

N° 14PA00806

SOCIÉTÉ ARKOS

Mme Mosser
Président

M. Boissy
Rapporteur

M. Rousset
Rapporteur public

Audience du 22 janvier 2016
Lecture du 5 février 2016

54-02-04
39-02-02
C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

La Cour administrative d'appel de Paris

(7^{ème} chambre)

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société Arkos a saisi le tribunal administratif de Paris d'un recours contestant la validité du marché à bons de commandes de prestations d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour la démarche de labellisation de la qualité des services accueillant des usagers de la ville de Paris et tendant à la condamnation de la ville de Paris à lui verser la somme de 3 108 euros TTC au titre des frais de présentation de son offre et de 251 160 euros TTC au titre de son manque à gagner ;

Par un jugement n° 1209367 du 20 décembre 2013, le tribunal administratif de Paris a rejeté ces demandes.

Procédure devant la Cour :

Par une requête et des mémoires en réplique, enregistrés les 21 février 2014, 30 janvier, 12 juin, 4 décembre et 23 décembre 2015, la société Arkos, représentée par Me de Folleville, demande à la Cour :

1°) d'annuler ce jugement ;

2°) d'annuler ou, à défaut, de résilier le marché contesté ;

3°) de condamner la ville de Paris à lui verser la somme de 3 108 euros TTC au titre des frais de présentation de son offre et de 251 160 euros TTC au titre de son manque à gagner, outre les intérêts au taux légal à compter du 4 juin 2012 et la capitalisation des intérêts à compter du 4 juin 2013 ;

4°) de mettre à la charge de la ville de Paris la somme de 3 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société Arkos soutient que :

- la méthode de notation du prix, qui a eu pour effet d'accroître le poids du critère prix dans le jugement des offres, a neutralisé les critères qualitatifs et a revêtu un caractère discriminatoire, en méconnaissance du principe de transparence ;

- eu égard à son influence déterminante dans la sélection des offres, la méthode de notation du critère du prix constituait un sous-critère qui devait être porté à la connaissance des candidats ;

- la commission d'appel d'offres, en s'abstenant d'examiner le bordereau de prix unitaires et en s'appuyant sur la commande-type, a employé une méthode différente de celle prévue par l'article 3.2 du règlement de la consultation et cette irrégularité a exercé une influence sur le choix de l'attributaire ;

- le pouvoir adjudicateur, en comptabilisant la prestation « réunion équipe programme », comme une prestation récurrente pour les quatre années du marché, alors qu'elle ne présentait qu'un caractère ponctuel, au cours de la première année, ainsi qu'il résulte de la note méthodologique remise avec son offre, a commis une erreur dans la détermination du prix de son offre ;

- la ville de Paris, en ne faisant pas usage des dispositions de l'article 55 du code des marchés publics alors que l'offre de la société Bearing Point France présentait des indices d'être une offre anormalement basse, a commis une irrégularité ;

- en attribuant au groupement Dexia, pour le critère « qualité de l'équipe dédiée », une note identique à la sienne, le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation ;

- n'étant pas dépourvue de toute chance de remporter le marché en litige, elle a droit au remboursement des frais engagés pour la présentation de son offre, d'un montant de 3 108 euros, qui correspondent à des frais techniques et au temps consacré par son dirigeant à la préparation de l'offre ;

- ayant des chances sérieuses d'emporter le marché, elle a droit à l'indemnisation du manque à gagner qu'elle a subi, d'un montant de 251 160 euros.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 30 octobre, 4 novembre 2014 et 3 novembre 2015, la ville de Paris, représentée par la SELARL FGD Avocats, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mis à la charge de la société Arkos le versement d'une somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La ville de Paris soutient que l'indemnisation du manque à gagner du candidat évincé inclut nécessairement les frais de présentation de l'offre et que les autres moyens invoqués par la société requérante 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 M. Boissy, rapporteur,
- les conclusions de M. Rousset, rapporteur public,
- les observations de Me de Folleville, avocat de la société Arkos,
- et les observations de Me François, avocat de la ville de Paris ;

Une note en délibéré, enregistrée le 22 janvier 2015, a été présentée par Me de Folleville, pour la société Arkos.

