

Références

CAA de NANCY

N° 18NC01514-18NC01516

Inédit au recueil Lebon

4ème chambre - formation à 3

M. KOLBERT, président
M. Alexis MICHEL, rapporteur
M. LOUIS, rapporteur public
SELARL Nathalie NGUYEN avocats et associés, avocat

lecture du mardi 23 juillet 2019

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société Iserba a demandé au tribunal administratif de Strasbourg de condamner l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " à lui verser une somme de 285 864,42 euros au titre du marché n° 2013-020 relatif à l'entretien des chauffe-eau et chauffe-bains individuels à gaz de son parc locatif, dont 278 948,92 euros en réparation du préjudice que lui a causé sa résiliation. Par une demande reconventionnelle, l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " a demandé au tribunal de retenir un solde de 102 458,40 euros hors taxes à son bénéfice au titre du décompte de résiliation de ce marché.

La société Iserba a également demandé au tribunal administratif de Strasbourg de condamner l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " à lui verser une somme de 405 088,84 euros au titre du marché n° 2013-032 relatif à l'entretien de chaudières individuelles à gaz de son parc locatif, dont 320 562,25 euros en réparation du préjudice que lui a causé sa résiliation. Par une demande reconventionnelle, l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " a demandé au tribunal de retenir un solde de 241 146,41 euros hors taxes à son bénéfice au titre du décompte de résiliation de ce marché.

Par un jugement nos 1605945 - 1605946 du 14 mars 2018, le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté les demandes de la société Iserba et l'a condamnée à verser à l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat ", s'agissant du marché n° 2013-020, les sommes de 8 640 euros hors taxes et de 86 902,90 euros toutes taxes comprises, et, s'agissant du marché n° 2013-032, une somme de 260 580,05 euros toutes taxes comprises.

Procédure devant la cour :

I. Par une requête et un mémoire, enregistrés les 18 mai 2018 et 11 avril 2019, sous le n° 18NC01514, la société Iserba, représentée par Me B...de la SELARL B...- Avocats et Associés, demande à la cour :

1°) d'annuler ce jugement du tribunal administratif de Strasbourg du 14 mars 2018 en tant qu'il a rejeté sa demande et l'a condamnée à verser au titre du marché n° 2013-020 les sommes de 8 640 euros hors taxes et 86 902,90 euros toutes taxes comprises ;

2°) de condamner l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " à lui verser une somme de 327 558,18 euros, sauf à parfaire, augmentée des intérêts moratoires contractuels à compter du 8 décembre 2016 en règlement du marché n° 2013-20 ;

3°) de mettre à la charge de l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " 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 :

- sa requête n'est pas tardive ;
- les agissements frauduleux ayant immédiatement cessé après leur signalement à la société le 25 février

2016, le pouvoir adjudicateur était tenu de la mettre en demeure préalablement à la résiliation du marché en application de l'article 32 du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services (CCAG FCS) ;

