

CAA de MARSEILLE, 6ème chambre, 27/02/2023, 20MA03849, Inédit au recueil Lebon

CAA de MARSEILLE - 6ème chambre

Lecture du lundi 27 février 2023

N° 20MA03849
Inédit au recueil LebonPrésident
M. BADIE
Rapporteur public
M. POINTRapporteur
Mme Isabelle RUIZ
Avocat(s)
BESSON;BESSON;BESSON

Texte intégral

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société par actions simplifiée (SAS) Transalp a demandé au tribunal administratif de Toulon de condamner la commune de Saint-Maximin-la-Sainte-Baume à lui payer, à titre principal, la somme de 46 638,11 euros hors taxes au titre de la perte de sa marge nette et, à titre subsidiaire, la somme de 2 000 euros au titre des frais engagés pour présenter son offre, assorties des intérêts moratoires ainsi que des intérêts capitalisés, en réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi à raison de son éviction de l'attribution du marché n° 2017/TIC/37.

Par un jugement n° 1803490 du 13 août 2020, le tribunal administratif de Toulon a condamné la commune de Saint-Maximin-la-Sainte-Baume à payer à la SAS Transalp la somme de 46 638 euros avec intérêts à compter du 16 août 2018 et capitalisation de ceux-ci.

Procédure devant la Cour :

Par un arrêt avant dire droit n° 20MA03849 - 20MA03850 du 8 juin 2022, la Cour, statuant sur l'appel de la commune de Saint-Maximin-la-Sainte-Baume contre la société Transalp a demandé, avant de statuer sur le montant de l'indemnité à la charge de la commune de Saint-Maximin-la-Sainte-Baume, un avis technique à M. A... B....

Le consultant désigné par la Cour, M. A... B..., a rendu son avis en l'état le 22 septembre 2022. Le 23 septembre suivant, cet avis a été communiqué aux parties, qui ont été invitées à produire leurs observations.

La société Transalp a produit des observations les 25 octobre et 6 décembre 2022, lesquelles ont été communiquées.

La commune de Saint-Maximin-la-Sainte-Baume a produit des observations les 17 et 23 novembre 2022 et le 19 décembre 2022, lesquelles ont été communiquées.

Un courrier du 18 novembre 2022 adressé aux parties en application des dispositions de l'article R. 611-11-1 du code de justice administrative, les a informées de la période à laquelle il est envisagé d'appeler l'affaire à l'audience et a 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 ordonnance du 28 décembre 2022, 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.

Vu :

- l'avis technique remis le 22 septembre 2022 ;
- l'ordonnance de taxation du 4 octobre 2022 ;
- les autres pièces des dossiers.

Vu :

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux 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 Mme Isabelle Ruiz, rapporteure ;
- les conclusions de M. François Point, rapporteur public,
- et les observations de Me Besson, représentant la commune de Saint-Maximin la Sainte Baume, et de Me Costa, représentant la société Transalp.

Considérant ce qui suit :

1. La commune de Saint-Maximin-la-Sainte-Baume a lancé une procédure d'appel d'offres adaptée ouverte pour l'aménagement d'une aire de jeux collective destinée aux enfants de dix-huit mois à douze ans sur une partie du parc du Jardin de l'Enclous. La société Terra Nova a été déclarée attributaire du marché. Par courrier du 18 avril 2018, la société Transalp a sollicité la communication de l'extrait de l'analyse des offres la concernant, document qui lui a été communiqué le 16 mai suivant. Par courrier du 30 mai 2018, elle a demandé que ce marché lui soit attribué. Cette demande a été rejetée par un courrier du 28 juin 2018. Par une lettre du 16 août 2018, la société Transalp a présenté une demande indemnitaire préalable, rejetée par un courrier du 1er octobre 2018. La commune de Saint-Maximin-la-Sainte-Baume relève appel du jugement du 13 août 2020 par lequel le tribunal administratif de Toulon, faisant droit à la requête de la société Transalp, l'a condamnée à indemniser celle-ci pour éviction irrégulière de ce marché.

Sur la jonction :

2. Les requêtes enregistrées sous les n° 20MA03849 et 20MA03850 concernent le même litige et ont fait l'objet d'une instruction commune. Il y a lieu, par suite, d'y statuer par un même arrêt.

Sur la régularité de l'avis technique :

3. Si dans un premier temps, la commune de Saint-Maximin-la-Sainte-Baume invoquait la circonstance qu'elle n'avait pas été destinataire de pièces remises par la partie adverse au consultant pour établir son avis, son conseil a, à la barre, expressément reconnu avoir reçu lesdites pièces dans le courant des opérations expertales. La commune doit, dans ces conditions, être regardée comme ayant renoncé à contester la régularité de l'avis technique.

