi un engagement d'un an avec reconduction expresse sauf dénonciation trois mois avant l'échéance ; que l'avis de publicité ne mentionne pas les modalités de financement du marché ; qu'il n'indique pas la pondération des deux critères d'appréciation des offres qu'il énumère par ordre décroissant ; qu'en outre, le montant maximum de la commande est proche du plafond de la procédure adaptée institué par l'article 40 du code des marchés publics ; que le règlement de consultation ne pouvait inclure les références professionnelles et la capacité technique et financière des candidats, qui sont des éléments de la recevabilité de candidature, dans le critère de la valeur technique de l'offre ; qu'en outre, la comparaison des offres a méconnu les critères annoncés dans l'article 5.1 du règlement de consultation qui ne mentionnait pas la politique sociale et environnementale des candidats ; que la méthode de notation du prix a été adoptée dans le seul but de l'évincer ; que l'application de la méthode du cumul des prix unitaires prévu par le règlement de consultation devait conduire à classer son offre en première position ; que son offre n'a été rétrogradée qu'après intégration des paramètres, non prévus par le règlement, du nombre d'agents et du nombre d'heures ; que son manque à gagner correspond à l'application d'un taux de marge de 31,74 % appliqué au chiffre d'affaires prévisionnel annuel de 55 281 euros HT, sur trois ans ; que son expérience et son savoir-faire permettent de tenir pour établie la reconduction du marché sur la durée maximale d'exécution ; qu'elle doit être également indemnisée des frais de présentation de son offre, soit 1 500 euros, qu'elle n'a pas intégrés dans ses prix ;

Vu le jugement attaqué ;

Vu le mémoire enregistré le 1er juillet 2010, présenté pour la commune de La Tour-de-Salvagny (69890) ;

La commune de La Tour-de-Salvagny conclut au rejet de la requête et demande à la Cour de mettre à la charge de la SOCIETE A.T.N. une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La commune de La Tour-de-Salvagny soutient que l'attestation versée au dossier ne permet pas de connaître la marge nette qui devait être dégagée de l'exécution du marché ; que le taux de 31,74 % revendiqué n'est pas probant au regard du taux moyen de 5 % dégagé dans ce secteur d'activité ; subsidiairement, que le modèle d'avis de publicité réservé, par l'arrêté du 28 août 2006, à la procédure adaptée ne rend pas obligatoire la mention de l'applicabilité des accords de l'OMC et des modalités de financement du

marché ; que l'information sur la durée d'exécution du marché était fournie dans le CCAP et ne comportait aucune ambiguïté entre la durée totale et les modalités de reconduction annuelle ; que les irrégularités alléguées, à les supposer établies, ne vicient pas substantiellement la mise en concurrence ; que le modèle de l'arrêté du 28 août 2006 prévoit que le jugement des offres peut reposer sur des critères indiqués par ordre de priorité décroissante, sans pondération, lorsque la procédure n'est pas formalisée ; que l'article 28 du code des marchés publics permettant de définir librement les modalités de la procédure adaptée, il n'a pas été prévu de phase d'admission des candidatures ; qu'en conséquence, les références professionnelles pouvaient valablement être intégrées au critère de la valeur technique lors de l'examen des offres ; que cette circonstance n'a pas eu d'incidence sur le classement de l'offre de la requérante qui, sur ce point, a obtenu la note maximale ; que la politique sociale et environnementale des candidats représentait la moitié de la pondération attribuée au respect des normes de travail, noté sur 3 points ; qu'elle n'a concouru qu'à hauteur d'un demi-point à la valeur technique de l'offre notée sur 10 et n'a pas eu d'incidence pour départager les offres de la requérante et de la société attributaire ; que les sous-critères peuvent être utilisés s'ils ne modifient pas les critères annoncés dans le règlement ; que la méthode du cumul des prix unitaires prévu par le règlement de consultation s'est avérée insuffisante pour classer les offres selon le critère du prix ; qu'il a donc été décidé de confronter le prix des prestations au temps affecté à leur exécution, ce qu'autorise le régime de la procédure adaptée ; que, d'ailleurs, l'article 9 du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) prévoit que le prestataire présente un plan de travail hebdomadaire où apparaissent les effectifs par bâtiment et la fréquence des nettoyages ; que selon les informations complémentaires produites par les candidats, les moyens prévus par la requérante étaient nettement inférieurs à ceux de la société attributaire ; que l'offre de celle-ci, calculée selon le coût horaire, était économiquement la plus avantageuse ; que la requérante calcule son préjudice en augmentant arbitrairement de 10% le montant de son marché ; que le préjudice excédant la première année n'est qu'indirect dans la mesure où le marché n'a pas été reconduit et a fait l'objet d'une nouvelle mise en concurrence à laquelle la requérante n'a pas pris part ; que les frais de présentation de l'offre ne sont pas justifiés et doivent être regardés comme intégrés à la marge bénéficiaire ;

