

Références

CAA de VERSAILLES

N° 18VE03767

Inédit au recueil Lebon

5ème chambre

M. CAMENEN, président
M. Pascal CABON, rapporteur
Mme BONFILS, rapporteur public
NGUYEN, avocat

lecture du mercredi 29 mai 2019

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société Savoie Frères, devenue SAS Savoie, a demandé au Tribunal administratif de Versailles de prononcer la résiliation du lot n° 1 dit " clos couvert " du marché de travaux de construction d'un gymnase à Lardy attribué le 10 mars 2010 à la société Dubosq, de condamner la communauté de communes de l'Arpajonnais à lui verser la somme de 247 894 euros en réparation de son préjudice, avec intérêts au taux légal à compter de la date de réception de sa réclamation préalable et de mettre à la charge de la communauté de communes de l'Arpajonnais la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Par un jugement n° 1004450 du 5 mai 2015, le Tribunal administratif de Versailles a condamné la communauté de communes de l'Arpajonnais à verser à la société Savoie Frères la somme de 125 000 euros et la somme de 2 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Par un arrêt n° 15VE02147 du 22 juin 2017, la Cour a, sur appel de la communauté de communes de l'Arpajonnais, annulé les articles 1 à 3 de ce jugement.

Par une décision n° 413533 du 9 novembre 2018, le Conseil d'Etat a, sur pourvoi de la société Savoie, annulé cet arrêt et renvoyé l'affaire à la Cour administrative d'appel de Versailles.

Procédure devant la Cour :

Par une requête et un mémoire, enregistrés sous le n° 15VE02147, respectivement les 3 juillet 2015 et 2 février 2017, et, après cassation et renvoi, par un mémoire enregistré le 23 janvier 2019 sous le n° 18VE03767 la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION CŒUR D'ESSONNE AGGLOMERATION, venant au droit de la communauté de communes de l'Arpajonnais, représentée par Me Nguyen, avocat, demande à la Cour :

1° d'annuler ce jugement ;

2° de rejeter les demandes de la société Savoie ;

3° de mettre à la charge de la société Savoie la somme de 5 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le tribunal a statué au-delà de ses conclusions en ce qu'il s'est prononcé sur la régularité de la méthode de notation alors que seule la régularité du sous-critère relatif aux pénalités de retard était critiquée ;
- le tribunal a insuffisamment motivé son jugement concernant l'indemnisation de la société Savoie ;
- le tribunal a commis une erreur de droit en ce qu'il a retenu que la méthode de notation mise en oeuvre conduisait à neutraliser la pondération des critères de sélection et à ne pas choisir l'offre économiquement la

plus avantageuse ; la circonstance qu'un seul critère ou sous-critère puisse départager des offres proches au regard des autres critères et sous-critères ne saurait entacher la légalité d'un marché ;

- le tribunal a commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant qu'elle ne justifiait pas de l'urgence à réaliser l'équipement en cause ; il n'avait pas à porter une appréciation sur la nécessité de réaliser le collège dans un délai de quatorze mois ;
- l'indemnisation accordée n'est pas fondée, dès lors que la procédure d'attribution du marché était régulière ;
- la société Savoie ne justifie pas des frais d'études et de la marge bénéficiaire dont elle demande réparation ; la société Savoie doit établir son préjudice ; ses conclusions tendant à la condamnation de l'administration à lui verser une somme de 247 894 euros ne sont pas justifiées et s'appuient sur un taux de marge exorbitant de 8,5 % ; l'indemnisation du manque à gagner inclut nécessairement les frais de présentation de l'offre ; c'est à tort que le jugement attaqué ajoute au manque à gagner les frais de présentation de l'offre à hauteur de 12 869 euros ; les travaux se sont déroulés pendant les années 2010 et 2011, en période de récession dans le secteur du BTP ; c'est donc à tort que les premiers juges ont retenu un taux de marge de 4 %, au demeurant supérieur à celui observé en 2008 à 3,1%, alors qu'il n'excédait pas 1,6 % sur la période ; le montant du manque à gagner ne saurait excéder 44 240 euros ;
- elle n'apporte pas la preuve de l'existence d'un lien de causalité direct entre l'irrégularité de la procédure d'attribution du marché et ses préjudices.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code des marchés publics ;
- 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. Cabon,
- les conclusions de Mme Bonfils, rapporteur public,
- et les observations de Me A...pour la société Savoie.

