

Arrêt civil

Audience publique du 7 novembre deux mille douze

Numéro 36776 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, président de chambre;
Odette PAULY, premier conseiller;
Pierre CALMES, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée K),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg en date du 29 septembre 2010,

comparant par Maître Bernard FELTEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, représenté par son Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du susdit exploit HOFFMANN du 29 septembre 2010,

comparant par Maître François DELVAUX, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR DAPPEL :

Ensemble avec deux autres entreprises de menuiserie, la société à responsabilité limitée K) S.à r.l. a participé à la soumission publique ayant pour objet les travaux de menuiserie intérieure concernant l'extension de la Cour de Justice des communautés européennes ouverte le 2 juin 2004. Un devis établi par un bureau d'architecture a estimé le coût des travaux à effectuer au montant de 1.320.634,10 € TTC. Le résultat non vérifié du 2 juin 2004 confirmé par courrier émanant de la commission des soumissions daté au 11 février 2005 a indiqué que la société K)est classée en premier rang, les prix offerts par les trois soumissionnaires ayant dépassé de 60,47 % à 84,03% le devis estimatif. Par courrier recommandé du 23 mars 2005 le ministère des travaux publics a proposé l'annulation de la mise en adjudication au motif qu'elle n'a pas donné de résultat satisfaisant. Une deuxième soumission publique a été ouverte le 15 décembre 2005 suite à un nouveau devis élaboré sur base d'un deuxième cahier des charges. Le 17 mai 2006, l'administration des bâtiments publics a informé la société K)que son offre soumise dans le cadre de la deuxième soumission ne pourra pas être prise en considération étant donné qu'elle n'a pas été la moins disante, la nouvelle offre de la société concurrente de droit allemand V) se trouvant dans les limites du second devis revu à la hausse.

Quant à la procédure

Par exploits d'huissier de justice des 6 février et 23 mai 2007, la société K) a fait donner assignation à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg aux fins de l'entendre condamner au paiement de la somme de 442.259,28 € à titre de dommages et intérêts pour le préjudice matériel subi et à la somme forfaitaire de 100.000.- € à titre de dommages et intérêts pour le « préjudice annexe ».

Par jugement du 2 juin 2010, la société K)a été déboutée de sa demande en indemnisation fondée sur l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques, la société K)et l'ETAT ont été déboutés de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure, la société K)a été condamnée aux dépens.

Par exploit d'huissier de justice du 29 septembre 2010, la société K) a interjeté appel contre ce jugement pour le voir réformer en toute sa forme et teneur, pour autant que de besoin décharger la partie appelante de toute

condamnation prononcée contre elle dans le jugement, entre autres les frais et dépens, débouter la partie intimée de sa demande en paiement d'une indemnité de procédure, condamner l'ETAT à lui payer la somme de 442.259,28 € majoré de l'intérêt légal à partir de la demande en justice à titre de dommages et intérêts pour le préjudice matériel subi et à la somme de forfaitaire de 100.000.- € à titre de dommages et intérêts pour le préjudice annexe relatif aux désagréments liés à la situation, condamner l'ETAT à lui payer la somme de 2.500.- € à titre d'indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile par instance, condamner l'ETAT à tous les frais et dépens des deux instances, sinon les réserver, dire que l'arrêt sera exécutoire par provision nonobstant toute voie de recours et sans caution.

Quant à la recevabilité de l'appel

La partie intimée soulève l'irrecevabilité de l'appel, le délai d'appel de 40 jours n'ayant pas été observé.

Le jugement du 2 juin 2010 a été signifié à la partie appelante le 20 août 2010, l'acte d'appel a été signifié le 29 septembre 2010. Le délai d'appel a commencé à courir le 21 août 2010 et a expiré le 40ième jour, en l'occurrence le 29 septembre 2010, de sorte que l'appel a été interjeté dans les délais et est à déclarer recevable.