Vu le mémoire enregistré le 20 mai 2011 par lequel la SOCIETE A.T.N. conclut aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens ; elle soutient, en outre, qu'il ressort de l'attestation de son expert-comptable qu'elle a dégagé un taux de marge nette de 31,74 % au cours de l'exercice de 2008 et que son éviction l'a privée d'un gain de 52 515 euros sur trois ans ;

Vu le mémoire enregistré le 25 mai 2011 par lequel la commune de La Tour-de-Salvagny conclut aux mêmes fins que son premier mémoire par les mêmes moyens ; elle soutient, en outre, que les pièces comptables ne sont pas produites ; que la privation d'un gain résulte d'une hypothèse sans lien avec la perte de bénéfices ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code civil ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 31 mai 2011 :

- le rapport de M. Arbarétaz, premier conseiller ;

- les observations de Me Crozier, représentant la SOCIETE A.T.N., et de Me Pequignot, représentant la commune de La Tour-de-Salvagny ;

- et les conclusions de Mme Vinet, rapporteur public ;

La parole ayant été de nouveau donnée à Me Crozier et à Me Pequignot ;

Sur les conclusions indemnitaires de la requête :

Sans qu'il soit besoin de statuer sur la régularité du jugement attaqué ;

En ce qui concerne les conditions d'examen des offres :

Considérant qu'aux termes de l'article 26 du code des marchés publics, dans sa rédaction alors en vigueur : (...) Il - Les marchés (...) peuvent (...) être passés selon une procédure adaptée, dans les conditions définies à l'article 28, lorsque le montant estimé du besoin est inférieur aux seuils suivants (...) 2° 210 000 euros HT pour les fournitures et services des collectivités territoriales (...) ; qu'aux termes de l'article 28 du même code, dans sa rédaction alors en vigueur : Lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils mentionnés au II de l'article 26, les marchés de fournitures, de services ou de travaux peuvent être passés selon une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat. / Pour la détermination de ces modalités, le pouvoir adjudicateur peut s'inspirer des procédures formalisées prévues par le présent code, sans pour autant que les marchés en cause ne soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures. En revanche, s'il se réfère expressément à l'une des procédures formalisées prévues par le présent code, le pouvoir adjudicateur est tenu d'appliquer les modalités prévues par le présent code (...) ;

Considérant que si les dispositions précitées ménagent au pouvoir adjudicateur la faculté

d'organiser la mise en concurrence en fonction de l'importance et de la nature des prestations, elles ne le dispensent pas de se conformer aux dispositions générales fixées par le code des marchés publics pour toutes les catégories de marchés et au règlement de la consultation sur la base duquel les candidats ont établi puis remis leurs offres ;

Considérant qu'aux termes de l'article 5.1 du règlement de consultation : (...) Pour l'application du critère prix des prestations , il sera tenu compte du montant total résultant de la somme de tous les prix unitaires indiqués par les candidats dans le bordereau des prix unitaires et dans le devis descriptif quantitatif ; qu'en vertu de cette disposition, l'autorité adjudicatrice avait l'obligation de comparer le prix des offres en fonction de la somme arithmétique des prix du bordereau et du devis établis par les candidats ; que selon cette méthode, l'offre de la SOCIETE A.T.N. avait été classée en première position ; qu'après avoir demandé à quatre candidats de lui communiquer le nombre d'agents affectés par tâche de nettoyage, la commission d'appel d'offres a établi un nouveau classement fondé sur le coût horaire ayant eu pour effet de rétrograder l'offre de la requérante en troisième position sur le critère du prix ; que le coût horaire n'ayant pas été annoncé dans le règlement de consultation, la comparaison des offres sur le critère du prix et le choix de l'attributaire qui en est résulté ont méconnu l'article 5.1 dudit règlement ; que, par suite, la SOCIETE A.T.N. est fondée à soutenir qu'elle a été irrégulièrement évincée du marché ;

En ce qui concerne l'indemnisation de la SOCIETE A.T.N. :

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 marché, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était 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 ; que, dans le cas où l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché, elle a droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner qu'elle a subi ;

