

Cour Administrative d'Appel de Nancy

N° 11NC00416

Inédit au recueil Lebon

4ème chambre - formation à 3

M. LAPOUZADE, président

Mme Julie KOHLER, rapporteur

M. WIERNASZ, rapporteur public

UGGC AVOCATS & ASSOCIÉS, avocat(s)

lecture du lundi 17 décembre 2012

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête, enregistrée le 14 mars 2011, présentée pour la société Bancel, dont le siège social est au 36-38, chemin de Cornillon, à La-Plaine-Saint-Denis (93214), agissant par son représentant légal, par la SCP Uettwiller Grelon Gout Canat et Associés ;

La société Bancel demande à la Cour :

1°) d'annuler le jugement n° 0901925 du 13 janvier 2011 par lequel le Tribunal administratif de Besançon a condamné l'Etablissement public d'Hébergement pour Personnes Agées Dépendantes (EHPAD) d'Audincourt à lui verser la somme de 3 000 euros à titre de dommages et intérêts et a rejeté le surplus de ses conclusions ;

2°) annuler, ou à défaut, résilier le lot n°2 du marché public relatif à la construction de la maison de retraite d'Audincourt conclu avec la société Demathieu et Bard ;

3°) condamner l'EHPAD d'Audincourt à lui verser, à titre principal, la somme de 375 000 euros, assortie des intérêts moratoires, au titre de la perte de bénéfice et, à titre subsidiaire, la somme de 20 000 euros, assortie des intérêts moratoires, au titre des frais engagés pour la présentation de son offre ;

4°) mettre à la charge de l'EHPAD d'Audincourt la somme de 5 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

Sur l'analyse des offres :

- le tribunal a considéré à tort que le moyen tiré de ce que le pouvoir adjudicateur n'avait pas respecté le critère " valeur technique " n'était pas assorti de précision utile de nature à permettre d'en apprécier le bien fondé ; qu'en effet, dès lors que la société ne dispose pas des éléments lui permettant d'établir le respect des critères de choix des offres par le pouvoir adjudicateur, il appartient à ce dernier d'en apporter la preuve en justifiant des conditions d'application desdits critères ;

- que les documents produits par le pouvoir adjudicateur ne permettent pas d'expliquer les notes attribuées à chacun des candidats dès lors qu'ils ne contiennent aucun élément d'appréciation de la qualité intrinsèque des offres ;

- que les explications fournies par le pouvoir adjudicateur en défense ne permettent pas non plus d'expliquer les notes attribuées à chacun des candidats dès lors qu'elles ne sont étayées par aucun document, notamment par les éléments pertinents de l'offre retenue ;

- que la seule circonstance que son offre aurait été plus vague et moins détaillée que celle de la société attributaire ne suffit pas à expliquer l'écart entre les notes attribuées à ces deux offres ; que notamment, le pouvoir adjudicateur devrait justifier d'une différence qualitative manifeste pour expliquer les notes médiocres obtenues par la société requérante sur le sous-critère " hygiène, sécurité, qualité " ;

- que la note de 2/10 attribuée à la société requérante sur ce sous-critère est incompréhensible et ne reflète pas la réelle qualité de son offre ;

Sur l'atteinte au droit à un recours efficace :

- que l'EHPAD n'a renseigné ni la rubrique relative aux délais de recours ni celle relative au service auprès duquel des renseignements sur les délais peuvent être obtenus dans l'avis d'appel public à la concurrence ;

- que les informations relatives aux voies de recours mentionnées sur le courrier de rejet de l'offre était erronées ;

- que la signature du marché est intervenue avant la notification du rejet de leur offre aux sociétés concurrentes ;

- que le Tribunal administratif de Besançon a commis une erreur en considérant que ces vices n'étaient pas d'une gravité telle qu'ils devaient entraîner l'annulation du marché et en faisant un lien entre la gravité de ces vices et l'origine du rejet de l'offre de la requérante ;

Sur la demande indemnitaire :

- que classée en deuxième, avec un écart de 0,79 point par rapport à l'offre de la société attributaire, elle n'était pas dépourvue de toute chance sérieuse d'obtenir le marché ; qu'elle peut donc prétendre à l'indemnisation du manque à gagner, qu'elle estime à 375 000 euros ;

- qu'à défaut, elle peut prétendre à l'indemnisation des frais engagés pour présenter son offre, qu'elle estime à 20 000 euros ;

Vu le jugement et le contrat attaqués ;

Vu l'ordonnance en date du 19 avril 2012 ordonnant la clôture de l'instruction le 4 mai 2012 ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 23 janvier 2012, présenté par l'EPHAD d'Audincourt dont le siège est au 4, route de Belchamp, à Audincourt (25400), représenté par son directeur en exercice ;

L'EPHAD d'Audincourt demande à la Cour :

1°) de rejeter la requête ;

2°) d'annuler l'article 1er du jugement n° 0901925 du 13 janvier 2011 par lequel le Tribunal administratif de Besançon l'a condamné à verser à la société Bancel la somme de 3 000 euros au titre des frais exposés pour la présentation de son offre ;

3°) de mettre à la charge de la société Bancel la somme de 4 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il fait valoir :

- qu'il ressort du procès verbal de la commission d'appel d'offres et du rapport d'analyse comptable et technique qu'une analyse comparative des offres a bien été effectuée, au regard de l'ensemble des critères de choix des offres prévus dans les documents de la consultation et que le courrier informant la société requérante du rejet de son offre contenait des explications précises des notes obtenues sur chaque critère ;

- que les propositions de la société requérante, notamment au regard du sous-critère "hygiène, sécurité, qualité" étaient générales et insuffisantes au regard des exigences du pouvoir adjudicateur ;