- la résiliation est intervenue en l'absence d'une seconde mise en demeure, en méconnaissance des stipulations de l'article 15.6 du cahier des clauses administratives particulières du marché (CCAP) ;
- la résiliation est irrégulière dès lors que la mise en demeure n'est pas restée infructueuse ;
- la résiliation se fonde sur des constats postérieurs à la mise en demeure du 23 mars 2016 et ainsi sur des manquements non constatés par cette mesure ;
- les manquements indiqués dans la mise en demeure ne justifiaient pas, à eux-seuls, la résiliation pour faute du marché ;
- il ne résulte ni des constats d'huissier, ni des relevés fournis par l'office public de l'habitat ni d'aucune autre pièce que des actes frauduleux auraient perduré après le 25 février 2016 ;
- la fraude n'étant plus caractérisée à la date de la mise en demeure ainsi qu'à celle de la résiliation, elle ne peut fonder la décision de résiliation du marché ;
- s'agissant des prestations non conformes aux stipulations du cahier des charges, si la mise en demeure indique que les prestations d'entretien des installations à réaliser dans les règles de l'art imposent une intervention d'au moins quarante-cinq minutes, cette allégation n'est corroborée par aucun élément de réglementation et ne correspond à aucune des fautes qui peuvent selon l'article 15 du CCAP justifier une résiliation de sorte qu'elle ne pouvait se fonder sur les stipulations du c) de l'article 32 du CCAG FCS ;
- s'agissant du motif de rejet des prestations au titre de l'année 2015, il n'est pas au nombre de ceux qui, selon l'article 15 du CCAP, permettent de résilier le marché et ne relève pas davantage des stipulations du c) de l'article 32 du CCAG FCS ;
- s'agissant de l'insatisfaction des locataires à la suite de ses interventions, ce motif n'est assorti d'aucune précision permettant d'en apprécier le bien-fondé ;
- à supposer que les nouveaux motifs résultant des constats effectués postérieurement à la mise en demeure constitueraient des manquements graves et répétés au sens de l'article 15 du CCAP, ce qui reste à établir, l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " aurait dû mettre en oeuvre la procédure prévue par les stipulations de l'article 15.6 du CCAP ;
- il ne résulte ni des constats d'huissier ni des relevés de l'office ni d'aucune autre pièce qu'elle n'a pas effectué les prestations de contrôle et d'entretien annuel des installations ;
- aucune disposition ni aucune stipulation n'impose un délai minimal pour réaliser les prestations " P2 " d'entretien courant des appareils et notamment l'article 3.2 du cahier des clauses particulières (CCP) ;
- il n'est pas établi que ses prestations auraient été réalisées en méconnaissance des règles d'exécution habituelles de la profession ;
- aucun manquement ne saurait être retenu à son encontre s'agissant de l'interruption de l'eau chaude sanitaire dans un logement et, en tout état de cause, seul un retard de vingt-et-un jours pourrait être retenu, et il n'est pas de nature à justifier la résiliation du marché, ne relevant d'ailleurs pas des cas de résiliation pour faute au regard des stipulations du k de l'article 32 du CCAG FCS alors qu'il a été remédié à ce manquement dans le délai de quinze jours imparti par la mise en demeure ;
- aucun manquement ne saurait lui être reproché du fait de l'exercice d'un droit de retrait d'un technicien en raison de la présence de blattes dans un des logements à visiter alors, par ailleurs, que le pouvoir adjudicateur en a été informé et qu'il ne soutient pas avoir pris des mesures pour faire cesser l'état d'insalubrité de ce logement ;
- la réalité des autres manquements relevés dans la mise en demeure n'est pas établie dès lors soit qu'aucun manquement n'a été constaté dans le procès-verbal de constat d'huissier du 25 février 2016, soit que la prestation n'a pu être réalisée en raison de l'absence du locataire ;
- le caractère fautif de la résiliation justifie une réparation de son préjudice qui s'élève à une somme globale à parfaire de 285 864,42 euros correspondant à ses divers manques à gagner, à l'atteinte à sa réputation commerciale et aux frais qu'elle a exposés à la suite de la résiliation ;
- l'article 5 du CCAP qui déroge à l'article 25 du CCAG FCS ne prévoit pas le rejet des prestations ;
- l'absence de service fait ne peut être admise au titre des années 2015 et 2016, ses prestations étant justifiées par les relevés qu'elle a transmis au pouvoir adjudicateur ;

