

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF  
DE TOULOUSE**

**N° 1603873**

---

SASU SERPE

---

Mme Jordan-Selva  
Rapporteuse

---

M. Gouès  
Rapporteur public

---

Audience du 20 mars 2019  
Lecture du 29 mars 2019

---

39-02-005  
C

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

Le tribunal administratif de Toulouse

(4<sup>ème</sup> Chambre)

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires, enregistrés les 30 août, 28 septembre 2016 et 1<sup>er</sup> février 2018 et un mémoire en communication de pièces enregistré le 6 février 2019, la société Serpe, représentée par Me Tardivel, demande au tribunal :

1°) d'annuler l'acte d'engagement signé le 21 juillet 2016 entre la commune de Sauclières et la société Sévigné relatif au lot n° 2 du marché « travaux d'assainissement des eaux usées et d'eau potable » ;

2°) de condamner la commune de Sauclières à lui verser une indemnité d'un montant de 23 000,54 euros en réparation du préjudice tiré de son éviction irrégulière de la procédure de passation de ce marché ;

3°) de mettre à la charge de la commune de Sauclières la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ainsi que les entiers dépens.

Elle soutient que :

- la mention dans ses écritures de la société Avpro Solar n'est qu'une erreur de plume ;
- la société Serpe est le mandataire du groupement solidaire qu'elle forme avec la société Triaire : elle a donc qualité pour agir au nom et pour le compte de son cotraitant ;
- le contrat en litige a été attribué à la société Sévigné à l'issue d'une procédure irrégulière, la commune s'étant fondée sur un critère illégal à savoir l'implantation géographique des candidats ;

- à supposer même que le choix de la commune n'ait pas été guidé par ce critère géographique, l'examen des offres de base des deux candidates conduisait au classement de la société Serpe en première position ;

- elle avait des chances sérieuses de remporter le marché et est fondée à demander la réparation intégrale de son préjudice ; l'indemnité de 23 000,54 euros que devra lui verser la commune se compose de la marge bénéficiaire escomptée et des frais de candidature.

Par un mémoire en défense, enregistré le 24 janvier 2018, la commune de Sauclières, représentée par Me Duverneuil, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société Serpe la somme de 2 500 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la société Serpe n'a pas intérêt à agir pour le compte d'une société tiers citée dans ses écrits ;

- elle n'a pas davantage intérêt à agir pour le compte de son cotraitant en l'absence de mandat expresse en ce sens ;

- les conclusions indemnitaires sont irrecevables faute pour la société Serpe d'avoir lié le contentieux en contestant la décision expresse de rejet de sa demande administrative préalable ;

- le contrat attaqué a été produit après expiration du délai de recours ; la requête est irrecevable ;

- c'est à tort que la société requérante considère qu'un critère relatif à l'implantation géographique des candidats a été utilisé pour sélectionner l'offre retenue ;

- le rapport d'analyse des offres tel que réalisé par le maître d'œuvre est irrégulier car l'étude comparative a été faite en prenant en compte la variante de la société requérante, ainsi nécessairement avantagée puisque la seconde candidate n'en a pas présenté ;

- la société Serpe devait en réalité être classée en seconde position ; c'est donc à bon droit que la commune a retenu la société Sévigné.

L'entreprise Sévigné, attributaire du lot en litige, s'est vu communiquer la procédure en qualité d'observateur.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;

- le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatifs aux 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 Jordan-Selva,

- les conclusions de M. Gouès, rapporteur public,

- et les observations de Me Duverneuil, représentant la commune de Sauclières.

Considérant ce qui suit :

1. La commune de Sauclières a fait publier le 20 avril 2016 un avis d'appel public à la concurrence pour la passation d'un marché de travaux d'assainissement des eaux usées et d'eau potable. 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. Par une lettre du 20 juin 2016, le maire de la commune l'a informée du rejet de son offre. En sa qualité de candidate évincée, la société Serpe demande l'annulation de ce marché et l'indemnisation du préjudice qu'elle estime avoir subi du fait de son éviction irrégulière.

Sur les fins de non-recevoir opposées en défense :

2. En premier lieu, si la commune de Sauclières soutient que la société Serpe n'a ni qualité ni intérêt à agir au nom de la société Avpro Solar, étrangère au litige, il n'est pas sérieusement contesté que la mention de cette entreprise dans la requête introductive d'instance n'est qu'une erreur de plume, corrigée à l'initiative de la requérante dès son mémoire complémentaire enregistré le 28 septembre 2016.

