

**CAA de MARSEILLE, 6ème chambre, 11/09/2023, 19MA05388, Inédit au recueil Lebon**

CAA de MARSEILLE - 6ème chambre

Lecture du lundi 11 septembre 2023

N° 19MA05388  
Inédit au recueil LebonPrésident  
M. BADIE  
Rapporteur public  
M. POINTRapporteur  
M. François POINT  
Avocat(s)  
AARPI FERRI BRUNET;AARPI FERRI BRUNET;AARPI FERRI BRUNET

## Texte intégral

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La SAS Prolarge a demandé au tribunal administratif de Toulon d'annuler le marché SERV 1018, de condamner l'Etat à lui verser à titre indemnitaire la somme de 12 786 000 euros et de mettre à la charge de l'Etat la somme de 20 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Par un jugement n° 1503658 du 10 octobre 2019, le tribunal administratif de Toulon a déclaré qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur les conclusions de la SAS Prolarge tendant à l'annulation du marché SERV 1018, a condamné l'Etat à verser à la SAS Prolarge la somme de 2 072 560 euros et a rejeté le surplus des conclusions indemnitaires de la SAS Prolarge.

Procédure devant la Cour :

Par un arrêt avant dire droit n°s 19MA05388 - 19MA05422 du 25 avril 2022 la Cour, statuant sur les appels respectifs du ministre des armées et de la SAS Prolarge, qu'elle a joints, a demandé, avant de statuer sur le montant de l'indemnité mise à la charge de l'Etat, une expertise économique et comptable afin d'évaluer le bénéfice net qu'aurait engendré pour la SAS Prolarge l'exécution du lot n° 1 du marché au cours de la période allant du 23 décembre 2010 au 31 décembre 2011, à raison des quantités minimales prévues par les stipulations du projet de cahier des clauses administratives particulières.

Le 27 février 2023, l'expert a déposé un rapport de carence qui a été communiqué aux parties pour observations.

Deux courriers des 24 mars 2023 et 19 avril 2023 adressés aux parties en application des dispositions de l'article R. 611-11-1 du code de justice administrative, les ont informés de la période à laquelle il est envisagé d'appeler l'affaire à l'audience et ont indiqué la date à partir de laquelle l'instruction pourra être close dans les conditions prévues par le dernier alinéa de l'article R. 613-1 et le dernier alinéa de l'article R. 613-2.

Par un mémoire, enregistré le 13 avril 2023 sous le n° 19MA05388, le ministre des armées demande à la Cour de rejeter les conclusions indemnitaires de la société Prolarge.

Il soutient que :

- les documents demandés à son administration par l'expert, qui au demeurant n'étaient pas en sa possession pour avoir été saisis par l'autorité judiciaire, sont apparus sans rapport avec sa mission ; en outre certains documents étaient couverts par le secret des affaires ;
- c'est à la SAS Prolarge qu'il appartenait de fournir les documents permettant d'évaluer le bénéfice net que lui aurait procuré le marché si elle l'avait obtenu.

Par un mémoire, enregistré le 14 avril 2023, la SAS Prolarge, représentée par Me Ferri, demande à la Cour :

- de surseoir à statuer dans l'attente de la décision du juge pénal ou de la communication du dossier d'instruction ;
- d'ordonner qu'il soit demandé au Procureur de la République de Marseille la communication du dossier d'instruction [...] n° JICABJIA 15000008 " ;
- d'annuler le jugement du tribunal administratif de Toulon du 10 octobre 2019 ;
- d'annuler le marché SERV 1018 ;
- d'annuler la décision implicite de rejet née sur sa demande indemnitaire ;
- de mettre à la charge de l'Etat une indemnité d'un montant de 12 786 000 euros ;
- de mettre à la charge de l'Etat la somme de 20 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Par deux ordonnances du 23 juin 2023, la clôture de l'instruction a été fixée à sa date d'émission en application de l'article R. 613-1 du code de justice administrative.

Le 5 juillet 2023, les parties ont été informées, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, que l'arrêt était susceptible d'être fondé sur un moyen relevé d'office, selon lequel il n'appartient pas à la juridiction administrative d'ordonner la communication du dossier d'instruction au juge judiciaire, compte tenu de l'indépendance des deux ordres de juridiction.

Le 24 août 2023, la société Prolarge a répondu à ce moyen d'ordre public.

