

Références

CAA de NANTES

N° 17NT01869

Inédit au recueil Lebon

4ème chambre

M. LAINE, président
Mme Marie-Paule ALLIO-ROUSSEAU, rapporteur
M. BRECHOT, rapporteur public
SCP DELAGE BEDON ROUXEL, avocat

lecture du vendredi 29 mars 2019

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société Erics Associés et la société Altaris ont demandé au tribunal administratif de Rennes de condamner le ministère de la défense à leur verser la somme de 218 400 euros en réparation du préjudice causé par leur éviction irrégulière du marché à bons de commande conclu le 24 juin 2014 entre le ministre de la défense et la société AFC Formation en vue de la réalisation de prestations de formation au profit du personnel militaire et civil du service du commissariat des armées (SCA) et des commissaires affectés hors SCA, scindé en 14 lots et destinées aux sept plateformes géographiques du SCA, les lots impairs pour lesquels elles ont soumissionné correspondant aux formations " achats publics ", et d'assortir cette somme des intérêts au taux légal à compter de la date de réception par le ministère de la défense de leur courrier du 11 février 2015 et de la capitalisation annuelle de ces intérêts.

Par un jugement n° 1501876 du 20 avril 2017, le tribunal administratif de Rennes a rejeté leur demande.

Procédure devant la cour :

Par une requête, enregistrée le 19 juin 2017, la société Erics Associés et la société Altaris, représentées par MeA..., demandent à la cour :

1°) d'annuler ce jugement du tribunal administratif de Rennes du 20 avril 2017 ;

2°) de condamner l'Etat à leur verser une indemnisation de 218 400 euros au titre de la non-attribution irrégulière du marché de réalisation de formations dans le domaine " achats publics " et " finances " pour le personnel militaire et civil du SCA et des commissaires affectés hors SCA pour les lots 1, 3, 5, 7, 9, 11 et 13 ;

3°) d'assortir cette somme des intérêts au taux légal à compter de la date de réception par le ministère de la défense de leur courrier du 11 février 2015 et de la capitalisation annuelle de ces intérêts ;

4°) de mettre à la charge de l'Etat une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que :

- le ministère de la défense a commis plusieurs manquements à ses obligations de mise en concurrence lors de la passation des marchés en cause qui sont la rupture d'égalité de traitement des candidats lors de la négociation, l'irrégularité des critères de sélection des offres et de la pondération mise en oeuvre conduisant à la neutralisation du critère financier et à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie, l'irrégularité du critère tenant à la nécessité d'être en mesure de dispenser plusieurs formations simultanément, la méconnaissance de l'article 10 du code des marchés publics imposant l'examen des candidatures lot par lot et la méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats ;
- elles sont fondées à obtenir l'indemnisation du manque à gagner dès lors qu'elles disposaient de chances sérieuses d'obtenir le marché pour les lots 1, 3, 5, 7, 9, et 11 ; ce préjudice évalué à la somme de 218 400 euros comprend les frais de préparation de l'offre, soit 5 600 euros correspondant à 7 jours de travail à 800 euros par jour et la marge nette attendue sur 4 ans soit 212 800 euros.

Par un mémoire en défense, enregistré le 15 janvier 2018, le ministre des armées conclut au rejet de la requête.

Il soutient que les moyens soulevés par la société Erics associés et la société Altaris ne sont pas fondés.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- 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 Mme Allio-Rousseau,
- les conclusions de M. Bréchet, rapporteur public,
- et les observations de MeB..., représentant la société Erics Associés et la société Altaris, et de M.C..., représentant la ministre des armées.

Une note en délibéré présentée par la ministre des armées a été enregistrée le 15 mars 2019.

Considérant ce qui suit :

