

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MELUN**

N° 1104886/8

SOCIETE ACEE

Mme Lefort
Rapporteur

M. Aymard
Rapporteur public

Audience du 6 février 2013
Lecture du 20 février 2013

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif de Melun

(8^{ème} chambre)

Vu la requête, enregistrée au greffe du tribunal le 23 juin 2011, présentée pour la Société ACEE, dont le siège est 5, rue Montchavant à Ecuelles (77250), par Me Palmier ; la Société ACEE demande au tribunal :

1°) de fixer dès l'enregistrement de la requête une date de clôture de l'instruction en application de l'article R. 611-11 du code de justice administrative ;

2°) d'annuler le contrat conclu par l'office public de l'habitat de Bonneuil-sur-Marne avec la société Satimate pour la remise en état tous corps d'état de logements locatifs, signé le 10 mai 2011 ;

3°) d'annuler la décision par laquelle l'office public de l'habitat de Bonneuil-sur-Marne a rejeté sa demande préalable indemnitaire ;

4°) de condamner l'office public de l'habitat de Bonneuil-sur-Marne à lui verser la somme de 412.500 euros hors taxes, sauf à parfaire, au titre du préjudice subi, assortie des intérêts de droit à compter de la notification de la demande préalable indemnitaire ;

5°) de mettre à la charge de l'office public de l'habitat de Bonneuil-sur-Marne le versement d'une somme de 6.000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La Société ACEE soutient :

- que la candidature de la société Satimate était irrecevable dès lors qu'elle ne dispose pas de la certification nécessaire en application des dispositions de l'article R. 4412-115 du code du travail ;

- que l'avis d'appel public à la concurrence et l'article 6 du règlement de consultation exigeaient cette certification ;
- que cette exigence n'a pas été prise en compte lors de l'analyse des offres et a été remplacée par les critères « garanties et capacité technique et financière » et « capacité professionnelle » ;
- que l'office public de l'habitat de Bonneuil-sur-Marne ne peut se prévaloir de la certification du sous-traitant de la société attributaire du marché dès lors que cette dernière ne s'est pas présentée comme membre d'un groupement et qu'elle n'a déclaré aucun sous-traitant ;
- que le choix de l'attributaire du marché est entaché d'erreur manifeste d'appréciation, tant sur l'appréciation portée sur la valeur technique, le prix, que les délais d'exécution ;
- que l'irrégularité de ce choix l'a privée d'une chance très sérieuse ;
- que son manque à gagner, correspondant au montant escompté du marché s'élève à 400.000 euros hors taxes, les frais de soumission au marché à 2.500 euros et son préjudice moral et commercial à 10.000 euros ;

Vu la réclamation préalable et le contrat attaqué ;

Vu la mise en demeure adressée le 8 décembre 2011 à la société Satimate, en application de l'article R. 612-3 du code de justice administrative, et l'avis de réception de cette mise en demeure ;

Vu la mise en demeure adressée le 8 décembre 2011 au cabinet Seban & associés, en application de l'article R. 612-3 du code de justice administrative, et l'avis de réception de cette mise en demeure ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 6 février 2012, présenté pour l' Office public de l'habitat de Bonneuil-sur-Marne, par Me Rouveyran, qui conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 3.000 euros soit mise à la charge de la société ACEE sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

L'Office public de l'habitat de Bonneuil-sur-Marne soutient :

- que la production de certification n'était pas exigée dans l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de consultation au stade de la composition du dossier de candidature ;
- que la société Satimate a pris l'attache de la société Antéol qui disposait des certifications de qualification nécessaires, conformément aux dispositions de l'article 45 du code des marchés publics ;
- que l'offre de la société ACEE est d'un montant supérieur à celle de la société Satimate ;
- que la société ACEE ne démontre pas en quoi les prix proposés par la société Satimate seraient irréalistes ;
- que l'appréciation portée sur la valeur technique des candidats et la durée d'exécution des prestations n'est pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation ;
- que l'intérêt général s'oppose à l'annulation du marché litigieux qui conduirait à maintenir son parc locatif dans son état actuel et à repousser d'autant des travaux qui pour certains, revêtent un caractère d'urgence avéré ;
- qu'il n'a commis aucune illégalité ou faute dans la passation du marché en cause de sorte que la société ACEE ne peut prétendre à aucune indemnité ;
- que la société ACEE ne démontre pas qu'elle avait des chances sérieuses de remporter le marché ;
- que l'offre de la société ACEE a été classée en quatrième position ;
- que l'évaluation du préjudice qu'aurait subi la requérante n'est aucunement justifiée, tant s'agissant du manque à gagner, des frais de soumission que du préjudice commercial ;

