

DTA\_2105389\_20240926.xml  
2024-09-29

TA67  
Tribunal Administratif de Strasbourg  
2105389  
2024-09-26  
SELÀRL SOLER-COUTEAUX ET ASSOCIÉS  
Décision  
Plein contentieux  
C  
Satisfaction totale

2024-09-05  
57157  
2ème Chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire enregistrés les 2 août 2021 et 4 mars 2022, la société par actions simplifiée (SAS) GCM Démolition, représentée par Me Marcantoni, demande au tribunal, dans le dernier état de ses écritures :

1°) de résilier, le cas échéant avec effet différé, le contrat, relatif à des travaux de désamiantage et de démolition sur la base aérienne 901 à Drachenbronn (67), conclu par la communauté de communes du Pays de Wissembourg avec la société Lingenheld Travaux Spéciaux le 1er juin 2021 ;

2°) de condamner la communauté de communes du Pays de Wissembourg à lui verser la somme de 348 000 euros HT, assortie des intérêts au taux légal à compter du 2 août 2021 ;

3°) de mettre à la charge de la communauté de communes du Pays de Wissembourg une somme de 5 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'acheteur a méconnu les dispositions de l'article R. 2123-5 du code de la commande publique et de l'article 6 du règlement de la consultation en ne recourant pas à la négociation ;
- la méthode de notation mise en œuvre est irrégulière dès lors qu'elle a eu pour effet de neutraliser la pondération, prévue par les documents de la consultation, des sous-critères " moyens mis en œuvre pour garantir la bonne exécution du marché " et " organisation générale et particulière du chantier " ;
- l'appréciation des mérites respectifs de son offre et de celle de l'attributaire au regard des sous-critères " organisation générale et particulière du chantier ", " moyens mis en œuvre pour garantir la bonne exécution du marché " et " prise en compte des risques et moyens de préservation mis en œuvre " est entachée d'une erreur manifeste ;
- ces irrégularités, qui l'ont directement lésée, justifient la résiliation du contrat.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 26 octobre 2021 et 20 avril 2022, la communauté de communes du Pays de Wissembourg, représentée par Me Gillig, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la société GCM Démolition en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- le marché de travaux litigieux a été entièrement exécuté ;
- les conclusions à fin d'indemnisation sont irrecevables, en l'absence de liaison du contentieux à la date de l'introduction de la requête ;
- aucun moyen de la requête n'est opérant ou fondé, et, subsidiairement, les irrégularités alléguées, qui ne peuvent par ailleurs être regardées comme des vices d'une particulière gravité, n'ont pas eu d'influence sur le choix de l'attributaire et ne justifient pas la résiliation du contrat.

Par un mémoire en défense, enregistré le 2 mars 2022, la société Lingenheld Travaux Spéciaux, représentée par Me Deleau, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 1 500 euros soit

mise à la charge de la société GCM Démolition en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir qu'aucun moyen de la requête n'est opérant ou fondé, et, subsidiairement, que les irrégularités alléguées ne justifient pas la résiliation du contrat, laquelle porterait une atteinte excessive à l'intérêt général ainsi qu'à ses propres intérêts.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;
- 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 Poittevin ;
- les conclusions de Mme Merri, rapporteure publique ;
- les observations de Me Marcantoni, avocat de la société GCM Démolition ;
- les observations de Me Vienne, avocate de la communauté de communes du Pays de Wissembourg.

La société Lingenheld n'était ni présente ni représentée.

Une note en délibéré présentée pour GCM Démolition a été enregistrée le 6 septembre 2024. Le tribunal en a pris connaissance.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à la concurrence publié le 23 mars 2021, la communauté de communes du Pays de Wissembourg a lancé une consultation en vue de la conclusion, au terme d'une procédure adaptée, d'un marché public de travaux de désamiantage et de démolition de l'ancienne base aérienne 901 à Drachenbronn. Par un courrier du 1er juin 2021, la communauté de communes du Pays de Wissembourg a informé la société GCM Démolition du rejet de son offre et de l'attribution du contrat à la société Lingenheld Travaux Spéciaux. L'acte d'engagement a été signé le jour même. Par la présente requête, la société GCM Démolition demande au tribunal la résiliation de ce contrat et l'indemnisation des préjudices qu'elle estime avoir subis.

