

DTA\_2007269\_20230419.xml  
2023-04-20

TA44  
Tribunal Administratif de Nantes  
2007269  
2023-04-19  
CABINET COUDRAY  
Décision  
Plein contentieux  
C  
Satisfaction partielle

2023-03-22  
52814  
2ème Chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 22 juillet 2020 et 15 juillet 2022, la société IDBC, représentée par Me Fekri, demande au tribunal :

- 1°) de constater l'irrégularité, le caractère infondé et, en tout état de cause, l'excessivité des pénalités de retards qui lui ont appliquées ;
  - 2°) de constater l'irrégularité, le caractère infondé et, en tout état de cause, la disproportion de la réfaction qui lui a été opposée ;
  - 3°) de fixer le montant du marché à la somme de 126 576 euros TTC décomposée comme suit : 103 896 euros TTC au titre des prestations initiales du marché, 22 680 euros TTC au titre des prestations supplémentaires ;
  - 4) de fixer le solde du marché lui restant dû à la somme de 99 476,46 euros TTC, décomposée comme suit : 33 506,46 euros TTC au titre des pénalités indûment appliquées, 43 290 euros TTC au titre de la réfaction indûment opérée et 22 680 euros TTC au titre des prestations supplémentaires ;
- En conséquence,
- 5°) de condamner le centre hospitalier universitaire (CHU) de Nantes à lui verser la somme de 33 506,46 euros TTC correspondant au montant des pénalités de retards indûment appliquées à son marché ; cette somme sera assortie des intérêts moratoires dus du fait du retard de paiement ;
  - 6°) de condamner le CHU de Nantes à lui verser la somme de 43 290,00 euros TTC correspondant au montant de la réfaction indûment appliquée à son marché ; cette somme sera assortie des intérêts moratoires dus du fait du retard de paiement ;
  - 7°) de condamner le CHU de Nantes à lui verser la somme de 22 680,00 euros TTC correspondant au montant des prestations supplémentaires réalisées dans le cadre de son marché;
  - 8°) de décider que ces sommes porteront intérêt au taux légal à compter de l'enregistrement de la présente requête et que ces intérêts seront capitalisés chaque année à la date anniversaire de l'enregistrement ;
  - 9°) de mettre à la charge du CHU de Nantes le versement de la somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la requête est recevable ; la contestation de la décision de réfaction n'était pas tardive ; le cadre contractuel de règlement des différends a été respecté ; le CHU ne peut se prévaloir de l'absence de titre exécutoire visant au recouvrement des pénalités de retard alors qu'il a recouvré les sommes afférentes, par déduction sur un autre marché dont elle était titulaire, en méconnaissance des règles de la comptabilité publique ; la requête n'est pas tardive dès lors que le délai de recours prévu par les dispositions de l'article R. 421-1 du code de justice administrative n'est pas applicable à la contestation des mesures prises pour l'exécution d'un contrat ;
- les pénalités de retard qui lui ont été infligées sont dénuées de fondement :

\* les retards allégués par le pouvoir adjudicateur ne sont pas imputables au titulaire du marché mais aux demandes complémentaires du CHU ; ces fautes du pouvoir adjudicateur entraînent l'inapplication des pénalités de retard à son encontre ; les délais d'exécution ont été implicitement prolongés par l'attitude non équivoque du pouvoir adjudicateur voulant se doter d'items complémentaires en sus du marché de base et modifiant sans cesse l'étendue et l'objet des prestations à réaliser ;

\* les pénalités de retard ont été appliquées en méconnaissance des stipulations contractuelles ; le calendrier d'exécution prévu au contrat n'a jamais été établi ; le CHU a appliqué des pénalités de retard sur des délais d'exécution inexistantes ; l'article 7.2 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) ne permet pas de déterminer un délai d'exécution entre la mise en ordre de marche (MOM) et la vérification d'aptitude (VA) ; de même, le CHU ne pouvait appliquer de pénalités de retards correspondants au délai compris entre la VA et la vérification de service régulier (VSR) dans la mesure où aucun délai d'exécution n'était mis à la charge du titulaire ; le CHU ne pouvait pas continuer d'appliquer des pénalités de retard après la fin de la relation contractuelle entre les parties ;

\* si le tribunal estime que les pénalités sont dues, celles-ci présentent un caractère excessif et leur montant devra être modéré ; les pénalités appliquées par le CHU de Nantes s'élèvent à la somme de 27 922, 05 euros pour un montant hors taxe du marché de 86 580 euros et correspondent donc à 32,25 % du montant du marché ;

- en appliquant une réfaction à hauteur de 100% des prestations effectuées au titre de la VSR, le CHU a méconnu les stipulations contractuelles relatives à la réfaction ; la VSR ayant été prononcée dans sa totalité le 12 juillet 2018, elle ne peut faire l'objet d'aucune sanction relative à une mauvaise exécution ; la réfaction ne pouvait être que partielle en application de l'article 28 du cahier des clauses administratives générales - techniques de l'information et de la communication (CCAG-TIC) ; en application de l'article 28.3 du CCAG-TIC, à défaut de réponse expresse, le CHU est réputé avoir accepté les demandes de la société IDBC au titre de la réfaction ; la réfaction est irrégulière dès lors que le CHU l'a appliquée sans décompte rectificatif ;

- à la demande du pouvoir adjudicateur, elle a développé 1 311 items en plus de la commande initiale, soit 3 597 items au total, représentant une augmentation de 57,35 % par rapport aux prévisions initiales du marché ; elle a droit au paiement, sur la base des prix du marché, de la somme supplémentaire de 18 900 euros HT, soit 22 680 euros TTC.

