

COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE LYON

N° 13LY00468

Inédit au recueil Lebon

4ème chambre - formation à 3

M. WYSS, président

M. Olivier MESMIN d'ESTIENNE, rapporteur

M. DURSAPT, rapporteur public

GESICA ANGERS, avocat(s)

lecture du jeudi 30 janvier 2014

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête, enregistrée au greffe de la Cour le 21 février 2013, présentée pour la société à responsabilité limitée Daniel Marot, dont le siège est 6 avenue du Général Milhaud à Aurillac (15000), représentée par son gérant en exercice, et pour M. B...D..., domicilié ... ;

La société Daniel Marot et M. D...demandent à la Cour :

1°) d'annuler le jugement n° 1200088 du 20 décembre 2012 par lequel Tribunal administratif de Clermont-Ferrand a rejeté leur demande tendant à l'annulation du marché relatif à la construction d'un complexe cinématographique conclu entre la société Atelier 4 et la commune d'Issoire et l'octroi d'une indemnisation des préjudices subis ;

2°) de condamner la commune d'Issoire à leur payer la somme de

10 000 euros HT au titre du remboursement des frais engagés pour présenter leur offre et la somme de 80 000 euros en réparation du préjudice subi du fait de leur éviction irrégulière du marché ;

3°) de mettre à la charge de la commune d'Issoire la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société Daniel Marot et M. D...soutiennent que :

- leur demande devant le Tribunal administratif était recevable du fait de la prorogation du délai de recours contentieux par leur recours administratif préalable ;
- le jugement n'est pas motivé s'agissant de la régularité de la procédure de marché public, méconnaissant ainsi l'article L. 9 du code de justice administrative ;
- la commune d'Issoire n'a pas mentionné dans l'avis d'appel public à la concurrence la date prévisionnelle de notification du marché ;
- la procédure de passation est illégale, la commune ayant demandé des notes techniques d'une ampleur dépassant celle qu'elle était en droit d'exiger des candidats ; qu'elle ne pouvait, par suite, regarder leur offre comme irrégulière au motif qu'elle ne comprenait pas ces notes ;
- la commune n'a pas distingué les critères tenant à la vérification de l'aptitude des candidats et ceux touchant à la qualité des offres ;
- certaines notes techniques se rapportaient en fait aux critères du prix et du délai d'exécution alors qu'elles étaient demandées pour l'appréciation de la valeur technique des offres ;
- la méthode de notation du critère de la valeur technique n'est pas suffisamment précise ;
- leur groupement, qui disposait d'une chance sérieuse de se voir attribuer le marché, doit être indemnisé de son préjudice constitué d'une part des frais engagés pour présenter son offre et d'autre part, de son manque à gagner ;

Vu le jugement attaqué ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 25 avril 2013, présenté pour la commune d'Issoire qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société Daniel Marot et de M. D...à lui payer la somme de 2 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- la société Daniel Marot n'ayant pas signé la demande préalable, sa demande est irrecevable pour défaut de qualité à agir ;
- les demandes de la société Daniel Marot et de M. D...tendant à l'annulation du marché de maîtrise d'oeuvre concernant la construction d'un complexe cinématographique conclu entre la commune d'Issoire et la société Atelier 4 sont tardives, le délai de recours n'ayant pas été interrompu par le recours gracieux ;
- le jugement n'avait pas à motiver le rejet des moyens tirés des irrégularités affectant la

procédure de passation du marché, dès lors qu'il a déclaré irrecevables les conclusions aux fins d'annulation du marché et dès lors au surplus que les requérants ne justifiaient pas des sommes dont ils demandaient le versement ;

- le défaut de mention dans l'avis paru au BOAMP de la date prévisionnelle de notification du marché est sans incidence sur la légalité du marché et le moyen tiré de cette irrégularité est inopérant dans le cadre de ce recours en contestation de validité du contrat et d'un recours indemnitaire ; en outre le moyen manque en fait dès lors que cet élément a été précisé dans l'avis d'appel public à la concurrence ;

- les critères de sélection des candidatures ont été clairement distingués des critères d'appréciation des notes, lesquels sont bien adaptés à l'objet du marché ;

- le règlement de la consultation mentionnait la méthode de notation du critère de la valeur technique ;

- les notes descriptives exigées des candidats ont bien été utilisées pour apprécier la valeur de leurs offres ;

- il est constant que l'offre des candidats ne comprenait pas les notes descriptives exigées par le règlement de la consultation et a été à bon droit rejetée comme irrégulière ;

- l'offre de l'attributaire n'excédait pas le montant budgétaire alloué au marché ;

- l'offre des requérants étant irrégulière, ils ne peuvent prétendre à un remboursement des dépenses et frais engagés par eux ;

- les requérants ne démontrent pas l'existence de chances sérieuses d'emporter le marché ;