2. 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. Les requérants peuvent éventuellement assortir leur recours de conclusions indemnitaires ainsi que d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA, à la suspension de l'exécution du contrat.

Sur les irrégularités invoquées :

En ce qui concerne l'absence de recours à la négociation :

3. En premier lieu, aux termes des dispositions de l'article R. 2123-5 du code de la commande publique, applicable aux marchés passés selon une procédure adaptée : " Lorsque l'acheteur prévoit une négociation, il peut attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué qu'il se réserve cette possibilité dans les documents de la consultation. "

4. Aux termes de l'article 6 du règlement de la consultation : " Article 6 : Déroulement des négociations / La négociation pourra porter sur l'ensemble des éléments de l'offre, financiers comme techniques, ainsi que sur des éléments du dossier de consultation des entreprises sans pouvoir le modifier de manière substantielle. / La négociation sera menée au regard des critères d'attribution des offres et ne pourra pas porter sur lesdits critères. () La négociation sera menée (oralement et/ou par écrit (courriel ou fax)). Les soumissionnaires seront informés par courrier électronique des conditions d'organisation, de la date, de l'heure, de la tenue des négociations. () Echéancier prévisionnel : () Analyse et négociation des offres initiales : semaines 17 et 18 () ".

5. Il résulte de ces dispositions que la communauté de communes du Pays de Wissembourg avait prévu, dans le règlement de la consultation, une phase de négociation des offres à l'issue de la remise des offres initiales. Les documents de la consultation, qui se bornent à présenter les modalités de mise en œuvre de cette négociation, ne précisent pas que la communauté de communes se réservait la possibilité de ne pas y procéder. La rédaction de l'article 6, en particulier, ne saurait être interprétée, ainsi que l'acheteur le fait valoir, comme suggérant aux soumissionnaires que le recours à la négociation était seulement éventuel. Or, il est constant que l'acheteur n'a pas mis en œuvre la négociation. En outre, dans la mesure où la préparation de son offre initiale a nécessairement été influencée par la perspective d'une négociation avec l'acheteur, la

société requérante, dont l'offre a été classée en deuxième position, à moins d'un point sur cent de l'offre de la société attributaire, a été lésée par l'irrégularité qu'elle invoque. Par suite, la société GCM Démolition est fondée à se prévaloir de ce que la communauté de communes du Pays de Wissembourg, en ne procédant pas à la négociation qu'elle avait prévue, a méconnu les dispositions de l'article R. 2123-5 du code de la commande publique et a entaché la procédure de passation du marché d'une irrégularité.

En ce qui concerne le respect de la pondération des critères prévue par le règlement de la consultation :

6. En deuxième lieu, aux termes de l'article L. 2152-7 du code de la commande publique, dans sa rédaction alors applicable : " Le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. () " Aux termes de l'article R. 2152-11 du même code : " Les critères d'attribution ainsi que les modalités de leur mise en œuvre sont indiqués dans les documents de la consultation ".

7. Le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics. Toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie. Il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publiques, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, de telles méthodes de notation.

