

**CAA de TOULOUSE, 3ème chambre, 17/01/2023, 20TL03412, Inédit au recueil Lebon**

CAA de TOULOUSE - 3ème chambre

Lecture du mardi 17 janvier 2023

N° 20TL03412  
Inédit au recueil LebonPrésident  
M. REY-BÉTHÉDERRapporteur public  
Mme PERRINRapporteur  
M. Pierre BENTOLILAAvocat(s)  
ROUX

## Texte intégral

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société par actions simplifiée Prezioso Linjebygg a demandé au tribunal administratif de Montpellier, d'une part l'annulation du lot n° 1 du marché n° 2019 8031 0014 relatif à la mise en peinture de la charpente tribune de face du " Stade de la Méditerranée " attribué le 15 mai 2019 au groupement Libes/Sopesud par la commune de Béziers, ou, à titre subsidiaire, sa résiliation, et de condamner cette dernière au versement, à titre principal, de la somme de 32 564 euros au titre de l'indemnisation de son manque à gagner et des frais de présentation de l'offre ou, à titre subsidiaire, au versement d'une somme de 2 000 euros pour l'indemnisation des frais exposés pour présenter son offre.

Par un jugement n° 1906364 du 9 juillet 2020, le tribunal administratif de Montpellier a rejeté la demande de la société Prezioso Linjebygg.  
Procédure devant la cour :

Par une requête, enregistrée au greffe de la cour administrative d'appel de Marseille le 8 septembre 2020, puis réenregistrée au greffe de la cour administrative d'appel de Toulouse, et un mémoire en réplique du 23 juillet 2021, la société Prezioso Linjebygg, représentée par Me Conti demande à la cour :

- 1°) d'annuler ce jugement du tribunal administratif de Montpellier ;
- 2°) d'annuler le lot n° 1 du marché relatif à la mise en peinture de la charpente tribune de face du " Stade de la Méditerranée " attribué le 15 mai 2019 au groupement Libes/Sopesud par la commune de Béziers ;
- 3°) de condamner la commune de Béziers au versement, à titre principal, de la somme totale de 32 564 euros ou, à titre subsidiaire, au versement d'une somme de 2 000 euros pour l'indemnisation des frais exposés pour présenter son offre ;
- 4°) de mettre à la charge de la commune de Béziers la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société Prezioso Linjebygg soutient que :

- contrairement à ce qu'elle oppose en défense la commune, la circonstance que le marché aurait été exécuté ne rend pas pour autant irrecevable sa demande en annulation ;  
- le jugement attaqué est entaché d'une erreur, en ce qu'il ne retient aucun manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence commis par la commune de Béziers lors de l'attribution du marché public litigieux ; or, l'offre de l'attributaire est irrégulière dès lors qu'elle n'est pas conforme aux prescriptions du cahier des clauses techniques particulières imposant la fourniture de l'avis provisoire de l'Office d'homologation des garanties de peinture industrielle ; elle aurait donc dû être rejetée comme irrégulière ; le marché aurait donc dû lui être attribué, de sorte que ce manquement l'a lésée, de façon indirecte et certaine, dans ses intérêts ;

- ce manquement était donc de nature à justifier l'annulation du marché ou tout du moins sa résiliation et il était de nature à engager la responsabilité de la commune de Béziers à son égard ;

- si l'offre du groupement Libes/Sopesud avait été déclarée irrégulière, elle aurait dû être attributaire du marché, son offre ayant été classée en seconde position ; elle disposait donc de chances sérieuses de remporter le marché ;

- le bénéfice net qu'elle aurait pu dégager de l'exécution du marché s'élève à la somme de 30 564 euros, correspondant à l'application d'un taux de marge nette de 7,36 % au moment de l'offre qu'elle avait présentée, soit 415 274 euros hors taxes ; elle demande, par ailleurs, le paiement par la commune de la somme de 2 000 euros correspondant au coût d'études et d'élaboration de l'offre, en ce compris les frais relatifs à la visite du chantier qu'elle a effectuée.

Par un mémoire en défense, enregistré le 21 janvier 2021, la commune de Béziers, représentée par Me Roux, conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Prezioso Linjebygg le paiement de la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les conclusions tendant à l'annulation ou à la résiliation du marché sont irrecevables, compte tenu de ce que le marché a été entièrement exécuté, la réception étant intervenue le 13 septembre 2019 ;

- par ailleurs, les moyens invoqués par la société Prezioso Linjebygg ne sont pas fondés.

Par une ordonnance du 23 novembre 2022, la clôture d'instruction a été fixée en dernier lieu au 15 décembre 2022.

Vu les autres pièces du dossier.

