

**COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL
DE NANCY**

al

N° 16NC01223

SOCIETE ATELIERS BOIS

M. Eric Kolbert
Président

M. Alexis Michel
Rapporteur

Mme Julie Kohler
Rapporteur public

Audience du 26 septembre 2017
Lecture du 17 octobre 2017

39-02-005

C+

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

La cour administrative d'appel de Nancy

4ème chambre

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société Ateliers Bois a demandé au tribunal administratif de Châlons-en-Champagne d'annuler le contrat conclu le 6 juin 2014 entre la commune de Chaumont et la société EDM Ateliers de France correspondant au lot n° 7 « structure métallique – bardages et habillages pierres » d'un marché de travaux ayant pour objet la construction du Centre international du Graphisme de Chaumont et de condamner la commune à lui verser, à titre principal, une somme de 267 832 euros en réparation du manque à gagner subi du fait du rejet illégal de son offre, et, à titre subsidiaire, une somme de 4 970 euros en indemnisation des frais engagés pour présenter son offre.

Par un jugement n° 1401765 du 14 avril 2016, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a rejeté sa demande.

Procédure devant la cour :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 17 juin 2016 et 10 mai 2017, la société Ateliers Bois, représentée par MeB..., demande à la cour :

1°) d'annuler ce jugement du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne du 14 avril 2016 ;

2°) d'annuler le marché conclu le 6 juin 2014 entre la commune de Chaumont et la société EDM Ateliers de France correspondant au lot n° 7 ;

3°) de condamner la commune de Chaumont à lui verser une somme de 267 832 euros en réparation de son manque à gagner ;

4°) de mettre à la charge de la commune de Chaumont le versement d'une somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la société EDM Ateliers de France n'avait pas d'existence avant la date limite de présentation des offres et ne pouvait pas légalement participer à la procédure d'attribution ni présenter une nouvelle candidature et une nouvelle offre ;

- le droit de se présenter comme successeur de la société EDM Projets ne constitue pas une subrogation dans les offres de contracter présentées par cette dernière qui était placée en redressement judiciaire ;

- le pouvoir adjudicateur a méconnu les dispositions des articles 52 et 53 du code des marchés publics et les principes d'égalité de traitement entre les candidats et de transparence des procédures ;

- le report de la date limite de présentation des offres au 30 avril 2014 a méconnu l'autorité de la chose jugée par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 26 mars 2014 ;

- il constitue un détournement de procédure qui a permis à la société EDM Ateliers de France de se positionner en vue de l'attribution du marché ;

- eu égard à ses chances sérieuses de remporter le marché, compte tenu de la valeur de son offre classée en deuxième position et de son taux de marge nette de 10 %, elle peut prétendre à l'indemnisation de son manque à gagner à hauteur de 267 832 euros ;

- à titre subsidiaire, les frais engagés pour présenter son offre s'élèvent à la somme de 4 970 euros.

Par un mémoire en défense, enregistré le 11 avril 2017, la commune de Chaumont, représentée par MeA..., conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 10 000 euros soit mise à la charge de la société Ateliers Bois sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la candidature de la société EDM Ateliers de France était régulière et cette société disposait de capacités professionnelles, techniques et financières suffisantes ;

- elle a pu se présenter comme successeur de la société EDM Projets sur le fondement du jugement du tribunal de commerce de Paris du 31 décembre 2013, ce qui impliquait la nécessité de régulariser sa candidature conformément aux dispositions du I de l'article 52 du code des marchés publics ;

- l'inscription au registre du commerce et des sociétés n'est pas une obligation pour soumissionner ;
- tous les candidats ont été invités à fournir toute pièce ou toute information complémentaire sur leur candidature dans le respect du principe d'égalité de traitement ;
- la société Ateliers Bois n'avait aucune chance de se voir attribuer le marché car son offre n'était pas la meilleure et aucune erreur manifeste d'appréciation n'a été commise dans l'analyse des offres ;
- la somme demandée au titre de la perte de chance n'est pas justifiée ;
- la somme demandée au titre des frais de présentation de l'offre n'est assortie d'aucune pièce justificative ;
- l'annulation du marché aurait des conséquences excessives pour la commune ainsi que pour l'ensemble des intervenants à l'opération de construction du Centre international du Graphisme dont les travaux seront bientôt achevés.

La requête a été communiquée à la société EDM Ateliers de France, qui n'a pas présenté de mémoire en défense.

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 M. Michel, premier conseiller,
- et les conclusions de Mme Kohler, rapporteur public.