Vu l'ordonnance en date du 13 mai 2013 fixant la clôture d'instruction au 30 mai 2013, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire, enregistré le 30 mai 2013, présenté pour la société Daniel Marot et

M. D...qui concluent aux mêmes fins que leur requête par les mêmes moyens ; ils font en outre valoir que :

- la société Daniel Marot avait qualité pour agir ;

- le délai contentieux n'a jamais commencé à courir, faute pour la commune d'avoir précisé les modalités de consultation du contrat en litige ;

- l'admission de la recevabilité du référé contractuel induit nécessairement celle du recours au fond ;

Vu l'ordonnance en date du 31 mai 2013 rouvrant l'instruction, en application de l'article R. 613-4 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire, enregistré le 2 juillet 2013, présenté pour la commune d'Issoire qui conclut aux mêmes fins que précédemment par les mêmes moyens ; elle fait en outre valoir que le groupement disposait des informations nécessaires dans l'avis d'attribution pour la consultation du marché litigieux, que le groupement n'a pas produit l'acte d'engagement conclu entre la commune d'Issoire et le groupement attributaire et n'argue pas d'une impossibilité de le faire ;

Vu l'ordonnance en date du 8 juillet 2013 reportant la clôture d'instruction au 12 août 2013, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire, enregistré le 12 août 2013, présenté pour la société Daniel Marot et M. D... qui concluent aux mêmes fins que précédemment par les mêmes moyens ; ils font en outre valoir que :

- s'agissant de la recevabilité de leur demande, la commune a défendu au fond, rendant ainsi inopérante toute fin de non recevoir ; qu'il n'est pas nécessaire de produire l'acte d'engagement du marché puisque la commune a admis ce contrat et qu'une demande préalable a été faite ; qu'enfin, une demande de transmission d'acte d'engagement a été faite auprès de la commune, sans réponse de sa part, démontrant l'impossibilité pour les requérants de produire un tel document ;

- la commune n'ayant pas défini au préalable ses besoins, la négociation a été irrégulière ;

Vu l'ordonnance en date du 12 août 2013 rouvrant l'instruction jusqu'au 4 septembre 2013, en application de l'article R. 613-1 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire, enregistré le 3 septembre 2013, présenté pour la commune d'Issoire qui conclut aux mêmes fins que précédemment par les mêmes moyens ; elle fait en outre valoir que la société Daniel Marot et M. D...ont introduit des conclusions nouvelles tendant à l'annulation du contrat litigieux après l'expiration du délai contentieux ; que ces conclusions sont donc irrecevables ; qu'elle a défini avec une précision suffisante ses besoins ; que la négociation prévue n'était pas obligatoire ;

Vu le mémoire, enregistré le 4 septembre 2013, présenté pour la société Daniel Marot et M. D...qui concluent aux mêmes fins que précédemment par les mêmes moyens ;

Vu l'ordonnance en date du 9 septembre 2013 reportant la clôture d'instruction au 30 septembre 2013, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire, enregistré le 30 septembre 2013, présenté pour la société Daniel Marot et M.D..., non communiqué ;

Vu le mémoire, enregistré le 4 octobre 2013, présenté pour la commune d'Issoire, non communiqué ;

Vu les autres pièces du dossier ;

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 9 janvier 2014 :

Le rapport de M. Mesmin d'Estienne,

Les conclusions de M. Dursapt, rapporteur public ;

Les observations de MeA..., substituant MeE..., représentant la société Daniel Marot et M.D..., et de Me F...G..., substituant MeC..., représentant la commune d'Issoire ;

1. Considérant que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand a rejeté la demande de la société Daniel Marot et de M. D...tendant, d'une part, à l'annulation d'un marché de maîtrise d'oeuvre concernant la construction d'un complexe cinématographique conclu entre la commune d'Issoire et la société Atelier 4 et, d'autre part, à la condamnation de la commune d'Issoire à leur verser la somme de 90 000 euros en réparation de leurs préjudices liés à leur éviction irrégulière du marché ; que le groupement Marot-D... fait appel de ce jugement ;

Sur la régularité du jugement :

2. Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge 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 ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, 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 ;

3. Considérant que si la commune d'Issoire a publié, le 13 juillet 2011, un avis d'attribution d'un marché de maîtrise d'oeuvre concernant la construction d'un complexe cinématographique au profit de la société Atelier 4, dans lequel figure le nom de l'attributaire du marché et le montant de celui-ci, il résulte de l'instruction que ni la date de conclusion du contrat ni les modalités de consultation de ce contrat n'étaient indiquées dans cet avis ; que, par suite, faute de ces indications, les délais de recours à l'encontre du contrat n'avaient pas commencé à courir à la date de la saisine du Tribunal administratif par le groupement Marot-D... ; que, par suite, c'est à tort que le Tribunal de Clermont-Ferrand a rejeté comme irrecevable la demande dont il était saisi ; que son jugement en date du 20 décembre 2012 doit, dès lors, être annulé ;

