

Cour administrative d'appel de Paris

**N° 12PA03392**

Inédit au recueil Lebon

**4ème chambre**

M. PERRIER, président

M. Ermès DELLEVEDOVE, rapporteur

M. ROUSSET, rapporteur public

VIGER-ROUHAUD, avocat(s)

lecture du mardi 1 octobre 2013

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu la requête, enregistrée le 3 août 2012, présentée pour la SA Ourry, dont le siège est situé Ferme des Fusées à Champdeuil (77390), par le cabinet Benesty C...Panassac Associés ; la société Ourry demande à la Cour :

1°) d'annuler le jugement n° 0904910/2 en date du 26 juillet 2012 en tant que, par ce jugement, le Tribunal administratif de Melun a rejeté ses conclusions indemnitaires tendant à la condamnation du Syndicat mixte pour l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères de la région de Tournan-en-Brie (SIETOM) à l'indemniser du préjudice par elle subi du fait du rejet de son offre en vue de l'attribution du lot n° 3 du marché conclu le 26 février 2009 entre le syndicat et la société Sepur pour l'exploitation de cinq déchetteries, le transport et le traitement d'une partie des déchets ;

2°) de condamner le syndicat à lui verser la somme de 292 024 euros en réparation du préjudice susmentionné, augmentée des intérêts au taux légal à compter du 10 juin 2009, date d'enregistrement de sa demande, et de la capitalisation des intérêts ;

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

.....

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics

Vu le code général des collectivités territoriales ;

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 septembre 2013 :

- le rapport de M. Dellevedove, rapporteur,

- les conclusions de M. Rousset, rapporteur public,

- et les observations de MeB..., substituant Me C...pour la société Ourry et celles de MeA..., pour le Syndicat mixte pour l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères de la région de Tournan-en-Brie ;

1. Considérant que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 14 novembre 2008, le Syndicat mixte pour l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères de la région de Tournan-en-Brie (SIETOM) a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché comportant trois lots dont le lot n° 3 en litige relatif à l'exploitation de cinq déchetteries, au transport et au traitement d'une partie des déchets de ces déchetteries ; que la commission d'appel d'offres lors de sa réunion du 7 janvier 2009 a retenu l'offre de la société Sepur, l'offre de la société Ourry ayant été classée en deuxième position parmi les quatre entreprises candidates dont les offres ont été classées ; que, par lettre en date du 8 janvier 2009, le SIETOM a informé la société Ourry du rejet de son offre ; que, par la délibération en date du 19 janvier 2009, le comité syndical de cet établissement public de coopération intercommunale a autorisé son président à signer le marché avec la société Sepur ; que, saisi par la société Ourry, le juge du référé précontractuel du Tribunal administratif de Melun a, par ordonnance en date du 5 février 2009, rejeté sa demande tendant à l'annulation de la procédure ; que la signature du marché est intervenue le 26 février 2009 ; que la société Ourry fait appel du jugement en date du 26 juillet 2012 en tant que, par ce jugement, le Tribunal administratif de Melun a rejeté ses conclusions indemnitaires tendant à la condamnation du SIETOM à l'indemniser du préjudice par elle subi du fait du rejet de son offre en vue de l'attribution du lot n° 3 de ce marché ;

Sur le mémoire susvisé de la société Sepur :

2. Considérant que la société Sepur, attributaire du marché litigieux, ayant reçu communication de la requête d'appel, le mémoire présenté au nom de cette société doit être regardé non comme une intervention mais comme de simples observations en réponse à cette communication ;

Sur les conclusions incidentes du SIETOM :

3. Considérant que le jugement du Tribunal administratif de Melun déféré à la Cour, d'une part, en son article 1er, enjoint au SIETOM de procéder à la résiliation du lot n° 3 du marché susmentionné et, d'autre part, en son article 3, rejette notamment les conclusions indemnitaires de la société Ourry ; que, par la requête susvisée, la société Ourry fait appel de ce jugement en tant qu'il a rejeté ses conclusions indemnitaires ; que les conclusions d'appel incident du SIETOM, présentées après le délai d'appel, qui doivent être regardées comme dirigées contre l'article 1er du jugement du tribunal administratif en tant que les premiers juges ont accueilli les conclusions de la société Ourry tendant à la résiliation de ce marché, reposent sur une cause juridique différente de celle de la requête d'appel ; qu'ainsi elles soulèvent un litige différent de celui qui résulte de l'appel principal ; que, dès lors, lesdites conclusions incidentes ne sont pas recevables ;

Sur la recevabilité des conclusions indemnitaires de la demande :