Par un mémoire en défense, enregistré le 6 avril 2022, le centre hospitalier universitaire de Nantes, représenté par Me Rayssac, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 5 000 euros soit mise à la charge de la société IDBC au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Il fait valoir que :

- la requête est irrecevable :

\* la contestation de la décision de réfaction prise par le CHU de Nantes est tardive dès lors que le procès-verbal actant de VSR, signé le 13 mai 2019 et notifié le 14 mai suivant, n'a été contesté par la société IDBC ; le courrier du 7 octobre 2019 du CHU faisant état de l'application de la réfaction valorisée à hauteur de 43 290 euros TTC est une simple décision confirmative d'une situation déjà cristallisée ;

\* le cadre posé par le contrat concernant le règlement des différends entre les parties n'a pas été respecté ; la demande de la société IDBC tendant à la restitution de la somme de 33 506,46 euros TTC par le CHU de Nantes au titre des pénalités infligées pendant l'exécution du marché sera nécessairement considérée comme irrecevable par le tribunal, dans la mesure où elle n'a fait l'objet d'aucune procédure amiable précontentieuse, contrairement à ce que prévoient les dispositions des articles 47.1 et 47.2 du CCAG-TIC ; le point dédié aux prestations complémentaires tel que figurant dans le courrier du 5 décembre 2019 de la société IDBC, valorisées à hauteur de 18 900 euros TTC, ne peut pas être assimilé à une réclamation et ce, dans la mesure où il n'expose aucun motif de désaccord avec la position du CHU de Nantes, exigence pourtant posée par les dispositions de l'article 47.2 du CCAG-TIC ; cette somme portée à 22 680 euros TTC dans la requête introductive d'instance constitue une nouvelle demande formulée pour la première fois au contentieux, qui est irrecevable faute pour la société IDBC d'avoir déposé une réclamation préalable obligatoire à la suite de la naissance d'un différend avec le CHU de Nantes ; la société IDBC n'a émis aucune demande de paiement concernant les prestations complémentaires qu'elle dit avoir réalisées, de sorte que cette demande est également irrecevable ;

\* la preuve du paiement effectif des sommes figurant sur le décompte de pénalités n'est pas apportée ; la société IDBC ne produit pas le titre exécutoire de paiement qui lui aurait été notifié et n'établit pas non plus que la somme a été payée dans le cadre du marché litigieux ; ainsi, les

conclusions présentées par la société IDBC aux fins d'obtenir le versement de la somme de 27 922,05 euros HT sont irrecevables car dépourvues d'objet ;

\* la requête a été introduite tardivement ; par son courrier du 16 octobre 2019, la société requérante a fait naître un différend avec le CHU de Nantes ; ce différend a fait l'objet d'une lettre de réclamation le 5 décembre 2019 dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle le différend est survenu ; l'absence de réponse du CHU de Nantes à cette lettre de réclamation a entraîné de facto le rejet implicite de cette réclamation le 9 février 2020 au soir ; la société IDBC disposait donc d'une décision de rejet tacite contestable devant la juridiction le 10 février 2020 et sa requête contentieuse, enregistrée le 22 juillet 2020, est tardive ;

- s'agissant de la contestation des pénalités de retard : le retard de 100 jours sur la vérification d'aptitude n'est pas contestable ; aucune faute ne peut être reprochée au CHU ; la société IDBC n'a jamais sollicité de prorogation des délais d'exécution de la prestation, en application des dispositions de l'article 13.3 du CCAG-TIC et n'a pas non plus alerté par écrit les services du CHU de Nantes sur les éventuelles difficultés auxquelles elle ferait face pour mener à bien la mission qui lui avait été attribuée, de sorte que les délais d'exécution de la prestation n'ont pas été prorogés ; de même, le CHU était bien fondé à appliquer une pénalité de 20 707 euros HT au titre du de 287 jours relatif à la période de vérification de service régulier ; il n'y a pas lieu de tenir compte de l'application du délai d'exécution propre des prestations qui n'est ici pas en cause dans l'application des clauses pénales prévues par le marché mais bien du délai s'appliquant aux périodes de vérification des prestations, tel qu'ils sont prévus par le marché public pour pouvoir déterminer la justesse du montant des pénalités appliquées par le CHU de Nantes ; le délai de trois mois prévu à l'article 7.2 du CCAP est à calculer à compter de la mise en ordre de marche et jusqu'à la validation de la vérification d'aptitude ; les retards conséquents constatés justifient donc pleinement la pénalité de retard de 7 215 euros HT appliquée par le CHU de Nantes ; s'agissant de la vérification de service régulier, celle-ci ne pouvait être considérée comme acquise au début de l'année 2019 et c'est donc à bon droit que le CHU de Nantes a infligé la pénalité de 20 707 euros HT prévues par le marché public à la société IDBC au titre du retard dans la régularité du service ;