1. Le ministère de la défense a lancé, le 6 février 2014, par avis d'appel public à la concurrence publié le 11 février 2014 sur le site internet " plateforme des marchés publics de l'Etat ", selon la procédure adaptée prévue par les articles 28 et 30 du code des marchés publics, un marché à bons de commande, reconductible sur trois ans, en vue de la réalisation de prestations de formation au profit du personnel militaire et civil du service du commissariat des armées (SCA) et des commissaires affectés hors SCA, scindé en quatorze lots, d'un montant maximum de 10 000 euros par lot, destinées aux sept plateformes géographiques du SCA (Saint-Germain-en-Laye, Metz, Lyon, Toulon, Bordeaux, Rennes, Brest), les lots impairs correspondant aux formations " achats publics " envisagées pour chacune de ces plateformes et les lots pairs aux formations " finances ". Le groupement constitué de la société Erics associés et de la société Altaris a présenté sa candidature et son offre pour l'attribution de l'ensemble des sept lots impairs " formations achats " du marché. Après négociation, ces sociétés ont obtenu une note technique pondérée de 76,50 points sur 90 et une note financière de 9,94 points sur 10. Leur offre a été rejetée pour chacun des lots par décisions du pouvoir adjudicateur notifiées le 14 mai 2014, le ministre de la défense ayant attribué l'intégralité de ces lots à la société ACP Formation qui a obtenu 85,50 points au titre de la valeur technique et 7,90 points au titre de la valeur financière. La société Erics et Associés et la société Altaris relèvent appel du jugement du 20 avril 2017 par lequel le tribunal administratif de Rennes a rejeté leur demande tendant à la condamnation de l'Etat à leur verser une somme de 218 400 euros en réparation du préjudice causé par leur éviction, qu'elles estiment irrégulière, du marché à bons de commande conclu le 24 juin 2014 entre le ministre de la défense et la société AFC Formation.

Sur les conclusions indemnitaires :

En ce qui concerne la validité du contrat :

2. En premier lieu, aux termes de l'article 10 du code des marchés publics : " Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. (...) Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination (...)".

3. Aux termes de l'article 2.4 " allotissement " du règlement de consultation, pour la réalisation de formations dans les domaines " achats publics " et " finances " pour le personnel militaires et civils du SCA et des commissaires affectés hors SCA, le pouvoir adjudicateur a décidé de scinder le marché à bons de commande en quatorze lots, d'un montant maximum de 10 000 euros par lot, destinés aux sept plateformes géographiques du SCA (Saint-Germain-en-Laye, Metz, Lyon, Toulon, Bordeaux, Rennes, Brest), les lots impairs correspondant aux formations " achats publics " envisagées pour chacune de ces plateformes et les lots pairs aux formations " finances ". Il ne résulte pas que, ce faisant, la décision prise par le ministre de la défense de répartir ainsi distinctement les prestations de formation " achats " et " finances " en lots géographiques aurait eu pour effet de restreindre les possibilités d'attribution du marché aux seules entreprises disposant d'un nombre suffisant d'intervenants susceptibles de couvrir 3 sessions en simultané au sein d'un même lot pour les formations achats, dès lors que chaque entreprise pouvait postuler pour un seul lot et que le regroupement d'entreprises, comme l'ont d'ailleurs fait les sociétés Erics Associés et Altaris en l'espèce, était autorisé. Il n'est pas davantage établi que la société ayant remporté le marché aurait été la seule à pouvoir présenter une offre sur la totalité des lots. Dans ces conditions la décomposition du marché " achats publics " en autant de lots que de plateformes, justifiée par l'organisation du service et le découpage géographique des zones concernées caractérisant l'existence de prestations distinctes, ne révèle, par suite, aucun manquement par le ministère de la défense à ses obligations de mise en concurrence. Le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 10 du code des marchés publics doit en conséquence être écarté.

4. En deuxième lieu, aux termes de l'article 28 du code des marchés publics : " Lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, les marchés de fournitures, de services ou de travaux peuvent être passés selon une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir

adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat. / Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix. / (...) ". Il résulte de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur peut légalement recourir, dans le cadre d'une procédure adaptée, à la négociation en choisissant librement les éléments sur lesquels celle-ci peut porter. Toutefois, si le pouvoir adjudicateur a décidé de faire usage de sa faculté de négocier dans le cadre d'une procédure adaptée, il doit en informer les candidats dès le lancement de la procédure et ne peut alors renoncer à négocier en cours de procédure. S'il choisit, comme il lui est loisible de le faire, de ne négocier qu'avec certains des candidats qui ont présenté une offre, il appartient au juge, saisi d'un moyen sur ce point, de s'assurer qu'il n'a méconnu aucune des règles qui s'imposent à lui, notamment le principe d'égalité de traitement des candidats.