Vu les autres pièces des dossiers.

Vu 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 Mme Isabelle Gougot, rapporteure,
- les conclusions de M. François Point, rapporteur public,
- et les observations de Me Ferri, pour la société Prolarge.

Connaissance prise des notes en délibéré produites pour la société Prolarge, enregistrées au greffe le 4 septembre 2023.

Considérant ce qui suit :

1. Par avis d'appel public à la concurrence n° 10-116015 publié le 4 juin 2010 au bulletin officiel des annonces des marchés publics, le ministre de la défense a lancé la procédure de passation du marché SERV 1018, ayant pour objet la mise à disposition de plastrons de surface pour la réalisation de prestations au profit de la Marine nationale. Ce marché public à bons de commande, passé selon la procédure négociée prévue par le décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 relatif à certains marchés de la défense, était divisé en trois lots ayant pour objet la fourniture de navires pour l'entraînement des unités. La SAS Prolarge a déposé une offre pour chacun des lots. Ses offres ont été rejetées par décision du 22 décembre 2010. La ministre de la défense a relevé appel du jugement du 10 octobre 2019 du tribunal administratif de Toulon en tant qu'il a condamné l'Etat à verser à la SAS Prolarge la somme de 2 072 560 euros. La SAS Prolarge, par la voie de l'appel principal dans l'instance n° 19MA05388 et par la voie de l'appel incident dans l'instance n° 19MA05422, a demandé la réformation du jugement en tant qu'il a rejeté le surplus de ses conclusions indemnitaires et jugé qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur ses conclusions tendant à l'annulation du marché. Par un arrêt avant dire droit du 25 avril 2022, la Cour a joint les deux affaires, a annulé le jugement du tribunal administratif de Toulon n° 1503658 du 10 octobre 2019, et a rejeté les conclusions de la SAS Prolarge tendant à l'annulation du contrat SERV 1018. Puis la Cour a estimé que la société Prolarge était seulement fondée à soutenir que la passation des lots n°s 1 et 3 du marché SERV 1018 était entachée d'irrégularité du fait d'une modification substantielle des prestations, que pour les lots n°s 2 et 3 elle avait seulement droit au remboursement des frais engagés pour la présentation de son offre mais qu'elle avait perdu une chance sérieuse de remporter le lot n° 1 et, que les manquements relevés avaient donc été susceptibles de léser la SAS Prolarge dans la procédure d'attribution des lots n°s 1, 2 et 3. Et, avant de statuer sur le montant de l'indemnité mise à la charge de l'Etat, la Cour a prescrit une expertise économique et comptable permettant d'établir le montant du bénéfice net dont aurait pu bénéficier la société Prolarge pour l'exécution du lot n° 1. L'expert a rendu un rapport de carence le 27 février 2023, qui a été communiqué aux parties. Un pourvoi en cassation a été enregistré devant le Conseil d'Etat par la société Prolarge sous le n° 465309 mais n'a été admis qu'en tant que l'arrêt s'est prononcé sur les conclusions tendant à contester la validité du contrat et à en demander l'annulation.

Sur les conclusions tendant à ordonner la communication du dossier d'instruction en cours devant le juge pénal :

2. Il n'appartient pas à la juridiction administrative d'ordonner, ainsi que la conclusion en est formulée, " qu'il soit demandé à Procureur de la République de Marseille la communication du dossier d'instruction [...] n° JICABJIA 15000008 ", compte tenu de l'indépendance des deux ordres de juridiction.

Sur les conclusions tendant au sursis à statuer dans l'attente de l'issue de l'instruction devant le juge pénal et les conclusions en annulation du jugement du tribunal administratif de Toulon du 10 octobre 2019 et du marché :

3. Les conclusions tendant au sursis à statuer dans l'attente de l'issue de l'instruction devant le juge pénal ont été rejetées par l'arrêt avant dire droit de la Cour au point 3.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

4. Ainsi qu'il a été dit au point 1, dans son arrêt avant dire droit, la Cour a annulé le jugement du tribunal administratif de Toulon du 10 octobre 2019 puis a rejeté les conclusions en annulation du marché. Un pourvoi en cassation a été enregistré devant le Conseil d'Etat par la société Prolarge sous le n° 465309 mais n'a été admis qu'en tant que l'arrêt s'est prononcé sur les conclusions tendant à contester la validité du contrat et à en demander l'annulation. La société Prolarge n'est donc pas fondée à demander de nouveau à la Cour, après expertise, l'annulation du jugement et du marché attaqués.