4. Considérant qu'il y a lieu d'évoquer et de statuer immédiatement sur la demande présentée par la société Daniel Marot et M. D...devant le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand ;

Sur les conclusions tendant à l'annulation du marché conclu entre la commune d'Issoire et la société Atelier 4 :

Sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres irrecevabilités opposées aux demandes de la société Daniel Marot et M. D...;

5. Considérant en premier lieu que la société Daniel Marot et M. D...soutiennent que la commune n'a pas indiqué, dans l'avis d'appel public à la concurrence, la date prévisionnelle de notification du marché ; qu'il ressort néanmoins de l'instruction que l'avis d'appel public à la concurrence publié le 7 mai 2011 au bulletin officiel des annonces de marchés publics et le règlement de la consultation du marché comportaient précisaient que la durée du marché étaient de 18 mois à compter de sa notification jusqu'à la réception des travaux en mai 2013 ; que dès lors, la date prévisionnelle de notification du marché pouvait être déduite sans difficulté aucune ; qu'ainsi, en tout état de cause, la société Daniel Marot et M. D...ne sont pas fondés à soutenir que l'avis d'appel à la concurrence publié le 7 mai 2011 n'indiquait pas la date prévisionnelle de notification du marché ;

6. Considérant en deuxième lieu qu'aux termes de l'article 5 du code des marchés publics : " I. - La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins. II. - Le pouvoir adjudicateur détermine le niveau auquel les besoins sont évalués. Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent code. "

7. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur doit, avant toute procédure de marché public, déterminer ces besoins ; que la commune d'Issoire a,

tant dans l'avis d'appel public à la concurrence que dans le règlement de consultation, énoncé ses besoins de manière suffisamment précise ; que la circonstance que le montant de l'enveloppe prévisionnelle du marché soit passé de 1 350 000 euros à 1 640 000 euros ne saurait à elle seule démontrer que cette évaluation n'aurait pas été sincère ni que l'offre de la société attributaire aurait été irrégulière ;

8. Considérant en troisième lieu que les marchés passés en application du code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique, rappelés par le II de l'article 1er de ce code ; que les marchés passés selon la procédure adaptée prévue à l'article 28 du même code sont soumis aux dispositions de son article 1er, comme tous les contrats entrant dans le champ d'application de celui-ci ; que, 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 dans les documents de la consultation tenu à la disposition des candidats ; que, dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors également porter sur les conditions de mise en oeuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en oeuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné ; qu'il lui appartient, y compris lorsqu'il met en oeuvre une procédure adaptée sur le fondement de l'article 28 du code des marchés publics, d'assurer l'information appropriée des candidats sur les critères de sélection des offres dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou dans les documents de la consultation tenu à la disposition des candidats ; que cette information appropriée suppose que le pouvoir adjudicateur indique aussi les documents ou renseignements au vu desquels il entend opérer la sélection des offres ; que cette information appropriée des candidats n'implique en revanche pas que le pouvoir adjudicateur indique les conditions de mise en oeuvre des critères de sélection des offres ;

9. Considérant qu'en l'espèce, l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de consultation indiquaient comme critères et pondération : " - prix des prestations, 50 % ; - valeur technique, 40 % ; - délais d'exécution, 10 % " et que " le critère valeur technique sera quant à lui apprécié au regard des huit notes énoncées dans le règlement de la consultation, chaque note étant notée sur 5 " ; ; que la société Daniel Marot et M. D...ne peuvent sérieusement soutenir que les critères de la sélection des offres n'auraient pas été annoncés clairement et au préalable et que la pondération de ces critères n'aurait pas été précisée ;

10. Considérant, en quatrième lieu, que le moyen tiré par la société Daniel Marot et M. D... de ce que la commune d'Issoire aurait demandé une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années " pour l'appréciation des offres des candidats et non pour l'appréciation des candidatures manque en fait et doit ainsi être écarté ;

11. Considérant, en cinquième lieu, qu'aux termes de l'article 53 du code des marchés publics : " I.-Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : 1° Soit sur une pluralité de critères

non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché (...) ; qu'il résulte de ces dispositions que la sélection des offres se fait par application des critères fixés par le I de l'article 53 du code, éventuellement complétés par des critères additionnels énoncés par le règlement de la consultation et justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ; que le pouvoir adjudicateur peut, dans le cadre d'une procédure adaptée, pour apprécier les offres des candidats, demander tout document complémentaire en lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution à la condition que l'appel public à la concurrence et le règlement de la consultation le prévoient ;

