

**COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL
DE NANTES**N° 11NT03240
----**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**SOCIETE PHYTOREM SA
-----**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**M. Gauthier
Rapporteur

La cour administrative d'appel de Nantes

M. Martin
Rapporteur public
-----(4^{ème} chambre)Audience du 17 mai 2013
Lecture du 7 juin 2013
-----39-02-005
39-08-03-02
C+

Vu la requête, enregistrée le 23 décembre 2011, présentée pour la société PHYTOREM SA dont le siège est 30, avenue Charles de Gaulle à Miramas (13140), par Me Hourcacie, avocat au barreau de Paris ; la société PHYTOREM SA demande à la cour :

1°) d'annuler le jugement n° 11-200 du 20 octobre 2011 par lequel le tribunal administratif d'Orléans a rejeté sa demande tendant, d'une part, à l'annulation du marché correspondant au lot n° 2 du marché signé le 31 mai 2010 par la commune d'Auneau avec la société Sources pour la mise en conformité de sa station d'épuration et, d'autre part, à la condamnation de la commune d'Auneau à lui payer la somme de 290 000 euros en réparation des préjudices qu'elle a subis du fait de son éviction irrégulière du marché ;

2°) d'annuler ledit marché ;

3°) de condamner la commune d'Auneau à lui verser la somme de 285 505 euros, assortie des intérêts au taux légal, en réparation du préjudice subi du fait de son éviction ;

4°) de mettre à la charge de la commune d'Auneau la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- le recours à la négociation pour passer le marché de mise en conformité de la station d'épuration de la commune d'Auneau n'a pas été prévu par les documents de la consultation, ce

qui entache ce marché d'irrégularité ; elle est recevable à invoquer ce moyen qui n'est pas subordonné à la démonstration qu'elle serait lésée par cette illégalité ; au demeurant elle a bien été lésée par cette irrégularité ; la circonstance qu'elle ait été admise à la négociation est sans incidence sur l'irrégularité commise ;

- le recours à la négociation constitue une des caractéristiques principales de la procédure adaptée au sens des dispositions de l'article 42 du code des marchés publics et doit être mentionné dans le règlement de la consultation ;

- les spécificités techniques prévues par le cahier des clauses techniques particulières ont été modifiées au cours de la négociation ;

- l'offre de la société Sources, titulaire du marché, qui ne respectait pas les exigences du cahier des clauses techniques particulières, était irrégulière et aurait dû être écartée ;

- l'allotissement prévu par le marché a été méconnu dès lors que seule une entreprise pouvant présenter une offre pour les deux lots était en mesure d'obtenir le marché ;

- le marché en cause a méconnu ses brevets et porte atteinte à sa propriété intellectuelle ;

- elle a droit à être indemnisée de la marge bénéficiaire attendue du marché en cause, qu'elle évalue à la somme de 185 505 euros comprenant les frais de présentation de son offre, et de son préjudice commercial qu'elle évalue à 100 000 euros ;

Vu le jugement attaqué ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 16 février 2012, présenté pour la commune d'Auneau, représentée par son maire en exercice, par Me Karamitrou, avocat au barreau de Paris ; la commune d'Auneau conclut au rejet de la requête et à ce que soit mis à la charge de la société PHYTOREM SA le versement de la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- la requête de la société PHYTOREM SA est tardive et, par suite, irrecevable ;

- la requête est également irrecevable en raison de l'absence de paiement de la contribution pour l'aide juridique ;

- les premiers juges n'ont pas subordonné la recevabilité du moyen tiré de l'irrégularité de la procédure à un intérêt lésé mais ont conclu à l'absence de portée de l'irrégularité alléguée et à l'absence de méconnaissance des principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ;

- la commune d'Auneau a pu régulièrement recourir à la négociation, comme le lui permettait l'article 28 du code des marchés publics ;

- l'irrégularité alléguée est demeurée sans incidence sur l'issue de la procédure de passation du marché ;

- la société PHYTOREM SA n'établit pas qu'une information sur la négociation aurait

abouti à ce qu'elle propose une offre différente ;

- l'annulation du marché, entièrement exécuté, porterait une atteinte disproportionnée à l'intérêt général et aux droits du cocontractant ;

- les spécificités techniques du cahier des clauses techniques particulières concernant les performances épuratoires de la station par phytoremédiation n'ont pas été modifiées lors de la négociation ;

- l'offre de la société Sources, titulaire du marché, était conforme aux exigences du cahier des clauses techniques particulières, contrairement à celle de la société PHYTOREM SA ;

- le marché en cause n'a pas méconnu les brevets de la société PHYTOREM SA ;

- l'allotissement prévu par le marché n'a pas été méconnu ; l'examen des offres a été effectué lot par lot ;

- le caractère confidentiel de l'offre de la société PHYTOREM SA n'a pas été méconnu ; la société Sources a présenté une technique de phytoremédiation différente de celle brevetée par la requérante ;

