

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LIMOGES**

N° 1901417

REPUBLIQUE FRANÇAISE

Société A...

Mme Noémi Gaullier-Chatagner
Rapporteure

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Khéra Benzaïd
Rapporteuse publique

Le Tribunal administratif de Limoges

(2^{ème} chambre)

Audience du 2 février 2023
Décision du 23 février 2023

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires, enregistrés le 1^{er} août 2019, le 30 octobre 2019, le 29 janvier 2020, le 22 avril 2021 et le 29 septembre 2022, la société A..., représentée par Me Mouriesse, demande au tribunal, dans le dernier état de ses écritures :

1°) de condamner la société B... ou, à défaut, la communauté d'agglomération du bassin de Brive, à lui verser la somme de 213 153,91 euros hors taxes, soit 255 784,70 euros toutes taxes comprises, avec intérêts au taux légal à compter du 21 mai 2019, et capitalisation des intérêts, en réparation du préjudice subi en lien avec son éviction du marché de construction de l'institut de formation en soins infirmiers et l'aménagement de ses abords sur le site du campus universitaire de Brive-la-Gaillarde ;

2°) d'enjoindre à la société B... ou, à défaut, à la communauté d'agglomération du bassin de Brive, de lui verser ladite somme sous astreinte de cent euros par jour de retard à compter du mois suivant la notification de la décision à intervenir ;

3°) de mettre à la charge de la société B... ou, à défaut, de la communauté d'agglomération du bassin de Brive, le versement à son bénéfice de la somme de 4 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- sa requête est recevable ;
- la procédure d'attribution du marché est entachée d'illégalité dès lors que son offre, qui était économiquement la plus avantageuse, a néanmoins été écartée ;

- la procédure de passation du marché a été viciée par le déroulement de la négociation menée au mépris de l'égalité de traitement des candidats et en méconnaissance du respect de la confidentialité des offres lors de la négociation ;
- l'offre de la société C... aurait dû être écartée comme irrégulière ;
- la faute commise dans le choix de l'attributaire lui a causé un préjudice direct et certain correspondant aux sommes de 6 228,79 euros au titre des frais d'élaboration de son offre, 172 111 euros au titre du manque à gagner subi, calculé en tenant compte d'un taux de marge de 11,11% avant impôt, d'une somme de 34 814,12 euros au titre de son préjudice économique lié aux indemnités versées aux salariés placés en chômage partiel, soit un montant total pour l'ensemble de ses préjudices de 213 153,91 euros.

Par des mémoires en défense, enregistrés le 21 octobre 2019 et le 15 décembre 2021, la société B..., représentée par Me Gilles Le Chatelier, conclut :

1°) au rejet de la requête comme irrecevable et, à titre subsidiaire, comme non fondée ;

2°) en tout état de cause, à ce que le préjudice de la société A... soit ramené à de plus justes proportions ;

3°) à ce que la somme de 1 500 euros soit mise à la charge de la société A... en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la société A... n'est pas recevable à diriger sa requête à son encontre dès lors que la procédure d'attribution en litige a été organisée par ses soins au nom et pour le compte de la communauté d'agglomération ;
- la différence de note entre les deux sociétés candidates était minime, et la différence de prix de 49 000 euros ; cette justification est en accord avec les principes fondamentaux de la commande publique et l'attribution est légale ;
- la société C... pouvait librement décider de diminuer le coût global de son offre dans le cadre des négociations, sans que ce seul élément puisse être considéré comme étant constitutif d'une violation de la confidentialité de l'offre de la société A... ;
- la société C... dispose des qualifications équivalentes aux Qualibat n° 1312 et n° 2211, ainsi que l'ensemble des qualifications requises par le règlement de consultation ;
- la société A... ne démontre pas en quoi les sommes qu'elle invoque et les préjudices qu'elle prétend subir résulteraient de l'irrégularité de la procédure de passation du marché invoquée ; à titre subsidiaire, le taux de marge à prendre en considération pour déterminer le manque à gagner est une marge nette et non une marge avant impôts ; le préjudice invoqué par la requérante relatif au chômage partiel de ses salariés ne constitue pas un préjudice indemnisable en lien avec une éviction ; la société n'apporte aucun élément permettant d'établir un lien de causalité entre l'éviction de la société et le chômage partiel de ses salariés.