1. Considérant que, le 1^{er} juillet 2011, la ville de Paris a lancé un appel d'offres ouvert en vue de la conclusion d'un marché de prestations d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour la démarche de labellisation de la qualité des services accueillant les usagers de la ville ; que plusieurs entreprises se sont portées candidates à l'attribution de ce marché, dont la société Bearing Point France, le groupement Dexia et le groupement momentané constitué par la société Arkos, mandataire du groupement, et la société Acemis ; qu'après que, le 24 janvier 2012, la commission d'appel d'offres de la ville de Paris eut décidé de retenir l'offre proposée par le groupement Dexia, la société Arkos a été informée du rejet de son offre le 24 février 2012 et le marché a été attribué au groupement Dexia le 16 mars 2012 ; que la réclamation indemnitaire présentée le 31 mai 2012 par la société Arkos a été implicitement rejetée par la ville de Paris ; que la société Arkos relève appel du jugement du 20 décembre 2013 par lequel le tribunal administratif de Paris a rejeté son recours contestant la validité de ce marché et tendant à la condamnation de la ville de Paris à réparer les préjudices subis en raison de son éviction irrégulière ;

Sur les conclusions contestant la validité du marché :

2. Considérant qu'il appartient au juge, saisi de conclusions contestant la validité d'un contrat administratif, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier 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 ;

3. Considérant qu'aux termes du II de l'article 53 du code des marchés publics, dans sa version applicable au marché en cause : « Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique de l'offre, son caractère innovant, ses performances en matière de protection de l'environnement, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations. (...) / Les critères sont définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Ces critères sont pondérés ou à défaut hiérarchisés (...) » ;

4. Considérant que le pouvoir adjudicateur doit informer les candidats des critères de sélection des offres ainsi que de leur pondération ou hiérarchisation ; que si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils 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 ; que le pouvoir adjudicateur définit par ailleurs librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics et n'est pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres ; que, toutefois, une méthode de notation est entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elle est par elle-même de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et est, de ce fait, susceptible de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie ;

5. Considérant qu'aux termes de l'article 3.2 du règlement de consultation : « Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fondera sur les critères pondérés suivants : / 1) le prix de l'offre à 40 % / L'offre sera jugée à partir du bordereau des prix unitaires et de la commande-type / 2) la qualité organisationnelle et méthodologique à 30 % / Elle sera appréciée à partir du contenu du mémoire technique / Compréhension du contexte, des objectifs et des enjeux (50 %) / pertinence de la méthodologie (50 %) / 3) la qualité de l'équipe dédiée à 30 % / Structure et cohérence de l'équipe dédiée et des moyens mis en œuvre, répartition des charges par intervenants (sur la base de la commande type) (40 %) / qualité des intervenants dans les domaines suivants (60 %) : / démarche qualité / relations clients » ; qu'il résulte de l'instruction que la ville de Paris a noté le critère du prix de l'offre sur la base d'une méthode de notation par rapport à la moyenne des offres à l'échelle bornée à plus ou moins 20 %, dans laquelle si une offre est supérieure de plus de 20 % par rapport à cette moyenne, elle devient la borne haute et si une offre est inférieure de plus de 20 % à cette moyenne, elle devient la borne basse, avec l'utilisation de la formule mathématique suivante : $note = 10 - 9 \times [(montant\ de\ l'offre\ du\ candidat - borne\ basse) / (borne\ haute - borne\ basse)]$;

En ce qui concerne la notation de la qualité de l'équipe dédiée (critère n°3) :

