

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE ROUEN**

N°1203202, n°1403695

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**Société Toffolutti****AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS****Mme Anne Aubert
Rapporteur****Le Tribunal administratif de Rouen****Mme Héloïse Jeanmougin
Rapporteur public****(4^{ème} Chambre)****Audience du 22 septembre 2015
Lecture du 13 octobre 2015****PCJA : 39-02-005
Code publication : C**

Vu la procédure suivante :

I. Par une requête enregistrée sous le n°1203202 le 30 octobre 2012 et des mémoires, enregistrés le 12 septembre 2013, les 10 mars, 5 mai, 28 octobre, 12 novembre et 21 novembre 2014, la société Toffolutti, représentée par Me Allain, demande au tribunal, dans le dernier état de ses écritures :

1°) de condamner le département de la Seine-Maritime à lui verser une somme de 295 604 euros HT, augmentés des intérêts applicables à compter du 7 février 2012, avec capitalisation des intérêts, en réparation de son éviction irrégulière des marchés de fourniture d'enrobés bitumineux en 1997 et 1998 ;

2°) de condamner le département de la Seine-Maritime à lui verser une somme de 717 516,85 euros en réparation du préjudice complémentaire résultant de l'obligation dans laquelle elle s'est trouvée d'acheter une troisième centrale de fabrication des enrobés, augmentée des intérêts de droit à compter de la date de réception de sa demande préalable d'indemnisation, avec capitalisation des intérêts ;

3°) de mettre à la charge du département de la Seine-Maritime une somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, ainsi que les entiers dépens.

La société requérante soutient que :

1°) sur la compétence de la juridiction administrative :

- à supposer que la faute commise par MM. Jeammet et Cléret puisse être regardée comme une faute personnelle, l'administration n'en est pas moins responsable sur ses deniers personnels dès lors qu'il existe un lien avec le service ;

2°) sur la responsabilité du département :

- l'exception de prescription quadriennale doit être écartée dès lors qu'à l'ouverture de l'information judiciaire concernant les frais incriminés, elle s'est constituée partie civile le 23 mai 2000 devant le juge d'instruction, interrompant ainsi la prescription, qui n'a recommencé à courir que le 1^{er} janvier 2010 ; cette interruption de prescription est également valable pour l'indemnisation du préjudice complémentaire qu'elle a sollicité par lettre du 20 décembre 2013 ;

- en ce qui concerne l'appel d'offres du 6 octobre 1997, la cour d'appel de Rouen a retenu, dans son arrêt du 14 décembre 2009, que M. Jeammet, agent du département, avait inséré ou fait insérer dans le cahier des charges une clause qu'il savait ne pouvoir être satisfaite que par les groupements d'entreprises habituellement attributaires des marchés ; la cour a indiqué que cette clause, qui exigeait une centrale opérationnelle à la date de remise des offres, est la cause du rejet de sa candidature au stade de la sélection des candidatures ; selon le juge pénal, ces faits sont constitutifs d'une faute de service susceptible d'engager la responsabilité du département ; or, pour ce qui concerne les lots n°1, 5 et 6 de ce marché, ses offres étaient moins disantes que les offres du groupement Beugnet Normandie/Devaux/Le Foll/Dieppedalle et Gagneraud, déclaré attributaire des trois lots ; si le département fait valoir que le règlement de consultation prévoyait d'autres critères d'appréciation des offres, il résulte du procès-verbal d'attribution des offres que celles-ci n'ont pas été appréciées sur la base d'autres critères que le prix ; en outre, les compétences et références professionnelles de l'entreprise ne pouvaient être retenues comme critère de sélection des offres, le critère afférent aux justificatifs des autorisations administratives nécessaires à l'exploitation de la centrale de fabrication a été jugé illégal par le juge pénal, le temps de transport entre sa centrale de fabrication, située à Grand Quevilly, et le lieu des travaux les plus éloigné était compatible avec le temps de refroidissement des enrobés, satisfaisait aux exigences du CCTP, alors que la centrale d'enrobés proposée par l'attributaire se trouvait à Granvilliers, en dehors du département de la Seine-Maritime, le critère des garanties techniques et financières ne pouvait être examiné qu'au stade des candidatures ;

- en ce qui concerne l'appel d'offres du 16 décembre 1998, sa candidature a encore une fois été écartée, sans que son offre ne soit examinée ; la cour d'appel relève que M. Jeammet a admis avoir influencé la commission d'appel d'offres en lui fournissant de mauvais renseignements sur elle et qu'il a, ce faisant, méconnu les dispositions de l'article 47 du code des marchés publics ; en outre, comme le relève la cour d'appel, elle n'a pu obtenir aucune information concernant les moins values théoriquement imposées aux entreprises sur les chantiers mettant en œuvre un tonnage supérieur à 5 000 tonnes ; selon la cour d'appel, ce défaut d'informations l'a pénalisée en ne lui permettant pas de majorer ses propositions de moins-values dans les mêmes proportions que ses concurrentes ; la commission d'appel d'offres a finalement déclaré infructueuse l'attribution des lot n°2,3 et 6, alors même que cette infructuosité n'était pas justifiée pour le lot n°6 et qu'elle avait des chances sérieuses d'emporter le marché ; en effet, son offre était, pour ce lot, mieux disante que l'offre de la société Dieppedalle ; si les membres de l'entente ont pratiqué un niveau de prix plus bas en 1998 qu'en 1997, ce prix a été en réalité totalement faussé par le défaut d'information dont elle a fait l'objet, s'agissant des moins values ; les prix qu'elle pratiquait, alors qu'elle était pénalisée par le défaut d'information relatif aux moins values étaient pourtant comparables aux prix pratiqués par le moins disant de l'appel d'offres de 1998 ; d'ailleurs, le prix qu'elle a proposé dans le cadre du marché négocié finalement conclu en février 2009 était inférieur au prix proposé par la société Dieppedalle dans le cadre de la procédure mise en œuvre en 1998 ;