- elle a droit au paiement des prestations qu'elle a exécutées correspondant à ses factures de 1 683,67 euros et de 877 euros au titre des redevances " P2 " et " P3 " des deux premiers trimestres de l'année 2016 ;
- s'agissant des dépenses supplémentaires générées par le marché de substitution conclu pour l'entretien des chauffe-eau et chauffe-bains individuels à gaz, le tribunal a omis de répondre au moyen tiré de ce que la résiliation étant entachée d'un vice de procédure résultant de l'absence de mise en demeure, le titulaire ne doit pas en supporter les conséquences onéreuses ;
- la résiliation étant intervenue en méconnaissance de l'article 15.6 du CCAP, elle ne doit pas en supporter les conséquences onéreuses ;
- le prix " P3 " du marché de substitution n'est pas fixé, se bornant à indiquer " cf P3 Contrôlé Budget Chaudières " et ne peut légalement se référer à un marché distinct ;
- le prix global annuel du marché de substitution de la société Stihlé pour les prestations " P2 " et " P3R " est supérieur de 55 % à celui du marché résilié ;
- le surcoût ne peut par ailleurs être mis à sa charge en raison de l'irrégularité de la procédure d'attribution du marché de substitution, qui a été passé sans publicité ni mise en concurrence préalable ;
- le tribunal a omis de répondre à ce moyen ;
- selon le décompte de résiliation et ses deux annexes, l'office entend lui appliquer des pénalités de retard pour une interruption de l'eau chaude sanitaire (ECS) supérieure à 24 heures et des pénalités pour retard d'intervention, alors que le cumul de telles pénalités n'est pas prévu par les stipulations du marché et qu'il revient à irrégulièrement réparer deux fois le même préjudice ;

- le montant des pénalités figurant au décompte et celui indiqué dans les annexes à ce document comportent des incohérences et des contradictions ;
- les pénalités concernant le logement infesté de blattes sont infondées alors qu'elle est intervenue dès que ce logement a été désinsectisé ;
- les pénalités concernant un autre logement ne sont pas davantage justifiées dès lors qu'elle a procédé au remplacement de l'équipement ;
- le pouvoir adjudicateur ne pouvait régulièrement appliquer deux pénalités de retard pour une même demande d'intervention pour les logements indiqués dans l'annexe 1 ;
- les pénalités de retard ne peuvent être mises à sa charge dès lors que les factures pour les années 2014 et 2015 ont été intégralement payées ;
- contrairement à ce qu'a estimé le tribunal, elle a contesté le caractère irrégulier de rejet de ses prestations pour les années 2015 et 2016.

Par des mémoires en défense, enregistrés le 12 mars 2019 et le 30 avril 2019, l'office public de l'habitat " Mulhouse Alsace Agglomération Habitat ", représenté par Me E...de l'AARPI Adven, demande à la cour :

1°) de rejeter la requête ;

2°) subsidiairement, de condamner la société Iserba à lui verser une somme de 93 929,46 euros hors taxes soit 102 458,40 euros toutes taxes comprises, au titre du solde du marché résilié, assortie des intérêts au taux légal à compter du 4 août 2017 ;