12. Considérant que les notes de synthèse et explicatives demandées par la commune, limitées à deux pages en format A4, n'excédaient pas que ce que le pouvoir adjudicateur pouvait demander aux candidats à un marché de maîtrise d'oeuvre pour l'évaluation de leurs offres et ne constituaient pas un début d'exécution du marché ;

13. Considérant que la note explicative n° 5 concernait la présentation de l'équipe affectée au marché et n'avait ni pour objet, ni pour effet de permettre à la commune d'apprécier une nouvelle fois la capacité du candidat déjà examinée au stade des candidatures ;

14. Considérant que les notes explicatives nos 6 et 7 qui demandaient pour l'une d'expliquer la proposition de rémunération au regard de l'étendue de la mission, de son degré de complexité et de l'importance des travaux concernés et pour l'autre d'aborder le respect de l'enveloppe prévisionnelle affectée aux travaux, permettaient au pouvoir adjudicataire d'apprécier la manière dont les candidats tenaient compte des contraintes budgétaires par rapport à l'importance et à la complexité des travaux envisagés et ne se rattachent pas ainsi à l'appréciation du critère du prix ;

15. Considérant que la note explicative n° 8, relative à l'engagement de l'offre à respecter le calendrier global du maître d'ouvrage ne concernait pas seulement le délai de la mission de maîtrise d'oeuvre mais, plus largement, le délai de l'ensemble du projet, y compris la phase de travaux et ne se rattachait ainsi pas au critère du délai d'exécution du marché ;

16. Considérant, en sixième lieu, qu'aux termes du III de l'article 53 du code des marchés publics relatif aux règles générales de passation : " Les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue " ; qu'est notamment irrégulière une offre qui, à défaut de contenir toutes les pièces ou renseignements requis par les documents de la consultation, est incomplète ;

17. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur doit rejeter les

offres incomplètes ; qu'il n'est pas contesté que la société Daniel Marot et M. D...n'ont pas produit toutes les notes explicatives demandées dans l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de consultation ; que dès lors, la société Daniel Marot et M. D...ne sont pas fondés à soutenir que la commune d'Issoire a, à tort, rejeté leur offre au motif que celle-ci était irrégulière ;

18. Considérant, en septième lieu, que si les dispositions du III de l'article 53 du code des marchés publics précités, qui sont applicables aux procédures adaptées, prévoient l'élimination des offres inappropriées, irrégulières et inacceptables avant le classement des autres offres par ordre décroissant, les dispositions de l'article 28 du même code relatives à la procédure adaptée prévoient que le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre et que cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix ; qu'il résulte de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur qui, dans le cadre d'une procédure adaptée, décide de recourir à une négociation, peut librement choisir les candidats avec lesquels il souhaite négocier et peut en conséquence, dans le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats, admettre à la négociation les candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables et ne pas les éliminer d'emblée ; qu'ainsi, si le pouvoir adjudicateur peut, dans le cadre d'une procédure adaptée, décider d'engager une négociation avec les candidats ayant remis une offre irrégulière, il n'y est pas tenu ; que, par suite, la société Daniel Marot et M. D...ne sont pas fondés à soutenir qu'en ne les admettant pas à la phase de négociation au motif que leur offre était irrégulière, la commune d'Issoire a vicié la procédure ;

19. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Daniel Marot et M. D...ne sont pas fondés à demander l'annulation du marché attaqué ;

Sur les conclusions indemnitaires :

20. Considérant qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la procédure de passation du contrat n'était entachée d'aucune illégalité ; que la société Daniel Marot et M. D...ne sont dès lors pas fondés à soutenir que la commune d'Issoire aurait commis une faute en attribuant le marché litigieux à la société Atelier 4 et les aurait privés d'une chance sérieuse de remporter le marché ; que, par suite, leurs conclusions indemnitaires ne peuvent qu'être rejetées ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

21. Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la commune d'Issoire, qui n'est pas partie perdante dans l'instance, une somme quelconque au titre des frais exposés par la société Daniel Marot et M. D...;

22. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Daniel Marot, M. D...la somme totale de 2 000 euros au titre des frais non

compris dans les dépens exposés par la commune d'Issoire ;

DÉCIDE :

Article 1er : Le jugement du Tribunal administratif de Clermont-Ferrand du 20 décembre 2012 est annulé.

Article 2 : La demande de première instance et la requête n° 13LY00468 de la société Daniel Marot et M. D...sont rejetées.

Article 3 : La société Daniel Marot et M. D...verseront à la commune d'Issoire la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le présent arrêt sera notifié à la société Daniel Marot, à M. B...D..., à la commune d'Issoire, à la société Atelier 4 et au ministre de l'intérieur.

Délibéré après l'audience du 9 janvier 2014, où siégeaient :

M. Wyss, président de chambre,

M. Gazagnes, président-assesseur,

M. Mesmin d'Estienne, président-assesseur.

Lu en audience publique, le 30 janvier 2014.