- que l'annulation du contrat porterait une atteinte excessive à l'intérêt général eu égard à son coût financier et au retard qu'elle engendrerait pour l'achèvement des travaux ;

- que la société requérante ne produit aucun justificatif du montant demandé au titre des frais exposés pour la présentation de son offre ;

- qu'il n'est pas établi que la société avait des chances sérieuses de remporter le contrat ;

Vu le mémoire enregistré le 22 mars 2012, présenté pour la société Bancel qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens ;

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 26 novembre 2012 :

- le rapport de Mme Kohler, rapporteur,

- les conclusions de M. Wiernaz, rapporteur public,

- et les observations de Me Mournaud, pour l'EPHAD d'Audincourt et la SARL Demathieu et Bard ;

1. Considérant que l'EPHAD d'Audincourt a lancé en 2009 une procédure d'appel d'offres ouvert pour la passation d'un marché de construction d'une maison de retraite ; que la société Bancel a présenté une offre pour l'attribution du lot n°2 " gros oeuvre " de ce marché ; qu'elle a été informée le 3 août 2009 du rejet de son offre ; que cette société demande l'annulation du jugement du 13 janvier 2011 par lequel le Tribunal administratif de Besançon a rejeté ses conclusions tendant à l'annulation de ce contrat et limité la condamnation de l'EPHAD à l'indemnisation des frais engagés pour la présentation de son offre ;

Sur la validité du contrat :

2. Considérant que, saisi d'un recours contestant la validité d'un contrat ou de certaines de ses clauses par un concurrent évincé, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, 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 indemnisations 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 des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement le contrat, le cas échéant avec un effet différé ;

3. Considérant que la société Bancel soutient que le critère relatif à la valeur technique n'a pas été mis en oeuvre de manière régulière ; qu'il résulte de l'instruction et notamment du procès verbal de la commission d'appel d'offres et du rapport d'analyse technique et comptable, que les offres ont été analysées au regard de la quantité de documents produits par les candidats et non au regard de la qualité intrinsèque des propositions ; que le pouvoir adjudicateur ne produit, tant dans ces documents que dans les courriers indiquant à la société requérante les motifs de rejet de son offre, aucun élément permettant de connaître les mérites relatifs de chaque offre mais se borne à indiquer que l'entreprise requérante a fourni moins de documents que l'entreprise retenue ; que, dans ces conditions, le pouvoir adjudicateur ne peut être regardé comme ayant procédé à une analyse de la valeur technique des offres ; que la société requérante est ainsi fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur n'a pas procédé à une analyse des offres conforme aux critères de choix des offres annoncés dans les documents de la consultation ;

4. Considérant que, comme l'ont relevé les premiers juges, la procédure de passation du marché était également entachée de vices tenant à l'absence de publicité relative aux voies et délais de recours dans l'avis d'appel public à la concurrence et au non-respect du délai d'attente entre la notification du rejet de leur offre aux entreprises évincées et la signature du contrat avec l'attributaire ;

5. Considérant, d'une part, que les vices entachant la validité du contrat sont d'une gravité

relative et, d'autre part, que le contrat prévoyait une date limite d'exécution fixée au 31 août 2011 et que l'EPHAD fait valoir qu'il est indispensable que les travaux se poursuivent afin de permettre l'accueil de personnes âgées dépendantes dans le nouveau bâtiment ; que, dans ces conditions, l'exécution de ce contrat peut se poursuivre ;

Sur la demande indemnitaire :

6. 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 ;

7. Considérant, en premier lieu, que la société Bancel a été classée en deuxième position ; qu'elle n'était donc pas dépourvue de toute chance de remporter le marché ;

8. Considérant, en deuxième lieu, qu'aucun élément du dossier ne permet d'établir qu'une véritable analyse de la valeur technique des offres aurait permis de la classer en première position ; qu'en effet, il ressort en particulier du courrier indiquant à la société Bancel les motifs détaillés de rejet de son offre que, contrairement aux candidats placés en 1ère et en 3ème position, elle n'avait pas proposé de solution en matière d'hygiène, de sécurité et de qualité, propre aux besoins de ce chantier particulier ; que, dans ces conditions, la société Bancel n'est pas fondée à demander l'indemnisation de l'intégralité de son manque à gagner mais peut seulement prétendre au remboursement des frais engagés pour la présentation de son offre ;

9. Considérant que la société requérante fait valoir qu'elle a mobilisé son équipe pendant un mois afin de présenter son offre et qu'elle a engagé des frais matériels de reproduction notamment ; qu'elle ne produit toutefois aucun justificatif de nature à établir que la somme de 3 000 euros accordée par le Tribunal administratif de Besançon serait insuffisante ; que, dans ces conditions, elle n'est pas fondée à se plaindre de ce que le Tribunal administratif de Besançon a limité la condamnation de l'EPHAD d'Audincourt au remboursement de la somme de 3 000 euros ;

10. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que ni la société Bancel, ni l'EPHAD d'Audincourt ne sont fondés à demander l'annulation du jugement du Tribunal administratif de Besançon n° 0901925 du 13 janvier 2011 ;

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

11. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de faire droit aux

conclusions que présentent les parties et tendant à l'application de ces dispositions ;

D E C I D E :

Article 1er : La requête de la société Bancel est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de l'EPHAD d'Audincourt tendant à l'annulation du jugement n° 0901925 du 13 janvier 2011 du Tribunal administratif de Besançon et celles tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Le présent arrêt sera notifié à la société Bancel et à l'établissement public d'hébergement pour personnes âgées dépendantes d'Audincourt.