- le montant des pénalités n'a pas vocation à être modulé dès lors que le préjudice subi par le CHU de Nantes du fait des retards dans l'exécution des prestations est patent et le montant de la pénalité appliquée n'apparaît pas excessif ;

- s'agissant de la réfaction : le moyen tendant à démontrer que la réception était acquise dès le mois de juillet 2018, ne pourra qu'être écarté par le tribunal dès lors qu'il résulte des échanges écrits entre les parties que ces dernières ne peuvent en aucun cas être réputées comme ayant considéré la réception acquise dès le mois de juillet 2018, cette dernière étant à dater du mois de mai 2019 ; la somme de 43 290 euros TTC retenue en réfaction est justifiée dès lors qu'elle correspond à des prestations si mal exécutées par la société IDBC qu'elles ont été considérées comme non exécutées ; il s'agit par ailleurs bien d'une réfaction partielle prise dans le respect du cadre juridique et contractuel applicable ;

- s'agissant des prestations complémentaires : la société requérante ne fournit aucun justificatif, ni aucun devis à l'appui de sa requête et pour lesquelles elle n'établit pas avoir demandé le paiement par le CHU ; elle ne produit pas non plus de demande ou de commande explicite de la part de ce dernier ; les tableaux produits par la société IDBC le sont pour les seuls besoins du contentieux et ne peuvent établir la réalité de l'exécution des prestations que la société IDBC dit avoir exécutées. La clôture immédiate de l'instruction a été prononcée par une ordonnance du 16 février 2023, en application des articles R. 611-11-1 et R. 613-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code des marchés publics ;
- l'arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de techniques de l'information et de la communication ;
- 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. A,
- les conclusions de M. Dias, rapporteur public,
- les observations de Me Geffroy, substituant Me Fekri, représentant la société IDBC,
- et les observations de Me Didier, substituant Me Rayssac, représentant le centre hospitalier universitaire de Nantes.

Une note en délibéré, enregistrée le 30 mars 2023, a été présentée par le centre hospitalier universitaire de Nantes.

Une note en délibéré, enregistrée le 31 mars 2023, a été présentée pour la société IDBC.

Considérant ce qui suit :

1. Par acte d'engagement signé le 25 janvier 2013, le centre hospitalier universitaire (CHU) de Nantes a confié à la société IDBC, un marché à bons de commande relatif à la fourniture, l'installation, le paramétrage, l'intégration, le déploiement et la maintenance d'une solution de gestion informatisée de cohortes adossée à la gestion de données de spécialité. En application de ce marché, un devis a été réalisé le 26 octobre 2016 par la société IDBC et un bon de commande numéroté S248309 a été émis par le CHU de Nantes le 9 novembre 2016 pour un montant de 86 580 euros HT avec début d'exécution à compter du 16 novembre 2016. Le CHU, estimant que la solution, dénommée EVALADD, avait pris du retard et n'était pas totalement fonctionnelle, a mis en demeure, le 6 mars 2019, la société IDBC de lui fournir, dans un délai d'un mois, une nouvelle version de cet outil, sous peine de réfaction du prix et de l'application de pénalités de retard. Les correctifs apportés par la société prestataire n'ayant pas été jugés satisfaisants, le CHU lui a, par courrier du 7 octobre 2019, appliqué une réfaction équivalent au montant dû au titre de la vérification de service régulier (VSR), soit 43 290 euros TTC et lui a infligé des pénalités de retard d'un montant de 27 922,05 euros HT. Par la présente requête, la société IDBC demande au tribunal de condamner le CHU de Nantes à lui verser la somme de 33 506,46 euros TTC correspondant au montant des pénalités de retards indument appliquées à son marché, à lui verser la somme de 43 290,00 euros TTC correspondant au montant de la réfaction indument appliquée à son marché, ces sommes étant assorties des intérêts moratoires, et à lui verser la somme de 22 680,00 euros TTC correspondant au montant des prestations supplémentaires réalisées dans le cadre de son marché.

Sur les fins de non-recevoir opposée par le CHU de Nantes :

2. En premier lieu, aux termes de l'article 47. 1. du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de techniques de l'information et de la communication (CCAG-TIC) : " Le pouvoir adjudicateur et le titulaire s'efforceront de régler à l'amiable tout différend éventuel relatif à l'interprétation des stipulations du marché ou à l'exécution des prestations objet du marché. 47. 2. Tout différend entre le titulaire et le pouvoir adjudicateur doit faire l'objet, de la part du titulaire, d'une lettre de réclamation exposant les motifs de son désaccord et indiquant, le cas échéant, le montant des sommes réclamées. Cette lettre doit être communiquée au pouvoir adjudicateur dans le délai de deux mois courant à compter du jour où le différend est apparu, sous peine de forclusion. 47. 3. Le pouvoir adjudicateur dispose d'un délai de deux mois, courant à compter de la réception de la lettre de réclamation, pour notifier sa décision. L'absence de décision dans ce délai vaut rejet de la réclamation. ". Aux termes de l'article R. 421-1 du code de justice administrative: " La juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée. Lorsque la requête tend au paiement d'une somme d'argent, elle n'est recevable qu'après l'intervention de la décision prise par l'administration sur une demande préalablement formée devant elle. Le délai prévu au premier alinéa n'est pas applicable à la contestation des mesures prises pour l'exécution d'un contrat. ".