- l'attitude fautive du département a continué pour le marché négocié de février 1999 ; s'agissant du lot n°6, la cour d'appel relève qu'il est établi que le dirigeant de la société Dieppedalle avait corrigé son offre à la baisse le jour même du dépôt des offres et qu'il a contribué personnellement à fausser le marché ;

2°) sur ses préjudices :

- sa marge nette était en 1997 et 1998 de 2% à 3 % dans le cadre de marchés similaires réalisés avec le département du Calvados et de l'Eure ; pour déterminer le chiffre d'affaires escompté, elle a repris les factures émises par les entreprises attributaires des marchés et leur a appliqué ses prix unitaires ; par suite, en tenant compte d'une marge nette de 2 %, le montant de son préjudice au titre de la perte du bénéfice escompté s'élève à 295 604,28 euros HT ;

- compte tenu de l'existence de la clause illégale, elle n'a pas eu d'autre choix que d'acheter en 1997 une troisième centrale pour répondre aux marchés du département alors que les deux centrales mobiles dont elle disposait suffisaient à l'époque pour répondre aux besoins du département ; l'exploitation de cette troisième centrale a engendré des coûts de revient importants ;

Par des mémoires en défense, enregistrés le 27 mai 2013 et les 21 février, 25 septembre et 20 novembre 2014, le département de la Seine-Maritime, représenté par Me Rouveyran, conclut :

1°) à ce qu'il soit sursis à statuer sur la requête jusqu'à ce que le Tribunal des Conflits se prononce sur l'ordre de juridiction compétent,

2°) au rejet de la requête,

3°) à ce qu'une somme de 5 000 euros soit mise à la charge de la société Toffolutti au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Le département de la Seine-Maritime fait valoir que :

1°) sur l'irrecevabilité de la requête :

- à titre principal, la juridiction administrative n'est pas liée par la qualification de faute de service retenue par le juge pénal concernant les agissements fautifs des agents du département qui ont contribué à l'éviction de la société requérante des marchés d'enrobés conclus par le département en 1997 et 1998-1999 ; dans le cas présent, les agissements de MM. Jeammet et Cléret sont constitutifs d'une faute personnelle détachable du service, compte tenu de leur particulière gravité et du fait qu'ils ont agi dans leur propre intérêt ; une telle faute relève de la compétence des juridictions judiciaires ;

- à titre subsidiaire, les conclusions indemnitaires présentées à titre complémentaire par la société requérante dans le cadre de son mémoire additionnel enregistré le 5 mai 2014 sont également irrecevables dès lors que le débat contentieux a été cristallisé à la date du 10 novembre 2012, date à laquelle expirait le délai de recours à l'encontre de sa demande indemnitaire préalable initiale ;

2°) sur sa responsabilité :

- en vertu des dispositions de la loi n°68-1250 du 31 décembre 1968, le délai de la prescription quadriennale a commencé à courir au début de l'exercice qui suit celui où s'est produit le fait générateur de la créance, soit le 1^{er} janvier 1998 pour l'appel d'offres de 1997, le 1^{er} janvier 2000 pour l'appel d'offres de 1998 et pour le marché négocié de 1999 ; chacune des créances s'est ainsi éteinte successivement les 31 décembre des années 2002 et 2004 ; si la société requérante s'est constituée partie civile le 23 mai 2000 dans le cadre de l'instance pénale ouverte en 1999, cette constitution n'était pas dirigée contre le département ; cette constitution de partie civile n'a donc pas pu avoir pour effet d'interrompre le délai de prescription quadriennale ;

- il n'est pas contesté que les prix proposés par les autres candidats à l'attribution du marché de 1997 étaient bien supérieurs à ceux de la société Toffolutti, ni que celle-ci aurait été pénalisée du fait d'une rétention d'information de la part des agents de la direction départementale des infrastructures du département ; toutefois, tant pour le marché de 1997, que pour celui de 1998, la société ne démontre pas qu'elle aurait eu une chance, même sérieuse de remporter les marchés contestés, dès lors qu'elle ne démontre pas que son offre aurait été

économiquement la plus intéressante au regard des critères de jugement des offres dans les marchés concernés ;

- en ce qui concerne la procédure d'appel d'offres mise en œuvre fin 1998, la commission d'appel d'offres a décidé de déclarer infructueux les lots pour lesquels la baisse des prix n'avait pas été suffisamment significative, afin de les relancer sous forme négociée ; ainsi, la procédure de passation du lot n°6 a été abandonnée en raison des effets de l'éclatement de l'entente anticoncurrentielle entre les entreprises du secteur des enrobés et non pas des agissements fautifs des agents du département ; en tout état de cause, les prix pratiqués par la société à cette époque demeuraient plus élevés que ceux de ses concurrents ; de même, le lancement d'une procédure négociée en 1999 trouve sa cause dans les effets de l'éclatement de l'entente anticoncurrentielle entre les entreprises du secteur ; ainsi la société ne justifie pas que son éviction des marchés lancés fin 1998 et en 1999 résulterait des agissements fautifs des agents du département ; en outre l'ensemble des candidats a bénéficié des mêmes informations concernant les moins values attendues par le département pour ces deux marchés ; la société n'est donc pas fondée à soutenir que le principe d'égalité de traitement entre les candidats à l'attribution des marchés d'enrobés de 1998 et 1999 aurait été méconnu ;