- que le manque à gagner de la société requérante ne peut correspondre au montant maximum du marché à bon de commande ;
- qu'en tout état de cause, la société ACEE ne produit aucun élément pour établir le montant de son préjudice ;
- que la société ACEE ne peut demander à la fois une indemnisation au titre de la chance sérieuse d'obtenir le marché et des frais de soumission audit marché ;
- que le préjudice moral et commercial n'est pas un chef de préjudice indemnisable en matière de marché public ;

Vu le mémoire, enregistré le 19 juin 2012, présenté pour la société ACEE, par Me Palmier, qui maintient ses précédentes écritures, et soutient en outre :

- que si la société Satimate pouvait compléter son dossier de candidature en application des dispositions de l'article 52 I du code des marchés publics, sa candidature ne pouvait être modifiée ;
- que la présentation de la société Antéol en tant que sous-traitant, a eu lieu postérieurement à l'ouverture des plis ;
- que la gravité des illégalités entachant le marché justifie son annulation ;
- que l'Office public de l'habitat de Bonneuil-sur-Marne ne démontre pas en quoi l'annulation du contrat porterait atteinte à l'intérêt général ;
- que dès lors que la commission d'appel d'offres a rendu un avis irrégulier sur le choix de l'attributaire, le candidat évincé démontre qu'il avait des chances sérieuses de remporter le marché ;
- que la démonstration de la perte d'une chance sérieuse d'emporter le marché est subordonnée, non pas au classement de l'offre du candidat évincé, mais à la preuve de l'illégalité de la procédure de passation qui a influé sur le choix de l'attributaire ;
- qu'en tout état de cause, les entreprises classées en deuxième et troisième position ne sont pas certifiées amiante ;
- qu'un marché de même type génère des bénéfices à hauteur de 25.59 % du montant du marché ;
- qu'elle est ainsi en droit à demander la somme de 312.000 euros hors taxe au titre du manque à gagner ;

Vu le mémoire, enregistré le 4 décembre 2012, présenté pour l'office public de l'habitat de Bonneuil-sur-Marne, par Me Rouveyran, qui maintient ses précédentes écritures et soutient en outre :

- que le taux de bénéfice allégué par la société ACEE est surévalué ;
- que les documents produits par la société ACEE ne permettent pas de déterminer son manque à gagner sur la base du bénéfice net que lui aurait procuré le marché ;
- que le montant du manque à gagner ne peut être déterminé sur la base de 1.200.000 euros hors taxes correspondant au montant maximum du marché sur trois années, dès lors qu'il doit être tenu compte de sa faculté de reconduire le marché ;

Vu l'ordonnance en date du 4 janvier 2013 portant clôture immédiate de l'instruction, en application des articles R. 611-11-1 et R. 613-1 du code de justice administrative ;

Vu l'ordonnance du 11 janvier 2013 rouvrant l'instruction, en application des dispositions de l'article R. 613-4 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire, enregistré le 17 janvier 2013, présenté pour la société ACEE, par Me Frölich, qui maintient ses précédentes écritures et demande en outre que la condamnation de

l'Office public de l'habitat de Bonneuil-sur-Marne au titre des frais de soumission au marché litigieux soit portée à 3.456 euros hors taxes ;

Vu le mémoire, enregistré le 30 janvier 2013, présenté pour la société Satimate, par Me Abrassart, qui conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 1.000 euros soit mise à la charge de la partie perdante au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société Satimate soutient :