3. Il résulte de l'instruction que, par un mémoire en réclamation du 5 décembre 2019, la société IDBC a contesté les termes du courrier du 7 octobre 2019 par lequel le CHU de Nantes lui a appliqué une réfaction de prix et des pénalités de retard. Elle a par ailleurs sollicité le paiement de prestations supplémentaires. Dès lors, en application des dispositions rappelées ci-dessus, le CHU n'est pas fondé à soutenir que la requête enregistrée le 22 juillet 2020 par laquelle la société IDBC conteste le rejet implicite née le 9 février 2020 de son mémoire en réclamation serait tardive.

4. En deuxième lieu, aux termes de l'article 28. 3. CCAG-TIC : " Lorsque le pouvoir adjudicateur estime que des prestations, sans être entièrement conformes aux stipulations du marché, peuvent néanmoins être reçues en l'état, il peut les admettre avec réfaction de prix proportionnelle à l'importance des imperfections constatées. Cette décision doit être motivée. Elle ne peut être notifiée au titulaire qu'après qu'il a été mis à même de présenter ses observations. Si le titulaire ne présente pas d'observations dans les quinze jours suivant la décision de réception avec réfaction, il est réputé l'avoir acceptée. Si le titulaire formule des observations dans ce délai, le pouvoir adjudicateur dispose ensuite de quinze jours pour lui notifier une nouvelle décision. A défaut d'une telle notification, le pouvoir adjudicateur est réputé avoir accepté les observations du titulaire. ". Aux termes de l'article 2 du CCAG-TIC : " la notification est l'action consistant à porter une information ou une décision à la connaissance de la ou des parties contractantes par tout moyen

matériel ou dématérialisé permettant de déterminer de façon certaine la date de sa réception. La date de réception, qui peut être mentionnée sur un récépissé, est considérée comme la date de la notification ". L'article 3.1 du CCAG-TIC précise : " La notification au titulaire des décisions ou informations du pouvoir adjudicateur qui font courir un délai est faite : -soit directement au titulaire, ou à son représentant dûment qualifié, contre récépissé ; -soit par échanges dématérialisés ou sur supports électroniques. Les conditions d'utilisation des moyens dématérialisés ou des supports électroniques sont déterminées dans les documents particuliers du marché ; -soit par tout autre moyen permettant d'attester la date de réception de la décision ou de l'information. Cette notification peut être faite à l'adresse du titulaire mentionnée dans les documents particuliers du marché ou, à défaut, à son siège social, sauf si ces documents lui font obligation de domicile en un autre lieu ".

5. En l'espèce, le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) du marché litigieux ne détermine pas les conditions d'utilisation des échanges dématérialisés. Si le CHU soutient qu'il a notifié par courriel le procès-verbal du 13 mai 2019 établi à l'issue de la vérification de service régulier (VSR), il n'apporte pas la preuve de la réception de ce document par la société IDBC qui soutient, sans être contredite, ne pas en avoir été destinataire. Dès lors, à défaut de notification régulière, le CHU ne peut valablement soutenir que son courrier daté du 7 octobre 2019 n'a fait que " confirmer " l'application de la réfaction valorisée à hauteur de 43 290 euros TTC prononcée dans le procès-verbal de VSR. En conséquence, la société IDBC, qui a contesté, par son courrier du 16 octobre 2019, la réfaction qui lui a été appliquée, et a produit un mémoire en réclamation le 5 décembre 2019, n'était donc pas forclosé à contester les sommes déduites au titre de la réfaction.

6. En troisième lieu, de première part, il résulte de l'instruction que le mémoire en réclamation présenté par la société requérante sollicite le retrait des pénalités et le remboursement de la somme de 27 922, 05 euros HT. Par son courrier du 16 octobre 2019, la société IDBC avait d'ores et déjà contesté " les sanctions " prises par le CHU qui " mettaient en péril sa santé financière ". Si l'article 47.1 précise que les parties s'efforceront à trouver une solution amiable au différend qui les oppose, le CHU n'est pas fondé, au regard des termes de la lettre du 16 octobre 2019 et du mémoire en réclamation qui lui a été adressé, à soutenir que la demande la société IDBC serait irrecevable au seul motif qu'elle n'aurait pas tenté de trouver une solution amiable et que le différend ne serait pas né avant la production du mémoire en réclamation. Cette première branche de la fin de non-recevoir doit donc être écartée.

7. De seconde part, s'il est constant qu'avant la présentation de son mémoire en réclamation, la société requérante n'avait présenté aucune demande tendant au paiement de prestations supplémentaires non prévues au bon de commande initial, et qu'aucun différend quant au refus de paiement de ces sommes n'était en effet né, il résulte toutefois de l'instruction qu'en rejetant la réclamation, le CHU a nécessairement fait naître un différend, s'agissant du refus de paiement des prestations supplémentaires. Dès lors, le CHU n'est pas fondé à soutenir que les stipulations de l'article 47.2 du CCAG TIC, organisant contractuellement la liaison du contentieux, n'ont pas été respectées et que la requête serait irrecevable. La seconde branche de cette fin de non-recevoir doit donc être également écartée.