Quant au fond

Dans ses conclusions déposées le 26 septembre 2011 la partie appelante expose « que le principe de respect de la concurrence n'a aucunement été respecté en l'espèce en ce que les personnes qui ont émis des offres étaient au courant des premiers résultats ce qui a bénéficié à la société V) GmbH, que la société V) GmbH connaissait donc les offres de ses concurrents et était en conséquence plus à même de réduire sa marge en vue de devenir du coup, la moins offrante, qu'il est à rappeler que la société V) GmbH était, avant la connaissance des offres de ses concurrents, placée en deuxième position, que la publication des résultats des offres, même s'ils n'étaient pas vérifiés, et le classement de chacun des concurrents ont permis auxdits concurrents de modifier radicalement leur stratégie en vue de se voir attribuer le marché et devancer la partie appelante, surtout pour le concurrent V) GmbH à qui le marché a finalement été attribué, que cette attitude rompt incontestablement la concurrence qui existait entre les candidats au début de la première soumission ».

Dans ses mêmes conclusions l'appelante soutient « qu'il convient de noter que le comportement de la partie intimée n'est ni limpide ni de bonne foi,

notamment en raison de l'absence totale de réponse de la part de la partie intimée aux courriers de la partie concluante, et son attitude contradictoire en ce que le deuxième appel d'offre décrit quasiment à l'identique la première soumission car il aboutit à la situation de la première soumission, que la deuxième enveloppe bien que se trouvant dans la limite du devis revu à la hausse doit être entendu comme la possibilité offerte à la société V) GmbH de se placer par rapport aux autres concurrents et partant réduire ses coûts au mieux pour se voir attribuer le marché ».

La partie appelante dit « qu'il convient de retrouver l'origine de la faute pour pouvoir prétendre à l'imputer au pouvoir adjudicataire, qu'il convient de noter que la partie adverse a délégué et mandaté un bureau d'architecture pour l'établissement du devis estimatif pour les coûts des travaux litigieux, que cette délégation est tout à fait légitime et non contestée, qu'il s'agit là de la base du contrat de mandat de même qu'en matière de sous-traitance, qu'il s'agit là d'une disposition impérative s'imposant à l'organisme adjudicataire, et que celui-ci endosse la responsabilité exclusive et indivisible malgré une quelconque délégation, et que les fondements de l'attribution du marché sont maintenus, que l'organisme adjudicataire est responsable et se porte fort pour la bonne exécution du mandat par son mandataire, que la mise en cause du bureau d'architecte, que la partie adverse a elle-même choisi, à travers l'adjudicateur implique, par le mécanisme précité, que l'adjudicateur est responsable au même titre que s'il l'avait fait lui-même, que pourtant, lorsque l'adjudicateur fait appel à un tiers pour l'accomplissement de cette partie de la tâche relative à l'appel d'offre et délègue cette partie du travail à un tiers, l'adjudicateur se doit de le surveiller, corriger et contrôler le tiers à qui il a délégué cette tâche ».

Dans son acte d'appel du 29 septembre 2010, la partie appelante reproche au tribunal « d'avoir suivi les conclusions de la partie intimée qui affirme que le fait que le bureau d'architecte, organe extérieur aux services étatiques, n'a pas fait les diligences nécessaires tel qu'il résulte de l'avis de la commission des soumissions, et a sous-évalué les travaux faisant l'objet de la soumission concernant la Cour de justice des communautés européennes, ne fait pas engager la responsabilité de l'Etat ».

La partie appelante soutient qu'un acte administratif annulé par les juridictions administratives constitue un acte illicite et constitue une faute engageant la responsabilité de l'auteur de l'acte, qu'en l'espèce l'acte a été annulé par l'ETAT lui-même après qu'il a reconnu explicitement qu'il y a eu erreur imputable au bureau d'architectes travaillant sous sa régie.

La partie appelante se prévaut ainsi de la faute de l'ETAT d'avoir fait établir un devis estimatif erroné dans le cadre du dossier de soumission.

En deuxième instance, la partie appelante n'a indiqué la base légale de sa demande ni dans l'acte d'appel, ni dans ses conclusions subséquentes.

Dans l'assignation devant le tribunal d'arrondissement du 23 mai 2007, la société K) avait précisé que « la responsabilité engagée était celle de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques, ayant pour conséquence que le soumissionnaire doit prouver une faute du pouvoir adjudicateur, un lien de causalité et la consistance du dommage. Il s'en dégage que la société appelante se base exclusivement sur l'alinéa 1^{er} de l'article 1^{er} de la susdite loi ».