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 M. Pierre Bentolila, président-avocat,
- les conclusions de Mme Françoise Perrin, rapporteure publique,
- et les observations de Me Vacarié, substituant Me Roux, représentant la commune de Béziers.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis publié le 25 mars 2019, la commune de Béziers a lancé une consultation visant à attribuer, dans le cadre d'une procédure adaptée ouverte, un marché public relatif à la mise en peinture de la charpente d'une tribune du stade de la Méditerranée. Ce marché comportait deux lots séparés. La société Prezioso Linjebygg, qui a soumissionné à l'attribution du lot n° 1 " peinture ", a été informée du rejet de son offre le 3 mai 2019 au motif qu'elle avait été classée en deuxième position et que le marché avait été attribué au groupement Libes/Sopesud. La société Prezioso Linjebygg a demandé, le 17 mai 2019, à la commune la communication du rapport d'analyse des offres, qu'elle a obtenu le 12 juin 2019. Elle a ensuite demandé au tribunal administratif de Montpellier l'annulation du lot n° 1 du marché précité.

2. Par un jugement du 9 juillet 2020, le tribunal administratif de Montpellier a rejeté sa demande. La société Prezioso Linjebygg relève appel de ce jugement.  
Sur les conclusions aux fins de non-lieu à statuer :

3. En premier lieu, la circonstance, alléguée en défense, selon laquelle le marché attribué par la commune de Béziers au groupement Libes/Sopesud aurait été entièrement exécuté ne rend pas sans objet les conclusions en annulation de ce marché présentées par la société requérante.

4. En second lieu, faute pour la société Prezioso Linjebygg de demander à la cour la résiliation du marché, les conclusions présentées en défense par la commune de Béziers, tendant à ce que ces conclusions soient reconnues comme étant devenues sans objet, ne peuvent être que rejetées.

Sur les conclusions en contestation de la validité du contrat :

5. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. La légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini.

6. Saisi ainsi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

7. Dès lors qu'en l'espèce, comme l'indique en défense la commune de Béziers sans contestation de la part de la société appelante, le marché a été exécuté, la réception étant intervenue le 13 septembre 2019, seule est possible l'annulation du marché ou l'indemnisation de la société requérante Prezioso Linjebgg.

8. D'une part, aux termes de l'article 59 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, alors applicable : " I. - L'acheteur vérifie que les offres qui n'ont pas été éliminées en application du IV de l'article 43 sont régulières, acceptables et appropriées. / Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale. (...) / II. - Dans les procédures d'appel d'offres et les procédures adaptées sans négociation, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. (...) / IV. - La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles des offres ".

9. Il résulte de ces dispositions que l'acheteur doit éliminer les offres qui ne respectent pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, sauf, le cas échéant, s'il a autorisé leur régularisation.

10. D'autre part, aux termes de l'article 6 du décret du 25 mars 2016 précité, alors applicable : " I. Les spécifications techniques définissent les caractéristiques requises des travaux, des services ou des fournitures qui font l'objet du marché public. Ces caractéristiques peuvent également se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture des travaux, des produits ou des services demandés ou à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel, à condition qu'ils soient liés à l'objet du marché public et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs. Les spécifications techniques peuvent aussi préciser si le transfert des droits de propriété intellectuelle sera exigé. (...) ". En vertu de l'article I du cahier des clauses techniques particulières du marché en litige relatif au lot n° 1 intitulé " prescriptions générales " les soumissionnaires sont tenus de se conformer aux règles prescrites par l'Office d'homologation des garanties de peinture industrielle : " règles prescrites par l'OHGPI : Office d'homologation des garanties de peinture industrielle : application des normes relatives aux règles de l'art de la filière " protection anticorrosion " pour l'obtention des garanties, et respect des " conformité adhérent " pour le fabricant et l'entreprise d'application ". D'autre part l'article IV du cahier des clauses techniques particulières, intitulé " connaissance du projet ", précise : " avant travaux, les entreprises devront présenter l'avis provisoire de garanties anticorrosion et de bonne tenue définies par l'office suivant le mode opératoire de préparation de surface choisi et le système de peinture mis en œuvre (...) ".

11. Le règlement de la consultation d'un marché est obligatoire dans toutes ses mentions. La personne publique ne peut, dès lors, attribuer le marché à un candidat qui ne respecterait pas une des prescriptions imposées par ce règlement. Il appartient au pouvoir adjudicateur de vérifier si les candidats au marché justifient, lors du dépôt de leur offre, qu'ils ont entrepris les démarches suffisantes pour remplir les conditions posées par les stipulations nécessaires au commencement de l'exécution du marché et d'éliminer les offres qui ne remplissent pas cette condition.