8. En quatrième et dernier lieu, si le CHU soutient que les conclusions tendant au remboursement des pénalités de retard sont dépourvues d'objet faute pour la société IDBC de justifier de leur paiement, il résulte de l'instruction que le montant total des pénalités retenues apparaît dans un tableau joint à un courriel du CHU du 2 août 2019 et dans lequel le CHU précise qu'il s'agit des " détails des factures sur lesquelles elles ont été appliquées ". Dans ces conditions, ce dernier n'est pas fondé à se prévaloir de l'absence de production d'un titre exécutoire par la société requérante pour soutenir que les pénalités n'auraient pas été appliquées. Cette dernière fin de non-recevoir doit par conséquent être écartée.

Sur la contestation de la réfaction de prix :

9. D'une part, aux termes de l'article 7.2 du CCAP : " La vérification de service régulier est notifiée au titulaire par écrit et comporte soit une décision positive de vérification de régularité du service, soit une décision motivée d'ajournement ou de rejet. ". Aux termes de l'article 28 du CCAG-TIC : " Lorsque le pouvoir adjudicateur estime que des prestations, sans être entièrement conformes aux stipulations du marché, peuvent néanmoins être reçues en l'état, il peut les admettre avec réfaction de prix proportionnelle à l'importance des imperfections constatées. Cette décision doit être motivée. Elle ne peut être notifiée au titulaire qu'après qu'il a été mis à même de présenter ses observations ". Il en résulte que les stipulations de l'article 7, contrairement à l'article 27 du CCAG-TIC auxquelles elles dérogent, ne prévoient pas de vérification de service régulier acquise de manière tacite. Dès lors, la société requérante ne peut se prévaloir d'une réception tacite acquise le

12 juillet 2018 pour soutenir que la réfaction lui aurait été infligée de manière irrégulière postérieurement à cette date. La réfaction litigieuse a été établie par procès-verbal de VSR le 13 mai 2019 et lui a été notifiée par courrier du 7 octobre 2019. Si la société IDBC soutient que la procédure suivie est irrégulière, qu'elle n'a pas été mise à même de présenter ses observations et que la liste des anomalies qu'elle devait corriger n'a pas été portée à sa connaissance dans la mise en demeure du 6 mars 2019, de sorte qu'elle ne pouvait y remédier, il résulte de ce courrier du 6 mars 2019 que le CHU a demandé une nouvelle version d'EVALADD. Il résulte des courriels échangés entre le pouvoir adjudicateur et la société prestataire que la société IDBC a été informée régulièrement des anomalies et que des points réguliers ont été formalisés sur les dysfonctionnements à corriger. Cela ressort notamment du constat établi par le CHU dans le document support de la réunion du 12 novembre 2018 et des comptes-rendus des réunions des 1er et 21 mars 2019. La société IDBC ne peut donc se prévaloir de ce qu'elle ignorait les anomalies à corriger. De même, elle ne peut soutenir qu'elle n'a pas été mise à même de produire des observations, soit suite à la mise en demeure du 6 mars 2019 qui a été suivie de plusieurs réunions de suivi du projet au cours desquelles il lui était loisible de réagir, soit suite au courrier du 7 octobre 2019 et auquel elle a d'ailleurs répondu par courrier du 16 octobre suivant. La société IDBC n'est donc pas fondée à soutenir que la réfaction aurait été appliquée au terme d'une procédure irrégulière.

10. D'autre part, si la société IDBC soutient que la réfaction est irrégulière dès lors qu'elle ne pouvait être que partielle, il résulte de l'instruction que la réfaction opérée correspond à 50% du montant du marché, soit 43 290 euros TTC. Elle n'est donc pas totale, contrairement à ce que soutient la société IDBC, alors même qu'il s'agit d'une somme représentant 100% du solde du marché restant dû à l'issue de la VSR.

11. Enfin, la société IDBC soutient que la réfaction est infondée dès lors qu'elle représente un abus de droit. Il résulte de l'instruction que, par son courrier du 6 mars 2019, le CHU a informé la société prestataire qu'elle était tenue de corriger, dans un délai d'un mois, les anomalies constatées sur la nouvelle version d'EVALADD et que " si aucune anomalie n'est constatée par le CHU, alors la VSR sera prononcée avec une réfaction jusqu'à 50% du montant dû au titre de cette VSR soit 21 645 TTC ; dans le cas contraire, une réception de VSR sera prononcée, avec réfaction jusqu'à 100% du montant dû au titre de cette VSR soit 43 290 TTC. ". Par ailleurs, par un courriel du 14 mai 2019, le CHU faisait état d'une réception avec réfaction et indiquait que les dysfonctionnements constatés lors de la réunion du mois de mars 2019 n'avaient pas été corrigés. A la lecture du courrier du 6 octobre 2019 du CHU, la société IDBC n'a apporté aucune garantie permettant de fournir une solution conforme aux attentes de l'acheteur. Dans son courrier d'observations, le titulaire se borne à soutenir qu'une décision tacite de VSR est intervenue en application de l'article 27.2.2 du CCAG-TIC et que depuis plusieurs mois la solution logicielle est utilisée par le CHU. Toutefois, par cette argumentation, le titulaire ne démontre pas avoir apporté les corrections dont il avait admis le caractère indispensable et qu'il s'était expressément engagé à mettre en œuvre dans son courrier du

25 mars 2019. Dans ces conditions, le CHU était fondé à appliquer une réfaction.