8. L'article 5 du règlement de la consultation en litige prévoit le jugement des offres selon trois critères, le prix, la valeur technique et le délai d'exécution, pondérés à hauteur, respectivement, de 50 %, 30 % et 20 % de la note globale. Il précise que le critère de la valeur technique, noté sur 20 points, se subdivise en trois sous-critères pondérés : celui des " moyens mis en œuvre pour garantir la bonne exécution du marché ", pondéré à hauteur de 8 points, celui de " l'organisation générale et particulière du chantier ", pondéré à hauteur de 7 points, et celui de la " prise en compte des risques et moyens de préservation mis en œuvre ", noté sur 5 points. Ces sous-critères sont eux-mêmes subdivisés en sous-sous-critères pondérés, comme, s'agissant des moyens mis en œuvre pour garantir la bonne exécution du marché, les " moyens humains affectés au chantier ", notés sur 3 points, les " moyens matériels affectés aux chantiers ", notés sur 3 points, ainsi que la " capacité à mobiliser des moyens supplémentaires ", notée sur 2 points.

9. La société requérante se prévaut de ce que la communauté de communes du Pays de Wissembourg a noté globalement les offres des soumissionnaires au regard des sous-critères " moyens mis en œuvre pour garantir la bonne exécution du marché " et " organisation générale et particulière du chantier ", sans tenir compte de la pondération des sous-sous-critères prévue par le règlement de la consultation. La communauté de communes du Pays de Wissembourg se borne à produire à l'instance une reproduction partielle du rapport d'analyse des offres, ne faisant apparaître les détails de la notation qu'au titre d'un sous-critère. En admettant que ce sous-critère ait été régulièrement mis en œuvre, il ne résulte pas de l'instruction que l'autre l'ait également été, alors qu'il incombait à l'acheteur de respecter la pondération des critères, sous-critères et sous-sous-critères mentionnés dans le règlement de la consultation. Par suite, le manquement allégué par la société GCM Démolition, qui l'a lésée dès lors que la note obtenue au titre de l'un de ces sous-critères par l'un ou l'autre des soumissionnaires s'est répercutée directement sur le classement général des offres, est établi et a entaché la procédure de passation du marché d'une irrégularité.

En ce qui concerne les appréciations portées par l'acheteur sur les mérites respectifs des offres :

10. En premier lieu, la société requérante fait valoir que la communauté de communes du Pays de Wissembourg a entaché d'erreur manifeste son appréciation des offres au regard du sous-critère de " l'organisation générale et particulière du chantier ", en attribuant la note 6 sur 7 à son offre et celle de 6,5 sur 7 à l'attributaire, alors qu'elle a, dans les appréciations littérales figurant dans le rapport d'analyse des offres, indiqué que les processus de désamiantage avaient été " très bien détaillés " en ce qui concerne la requérante, et qu'ils " auraient pu être plus détaillés " en ce qui concerne la société Lingenheld Travaux Spéciaux.

11. Toutefois, il ressort du rapport d'analyse des offres que les appréciations littérales qui y figurent ne se limitent pas à l'analyse des processus de désamiantage, lesquels ne reflètent ainsi qu'une partie du jugement porté sur chacune des offres en lice au regard du sous-critère de " l'organisation générale et particulière du chantier ". La communauté de communes explique la différence de

notation par l'insuffisance du plan technique d'installation figurant dans le mémoire technique de la société GCM Démolition, dont la synthèse globale ne fait pas mention et qui, contrairement à ce que soutient la requérante, ne devait pas nécessairement y figurer. En outre, alors qu'il n'est pas soutenu que les appréciations occultées dans le rapport d'analyse des offres ne permettraient pas d'expliquer l'écart de notation, il ne saurait être tiré des seules mentions non occultées du rapport d'analyse des offres, que la note attribuée par l'acheteur aux deux offres ne correspondrait pas à leurs mérites respectifs. Par ailleurs, la société GCM Démolition, dont l'offre a obtenu la meilleure note au titre du critère de la valeur technique, n'est pas fondée à soutenir que l'acheteur n'a pas examiné son mémoire technique. Dans ces conditions, l'erreur manifeste d'appréciation alléguée n'est pas établie à l'égard du sous-critère " organisation générale et particulière du chantier ".

