



**RÉPUBLIQUE
FRANÇAISE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

Légifrance

Le service public de la diffusion du droit

Références

CAA de LYON

N° 18LY03402

Inédit au recueil Lebon

4ème chambre

M. d'HERVE, président
Mme Céline MICHEL, rapporteur
Mme GONDOUIN, rapporteur public
MARTINET-BEUNIER, avocat

lecture du jeudi 2 juillet 2020

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure

La société Didier D... et M. A... F... ont demandé au tribunal administratif de Clermont-Ferrand, d'une part, d'annuler le marché public de maîtrise d'oeuvre, conclu pour la réhabilitation de l'école élémentaire municipale entre la commune du Chambon-sur-Lignon et le groupement composé notamment de la société Atelier David Fargette, mandataire, et, d'autre part, de condamner la commune à verser aux groupements dont ils étaient respectivement mandataires les sommes de 38 370 et 24 710 euros en réparation du préjudice correspondant au manque à gagner qu'ils estiment avoir subi du fait de l'éviction de ce marché ainsi que la somme de 4 000 euros chacun en réparation des frais engagés pour présenter leurs offres et du préjudice résultant de la dissimulation volontaire pendant plusieurs semaines de la date de signature du marché.

Par un jugement n° 1701563 du 5 juillet 2018, le tribunal a rejeté leur demande.

Procédure devant la cour

Par une requête et un mémoire enregistrés les 4 septembre 2018 et 15 mai 2019, la société Didier D... et M. F..., agissant en qualité de mandataires des groupements d'entreprises constitués respectivement avec Bruno Chenu et Thibaut Bartoli d'une part et la SCP Rouhouze et Gauthier d'autre part, représentés par Me G..., demandent à la cour :

1°) d'annuler ce jugement et le marché de maîtrise d'oeuvre ;

2°) de faire droit à leurs conclusions indemnitaires ;

3°) de mettre à la charge de la commune du Chambon-sur-Lignon la somme de 2 000 euros à verser à chacun au titre des frais du litige.

Ils soutiennent que :

- avant de candidater, le groupement attributaire a été rémunéré par la commune pour la réalisation de l'étude de faisabilité du projet, qui constituait en réalité l'avant-projet, de sorte que sa candidature était irrecevable ;
- il a ainsi eu connaissance d'éléments que les autres candidats n'avaient pas et bénéficié d'un avantage technique compte tenu de la brièveté du délai de réception des candidatures et de l'absence de réponse pertinente à la question posée par M. D... sur l'estimation prévisionnelle ;
- les critères génériques et subjectifs de la valeur technique, de la composition et des délais d'exécution

n'étaient pas précisés par des sous-critères, en méconnaissance des principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ;

- en l'absence de sous-critères, la commune a entaché d'une erreur manifeste son appréciation des mérites des offres au regard des critères délai et valeur technique ;
- l'utilisation du critère de références n'était pas justifiée par une particularité du marché ou des difficultés techniques ;
- le critère de la composition, qui au surplus est lié à la candidature et non à l'offre, était inopérant ;
- la commune a entaché d'une erreur manifeste son appréciation des mérites des offres au regard du critère prix ;
- l'intervention d'un assistant à maîtrise d'ouvrage, qui en outre entretient des liens étroits avec la commune, lors de l'analyse des offres, n'était pas mentionnée dans le document de consultation des entreprises, en méconnaissance du principe de transparence des procédures ;
- la commune a méconnu les dispositions du I de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 et omis sciemment de préciser dans les courriers leur notifiant le rejet des offres de leurs groupements que le contrat avait été signé ;
- la procédure de consultation est entachée de détournement de pouvoir ;
- leurs groupements avaient une chance sérieuse d'emporter le marché puisque l'offre du groupement du cabinet F... était la moins disante et celle du groupement du cabinet D... était d'une durée équivalente à celle de l'offre du groupement attributaire ;
- les sommes qu'ils demandent au titre du manque à gagner subi correspondent à la marge nette de leurs honoraires.