Dans ses conclusions du 3 janvier 2011, l'ETAT développe ses moyens de défense sur la base de cette loi. Il y a dès lors lieu d'analyser la demande dans le cadre de ce texte.

L'article 1^{er} alinéa 1^{er} de la loi du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques, dispose que « *L'Etat et les autres personnes morales de droit public répondent, chacun dans le cadre de ses missions de service public, de tout dommage causé par le fonctionnement défectueux de leurs services, tant administratifs que judiciaires, sous réserve de l'autorité de chose jugée* ».

L'article 1^{er} de la loi du 1^{er} septembre 1988 précitée introduit une responsabilité pour faute de la puissance publique, de sorte que la victime qui l'invoque, doit prouver l'existence d'une faute dans le chef du pouvoir public concerné et constituée par un fonctionnement non conforme aux normes d'action générale qui devraient être celles d'un service public, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage allégués.

La partie intimée conclut qu'elle n'a commis aucune faute au sens de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité de l'Etat et des collectivités, que l'appelante doit prouver la faute du pouvoir adjudicateur en prouvant l'illégalité de la décision d'adjudication, qu'une telle preuve n'a pas été rapportée, ni même offerte en preuve, que la demande n'est pas fondée sur la base du susdit article. L'intimé conteste les montants indemnitaires réclamés tant en leur principe qu'en leur quantum.

L'intimé demande la condamnation de l'appelante à lui payer pour la procédure d'appel la somme de 2.500.- € sur base de l'article 2409 du Nouveau Code de procédure civile, ainsi que la condamnation de l'appelante aux frais et dépens de l'instance.

Il y a lieu d'analyser les différents reproches de l'appelante à l'égard de l'ETAT dans un ordre chronologique : le devis estimatif, l'annulation de la

première soumission, la publication de son résultat et les délais de l'administration.

Le devis estimatif

L'appelante soutient que l'ETAT a délégué et mandaté un bureau d'architecture pour l'établissement du devis estimatif, « qu'il s'agit là de la base du contrat de mandat de même qu'en sous-traitance, que l'Etat est responsable et se porte fort pour la bonne exécution du mandat par son mandataire, que lorsque l'adjudicateur fait appel à un tiers pour l'accomplissement de cette partie de la tâche relative à l'appel d'offre et délègue cette partie du travail à un tiers ».

En l'occurrence, il résulte des conclusions des parties que l'ETAT a chargé un bureau d'architecte de l'élaboration du devis estimatif faisant partie du dossier de soumission. Le lien juridique entre l'ETAT et le bureau d'architecte n'est pas celui résultant d'un mandat, ni d'une sous-traitance, ni d'une délégation, ni d'un porte fort, mais l'ETAT est lié au bureau d'architecture par un contrat d'entreprise ayant pour objet l'établissement du devis estimatif. L'architecte n'est pas l'exécutant d'une obligation à charge de l'ETAT et au profit de l'appelante, de sorte qu'aucune idée de représentation ne se retrouve dans la relation entre l'ETAT, le bureau d'architecte et l'appelante. Partant, les fondements juridiques invoqués par cette dernière sont à rejeter.

En principe, dans un contrat d'entreprise, l'une des parties s'engage d'accomplir pour l'autre un travail déterminé, moyennant un prix convenu, en conservant son indépendance dans l'exécution du travail. Il n'y a pas de subordination de l'architecte qui dresse un devis par rapport au maître de l'ouvrage, en l'occurrence l'adjudicateur.

Le bureau d'architecte a été chargé de l'établissement du devis estimatif en sa qualité de spécialiste en la matière, et l'éventuelle inexécution de cette obligation ne trouve pas sa source dans un fonctionnement défectueux des services de l'ETAT, ni ne rend ses services défectueux.

Dans ces conditions, il y a lieu de dire que l'éventuelle faute du bureau d'architecture dans l'établissement du devis estimatif ne rend pas fautif l'ETAT, et que l'exécution non soignée du contrat par l'architecte ne constitue pas un dysfonctionnement des services de l'ETAT.