- la société Toffolutti soutient qu'elle aurait été contrainte d'acquérir une centrale d'enrobés de type RM 180 alors même qu'elle disposait déjà, à cette époque, de deux centrales d'enrobés mobiles dont les capacités étaient suffisantes pour répondre aux besoins du département ; toutefois la société avait pris la décision d'installer une troisième centrale d'enrobés sur le territoire en juin 1997, soit plusieurs mois avant la procédure d'appel d'offres ; ainsi l'acquisition de cette troisième centrale n'est pas directement liée à la clause insérée par le département dans le CCTP de son marché d'enrobés ; au demeurant, elle aurait pu choisir de déplacer l'une de ses deux centrales mobiles afin de répondre aux exigences du CCTP du marché d'enrobés du département ;

3°) sur le quantum du préjudice :

- la société requérante n'est pas fondée à demander au tribunal une indemnité « hors taxe » ; la somme qu'elle réclame au titre de la perte du bénéfice escompté devra être ramenée à de plus justes proportions ; notamment, il convient de déduire du montant de l'indemnité la somme réclamée de 98 954,47 euros correspondant au manque à gagner afférent au lot n°6 ;

Une ordonnance du 24 février 2015 a fixé la clôture d'instruction au 24 mars 2015.

Par un mémoire, enregistré le 20 mars 2015, le département de la Seine-Maritime conclut aux mêmes fins que précédemment, par les mêmes moyens.

II. Par une requête enregistrée sous le n° 1403695, le 24 octobre 2014, et les mémoires enregistrés les 12 novembre 2014 et 30 avril 2015, la société Toffolutti, représentée par Me Allain, demande au tribunal, dans le dernier état de ses écritures :

1°) de condamner le département de la Seine-Maritime à lui verser une somme de 717 516,85 euros en réparation du préjudice complémentaire résultant de l'obligation dans laquelle elle s'est trouvée d'acheter une troisième centrale de fabrication des enrobés, augmentée des intérêts de droit à compter de la date de réception de sa demande préalable d'indemnisation, avec capitalisation des intérêts ;

2°) de mettre à la charge du département de la Seine-Maritime une somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, ainsi que les entiers dépens, dont le droit de plaidoirie ;

La société requérante soutient que :

1°) la juridiction administrative est compétente pour examiner sa demande dès lors qu'à supposer que la faute commise par MM. Jeammet et Cléret soit une faute personnelle, l'administration n'en est pas moins responsable sur ses deniers personnels dès lors qu'il existe un lien avec le service ;

2°) sur la responsabilité du département :

- la prescription quadriennale n'est pas opposable dès lors que la faute de service a été reconnue par le juge pénal ;

- le département ne l'a pas seulement évincée irrégulièrement, il l'a également contrainte à engager des investissements supplémentaires qu'elle n'aurait pas eu à réaliser normalement, indépendamment de l'attribution du marché ; la clause insérée dans le CCTP de l'appel d'offres de 1997 exigeant que le candidat dispose d'une centrale de fabrication attachée au lot concerné opérationnelle à la date limite de remise des offres et du 1^{er} décembre au 31 janvier de chaque année, l'a contrainte à acquérir une centrale d'enrobés RM 180 afin d'être en mesure de disposer d'une centrale en permanence, alors qu'elle disposait de deux centrales d'enrobés mobiles aptes à lui permettre d'exécuter l'ensemble des marchés qu'elle a exécutés de 1997 à 1999-2000 ;

Par un mémoire enregistré le 30 mars 2015, le département de la Seine-Maritime, représenté par Me Rouveyran conclut :

1°) au rejet de la requête,

2°) à ce qu'une somme de 5 000 euros soit mise à la charge de la société Toffolutti au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Le département fait valoir que :

1°) sur l'irrecevabilité de la requête :

- à titre principal, la juridiction administrative n'est pas liée par la qualification de faute de service retenue par le juge pénal concernant les agissements fautifs des agents du département qui ont contribué à l'éviction de la société requérante des marchés d'enrobés conclus par le département en 1997 et 1998-1999 ; dans le cas présent, les agissements de MM. Jeammet et Cléret sont constitutifs d'une faute personnelle détachable du service, compte tenu de leur particulière gravité et du fait qu'ils ont agi dans leur propre intérêt ; une telle faute relève de la compétence des juridictions judiciaires ;

- à titre subsidiaire, les conclusions indemnitaires de la société requérante sont irrecevables dès lors que la requête a été enregistrée le 24 octobre 2014, à une date postérieure à l'expiration du délai de recours contentieux à l'encontre de la décision de rejet de sa demande d'indemnisation préalable ; la société ne peut pas utilement faire valoir que les délais de recours contentieux sont inopposables en matière de travaux publics dès lors que le litige en instance porte sur les conditions de passation des marchés ;

2°) sur sa responsabilité :