3°) de mettre à la charge de la société Iserba le versement d'une somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- la requête est tardive ;
- en tout état de cause, la société Iserba a fait l'objet d'une mise en demeure le 23 mars 2016 qui l'a mise à même de présenter ses observations ;
- il n'était pas tenu et notamment par aucune des stipulations du marché, de procéder à une nouvelle mise en demeure à la suite des observations de la société du 31 mars 2016 ;
- la mise en demeure du 23 mars 2016 est restée infructueuse ;
- les stipulations invoquées par la société Iserba concernant l'exigence d'une seconde mise en demeure n'existent pas ;
- la résiliation du marché est justifiée à raison des actes frauduleux et des manquements graves et répétés de la société Iserba dans l'exécution de ses obligations, lesquels ont, au surplus, mis en péril la sécurité des biens et des usagers ;
- selon les stipulations du marché et notamment les articles 3.2, 3.3 et 3.4 du cahier des clauses techniques particulières (CCTP), le titulaire du marché devait contrôler au titre des prestations d'entretien " P2 " vingt-et-un points de vérification par appareil à entretenir et il était également tenu à des obligations de contrôle du réseau d'eau dans chaque logement et de vérification de l'alimentation de la gazinière ;
- ces obligations ne pouvaient pas être remplies dans les cinq à dix minutes d'interventions qui ont été mises en évidence par les contrôles effectués ;
- le titulaire du marché était tenu selon les stipulations de l'article 3.1 du CCTP de remettre des documents de suivi et notamment des bons d'intervention, ainsi que, en vertu des stipulations de l'article 6.2 du CCAP, un état précis des prestations " P2 " réalisées et un rapport d'exécution ;
- la société Iserba a reconnu la gravité de ses manquements ainsi que les fraudes résultant de la remise de bons d'intervention falsifiés, lors d'une réunion du 8 février 2016 puis dans ses courriers des 25 février et 31 mars 2016 ;
- les manquements ont été attestés par un procès-verbal de constat d'huissier, en présence de la société Iserba, le 25 février 2016 ;
- les constats d'huissier des 2 et 3 mai 2016 confirment l'absence d'entretien des chauffe-eau et des chauffe-bains ;
- la société est responsable de multiples retards d'intervention ;
- outre les fraudes, ces manquements justifient la résiliation pour faute du marché aux torts exclusifs de la société Iserba et sa demande indemnitaire au titre des préjudices que lui aurait causés cette résiliation ne peut dès lors qu'être rejetée ;
- subsidiairement, elle ne justifie pas du caractère certain de ses préjudices ;
- les pénalités de retard d'un montant de 8 640 euros au titre de l'année 2014 sont justifiées, ainsi qu'il résulte de l'annexe 1 au décompte de résiliation du marché ;
- les pénalités de retard pouvaient régulièrement être appliquées au moment de l'établissement du solde du marché et la société en a été préalablement informée ;
- le marché de substitution pouvait régulièrement faire l'objet d'une procédure de passation sans publicité ni mise en concurrence préalables sur le fondement des dispositions du 1° du I de l'article 30 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- ce marché attribué à la société Stihlé n'a porté que sur les prestations correspondant à la partie du marché résilié et pour la durée de six mois restant à courir ;
- la différence de prix entre le marché de la société Iserba et celui de la société Stihlé, qui a concerné les mêmes prestations, est de la seule responsabilité de la société requérante qui a très mal entretenu le parc des chauffe-eau et chauffe-bains individuels à gaz, ce qui a pu entraîner une évaluation à la hausse des prix d'entretien et de renouvellement des appareils ;

- le supplément de prix résultant de l'exécution du marché de substitution mis à la charge de la société Iserba est justifié ;
- la société Iserba ne peut pas se prévaloir des stipulations du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux pour contester la régularité de la passation du marché de substitution ;
- c'est dans le cadre et à la suite des vérifications préalables à l'admission des prestations de la société Iserba au titre des années 2015 et 2016 que ces prestations ont été rejetées de sorte que la société Iserba ne peut se prévaloir d'une décision d'acceptation au sens des stipulations de l'article 5 du CCAP du marché ;
- les bons d'intervention au titre des années 2015 et 2016 n'ont été remis le 25 février 2016 et le 8 juillet 2016 par la société Iserba qu'à la suite de la demande du pouvoir adjudicateur dans le cadre de la procédure contradictoire mise en place ;
- la société a communiqué le 8 juillet 2016 des bons d'intervention incomplets n'indiquant plus les durées d'intervention en méconnaissance des stipulations de l'article 6.4 du CCAP du marché ;
- en tout état de cause, la fraude corrompue tout, la société Iserba ne justifiant d'ailleurs pas des mesures qu'elle aurait prises pour faire cesser ses agissements frauduleux ;
- les constats d'huissier du mois de mai 2016 attestent de la persistance d'actes frauduleux, la société Iserba ayant validé des bons d'intervention alors que les visites d'entretien n'ont pas été effectuées ;
- outre les fraudes, la société Iserba n'a pas respecté les délais contractuels d'intervention prescrits par l'article 3.12 du CCTP ni ses obligations de communication des rapports de suivi et de maintien en bon état de fonctionnement des équipements techniques ainsi que de garantie de la sécurité des locataires ;
- les courriers de la société Iserba des 25 mars et 31 mars 2016 ainsi que les constats d'huissier justifient des nombreux manquements du titulaire du marché ;
- il a été procédé aux contrôles de conformité requis, la société ayant été dûment convoquée à la réunion du 8 février 2016 et s'étant vu réclamer les documents de suivi.