4. Considérant que le SIETOM, dans son premier mémoire en défense enregistré le 20 janvier 2012 au greffe du Tribunal administratif de Melun, a conclu uniquement au rejet au fond de la demande présentée par la société Ourry, sans opposer aux conclusions indemnitaires contenues dans cette demande de fin de non-recevoir tirée de l'absence de décision préalable ; qu'en effet, l'établissement public a conclu expressément " au rejet de l'ensemble des moyens et demandes soutenues par la SA Ourry " ; qu'il s'ensuit que ce mémoire a lié le contentieux en cours d'instance dans le litige né de ces conclusions indemnitaires alors même que le SIETOM s'est expressément prévalu dans un mémoire ultérieur de la fin de non-recevoir susmentionnée ; que, dès lors, la société Ourry est fondée à soutenir que c'est à tort que le Tribunal administratif de Melun a déclaré ses conclusions indemnitaires irrecevables au motif de l'absence d'une réclamation préalable et à en demander la réformation sur ce point ; qu'il y a lieu d'évoquer et de statuer immédiatement sur les conclusions indemnitaires de la demande présentée par la société Ourry devant le Tribunal administratif de Melun ;

Sur les conclusions indemnitaires :

Sur " l'intervention " de la société Sepur en première instance :

5. Considérant que la société Sepur, ayant reçu communication de la demande de la société Ourry, le mémoire présenté en première instance au nom de cette société constitue non une intervention mais des observations en réponse à cette communication ;

Sur le principe de la responsabilité du SIETOM :

6. Considérant que, par le jugement attaqué devenu définitif sur ce point, les premiers juges ont enjoint au SIETOM de procéder à la résiliation du lot n° 3 du marché susmentionné au motif des illégalités commises dans la procédure de passation de ce lot ; que, dès lors, ces illégalités, sont de nature à engager la responsabilité du SIETOM ;

7. Considérant, toutefois, 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 ;

8. Considérant que la société Ourry soutient qu'elle disposait d'une chance sérieuse de se voir attribuer le lot n° 3 du marché susmentionné en raison notamment du classement de son offre en deuxième position derrière celle de la société Sepur retenue, et dont l'offre aurait dû être écartée comme anormalement basse et non conforme aux prescriptions du règlement de la consultation ;

9. Considérant qu'aux termes de l'article 1er du code des marchés publics dans sa rédaction alors applicable : " (...) II. - Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (...) " ; qu'aux termes de l'article 11 de ce code : " (...) Pour les marchés passés selon les procédures formalisées, l'acte d'engagement et, le cas échéant, les cahiers des charges en sont les pièces constitutives (...) " ; qu'aux termes de l'article 12 du même code : " I.- Les pièces constitutives des marchés passés selon une procédure formalisée comportent obligatoirement les mentions suivantes : / 6° Le prix ou les modalités de sa détermination (...) " ; qu'aux termes de l'article 53 du même code : " 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 (...) 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix. / (...) / II. - (...) Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. / III. - Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue (...) " ; qu'aux termes du 1° du I de l'article 35 de ce même code : " (...) Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation (...) " ; qu'aux termes de l'article 55 du même code : " Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies (...) " ; qu'aux termes de l'article 59 du même code relatif à l'appel d'offres ouvert : " Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre (...) " ; que le pouvoir adjudicateur a précisé à l'article IV.2.1 de l'avis d'appel public à la concurrence relatif aux critères d'attribution du marché ainsi qu'à l'article 11.2 du règlement de la consultation relatif à l'examen des offres que l'offre économiquement la plus avantageuse sera appréciée en

fonction des trois critères du prix, de la valeur technique et des performances environnementales de l'offre proposée, pondérés respectivement à 40 %, 30 %, et 30 % ; qu'aux termes de l'article 8.2 du règlement de la consultation : " Enveloppe relative à l'offre (...) Elle contient les pièces suivantes : / Pièces contractuelles : / A. L'acte d'engagement du candidat et ses annexes 1, 2, 3 et 4 (...) / B. Le mémoire technique (...) / C. Le bordereau de décomposition (annexe 4 de l'acte d'engagement) ; / Les pièces A et B sont obligatoires. L'absence ou le caractère incomplet de ces pièces entraînera nécessairement le rejet du candidat pour non-conformité au présent règlement de consultation rendant l'offre irrecevable (...) " ;

10. Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'avis d'appel public à la concurrence susmentionné comportait un " coût estimé HT : fourchette entre 1 100 000 et 1 500 000 euros ", cohérent avec le prix de 1 123 859 par an du marché attribué à la société Sepur en cours d'exécution au début de l'année 2008 ; que les quatre entreprises, classées par la commission d'appel d'offres, ont remis dans le cadre de la procédure objet du présent litige leurs offres pour des montants respectifs annuels de 671 128,25 euros HT pour la société Sepur classée première, de 987 103 euros HT pour la société Ourry classée deuxième, de 853 174 euros HT et de 1 027 790 euros HT pour les deux autres entreprises ; qu'ainsi, la société Sepur a remis une offre d'un montant de près de 40 % inférieur à l'estimation basse retenue par le pouvoir adjudicateur et au prix du marché en cours conclu avec la même société, et de 20 à 40 % inférieur aux prix proposés par les autres entreprises ;

11. Considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment du rapport de la commission d'appel d'offres que, dans le cadre des annexes 2 et 3 à l'acte d'engagement susmentionnées relatives respectivement au bordereau des prix et au détail quantitatif estimatif prévues par le règlement de consultation, la société Sepur a fait figurer à la rubrique " P6. Prix forfaitaire pour le gardiennage, l'entretien, la gestion des registres, etc. " un prix partiel de 86 400 euros HT par an seulement, entrant dans la composition du montant total annuel susmentionné de 671 128,25 euros HT, par rapport à des prix partiels présentés par les trois autres sociétés à cette même rubrique de quatre à cinq fois supérieurs ; qu'ainsi que le fait valoir à juste titre la société Ourry, ce prix P6 de 86 400 euros HT par an était exactement identique au cinquième du montant de 432 000 euros correspondant au montant total du coût du gardiennage des cinq mêmes déchetteries, présenté par la société Sepur en appui de l'offre qu'elle avait présentée lors d'un précédent appel d'offres lancé en mars 2008, dont la procédure a été annulée par le juge des référés du Tribunal administratif de Melun, appel d'offres destiné à satisfaire les mêmes besoins hormis la prise en compte des déchets dangereux des ménages, alors d'ailleurs que, pour le surplus, les prix partiels qu'elle a fait figurer aux autres postes P1 à P5 des annexes 2 et 3 susmentionnées correspondant à l'enlèvement, au transport et au traitement des différentes catégories de déchets étaient sensiblement identiques pour les deux procédures ; que, dans le cadre d'une demande de précision ou de complément sur la teneur de son offre, la commission d'appel d'offres l'ayant estimé nécessaire, le pouvoir adjudicateur a demandé à la société Sepur de " vérifier si ce prix correspond bien à la gestion des 5 déchetteries ou d'une seule et apporter tout commentaire susceptible d'explicitier la rémunération de sa prestation " ; que, toutefois, la société Sepur s'est bornée à préciser dans sa réponse que le prix P6 précité de 86 400 euros HT par an correspondait en réalité à 32 % du montant global de la prestation de gestion des 5 déchetteries, au total de 269 282,49 euros HT par an au lieu de 86 400 euros HT par an, ce dernier montant " constituant la part fixe de ce poste. Il nous a paru légitime, compte tenu de notre expérience, de ventiler les 68 % restants sur nos prix unitaires de transport (...) ", et à joindre deux tableaux supposés présenter la décomposition de ces prix de

transport intégrant la part “ ventilée “ du coût de la gestion des 5 déchetteries ; que, toutefois, d’une part, la société Sepur n’a fourni, dans sa réponse ou devant le juge, aucune justification ou explication du bien-fondé ni du principe d’une telle décomposition en part fixe et part variable ni d’une telle imputation de la part variable restante à hauteur de 68 % de ce poste sur les prix unitaires de transport par tonne alors que la société Ourry soutient sans être contredite que les prestations de gardiennage, d’entretien et de gestion des registres sont largement indépendantes du tonnage global transporté, a fortiori des tonnages par type de déchets transportés, et alors, d’ailleurs, qu’il n’est pas même allégué que la circonstance que les prestations de traitement et de transport des déchets dangereux des ménages ont été retirés par rapport à l’appel d’offres précédent aurait eu une influence déterminante sur le poste litigieux ; que, d’autre part, en tout état de cause, la société Sepur n’a fourni aucune explication des raisons pour lesquelles, dans les conditions susmentionnées, elle a pu se croire autorisée à faire figurer le seul coût prétendument fixe de 86 400 euros HT par an et non, comme elle aurait dû le faire, le coût global allégué de 269 282,49 euros par an à la rubrique P6 susmentionnée du bordereau des prix de l’annexe 2 obligatoire à l’acte d’engagement, alors pourtant que, selon les termes mêmes de cette rubrique, ce prix P6 était réputé forfaitaire pour le gardiennage, l’entretien et la gestion des registres des déchetteries ; qu’enfin, la société Sepur ne fournit pas davantage une quelconque explication des circonstances qui auraient pu la conduire à réduire ce coût de près de 40 % de 432 000 euros à 269 282,49 euros par an entre les deux procédures d’appel d’offres ;

