

N° 16MA04379

SNC VENDASI

M. Grimaud
Rapporteur

M. Thiele
Rapporteur public

Audience du 19 mars 2018
Lecture du 30 mars 2018

39-02-005
C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

La cour administrative d'appel de Marseille

6^{ème} Chambre

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La SNC Vendasi a demandé au tribunal administratif de Bastia, d'une part, d'annuler le marché conclu le 18 juillet 2014 entre la collectivité territoriale de Corse et le groupement des entreprises Raffalli et Pompeani en vue de l'aménagement du carrefour de la route nationale n° 193 situé à Furiani et, d'autre part, de condamner la collectivité territoriale de Corse à lui verser la somme de 3 046 327 euros hors taxes, majorée des intérêts moratoires et de leur capitalisation, en réparation des préjudices qu'elle impute à son éviction de la procédure de passation du marché.

Par un jugement n° 1400700 du 4 octobre 2016, le tribunal administratif de Bastia a rejeté ses demandes.

Procédure devant la Cour :

Par une requête enregistrée le 28 novembre 2016, la SNC Vendasi, représentée par Me Nesa, demande à la Cour :

1°) d'annuler le jugement du tribunal administratif de Bastia du 4 octobre 2016 ;

2°) d'annuler le marché conclu le 18 juillet 2014 entre la collectivité territoriale de Corse et le groupement des entreprises Raffalli et Pompeani ;

3°) de condamner la collectivité de Corse à lui verser la somme de 3 046 327 euros hors taxes, majorée des intérêts moratoires et de leur capitalisation ;

4°) d'enjoindre à la collectivité de Corse de produire le rapport d'analyse des offres ;

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

Elle soutient que :

- le jugement méconnaît le droit à un procès équitable reconnu par les stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales car il met à sa charge une preuve impossible ;

- en l'absence de communication du rapport d'analyse des offres, de l'acte d'engagement et du bordereau de prix unitaires de l'attributaire, son droit au recours a été méconnu ;

- le président de la collectivité territoriale de Corse n'a pas été autorisé à signer le marché, la délibération l'autorisant à lancer la première procédure ne pouvant remplir cet office ;

- la commission d'appel d'offres était irrégulièrement composée dès lors que le président du conseil exécutif n'y siégeait pas ;

- le classement sans suite de la précédente procédure de passation est irrégulier car il n'a pas été décidé par une délibération ;

- le classement sans suite de la précédente procédure de passation est irrégulier car il n'est assorti d'aucune motivation ;

- le classement sans suite de la précédente procédure est infondé faute de motif d'intérêt général le justifiant ;

- le classement sans suite de la précédente procédure de passation est entaché de détournement de procédure ;

- le sous-critère relatif à la qualité de matériaux et au respect de l'environnement est sans rapport avec le critère de la valeur technique ;

- le sous-critère relatif à la qualité de matériaux et au respect de l'environnement a été irrégulièrement neutralisé ;

- ce sous-critère n'étant pas assorti de précisions quant aux modalités de son évaluation, il est irrégulier ;

- l'offre du groupement attributaire était irrégulière faute de réponse au sous-critère respect de l'environnement ;

- l'offre du groupement attributaire était irrégulière faute de précision sur les moyens techniques et le rendement de chaque poste ;

- cette offre était également irrégulière en raison de l'absence d'éléments complets sur la liste et la provenance des matériaux ;

- la collectivité territoriale de Corse a commis une erreur manifeste d'appréciation en n'écartant pas l'offre du groupement attributaire comme anormalement basse.

Par un mémoire enregistré le 13 février 2017, la collectivité de Corse, représentée par Me Bensoussan, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 4 000 euros soit mise à la charge de la SNC Vendasi en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les moyens soulevés par la SNC Vendasi sont infondés ;
- l'indemnité éventuellement due doit être limitée au bénéfice net qu'aurait procuré l'exécution du marché.

Par un mémoire enregistré le 25 octobre 2017, la société Raffalli TP, représentée par Me Rayssac, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 4 500 euros soit mise à la charge de la SNC Vendasi en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la requête est irrecevable car la SNC Vendasi n'est pas représentée par son représentant légal et n'a pas qualité pour agir au nom des autres membres du groupement ;
- les moyens soulevés par la SNC Vendasi sont infondés ;
- l'indemnité éventuellement due doit être limitée au bénéfice net qu'aurait procurée l'exécution du marché.