Par un mémoire en défense, enregistré le 18 février 2019, la commune du Chambon-sur-Lignon, représentée par Me B..., conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 2 000 euros soit mise à la charge de la société Didier D... et de M. A... F... au titre des frais du litige.

Elle fait valoir que :

- la requête est irrecevable en l'absence de critique du jugement ;
- le moyen tiré de ce qu'elle n'aurait pas répondu à une question posée par M. D... n'est pas assorti de précision ;
- les autres moyens soulevés, y compris celui tiré de l'utilisation au stade de l'analyse des offres du critère des références, retenu à tort par le tribunal, ne sont pas fondés ;
- les groupements des appelants n'avaient aucune chance d'emporter le marché.

Un mémoire enregistré le 19 mai 2020 présenté pour la commune de Chambon-sur-Lignon n'a pas été communiqué.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code des marchés publics ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- 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 :

- le rapport de Mme C...,
- les conclusions de Mme Gondouin, rapporteur public,
- et les observations de Me E..., pour la commune du Chambon-sur-Lignon.

Considérant ce qui suit :

1. Pour la réhabilitation de l'école primaire municipale, la commune du Chambon-sur-Lignon (Haute-Loire) a engagé une procédure adaptée en vue de la conclusion d'un marché de maîtrise d'oeuvre. La société Didier D... et M. A... F..., agissant en qualité de mandataires respectifs des groupements qui avaient présenté des offres rejetées, ont tout d'abord obtenu du juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Clermont-Ferrand l'annulation par une ordonnance du 4 avril 2017 de la procédure de passation du marché, au motif que l'étude de faisabilité préalable à la définition du projet de réhabilitation de l'école primaire, réalisée par l'agence d'architecture Atelier David Fargette, membre du groupement retenu par la commune, n'avait pas été communiquée à l'ensemble des candidats. Au terme d'une nouvelle procédure adaptée, le marché a été attribué au même groupement. Les groupements représentés par M. F... et la société Didier D..., dont les offres ont été classées 6ème et 7ème sur les 9 offres analysées, ont alors après la signature du marché vainement saisi le juge des référés précontractuels. Ils relèvent appel du jugement du 5 juillet 2018 par lequel le tribunal administratif de Clermont-Ferrand a rejeté leurs demandes tendant à l'annulation de ce marché et à la condamnation de la commune du Chambon-sur-Lignon à les indemniser des préjudices causés par leur éviction et la dissimulation volontaire pendant plusieurs semaines de la date de signature du marché.

Sur la recevabilité de la requête :

2. La requête ne constitue pas la simple reproduction littérale des écritures de première instance et énonce les critiques adressées au jugement dont il est demandé l'annulation. Ainsi, contrairement à ce que soutient la commune du Chambon-sur-Lignon, la requête, qui répond dès lors aux exigences de motivation de l'article R. 411-1 du code de justice administrative, est recevable.

Sur la validité du contrat :

3. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Ce recours doit être exercé 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.

4. Saisi par un tiers, dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération 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 du 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. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

5. En premier lieu, le moyen tiré de ce que la commune du Chambon-sur-Lignon a notifié aux groupements évincés le rejet de leurs offres après la signature du marché et sans les informer de cette signature, en méconnaissance du I de l'article 99 et de l'article 101 du décret visé ci-dessus du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, alors en vigueur, est sans rapport direct avec leur éviction et doit être écarté comme inopérant, alors au surplus que le marché litigieux a été attribué au terme d'une procédure adaptée.

6. En deuxième lieu, aux termes de l'article 5 de ce décret du 25 mars 2016 : " L'acheteur prend les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée par la participation à la procédure de passation du marché public d'un opérateur économique qui aurait eu accès, du fait de sa participation préalable directe ou indirecte à la préparation de cette procédure, à des informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires. Cet opérateur n'est exclu de la procédure de passation que lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens, conformément aux dispositions du 3° de l'article 28 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 (...) ". En vertu du IV de l'article 55 du même décret, si un candidat se trouve dans un cas d'interdiction de soumissionner, sa candidature est déclarée irrecevable et il est éliminé.