12. Considérant qu’il résulte de ce qui précède que, si la seule modération du prix global proposé par la société Sepur ne pouvait à lui seul révéler une offre anormalement basse au sens de l’article 55 du code des marchés publics, compte tenu de l’ensemble des circonstances de l’espèce et notamment des incohérences relevées ci-dessus dans les modalités de détermination du prix susceptibles de rendre difficile l’exécution du marché et des explications controuvées présentées par la société Sepur dont ne pouvait se satisfaire le pouvoir adjudicateur, le SIETOM a commis une erreur manifeste d’appréciation en ne rejetant pas l’offre de la société Sepur comme anormalement basse et en décidant de lui attribuer le lot n° 3 du marché susmentionné ; que, dès lors, la société Ourry, classée deuxième derrière la société Sepur alors que l’argumentaire des parties n’est pas de nature à remettre en cause le classement supérieur de la société requérante par rapport aux deux autres sociétés, est fondée à soutenir qu’elle a perdu une chance sérieuse de remporter le lot n° 3 du marché susvisé ;

Sur le préjudice de la société Ourry :

13. Considérant que, dans les conditions susmentionnées, la société Ourry a droit à être indemnisée de l’intégralité du manque à gagner, pour la perte des bénéfices sur les prestations qu’elle pouvait normalement escompter de l’exécution du marché au titre du lot n° 3, incluant nécessairement, en l’absence de stipulation contraire du contrat, les frais de présentation de son offre intégrés dans ses charges mais excluant le remboursement des frais généraux de l’entreprise qui seraient affectés à ce marché ; qu’elle ne saurait, toutefois, être indemnisée que du bénéfice net que lui aurait procuré le volume de prestations escompté ; que la société Ourry ne saurait justifier pour ses prestations de transport, de traitement et d’exploitation-gardiennage de marges nettes respectivement de 5 %, 15 % et 4 % attendues sur les quatre ans de l’exécution du marché, soit une marge nette moyenne globale de 7,4 %, par rapport à un volume de prestations annuelles de 987 103 euros HT en se bornant à se référer aux rubriques d’un tableau chiffré et aux annexes susmentionnées à l’acte d’engagement de son offre alors d’ailleurs que ces rubriques doivent être regardées, dans l’enchaînement des calculs de ces documents, comme

représentant des marges brutes, ces rubriques comportant d'ailleurs les intitulés " frais généraux, aléas et marge " ou " frais généraux et marge " ; que le SIETOM fait valoir, sans être ainsi sérieusement contredit, que le taux de marge observé habituellement dans le secteur du traitement des déchets est de l'ordre de 3 % ; que, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce et notamment de la nature de la concurrence s'exerçant dans le secteur de prestations en cause, il sera fait une juste appréciation du manque à gagner subi par la société Ourry en l'évaluant à 100 000 euros ;

14. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède qu'il sera fait une juste appréciation de la réparation due à la société Ourry par le SIETOM au titre de sa perte d'une chance sérieuse de se voir attribuer le lot n° 3 du marché susmentionné, en en fixant le montant à 100 000 euros ;

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

15. Considérant, en premier lieu, que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge la société Ourry, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, une quelconque somme au bénéfice du SIETOM au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des mêmes dispositions et de mettre à la charge du SIETOM la somme de 2 000 euros, au titre des frais exposés par la société requérante et non compris dans les dépens ;

16. Considérant, en deuxième lieu, que la société Sepur, qui n'a été appelée en la cause que pour produire des observations, ainsi qu'il a été dit, et qui n'aurait pas eu qualité pour former tierce-opposition si elle n'avait pas été présente à l'instance, ne peut être regardée comme partie à l'instance au sens des dispositions précitées ; que, dès lors, ses conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ne peuvent qu'être rejetées ;

DÉCIDE :

Article 1er : Le SIETOM versera à la société Ourry la somme de 100 000 euros en réparation du préjudice résultant de son éviction du lot n° 3 du marché susmentionné.

Article 2 : Le jugement susvisé du Tribunal administratif de Melun est réformé en ce qu'il a été contraire au présent arrêt.

Article 3 : Le SIETOM versera à la société Ourry la somme de 2000 euros, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête, les conclusions d'appel incident du SIETOM et les conclusions de la société Sepur tendant à l'allocation de frais irrépétibles sont rejetés.

”

”

”

”

2

N° 12PA03392