12. En l'espèce, il ne résulte de l'instruction ni que le groupement Libes/Sopesud avait à la date du début d'exécution des travaux, le 20 mai 2019, obtenu l'avis provisoire de garanties anticorrosion et de bonne tenue exigé par les stipulations précitées du cahier des clauses techniques particulières, ni qu'il ait lors de la présentation de son offre, le 15 avril 2019, entrepris des démarches pour obtenir un tel avis, alors que le fait valoir la société Prezioso Linjebgg, sans contestation en défense, que cet avis nécessite, ainsi qu'en dispose l'article 3 des statuts de l'Office d'homologation des garanties de peinture industrielle produits au dossier, pour pouvoir être délivré, d'être adhérent de l'office ce qui n'est pas le cas du groupement Libes/Sopesud, et que l'adhésion à cet office ne peut être obtenue que dans le respect de la procédure formalisée par l'article 4 desdits statuts. La commune de Béziers fait valoir que les produits utilisés dans le cadre du marché ont été fournis par la société International, qui figure au nombre des adhérents de l'Office d'homologation des garanties de peinture industrielle. Toutefois, cette circonstance n'est pas de nature à faire considérer que le groupement Libes/Sopesud a satisfait aux conditions posées par le cahier des clauses techniques particulières. Dans ces conditions et contrairement à ce qu'ont estimé les premiers juges, la société appelante est fondée à soutenir que l'offre du groupement Libes/Sopesud était irrégulière et devait, en vertu des dispositions précitées de l'article 6 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, être éliminée.

Sur les conséquences du vice entachant la validité du contrat :

13. L'irrégularité de l'offre du groupement Libes/Sopesud si elle a affecté la régularité de l'attribution du marché ne constitue toutefois pas, dans les circonstances de l'espèce, un vice d'une particulière gravité qui justifierait l'annulation du contrat. Par suite, les conclusions présentées par la société Prezioso Linjebgg tendant à l'annulation du marché doivent être rejetées.

Sur les conclusions indemnitaires :

14. 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. Dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité. Dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre. Il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché. Dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner lequel doit être déterminé en prenant en compte le bénéfice net avant impôt qu'aurait procuré ce marché à l'entreprise, 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, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique.

15. Il résulte de l'instruction, que comme l'indique le rapport d'analyse des offres, la société appelante, classée en seconde position, a obtenu la note de 93,80 sur 100, avec une note de 58,80 pour le prix et 35 pour la valeur technique, contre 60 pour le prix et 35 pour la valeur technique pour Libes/Sopesud, soit un total de 95. Dans ces conditions, compte tenu du faible écart de notes et alors que l'offre du groupement Libes/Sopesud était irrégulière, la société Prezioso Linjebgg a été privée d'une chance sérieuse d'obtenir le marché.

16. Pour l'évaluation du préjudice subi par la société Prezioso Linjebgg afférent au manque à gagner du fait de l'absence d'attribution du marché, la société produit un rapport du 19 juin 2020 d'un commissaire aux comptes, dans lequel celui-ci procède à une simulation des sommes que la société aurait gagnées sur la base de la somme de 415 274 euros hors taxes, qui correspond au montant de son offre, aboutissant à une marge nette de 7,36 %, soit une perte de bénéfices de 30 564 euros avant impôt.

17. Compte tenu de ce qu'il ne résulte pas de l'instruction que le taux de 7,36 % de marge nette précité excéderait celui communément relevé pour le même type d'entreprises et de travaux, elle est fondée à demander la condamnation de la commune de Béziers à lui verser la somme de 30 564 euros au titre du manque à gagner du fait de l'absence d'attribution du marché.

18. En revanche, dès lors, ainsi que déjà précisé, que l'indemnisation du manque à gagner inclut nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre, les conclusions présentées par la société Prezioso Linjebgg tendant à la condamnation de la commune de Béziers à lui verser une somme de 2 000 euros pour l'indemnisation des frais exposés pour présenter son offre doivent être rejetées.

19. Il résulte de tout ce qui précède que la société Prezioso Linjebgg est seulement fondée à demander l'annulation du jugement attaqué en tant qu'il a rejeté sa demande de condamnation de la commune de Béziers à lui verser la somme de 30 564 euros au titre de l'indemnisation de son manque à gagner du fait de l'absence d'attribution du marché.

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

20. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société Prezioso Linjebgg qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que la commune de Béziers demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de la commune de Béziers au bénéfice de la société Prezioso Linjebgg la somme de 1 500 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DÉCIDE :

Article 1er : La commune de Béziers est condamnée à verser à la société Prezioso-Linjebgg la somme de 30 564 euros.

Article 2 : Le jugement n° 1906364 du 9 juillet 2020, du tribunal administratif de Montpellier est annulé en ce qu'il est contraire à ce qui précède.

Article 3 : La commune de Béziers versera la somme de 1 500 euros à la société Prezioso Linjebgg sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus de la requête de la société Prezioso Linjebgg est rejeté.

Article 5 : Les conclusions de la commune de Béziers présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : Le présent arrêt sera notifié à la société Prezioso Linjebgg, à la commune de Béziers et au groupement Libes/Sopesud.

Délibéré après l'audience du 3 janvier 2023 à laquelle siégeaient :

M. Rey-Béthéder, président,  
M. Bentolila, président-assesseur,  
Mme El Gani-Laautre première conseillère.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 17 janvier 2023.

Le rapporteur

P. Bentolila

Le président,

É. Rey-Béthéder

La greffière,

C. Lanoux

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

2  
N° 20TL03412

Analyse

▼ **Abstrats**

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