Par une ordonnance du 12 octobre 2017, la clôture de l'instruction a été fixée au 30 octobre 2017.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de commerce ;
- le code des marchés publics ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Philippe Grimaud, rapporteur ;
- les conclusions de M. Renaud Thiele, rapporteur public ;
- et les observations de Me Marcaggi-Mattei, substituant Me Nesa pour la SNC Vendasi, de Me Klein substituant Me Jouanneau pour la collectivité de Corse et de Me Naulleau substituant Me Rayssac pour la société Raffalli TP.

1. Considérant que la collectivité de Corse a, le 18 juillet 2014, conclu avec un groupement composé des entreprises Raffalli TP et Pompéani un marché de travaux publics relatifs à la reconfiguration et à l'aménagement du carrefour de Furiani sur la route nationale n° 193 ; que le tribunal administratif de Bastia a, le 4 octobre 2016, rejeté les conclusions de la SNC Vendasi tendant à l'annulation de ce marché et à l'indemnisation du préjudice qu'elle impute à son éviction de la procédure de passation de ce marché ;

Sur la recevabilité de la requête :

2. Considérant qu'en tant que société en nom collectif, la société Vendasi est régulièrement engagée dans ses rapports avec les tiers par son gérant, qui a également qualité de plein droit pour agir en justice en son nom en vertu des dispositions de l'article L. 221-5 du code de commerce ; que, par suite, la fin de non-recevoir invoquée à ce titre à l'encontre de la société requérante doit être écartée ;

3. Considérant que les sociétés Vendasi, Antoniotti, Via Corsa et PM Raffalli ont, le 13 décembre 2013, constitué par leur signature commune de l'acte d'engagement un groupement momentané solidaire d'entreprises et ont désigné la SNC Vendasi en qualité de mandataire pour représenter les membres du groupement auprès du maître de l'ouvrage ; que si ce mandat n'a pas pour effet de confier à ce mandataire la représentation exclusive des autres entreprises solidaires devant le juge, elle lui ouvre la possibilité d'agir en justice au nom du groupement ; que la société Raffalli TP n'est dès lors pas fondée à soutenir que la requête présentée au nom du groupement par la société Vendasi serait irrecevable ;

Sur le bien-fondé du jugement attaqué et sans qu'il soit besoin de statuer sur sa régularité :

En ce qui concerne les conclusions à fin d'annulation :

4. Considérant qu'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 ; que cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité ; que si le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé

dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ; que le tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction ;

5. Considérant que la décision n° 358994 du 4 avril 2014 du Conseil d'Etat, statuant au contentieux a jugé que le recours défini ci-dessus ne trouve à s'appliquer, selon les modalités précitées et quelle que soit la qualité dont se prévaut le tiers, qu'à l'encontre des contrats signés à compter de la lecture de cette même décision ; qu'il en résulte que le recours de la SNC Vendasi, formé à l'encontre d'un contrat conclu le 18 juillet 2014, doit être apprécié au regard des règles fixées par cette décision ;

6. Considérant qu'aux termes des dispositions du III de l'article 53 du code des marchés publics, alors en vigueur : *« Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue »* ; qu'aux termes des dispositions du 1° du I de l'article 35 du même code : *« Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation »* ; qu'aux termes des dispositions de l'article 5.1 du règlement de consultation du marché : *« le candidat fournira : (...) un mémoire technique explicitant l'offre du candidat, destiné à l'analyse de la valeur technique de l'offre, et comprenant trois volets : / (...) volet n° 2 (pondération : 15 %) : moyens matériels et humains que l'entrepreneur compte affecter à chaque poste de travail et le rendement estimé de chaque poste. Présentation de l'équipe chargée de suivre l'opération (compétences, CV, travaux similaires réalisés, etc.) »* ; que ce même article 5-1 du règlement de consultation du marché imposait aux candidats de produire un mémoire technique comprenant notamment un volet n° 3, assorti d'une pondération de 10 % et relatif à *« la qualité des matériaux (dont les fiches techniques seront jointes), la façon dont l'entrepreneur compte organiser la sécurité sur le chantier (moyens humains et matériels mis à disposition, organisation), les mesures prises pour garantir la propreté des lieux et le respect de l'environnement, toutes justifications et observations utiles que l'Entrepreneur souhaite apporter à son offre »* ;

