

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE LYON
N° 22LY01798

Lecture du jeudi 21 mars 2024

4ème chambre - formation à 3

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure

La société SMG 26 a demandé au tribunal administratif de Lyon, d'une part, d'annuler ou de résilier le marché public n° 2019-008 conclu par la communauté de communes Ardèche Rhône Coiron avec le groupement DCA-Desmarais TP, pour l'exécution du lot n° 3 " gros œuvre " des travaux de construction d'un bâtiment administratif et technique de la communauté, d'autre part, de condamner la communauté de communes Ardèche Rhône Coiron à lui verser la somme de 91 289 euros en réparation du préjudice subi du fait de son éviction illégale, enfin de lui allouer une somme de 3 500 euros au titre des frais de l'instance.

Par jugement n° 2000521 du 14 avril 2022, le tribunal administratif de Lyon n'a fait que partiellement droit à la demande indemnitaire et a limité la condamnation de la communauté de communes Ardèche Rhône Coiron à 1 500 euros en dédommagement des frais de présentation de l'offre, outre 1 400 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Procédure devant la cour

Par une requête et mémoires enregistrés le 14 juin 2022, le 19 septembre 2023 et le 20 février 2024, la société SMG 26, représentée par la Selarl Conseil Affaires Publiques, demande à la cour :

1°) de réformer ce jugement du 14 avril 2022 en tant qu'il a rejeté le surplus de sa demande indemnitaire et de prise en charge des frais de l'instance, de porter la condamnation de la communauté de communes Ardèche Rhône Coiron à 91 289 euros et la prise en charge des frais de première instance à 3 000 euros ;

2°) de mettre à la charge de la communauté de communes Ardèche Rhône Coiron une somme de 3 500 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le jugement est insuffisamment motivé s'agissant de l'examen du moyen tiré de l'irrégularité de l'invitation faite à la société attributaire par le pouvoir adjudicateur à régulariser son offre ;

- c'est à tort qu'après avoir retenu le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation entachant la notation du sous-critère de la valeur technique intitulé " moyens humains et moyens matériels ", le tribunal a estimé que cette erreur n'était pas de nature à avoir eu une influence sur le classement des offres, alors que la notation de l'offre du groupement attributaire et de la sienne ne présentent qu'un faible écart (1,62 points sur 100) ;

- le tribunal s'est mépris sur l'appréciation des moyens matériels et humains mentionnés dans son offre ; c'est à tort que le tribunal a estimé que la note attribuée au groupement attributaire pour le sous-critère de la valeur technique intitulé " Moyens humains et Moyens matériels " ne serait pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation ; l'offre du groupement attributaire proposait des moyens humains inférieurs aux siens qualitativement et quantitativement, dès lors les moyens humains du groupement attributaire affectés au lot en cause, lequel prévoit essentiellement des travaux de gros œuvre, proviennent exclusivement d'une société

spécialisée en terrassement ;

- la régularisation de l'offre du groupement attributaire a été faite en méconnaissance des articles R. 2152-1 et R. 2152-2 du code de la commande publique ; la demande de régularisation est intervenue hors période de négociation et a eu pour conséquence une modification substantielle de l'offre du groupement attributaire par la suppression de variantes non autorisées ;
- le sous-critère de la valeur technique " Dossier technique comportant l'ensemble des fiches techniques des matériaux " est irrégulier car dépourvu de lien avec l'objet du marché et redondant avec les exigences de la communauté de communes Ardèche Rhône Coiron ;
- le pouvoir adjudicateur a irrégulièrement ajouté un sous-critère d'évaluation de la valeur technique en cours de procédure en faisant préciser aux entreprises soumissionnaires si elles comptaient avoir recours à la sous-traitance pour la pose des murs en Isotex ; l'information sur la sous-traitance des murs en Isotex ne se rattache à aucun sous-critère d'évaluation de la valeur technique de l'offre tels que définis dans le règlement de consultation et ne pouvait pas être opposée aux soumissionnaires ;
- disposant d'une chance sérieuse de remporter le marché dont elle a été évincée du fait des manquements graves du pouvoir adjudicateur dans la mise en œuvre de la procédure de mise en concurrence, elle est fondée à demander l'indemnisation de l'intégralité de son préjudice, d'un montant de 91 289 euros, dont 1 500 euros de frais d'études et d'élaboration de son offre et 89 789 euros au titre du bénéfice net escompté.