12. La société IDBC soutient que cette réfaction n'est pas proportionnelle aux imperfections constatées en méconnaissance de l'article 28.3 du CCAG. Il résulte de l'instruction, en particulier du courrier du 6 mars 2019, que le CHU a entendu appliquer une réfaction minimale de 21 645 euros, soit 50% du solde du marché restant dû au stade de la VSR même en cas de correction des anomalies reprochées. Il en résulte que cette réfaction de 21 645 euros n'est pas en lien avec des imperfections mais a été appliquée à titre de sanction, en méconnaissance des stipulations de l'article 28 du CCAG-TIC. Il résulte en revanche de l'instruction, notamment du compte-rendu de la réunion du 1er mars 2019, qu'à cette date nombreuses anomalies voire des régressions bloquantes continuaient d'affecter l'application et que la solution de gestion informatique de la société IDBC n'était toujours pas opérationnelle, qu'en particulier, le diagnostic de la pathologie TCA n'était pas réalisé, alors que ce diagnostic représentait 70% de l'activité du service. Dans ces conditions, la requérante n'est pas fondée à soutenir que la réfaction d'un montant de 21 645 euros, soit 25% du montant total du bon de commande, serait disproportionnée au regard des imperfections constatées à la réception. La requérante est, dans ces conditions, seulement fondée à demander le remboursement de la somme de 21 645 euros au titre de la réfaction.

Sur la contestation des pénalités de retard :

13. Aux termes de l'article 6.2 CCAP relatif aux " délais d'exécution ", le délai d'exécution devait faire l'objet d'un calendrier semestriel établi conjointement par le titulaire et le représentant du pouvoir adjudicateur : " Les prestations sont réalisées en fonction d'un calendrier trimestriel établi

conjointement par le CHU et le titulaire du marché. Les dates d'exécution des prestations sont conformes à ce calendrier. Le premier trimestre de prestation est programmé dès la notification du marché au titulaire. Le titulaire disposera d'un délai de

15 jours à compter de la notification pour débiter la réalisation du marché. ". Aux termes de l'article 15 du CCAP relatif aux pénalités de retard : " Si les délais contractuels du présent marché sont dépassés (jalon MOM, VA, VSR) par le fait du Titulaire, celui-ci encourt, sans mise en demeure préalable, les pénalités prévues à cet effet à l'article 14 du CCAG/TIC. ". Aux termes de l'article 14. 1 du CCAG TIC. " Pénalités pour retard : 14. 1. 1. Les pénalités pour retard commencent à courir, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une mise en demeure, le lendemain du jour où le délai contractuel d'exécution des prestations est expiré, sous réserve des stipulations des articles 13. 3 et 20. 4. Cette pénalité est calculée par application de la formule suivante :  $P = V * R / 1\ 000$  dans laquelle : P = le montant de la pénalité ; V = la valeur des prestations sur laquelle est calculée la pénalité, cette valeur étant égale au montant en prix de base, hors variations de prix et hors du champ d'application de la TVA, de la partie des prestations en retard ou de l'ensemble des prestations, si le retard d'exécution d'une partie rend l'ensemble inutilisable ; R = le nombre de jours de retard. ". Les articles 13.3 et 20.4 du

CCAG-TIC sont relatifs, respectivement, à la prolongation du délai d'exécution et au sursis de livraison.

14. De première part, aux termes de l'article 3.2.6 du CCAG-TIC : " Le délai s'appliquant au titulaire n'inclut pas le délai nécessaire au pouvoir adjudicateur pour effectuer ses opérations de vérification et prendre sa décision conformément au chapitre 5 ". Au regard de ces stipulations, la société IDBC ne peut utilement se prévaloir de ce qu'aucun calendrier trimestriel d'exécution n'avait été établi conjointement avec le CHU en application de l'article 6.2 du CCAP, dès lors que les pénalités de l'article 15 du CCAP ont pour objet de sanctionner non le dépassement du calendrier d'exécution des prestations du marché mais le dépassement du délai contractuel de trois mois séparant la VA de la VSR qui serait du fait du titulaire du marché.

