

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MARSEILLE**

N° 1405853

SARL ANNE LEVY

M. Grimaud
Rapporteur

M. Jorda
Rapporteur public

Audience du 28 juin 2017
Lecture du 12 juillet 2017

39-02-005

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif de Marseille

(3^{ème} Chambre)

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires enregistrés les 12 août 2014, 7 septembre 2015, 25 avril 2016 et le 23 janvier 2017, la SARL Anne Lévy, représentée par Me Laridan, demande au Tribunal, dans le dernier état de ses écritures :

1°) d'annuler la décision par laquelle le président de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur a rejeté sa demande d'indemnisation du préjudice subi du fait de son éviction irrégulière de la procédure de passation du marché de maîtrise d'œuvre en vue des travaux de restructuration du lycée du Rempart à Marseille ;

2°) de condamner la région Provence-Alpes-Côte d'Azur à lui verser la somme de 154 747,30 euros toutes taxes comprises au titre du manque à gagner engendré par son éviction, majorée des intérêts moratoires au taux légal à compter de la réception de sa demande préalable et de la capitalisation des intérêts ;

3°) de mettre à la charge de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les critères de sélection des offres n'ayant pas été publiés, le pouvoir adjudicateur a méconnu les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics ;
- le règlement de consultation du concours a également été méconnu car il ne prévoyait pas la prise en compte d'un critère de surface dans œuvre ;
- la sous-évaluation du coût du projet qui lui est imputée par l'économiste de la construction est contestable et ne doit pas être prise en compte car, d'une part, les surfaces des escaliers, circulations et terrasses extérieures ne devaient pas être prises en compte dans la

surface « dans œuvre » et, d'autre part, le coût des lots chauffage-ventilation-climatisation et plomberie ont été réévalués sans explication et à tort par l'économiste de la construction ;

- le pouvoir adjudicateur a rompu l'égalité entre les candidats car elle a refusé l'une des mesures d'économie qu'elle a acceptée s'agissant de l'autre candidat.

Par des mémoires en défense enregistrés les 25 novembre 2014 et 2 décembre 2015, la région Provence-Alpes-Côte d'Azur conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 1 500 euros soit mise à la charge de la société Anne Lévy au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'article 53 du code des marchés publics n'a pas été méconnu, dès lors qu'elle a retenu l'offre la plus avantageuse en s'appuyant sur les critères du règlement de concours ;

- la sous-évaluation du coût du projet est établie car, d'une part, les surfaces des escaliers, circulations et terrasses extérieures ne devaient pas être prises en compte dans la surface « dans œuvre » et, d'autre part, le coût des lots chauffage-ventilation-climatisation et plomberie devaient être réévalués ;

- elle n'a pas rompu l'égalité entre les candidats car la mesure d'économie qui a été acceptée était plus étayée que celle proposée par la requérante ;

- la société requérante était en conséquence dépourvue de chance sérieuse d'obtenir le marché et n'établit pas en tout état de cause son préjudice.

Par des mémoires en défense enregistrés le 9 janvier 2015, le 20 octobre 2015 et le 24 août 2016, l'agence régionale d'équipement et d'aménagement (AREA) de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la société Anne Lévy au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'article 53 du code des marchés publics n'a pas été méconnu car, s'agissant d'un marché négocié après un concours, la publicité des critères n'était pas une obligation ;

- la sous-évaluation du coût du projet est établie dès lors, d'une part, que les surfaces des escaliers, circulations et terrasses extérieures ne devaient pas être prises en compte dans la surface « dans œuvre » et, d'autre part, que le coût des lots chauffage-ventilation-climatisation et plomberie devait être réévalué ;

- elle n'a pas rompu l'égalité entre les candidats puisque la mesure d'économie qu'elle a acceptée était plus étayée que celle de la requérante ;

- la société requérante était en conséquence dépourvue de chance sérieuse d'obtenir le marché et n'établit pas, en tout état de cause, son préjudice.

Par une ordonnance en date du 22 février 2017 la clôture de l'instruction a été fixée au 18 avril 2017.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code civil,

- 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. Grimaud,
- les conclusions de M. Jorda, rapporteur public,
- et les observations de Me Ratouit, pour la société Anne Lévy et de Me Fromageat pour l'agence régionale d'équipement et d'aménagement de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur.

La société Anne Lévy a présenté une note en délibéré enregistrée le 30 juin 2017.