II. Par une requête et un mémoire, enregistrés les 18 mai 2018 et 11 avril 2019, sous le n° 18NC01516, la société Iserba, représentée par Me B...de la SELARL B...- Avocats et Associés, demande à la cour :

1°) d'annuler ce jugement du tribunal administratif de Strasbourg du 14 mars 2018 en tant qu'il a rejeté sa demande et l'a condamnée à verser à l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " au titre du marché n° 2013-032 une somme de 260 580,05 euros toutes taxes comprises ;

2°) de condamner l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " à lui verser une somme de 405 088,84 euros, sauf à parfaire, augmentée des intérêts moratoires contractuels à compter du 8 décembre 2016 en règlement du marché n° 2013-32 ;

3°) de mettre à la charge de l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " 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 :

- sa requête n'est pas tardive ;
- les agissements frauduleux ayant immédiatement cessé après leur signalement à la société le 25 février 2016, le pouvoir adjudicateur était tenu de la mettre en demeure préalablement à la résiliation du marché en application de l'article 32 du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services (CCAG FCS) ;
- la résiliation est intervenue en l'absence d'une seconde mise en demeure, en méconnaissance des stipulations de l'article 15.6 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) du marché ;
- il ne résulte ni des constats d'huissier, ni des relevés fournis par l'office public de l'habitat ni d'aucune autre pièce que des actes frauduleux auraient perduré après le 25 février 2016 ;
- la fraude n'étant plus caractérisée à la date de la mise en demeure ainsi qu'à celle de la résiliation, elle ne peut fonder la décision de résiliation du marché ;
- il n'est établi ni par les constats d'huissier, ni par les relevés fournis par l'office ni par aucune autre pièce qu'elle n'aurait pas effectué les prestations de contrôle et d'entretien annuel des équipements lui incombant en vertu du marché, ni que ces prestations auraient été réalisées en méconnaissance des règles d'exécution habituelles de la profession ;
- aucune disposition ou stipulation contractuelle n'imposait un délai minimal pour effectuer les prestations d'entretien courant des appareils " P2 " et notamment pas les stipulations de l'article 3.2 du cahier des clauses techniques particulières du marché (CCTP) ;
- les manquements allégués n'ont pas mis en danger la sécurité des locataires, aucun risque de fuite de gaz n'étant établi ;
- elle est bien fondée à être indemnisée de ses manques à gagner, de l'atteinte à sa réputation commerciale ainsi que des frais consécutifs à la résiliation ;
- en vertu des stipulations de l'article 5 du CCAP du marché, qui dérogent à l'article 25 du CCAG FCS, le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas rejeter ses prestations au titre des années 2015 et 2016 ;
- elle a droit au paiement des prestations qu'elle a exécutées correspondant à ses factures de 38 616,59 euros et de 38 593,56 euros au titre des redevances " P2 " et " P3 " des deux premiers trimestres de l'année 2016 ;
- contrairement à ce qu'a estimé le tribunal, elle a contesté le caractère irrégulier de rejet de ses prestations pour les années 2015 et 2016 ;
- l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " n'a droit aux intérêts au taux légal qu'à compter du 7 novembre 2017, date de la notification du décompte de résiliation du marché.

Par des mémoires en défense, enregistrés le 13 mars 2019 et le 30 avril 2019, l'office public de l'habitat " Mulhouse Alsace Agglomération Habitat ", représenté par Me E...de l'AARPI Adven, demande à la cour :

1°) de rejeter la requête ;

2°) subsidiairement, de condamner la société Iserba à lui verser une somme de 241 146,41 euros hors taxes au titre du solde du marché résilié, assortie des intérêts au taux légal à compter de la notification du décompte de résiliation ;