15. De deuxième part, l'article 7.2 du CCAP stipule que : " Le CHU dispose d'un délai de trois mois à compter de la MOM, si le logiciel est conforme à la demande et si aucune réserve bloquante n'est retenue quant à la conformité des prestations par rapport aux besoins exprimés pour notifier par écrit, soit une décision positive de vérification d'aptitude, soit une décision motivée d'ajournement ou de rejet. Pendant cette période, les techniciens du CHU procèdent aux tests et vérifications, selon les modalités décrites au chapitre du CCTP, en collaboration avec les collaborateurs du titulaire qui disposent de cette même période pour optimiser le paramétrage d'installation et pour procéder aux corrections des anomalies qui auraient été signalées par le CHU ". Il résulte de ces dispositions que le CHU disposait d'un délai de 3 mois à compter de la MOM pour prendre une décision positive de VA, une décision de rejet ou une décision d'ajournement ne pouvant excéder 3 mois, et que si la décision positive n'est pas prononcée dans les 3 mois par la faute du titulaire, alors celui-ci peut se voir infliger la pénalité mentionnée à l'article 15 du CCP correspondant correspond à  $1/1000^{\circ}$  du montant HT du marché par jour de retard. En l'espèce, l'ordre de mise en marche ayant été notifié le

27 juin 2017, le CHU disposait d'un délai de trois mois pour se prononcer expressément sur la visite d'aptitude, en prenant une décision positive avec ou sans réserve, une décision d'ajournement ou de rejet, au plus tard, le 27 septembre 2019. Or, s'il est constant que le CHU n'a prononcé la vérification d'aptitude que 100 jours plus tard, le 5 janvier 2018, à défaut de décision de rejet ou d'ajournement, aucun élément versé à l'instance ne permet de démontrer que le dépassement du délai imparti au CHU pour prononcer la VA serait imputable à une faute du titulaire. Dans ces conditions, le CHU n'était pas fondé à appliquer une pénalité sanctionnant le retard au prononcé de la VA. Il y a lieu dès lors de condamner le CHU à rembourser à la société IDBC la somme de 7 215 euros HT.

16. De troisième part, aux termes de l'article 7.2 du CCP, qui déroge sur ce point aux dispositions du CCAG TIC: " La régularité du service s'observe pendant une durée de trois mois à partir du jour de la signature de la vérification d'aptitude. Le titulaire devra pendant cette période corriger toute anomalie jugée bloquante ou majeure relevant du domaine fonctionnel ou des performances que lui aurait signalé le CHU de Nantes. La vérification de service régulier est notifiée au titulaire par écrit et comporte soit une décision positive de vérification de régularité du service, soit une décision motivée d'ajournement ou de rejet. () Les prestations font l'objet d'un relevé de prestations détaillant l'objet de prestations détaillant l'objet de l'intervention, la date, le lieu, l'intervenant. Ce relevé est co-signé par l'intervenant du Titulaire et par le représentant concerné du CHU, qui peut mentionner d'éventuelles réserves quant à la conformité de la prestation. Les réserves bloquantes donnent lieu à un complément d'exécution et à une nouvelle vérification. ". Il résulte de ces

stipulations combinées avec celles de l'article 15 précité du CCP, que le CHU dispose d'un délai de 3 mois à compter de la VA pour prendre une décision positive de vérification de la régularité du service, soit une décision motivée d'ajournement ou de rejet, et que si et seulement si la vérification de service régulier a dû être rejetée ou ajournée par la faute du titulaire, alors celui-ci peut encore se voir infliger une pénalité, d'un montant de 1/1000<sup>e</sup> du montant HT du marché par jour de retard.

17. En l'espèce, il résulte de l'instruction qu'une décision positive de VA a été prononcée le 5 janvier 2018 et la VSR aurait dû, en principe, être prononcée au plus tard le 5 avril 2018. Or, cette vérification n'a été prononcée au plus tôt que le 14 mai 2019, date à laquelle le directeur des services informatiques a notifié à la requérante la VSR avec une réfaction de 100% du solde à payer, soit d'un montant représentant la moitié du prix du marché. S'il ressort par ailleurs d'un courriel du CHU du 17 juillet 2017 un report des livraisons au 7 novembre 2017, ce report est toutefois antérieur au prononcé de la VA du 5 janvier 2018, et ne peut donc s'analyser comme un report du délai pour exécuter la VSR, il reste donc sans incidence sur le calcul de ce délai. En revanche, il ressort du compte rendu de la réunion du 1<sup>er</sup> mars 2019 portant notamment sur la réalisation de la VSR et à laquelle participaient des représentants du CHU et de la société requérante, qu'à la fin de l'année 2018 l'application n'était pas encore opérationnelle, que chaque nouvelle livraison avait engendré des régressions fonctionnelles bloquantes. Il ressort de ce même document que le titulaire s'était engagé à fournir une version corrective définitive le 22 novembre 2018, que la mise en production du 22 novembre 2018 avait engendré des anomalies et des régressions bloquantes, ayant conduit à une nouvelle mise en production le 13 décembre 2018, que la mise en production du 13 décembre 2018, avait de nouveau engendré des anomalies et des régressions bloquantes en sorte que l'application n'était pas encore fonctionnelle au 11 janvier 2019. Sur la base de ce constat, le CHU a adressé sa lettre de mise en demeure du 6 mars 2019, à laquelle le président de la société IDBC a répondu, le 25 mars suivant : " Nous avons pris note des éléments évoqués et nous engageons à mettre en œuvre et à livrer une version du dossier EVALDD conforme à vos attentes. / Un point global sur ce projet a été fait le 21 mars 2019 pour lister l'ensemble des éléments sur lesquels nous devons intervenir. () ". Au regard de ces éléments, le refus du CHU de prononcer une décision positive de VSR dans le délai contractuel et l'ajournement subséquent de cette décision, qui n'est intervenue avec réfaction que le 14 mai 2019, résulte de l'incapacité du titulaire à livrer un logiciel fonctionnel et conforme aux prestations du marché. Il n'est pas démontré, en revanche, que ce retard serait, même partiellement, imputable aux prestations demandées à la requérante aux mois de juin et de septembre 2017. Dans ces conditions, le CHU était fondé à constater un retard de 287 jours dans le prononcé de la VSR correspondant au temps écoulé entre le 5 avril 2018, date à laquelle cette décision aurait dû intervenir, soit trois mois après le prononcé de la VA, et le 17 janvier 2019, date à laquelle le centre hospitalier a décidé, spontanément, de mettre un terme au décompte des pénalités. Il était par conséquent fondé à appliquer à la société IDBC une pénalité d'un montant de 24 848,46 euros au titre du retard résultant de cette période.