L'annulation de la première soumission

L'alinéa 1^{er} de l'article 83 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 prévoit que « *Les marchés par adjudication comportent obligatoirement l'attribution du marché s'il a été reçu au moins une soumission répondant aux conditions de l'adjudication* », les alinéas 2 et 3 portent une dérogation à ce principe : « *(2) Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut renoncer à une adjudication par décision motivée. La Commission des soumissions doit, dans ce cas, être préalablement entendue en son avis. (3) Une mise en adjudication peut être annulée pour les motifs prévus à l'article 91* ».

L'article 91 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 précise que « *Sans préjudiced'autres causes de nullité, une mise en adjudication peut être annulée pour les motifs suivants: 1) si aucune des offres ne répond aux conditions prescrites ou si le pouvoir adjudicateur a considéré la soumission comme n'ayant pas donné de résultat satisfaisant. Dans ce dernier cas, le pouvoir adjudicateur doit prendre, préalablement à l'annulation, l'avis de la Commission des soumissions ;; 5) s'il a été reconnu que des erreurs substantielles sont contenues dans le dossier de soumission ou que des irrégularités d'une influence décisive ont été constatées au sujet de l'établissement des offres ; ...* ».

Cette disposition réserve à l'autorité publique qui a lancé une procédure de passation d'un marché la faculté de ne pas la mener à son terme et donc de ne pas attribuer le marché. Elle peut soit abandonner le projet (définitivement ou provisoirement), soit refaire la procédure.

L'exercice du pouvoir de l'administration d'abandonner une procédure de passation de marché et de la recommencer doit toutefois se fonder sur des motifs légitimes. L'ETAT, pouvait légalement annuler la soumission initiale, étant donné que l'annulation d'une adjudication publique peut être justifiée par des considérations budgétaires ou économiques, lorsqu'il est établi, comme en l'espèce, que le montant requis pour faire face à l'exécution du marché dépasserait de loin le budget prévu pour celle-ci.

L'annulation d'une adjudication publique peut encore se justifier, en exécution de l'article 91 (1) du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 tel que précité, par le caractère trop élevé des prix.

L'appelante critique l'estimation faite par le bureau d'études, en se basant, d'une part, sur les offres des soumissionnaires et, d'autre part, sur l'avis de la commission des soumissions.

Les prix de soumissions ne peuvent constituer une référence par eux-même: une estimation qui est pour l'administration une ligne de conduite pour

fixer un coût présumé perdrait toute utilité si elle ne peut servir de point de référence.

Dans son avis du 11 février 2005, la commission retient que l'écart entre les prix offerts et le devis estimatif se rapporte en premier lieu à une sous-estimation du degré de difficulté des travaux non-standards décrits dans le dossier de soumission.

L'erreur affectant le devis établi par le bureau est à considérer comme constituant une erreur substantielle affectant le dossier de soumission au sens de l'article 91 (5) du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 précité, engendrant l'impossibilité d'exécuter le marché tel que décrit par le cahier des charges, et dès lors justifiant l'annulation de la mise en adjudication.

Cette interprétation est d'ailleurs conforme au texte de la directive 1993/96/CEE, 14 juin 1993 « la directive 93/36 doit être interprétée en ce sens qu'un pouvoir adjudicateur qui a entamé une procédure d'adjudication sur la base du critère du prix le plus bas peut interrompre cette procédure sans attribuer le marché lorsque, après examen et comparaison des offres, il s'aperçoit qu'en raison d'erreurs commises par lui-même dans son évaluation préalable, le contenu de l'appel d'offres ne lui permet pas de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse, à condition qu'il respecte, lorsqu'il adopte une telle décision, les règles fondamentales du droit communautaire en matière de marchés publics telles que le principe d'égalité de traitement » (CJCE, 16 oct. 2003, n° C-244/02, Kauppatalo Hansel Oy et Imatran Kaupunki).

Il découle de ces développements que l'annulation par l'ETAT de la soumission ne constitue pas une faute.