- que son offre était conforme aux documents de la consultation ;
- que si l'article 6 du règlement de consultation fait référence à la certification pour la gestion de l'amiante, il ne s'agit pas d'un critère de recevabilité des candidatures mais d'un critère de notation ;
- que la société ACEE ne rapporte pas la preuve que la réalisation de tels travaux soit prévue par le cahier des clauses techniques particulières ;
- que l'appréciation portée sur son offre n'est pas entachée d'erreur manifeste ;
- que l'offre de la société ACEE a été classée quatrième ;
- que l'intérêt général s'oppose à l'annulation du contrat, dès lors que celui est en cours d'exécution depuis près de deux ans, qu'il a pour objet la remise en état de logements sociaux et que les prestations sont réalisées en parfaite cohérence avec les normes en vigueur ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code du travail ;

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 6 février 2013 :

- le rapport de Mme Lefort, conseiller rapporteur ;
- les conclusions de M. Aymard, rapporteur public ;

- et les observations de Me Metzger, représentant l'Office public de l'habitat de Bonneuil-sur-Marne et Me Abrassart, représentant la société Satimate ;

1. Considérant que par un avis d'appel public à la concurrence publié le 11 mars 2011, l'Office public de l'habitat de Bonneuil-sur-Marne a lancé une procédure tendant à la conclusion d'un marché à bons de commande pour un montant maximum de 400.000 euros hors taxes pour la durée initiale du marché, d'une durée d'exécution de douze mois à compter de la notification du marché, reconductible par périodes successives d'un an pour une durée maximale de reconduction de trois ans, ayant pour objet la remise en état tous corps d'état de logements locatifs situés sur la commune de Bonneuil-sur-Marne ; que le marché a été attribué à la société Satimate ; que par la présente requête, la société ACEE demande l'annulation du contrat conclu entre l'Office public de l'habitat de Bonneuil-sur-Marne et la société Satimate le 10 mai 2011, ainsi qu'une indemnisation à hauteur de 412.500 euros hors taxes ;

Sur la validité du contrat :

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête dirigés contre le contrat litigieux :

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 ; qu'à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article R. 4412-115 du code du travail, dans sa version applicable à la date de la conclusion du contrat litigieux : « *La réalisation des travaux de confinement et de retrait d'amiante friable ou tous travaux de confinement et de retrait d'amiante non friable présentant des risques particuliers est conditionnée par l'obtention par l'entreprise d'un certificat de qualification délivré par des organismes accrédités à cet effet, justifiant de sa capacité de réaliser de tels travaux.* » ; qu'aux termes de l'article 45 du code des marchés publics : « *III.- Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il justifie des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché. / Si le candidat est objectivement dans l'impossibilité de produire, pour justifier de sa capacité financière, l'un des renseignements ou documents prévus par l'arrêté mentionné au I et demandés par le pouvoir adjudicateur, il peut prouver sa capacité par tout autre document considéré comme équivalent par le pouvoir adjudicateur.* » ;

4. Considérant qu'il est constant que le marché litigieux prévoyait la réalisation de travaux de recouvrement de sols minces contenant de l'amiante, pour lesquels une certification de qualification est nécessaire ; que l'avis d'appel public à la concurrence fait mention, s'agissant des critères de sélection des candidatures, des garanties et capacités techniques et financières, ainsi que de certifications pour la gestion de l'amiante ; qu'ainsi, l'Office public de l'habitat de Bonneuil-sur-Marne et la société Satimate ne sauraient sérieusement soutenir que les certificats de qualification n'étaient pas exigés au stade de l'examen des candidatures ; que la société Satimate n'est pas fondée à soutenir que la certification pour la gestion de l'amiante constitue un simple critère de notation des offres ;

5. Considérant qu'il résulte des termes de l'article 5.1 du règlement de consultation que : « *Les candidats doivent utiliser les formulaires DC (lettre de candidature) et DC2 (déclaration du candidat) pour présenter leur candidature. (...) Pour justifier des capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques sur lesquels il s'appuie pour présenter sa candidature, le candidat produit les mêmes documents concernant cet opérateur économique que ceux qui lui sont exigés par le pouvoir adjudicateur. En outre, pour justifier qu'il dispose des capacités de cet opérateur économique pour l'exécution des prestations, le candidat produit un engagement écrit de l'opérateur économique.* » ; qu'il résulte de l'instruction et notamment du