12. En second lieu, la société GCM Démolition soutient que la communauté de communes du Pays de Wissembourg a commis une erreur manifeste d'appréciation des offres au regard des sous-critères " moyens mis en œuvre pour garantir la bonne exécution du marché " et " prise en compte des risques et moyens de préservation mis en œuvre " en attribuant à l'offre de la société Lingenheld Travaux Spéciaux des notes proches d'un demi-point de celles qu'elle a obtenues, alors que les appréciations littérales figurant dans le rapport d'analyse des offres sont moins élogieuses la concernant.

13. La circonstance que la communauté de communes du Pays de Wissembourg ait souligné l'exhaustivité de l'analyse du risque proposée par la société GCM Démolition, le fait qu'elle dispose des meilleures certifications et qu'elle ait " très bien décrit " ses moyens humains et matériels n'est nullement de nature à démontrer que la société Lingenheld Travaux Spéciaux ne proposait pas une offre convenable au regard des critères de notation, mais permet seulement de constater que l'acheteur a jugé que l'offre de GCM Démolition était de meilleure qualité que la seconde sur ce point. En outre, il n'est pas soutenu que les appréciations occultées dans le rapport d'analyse des offres ne permettraient pas d'expliquer l'écart de notation. Dès lors, il ne saurait être tiré des mentions dont se prévaut la requérante que l'écart de valeur entre les offres était tel que la communauté de communes du Pays de Wissembourg a commis une erreur manifeste d'appréciation en leur attribuant des notes très proches.

Sur les conséquences à tirer des vices constatés sur la validité du contrat :

14. Saisi, dans les conditions définies au point 2, d'un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du 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, 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.

15. Il résulte de ce qui précède que le juge du contrat saisi par un tiers de conclusions en contestation de la validité du contrat ou de certaines de ses clauses dispose de l'ensemble des pouvoirs mentionnés au point précédent et qu'il lui appartient d'en faire usage pour déterminer les conséquences des irrégularités du contrat qu'il a relevées, alors même que le requérant n'a expressément demandé que la résiliation du contrat.

16. D'une part, il ne résulte pas de l'instruction que les manquements, relevés aux points 5 et 9, relatifs à l'abstention de l'acheteur de procéder à la phase de négociation prévue par les documents de la consultation et à la méconnaissance des règles de pondération des sous-critères, révéleraient une volonté de favoriser la société attributaire, au détriment de la société requérante. Ainsi, et en l'absence de circonstances particulières révélant notamment une volonté de la personne publique de favoriser un candidat, l'irrégularité en cause ne justifie pas que soit prononcée l'annulation du contrat.

17. D'autre part, il résulte de l'instruction que le marché de travaux litigieux a été entièrement exécuté. Dès lors, la communauté de communes du Pays de Wissembourg est fondée à soutenir que la mesure de résiliation du contrat, le cas échéant avec effet différé, sollicitée par la société GCM Démolition est devenue sans objet en cours d'instance.

Sur les conclusions indemnitaires :

En ce qui concerne la recevabilité des conclusions indemnitaires :

18. 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 () / 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 ". La condition tenant à l'existence d'une décision de l'administration doit être regardée comme remplie si, à la date à

laquelle le juge statue, l'administration a pris une décision, expresse ou implicite, sur une demande formée devant elle, régularisant ce faisant la requête.

19. Il résulte de l'instruction que, par un courrier du 30 juillet 2021, la société GCM Démolition a formé une demande indemnitaire préalable auprès de la communauté de communes du Pays de Wissembourg, qui en a accusé réception le 3 août suivant en l'informant qu'en l'absence de réponse expresse de sa part, une décision implicite de rejet naîtrait le 2 octobre 2021. Par suite, la naissance en cours d'instance de cette décision implicite a régularisé la requête de la société GCM Démolition et la fin de non-recevoir opposée en défense doit être écartée.

En ce qui concerne le bien-fondé des conclusions indemnitaires :

20. 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.

21. Ainsi qu'il a été dit aux points 5 et 9, la suppression de la phase de négociation et le non-respect de la pondération des sous-critères étaient constitutives d'irrégularités dans la procédure de passation, de sorte que l'éviction de la société GCM Démolition était elle-même irrégulière.