7. Dans le cadre de la reprise de la procédure d'attribution du marché, l'étude de faisabilité ayant conduit à la définition du projet de réhabilitation de l'école primaire, réalisée par l'agence d'architecture Atelier David Fargette, a été intégrée dans le document de consultation des entreprises et une visite des lieux a été proposée dans le règlement de consultation, un descriptif des travaux étant remis aux candidats à cette occasion. Ainsi le groupement attributaire, dont l'offre n'a pas obtenu la meilleure note au critère de la valeur technique, n'a pas bénéficié d'un avantage substantiel sur ses concurrents, alors même que la commune du Chambon-sur-Lignon n'aurait pas apporté une réponse pertinente à la question posée par M. D... en cours de consultation sur l'estimation prévisionnelle du coût des travaux. Par ailleurs, si l'article 43 du décret du 25 mars 2016 imposait à la commune de fixer le délai de réception des offres en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux candidats pour préparer leur offre, les groupements évincés ne démontrent pas que le délai de onze jours ouvrés imparti aux candidats pour présenter une offre aurait favorisé le groupement de l'agence d'architecture Atelier David Fargette. Par suite, ils ne sont fondés à soutenir ni que sa candidature aurait dû être éliminée comme irrecevable, ni que la procédure suivie a méconnu le principe d'égalité entre les candidats.

8. En troisième lieu, la commune du Chambon-sur-Lignon, qui était libre de choisir les critères d'attribution du marché dès lors qu'ils lui permettaient de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse et qu'ils

étaient justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution conformément aux dispositions de l'article 62 du décret du 25 mars 2016, a retenu cinq critères portant sur la valeur technique, les références, la composition, les délais d'exécution et le prix de la prestation. Elle a pondéré ces critères à hauteur respectivement de 30 %, 20 %, 10 % ; 30 % et 10 %.

9. L'article 3.3 du règlement de la consultation précisait que l'offre à remettre par le concurrent était composée notamment d'un mémoire justificatif des dispositions que le candidat envisageait de prendre pour l'exécution du marché, dont une note méthodologique pour chaque étape de la mission. L'article 4 relatif au jugement des offres comportait entre parenthèses, après " valeur technique ", la mention " note cadre méthodologique ", ce qui suffisait pour permettre aux candidats de prendre la mesure de ce que recouvrait ce critère. Ils devaient par ailleurs indiquer dans leur offre les délais d'exécution de chaque élément de mission, dont les éléments étaient précisés dans le cahier des clauses particulières. Enfin et en tout état de cause, l'article 3.3 du règlement de la consultation précité détaillait la composition de l'offre à remettre par chaque concurrent. Dans ces conditions, les appelants ne sont pas fondés à soutenir que la commune du Chambon-sur-Lignon n'aurait pas organisé un examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure. Ils ne sont pas davantage fondés à soutenir qu'en l'absence de sous-critères, la commune a entaché d'une erreur manifeste son appréciation des mérites des offres au regard des critères portant sur la valeur technique et les délais d'exécution.

10. En quatrième lieu, si la commune du Chambon-sur-Lignon fait valoir que les bâtiments de l'école élémentaire font partie de son patrimoine historique, cet aspect n'était pas mentionné dans le document de consultation des entreprises. Ainsi et comme l'a jugé à juste titre le tribunal, le caractère patrimonial des bâtiments à réhabiliter ne justifiait pas objectivement le recours à un critère reposant sur les références des candidats dans ce domaine particulier. Dans ces conditions, la prise en considération d'une telle expérience pour utiliser ce critère a eu un effet discriminatoire.

11. En cinquième lieu, le moyen tiré de ce que le critère de la composition de l'offre était inopérant est sans rapport avec l'éviction des appelants, qui ne développent d'ailleurs pas de critique du jugement sur ce point.

