

Conclusions de Serge GOUES
Rapporteur public de la IV^{ème} chambre du Tribunal administratif
de Toulouse

MARCHES PUBLICS
Fin des contrats - Nullité

Affaire : n°1603873–Société à actions simplifiées unipersonnelle SERPE

Audience du 20 mars 2019

Lecture du 29 mars 2019

La Société à actions simplifiées unipersonnelle (SASU) SERPE (Société d'Entretien et de Restauration du Patrimoine et de l'Environnement) est spécialisée dans les études de faisabilité, conception et réalisation de systèmes de traitements végétalisés pour l'épuration des eaux, la création ou restauration des milieux aquatiques à vocation épuratoires, enfin l'expertise d'installations existantes. C'est dans ce cadre qu'elle a répondu à l'avis d'appel public à la concurrence pour la passation d'un marché de travaux d'assainissement des eaux usées et d'eau potable publié par la commune de Sauclières, village aveyronnais à la frontière avec le Gard, comptant environ 150 habitants. La société SERPE, en qualité de mandataire du groupement solidaire qu'elle constituait avec la société Triaire, s'est portée candidate pour le lot n° 2 relatif à la construction d'une station d'épuration de type FPR - 100 EH, c'est-à-dire de type biologique, à base de roseaux pour filtrer les eaux usées. Mais, par un courrier du 20 juin 2016, le maire de la commune l'a informé du rejet de son offre, la société attributaire étant finalement à la société Sévigné.

Devant vous aujourd'hui, en sa qualité de candidate évincée, la société SERPE vous demande d'annuler ce marché et de l'indemniser du préjudice qu'elle estime avoir subi du fait de son éviction irrégulière pour un montant de 23 000,54 euros.

1 - Questions préalables

→ Aucun problème de compétence selon nous dans ce dossier.

→ Question recevabilité par contre il n'en va pas de même puisque vous relèverez pas moins de quatre fins de non-recevoir soulevées par la commune en défense.

La première est tirée de ce que la société Serpe n'a ni qualité ni intérêt à agir au nom de la société AVPRO SOLAR, étrangère au litige. Or il n'est pas contesté qu'il s'agit là d'une erreur de plume de la société requérante, d'ailleurs corrigée d'elle-même par un mémoire du 28 septembre 2016. **Cette première fin de non-recevoir sera donc écartée.**

La deuxième est tirée de que la société SERPE n'aurait pas qualité pour agir au nom de la société Triaire. Or, il ressort des pièces du dossier, comme il a été dit précédemment, que cette société Triaire constituait avec la société requérante un groupement solidaire, dont cette dernière était la mandataire. Ainsi et dans la mesure où les entreprises dans cette situation sont réputées s'être donné mandat tacite de se représenter, **cette fin de non-recevoir doit donc être écartée** elle aussi puisque selon l'arrêt n° 327452 du Conseil d'Etat du 11 mai 2011, Société ERDA, (citation) « *la solidarité emporte cet effet sans qu'il soit besoin que la convention de mandat le mentionne expressément* ».

La troisième est tirée de ce que les conclusions indemnitaires seraient irrecevables faute pour la société SERPE d'avoir lié le contentieux en contestant la décision expresse de rejet de sa demande administrative préalable. Toutefois, vous verrez au dossier que la commune ne conteste pas que la société requérante ayant formé une demande indemnitaire préalable adressée à la commune de Sauclières le 29 août 2016, elle pouvait présenter devant le juge administratif des conclusions indemnitaires en réparation des préjudices qu'elle estime avoir subis sans que ne puisse lui être opposé le caractère prématuré de sa requête. Par ailleurs, est sans incidence sur la recevabilité de la requête le fait qu'elle n'ait pas dirigé de conclusions contre la décision expresse par laquelle le maire de Sauclières a rejeté sa demande administrative. **Cette troisième fin de non-recevoir sera donc elle aussi écartée.**

La quatrième est tirée de ce que la société requérante n'a pas produit le contrat attaqué et que la régularisation n'est pas possible après expiration du délai de recours contentieux. Toutefois, d'une part, il n'est pas contesté que le 28 septembre 2016 la société SERPE a produit une copie de l'acte d'engagement liant la commune à la société attributaire et, d'autre part, la régularisation est possible même après le délai de recours. **Cette quatrième et dernière fin de non-recevoir sera donc écartée elle aussi.**

2 - Au fond

→ **La société SERPE soutient que le critère utilisé pour déterminer l'attributaire du marché est illégal.**