Sur le montant du préjudice indemnisable :

4. L'entreprise candidate à l'attribution d'un marché public qui a été irrégulièrement évincée de ce marché qu'elle avait des chances sérieuses d'emporter, a droit à être indemnisée de son manque à gagner. Ce manque à gagner doit être déterminé en prenant en compte le bénéfice net qu'aurait procuré ce marché à l'entreprise. 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. Ce manque à gagner doit être déterminé non en fonction du taux de marge brute constaté dans son activité mais en fonction du bénéfice net que lui aurait procuré le marché si elle l'avait obtenu.

5. En premier lieu, la commune de Saint-Maximin-la-Sainte-Baume soutient que le taux de marge à retenir afin de calculer le manque à gagner de la société Transalp est de 1,20 %, taux correspondant au bénéfice net de la société par rapport à son chiffre d'affaires, ratio à appliquer au chiffre d'affaires escompté dans le cadre du marché public en cause. Or, ce taux reflète le ratio de rentabilité commerciale ou de profitabilité globale de l'entreprise et non la marge qu'elle aurait pu espérer obtenir dans le cadre de ce marché.

6. En deuxième lieu, le manque à gagner est calculé à partir du chiffre d'affaires tel qu'il figure dans l'offre de l'entreprise irrégulièrement évincée, duquel sont soustraits, au cas présent, les seuls coûts des matières premières. En effet, il y a lieu de soustraire au chiffre d'affaires non réalisé les seules charges variables économisées sans tenir compte ainsi que l'a mentionné l'expert, des coûts fixes, composés notamment des frais de personnel de fabrication, dès lors qu'il ne résulte pas de l'instruction que la société, candidate évincée, aurait exposé, pour assurer la fabrication des matériels à fournir dans le cadre du marché pour l'aménagement d'une aire de jeux collective, des coûts salariaux supplémentaires, qu'il s'agisse du paiement d'heures supplémentaires à son personnel ou du recours à des intérimaires ou du recrutement de personnel supplémentaire.

7. En troisième lieu, il résulte de l'instruction et notamment des bilans comptables et de l'offre de la société Transalp que le montant du marché tel qu'il figurait dans son offre s'élevait à 198 745,03 euros, décomposés à hauteur de 134 899 euros pour rémunérer la part que la société Transalp escomptait sous-traiter, et à hauteur de 63 846,06 euros pour rémunérer la part que la société devait fabriquer. S'agissant de la part qui devait être sous-traitée, le manque à gagner s'obtient en déduisant du chiffre d'affaires escompté le montant des factures des sous-traitants qui s'élève, au cas présent, à 120 559 euros, soit un manque à gagner de 14 340 euros. S'agissant de la part qui devait être fabriquée, du montant qui devait être facturé, doivent être retranchés les coûts de matières premières, estimés à partir d'un taux de 29,60 %, à environ 18 898 euros. Il en résulte un manque à gagner pour la part fabrication à hauteur de 44 948,03 euros.

8. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la commune de Saint-Maximin-la-Sainte-Baume n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Toulon l'a condamnée à payer à la SAS Transalp la somme de 46 638 euros.

Sur les dépens :

9. Les frais de recours à un consultant taxés par ordonnance du 4 octobre 2022 et qui s'élèvent à 3 600 euros sont mis à la charge définitive de la commune de Saint-Maximin-la-Sainte-Baume.

Sur le sursis à exécution :

10. La Cour s'étant prononcée sur l'appel de la commune de Saint-Maximin-la-Sainte-Baume contre le jugement du 13 août 2020, il n'y a pas lieu pour elle de statuer sur les conclusions de son recours tendant à ce qu'il soit sursis à l'exécution de ce jugement.

Sur les frais liés au litige :

11. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions de la commune de Saint-Maximin-la-Sainte-Baume dirigées contre la société Transalp, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante. Il y a lieu en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la commune de Saint-Maximin-la-Sainte-Baume une somme de 2 000 euros, à verser à la société Transalp en application de ces dispositions.

D É C I D E :

Article 1er : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions à fin de sursis à exécution présentées par la commune de Saint-Maximin-la-Sainte-Baume dans sa requête enregistrée sous le n° 20MA03849.

Article 2 : La requête de la commune de Saint-Maximin-la-Sainte-Baume enregistrée sous le n° 20MA03850 est rejetée.

Article 3 : Les frais exposés au titre de l'établissement de l'avis technique, taxés et liquidés à la somme de 3 600 euros toutes taxes comprises sont mis à la charge définitive de la commune de Saint-Maximin-la-Sainte-Baume.

Article 4 : Le surplus de la requête de la commune de Saint-Maximin-la-Sainte-Baume est rejeté.

Article 5 : La commune de Saint-Maximin-la-Sainte-Baume versera à la société Transalp une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 6 : Le présent arrêt sera notifié à la commune de Saint-Maximin-la-Sainte-Baume et à la société Transalp.

Copie en sera adressée à M. A... B..., expert.

Délibéré après l'audience du 13 février 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 27 février 2023.

2

No 20MA03849 - 20MA03850

Analyse

▼ Abstrats

CETAT39-02-02-03 Marchés et contrats administratifs. - Formation des contrats et marchés. - Mode de passation des contrats. - Appel d'offres.