1. La communauté de communes de l'Arpajonnais a publié le 22 octobre 2009 un avis en vue de la passation en procédure adaptée d'un marché de travaux réparti en douze lots pour la construction d'un gymnase sur le territoire de la commune de Lardy (Essonne). La société Savoie et la société Dubocq ont présenté une offre pour le lot n° 1 dit " clos couvert " relatif aux travaux de terrassements complémentaires, gros oeuvre, charpente métal, bardage, étanchéité, couverture, façade et menuiseries extérieures. Au terme de l'analyse des offres, la société Dubocq a été classée première et, par un courrier du 8 février 2010, la communauté de communes de l'Arpajonnais a informé la société Savoie de l'attribution du lot n° 1 à la société Dubocq, l'avis d'attribution du marché ayant été publié le 29 avril 2010. La société Savoie a adressé le 21 juin 2010 à la communauté de communes de l'Arpajonnais une demande préalable d'indemnisation des préjudices qu'elle estime avoir subis du fait de son éviction irrégulière du marché, qui a été implicitement rejetée. Par un jugement du 5 mai 2015, le Tribunal administratif de Versailles a condamné la communauté de communes de l'Arpajonnais à verser à la société Savoie Frères la somme de 125 000 euros en réparation de son préjudice. Sur appel de la communauté de communes de l'Arpajonnais aux droits de laquelle vient la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION C□UR D'ESSONNE AGGLOMERATION, la Cour administrative d'appel de Versailles a, par un arrêt du 22 juin 2017, annulé ce jugement et rejeté les conclusions indemnitaires de la société Savoie. Sur pourvoi de la société Savoie, le Conseil d'Etat a annulé cet arrêt et renvoyé l'affaire à la Cour par une décision du 9 novembre 2018. Par voie d'appel incident, la société Savoie demande à la Cour de porter le montant de l'indemnité qui lui a été allouée à la somme de 247 894 euros.

Sur la régularité du jugement attaqué :

2. Le jugement attaqué se borne à indiquer qu'il " sera fait une juste appréciation du préjudice subi par la société Savoie en l'évaluant à la somme totale de 125 000 euros " sans préciser la base de calcul l'indemnité ainsi allouée à la société Savoie en réparation de son manque à gagner. Il est dès lors insuffisamment motivé.

3. Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'évoquer et de statuer immédiatement sur les conclusions indemnitaires de la société Savoie, sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur l'autre moyen d'irrégularité du jugement attaqué.

Sur les conclusions indemnitaires de la société Savoie :

En ce qui concerne la régularité de la procédure d'attribution du marché litigieux :

4. Aux termes de l'article 53 du code des marchés publics, applicable à la date de passation du marché litigieux : " 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 d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ".

5. Un sous-critère relatif au montant des pénalités à infliger en cas de retard dans l'exécution des prestations, qui n'a ni pour objet ni pour effet de différencier les offres au regard du délai d'exécution des travaux, ne permet pas de mesurer la capacité technique des entreprises candidates à respecter des délais d'exécution du marché ni d'évaluer la qualité technique de leur offre. En outre, la personne publique n'est pas tenue de faire application des pénalités de retard et le juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, peut, à titre exceptionnel, modérer ou augmenter les pénalités résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté. Il suit de là que le sous-critère relatif au montant des pénalités à infliger est sans lien avec la valeur technique de l'offre à apprécier.

6. Il résulte de l'instruction que l'article 5 du règlement de consultation du marché indique que les offres des candidats sont classées suivant deux critères, le critère du prix à hauteur de 40 % et le critère de la valeur technique à hauteur de 60 %, le critère de la valeur technique étant lui-même décomposé en quatre sous-critères, la pertinence des moyens mis en oeuvre pour respecter le planning, la prise en compte de la sécurité, la pertinence des procédés mis en oeuvre et la pénalité pour dépassement du délai fixé dans l'acte d'engagement, cette dernière devant faire l'objet d'une proposition de chaque candidat. Pour ce dernier sous-critère, le règlement de consultation précise que la note la plus élevée serait attribuée à la proposition de pénalité la plus élevée, les autres propositions étant notées en proportion de leur écart avec cette proposition.