- la demande d'indemnisation de la société PHYTOREM SA, qui n'avait pas de chance sérieuse ni même de simple chance d'obtenir le marché, n'est pas fondée ;

Vu la mise en demeure adressée le 1^{er} mars 2012 à la société Sources en application de l'article R. 612-3 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire, enregistré le 10 mai 2013, présenté pour la société PHYTOREM SA qui conclut aux mêmes fins que sa requête, par les mêmes moyens ;

Elle soutient en outre que sa requête est recevable ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 13 mai 2013, présenté pour la commune d'Auneau qui conclut aux mêmes fins que précédemment, par les mêmes moyens ;

Vu le mémoire, enregistré le 14 mai 2013, présenté pour la société PHYTOREM SA ;

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 17 mai 2013 :

- le rapport de M. Gauthier, premier conseiller ;

- les conclusions de M. Martin, rapporteur public ;

- les observations de Me Silvani, substituant Me Hourcabie, avocat de la société Phytorem ;

- et les observations de Me Kluczynski, substituant Me Karamitrou, avocat de la commune d'Auneau ;

1. Considérant que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 16 décembre 2009, la commune d'Auneau a engagé une procédure adaptée, sur le fondement des dispositions de l'article 28 du code des marchés publics, en vue de la passation d'un marché ayant pour objet la mise en conformité de sa station d'épuration, d'une capacité de 5 200 équivalents habitants, divisé en un lot n° 1, consistant en la création d'un poste de relèvement et d'une canalisation de transfert vers le site du traitement tertiaire avec mise en place d'un traitement complémentaire physicochimique du phosphore, et un lot n° 2 relatif à l'installation d'un traitement tertiaire par phytoremédiation ; que le marché a été signé le 31 mai 2010 avec la société Sources, qui a obtenu les deux lots ; que par une lettre du 22 juin 2010, le maire de la commune a informé la société PHYTOREM SA, candidate pour le lot n° 2, que son offre n'avait pas été retenue ; que cette société interjette appel du jugement du 20 octobre 2011 par lequel le tribunal administratif d'Orléans a rejeté sa demande tendant, d'une part, à l'annulation du marché correspondant au lot n°2 susmentionné et, d'autre part, à la condamnation de la commune d'Auneau à lui payer la somme de 290 000 euros en réparation des préjudices qu'elle aurait subis du fait de son éviction irrégulière du marché ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les fins de non-recevoir opposées par la commune d'Auneau :

Sur les conclusions aux fins d'annulation du marché :

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 ; que, saisi de telles conclusions 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 cas échéant avec un effet différé, le contrat ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article 28 du code des marchés publics : « *Lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils mentionnés au II de l'article 26, les marchés de fournitures (...) 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. / Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix (...) » ; qu'aux termes de l'article 42 du même code : « (...) Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, le règlement de la consultation peut se limiter aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre. » ;

4. Considérant que la société PHYTOREM SA n'établit pas que les spécificités techniques du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) auraient été modifiées au cours de la négociation en ce qui concerne les performances épuratoires de l'installation de phytoremédiation, dès lors qu'elle n'apporte pas de précisions suffisantes en ce sens, alors qu'il résulte de l'instruction que l'analyse des offres a été faite sur la base des spécifications techniques prévues au CCTP ; qu'ainsi, la société PHYTOREM SA n'est pas fondée à soutenir que la commune d'Auneau aurait méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence faute de lui avoir proposé de déposer une nouvelle offre sur la base des prescriptions modifiées ;

5. Considérant que la société PHYTOREM SA soutient que l'offre de la société Sources ne respectait pas les exigences du cahier des charges et aurait dû être écartée comme irrégulière ; que, toutefois, si elle prétend qu'il n'était pas possible, compte tenu de la surface d'environ 2,5 hectares dont disposaient les candidats pour l'installation du lot n° 2, de faire une offre correspondant aux prescriptions du cahier des clauses techniques particulières, s'agissant des concentrations en phosphore en entrée et en sortie du dispositif de phytoremédiation, elle n'apporte aucun élément probant à l'appui de ces allégations ; qu'il résulte au contraire de l'instruction, en particulier du rapport d'analyse des offres, que l'offre de la société Sources était complète et correspondait aux spécifications techniques du marché ; que la circonstance qu'à la suite de la mise en vente d'un terrain voisin du système de phytoremédiation le conseil municipal de la commune d'Auneau ait autorisé le maire, plus d'un an après la signature du marché, à acquérir des parcelles susceptibles d'être affectées à la construction d'une nouvelle station d'épuration n'est pas de nature à établir le bien fondé des affirmations de la requérante ; que, par suite, le moyen tiré de ce que la commune d'Auneau aurait retenu une offre non conforme au cahier des clauses techniques particulières doit être écarté ;