- en vertu des dispositions de la loi n°68-1250 du 31 décembre 1968, le délai de la prescription quadriennale a commencé à courir au début de l'exercice qui suit celui où s'est produit le fait générateur de la créance, soit le 1^{er} janvier 1998 pour l'appel d'offres de 1997, le 1^{er} janvier 2000 pour l'appel d'offres de 1998 et pour le marché négocié de 1999 ; chacune des créances s'est ainsi éteinte successivement les 31 décembre des années 2002 et 2004 ; si la société requérante s'est constituée partie civile le 23 mai 2000 dans le cadre de l'instance pénale ouverte en 1999, cette constitution n'était pas dirigée contre le département ; cette constitution de partie civile n'a donc pas pu avoir pour effet d'interrompre le délai de prescription quadriennale ;

- la clause du CCTP exigeant que les candidats soient en possession des autorisations d'exploiter requises à la date limite de remise des offres n'est pas illégale, dès lors que le Conseil d'Etat a jugé, dans un arrêt du 7 novembre 2014, n°384014, que ces autorisations pouvaient être exigés à l'appui du dossier technique des candidats ;

- le préjudice invoqué par la société Toffolutti n'est pas directement lié à la clause qu'il a insérée dans son CCTP ; si elle soutient qu'elle a été contrainte d'acquérir une centrale d'enrobés de type RM 180 alors même qu'elle disposait déjà, à cette époque, de deux centrales d'enrobés mobiles dont les capacités étaient suffisantes pour répondre aux besoins du département, elle pris la décision d'installer une troisième centrale d'enrobés sur le territoire en juin 1997, soit plusieurs mois avant la procédure d'appel d'offres ; ainsi l'acquisition de cette troisième centrale n'est pas directement liée à la clause insérée par le département dans le CCTP de son marché d'enrobés ; au demeurant, elle aurait pu choisir de déplacer l'une de ses deux centrales mobiles afin de répondre aux exigences du CCTP du marché d'enrobés du département ;

3°) sur le quantum du préjudice :

- le préjudice invoqué par la société requérante est fortement surévalué ; de fait, elle intègre les coûts de production et les quantités d'enrobés produits durant les années 1997 à 2000 alors même qu'elle ne disposait d'aucune chance sérieuse d'emporter ces marchés, notamment en 1998 et 1999.

Vu les autres pièces des dossiers.

Vu :

- la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 ;
- le code des marchés publics ;
- le code de justice administrative.

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Aubert, rapporteur,
- les conclusions de Mme Jeanmougin, rapporteur public,
- et les observations de Me Allain pour la société Toffolutti et de Me Rouveyran pour le département de la Seine-Maritime.

Des notes en délibéré présentées par la société Toffolutti dans les instances n°1203202 et n°1403695 ont été enregistrées le 22 septembre 2015.

1. Considérant que, par courrier du 9 mars 1999, la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) a avisé le procureur de la République de Rouen de faits qu'elle avait constatés à l'occasion de l'enquête réalisée à compter du mois de mars 1994 concernant les marchés de fourniture d'enrobés bitumineux dans le département de la Seine-Maritime conclus au cours des années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, susceptibles de relever du délit d'entente anticoncurrentielle ; que par réquisitoire introductif du 23 mars 1999, le Procureur de la République a ouvert une information portant notamment sur les chefs d'octroi d'avantages injustifiés dans les marchés publics, de recel dudit délit et d'entente anticoncurrentielle ; que la société Toffolutti, qui avait répondu aux appels d'offres lancés en août 1997 et en octobre 1998 par le département s'est constituée partie civile ; que par un jugement du 11 septembre 2008, le tribunal correctionnel de Rouen a estimé que la société Toffolutti avait été victime de manœuvres discriminatoires de la part de deux agents du département, justifiant qu'elle se constitue partie civile contre ceux-ci, mais a renvoyé l'affaire, pour ce qui concerne les intérêts civils, la société n'ayant pas chiffré son préjudice ; que par un arrêt du 14 décembre 2009, la cour d'appel de Rouen a estimé que le préjudice de la société Toffolutti trouvait sa cause exclusive dans les obstacles apportés à la sélection de sa candidature et à l'examen de ses offres par les agissements des deux agents, lesquels étaient constitutifs du délit d'avantage injustifié ; que la cour d'appel s'est également déclarée incompétente pour connaître de l'action en réparation engagée par la société, au motif que les faits qui étaient reprochés aux agents du département étaient constitutifs d'une faute de service, dont l'examen relevait de la compétence de la juridiction administrative ; que par une requête enregistrée le 30 octobre 2012 sous le n° 1203202, et dans le dernier état de ses écritures, la société Toffolutti demande au tribunal administratif de condamner le département de la Seine-Maritime à lui verser une somme de 295 604 euros HT, en réparation du manque à gagner résultant de son éviction irrégulière des appel d'offres de 1997 et 1998, ainsi qu'une somme de 717 516,85 euros en réparation du préjudice résultant de l'obligation dans laquelle elle s'est trouvée, en raison de l'insertion d'une clause illégale dans le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) du marché, d'acheter une troisième centrale de fabrication des enrobés pour espérer obtenir l'attribution du marché ; que par une seconde requête, enregistrée sous le n° 1403695, la société réitère ses conclusions indemnitaires portant sur ce dernier chef de préjudice ;

Sur la jonction :

2. Considérant que des requêtes n°1203202 et n°1403695 portent sur les mêmes marchés et ont fait l'objet d'une instruction commune ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par un seul jugement ;

