



**RÉPUBLIQUE
FRANÇAISE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

Légifrance

Le service public de la diffusion du droit

Références

CAA de MARSEILLE

N° 17MA03522

Inédit au recueil Lebon

6ème chambre

M. ZUPAN, président
M. Allan GAUTRON, rapporteur
M. THIELÉ, rapporteur public
SELARL RINGLE - ROY & AVOCATS ASSOCIES, avocat

lecture du lundi 29 juin 2020

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral

Vu la procédure suivante : Procédure contentieuse antérieure : La société Gagneraud Construction a demandé au tribunal administratif de Marseille, d'une part, d'annuler le marché à bons de commande portant sur la réalisation de travaux de voirie et réseaux divers conclu le 27 mai 2014 entre l'office public de l'habitat Treize habitat et la société Gregori Provence, d'autre part, de condamner l'office à lui verser la somme de 755 090 euros hors taxes, augmentée de la taxe sur la valeur ajoutée et des intérêts moratoires capitalisés, en réparation du préjudice consécutif à son éviction de cette procédure de marché. Par un jugement n° 1404927 du 6 juin 2017, le tribunal administratif de Marseille a rejeté cette demande. Procédure devant la Cour : Par une requête et un mémoire enregistrés les 4 août 2017 et 26 février 2018 la société Gagneraud Construction, représentée par Me E..., demande à la Cour : 1°) d'annuler ce jugement ; 2°) d'annuler le marché conclu entre l'office public de l'habitat Treize habitat et la société Gregori Provence ; 3°) de condamner l'office public de l'habitat Treize habitat à lui verser une indemnité de 755 090 euros hors taxes, augmentée de la taxe sur la valeur ajoutée et des intérêts au taux légal à compter de l'arrêt à intervenir et du produit de leur capitalisation ; 4°) de mettre à la charge de l'office public de l'habitat Treize habitat, une somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Elle soutient que : - le marché en litige a été conclu en méconnaissance de l'autorité de chose jugée attachée aux ordonnances des 18 mars et 29 avril 2014 par lesquelles le juge des référés précontractuels a annulé par deux fois la procédure de passation de ce marché à compter de l'examen des offres ; - les candidats n'ont pas été suffisamment informés des conditions de mises en oeuvre des critères de notation, notamment celui de la valeur technique, en méconnaissance des principes de transparence et d'égalité de traitement ; - l'appréciation portée sur la valeur des offres par le pouvoir adjudicateur est entachée d'erreurs manifestes ; - elle avait des chances sérieuses de se voir attribuer le marché en litige ; - elle justifie de son manque à gagner. Par un mémoire en défense enregistré le 22 décembre 2017, l'office public de l'habitat Treize habitat, représenté par Me B..., conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 5 000 euros soit mise à la charge de la société Gagneraud Construction sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Il soutient que : - le moyen tiré de la méconnaissance de l'autorité de la chose jugée est inopérant ; - les autres moyens soulevés par la société Gagneraud Construction sont infondés. Par un mémoire en défense enregistré le 1er mars 2018, la société par actions simplifiée unipersonnelle Gregori Provence, représentée par Me D..., conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 5 000 euros soit mise à la charge de la société Gagneraud Construction sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Elle soutient que : - le moyen tiré de la méconnaissance des principes de transparence et d'égalité entre les candidats est inopérant ; - le moyen tiré d'erreurs manifestes entachant l'appréciation portée sur les offres est infondé. Par ordonnance du 1er mars 2018, la clôture de l'instruction a été fixée au 20 mars 2018. Un mémoire, présenté pour l'office public de l'habitat Treize habitat, a été enregistré le 20 mars 2018 et n'a pas été communiqué aux autres parties. Vu les autres pièces du dossier. Vu : - le code de la construction et de l'habitation ; - le code des marchés publics ; - l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ; - le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 ; - 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. A... Gautron, rapporteur, - les conclusions de M. C... Thiele, rapporteur public, - et les observations de Me B... représentant l'office public de l'habitat Treize habitat. Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à concurrence du 14 décembre 2013, l'office public de l'habitat Treize Habitat a engagé une procédure de consultation en vue de la conclusion d'un marché à bons de commande portant sur divers travaux de voirie et de réseaux dans les ensembles immobiliers dont il assure la gestion. L'offre de la société Gregori Provence ayant été retenue, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Marseille a, sur la demande de la société Gagneraud Construction, par une ordonnance n° 1401574 du 18 mars 2014, annulé cette procédure à compter de l'examen des offres. L'offre de la société Gregori Provence ayant de nouveau été retenue à l'issue de la reprise de la consultation, le juge du référé précontractuel a une seconde fois, toujours à la demande de la société Gagneraud Construction, annulé la procédure à compter de l'examen des offres, par une ordonnance n° 1402653 du 29 avril 2014. La procédure a de nouveau repris et la société Gagneraud Construction a été informée, par télécopie du 13 mai 2014, de ce que son offre avait encore une fois été rejetée à l'issue de la réunion de la commission d'appel d'offres du même jour, dont le rapport d'analyse des offres lui a été transmis le 20 du même mois. Le marché, de nouveau attribué à la société Gregori Provence, a été signé le 27 mai 2014. La société Gagneraud Construction relève appel du jugement, en date du 6 juin 2017, par lequel le tribunal administratif de Marseille a rejeté sa demande tendant à l'annulation de ce marché et à l'indemnisation du préjudice consécutif à son éviction. Sur les conclusions à fin d'annulation du marché en litige :