6. Considérant qu'il résulte de l'instruction, et en particulier des pages 10 et 11 du rapport d'analyse des offres produites par la ville de Paris le 3 novembre 2015, que la commission d'appel d'offres a indiqué que l'équipe dédiée de la société Dexia se composait d'un « directeur général adjoint », d'un « consultant expert en management qualité » et de « quatre chefs de

projet ayant un profil QSE (qualité, sécurité, environnement) » et qu'en dépit de certains autres profils qui ne paraissaient pas indispensables, l'équipe mise à disposition restait « toutefois très satisfaisante » et que bien que la répartition des charges par intervenant soit « un peu ambiguë », elle a estimé que, « dans l'hypothèse de l'intervenant le moins gradé, l'offre restait « très satisfaisante », de sorte qu'elle a attribué à la société Dexia une note de 10 sur 10 sur le sous-critère « Structure et cohérence de l'équipe dédiée et des moyens mis en œuvre, répartition des charges par intervenants » ; que, s'agissant du second sous-critère, relatif à la « qualité des intervenants », la Commission a également attribué à la société Dexia une note de 10 sur 10 en estimant que l'équipe était « très spécialisée dans les domaines du QSE et dans le management de la qualité avec des compétences diversifiées (NF, certifications ISO, référentiel Marianne, Qualivilte, Qualipref, Qualibail etc...) dans le domaine de la relation Client/Usagers » et que la « qualité des intervenants de cette équipe » correspondait « parfaitement aux attentes de la Ville sur les aspects démarche qualité et relation usager » ;

7. Considérant, d'une part, que l'expérience acquise lors du précédent marché et l'opérationnalité immédiate qui en découle ne sont pas au nombre des critères ou des éléments de notation que la ville de Paris aurait pu retenir sans risquer de méconnaître le principe d'égalité de traitement entre les candidats ; que la société Arkos n'est dès lors pas fondée à soutenir que c'est à tort qu'elle n'a pas obtenu une meilleure note que la société Dexia au motif que sa connaissance du terrain était nécessairement supérieure en raison sa qualité de « sortant » ;

8. Considérant, d'autre part, que la société Arkos n'établit pas que les éléments, mentionnés au point 6, sur lesquels s'est appuyée la ville de Paris pour noter la qualité de l'équipe dédiée de la société Dexia sont fondés sur des faits inexacts ou erronés ; que si la société requérante soutient que l'équipe dédiée de la société Dexia manquait de cohérence et que sa qualité était inférieure à la sienne, il ne résulte toutefois pas de l'instruction, et en particulier des mérites respectifs de l'équipe dédiée du groupement Arkos et de la société Dexia figurant dans le rapport d'analyse des offres, qu'en égard à la marge d'appréciation qui lui est reconnue à ce titre, la ville de Paris, aurait, en attribuant aux deux candidats la note maximale sur le critère n° 3 et en les classant premiers *ex-aequo* sur ce critère, entaché son analyse d'appréciations erronées ;

En ce qui concerne la notation du prix de l'offre (critère n°1) :

9. Considérant, en premier lieu, que la société Arkos soutient que la commission d'appel d'offres, en s'abstenant d'examiner le bordereau de prix unitaires et en s'appuyant sur la commande-type, a employé une méthode différente de celle prévue par l'article 3.2 du règlement de la consultation et que cette irrégularité a exercé une influence sur le choix de l'attributaire ;

10. Considérant qu'il résulte de l'instruction que certains prix figurant dans le bordereau des prix unitaires (BPU) remis par les candidats n'ont pas été reportés dans la commande-type dans la mesure où il concernaient des opérations de caractère exceptionnel ou ponctuel, dont la fréquence est par définition aléatoire et la valeur marginale ; que, sous cette réserve, l'ensemble des prix figurant dans la commande-type devaient être identiques à ceux indiqués dans le BPU ; qu'il ressort par ailleurs de l'article 3.2 du règlement de consultation qu'en cas de discordance entre les indications portées sur le BPU et ceux figurant dans la commande-type ou d'autres éléments de l'offre, ce sont les indications du BPU qui prévalaient, de sorte que la ville de Paris pouvait être conduite à rectifier certains montants inscrits dans cette commande-type afin d'être conformes aux indications du BPU ; que, dès lors, en jugeant le critère du prix des offres sur la base des indications portées dans la commande-type, indications rectifiées, le cas échéant, en cas de discordance avec le BPU, la ville de Paris ne s'est pas écartée de la méthode indiquée au point 3.2 du règlement de la consultation ;