Quel est-il ? Vous le lirez dans le courrier du 4 juillet 2016 dans lequel le maire de Sauclières expose ainsi les motifs du rejet de son offre (citation) « *Motif de rejet : « la commune de Sauclières dépend de l'agence de l'eau Rhône Méditerranée Corse alors que la quasi-totalité des communes de l'Aveyron sont rattachées à l'agence Adour-Garonne. La conséquence directe de cette particularité est une différence significative du taux de subvention des travaux (30% pour l'agence Rhône Méditerranée Corse contre 60% pour l'antenne Adour-Garonne). Afin de combler cette différence notoire, la commune espère obtenir du département une subvention compensatoire. Ainsi le conseil municipal a jugé essentiel d'attribuer ce marché à une entreprise aveyronnaise ».*

La société en déduit une double illégalité, à savoir que ce critère géographique n'est pas mentionné dans le document de consultation, d'autre part qu'il est discriminatoire et contrevient aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats. Le premier point est évident, quant au second il est tout aussi clair.

En effet, si le principe de liberté d'accès à la commande publique ne permet pas de mettre en place des critères d'attribution fondés sur l'implantation géographique des candidats, toutefois, des exceptions très limitées existent. Ainsi, l'attribution des contrats de marché

public ou de délégation de service public ne peut reposer sur des critères liés à l'origine ou à l'implantation géographique des candidats, ces critères étant jugés discriminatoires car ils contreviennent aux principes, communautaire (voir en ce sens l'arrêt de la CJCE, 3 juin 1992, aff. C-360/89, Commission c/ Rép. Italienne) et constitutionnel (voir en ce sens la décision du CC n° 2003-473 DC du 26 juin 2003), de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats. Par conséquent, il n'est pas possible pour les collectivités publiques d'attribuer des contrats sur la base d'une préférence locale ou nationale. A défaut, l'attribution du contrat serait annulée par le juge.

L'interdiction d'employer des critères d'attribution liés à l'implantation géographique des candidats connaît cependant quelques exceptions. Ainsi, un critère d'attribution peut prendre en compte l'implantation géographique des candidats s'il est justifié par l'objet du contrat ou par ses conditions d'exécution, par exemple pour les marchés dont la bonne exécution nécessite une rapidité d'intervention, la collectivité publique peut prendre en compte la localisation géographique des candidats pour apprécier leur capacité d'intervention. Cela peut être le cas pour les marchés de maintenance ou d'entretien (voir en ce sens l'arrêt de la CAA de Nancy, 12 avril 2001, n° 96NC02129, Société Régionale du Bâtiment Scanzi et Fils) ou pour les marchés de transport routier de personnes (voir en ce sens l'arrêt de la CAA Marseille, 6 avril 2007, n° 04MA02218, Préfet Hautes-Alpes). Mais il existe une autre exception qui nous intéresse en l'espèce, à savoir s'il y a nécessité d'assurer la proximité et l'accessibilité. En effet, lorsque l'objet même du marché nécessite la proximité et l'accessibilité, la collectivité publique peut prendre en compte la localisation géographique des candidats pour exclure ceux qui ne proposeraient pas un service de proximité. Ainsi, dans un marché de service d'assistance à un hôpital public, la collectivité publique pourrait être en droit de ne pas retenir les hôpitaux privés, candidats à ce marché, qui ne seraient pas proches géographiquement de cet hôpital public. Cette condition de proximité pourrait être justifiée par l'objet du marché si elle vise à assurer la proximité et l'accessibilité de l'établissement hospitalier privé d'appui, dans l'intérêt des patients, de leurs proches et du personnel médical appelé à se déplacer vers cet établissement (voir en ce sens l'arrêt de la CJUE, 22 octobre 2015, aff. C552/13). Enfin, une dernière exception est possible en édictant un critère lié à la connaissance de l'environnement local, un critère facilitant les candidats locaux.

Or, en l'espèce, vous ne trouverez rien de tel au dossier, et pour cause puisque la commune présente son critère comme si c'était une évidence !