1. Considérant que l'agence régionale d'équipement et d'aménagement (AREA) de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur a engagé en 2012 une procédure de concours restreint de maîtrise d'œuvre en vue de réaliser un internat et de restructurer les locaux du lycée du Rempart à Marseille ; que la société Anne Lévy a présenté sa candidature et a été sélectionnée pour présenter une offre ; que le jury de concours, après avoir procédé à l'analyse de chacune des offres au regard des critères énoncés dans le règlement de concours, comportant l'examen des aspects économiques et financiers de chaque projet, a classé l'offre de cette société en première position ; qu'après négociation, cette dernière a toutefois été informée, par lettre en date du 20 décembre 2013, du rejet de son offre au profit de celle de la société Atelier Saint-Antoine ; qu'après avoir sollicité, le 16 avril 2014, l'indemnisation du préjudice qu'elle estime avoir subi du fait de son éviction irrégulière auprès de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, qui a rejeté implicitement sa demande, la société Anne Lévy demande au tribunal de faire droit à cette demande ;

Sur les conclusions aux fins d'indemnisation :

En ce qui concerne le principe de l'indemnité :

2. Considérant que l'entreprise candidate à l'attribution d'un marché public qui a été irrégulièrement évincée de ce marché qui avait des chances sérieuses d'emporter a droit à être indemnisée de son manque à gagner ; que ce manque à gagner doit être déterminé en prenant en compte le bénéfice net qu'aurait procuré ce marché à l'entreprise, lequel inclut nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont pas en conséquence à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique ; que l'indemnité due à ce titre, qui ne constitue pas la contrepartie de la perte d'un élément d'actif mais est destinée à compenser une perte de recettes commerciales, doit être regardée comme un profit de l'exercice au cours duquel elle a été allouée et soumise, à ce titre, à l'impôt sur les sociétés ;

3. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes des dispositions de l'article 53 du code des marchés publics alors en vigueur : « 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 (...) ; / 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix. / II.-Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération. / (...) 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 » ; qu'aux termes du VI des dispositions de l'article 66 du même code, dans sa rédaction alors en vigueur : « Au terme des négociations, après classement des offres conformément au III de l'article 53, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie par

la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales en application du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation » ;

4. Considérant qu'il résulte des dispositions précitées qu'il appartient en tout état de cause au pouvoir adjudicateur de définir des critères de sélection des offres et de les mentionner dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, cette obligation s'imposant y compris dans l'hypothèse de la conclusion d'un marché négocié sur le fondement des dispositions du 7° de l'article 35 du code des marchés publics ; qu'il résulte de l'instruction, qu'en l'espèce, les critères d'attribution du marché, qui ne se confondaient pas avec ceux établis pour la seule procédure de concours par le règlement de concours, n'ont été ni fixés préalablement au début de la procédure, ni portés à la connaissance des candidats ; qu'il s'ensuit que la société Anne Lévy est fondée à soutenir que la dévolution du marché litigieux est intervenue au terme d'une procédure irrégulière ;

5. Considérant, en second lieu, qu'il résulte de l'instruction que le maître de l'ouvrage a écarté l'offre de la société Anne Lévy au motif que son évaluation du coût des travaux à réaliser, qui s'élevait à 4 029 924 euros hors taxes, était sous-estimé ; que l'économiste de la construction désigné par le pouvoir adjudicateur pour vérifier le respect par les différents projets du budget prévu, a évalué pour sa part le coût du projet de la société Anne Lévy à 4 484 598 euros hors taxes alors que l'enveloppe du projet était fixée à 4 100 000 euros hors taxes ; qu'il résulte de l'instruction que l'évaluation de l'économiste de la construction reposait, d'une part, sur l'intégration à la surface « dans œuvre » du bâtiment de 200 m² de terrasses, circulations et escaliers extérieurs et, d'autre part, sur la majoration du coût des lots techniques de chauffage-ventilation et plomberie ; que, toutefois, ces éléments d'ouvrage extérieurs et ouverts que constituaient les terrasses, circulations et escaliers litigieux ne devaient pas être intégrés à la surface « dans œuvre » dès lors qu'ils n'étaient pas représentatifs d'une telle surface et, d'autre part, que la nécessité de réévaluer le prix des lots techniques n'a été justifiée ni au cours de la procédure de négociation, ni devant le tribunal ; que, par suite, la société requérante est fondée à soutenir que ces corrections étaient infondées et que son projet n'était en conséquence pas incompatible avec l'enveloppe financière envisagée par le maître de l'ouvrage ;

6. Considérant que le pouvoir adjudicateur ne faisant valoir aucun autre argument qui se serait opposé à la désignation de la société requérante comme attributaire du marché, cette dernière doit être regardée comme ayant perdu, du fait même des irrégularités ci-dessus constatées par le tribunal, une chance sérieuse de remporter le marché, alors même que sa désignation comme lauréat du concours ou son admission à la négociation ne lui auraient pas nécessairement valu l'attribution du marché ; qu'elle est par suite en droit de réclamer l'indemnisation du bénéfice net qu'elle aurait pu tirer de l'exécution du marché, lequel doit être regardé comme incluant, ainsi qu'il a été dit au point 2 ci-dessus, l'ensemble des frais exposés à l'occasion de la procédure de passation ;