Sur les conclusions indemnitaires :

En ce qui concerne le lot n° 1 :

5. S'il revient à la juridiction, selon l'article R. 621-12-1 du code de justice administrative, de tirer les conséquences du rapport de l'expert constatant les diligences accomplies et la carence, il lui appartient néanmoins de statuer sur les conclusions dont elle demeure saisie au vu de l'ensemble des éléments recueillis dans le cadre de l'instruction menée devant elle, jusqu'à la clôture de cette instruction.

6. Dans son arrêt avant dire droit aux points 29 et suivants, la Cour a estimé que la SAS Prolarge avait droit à être indemnisée de son manque à gagner incluant 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, en l'absence de stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique.

7. La SAS Prolarge soutient qu'elle a subi un manque à gagner de 5,2 millions d'euros, correspondant à sa marge opérationnelle brute sur cinq ans. Toutefois dans le cas où le marché est susceptible de faire l'objet d'une ou de plusieurs reconductions si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, le manque à gagner ne revêt un caractère certain qu'en tant qu'il porte sur la période d'exécution initiale du contrat, et non sur les périodes ultérieures qui ne peuvent résulter que d'éventuelles reconductions. Par suite, et comme indiqué au point 32 de l'arrêt avant dire droit, le manque à gagner invoqué par la SAS Prolarge n'a un caractère certain que pour la période du 23 décembre 2010 au 31 décembre 2011.

8. Par ailleurs, le contrat en litige étant un marché à bons de commande dont les documents contractuels pour le lot n° 1 prévoyaient, aux termes de l'article 2.3 du CCAP, des quantités comprises entre un minimum annuel de 350 000 euros hors taxes et un maximum annuel d'1,5 million d'euros hors taxes, le manque à gagner dont a été privée la SAS Prolarge ne revêt donc un caractère certain que pour la quantité minimum de 350 000 euros prévue par les stipulations du projet de CCAP versé à l'appui du règlement de consultation.

9. Pour chiffrer la perte de gains, la société requérante invoquait avant l'arrêt avant dire droit une marge opérationnelle de 33 % qui était contestée par le ministre des armées, ce qui a justifié qu'une expertise soit ordonnée. Toutefois, l'expert a rendu un rapport de carence au motif d'une part que le ministre des armées ne lui avait pas fourni le contrat et ses avenants, le CCTP et le CCAP initiaux et définitifs, les ordres de service, procès-verbaux de réception des travaux, devis, et documents de sous-traitance, tels que les bons de commandes, les factures, le décompte général et définitif faisant apparaître la nature détaillée des prestations et le montant attaché, les documents comptables relatifs à l'exécution financière du marché, les mandats de paiement et notes d'honoraires, les matériels acquis et financés par crédits NAMSA et les factures de matériels et aménagements préfinancés par le ministère des armées. Néanmoins, de tels documents n'apparaissent pas nécessaires à l'accomplissement de sa mission alors que l'arrêt avant dire droit au point 34 précisait que le bénéfice net à calculer concernait l'exécution du contrat au cours de la période allant du 23 décembre 2010 au 31 décembre 2011, à raison des quantités minimales annuelles correspondant à un volume d'affaires de 350 000 euros hors taxes et non le contrat tel qu'il a finalement été exécuté par la société attributaire. En revanche, l'expert a aussi relevé dans un courrier du 7 octobre 2022 que les bilans 2007 et 2008 n'étaient pas produits par la société Prolarge et que les bilans 2009 et 2011 ne présentaient pas de compte de résultat, caractérisant ainsi une carence de la société requérante. En outre, suite à ce rapport, la société Prolarge a néanmoins produit un " tableau de synthèse des revenus attendus la première année du contrat " qui expose ses charges et n'est pas contesté en défense. Il en ressort que l'ensemble des charges variables supplémentaires que la société Prolarge aurait dû engager pour exécuter les prestations du lot n° 1 excédait 350 000 euros.

10. Il résulte de ce qui précède qu'il n'est pas justifié d'un manque à gagner de la société Prolarge, candidate irrégulièrement évincée du lot n° 1 du marché.

11. Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat. En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité. Dans le cas contraire, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Il convient en outre de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat. Si tel est le cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre, lesquels n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique.

12. Il résulte de ce qui précède que lorsque le candidat évincé avait une chance d'emporter le contrat, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Ces frais sont, sauf stipulation contraire du contrat, nécessairement inclus comme charges dans le calcul de son manque à gagner indemnisable lorsqu'il a perdu une chance sérieuse d'emporter le contrat. Mais, dans le cas d'un marché susceptible de reconduction ou d'un marché à bons de commande fixant un minimum et un maximum, en l'absence de justification de l'existence d'un manque à gagner indemnisable ou en présence d'un manque à gagner inférieur au montant de ces frais de présentation de l'offre, le candidat irrégulièrement évincé pourra cependant être indemnisé à tout le moins, à hauteur des frais de constitution de son dossier de candidature, auxquels il a droit en principe ainsi qu'il a été dit au point précédent.

13. Comme il a été dit au point ci-dessus, la société Prolarge ne justifie pas de l'existence d'un gain manqué, hypothèse contraire à celle qui avait été envisagée dans l'arrêt du 25 avril 2022 par lequel la Cour avait justement ordonné une expertise financière et comptable en vue d'établir ce gain manqué. Par suite, dans les circonstances de l'espèce, alors même qu'au point 24 de l'arrêt avant dire droit, la Cour a estimé que la société Prolarge avait subi une perte de chance sérieuse de remporter le lot n° 1, il y a lieu de lui accorder le remboursement des frais de constitution du dossier du lot n° 1. Ainsi qu'il a été dit au point 27 de l'arrêt avant dire droit, les frais de constitution de dossier pour les trois lots étaient d'un montant global de 158 560 euros et doivent être répartis à part égales entre les trois lots. Par suite, il y a lieu de condamner l'Etat à verser à la société Prolarge la somme de 52 853 euros (158 560 / 3) au titre des frais de constitution du lot n° 1.

En ce qui concerne les lots n°s 2 et 3 :

14. Ainsi que l'a jugé la Cour par l'arrêt avant dire droit au point 27, qui est devenu définitif sur ce point, la société Prolarge est seulement fondée à demander pour les lots n°s 2 et 3 le remboursement des frais engagés pour la présentation de son offre pour la somme de 105 707 euros (158 560 x 2 / 3), alors qu'ainsi qu'il a été dit au point précédent, il résulte de l'arrêt avant dire droit que les frais de constitution de dossier pour les trois lots étaient d'un montant global de 158 560 euros et doivent être répartis à part égales entre les trois lots.

15. Il résulte de ce qui précède que l'Etat est condamné à verser à la société Prolarge une somme totale de 158 560 euros.

Sur les frais de l'instance :

16. D'une part, comme le prévoit l'article R. 761-1 du code de justice administrative, il y a lieu de mettre à la charge de l'Etat, qui est la partie perdante dans la présente instance, les frais de l'expertise, liquidés et taxés à la somme de 2 592,34 euros, par ordonnance de la présidente de la Cour du 28 mars 2023.

17. D'autre part, il y a lieu de mettre à la charge de l'Etat une somme de 2 000 euros au titre des frais exposés par la société Prolarge et non compris dans les dépens.

D É C I D E :

Article 1er : L'Etat est condamné à verser à la société Prolarge la somme totale de 158 560 euros.

Article 2 : Les frais de l'expertise, taxés et liquidés à la somme de 2 592,34 euros, sont mis à la charge définitive de l'Etat ainsi qu'une somme de 2 000 euros à verser à la SAS Prolarge au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le présent arrêt sera notifié à la SAS Prolarge et au ministre des armées.

Copie en sera adressée à la société V Ship, à la société Seaowl France et à M. B... A..., expert.

Délibéré après l'audience du 28 août 2023, où siégeaient :

- M. Alexandre Badie, président de chambre,
- Mme Isabelle Gougot, première conseillère,
- Mme Isabelle Ruiz, première conseillère.

Rendu public par mise à disposition au greffe, le 11 septembre 2023.

Analyse

▼ Abstrats

CETAT39-02 Marchés et contrats administratifs. - Formation des contrats et marchés.

CETAT39-02-02-05 Marchés et contrats administratifs. - Formation des contrats et marchés. - Mode de passation des contrats. - Marché négocié.