Par mémoires enregistrés le 5 septembre 2022, le 2 octobre 2023 et le 16 février 2024, la communauté de communes Ardèche Rhône Coiron, représentée par Me Champauzac, conclut au rejet de la requête et demande à la cour :

- 1°) par la voie de l'appel incident, l'annulation du jugement en tant qu'il l'a condamné à verser à la société SMG 26 la somme de 1 500 euros et au rejet de l'intégralité de la demande indemnitaire dirigée contre elle ;
- 2°) de mettre à la charge de la société SMG 26 la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- les moyens soulevés ne sont pas fondés et la procédure n'est entachée d'aucune irrégularité ;
- la société SMG 26 n'apporte aucun justificatif pour étayer les frais de présentation de son offre ; à titre subsidiaire, dans l'hypothèse où elle serait condamnée à indemniser le bénéfice net escompté, cette indemnité ne saurait excéder 15 875 euros, faute de justification d'un taux de marge nette supérieur 14 %, excédant celui habituellement constaté dans ce secteur et qui doit être estimé à 3-4 %.

Par ordonnance du 29 septembre 2023, prise en application de l'article R. 613-1 du code de justice administrative, la clôture d'instruction a été fixée au 16 octobre suivant.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative ;

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

Après avoir entendu au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Christine Psilakis, rapporteure,
- les conclusions de M. Bertrand Savouré, rapporteur public,
- et les observations de Me Senegas pour la société SMG 26, et celles de Me Di Curzo pour la communauté de

communes Ardèche Rhône Coiron ;

Deux notes en délibéré ont été produites le 1er et le 5 mars 2024 pour la communauté de communes Ardèche Rhône Coiron.

Considérant ce qui suit :

1. La communauté de communes Ardèche Rhône Coiron a lancé un appel d'offre ouvert pour l'attribution des marchés de travaux de construction d'un pôle administratif et technique. La procédure d'attribution du lot n°3 " gros-œuvre " ayant été déclarée infructueuse, elle a à l'issue de la procédure adaptée de mise en concurrence prévue à l'article R. 2123-1 (1°) du code de la commande publique, attribué le marché au groupement de sociétés DCA-Desmarais TP, le 5 novembre 2019. La société SMG 26, dont l'offre n'a pas été retenue, a saisi le tribunal administratif de Lyon d'une demande d'annulation ou de résiliation de ce marché ainsi que d'une demande de condamnation de la communauté de communes Ardèche Rhône Coiron à lui verser la somme de 91 289 euros en réparation du préjudice subi du fait de son éviction illégale. La société SMG 26 relève appel du jugement du 14 avril 2022 en tant que le tribunal a limité la condamnation de la communauté de communes à 1 500 euros en dédommagement des frais de présentation de l'offre et à 1 400 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. La communauté de commune Ardèche Rhône Coiron demande, par la voie de l'appel incident, l'annulation de ce jugement et la décharge de la condamnation mise à sa charge.

Sur la régularité du jugement :

2. Il ressort du jugement attaqué que le tribunal, après avoir rappelé au point 10 le faible écart entre le montant des offres du groupement attributaire avant et après rectification, a estimé que cette demande de régularisation n'a pas conduit à une modification substantielle de l'offre du groupement attributaire et qu' " aucun élément du dossier ne permettait de considérer l'offre de ce groupement comme inappropriée " pour écarter le moyen tiré de ce que la demande de régularisation aurait été irrégulière. Ce faisant, les premiers juges ont suffisamment motivé leur jugement et le moyen tiré de son irrégularité pour ce motif doit être écarté.

Sur le fond du litige :

3. Après avoir censuré l'erreur matérielle qui entachait le décompte des effectifs que la requérante prévoyait d'affecter à l'exécution du marché, mais refusé de considérer que cette erreur, si elle n'avait pas été commise par le pouvoir adjudicateur, aurait été de nature à entacher la notation de la valeur technique de l'offre et donc, à modifier la désignation de l'attributaire, le tribunal a limité la condamnation de la communauté de communes à l'indemnisation des frais de présentation de l'offre en ne regardant la société SMG 26 que comme non dépourvue de toute chance d'emporter le marché. La société SMG 26 se prévalant d'une perte de chance sérieuse au soutien de ses conclusions indemnitaires, il y a lieu d'examiner si le moyen retenu par le tribunal est de nature à justifier, non pas l'indemnisation des frais de présentation de l'offre, mais celle de son manque à gagner.

4. Lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, le juge doit vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes, et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats. Si un tel moyen s'avère fondé, il ne lui appartient pas de purger l'erreur ainsi commise et de substituer son appréciation à celle, viciée, du pouvoir adjudicateur pour rectifier ou maintenir le classement des offres en présence.

5. Il résulte de l'instruction que la communauté de communes Ardèche Rhône Coiron a attribué le marché du lot n° 3 après classement des quatre offres en présence, selon les critères du prix pondéré à 60 % et de la valeur

technique et des délais pondéré à 40 %, lui-même subdivisé en cinq sous-critères, dont celui des moyens humains et matériels affecté d'une valeur de 5 points sur un total de 35.