DC2, que la société Satimate, dont il est constant qu'elle ne disposait pas de certification pour la gestion de l'amiante, n'a pas entendu, au stade de sa candidature, demander la prise en compte des capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, et notamment de la société Antéol ; qu'ainsi, l'Office public de l'habitat de Bonneuil-sur-Marne était tenu d'écarter la candidature de la société Satimate, qui était irrecevable faute de production de certification ; que, par suite, la société ACEE est fondée à soutenir que la conclusion du marché est intervenue au terme d'une procédure irrégulière ;

Sur les conséquences de l'illégalité du contrat :

6. Considérant que lorsque le juge est saisi de conclusions dirigées contre un contrat par un concurrent évincé, il lui appartient, lorsqu'il constate l'existence d'un vice 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 indemnités 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 ;

7. Considérant que l'illégalité commise par le pouvoir adjudicateur, tirée de ce que la candidature de la société Satimate, attributaire du marché, a été irrégulièrement retenue, affecte la validité même du choix de l'attributaire et constitue un vice suffisamment grave pour justifier l'annulation du marché ; que cependant, compte tenu de l'intérêt général s'attachant au développement du parc locatif social, il y a lieu de procéder à l'annulation du marché avec effet différé à la date du 11 mai 2013 ;

Sur les conclusions indemnitaires :

8. Considérant que la société ACEE soutient que son éviction irrégulière de la procédure de passation du marché litigieux lui aurait causé un préjudice qu'elle évalue à la somme de 412.500 euros hors taxes, correspondant à son manque à gagner, aux frais de soumission au marché et à son préjudice moral et commercial ;

9. 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 ; que, dans le cas où l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché, elle a droit à l'indemnisation du manque à gagner qu'elle a subi ;

10. Considérant que la société ACEE soutient qu'elle avait une chance sérieuse de remporter le marché dès lors que la candidature de l'attributaire du marché était irrégulière et que si son offre a été classée en quatrième position, les sociétés ayant présenté les offres classées en deuxième et troisième position ne disposaient pas de la certification pour la gestion de l'amiante ; que, toutefois, le tribunal ne trouve pas au dossier les éléments permettant d'établir la recevabilité des candidatures des sociétés ayant été classées en deuxième et troisième position, ainsi que les notes qu'elles ont obtenu ; qu'il y a donc lieu d'ordonner sur ce point, avant dire droit, un supplément d'instruction, aux fins, pour l'Office public de l'habitat de Bonneuil-sur-Marne, de

produire tous les éléments relatifs aux candidatures des sociétés classées en deuxième et troisième position, ainsi qu'à l'analyse de leur offre, dans un délai de trente jours ;

D E C I D E :

Article 1^{er} : Le marché conclu entre l'Office public de l'habitat de Bonneuil-sur-Marne et la société Satimate pour la remise en état tous corps d'état de logements locatifs est annulé à effet différé au 11 mai 2013.

Article 2 : Avant de statuer sur les conclusions indemnitaires présentées par la Société ACEE, il sera procédé à un supplément d'instruction tendant à la production, par l'Office public de l'habitat de Bonneuil-sur-Marne, des documents mentionnés dans les motifs du présent jugement, dans un délai de trente jours à compter de sa notification.

Article 3 : Tous droits et moyens des parties sur lesquels il n'est pas expressément statué par le présent jugement sont réservés jusqu'en fin d'instance.

Article 4 : Le présent jugement sera notifié à la Société ACEE, à l'Office public de l'habitat de Bonneuil-sur-Marne et à la société Satimate.

Délibéré après l'audience du 6 février 2013, à laquelle siégeaient :

M. Chazan, président,
Mme Lefort, conseiller,
Mme Maubon, conseiller,

Lu en audience publique le 20 février 2013.

Le rapporteur,

Le président,

Signé : A. LEFORT

Signé : G. CHAZAN

Le greffier,

Signé : G. NGASSAKI

Pour expédition conforme,

Le greffier

G. NGASSAKI