La publicité du résultat

La partie appelante ne saurait reprocher à l'ETAT d'avoir rendu public le résultat de la première soumission, étant donné que l'obligation de transparence dans les procédures d'adjudication et le respect du principe d'égalité de traitement (cf. CJCE, 16 oct. 2003, n° C-244/02, Kauppatalo Hansel Oy et Imatran Kaupunki) a pour conséquence que les différents participants à la soumission seront informés de la cause de l'annulation, des motifs de la décision du pouvoir adjudicateur et que copie de l'avis de la Commission des soumissions leur sera communiquée.

C'est à bon droit que les juges de première instance ont retenu qu'en communiquant la liste contenant le résultat à l'appelante, l'ETAT n'a pas

commis de faute, car à ce stade, il n'a pu légitimement faire croire à la partie appelante qu'elle obtiendra le marché public.

Les délais

La société K) fait grief à l'Etat de lui avoir fait communiquer une liste en date du 2 juin 2004 où elle figure en premier rang, en la laissant ainsi croire qu'elle allait obtenir le marché public, de ne pas avoir respecté le délai d'adjudication et avoir tardé pendant neuf mois de prendre une décision, qu'elle aurait été d'avis que le marché lui était attribué et qu'elle a effectué des démarches nécessaires.

En principe, la responsabilité sera retenue si l'Administration a donné des assurances quant à la réalisation du marché, ou si elle n'a pas informé l'attributaire d'un possible abandon. La faute de l'Administration résidera, alors, non dans l'abandon du marché, mais dans les garanties données ou le silence gardé.

Même si la partie appelante a appris le 2 juin 2004 qu'elle figure en premier rang, elle n'a pas ignoré la loi qui énonce la règle que les marchés sont attribués *«au concurrent ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse»* mais avec la précision que cette offre doit *«(être) choisie parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas»*. L'administration doit motiver son choix par référence aux critères énoncés dans le cahier des charges. La prise en compte de ces critères peut amener l'administration à écarter l'offre la moins chère si elle estime qu'une autre des trois offres les moins chères est meilleure.

Partant à défaut de faire valoir que le prix était le seul critère de sélection, la partie appelante ne saurait dire que le fait qu'elle était la moins chère avait comme conséquence nécessaire que le marché allait lui être attribué.

En l'occurrence, dès le 23 mars 2005, la partie appelante a été informée de ce que la mise en adjudication sera annulée. La partie appelante ne se prévaut d'aucune pièce établissant que des assurances ou garanties lui auraient été données quant à l'attribution du marché. Si la partie appelante a commis l'imprudence de poursuivre les opérations de préparation du marché alors qu'elle était informée de l'abandon de la première mise en adjudication, elle ne saurait en rendre responsable la partie intimée.

Le non respect du délai est sans relation causale avec le préjudice invoqué résultant de l'annulation du marché de soumission.

C'est à bon droit que les juges de première instance ont dit que le marché ayant finalement été adjugé à un prix inférieur à celui des offres émises sur base du premier cahier des charges, et tous les soumissionnaires ayant disposé des mêmes informations au moment de préparer les nouvelles offres, et que c'est encore à tort que la société K) soutient que l'annulation de la première mise en adjudication n'aurait pas été utile et que les différentes entreprises concernées ne se seraient pas trouvées sur un pied d'égalité.

En considération de ces développements l'appel de la société K) est à déclarer non fondé.

La partie appelante demande la condamnation de l'ETAT à une indemnité de procédure de 2.500.- € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

L'ETAT demande la condamnation de la partie appelante à lui verser une indemnité de procédure de 2.500.- € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

La société K) succombant dans son appel et devant en supporter les frais, sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile est à déclarer non fondée.

Il n'est pas inéquitable de laisser à charge de l'ETAT l'entièreté des frais irrépétibles qu'il a exposés en instance d'appel. La demande de l'ETAT en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas fondée.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel en la forme,

le déclare non fondé,

confirme le jugement entrepris du 2 juin 2010,

déboute l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG et la société à responsabilité limitée K) SARL de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure,

condamne la société à responsabilité limitée K) SARL aux frais et dépens de l'instance d'appel.