7. Considérant qu'il résulte de l'instruction, et notamment du rapport d'analyse des offres que l'offre du groupement Raffalli-Pompéani ne mentionnait pas le rendement estimé de chaque poste et que la liste et la provenance des matériaux que le groupement comptait utiliser sur le chantier était incomplète ; qu'il en résulte que l'offre du groupement attributaire était incomplète et par suite irrégulière et devait dès lors être rejetée par le pouvoir adjudicateur ;

8. Considérant qu'il résulte de ce qui vient d'être dit que l'offre du groupement Raffalli-Pompéani devait en tout état de cause être écartée ; qu'il en résulte que l'offre du groupement Vendasi-Antoniotti-Via Corsa-PM Raffalli, seule autre offre en lice, aurait dû être classée première, conduisant à l'attribution du marché à ce groupement ; que le vice ainsi relevé affecte directement la personne même de l'attributaire du contrat et, par suite, les conditions dans lesquelles la personne publique a exprimé son consentement ; qu'il y a lieu par suite, en l'absence d'atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler le contrat litigieux ;

9. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'enjoindre au pouvoir adjudicateur de produire le rapport des analyses des offres dès lors que les extraits pertinents figurent au dossier, que la SNC Vendasi est fondée à demander l'annulation du jugement du tribunal administratif de Bastia du 4 octobre 2016 ;

En ce qui concerne les conclusions indemnitaires :

10. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le groupement Vendasi-Antoniotti-Via Corsa-PM Raffalli disposait de chances très sérieuses de remporter le marché ; qu'il a dès lors droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner en résultant pour lui, 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 ; que 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 ; que si la société Vendasi établit que son taux de marge nette habituel est de 4,28 %, celui-ci n'est pas nécessairement représentatif du bénéfice net qu'aurait procuré l'exécution du marché aux entreprises du groupement ;

11. Considérant qu'en l'état de l'instruction, la Cour ne dispose pas des éléments lui permettant de déterminer le bénéfice qu'aurait procuré l'exécution du marché aux entreprises du groupement ; qu'il convient, dès lors, avant de statuer sur la requête, d'ordonner une expertise aux fins, pour l'expert, d'éclairer la Cour sur ce point ;

D É C I D E :

Article 1^{er} : Le jugement n° 1400700 du tribunal administratif de Bastia du 4 octobre 2016 est annulé.

Article 2 : Le marché conclu entre le groupement Raffalli-Pompeani et la collectivité de Corse est annulé.

Article 3 : Il sera, avant de statuer sur la requête de la SNC Vendasi, procédé à une expertise contradictoire en présence de ladite société, de la société Via Corsa, de la société Antoniotti, de la société PM Raffalli et de la collectivité de Corse, avec mission pour l'expert, qui sera désigné par le président de la Cour, de :

- prendre connaissance de l'entier dossier ;
- se faire communiquer l'intégralité des pièces de l'offre du groupement Vendasi-Antionotti-Via Corsa-PM Raffalli et les documents de préparation de cette offre élaborée par chaque entreprise ;
- se faire communiquer les pièces comptables permettant de déterminer le niveau des produits et charges habituels de ces entreprises ;
- déterminer, compte tenu des charges fixes et variables que ces sociétés auraient supporté dans l'exécution du marché et, compte tenu des recettes procurées par celui-ci, la marge nette perdue par chacune d'elles du fait de l'absence d'exécution du marché par leurs soins.

Article 4 : L'expert accomplira sa mission dans les conditions prévues par les articles R. 621-2 à R. 621-14 du code de justice administrative.

Article 5 : Tous droits et moyens des parties sur lesquels il n'est pas statué par le présent arrêt sont réservés.

Article 6 : Le présent arrêt sera notifié à la SNC Vendasi, à la collectivité de Corse et à la société Raffalli.

Copie en sera adressée à la société Antoniotti, à la société Via Corsa et à la société PM Raffalli.

Délibéré après l'audience du 19 mars 2018, où siégeaient :

- Mme Isabelle Carthé Mazères, président,
- M. Philippe Grimaud, premier conseiller,
- M. Allan Gautron, premier conseiller.

Lu en audience publique, le 30 mars 2018.

Le rapporteur,

Le président,

Signé

Signé

Philippe GRIMAUD

Isabelle CARTHE MAZERES

Le greffier,

Signé

Jessica NOUVEL

La République mande et ordonne au préfet de la Haute-Corse en ce qui le concerne ou à tous huissiers 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,

Le greffier,