Pour nous « la messe est dite » mais écoutons néanmoins la défense de la commune car elle n'a pas l'habitude de ce genre de marché, ne comprenant que 150 habitants rappelons-le. Tout d'abord elle affirme ce n'est pas le critère géographique qui a guidé son choix, d'autre part que le rapport d'analyse des offres tel que présenté à la société SERPE, classée n° 1, n'est pas valable car entaché d'une erreur commise par le maître d'œuvre qui a inclus dans l'analyse comparative des offres la variante proposée par la société SERPE alors que sa concurrente n'en avait pas présentée, enfin que la commission d'appels d'offre de la commune aurait « réparé cette erreur » en fondant son analyse sur une comparaison des offres de base des deux candidates et en « neutralisant » ainsi l'avantage indument tiré par la société SERPE du fait de la présentation d'une variante.

Même si l'on fait un énorme effort pour étouffer le critère géographique, est-ce que la commune aurait raison ? Même pas puisque l'erreur ne résulte pas du fait d'avoir élaboré une comparaison entre les offres de base et les variantes mais de l'utilisation d'un sous-critère qui ne pouvait s'appliquer qu'aux offres avec variante. Le problème est que même en comparant les offres de base entre elles, c'est la société SERPE qui arrive toujours en première position !

Ainsi et en tout état de cause, même en « neutralisant » l'effet « variante », la société SERPE aurait été mieux notée dans tous les cas de figure. **Il en résulte que la commune n'arrive donc pas à démontrer que le choix porté sur l'entreprise classée en seconde position était régulier**, voir en ce sens un arrêt récent du Conseil d'Etat, 30 novembre 2018, n° 414377.

Par conséquent, la société Serpe est fondée à soutenir que le marché a été attribué en violation des critères fixés par le règlement de la consultation.

→ **Quelles conséquences peut-on tirer de cette irrégularité ?**

Comme vous le savez, comme suite à l'arrêt du Conseil d'Etat Tarn-et-Garonne, il vous appartient, lorsque vous constatez l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Ainsi, il vous revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le 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, il vous revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que votre 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.

En l'espèce et selon nous, compte-tenu des irrégularités relevées entachant la procédure de passation du marché litigieux, lesquelles ont eu une influence déterminante sur la comparaison des offres et, par suite, le choix de l'attributaire, **il y a lieu d'annuler le contrat sans que puisse y faire obstacle la circonstance qu'il ait été entièrement exécuté. Vous noterez que, selon nous, il ne ressort pas des pièces du dossier que l'annulation du marché porterait une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits du cocontractant.**

→ **Passons comme il se doit maintenant à la phase d'indemnisation.**

Vous le savez là aussi, depuis un arrêt du Conseil d'Etat Ville d'Amiens, (citation) « lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce marché, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était dépourvue de toute chance de remporter le marché ; que, dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ; que, 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. »

En l'espèce, il est difficile contestable, selon nous, que l'entreprise avait une chance sérieuse de remporter le marché et c'est le vice affectant la procédure de passation qui l'a privée de cette chance d'emporter le contrat. Il en résulte qu'elle est donc fondée à demander l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner. Quel est-il ? Il s'agit de la marge que la société aurait réalisée si elle avait été attributaire de ce contrat. Pour cela elle prend appui sur d'autres marchés similaire qu'elle avait conclus et en déduit qu'elle a droit à une somme

totale de 23 000,54 euros, décomposée en 21 208,43 euros au titre de la marge bénéficiaire escomptée et 1 792,11 euros au titre des frais de candidature. Toutefois, sur le premier point, vous noterez que si la société parle de marge brute, il ne peut en être question puisque seule la marge nette est valable, voir en ce sens l'arrêt du Conseil d'Etat du 19 janvier 2015, n° 384653, Société Spie Est. Soit en l'espèce la somme de 18 000 euros. Sur le second point, le manque à gagner incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre, ils n'ont donc pas à faire l'objet d'une indemnisation spécifique, voir en ce sens l'arrêt de la CAA de Bordeaux du 16 novembre 2018, n° 16BX01383.

Et par ces motifs nous concluons à l' :

Annulation de l'acte d'engagement signé le 21 juillet 2016 par la commune de Saulières attribuant le lot n°2 du marché de travaux d'assainissement des eaux usées et d'eau potable à la société Sévigné (le critère géographique invoquée par la commune de Sauclières est illégal). Condamnation de la commune de Sauclières à verser à la société Serpe une indemnité d'un montant de 18 000 euros en réparation du préjudice subi du fait de son éviction irrégulière (montant de la marge nette escomptée, excluant les frais de présentation de l'offre, déjà inclus dans les charges). Condamnation de la commune de Sauclières à verser à la société Serpe la somme de 1 500 euros en application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative. Rejet du surplus des conclusions de la requête.

Tel est le sens de nos conclusions dans cette affaire.