1. Considérant que la société Ateliers Bois relève appel du jugement du 14 avril 2016 par lequel le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a rejeté ses demandes tendant à l'annulation du contrat conclu le 6 juin 2014 entre la commune de Chaumont et la société EDM Ateliers de France correspondant au lot n° 7 « structure métallique – bardages et habillages pierres » d'un marché de travaux ayant pour objet la construction du Centre international du Graphisme à Chaumont ainsi qu'à l'indemnisation du préjudice qu'elle estime avoir subi à la suite de son éviction illégale de ce contrat ;

Sur les conclusions en contestation de la validité du marché :

2. 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 ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ;

En ce qui concerne la fin de non-recevoir opposée en première instance :

3. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la commune de Chaumont a, après la conclusion du marché contesté, accompli les formalités de publicité appropriées, les 5 et 11 juillet 2014 ; qu'à la date d'enregistrement de la demande de la société Atelier Bois au greffe du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, soit le 5 septembre 2014, le délai de deux mois ouvert aux tiers pour former le recours prévu au point 2 ci-dessus et qui constitue un délai franc, n'était pas expiré ; qu'il suit de là que la fin de non-recevoir opposée par la commune de Chaumont et tirée de la tardiveté de la demande de la société Ateliers Bois doit être écartée ;

En ce qui concerne la validité du contrat :

4. Considérant qu'aux termes du II de l'article 1 du code des marchés publics alors en vigueur : « *Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (...)* » ; qu'aux termes de l'article 52 du même code : « *I.-Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours. Il peut demander aux candidats n'ayant pas justifié de la capacité juridique leur permettant de déposer leur candidature de régulariser leur dossier dans les mêmes conditions. Il en informe les autres candidats qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai. / Les candidats qui ne peuvent soumissionner à un marché en application des dispositions de l'article 43 ou qui, le cas échéant après mise en œuvre des dispositions du premier alinéa, produisent des dossiers de candidature ne comportant pas les pièces mentionnées aux articles 44 et 45 ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du marché. / Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions de l'alinéa précédent sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées* » ; que selon l'article 53 de ce code, le marché est attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse ;

5. Considérant qu'il résulte de l'instruction que par un avis d'appel public à la concurrence publié le 24 juin 2013, la commune de Chaumont a lancé une consultation selon la procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché ayant pour objet la construction du Centre international du Graphisme ; que les sociétés EDM Projets et Ateliers Bois ont déposé une offre au titre du lot n° 7 « structure métallique - bardages et habillages de pierre » de ce marché ; que par une décision du 14 novembre 2013, la commission d'appel d'offres a retenu l'offre de la société EDM Projets ; que, par une ordonnance du 19 décembre 2013, le juge des référés du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a annulé la phase d'analyse des offres de la procédure de passation du lot n° 7 du marché au motif que la société EDM Projets ne disposait pas des capacités suffisantes pour exécuter ce marché compte tenu plus particulièrement de sa situation financière, eu

égard à son placement en redressement judiciaire intervenu après la date limite fixée pour le dépôt des offres ; que, par une décision du 26 mars 2016, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a rejeté le pourvoi formé contre cette ordonnance ;

6. Considérant que, par un jugement du 31 décembre 2013, le tribunal de commerce de Paris a arrêté le plan de cession de la société EDM Projets en faveur d'une société à créer « Pierre et Marbre », qui a ensuite pris la dénomination sociale de société EDM Ateliers de France, et dont le capital devait être détenu par la société Financière Méridget à hauteur de 51 % et par le fonds Qualium à hauteur de 49 % ; que dans le cadre du plan de cession de la société EDM Projets, le tribunal de commerce de Paris a notamment, au titre de la reprise des éléments incorporels, autorisé la société EDM Ateliers de France à se présenter comme le successeur de la société EDM Projets ;

7. Considérant qu'à la suite de l'annulation partielle prononcée par l'ordonnance de référé du 19 décembre 2013, la commune de Chaumont a repris la procédure de passation du lot n° 7 dès le stade de l'examen des candidatures ; que le 17 janvier 2014, afin de prendre en compte l'évolution éventuelle de la situation juridique des candidats depuis la date limite de dépôt des offres, elle a informé les soumissionnaires de la faculté de produire toute pièce ou toute information complémentaire relative à leur candidature dans un délai maximum de huit jours, ces éléments devant, selon la commune, permettre à la commission d'appel d'offres d'apprécier au mieux les capacités juridiques, professionnelles, techniques et financières des candidats ; que le 23 janvier 2014, la société EDM Ateliers de France a déclaré reprendre pour son propre compte et dans les mêmes conditions, la candidature et l'offre déposées par la société EDM Projets ; que la société Ateliers Bois a été informée du rejet de son offre le 25 avril 2014 et de l'attribution du marché à la société EDM Ateliers de France ;

8. Considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment du jugement du tribunal de commerce de Paris du 31 décembre 2013 que la société EDM Ateliers de France a une personnalité juridique distincte de la société EDM Projets ; que si le plan de cession arrêté par le tribunal de commerce de Paris lui a accordé, au titre des éléments incorporels inclus dans le périmètre de la cession, le « droit de se présenter comme successeur de la société » EDM Projets, l'exercice de cette faculté ne saurait avoir pour objet ni pour effet, dans le cadre de la mise en œuvre des procédures d'attribution des marchés publics, d'assimiler la candidature qu'elle a déposée, le 23 janvier 2014, dans le cadre d'une simple prorogation du délai de remise de pièces complémentaires relatives aux candidatures déjà déposées, avec celle qu'avait déjà régulièrement présentée la société EDM Projets, avant la date limite de dépôt fixée au 18 septembre 2013 par le règlement de la consultation ; qu'en n'écartant pas cette nouvelle candidature, émanant d'une société ayant ses propres capacités professionnelles, techniques et financières et en lui attribuant finalement le marché, la commune de Chaumont a méconnu les dispositions précitées des articles 52 et 53 du code des marchés publics, ainsi que les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures tels qu'ils sont énoncés à l'article 1^{er} du même code ;

Sur les conséquences du vice affectant la validité du contrat :

9. Considérant que, saisi ainsi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon

suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences ; qu'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 ; qu'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 ; qu'il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés ;

10. Considérant qu'eu égard à la particulière gravité du vice relevé au point 8, qui a affecté le choix de l'attributaire, et n'est pas régularisable et alors qu'il ne résulte pas de l'instruction que l'annulation du contrat porterait une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des contractants, il y a lieu de prononcer l'annulation de ce marché ;

11. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, que la société Ateliers Bois est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a rejeté sa demande en contestation de la validité du marché ;

Sur les conclusions indemnitaires :

En ce qui concerne la fin de non-recevoir opposée en première instance :

12. Considérant qu'en application de l'article R. 421-1 du code de justice administrative alors en vigueur, la recevabilité de conclusions indemnitaires présentées à titre accessoire ou complémentaire aux conclusions contestant la validité du contrat, n'était pas subordonnée, en matière de travaux publics, à l'intervention d'une décision préalable de l'administration de nature à lier le contentieux ; qu'il suit de là que compte tenu de l'objet du marché en litige qui concerne des travaux publics, la fin de non-recevoir opposée par la commune de Chaumont tirée de l'absence de réclamation préalable à la demande indemnitaire de la société Atelier Bois doit être écartée ;

En ce qui concerne le préjudice :

13. Considérant que lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce dernier, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter ce 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 ; qu'il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché ; que, dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique ;

14. Considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'analyse des offres du 25 avril 2014 que l'offre de la société Ateliers Bois, bien que d'un montant supérieur à l'estimation du maître d'œuvre, a été jugée financièrement recevable et classée par la commission d'appel d'offres en deuxième position ; qu'ainsi qu'il a été dit précédemment, la candidature de la société EDM Ateliers de France n'aurait pas dû être examinée et son offre n'aurait pas dû être classée ; que la société Ateliers de Bois avait ainsi des chances sérieuses de remporter le marché et qu'elle a, par suite, droit à l'indemnisation de son manque à gagner lequel doit être déterminé en prenant en compte le bénéfice net que lui aurait procuré ce marché ;

15. Considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment de l'offre de la société Ateliers Bois ainsi que de l'attestation de l'expert comptable de cette société, que son taux de marge nette peut être estimé à 10 % ; que, par suite, compte tenu du montant prévisible du marché, tel qu'il figure dans l'acte d'engagement, pour un montant de 2 946 146,24 euros hors taxes, la société Ateliers Bois est fondée à demander le versement d'une indemnité de 267 832 euros ;

16. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Ateliers Bois est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a rejeté sa demande indemnitaire ;

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

17. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de la société Ateliers Bois, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, le versement de la somme que la commune de Chaumont demande au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche ; de mettre à la charge de la commune de Chaumont le versement à la société Ateliers Bois d'une somme de 1 500 euros sur le fondement des mêmes dispositions ;

DECIDE :

Article 1^{er} : Le jugement n° 1401765 du 14 avril 2016 du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne est annulé.

Article 2 : Le contrat conclu le 6 juin 2014 entre la commune de Chaumont et la société EDM Ateliers de France correspondant au lot n° 7 « structure métallique – bardages et habillages pierres » est annulé.

Article 3 : La commune de Chaumont est condamnée à verser à la société Ateliers Bois une indemnité d'un montant de 267 832 euros.

Article 4 : La commune de Chaumont versera à la société Ateliers Bois une somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Le présent arrêt sera notifié à la société Ateliers Bois, à la commune de Chaumont et à la Société EDM Ateliers de France.