Sur la requête n°1203202 :

En ce qui concerne l'exception d'incompétence de la juridiction administrative :

3. Considérant, en premier lieu, que la victime non fautive d'un préjudice causé par l'agent d'une administration peut, dès lors que le comportement de cet agent n'est pas dépourvu de tout lien avec le service, demander au juge administratif de condamner cette administration à réparer intégralement ce préjudice, quand bien même une faute personnelle commise par l'agent devrait être regardée comme détachable du service ;

4. Considérant qu'il résulte de l'instruction que par un arrêt du 14 décembre 2009, devenu définitif, la cour d'appel de Rouen a confirmé le jugement du tribunal correctionnel de Rouen du 11 septembre 2008 déclarant le directeur départemental des infrastructures routières du département de la Seine-Maritime, coupable du délit d'octroi d'un avantage injustifié dans les marchés publics et l'a condamné à une peine de six mois d'emprisonnement avec sursis et 15 000 euros d'amende ; que, s'agissant de l'appel d'offres de 1997, les agissements du directeur départemental constatés par le juge pénal portaient sur l'insertion d'une clause dans le CCTP, qu'il savait ne pouvoir être satisfaite que par les groupements d'entreprises habituellement attributaires des marchés et sur le fait d'avoir préconisé, dans le rapport destiné à la commission d'appel d'offres, l'examen du respect de la clause litigieuse au stade de la sélection des candidatures, ce qui n'était pas prévu par le règlement de consultation, faisant de la sorte indûment obstacle à l'ouverture de la deuxième enveloppe de l'entreprise Toffolutti ; que, s'agissant de l'appel d'offres de 1998, les agissements constatés portaient tout d'abord sur le fait d'avoir fourni à la commission d'appel d'offres des renseignements erronés sur la société Toffolutti, tout en sachant que ceux-ci seraient décisifs dans le choix des membres de la commission, méconnaissant de la sorte l'article 47 du code des marchés publics et manifestant sa volonté d'écarter l'entreprise Toffolutti dès le stade de la sélection des candidatures ; que le juge pénal a également relevé que le directeur départemental des infrastructures routières avait, en séance, développé des explications sur un critère de distance entre les différentes centrales proposées, que la société Toffolutti était seule à ne pas remplir, alors même que ce critère ne faisait pas partie des critères fixés par le règlement de la consultation et que le critère existant, relatif aux temps de transport entre la centrale de fabrication et la localisation des travaux était mentionné comme un critère de jugement des offres et non pas comme un critère de sélection des candidatures ; que ces agissements sont constitutifs d'une faute grave commise par un agent du département de la Seine-Maritime dans l'exercice de ses fonctions et ne sont, par suite, pas dépourvus de tout lien avec le service ; qu'ainsi la société Toffolutti est fondée à demander au département de la Seine-Maritime la réparation du préjudice résultant de l'avantage injustifié procuré aux autres entreprises candidates et ce alors même que la faute de cet agent doit être regardée comme détachable du service ;

En ce qui concerne la fin de non recevoir opposée par le département de la Seine-Maritime :

5. Considérant que le département fait valoir, à titre subsidiaire, que les conclusions indemnitaires présentées par la société requérante dans le mémoire en réplique enregistré le 5 mai 2014, tendant à ce qu'une somme de 717 516,85 euros soit mise à sa charge en réparation du préjudice financier résultant de l'acquisition d'une troisième centrale de fabrication d'enrobés serait tardive ; qu'il résulte toutefois de l'instruction que la société requérante a régularisé ses conclusions en les présentant sous la forme d'une nouvelle requête, enregistrée le 24 octobre 2014, sous le n° 1403695 ; que, par suite, lesdites conclusions doivent être regardées comme ayant été abandonnées dans l'instance n°1203202 ; qu'il n'y a donc plus lieu d'y statuer ; que la fin de non recevoir opposée par le département ne peut dès lors qu'être rejetée ;

En ce qui concerne les conclusions indemnitaires de la société Toffolutti :

Quant à l'exception de prescription quadriennale opposée par le département :

6. Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1968 susvisée relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics, sont prescrites, au profit de l'Etat, des départements et des communes, toutes créances qui n'ont pas été payées dans un délai de quatre ans à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis ; que l'article 2 de la même loi dispose que la prescription est notamment interrompue par tout recours formé devant une juridiction relatif au fait générateur, à l'existence, au montant ou au paiement de la créance, quel que soit l'auteur du recours et même si la juridiction saisie est incompétente pour en connaître et si l'administration qui aura finalement la charge du règlement n'est pas partie à l'instance ; qu'il est précisé que, dans ce cas, un nouveau délai de quatre ans court à compter du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle la décision est passée en force de chose jugée ; qu'il résulte de ce dernier article, qu'une plainte avec constitution de partie civile interrompt le cours de la prescription quadriennale dès lors qu'elle porte sur le fait générateur, l'existence et le montant ou le paiement d'une créance sur une collectivité publique ;

7. Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'à la suite de l'ouverture de l'information judiciaire par le procureur de la République de Rouen, la société Toffolutti s'est constituée partie civile devant le tribunal correctionnel de Rouen, le 23 mai 2000, afin d'obtenir réparation de son préjudice ; que cette constitution de partie civile, qui est relative à la créance que la société Toffolutti invoque à l'encontre du département de la Seine-Maritime, a interrompu le cours de la prescription quadriennale en vertu des dispositions précitées de l'article 2 de la loi du 31 décembre 1968, alors même que le département s'était lui-même constitué partie civile dans la même instance ; que la chambre correctionnelle de la cour d'appel de Rouen, saisie en appel du jugement du tribunal correctionnel de Rouen rendu le 11 septembre 2008, a rendu son arrêt le 14 décembre 2009 ; qu'un nouveau délai de quatre ans a ainsi commencé à courir à compter du 1^{er} janvier 2010 ; que, dès lors, la créance que la société Toffolutti soutient détenir sur le département de la Seine-Maritime n'était pas prescrite à la date de saisine du tribunal administratif, intervenue le 30 octobre 2012 ;

Quant au principe de responsabilité du département :

8. 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 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 ;

S'agissant de l'appel d'offres de 1997 :

9. Considérant qu'en vertu des dispositions du I de l'article 297 du code des marchés publics dans sa rédaction applicable à la date de passation du marché litigieux, la commission d'appel d'offres ouvre la première enveloppe intérieure, enregistre son contenu et, par décision prise avant l'ouverture de l'enveloppe contenant l'offre, élimine les candidats dont les capacités paraissent insuffisantes ; que les dispositions du II du même article précisent que la commission procède ensuite à l'ouverture de la seconde enveloppe contenant les offres des candidats admis, qu'elle élimine les offres non conformes à l'objet du marché et choisit librement l'offre qu'elle juge la plus intéressante en tenant compte notamment du prix des prestations, de leur coût d'utilisation, de leur valeur technique et du délai d'exécution, d'autres critères, spécifiés dans le règlement de la consultation, pouvant entrer en ligne de compte ; qu'en vertu des dispositions de l'article 296 bis du même code, la première enveloppe intérieure contient les justifications visées au 5 de l'article 38 et la seconde enveloppe contient l'offre ; que le 5 de l'article 38, auquel l'article 296 bis renvoie, mentionne "les justifications à produire quant aux qualités et capacités du candidat dans les conditions fixées à l'article 50" ; que le 1° de l'article 50 dispose que seuls des renseignements ou pièces relatives à la nature et aux conditions générales d'exploitation de l'entreprise, à ses moyens techniques, à ses références peuvent être exigés à l'appui des candidatures ou des offres ; qu'il résulte de ces dispositions que les capacités du candidat, établies notamment par ses références professionnelles, doivent être examinées par la commission d'appel d'offres au moment de l'ouverture de la première enveloppe et que les offres des seules entreprises dont la qualification professionnelle a été jugée satisfaisante, doivent être ensuite examinées après ouverture de la seconde enveloppe, la sélection entre ces offres se faisant par application des critères fixés par le II de l'article 297, éventuellement complétés par des critères additionnels énoncés par le règlement de la consultation et justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ;

10. Considérant, ainsi que l'a jugé la cour d'appel de Rouen, que la candidature de la société Toffolutti à l'attribution des lots n°1, 5 et 6 du marché a été rejetée au motif qu'elle ne satisfaisait pas aux stipulations de l'une des clauses du chapitre III du CCTP, imposant que les candidats disposent, pour chacun de ces lots, d'une centrale de fabrication d'enrobés opérationnelle à la date limite de remise des offres ; qu'il résulte du même arrêt que cette clause avait été insérée dans le CCTP de ces différents lots par le directeur départemental des infrastructures routières car il savait qu'une telle clause ne pourrait être satisfaite que par les groupements d'entreprises habituellement attributaires des marchés de fabrication d'enrobés dans le département ; qu'un tel critère, dont le respect devait en tout état de cause être examiné au stade de l'examen des offres, et non des candidatures, revêt ainsi un caractère illégal ; qu'il résulte de l'instruction, notamment du rapport d'ouverture des candidatures, établi le 28 octobre 1997 par la commission d'appel d'offres, que la société requérante avait présenté à l'appui de sa candidature l'ensemble des certificats, déclarations et autres documents exigés par le règlement de consultation et qu'elle présentait les capacités professionnelle et technique requises pour assurer l'exécution du marché ; que, dès lors, la commission d'appel d'offres aurait dû procéder à l'ouverture et à l'examen de l'enveloppe contenant son offre ;

11. Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 4 du règlement de la consultation que la valeur des offres devait être examinée en fonction de cinq critères, énumérés par ordre décroissant d'importance, à savoir les compétences et références professionnelles du candidat, notamment en matière de travaux d'enrobés, la disponibilité de la centrale de fabrication tout au long de l'année, la compatibilité des temps de transport entre la centrale de fabrication et le lieu d'exécution des travaux, les garanties techniques et financières du candidat et, enfin, le prix des prestations ; que ces dispositions du règlement de consultation sont illégales