5. D'une part, il résulte de l'instruction que l'article 3.2 du règlement de la consultation prévoit que le pouvoir adjudicateur mènera " une négociation sur les aspects techniques et/ou financiers avec les deux entreprises dont les offres auront été jugées les plus satisfaisantes au regard des critères d'attribution pour chacun des lots ". Le ministre de la défense a classé, sur la valeur technique de leurs offres, en première position, la société ACP Formation avec une note pondérée de 85,50 points, et ex-aequo en deuxième position, le groupement des sociétés Erics Associés et Altaris et la société CKS Public avec la même note pondérée à 76,50 points. Ainsi, c'est sans méconnaître les dispositions de l'article 28 du code des marchés publics, ni celles de l'article 3.2 du règlement de la consultation, qu'estimant que les offres techniques étaient satisfaisantes, le ministre de la défense a ouvert le 15 avril 2014 une négociation portant exclusivement sur le critère prix afin de départager la société ACP Formation des deux candidats seconds ex-aequo dont les sociétés requérantes. D'autre part, il résulte de l'instruction qu'avant la négociation ouverte par le ministre sur le critère financier et, compte tenu de la pondération du critère technique, l'offre de la société ACP Formation disposait d'une note technique de nature à lui faire remporter le marché. Toutefois la circonstance que le ministère de la défense a mis en oeuvre la procédure de négociation en vue d'obtenir un meilleur prix, notamment de la part du candidat ayant obtenu la meilleure note technique, n'est pas de nature à porter atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats ou à l'obligation de mise en concurrence dès lors que chaque entreprise a pu déposer une nouvelle offre sur ce critère en cours de négociation et que le choix de recourir à une négociation sur le prix a eu pour objet de contribuer à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans ces conditions, le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 28 du code des marchés publics doit être écarté.

6. En troisième lieu, aux termes de l'article 53 du code des marchés publics : " I - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : / 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ; / 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix. " .

7. Le règlement de la consultation prévoyait que les offres devaient être appréciées, d'une part, au regard d'un critère de valeur technique noté sur 100 points, représentant 90 % de la note totale, et comprenant les sous-critères suivants : " Clarté, précision et facilité d'exploitation du dossier technique " (15 points), " Qualité du support de cours remis à l'apprenant " (20 points), " Qualifications et expériences des intervenants " (35 points), " Nombre d'intervenants " (15 points), comportant l'obligation de " préciser le nombre d'intervenants susceptibles de couvrir trois sessions en simultané pour les formations achats ", " Lieux de formations en inter-entreprises et seuil de rentabilité " (10 points) et " Moyens matériels et pédagogiques " (5 points), d'autre part, selon un " critère financier " noté sur 10 points et représentant 10 % de la note totale, correspondant au prix. Il résulte de l'instruction que la pondération particulièrement disproportionnée entre le critère technique et le critère financier, dont le ministre de la défense n'établit pas la nécessité au regard de l'objet du marché de prestations de formation, a pour effet en pratique de contrecarrer la portée du critère du prix dans l'appréciation globale des offres. Ainsi, l'attribution d'une note technique supérieure de 10 points à un candidat par rapport à celles des autres, sur la base de plusieurs sous-critères dont le poids même pondéré est supérieur dans l'appréciation de l'offre globale de chaque candidat, neutralise manifestement le critère financier de sorte que les offres ne pouvaient être différenciées de manière significative qu'au regard de leur valeur technique. Dès lors, une telle pondération des critères est de nature à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie pour chaque lot. Ainsi, et alors même que le marché était fractionné à bons de commandes avec un maximum annuel de 10 000 euros TTC par lot, le ministre de la défense doit être regardé comme ayant, pour les lots de formation " achats publics " en litige, méconnu les règles de la concurrence et le principe d'égalité entre les candidats.

8. Lorsque le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en oeuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères, il doit porter à la connaissance des candidats leurs conditions de mise en oeuvre dès lors que ces sous-critères sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection.

9. L'article V du règlement de la consultation prévoit que seront retenus un critère financier pour 10 % et un critère de valeur technique pour 90 %, celui-ci se déclinant sur 100 points entre les six sous-critères énumérés au point 7. Le groupement de sociétés Erics Associés et Altaris a présenté sa candidature pour la totalité des lots impairs 1, 3, 5, 7, 9, 11 et 13 du marché formation " achats publics " et a obtenu pour les 7 lots, s'agissant du sous critère 3 " qualifications et expériences des intervenants " la même note de 25/35 et la même appréciation suivante : " le nombre reste limité en formateurs. Il existe une réelle difficulté pour le cas où 3 formations sont demandées en simultané. Tous n'ont pas assuré de formation sur lesquelles ils peuvent être désignés " et, s'agissant du sous critère 4 " nombre d'intervenants " la même appréciation suivante : " votre proposition n'est pas très explicite pour la demande de possibilité des 3 formations en simultané. Manque de précision sur l'organisation mise en place. Aurait mérité plus de détail (...) ", la note attribuée sur ce sous critère n'étant pas précisée.