Par des mémoires en défense, enregistrés le 20 octobre 2020 et le 13 septembre 2022, la communauté d'agglomération du bassin de Brive, représentée par Me Chagnaud, conclut :

1°) au rejet de la requête comme non fondée ;

2°) à titre subsidiaire, à ce que le préjudice de la société A... soit ramené à de plus justes proportions ;

3°) à ce que la somme de 1 500 euros soit mise à la charge de la société A... en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les notes finales des entreprises candidates présentent une différence minimale ; il existe un écart de prix non négligeable entre les deux offres, dès lors il ne saurait lui être fait reproche d'avoir retenu la société C... ;
- la négociation s'est déroulée dans le strict respect de l'égalité de traitement et de la transparence de la procédure ;
- la société retenue dispose des qualifications requises par le règlement de la consultation ;
- la société requérante ne démontre pas l'existence d'un lien direct entre les irrégularités invoquées et les préjudices dont elle se prévaut ;
- à titre subsidiaire, si par extraordinaire le tribunal retenait l'indemnisation sollicitée au titre du manque à gagner, la demande relative au frais d'élaboration de l'offre devrait être écartée ; le taux de marge à prendre en compte pour déterminer le montant dû au titre du manque à gagner est une marge nette et non une marge avant impôt.

Vu :

- le code de la commande publique ;
- la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée ;
- 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 Gaullier-Chatagner,
- les conclusions de Mme Benzaïd, rapporteure publique,
- les observations de Me Mouriesse, représentant la société A... ;
- les observations de Me Chagnaud, représentant la communauté d'agglomération du bassin de Brive ;
- les observations de Me Boyer, substituant Me Le Chatelier, représentant la société B...

Considérant ce qui suit :

Sur les conclusions indemnitaires présentées contre la société B... :

1. Aux termes de l'article 3 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dans sa rédaction alors en vigueur : « *Dans la limite du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle qu'il a arrêtés, le maître de l'ouvrage peut confier à un mandataire, dans les conditions définies par la convention mentionnée à l'article 5, l'exercice, en son nom et pour son compte, de tout ou partie des attributions suivantes de la maîtrise d'ouvrage : / 1° Définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté ; / 2° Préparation*

du choix du maître d'œuvre, signature du contrat de maîtrise d'œuvre, après approbation du choix du maître d'œuvre par le maître de l'ouvrage, et gestion du contrat de maîtrise d'œuvre ; / 3° Approbation des avant-projets et accord sur le projet ; / 4° Préparation du choix de l'entrepreneur, signature du contrat de travaux, après approbation du choix de l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage, et gestion du contrat de travaux ; / 5° Versement de la rémunération de la mission de maîtrise d'œuvre et des travaux ; / 6° Réception de l'ouvrage, et l'accomplissement de tous actes afférents aux attributions mentionnées ci-dessus / Le mandataire représente le maître de l'ouvrage à l'égard des tiers dans l'exercice des attributions qui lui ont été confiées jusqu'à ce que le maître de l'ouvrage ait constaté l'achèvement de sa mission dans les conditions définies par la convention mentionnée à l'article 5. Il peut agir en justice. ». Il résulte de ces dispositions que le choix du maître d'œuvre et des entrepreneurs est réservé au maître d'ouvrage.

2. Il résulte de l'instruction qu'un contrat de mandat a été passé entre la société B... et la communauté d'agglomération du bassin de Brive le 13 septembre 2017, en vue de la construction de l'institut de formation en soins infirmiers et l'aménagement de ses abords sur le site du campus universitaire de Brive-la-Gaillarde. Aux termes de ce contrat de mandat, dont des extraits sont produits par la société B..., et dont la teneur n'est pas contestée par la communauté d'agglomération du bassin de Brive, la décision relative au choix du candidat relève du maître d'ouvrage, le mandataire ayant quant à lui notamment pour mission de notifier les résultats de la consultation « après décision du maître de l'ouvrage », et de « fournir à la collectivité les documents nécessaires à la mise en œuvre des actions en défense ou en demande ».

3. Par suite, la société A..., candidate évincée à l'attribution du marché de la construction de l'institut de formation en soins infirmiers et l'aménagement de ses abords sur le site du campus universitaire de Brive-la-Gaillarde, qui n'invoque aucune faute de la société B... détachable de l'exécution de son mandat, n'est pas fondée à solliciter sa condamnation à l'indemniser des préjudices résultant de son éviction.