22. Il est constant que l'offre de la société GCM Démolition, qui a obtenu la meilleure note sur le volet technique, a été classée en deuxième position, à moins d'un point sur 100 de celle de la société Lingenheld Travaux Spéciaux. Dans ces conditions, la société requérante, dont le préjudice financier est directement causé par cette éviction irrégulière, est fondée à soutenir qu'elle avait des chances sérieuses d'obtenir le marché.

23. La société GCM Démolition a par conséquent droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner résultant pour elle de son éviction irrégulière. Ce manque à gagner n'inclut pas le remboursement des frais généraux de l'entreprise. Par ailleurs, contrairement à ce qu'elle soutient, l'évaluation du manque à gagner ne peut être établie qu'à partir de la tranche ferme du marché, dès lors que le contrat conclu le 1er juin 2021 entre la communauté de communes du Pays de Wissembourg et l'attributaire se limitait à cette tranche ferme, et qu'il n'était pas certain, à la date de signature de l'acte d'engagement, que les tranches optionnelles seraient levées. La requérante, sans être contredite sur ce point, indique que le chiffre d'affaires du marché s'élevait, pour la seule tranche ferme, à 844 509 euros. Pour évaluer son manque à gagner, la société GCM Démolition produit une attestation établie par un expert-comptable et une annexe détaillée indiquant, pour l'exercice comptable 2020, une marge nette, hors frais généraux, de 2,03 %. Dans ces conditions, il sera fait une juste appréciation du manque à gagner subi par la société GCM Démolition en le fixant à la somme de 17 200 euros.

24. La société GCM Démolition a droit aux intérêts au taux légal à compter de la date de réception par la communauté de communes du Pays de Wissembourg de sa demande indemnitaire préalable, datée du 30 juillet 2021 et dont l'accusé de réception du 3 août suivant, transmis en retour par la communauté de communes, indique qu'elle en a pris connaissance le 2 août 2021. Par suite, c'est à cette dernière date que les intérêts doivent commencer à courir.

25. Il résulte de tout ce qui précède que la société GCM Démolition est fondée à demander la condamnation de la communauté de communes du Pays de Wissembourg à lui verser une somme de 17 200 euros, portant intérêts au taux légal à compter du 2 août 2021.

Sur les frais d'instance :

26. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de la communauté de communes du Pays de Wissembourg une somme de 2 000 euros à verser à la société GCM Démolition en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En revanche, les dispositions de cet article font obstacle à ce que la société GCM Démolition, qui n'est pas la partie perdante, verse à la communauté de communes du Pays de Wissembourg et à la société Lingenheld Travaux Spéciaux les sommes que celles-ci réclament au même titre.

**D E C I D E :**

Article 1 : La communauté de communes du Pays de Wissembourg est condamnée à verser à la société GCM Démolition une somme de 17 200 (dix-sept mille deux cents) euros, augmentée des intérêts au taux légal à compter du 2 août 2021.

Article 2 : La communauté de communes du Pays de Wissembourg versera à la société GCM Démolition une somme de 2 000 (deux mille) euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 4 : Les conclusions de la communauté de communes du Pays de Wissembourg et de la société Lingenheld Travaux Spéciaux présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : Le présent jugement sera notifié à la SAS GCM Démolition, à la communauté de communes du Pays de Wissembourg et à la société Lingenheld Travaux Spéciaux.

Délibéré après l'audience du 5 septembre 2024, à laquelle siégeaient :

- M. Rees, président,
- Mme Dobry, conseillère,
- Mme Poittevin, conseillère.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 26 septembre 2024.

La rapporteure,

L. POITTEVIN

Le président,

P. REES

La greffière,

V. IMMELÉ

La République mande et ordonne à la préfète du Bas-Rhin en ce qui la 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,

L. RIVALAN