6. Considérant qu'il résulte de l'instruction que les offres ont été évaluées lot par lot ; qu'en outre, le maître d'œuvre a, par une lettre du 14 décembre 2010, attesté que les lots étaient techniquement indépendants ; que, par suite, le moyen tiré de ce que l'allotissement prévu par les documents de la consultation aurait été méconnu dès lors que seule une entreprise pouvant présenter une offre pour les deux lots était en mesure d'obtenir le marché, doit être écarté ;

7. Considérant que si la société PHYTOREM SA se prévaut d'un brevet français déposé en 2002 et d'un brevet européen déposé en 2003, elle ne produit pas ceux-ci et n'indique pas en quoi ils auraient été utilisés par sa concurrente ; qu'en revanche, la commune d'Auneau a produit une analyse très précise d'un spécialiste de la propriété intellectuelle, la société Novagraaf Technologies, interrogée par la société Sources sur la liberté d'exploitation de l'installation de traitement tertiaire par phytoremédiation proposée à la commune d'Auneau au regard des titres de propriété industrielle appartenant à la requérante, dont il ressort que le projet de l'attributaire du marché n'entre pas dans le champ de protection des titres de la société PHYTOREM SA et se trouve ainsi libre d'exploitation ; que la commune d'Auneau a également produit une lettre du maître d'œuvre se prononçant dans le même sens ; que dans ces conditions, la société PHYTOREM SA n'établit pas que le marché en cause aurait méconnu ses brevets et porté atteinte à sa propriété intellectuelle ;

8. Considérant, en revanche, que si le pouvoir adjudicateur décide de recourir à la négociation, le principe de transparence des procédures impose qu'il en informe les candidats potentiels dès le début de la procédure, dans l'avis public d'appel à la concurrence ou dans les documents de la consultation ; qu'en l'espèce, il est constant que ni l'avis d'appel public à la concurrence publié par la commune d'Auneau ni le règlement de consultation mis par elle à la disposition des entreprises intéressées ne mentionnaient l'éventualité d'un recours à la négociation, alors que celle-ci doit être regardée comme une des caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre, au sens des dispositions précitées de l'article 42 du code des marchés publics, compte tenu de l'importance d'une telle information pour l'élaboration des propositions des entreprises candidates ; qu'il suit de là que la procédure de passation du marché correspondant au lot n° 2 sus-décrit est ainsi entachée d'une irrégularité ;

9. Considérant toutefois, d'une part, que la société requérante a elle-même été invitée à négocier, comme l'attributaire du marché en cause, la société Sources, qui n'avait pas été davantage informée de l'éventualité d'une négociation, et que l'égalité entre les deux concurrents n'a ainsi pas été rompue ; que, d'autre part, les ouvrages constituant l'objet du marché sont entièrement exécutés et qu'il convient de prendre en compte le droit du cocontractant de la commune au règlement dudit marché ; qu'enfin, l'intérêt général s'attachant à la mise aux normes de la station d'épuration de la commune d'Auneau, en vue d'un fonctionnement optimal du service public d'assainissement, s'oppose à l'annulation du marché dont s'agit eu égard à son exécution ; que dans ces conditions, la seule irrégularité sus-relevée n'est pas de nature à justifier l'annulation sollicitée du contrat ;

Sur les conclusions indemnitaires :

10. 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 dernier, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non 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 ; qu'il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché ; que, 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 ;

11. Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'eu égard au contenu de son offre, en particulier à l'insuffisante réponse de celle-ci aux performances épuratoires exigées par le CCTP pour le système de phytoremédiation et au prix proposé, la société PHYTOREM SA était dénuée de toute chance de se voir attribuer le marché en cause ; qu'elle ne peut, dès lors, être fondée à solliciter l'indemnisation du manque à gagner qu'elle invoque et qu'elle évalue à la somme, d'ailleurs non assortie de justifications suffisantes, de 185 505 euros ; qu'elle ne peut davantage prétendre à l'indemnisation d'un prétendu « préjudice commercial », évalué à 100 000 euros, dont l'allégation est dénuée de toute justification ;

12. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société PHYTOREM SA n'est pas fondée à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif d'Orléans a rejeté ses demandes ;

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

13. Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mis à la charge de la commune d'Auneau, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, le versement à la société PHYTOREM SA de la somme que celle-ci demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge de la société PHYTOREM SA le versement de la somme sollicitée par la commune d'Auneau en remboursement des frais de même nature que celle-ci a supportés ;

DÉCIDE :

Article 1^{er} : La requête de la société PHYTOREM SA est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de la commune d'Auneau au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Le présent arrêt sera notifié à la société PHYTOREM SA, à la commune d'Auneau et à la société Sources.

Délibéré après l'audience du 17 mai 2013, à laquelle siégeaient :

- M. Lainé, président de chambre,
- Mme Tiger, premier conseiller,
- M. Gauthier, premier conseiller.

Lu en audience publique, le 7 juin 2013.

Le rapporteur,

Le président,

E. GAUTHIER

L. LAINÉ

Le greffier,

N. CORRAZE