7. Il résulte de ce qui précède que la société Savoie est fondée à soutenir qu'elle a été irrégulièrement évincée de la procédure d'attribution du marché litigieux par la mise en oeuvre dans le règlement de la consultation d'un sous-critère tiré de l'importance de la pénalité de retard proposée par chaque candidat et à demander réparation de son préjudice causé par son éviction irrégulière.

En ce qui concerne le préjudice de la société Savoie :

8. L'entreprise candidate à l'attribution d'un marché public qui a été irrégulièrement évincée de ce marché qu'elle avait des chances sérieuses d'emporter a droit à être indemnisée de son manque à gagner lorsque l'irrégularité ayant affecté la procédure de passation a été la cause directe de son éviction. Ce manque à gagner doit être déterminé en prenant en compte le bénéfice net qu'aurait procuré ce marché à l'entreprise. Il inclut 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.

9. En premier lieu, la société Savoie Frères a obtenu sur le critère du prix une note supérieure de 0,9 point à la société attributaire du marché et sur le critère de la valeur technique, hors du sous-critère de la pénalité pour dépassement du délai fixé dans l'acte d'engagement, une note supérieure de deux points à cette même société. Par suite, l'offre de la société Savoie aurait été classée première si le sous-critère irrégulier relatif au montant des pénalités de retard n'avait pas été mis en oeuvre par la communauté de communes de l'Arpajonnais. En conséquence, le vice entachant la procédure de passation litigieuse ayant affecté le choix même du cocontractant, la société Savoie démontre qu'elle avait des chances sérieuses de se voir attribuer le marché litigieux et que l'irrégularité ayant affecté la procédure de passation a été la cause directe de son éviction.

10. En second lieu, pour justifier le bénéfice net qu'aurait procuré le marché litigieux à la société Savoie, cette dernière produit, outre des données à caractère général sur la rentabilité du secteur du BTP, un tableau faisant apparaître un taux moyen de marge de 8,5 % déterminé par le rapport de son résultat d'exploitation corrigé des dotations aux amortissements et provisions et de son chiffre d'affaires global au titre de ses exercices clos en 2006, 2007, 2008 et 2009 et fait valoir que ce taux de 8,5 % doit être appliqué au montant de son offre. Toutefois, elle n'apporte, malgré la demande qui lui a été faite par la Cour le 15 avril 2019, aucun élément tiré de marchés comparables réalisés à l'époque, de nature à établir le bénéfice net que lui aurait procuré les travaux en litige. En outre, LA COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION CŒUR D'ESSONNE AGGLOMERATION fait valoir, sans être contestée, que la rentabilité du secteur du BTP a fortement décliné à partir de 2008. Dans les circonstances de l'espèce et sans qu'il soit besoin de prescrire une mesure d'expertise avant-dire droit, il sera fait une juste appréciation du préjudice direct subi par la société Savoie en l'évaluant à 3 % du montant de son offre s'élevant à 2 765 000 euros, soit 82 950 euros, cette somme étant assortie des intérêts au taux légal à compter du 11 juin 2010, date de réception de sa réclamation préalable.

Sur les frais liés à l'instance :

11. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions de la société Savoie tendant au remboursement des frais exposés par elle et non compris dans les dépens. Dans les circonstances de l'espèce, les conclusions de même nature présentée par la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION CŒUR D'ESSONNE AGGLOMERATION peuvent être rejetées.

DÉCIDE :

Article 1er : Le jugement n° 1004450 du Tribunal administratif de Versailles du 5 mai 2015 est annulé.

Article 2 : La COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION COUR D'ESSONNE AGGLOMERATION est condamnée à verser la somme de 82 950 euros à la société Savoie, cette somme étant assortie des intérêts au taux légal à compter du 11 juin 2010.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

2

N° 18VE03767

Analyse

Abstrats : 39-02-005 Marchés et contrats administratifs. Formation des contrats et marchés. Formalités de publicité et de mise en concurrence.