6. Si la colonne " observations " du tableau de classement mentionnait que l'offre de la société SMG 26 ne comportait pas l'effectif de chantier et lui attribuait, sur le sous-critère des moyens humains et matériels, la note de 3/5 contre 5/5 au groupement attributaire, il résulte toutefois de l'instruction que la société SMG 26 avait précisé au pouvoir adjudicateur le détail de son effectif de chantier au point 3 du mémoire joint à son offre, pour l'équipe d'encadrement et en page 25 du même document, pour les personnels d'exécution. La communauté de communes Ardèche Rhône Coiron a ainsi dénaturé le contenu de l'offre de la société SMG 26 en en altérant les termes et a, par une appréciation viciée de ce sous-critère, sous-évalué l'offre de la société requérante. Le règlement de la mise en concurrence a été méconnu, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur la notation qui aurait dû être attribuée à l'intéressée si cette erreur d'analyse n'avait pas été commise.

7. Compte tenu du faible écart de points séparant la notation de l'offre du groupement attributaire, ce dernier ayant obtenu la note globale de 95,62 contre 94 pour la société SMG 26 et de ce que cet écart résultait de l'erreur de notation du critère de la valeur technique commise au préjudice de la société SMG 26, celle-ci est fondée à soutenir avoir été privée d'une chance sérieuse d'obtenir le marché. C'est donc à tort que le tribunal a limité son indemnisation à la perte d'une chance dont elle n'aurait pas été dépourvue et il y a lieu, par la voie de l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner la demande en indemnisation de la perte du bénéfice escompté.

8. Il résulte de ce qui a été dit aux points 6 et 7 que la société SMG 26 a droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner résultant de la perte de chance sérieuse d'obtenir le marché en cause, incluant nécessairement, en l'absence de stipulation contraire du contrat, les frais de présentation de l'offre intégrés dans ses charges, mais excluant le remboursement des frais généraux de l'entreprise qui seraient affectés à ce marché. 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.

9. Les données avancées par la communauté de communes Ardèche Rhône Coiron font état d'un taux de marge nette moyen de la société requérante de 4,07 % sur les derniers exercices, alors que celle-ci se prévaut sur la base d'une attestation comptable, d'un taux de marge nette escompté, si elle avait eu le marché, d'environ 14 %. Toutefois, la circonstance que la société SMG 26 présente un faible de marge brute oscillant entre 1,4 % et 6 % sur plusieurs exercices n'implique pas qu'elle n'ait pu réaliser sur le marché en litige, s'il lui avait été attribué, un bénéfice net supérieur à ses taux de marge bruts moyens constatés sur les exercices écoulés. Dans ces conditions et compte tenu du prix marché conclu pour le lot n° 3, il sera fait une exacte appréciation du manque à gagner subi par la société SMG 26 en l'évaluant à la somme de 44 450 euros, soit 7 % de 635 000 euros HT.

10. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la condamnation de la communauté de communes Ardèche Rhône Coiron doit être portée de 1 500 euros à 44 450 euros et que, par voie de conséquence, l'appel incident de la communauté de communes tendant à être déchargée de toute condamnation doit être rejeté.

11. Enfin, la société SMG 26, qui n'était pas partie perdante en première instance, a obtenu la condamnation de la communauté de communes Ardèche Rhône Coiron à lui verser la somme de 1 400 euros au titre des frais de l'instance engagée devant le tribunal. Dans les circonstances de l'espèce, ses conclusions tendant à ce qu'il lui soit alloué une somme supérieure en appel doivent être rejetées.

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

12. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la communauté de communes

Ardèche Rhône Coiron le versement à la société SMG 26 de la somme de 2 000 euros. Ces dispositions font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions présentées sur le même fondement de la communauté de communes Ardèche Rhône Coiron, partie perdante.

DÉCIDE :

Article 1er : La condamnation mise à la charge de la communauté de communes Ardèche Rhône Coiron par le jugement attaquée au bénéfice de la société SMG 26 est portée de 1 500 euros à la somme de 44 450 euros.

Article 2 : Le jugement n° 2000521 du 14 avril 2022 du tribunal administratif de Lyon est réformé en ce qu'il a de contraire à l'article 1er du présent arrêt.

Article 3 : La communauté de communes Ardèche Rhône Coiron versera la somme de 2 000 euros à la société SMG 26 en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 5 : Le présent arrêt sera notifié à la société SMG26 et à la communauté de communes Ardèche Rhône Coiron.

Délibéré après l'audience du 29 février 2024 à laquelle siégeaient :

M. Philippe Arbarétaz, président de chambre,

Mme Aline Evrard, présidente-assesseur,

Mme Christine Psilakis, première conseillère.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 21 mars 2024.

La rapporteure,

Christine Psilakis

Le président,

Philippe Arbarétaz

La greffière,

Fabienne Faure

La République mande et ordonne au ministre de l'intérieur, en ce qui les 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.

Pour expédition,

La greffière,