11. Considérant, en deuxième lieu, que la société Arkos soutient que le pouvoir adjudicateur, en comptabilisant la prestation « réunion équipe programme » comme une prestation récurrente pour les quatre années du marché, alors que celle-ci ne présentait qu'un caractère ponctuel, au cours de la première année, ainsi qu'il résulte de la note méthodologique remise avec son offre, a commis une erreur dans la détermination du prix de son offre ;

12. Considérant qu'aux termes du I de l'article 59 du code des marchés publics : « *Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre* » ; que si ces dispositions ouvrent, à titre exceptionnel, la possibilité à un candidat de rectifier une erreur purement matérielle d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où son offre serait retenue, elles s'opposent en principe à toute modification du montant de l'offre à l'initiative du candidat ou du pouvoir adjudicateur ; qu'en outre, le pouvoir adjudicateur n'est jamais tenu d'inviter les candidats à préciser ou compléter leur offre ;

13. Considérant, d'une part, que si le BPU ne comportait pas de rubrique permettant de distinguer les prestations ponctuelles des prestations récurrentes, la ville de Paris a informé l'ensemble des candidats, le 16 août 2011, avant la date limite de remise des offres, fixée au 23 août 2011, de la possibilité de « spécifier clairement en annotation », dans la commande-type, que certaines prestations ne devaient être effectuées qu'une seule fois ; que la société Arkos, en remettant son offre, n'a porté dans sa commande-type aucune annotation concernant des prestations non récurrentes ;

14. Considérant, d'autre part, que la ville de Paris a invité la société Arkos, en application du I de l'article 59 du code des marchés publics, à lui préciser si, dans le BPU, les 18 jours de travail prévus pour réaliser la prestation « Mise en œuvre du SMQ central et audit interne » s'entendaient pour une seule année ou pour toute la durée du marché ; que, dans son courrier du 10 octobre 2011, la société Arkos ne s'est pas bornée à répondre à cette question mais a également apporté des précisions sur la ligne « réunion équipe programme » figurant dans la commande-type, d'un montant de 32 400 euros, en distinguant les prestations récurrentes sur la durée du marché, évaluées à 12 900 euros HT, et les prestations ponctuelles, concernant la formation au métier de consultant, d'un montant de 19 500 euros HT ; que, dans les circonstances de l'espèce, la société Arkos n'a pas procédé à une rectification d'une erreur purement matérielle mais doit être regardée comme ayant modifié, unilatéralement, la teneur de son offre, après la date limite de remise, alors qu'elle disposait pourtant, ainsi qu'il a été dit au point 13, de la possibilité d'apporter de telles précisions avant cette date ; que, dès lors, en s'abstenant de modifier la ligne « réunion équipe programme » figurant dans la commande-type du groupement Arkos pour analyser le critère du prix, et en évaluant le montant de la commande type du groupement Arkos à 659 850 euros HT pour l'ensemble de la durée du marché, la ville de Paris n'a commis aucune irrégularité ;

15. Considérant, en troisième lieu, qu'il résulte de l'instruction, et compte tenu de ce qui a été dit au point 14, que la société Bearing Point France, le groupement Dexia et le groupement Arkos ont présenté des offres comportant une commande-type qui a été à juste titre évaluée, pour les quatre années du contrat, respectivement à 297 522 euros HT, 521 360 euros HT et 659 850 euros HT ; qu'en appliquant la méthode de notation énoncée au point 5 pour apprécier le critère du prix de l'offre, puis en le pondérant à 40 %, ces trois sociétés ont respectivement obtenu 4, 1,78 et 0,4 points sur 10 ;