3. En deuxième lieu, si la commune de Sauclières soutient que la société Serpe n'a pas qualité pour agir au nom de la société Triaire, il résulte de l'instruction que cette dernière société formait avec la société Serpe un groupement solidaire, dont la société requérante était le mandataire. Les entreprises qui se sont engagées solidairement par un même marché sont réputées s'être donné mandat tacite pour se représenter. La solidarité emporte cet effet sans qu'il soit besoin que la convention de mandat le mentionne expressément. Par suite, cette fin de non-recevoir ne doit pas être accueillie.

4. En troisième lieu, il est constant que la société Serpe a formé une demande indemnitaire préalable adressée à la commune de Sauclières le 29 août 2016. A la date d'enregistrement de la requête, il était loisible à la société Serpe de former devant la juridiction administrative 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. La circonstance que la société Serpe n'ait pas dirigé de conclusions contre la décision expresse par laquelle le maire de Sauclières a rejeté sa demande administrative est sans incidence sur la recevabilité de la présente requête. Cette fin de non-recevoir doit par suite être écartée.

5. Enfin, il est constant que si la société Serpe n'a pas produit le contrat attaqué en annexe de ses premières écritures, elle a régularisé sa requête par l'envoi, le 28 septembre 2016, d'une copie de l'acte d'engagement liant la commune et la société Sévigné. Contrairement à ce que soutient la commune, la régularisation de la requête par la production de la décision attaquée est possible même après expiration du délai de recours contentieux. Cette dernière fin de non-recevoir ne peut qu'être écartée.

Sur la validité du contrat :

6. 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. 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. 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. 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.

7. Il résulte de l'instruction, et notamment de l'article 3 du règlement de consultation commun aux trois lots du marché en litige, que les critères définis pour l'évaluation des offres étaient le prix de la prestation avec une pondération de 40 % et la valeur technique de l'offre avec une pondération de 60 %. Le choix du pouvoir adjudicateur devait en application de ce règlement se porter sur « l'offre économiquement la plus avantageuse » et « la mieux classée » en application de la pondération déclinée ci-dessus.

8. Il ressort de manière explicite de la lettre du 4 juillet 2016 par laquelle le maire de la commune de Sauclières a informé la société Serpe du rejet de son offre, que « le conseil municipal a jugé essentiel d'attribuer ce marché à une entreprise aveyronnaise ». Par suite, il ne peut être sérieusement contesté par la commune que le choix de l'attributaire du lot en litige a été guidé par un critère étranger à ceux définis dans le règlement de consultation. Un tel critère géographique est de nature à entraîner une atteinte aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement entre les candidats.

9. Nonobstant le caractère explicite de cette mention dans la lettre précitée, la commune soutient que l'analyse des offres n'a pas été fondée sur ce critère mais uniquement sur les critères « prix » et « valeur technique » tels que définis dans le règlement de consultation et que la comparaison des offres de base des candidates à l'aune de ces critères conduit au classement de la société attributaire en première position. Elle ajoute que si le rapport d'analyse des offres communiqué à la société requérante fait apparaître son classement en première position, il n'est pas valable dès lors que l'analyse comparative effectuée entre les offres de base et l'offre avec variante était irrégulière.

10. D'une part, il résulte de l'instruction et notamment de l'article 2-3 du règlement de consultation que le maître d'ouvrage a autorisé la remise des offres avec variantes.

11. Aux termes de l'article 62 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « I. - Les offres régulières, acceptables et appropriées, et qui n'ont pas été rejetées en application des articles 60 ou 61, sont classées par ordre décroissant en appliquant les critères d'attribution. II. - Pour attribuer le marché public au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde : (...) 2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution au sens de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs

*autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. (...) V. - L'acheteur s'assure que les critères d'attribution retenus puissent être appliqués tant aux variantes qu'aux offres de base. »*