Considérant, en premier lieu, que, compte tenu de la pondération attribuée au critère du prix et des notes obtenues par les candidats sur le critère de la valeur technique, l'offre de la SOCIETE A.T.N. aurait été classée en première position si l'autorité adjudicatrice avait analysé les offres sans introduire, pour l'analyse du prix, le ratio du coût horaire ; qu'elle disposait, en conséquence, d'une chance sérieuse d'emporter le marché lui donnant droit à être indemnisée de l'intégralité de son manque à gagner, incluant nécessairement, en l'absence de stipulation contraire du contrat, les frais de présentation de l'offre intégrés dans ses charges, mais excluant le remboursement des frais généraux de l'entreprise qui seraient affectés à ce marché ; que ce manque à gagner doit être déterminé non en fonction du taux de marge brute constaté dans son activité mais en fonction du bénéfice net que lui aurait procuré le marché si elle l'avait obtenu ;

Considérant, en deuxième lieu, que l'article 1.4 du CCAP auquel se référait l'acte d'engagement prévoyait que le marché serait conclu pour une durée d'un an reconductible deux fois ; qu'en ce que la reconduction annuelle du marché sans mise en concurrence lui

donnait vocation à poursuivre l'exécution du marché initial, la SOCIETE A.T.N. doit être regardée comme ayant été privée d'une chance sérieuse d'accomplir ses prestations pendant trois ans sans que la commune puisse utilement se prévaloir de la non reconduction, à l'échéance de la première année, du marché passé avec la société Sinclair qui ne concerne pas les conditions dans lesquelles la société requérante aurait pu accomplir son service ;

Considérant, en troisième lieu, qu'en ce qu'il n'intègre pas la charge des impositions, l'excédent brut d'exploitation de 8,25 % revendiqué par la SOCIETE A.T.N. n'équivaut pas au taux de marge nette permettant de calculer le manque à gagner dont elle a été privée ; qu'il sera fait une appréciation exacte de ce taux en le fixant à 5 % conformément aux données avancées par la commune de La Tour-de-Salvagny concernant le secteur général du nettoyage et de l'entretien ; que, dans ces conditions et compte tenu du volume de commande minimum annuel de 50 256 euros HT - qu'aucun élément propre à l'espèce ne permet de majorer de 10 % - le manque à gagner indemnisable s'élève, sur trois ans, à la somme de 7 538,40 euros HT ; qu'il y a lieu d'annuler le jugement attaqué et de fixer à ladite somme le montant de la condamnation de la commune de La Tour-de-Salvagny ;

Considérant, en revanche, que les frais de présentation de l'offre étant inclus dans les charges dont elle a dégagé sa marge bénéficiaire, la SOCIETE A.T.N. n'est, en tout état de cause, pas fondée à demander une indemnisation de ce chef ;

Considérant, enfin, qu'en application des articles 1153 et 1154 du code civil, les intérêts au taux légal courent sur la somme de 7 538,40 euros HT à compter du 4 juillet 2008, date d'enregistrement de la demande de première instance, et seront capitalisés au 4 juillet 2009 puis à chaque échéance anniversaire ;

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

Considérant que, d'une part, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de la commune de La Tour-de-Salvagny une somme de 2 000 euros au titre des frais exposés par la SOCIETE A.T.N. et non compris dans les dépens ; que, d'autre part, les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la Cour fasse bénéficier la partie perdante du paiement par l'autre partie des frais exposés à l'occasion du litige soumis au juge et non compris dans les dépens ; que, dès lors, les conclusions de la commune de La Tour-de-Salvagny doivent être rejetées ;

DECIDE :

Article 1er : Le jugement n° 0805136 du Tribunal administratif de Lyon en date du 26 novembre 2009 est annulé.

Article 2 : La commune de La Tour-de-Salvagny est condamnée à verser à la SOCIETE A.T.N. une somme de 7 538,40 euros HT outre intérêts au taux légal à compter du 4 juillet

2008, capitalisés au 4 juillet 2009 puis à chaque échéance anniversaire.

Article 3 : La commune de La Tour-de-Salvagny versera à la SOCIETE A.T.N. une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête de la SOCIETE A.T.N. et les conclusions de la commune de La Tour-de-Salvagny présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetés.

Article 5 : Le présent arrêt sera notifié à la SOCIETE APPLICATION TECHNIQUE DU NETTOYAGE (A.T.N.), à la commune de La Tour-de-Salvagny et au ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration.

Délibéré après l'audience du 31 mai 2011 à laquelle siégeaient :

M. du Besset, président de chambre,

Mme Verley-Cheynel, président-assesseur,

M. Arbarétaz, premier conseiller.

Lu en audience publique, le 21 juin 2011.