en ce qu'elles retiennent, en méconnaissance des dispositions susmentionnées des articles 297, 38 et 50 du code des marchés publics, les références professionnelles et garanties techniques et financières des candidats comme premier et quatrième critères de sélection des offres, de tels critères ne pouvant être utilisés comme critères additionnels à ceux mentionnés par le code des marchés publics ; que, par suite, la commission d'appel d'offres n'aurait, en tout état de cause, pas pu se fonder sur l'un ou l'autre de ces critères pour rejeter l'offre de la société requérante ; que, par ailleurs, le département de la Seine-Maritime ne conteste pas que la centrale de fabrication d'enrobés proposée par la société requérante satisfaisait au critère de disponibilité durant l'année ni, comme l'allègue cette dernière, que le temps de transport entre la centrale et le lieu des travaux, pour chacun des lots du marché, satisfaisait aux exigences du CCTP d'un temps de transport de deux heures ; qu'enfin la société requérante fait valoir, sans être contredite, que les prix qu'elle avait proposés au titre des lots n°1, 5 et 6 étaient inférieurs aux prix proposés par le groupement d'entreprises constitué par les sociétés Beugnet Normandie, Devaux, Le Foll, Dieppedalle et Gagneraud, déclaré attributaire de ces mêmes lots, ainsi qu'aux prix proposés par les autres entreprises dont l'offre avait été examinée ; que, dans ces circonstances, la société requérante est fondée à soutenir qu'elle avait des chances sérieuses d'emporter le marché si le critère afférant à l'obligation de disposer d'une centrale de fabrication d'enrobés opérationnelle à la date limite de remise des offres n'avait pas illégalement été utilisé pour écarter sa candidature ; qu'en conséquence, le préjudice subi par la société Toffolutti, du fait de son éviction irrégulière du marché, doit être indemnisé ;

S'agissant de l'appel d'offres de 1998 :

12. Considérant que la procédure de consultation lancée en octobre 1998 avait pour but de prendre en compte les conclusions du rapport de la DGCCRF du 6 juin 1998 relatif à la situation de la concurrence sur le marché des enrobés en Seine-Maritime, faisant part de soupçons de pratiques anticoncurrentielles et de surévaluation des coûts sur ce marché ; que, dans ce contexte, la commission d'appel d'offres a déclaré les lots n°2 et 6 du marché infructueux, au motif que les baisses de prix proposées par rapport au niveau des offres moins disantes retenues suite à l'appel d'offres de 1997 n'étaient que de 9,3 % et 16,7% , alors que celles proposées au titre des lots n°1,4 et 5 étaient, en moyenne, de 29,92 % ; qu'ainsi qu'il a été dit, il résulte des constatations de fait relevées par la cour d'appel de Rouen dans son arrêt du 14 décembre 2009 que le directeur départemental des infrastructures routières du département avait fait en sorte d'obtenir l'éviction de la société Toffolutti au stade de l'examen de sa candidature en fournissant notamment des informations non vérifiées à la commission d'appel d'offres sur la qualité du travail de la société et en critiquant l'éloignement de sa centrale de fabrication des enrobés ; que, la décision de la commission d'appel d'offres de rejeter la candidature de la société était ainsi illégale ; que, toutefois, il résulte de l'instruction que le prix proposé par la société requérante pour le lot n°6 du marché, soit 20 312 055 euros TTC, était supérieur au prix le moins-disant proposé par l'un des concurrents ; que si la société requérante fait valoir que cette différence de prix résulte de ce qu'elle n'a pas pu, contrairement aux autres candidats, bénéficier d'informations sur les moins values généralement attendues des entreprises pour les chantiers mettant en œuvre un tonnage supérieur à 5 000 tonnes, elle n'établit pas la réalité de ce défaut d'information qui, contrairement à ce qu'elle soutient, n'a pas été retenu par le juge pénal comme élément constitutif du délit d'avantage injustifié ; qu'il résulte en outre de l'instruction que l'ensemble des candidats à l'attribution du lot n°6 du marché devaient renseigner les rubriques du détail estimatif des prix en proposant d'éventuelles moins-values en cas de mise en œuvre comprise entre 5 000 et 20 000 tonnes, ou égale ou supérieure à 20 000 tonnes ; qu'il n'est ainsi pas établi que si l'offre de la société requérante avait été examinée par la commission d'appel d'offres, celle-ci aurait renoncé à déclarer l'appel d'offres

infructueux et aurait décidé d'attribuer le lot n°6 à celle-ci ; que, par suite, la société requérante doit être regardée comme dépourvue de toute chance de remporter ce marché ; que ses conclusions à fin d'indemnisation ne peuvent dès lors qu'être rejetées ;

Quant à l'indemnisation :

13. Considérant que la société requérante est fondée à être indemnisée du manque à gagner résultant du rejet irrégulier des offres qu'elle a présentée dans le cadre de l'appel d'offres lancé en 1997; que ce manque à gagner doit être déterminé en fonction du bénéfice net que lui aurait procuré le volume de prestations escompté et non en fonction du volume de prestations effectivement commandé aux sociétés déclarées attributaires des lots en litige ; que la requérante fait valoir, sans être contredite, que sa marge nette pour des marchés similaires était, en 1997, de 2 % ; que les montants hors taxe de ses offres présentées au titre des lot n°1, 5 et 6 s'élevaient respectivement à 13 343 875 francs hors taxe (HT), 12 514 250 francs HT et 13 970 000 francs HT, soit à 2 034 260,63 euros HT, 1 907 785,11 euros HT et 2 129 712,77 euros HT ; que le manque à gagner de la société Toffolutti doit ainsi être fixé à 40 685,21 euros pour le lot n°1, à 38 155,70 euros pour le lot n°5 et à 42 594,25 euros pour le lot n°6 ; que, par suite, il y a lieu de condamner le département de la Seine-Maritime à lui verser la somme globale de 121 435,16 euros ;

En ce qui concerne les intérêts et la capitalisation des intérêts :