10. Les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics permettent au pouvoir adjudicateur de retenir, en procédure adaptée, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des

candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, ainsi que sur le nombre lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire. Il résulte de l'instruction qu'en égard à la technicité requise dans le domaine des formations " achats publics " le recours au sous-critère tenant à l'expérience des intervenants, noté sur 35 points, ainsi que le sous-critère afférent au nombre d'intervenants, noté sur 15 points, qui permet d'évaluer la capacité du candidat à assurer matériellement une prestation de formation simultanément sur une zone géographique, qu'il soit attributaire d'un ou plusieurs lots, et qui n'est nullement redondant avec le précédent, était justifié par un impératif d'organisation du service et non par l'intention du pouvoir adjudicateur de privilégier un candidat particulier. Au cas particulier, il résulte de l'instruction que si les sociétés requérantes n'ont obtenu respectivement que 25 points sur 35 et 10 points sur 15 pour les sous-critères relatifs à la qualification et à l'expérience des intervenants et à leur nombre, c'est au motif que les formateurs retenus n'avaient pas tous déjà assuré des formations sur lesquelles ils pouvaient être désignés et que l'offre n'était pas explicite notamment sur la possibilité de trois formations en simultané. Ainsi, il ne ressort ni de son principe ni des appréciations portées sur l'offre du groupement composé des sociétés Erics associés et Altaris que la prise en compte de ces deux sous-critères aurait revêtu un caractère discriminatoire destiné à privilégier l'attributaire du marché.

11. Il résulte de ce qui précède que les sociétés Erics associés et Altaris sont, pour le motif analysé au point 7, fondées à soutenir que c'est à tort que les premiers juges ont écarté le moyen tiré de ce que le contrat litigieux a été conclu au terme d'une procédure irrégulière.

En ce qui concerne le droit à indemnisation :

12. Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait 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 d'abord si l'entreprise était dépourvue de toute chance de remporter le marché. Dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité. Dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre. Dans le cas où l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché, elle a droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner qu'elle a subi.

13. Il résulte de ce qui a été énoncé au point 10, et compte tenu de la supériorité de la valeur technique des offres de l'attributaire, que le groupement composé de la société Erics associés et de la société Altaris n'établit pas, contrairement à ce qu'il soutient, que du fait de la mauvaise appréciation des sous-critères 3 et 4 du critère technique, elles auraient été privées d'une chance sérieuse de remporter les marchés.

14. En revanche, elles n'étaient pas dénuées de toute chance de se voir attribuer le marché sur les lots 1, 3, 5, 7, 9, et 11, pour lesquels leurs offres étaient classées première financièrement et deuxième techniquement, à la différence de l'offre portant sur le lot 13 de Brest où les requérantes n'étaient classées qu'en troisième position avec des écarts permettant de penser qu'elles étaient dénuées de toute chance de se voir attribuer ce marché. Il résulte dans ces conditions de l'instruction, notamment des justificatifs produits, que ces sociétés sont fondées à demander la condamnation de l'Etat à leur verser une somme au titre des frais d'élaboration de leur offre, à hauteur de 4 800 euros TTC, correspondant aux 6/7èmes de la totalité des frais de préparation des offres. Il y a lieu d'assortir cette somme des intérêts au taux légal à compter de la réception de la demande préalable et de la capitalisation de ces intérêts à chaque échéance annuelle.

15. Il résulte de tout ce qui précède que les sociétés Erics associés et Altaris sont fondées à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Rennes a rejeté leurs conclusions indemnitaires.

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

16. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de l'Etat la somme de 1 500 euros au titre des frais exposés par les sociétés Erics associés et Altaris et non compris dans les dépens.

DÉCIDE :

Article 1er : Le jugement du tribunal administratif de Rennes du 20 avril 2017 est annulé.

Article 2 : L'Etat est condamné à verser la somme globale de 4 800 euros TTC à la société Erics associés et à la société Altaris. Cette somme sera assortie des intérêts au taux légal à compter de la date du 11 février 2015 et de la capitalisation annuelle de ces intérêts.

Article 3 : L'Etat versera une somme globale de 1 500 euros à la société Erics associés et à la société Altaris au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête de la société Erics associés et de la société Altaris est rejeté.

Article 5 : Le présent arrêt sera notifié à la société Erics associés, à la société Altaris et au ministre des armées.

Délibéré après l'audience du 12 mars 2019, à laquelle siégeaient :

- M. Lainé, président de chambre,
- Mme Tiger-Winterhalter, présidente assesseure,
- Mme Allio-Rousseau, premier conseiller.

Lu en audience publique, le 29 mars 2019.

Le rapporteur,
M-P. Allio-Rousseau Le président,
L. Lainé

Le greffier,
V. Desbouillons

La République mande et ordonne au ministre des armées en ce qui le concerne, et 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.

2
N° 17NT01869