Sur les conclusions à fins de modulation des pénalités :

18. Il est loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché.

19. En l'espèce, la pénalité de 24 848,46 euros sanctionnant le retard pour prononcer la VSR imputable à la société requérante ne présente pas un caractère manifestement excessif au regard du montant total du marché. Les conclusions présentées par la société IDBC tendant à la modulation des pénalités de retard qui lui ont été appliquées doivent, par conséquent, être rejetées.

Sur les conclusions tendant au paiement des prestations supplémentaires :

20. La société IDBC sollicite le paiement de la somme de 22 680 euros TTC au titre des prestations supplémentaires qu'elle a été amenée à effectuer. Elle soutient qu'elle a dû développer 1 311 items supplémentaires, excédant le forfait de 3 597 items prévu par son devis initial du 26 octobre 2016, sur la base duquel le CHU a émis son bon de commande du 9 novembre 2016. Toutefois, alors qu'il est constant que la société requérante n'a pas émis de devis complémentaire pour la réalisation de prestations complémentaires sur la base d'un tarif de 550 euros HT par jour de développement comme le prévoyait son devis du 26 octobre 2016, la seule production de listings d'items ou de tâches et de tableaux constatant le dépassement du nombre initial d'items ne permet pas d'établir que les saisies d'items dont elle se prévaut n'étaient pas incluses dans le périmètre forfaitaire du bon de commande et présenteraient le caractère de prestations supplémentaires. Dès lors, sa demande tendant à la condamnation du CHU de Nantes à lui verser la somme de 22 680,00 euros TTC au titre de ces prestations ne peut qu'être rejetée.



21. Il résulte de tout ce qui précède que la société IDBC est seulement fondée à demander la condamnation du CHU de Nantes à lui verser la somme de 7 125 euros au titre des pénalités de retard indûment infligées et la somme de 21 645 euros au titre de la réfaction infondée qui a été appliquée au prix de son marché.

Sur les intérêts et leur capitalisation :

22. La société IDBC a droit aux intérêts au taux légal sur la somme de 28 770 euros à compter du 22 juillet 2020, date d'enregistrement de sa requête. La capitalisation des intérêts peut être demandée à tout moment devant le juge du fond. Si, à la date où elle est demandée, les intérêts sont dus depuis moins d'une année, cette demande ne prend toutefois effet qu'à la date à laquelle, pour la première fois, les intérêts sont dus pour une année entière. La capitalisation des intérêts a été demandée par la requête, enregistrée le 22 juillet 2020. Il y a ainsi lieu de capitaliser les intérêts au 22 juillet 2021, date à laquelle une année d'intérêts a été due, et à chaque échéance annuelle ultérieure.

Sur les frais liés au litige :

23. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du CHU de Nantes la somme de 1 500 euros à verser à la société IDBC au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En revanche, ces dispositions font obstacle à ce qu'une quelconque somme soit mise à la charge de la société IDBC, qui n'est pas la partie perdante.

**D E C I D E :**

Article 1er : Le centre hospitalier universitaire de Nantes est condamné à verser une somme de 28 770 (vingt-huit mille sept cent soixante-dix euros) à la société IDBC. Cette somme portera intérêt au taux légal à compter du 22 juillet 2020. Les intérêts échus à compter du 22 juillet 2021 puis à chaque échéance ultérieure à compter de cette date seront capitalisés à chacune de ces dates pour produire eux-mêmes intérêts.

Article 2 : Le centre hospitalier universitaire de Nantes versera à la société IDBC la somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : Le présent jugement sera notifié à la société IDBC et au centre hospitalier universitaire de Nantes.

Délibéré après l'audience du 22 mars 2023, à laquelle siégeaient :

Mme Loirat, présidente,

M. Gauthier, premier conseiller,

M. Marowski, premier conseiller,

Rendu public par mise à disposition au greffe le 19 avril 2023.

Le rapporteur,

Y. A

La présidente,

C. LOIRAT

La greffière,

P. LABOUREL

La République mande et ordonne au préfet de la Loire-Atlantique 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.

Pour expédition conforme,

La greffière

N°2007269