14. Considérant en premier lieu qu'en application de l'article 1153 du code civil, la société requérante a droit aux intérêts à taux légal sur la somme précitée de 121 435,16 euros à compter du 7 février 2012, date de sa demande préalable d'indemnisation ;

15. Considérant qu'en vertu de l'article 1154 du code civil, les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière ; que pour l'application de ces dispositions, la capitalisation des intérêts peut être demandée à tout moment devant le juge du fond ; que cette demande ne peut toutefois prendre effet que lorsque les intérêts sont dus au moins pour une année entière ; que, le cas échéant, la capitalisation s'accomplit à nouveau à l'expiration de chaque échéance annuelle ultérieure sans qu'il soit besoin de formuler une nouvelle demande ; qu'il résulte de l'instruction que les intérêts moratoires dus sur la somme de 121 435,16 euros portent sur une période qui a duré plus d'une année entière ; que les conclusions de la société requérante tendant à la capitalisation des intérêts ont été formées dans la requête enregistrée le 30 octobre 2012 ; que, dès lors, conformément aux dispositions de l'article 1154 du code civil, il y a lieu de faire droit à cette demande à compter du 30 octobre 2013, ainsi qu'à chaque échéance annuelle à compter de cette date ;

Sur la requête n°1403695 :

16. Considérant qu'outre les conséquences de son éviction irrégulière de l'appel d'offres lancé en 1997, la société requérante demande à être indemnisée, des investissements qu'elle a dû réaliser en raison des stipulations illégales figurant dans les pièces du marché ; qu'il résulte de l'instruction que la société requérante avait pris à bail, dès le mois de juin 1997, un terrain à Grand-Quevilly pour y installer une centrale de fabrication d'enrobés ;

que la société requérante fait valoir que si son intention était d'y installer l'une des deux centrales mobiles dont elle disposait, pour être en mesure de répondre au futur appel d'offres du département, elle a été contrainte, en raison de la clause illégalement insérée dans le CCTP du marché par le directeur départemental des infrastructures routières du département de la Seine-Maritime, qui a conduit à son éviction au stade des candidatures, d'acquérir une troisième centrale d'enrobés RM 180 fonctionnant en permanence ;

17. Considérant qu'il résulte de l'instruction, notamment des constatations de fait de la cour d'appel de Rouen dans son arrêt du 14 décembre 2009, que l'éviction irrégulière de la société de la procédure d'attribution du marché résulte de ce qu'en indiquant que la centrale de fabrication d'enrobés attachée au lot concerné devait être « opérationnelle à la date limite de remise des offres et du 1^{er} décembre au 31 janvier de chaque année », la clause du CCTP litigieuse ne laissait à celle-ci qu'un délai de deux mois, soit un délai insuffisant, avant la date limite de remise des offres, pour obtenir une autorisation d'exploitation de la centrale de fabrication, qu'il s'agisse d'une autorisation temporaire ou non ; que la société requérante indique dans ses écritures s'être portée acquéreur de la nouvelle centrale d'enrobés le 23 décembre 1997, soit après l'expiration de la date limite de remise des offres ; que, dans ces conditions, elle n'établit pas que l'acquisition d'une nouvelle centrale d'enrobés aurait eu pour seul objet de satisfaire aux stipulations de la clause illégalement insérée dans le CCTP du marché ; qu'au surplus, il n'est pas démontré que les stipulations de la clause du CCTP litigieuse, dont seuls des extraits sont produits devant le tribunal de céans, imposeraient aux candidats à l'appel d'offres de disposer d'une centrale de fabrication d'enrobés « non mobile », bénéficiant d'une autorisation d'exploitation à titre « permanent », et non d'une autorisation « temporaire » ; que le lien de causalité entre les investissements réalisés par la société requérante pour l'acquisition d'une centrale RM 180 et l'insertion de cette clause illégale dans les pièces du marché n'est donc pas démontré ; que, par voie de conséquence, les conclusions indemnitaires présentées par la société requérante ne peuvent être accueillies ;

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

18. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de rejeter les conclusions de chacune des parties présentées dans les deux instances au titre des dispositions susmentionnées de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

DECIDE :

Article 1er : Le département de la Seine-Maritime est condamné à verser à la société Toffolutti la somme de 121 435,16 euros en réparation du préjudice résultant de son éviction irrégulière des lots n°1, 5 et 6 du marché de fourniture d'enrobés bitumineux lancé le 6 octobre 1997, augmentée des intérêts au taux légal à compter du 7 février 2012. Les intérêts échus à la date du 30 octobre 2013 puis à chaque échéance annuelle à compter de cette date seront capitalisés à chacune de ces dates pour produire eux-mêmes intérêts.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête n°1203202 est rejeté.

Article 3 : La requête n°1403695 est rejetée.

Article 4 : Les conclusions présentées par le département de la Seine-Maritime dans les instances n°1203202 et n°1403695 au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : Le présent jugement sera notifié à la société Toffolutti et au département de la Seine-Maritime.

Délibéré après l'audience du 22 septembre 2015, à laquelle siégeaient :

Mme Gaillard, président,
Mme Aubert, premier conseiller,
Mme Fléchet, conseiller,

Lu en audience publique le 13 octobre 2015.

Le rapporteur,

signé

A. AUBERT

Le président,

signé

A. GAILLARD

Le greffier,

signé

J. L. MICHEL

La République mande et ordonne au préfet de Seine-Maritime en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce qui requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

POUR EXPEDITION
CONFORME
Le Greffier

J-L. MICHEL