Sur les conclusions indemnitaires présentées contre la communauté d'agglomération du bassin de Brive :

Sur l'indemnisation du préjudice subi à raison de l'illégalité de la conclusion du contrat :

4. En vue d'obtenir réparation de ses droits lésés, le concurrent évincé a la possibilité de présenter devant le juge du contrat des conclusions indemnitaires, à titre accessoire ou complémentaire à ses conclusions aux fins de résiliation ou de contestation de validité du contrat. Il peut également engager un recours de pleine juridiction distinct, tendant exclusivement à une indemnisation du préjudice subi à raison de l'irrégularité ayant, selon lui, affecté la procédure ayant conduit à son éviction. Il appartient au juge, si cette irrégularité est établie, de vérifier qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute en résultant et les préjudices dont le candidat demande l'indemnisation.

5. Aux termes de l'article 52 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : « I. - *Le marché public 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 public ou à ses conditions d'exécution. / Le lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément à l'article 38. / L'attribution sur la base d'un critère unique est possible dans des*

conditions fixées par voie réglementaire. / II. - Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence ».

6. 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 publique, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, de telles méthodes de notation.

7. Il résulte de l'instruction que le règlement de la consultation du marché en litige a fixé trois critères d'évaluation, relatifs à la valeur technique de l'offre, sa valeur économique et les délais d'exécution des ouvrages, respectivement pondérés à 50 %, 40% et 10%. Ainsi que le soutient la société, et n'est pas contesté par la société B... et la communauté d'agglomération du bassin de Brive, l'application des critères d'attribution a conduit au classement de la société A... au premier rang, avec une note totale de 98,73, soit un très faible écart avec la société retenue, classée deuxième, avec une note de 98,50. Le choix d'attribuer le marché, non à la société A... laquelle a par ailleurs obtenu une note de 50/50 s'agissant de la valeur technique de son offre, mais à la société C..., en raison du caractère moins onéreux de son offre, a eu pour effet de neutraliser les autres critères retenus, et d'éliminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Par suite, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens invoqués au titre de l'irrégularité de la procédure de passation du marché en litige, la société requérante est fondée à soutenir qu'en procédant de la sorte, la communauté d'agglomération du bassin de Brive a manqué à ses obligations de mise en concurrence.

En ce qui concerne les chances sérieuses pour la société d'obtenir le contrat :

8. 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, en principe et sauf stipulation contraire du contrat, à faire l'objet d'une indemnisation spécifique.

9. Il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'analyse des offres que l'examen des deux offres présentées par la société A... et la société C... a abouti à un faible écart de notation globale entre l'offre de la société requérante, classée première, et l'offre de la société attributaire, classée seconde. Par suite, la société A... qui a été privée d'une chance sérieuse d'emporter le marché dès lors que son offre, dont il n'est ni allégué ni démontré qu'elle était irrégulière, a été classée en première position, est fondée à soutenir que l'irrégularité commise

par la communauté d'agglomération du bassin de Brive ayant choisi de façon irrégulière la société classée seconde comme attributaire du marché, a été à l'origine directe de son éviction.

En ce qui concerne les préjudices invoqués :

10. L'entreprise candidate à l'attribution d'un marché public qui a été irrégulièrement évincée de ce marché qu'elle avait des chances sérieuses d'emporter a droit à être indemnisée de son manque à gagner, lequel doit être déterminé en prenant en compte le bénéfice net qu'aurait procuré ce marché à l'entreprise. L'indemnité due à ce titre, qui ne constitue pas la contrepartie de la perte d'un élément d'actif mais est destinée à compenser une perte de recettes commerciales, doit être regardée comme un profit de l'exercice au cours duquel elle a été allouée et soumise, à ce titre, à l'impôt sur les sociétés.

11. En premier lieu, il résulte de l'attestation d'un expert-comptable du 6 mai 2019, lequel a notamment vérifié le taux de marge moyen annoncé par la société au vu des sources Insee 2018 sur lesquelles celle-ci s'est fondée, que le manque à gagner subi par la société A... correspond à un taux de marge, avant impôt, de 11,11%. Dans ces conditions, et dès lors que son offre s'élevait à un montant de 1 549 000 euros, il sera fait une juste appréciation du manque à gagner subi par la société A... en l'évaluant à la somme de 172 094 euros.