12. Aucune disposition de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ou du décret du 25 mars 2016 alors en vigueur n'imposait à la commission d'examiner d'abord l'offre de base puis les variantes. Par suite, la commune n'est pas fondée à soutenir que l'offre présentée par la société Serpe avec variante devait être exclue de l'analyse objective des différentes offres proposées, de base et en variantes. Il résulte néanmoins de l'article 62 du décret susvisé que, s'il est loisible au pouvoir adjudicateur de classer l'ensemble des offres qu'elles soient de base ou variantes et d'en retenir l'offre la mieux classée au vu de ce classement, il doit s'assurer que les critères d'attribution retenus puissent être appliqués tant aux variantes qu'aux offres de base. Il résulte de l'instruction et notamment du tableau de notation de la valeur technique, que l'un des sous critères appliqué au marché en litige s'intitule « pertinence des variantes éventuelles ». Il est constant que ce critère, noté sur 1,5 point, ne peut bénéficier le cas échéant qu'aux offres avec variante. La commune est donc fondée à écarter des débats l'analyse effectuée par son maître d'œuvre entre les offres de base et l'offre avec variante.

13. Toutefois, il résulte de l'application des critères « prix » et « valeur technique » aux deux offres de base présentées par les candidates, abstraction faite de l'offre avec variante, que la société Serpe aurait obtenu les notes respectives de 9,55 et 8,05 et la note globale de 8,65. Face à la société Sévigné obtenant la note globale de 8,08 sur les mêmes critères, elle aurait en tout état de cause été classée en première position.

14. Il résulte de tout ce qui précède que la société Serpe est fondée à soutenir que le marché a été attribué en violation des critères fixés par le règlement de la consultation.

#### Sur les conséquences de l'illégalité du marché contesté :

15. Il appartient au juge du contrat, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Ainsi, il lui 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 lui revient 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.

16. Il résulte de l'instruction, 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. Il ne résulte pas de l'instruction que l'annulation du marché porterait une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits du cocontractant.

Sur les conclusions indemnitaires :

17. Lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat, il appartient au juge de vérifier d'abord si cet opérateur était dépourvu de toute chance de remporter le contrat. Dans l'affirmative, celui-ci n'a droit à aucune indemnité. Dans la négative, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Dans le cas où l'opérateur économique avait des chances sérieuses d'emporter le contrat, il a droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner qu'il a subi.

18. Ainsi qu'il a été dit aux points 8 à 15, la commune a entaché d'irrégularité la procédure de passation et il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité commise par la commune et l'éviction de la société Serpe. Celle-ci avait des chances sérieuses de remporter le marché et est par suite fondée à demander la réparation de l'intégralité de son manque à gagner. Le manque à gagner inclut nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre, ces derniers n'ont donc pas à faire l'objet d'une indemnisation spécifique.

19. Le manque à gagner de la société Serpe sur la prestation qu'elle n'a pu effectuer correspond à la marge nette que cette opération lui aurait permise de dégager et non de la marge brute comme elle le soutient. Il résulte de l'instruction que la société requérante est fondée à soutenir que la marge nette escomptée était de 18 000 euros. Il y a lieu, par suite, de condamner la commune de Sauclières à verser à la société Serpe la somme de 18 000 euros en réparation du préjudice subi.

Sur les frais d'instance :

20. 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 Serpe, qui n'est pas la partie perdante, en la présente instance, la somme demandée par la commune de Sauclières en application de ces dispositions. Il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la commune de Sauclières la somme de 1 500 euros en application de ces mêmes dispositions.

D E C I D E :

Article 1<sup>er</sup> : L'acte d'engagement signé le 21 juillet 2016 par la commune de Sauclières attribuant le lot n°2 du marché de travaux d'assainissement des eaux usées et d'eau potable à la société Sévigné est annulé.

Article 2 : La commune de Sauclières est condamnée 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.

Article 3 : La commune de Sauclières versera 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.

Article 4 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 5 : Le présent jugement sera notifié à la société Serpe, à la commune de Sauclières et à la société Sévigné.

Délibéré après l'audience du 20 mars 2019, à laquelle siégeaient :

M. Sellès, présidente,  
Mme Touboul, conseillère,  
Mme Jordan-Selva, conseillère,

Lu en audience publique le 29 mars 2019.

La rapporteure,

La présidente,

S. JORDAN-SELVA

M. SELLÈS

La greffière,

F. LE GUIELLAN

La République mande et ordonne à la préfète de l'Aveyron, en ce qui la 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 :  
La greffière en chef,