En ce qui concerne le montant de l'indemnité :

7. Considérant, en premier lieu, que l'ultime offre de prix présentée par la société requérante en vue de l'exécution du marché litigieux s'élevait à 523 912,74 euros hors taxes, somme dont aurait dû être déduite l'indemnité de concours de 19 000 euros prévue par le règlement du concours en application de l'article 7 dudit règlement ; que, sur ce marché, 56,06 % des honoraires devaient revenir à la société requérante, le reste devant être versé aux autres membres du groupement dont elle était mandataire ; qu'il en résulte que la société Anne Lévy pouvait espérer percevoir la somme de 283 054,08 euros hors taxes en rémunération du marché

litigieux ; que la société Anne Lévy, qui établit, par la production de ses comptes de résultat pour les exercices 2012 et 2013, que son taux de marge nette est de l'ordre de 11 %, est en droit d'obtenir une indemnité de 31 135,95 euros ; qu'il n'y pas lieu, en revanche, de majorer cette somme de la taxe à la valeur ajoutée dès lors que ladite indemnité ne constitue pas un élément de prix ;

8. Considérant, en second lieu, que si la perte de chance d'être référencé comme lauréat du marché, qui s'analyse comme un préjudice commercial et d'atteinte à la réputation, constitue un préjudice indemnisable, il ne résulte pas de l'instruction que l'échec au concours en cause aurait porté atteinte au développement ultérieur de la société requérante ; que sa demande doit, par suite, être rejetée sur ce point ;

9. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède qu'il y a lieu de condamner la région Provence-Alpes-Côte d'Azur à verser une somme de 31 135,95 euros à la société Anne Lévy en réparation de son préjudice ;

Sur les intérêts et les intérêts des intérêts :

10. Considérant, d'une part, que lorsqu'ils ont été demandés, et quelle que soit la date de cette demande, les intérêts moratoires dus en application de l'article 1153 du code civil courent à compter du jour où la demande de paiement du principal est parvenue au débiteur ou, en l'absence d'une telle demande préalablement à la saisine du juge, à compter du jour de cette saisine ; que, par suite, la société Anne Lévy a droit aux intérêts au taux légal à compter du 23 avril 2014, date à laquelle la région Provence-Alpes-Côte d'Azur a accusé réception du courrier par lequel la société requérante a réclamé l'indemnisation de son préjudice ;

11. Considérant que, pour l'application des dispositions de l'article 1154 du code civil dans sa rédaction en vigueur, la capitalisation des intérêts peut être demandée à tout moment devant le juge du fond, même si, à cette date, les intérêts sont dus depuis moins d'une année ; qu'en ce cas, cette demande ne prend toutefois effet qu'à la date à laquelle, pour la première fois, les intérêts sont dus pour une année entière ; que la capitalisation des intérêts a été demandée le 12 août 2014 ; qu'il y a lieu de faire droit à cette demande à compter du 23 avril 2015, date à laquelle était due, pour la première fois, une année d'intérêts, ainsi qu'à chaque échéance annuelle à compter de cette date ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

12. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de la société Anne Lévy, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, au titre des frais exposés par la région Provence-Alpes-Côte d'Azur et l'AREA et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur le versement à la société Anne Lévy d'une somme de 1 500 euros en application de ces mêmes dispositions ;

D E C I D E :

Article 1^{er} : La région Provence-Alpes-Côte d'Azur est condamnée à verser la somme de 31 135,95 euros à la société Anne Lévy avec intérêts au taux légal à compter du 23 avril 2014. Les intérêts échus le 23 avril 2015 seront capitalisés à cette date pour produire eux-mêmes intérêts.

Article 2 : La région Provence-Alpes-Côte d'Azur versera une somme de 1 500 euros à la société Anne Lévy au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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

Article 4 : Le présent jugement sera notifié à la SARL Anne Lévy, à la région Provence-Alpes-Côte d'Azur et à l'agence régionale d'équipement de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur.

Délibéré après l'audience du 28 juin 2017, à laquelle siégeaient :

Mme Markarian, présidente,
M. Grimaud, premier conseiller,
Mme Noire, conseiller,
Assistés de Mme Juarez, greffier.

Lu en audience publique le 12 juillet 2017.

Le rapporteur,

signé

P. Grimaud

La présidente,

signé

G. Markarian

Le greffier,

signé

N. Juarez

La République mande et ordonne au préfet des Bouches-du-Rhône en ce qui le concerne et à tous huissiers à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées de pourvoir à l'exécution du présent jugement.

Pour expédition conforme,
Le greffier,