2. 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. La légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini. Saisi ainsi par un tiers 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 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 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. 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.

3. En premier lieu, la société Gagneraud Construction invoque l'autorité de chose jugée attachée selon elle aux ordonnances du juge des référés du tribunal administratif de Marseille des 18 mars et 29 avril 2014. Toutefois, les décisions rendues en référé, y compris dans le cadre de la procédure spécifique régie par l'article L. 551-1 du code de justice administrative, ne sauraient en tout état de cause être revêtues de l'autorité de la chose jugée. De plus, la société requérante se borne à faire valoir, à l'appui de ce moyen, que la consultation aurait été menée à son terme sans que le pouvoir adjudicateur eût remédié aux manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence identifiés par ces ordonnances, et n'indique pas même, ce faisant, quelles règles seraient demeurées méconnues. Elle n'assortit donc pas ce moyen de précisions et justifications de nature à permettre à la Cour d'en apprécier le bien-fondé. Au demeurant, il résulte des motifs des ordonnances dont s'agit que ces deux annulations étaient exclusivement fondées sur la persistance du pouvoir adjudicateur à considérer à tort que la société Gagneraud Construction n'aurait pas fourni l'ensemble des fiches techniques requises, de sorte que l'appréciation portée sur la valeur des différentes offres au regard du critère de la valeur technique s'en est trouvée faussée. Or, la société Gagneraud Construction ne soutient pas que la même erreur matérielle, qui ne ressort aucunement du rapport d'analyse des offres, entacherait, de même, la dernière appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les mérites de son offre. Par ailleurs, si la société requérante soulève, ainsi qu'il a été dit, des moyens tirés, d'une part, de la méconnaissance des principes de transparence et d'égalité de traitement entre les candidats et d'autre part, des erreurs manifestes affectant l'appréciation des offres concurrentes, ces moyens ont été expressément écartés par les ordonnances des 18 mars et 29 avril 2014, dont cette société ne saurait donc utilement se prévaloir sur ce point.

4. En deuxième lieu, la requérante fait valoir que le pouvoir adjudicateur aurait méconnu, à l'occasion de l'attribution du marché en litige, les principes de transparence et d'égalité de traitement entre les candidats, en n'informant pas de manière suffisante ces derniers du contenu et des modalités de mise en oeuvre des critères d'attribution de ce marché, en particulier celui de la valeur technique des offres, et en en faisant application de façon arbitraire et discriminatoire, elle n'assortit pas ce moyen de précisions et justifications suffisantes pour permettre à la Cour d'en apprécier le bien-fondé. En tout état de cause, elle ne démontre pas avoir été directement et personnellement lésée par le vice ainsi allégué, alors notamment qu'il ne résulte pas de l'instruction que l'attributaire du marché ou les autres candidats auraient bénéficié pour leur part d'informations supplémentaires au sujet des critères d'attribution du marché en litige, tandis que la société Gagneraud Construction a utilement pu déposer son offre. Dans ces conditions, le moyen sus-analysé doit être écarté.