12. En sixième lieu, il résulte de l'instruction que les groupements représentés par M. F... et la société D... ont obtenu pour le critère portant sur le prix, respectivement, les notes de 10 et 7 et le groupement attributaire la note de 9, le montant de son offre étant de 116 000 euros HT et celui du groupement représenté par la société D... de 146 550 euros HT. Si les appelants persistent à soutenir en appel que leurs groupements ont obtenu chacun la note de 8 et le groupement attributaire la note de 10 en se référant au courrier du 7 juillet 2017 adressé par la commune du Chambon-sur-Lignon à M. F... en réponse à sa demande de communication des motifs de rejet de la candidature de son groupement, ces indications traduisent de simples erreurs de plume commises dans la retranscription du tableau d'analyse des offres. Par suite, ils ne sont pas fondés à soutenir qu'en raison de ces erreurs, l'appréciation des offres par la commune du Chambon-sur-Lignon au regard du prix serait entachée d'erreur manifeste d'appréciation.

13. En septième lieu, en se bornant à soutenir que l'intervention d'un assistant à maîtrise d'ouvrage n'était pas mentionnée dans le document de consultation des entreprises, en méconnaissance du principe de transparence des procédures, les requérants ne démontrent pas que l'intervention de cet architecte, parce qu'il aurait cautionné les irrégularités qu'ils invoquent, serait en lien direct avec leur éviction.

14. En dernier lieu et compte tenu de ce qui a été dit précédemment, le détournement de pouvoir allégué n'est pas établi.

15. Eu égard à la pondération du critère mentionné au point 10 tenant aux références des candidats et à l'écart de trois points qui séparait l'offre du groupement attributaire de celle des autres candidats les mieux classés relativement à ce critère, la prise en compte de celui-ci ne révèle pas une volonté de la commune du Chambon-sur-Lignon de favoriser le groupement de l'agence Atelier David Fargette. L'illégalité entachant la procédure de sélection de ce candidat n'implique donc pas d'annuler le marché public de maîtrise d'oeuvre conclu avec la commune.

Sur les conclusions indemnitaires :

16. 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. 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. 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.

17. Les groupements représentés par M. F... et la société D..., compte tenu de l'écart entre les notes qu'ils ont obtenues et celles du groupement attributaire, n'avaient pas de chances sérieuses d'emporter le marché. Il suit de là que les appelants qui, contrairement à ce qu'ont estimé les premiers juges, n'étaient néanmoins pas dépourvus de toute chance de remporter ce marché si la commune n'avait pas pris en compte le critère tenant aux références des candidats, n'ont droit qu'au remboursement des frais qu'ils ont engagés pour présenter leurs offres. Ces derniers peuvent être justement évalués à 2 000 euros pour chacun d'eux.

18. Pour les motifs exposés au point 5, les conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice résultant de la

dissimulation volontaire aux groupements évincés de la date de signature du marché ne peuvent qu'être rejetées.

19. Il résulte de tout ce qui précède que les groupements représentés par M. F... et la société D... sont seulement fondés à demander la condamnation de la commune du Chambon-sur-Lignon à leur verser chacun la somme de 2 000 euros et la réformation du jugement attaqué dans cette mesure.

20. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de laisser à la charge des parties les frais qu'elles ont exposés au titre du litige.

DÉCIDE :

Article 1er : La commune du Chambon-sur-Lignon est condamnée à verser aux groupements représentés par M. F... et la société D... la somme de 2 000 euros chacun.

Article 2 : Le jugement n° 1701563 du tribunal administratif de Clermont-Ferrand du 5 juillet 2018 est réformé en ce qu'il a de contraire au présent arrêt.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : Le présent arrêt sera notifié M. A... F..., à la société Didier D..., à la commune du Chambon-sur-Lignon et à la société Atelier David Fargette.

Délibéré après l'audience du 18 juin 2020, à laquelle siégeaient :

M. d'Hervé, président,

Mme C..., président assesseur,

Mme Vaccaro-Planchet, premier conseiller.

Lu en audience publique le 2 juillet 2020.

2

N° 18LY03402

Analyse

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