16. Considérant, il est vrai, que cette méthode de notation a conduit la ville de Paris à attribuer au groupement Dexia une note 4,4 fois plus forte que celle attribuée au groupement Arkos, alors que l'écart relatif entre les offres n'était que de 26% ; que, toutefois, cette méthode de notation, par construction, exclut que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre sur ce critère pondéré ; qu'il ne résulte pas davantage de l'instruction, et notamment de ce qui a été dit au point 8, que, compte tenu de la pondération affectée au critère du prix, qui était la plus forte, et eu égard à l'ensemble des deux autres critères pondérés, cette méthode de notation aurait en l'espèce conduit le pouvoir adjudicateur à choisir une offre qui ne soit pas économiquement la plus avantageuse ; que, dès lors, cette méthode de notation n'a dans les circonstances particulières de l'espèce pas méconnu les principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ;

17. Considérant, en quatrième lieu, que, compte tenu de ce qui vient d'être dit au point 16, la méthode de notation du critère du prix définie au point 5 n'avait pas le caractère d'un sous-critère ; que, dès lors, la ville de Paris n'a commis aucune irrégularité en ne la portant pas à la connaissance des candidats dans le règlement de consultation ;

18. Considérant, en cinquième lieu, que le fait, pour un pouvoir adjudicateur, de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public ; que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur, en application de l'article 55 du code des marchés publics, toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé ; que si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre ;

19. Considérant que la ville de Paris n'ayant pas attribué à la société Bearing Point France le marché en litige, la société Arkos ne peut dès lors pas utilement soutenir que la ville de Paris, en ne faisant pas usage des dispositions de l'article 55 du code des marchés publics alors que l'offre de la société Bearing Point France présentait des indices d'être une offre anormalement basse, aurait commis sur ce point une irrégularité de nature à vicier la validité de ce marché ;

20. Considérant, au demeurant, qu'à supposer même établi que c'est à tort que la ville de Paris n'a pas éliminé l'offre de la société Bearing Point France comme anormalement basse, cette circonstance est restée sans incidence sur le classement que les offres de la société Arkos et de la société Dexia auraient été susceptibles d'obtenir sur le critère du prix si l'offre de la société Bearing Point France avait été éliminée, dans la mesure où l'application de la méthode de notation énoncé au point 5 aurait conduit la commission d'appel d'offres à attribuer à la société Arkos la note pondérée de 1,14 contre 3,26 pour la société Dexia ;

21. Considérant qu'il résulte de tout ce qui a été dit aux points 2 à 20 que la société Arkos n'est pas fondée à soutenir que le marché en litige est entaché de vices entachant sa validité ;

Sur les conclusions aux fins de condamnation :

22. Considérant que, compte tenu de ce qui vient d'être dit au point 21, la ville de Paris n'a pas commis de faute en attribuant le marché en litige ; que la société Arkos n'est dès lors pas fondée à demander la réparation de son préjudice, évalué à 3 108 euros au titre des frais de présentation de son offre et à 251 160 euros au titre de son manque à gagner, résultant de son éviction de ce marché ;

23. Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la société Arkos n'est pas fondée à se soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Paris a rejeté ses demandes ; que ses conclusions aux fins d'annulation et de condamnation doivent par suite être rejetées ;

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

24. 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 ville de Paris qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante le versement de la somme que demande la société Arkos au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ; qu'il n'y a pas davantage lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Arkos la somme que demande la ville de Paris au titre de ces mêmes frais ;

D É C I D E :

Article 1^{er} : La requête de la société Arkos est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par la ville de Paris sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Le présent arrêt sera notifié à la société Arkos à la ville de Paris et au groupement Dexia.

Délibéré après l'audience du 22 janvier 2016, à laquelle siégeaient :

- Mme Mosser, président de la formation de jugement,
- M. Boissy, premier conseiller,
- M. Cheylan, premier conseiller.

Lu en audience publique le 5 février 2016.

Le rapporteur,

Le président,

L. BOISSY

G. MOSSER

Le greffier,

F. DUBUY

La République mande et ordonne au ministre de l'intérieur 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.