5. En dernier lieu, si la société Gagneraud Construction conteste l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur la valeur des offres, elle ne peut en tout état de cause utilement se prévaloir, à l'appui de ce moyen, des erreurs entachant selon elle les rapports d'analyse des offres produits lors des deux phases précédemment annulées de la consultation. Par ailleurs, il résulte de l'instruction, notamment du rapport d'analyse des offres, que, contrairement aux allégations non étayées de la société requérante, le pouvoir adjudicateur a apprécié la valeur technique des

offres concurrentes en considération des mêmes éléments, imposés par le mémoire technique contenu dans le dossier de consultation des entreprises, à savoir les fiches techniques des matériaux ou produits mise en oeuvre, les matériels et outillages appartenant à l'entreprise, les moyens humains affectés à l'exécution du marché, les méthodes d'intervention de l'entreprise et les mesures prises pour s'assurer de la protection des personnes et des biens. Or, si l'offre de la société Gregori Provence ne comprenait pas les fiches techniques relatives à certains des produits et matériaux, le règlement de consultation du marché n'imposait que la production de celles relatives à des matériaux ou produits effectivement mis en oeuvre par les candidats, tandis que la requérante se borne à exprimer des interrogations sur ceux évoqués dans l'offre de l'attributaire du marché en litige, sans établir ni même alléguer que cette offre aurait été, sur ce point, insincère. En outre, à supposer même que le rapport d'analyse des offres comporte une erreur en ce qui concerne la mention, dans l'offre de la société requérante, du nombre de salariés de l'un de ses sites, il n'est pas démontré que cette circonstance ait exercé une influence sur la notation du critère en cause, alors, en particulier, qu'il n'est pas contesté que le même rapport retient sans erreur un nombre de quatre-vingt-onze salariés pour ce candidat et un nombre de quatre-vingt-cinq salariés pour la société Gregori Provence. Enfin, ni la circonstance que la société requérante a ainsi affecté plus de salariés à l'exécution du marché en litige ni l'allégation selon laquelle elle aurait davantage de matériel propre ne sont pas à elles seules de nature à établir l'erreur manifeste d'appréciation alléguée, alors notamment qu'il résulte encore de l'instruction que le pouvoir adjudicateur s'est livré à une appréciation globale de la valeur des offres au regard du critère de la valeur technique et que l'offre de la société Gregori Provence était plus précise que celle de la société Gagneraud Construction, s'agissant en particulier de sa méthode d'intervention, détaillée pour trois types de chantiers différents, et de la gestion des urgences. A cet égard, l'absence d'évolution de la notation de l'offre de l'attributaire du marché en litige au cours de la consultation ne saurait davantage, à elle seule, révéler une erreur manifeste d'appréciation, en l'absence d'évolution des caractéristiques de cette offre et de l'analyse de ces dernières par le pouvoir adjudicateur. Dans ces conditions, c'est sans commettre une telle erreur manifeste d'appréciation que l'office public de l'habitat Treize habitat a attribué la note de 9 sur 10 à l'offre de la société Gregori Provence et la note de 8,25 sur 10 à l'offre de la société Gagneraud Construction. 6. Il résulte de tout ce qui précède que la société Gagneraud Construction n'est pas fondée à demander l'annulation du marché en litige. Sur les conclusions indemnitaires : 7. 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. 8. Il résulte de ce qui a été au point 6 que la société Gagneraud Construction n'a pas été irrégulièrement évincée de la procédure de passation du marché en litige. Par suite, ses conclusions indemnitaires ne peuvent qu'être rejetées. 9. Il résulte de tout ce qui précède que la société Gagneraud Construction n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Marseille a rejeté sa demande tendant à l'annulation du marché conclu entre l'office public de l'habitat Treize habitat et la société Gregori Provence le 27 mai 2014 et à la condamnation de cet établissement au versement d'indemnités. Sur les frais liés au litige : 10. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative s'opposent à ce que la somme réclamée par la société Gagneraud Construction au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens soit mise à la charge de l'office public de l'habitat Treize habitat qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance. Il y a lieu au contraire de mettre à la charge de la même société, sur ce fondement, le versement d'une somme de 1 500 euros à l'office public de l'habitat Treize habitat et d'une même somme de 1 500 euros à la société Gregori Provence. D É C I D E : Article 1er : La requête de la société Gagneraud Construction est rejetée. Article 2 : La société Gagneraud Construction versera à l'office public de l'habitat Treize habitat une somme de 1 500 euros et à la société Gregori Provence une même somme de 1 500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Article 3 : Le présent arrêt sera notifié à la société Gagneraud Construction, à l'office public de l'habitat Treize habitat et à la société par actions simplifiée unipersonnelle Gregori Provence. Délibéré après l'audience du 15 juin 2020, à laquelle siégeaient : - M. David Zupan, président, - Mme F... G..., présidente assesseuse, - M. A... Gautron, premier conseiller, Lu en audience publique le 29 juin 2020. 2N° 17MA03522 my

Analyse

Abstrats : 39-02-02-03 Marchés et contrats administratifs. Formation des contrats et marchés. Mode de passation des contrats. Appel d'offres.