12. En deuxième lieu, en l'absence de stipulation du contrat prévoyant une indemnisation spécifique des frais de présentation des offres des candidats, la société A... n'est pas fondée à solliciter une indemnité complémentaire de 6 228,89 euros au titre des frais de présentation de l'offre distincte de celle réparant son manque à gagner.

13. En troisième lieu, il résulte de l'instruction que la société A... a été contrainte de présenter, le 25 mars 2019, soit deux mois après le rejet de son offre, une demande d'autorisation préalable d'activité partielle. La société produit un tableau dont les éléments chiffrés ne sont pas contestés. Il en résulte que la somme de 34 814,12 euros est restée à sa charge. Dans ces conditions, il y a lieu de faire droit à la demande indemnitaire présentée en réparation du préjudice subi à ce titre par la société et de mettre à la charge de la communauté d'agglomération du bassin de Brive la somme de 34 814,12 euros.

14. Il résulte de ce qui précède que la communauté d'agglomération du bassin de Brive doit être condamnée à verser à la société A... la somme de 206 908,12 euros soit 82 988,12 euros, déduction faite de la provision déjà versée de 123 920 euros en application de l'ordonnance rendue le 26 janvier 2021 par le juge des référés du tribunal.

En ce qui concerne les intérêts et la capitalisation des intérêts :

15. La société A... a droit, comme elle le demande, aux intérêts au taux légal sur cette somme à compter du 6 septembre 2019, date à laquelle la communauté d'agglomération du bassin de Brive a réceptionné sa demande préalable indemnitaire.

16. Pour l'application des dispositions de l'article 1343-2 du code civil, la capitalisation des intérêts peut être demandée à tout moment devant le juge du fond. Cette demande prend toutefois effet au plus tôt à la date à laquelle elle est enregistrée et pourvu qu'à cette date il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière. Le cas échéant, la capitalisation s'accomplit à nouveau à l'expiration de chaque échéance annuelle ultérieure sans qu'il soit besoin de formuler une nouvelle demande.

17. La demande de capitalisation des intérêts a été présentée avec l'enregistrement de la requête le 1er août 2019. En conséquence, la société A... a droit à la capitalisation de ces intérêts à compter du 6 septembre 2020, date à laquelle une année d'intérêt était due, ainsi qu'à chaque échéance annuelle à compter de cette date pour produire eux-mêmes intérêts

Sur les conclusions aux fins d'injonction et d'astreinte :

18. L'exécution du présent jugement, qui condamne la communauté d'agglomération du bassin de Brive à indemniser la société requérante des conséquences dommageables de son éviction irrégulière n'implique pas qu'une mesure d'exécution distincte soit prise. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, d'assortir la condamnation prononcée à l'encontre de la communauté d'agglomération du bassin de Brive d'une astreinte.

Sur les frais liés au litige :

19. 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 A..., qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que la société B... et la communauté d'agglomération du bassin de Brive demandent au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Il y a lieu, en revanche, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de la communauté d'agglomération du bassin de Brive une somme de 1 500 euros à verser à la société A..., en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

Article 1^{er} : La communauté d'agglomération du bassin de Brive est condamnée à verser à la société A... une somme de 82 988,12 euros (quatre-vingt-deux-mille-neuf-cent-quatre-vingt-huit euros et douze centimes), compte tenu de la provision de 123 920 euros (cent-vingt-trois-mille-neuf-cent-vingt euros) déjà versée, assortie des intérêts à compter du 6 septembre 2019 et de la capitalisation des intérêts à compter du 6 septembre 2020.

Article 2 : La communauté d'agglomération du bassin de Brive versera à la société A... une somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions présentées par la société B... et la communauté d'agglomération du bassin de Brive au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 5 : Le présent jugement sera notifié à la société A..., à la société B... et à la communauté d'agglomération du bassin de Brive.

Délibéré après l'audience du 2 février 2023 où siégeaient :

- M. Normand, président,
- Mme Siquier, première conseillère,
- Mme Gaullier-Chatagner, conseillère.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 23 février 2023.

La rapporteure,

Le président,

N. GAULLIER-CHATAGNER

N. NORMAND

Le greffier,

M. DELAGE

La République mande et ordonne
au préfet de la Corrèze 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
Pour le Greffier en Chef
Le Greffier

M. DELAGE