3°) de mettre à la charge de la société Iserba le versement d'une somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- la requête est tardive ;
- en tout état de cause, la société Iserba a fait l'objet d'une mise en demeure le 23 mars 2016 qui l'a mise à même de présenter ses observations ;
- il n'était pas tenu et notamment par aucune des stipulations du marché, de procéder à nouvelle mise en demeure à la suite des observations de la société du 31 mars 2016 ;
- la mise en demeure du 23 mars 2016 est restée infructueuse ;
- la résiliation du marché est justifiée à raison des actes frauduleux et des manquements graves et répétés de la société Iserba dans l'exécution de ses obligations, lesquels ont, au surplus, mis en péril la sécurité des biens et des usagers ;
- selon les stipulations du marché, la société devait procéder à une visite annuelle d'entretien et réaliser lors de cette visite les prestations notamment prévues par l'annexe 2 du CCTP ;
- le titulaire du marché était également tenu de transmettre au pouvoir adjudicateur l'ensemble des documents justificatifs de ses interventions prévues au contrat, notamment en termes de délais, lui permettant de procéder à la vérification des prestations ;
- la société Iserba a reconnu ses manquements et les fraudes concernant des bons d'intervention falsifiés lors d'une réunion du 8 février 2016 puis dans ses courriers des 25 février et 31 mars 2016 ;
- les manquements de la société ont été attestés par un procès-verbal de constat d'huissier du 25 février 2016 ;
- de nouveaux procès-verbaux de constat d'huissier du mois de mai 2016 confirment les manquements et notamment l'existence de bons d'intervention sans étiquette de contrôle apposée sur les appareils en méconnaissance des stipulations de l'article 2.4 de l'annexe 2 au cahier des clauses particulières (CCP) du marché ainsi que l'établissement de bons d'intervention alors que les locataires n'étaient pas présents ou de bons non signés par les locataires ;
- lorsque les visites d'entretien des installations ont été effectuées, la très faible durée des interventions n'est pas compatible avec l'étendue des contrôles prescrits par le cahier des charges ;
- outre des actes frauduleux, la société Iserba n'a pas respecté les délais contractuels d'intervention ni ses obligations de communiquer les rapports de suivi, de maintenir en bon état de fonctionnement les installations et de réaliser l'ensemble des prestations prévues au contrat pour chaque équipement lors de la visite annuelle d'entretien ;
- outre les fraudes, ces manquements justifient la résiliation pour faute du marché aux torts exclusifs du titulaire du marché ;
- la demande indemnitaires de la société Iserba au titre des préjudices causés par la résiliation ne peut dès lors qu'être rejetée ;
- subsidiairement, la société Iserba ne justifie pas du caractère certain de ses préjudices ;
- le décompte ne comprend pas de pénalités de retard ;
- au titre de rejet des prestations des années 2015 et 2016, la société Iserba a également manqué à ses obligations de remise des documents qui permettaient au pouvoir adjudicateur de contrôler la bonne exécution des prestations ;
- le règlement des prestations ne peut se faire qu'à la réception des informations listées à l'article 2.4 de l'annexe 2 du CCP et de l'article 10 du même document contractuel et la société Iserba n'a pas remis ces informations en temps voulu ;
- elle n'a transmis ses bons d'intervention au titre des années 2015 et 2016, les 25 février et 8 juillet 2016, qu'à la suite de la demande du pouvoir adjudicateur dans le cadre de la procédure contradictoire mise en place ;
- la société a communiqué le 8 juillet 2016 des bons d'intervention incomplets n'indiquant plus les durées d'intervention ;
- en tout état de cause, la fraude corrompt tout, la société Iserba ne justifiant d'ailleurs pas des mesures qu'elle aurait prises pour faire cesser les agissements frauduleux ;
- les procès-verbaux de constat d'huissier du mois de mai 2016 attestent de la persistance des fraudes, sous la forme de visites d'entretien non effectuées malgré des bons d'intervention remis ;
- les courriers de la société Iserba des 25 mars et 31 mars 2016 ainsi que les constats d'huissier établissent les manquements de la société Iserba à ses obligations contractuelles ;
- il n'y a pas eu pour ce marché de supplément de dépenses mis à la charge de la société Iserba à raison de l'exécution du marché de substitution.

Vu les autres pièces des dossiers.

Vu :

- le code civil ;
- le code des marchés publics ;
- l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- le décret 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- l'arrêté du 19 janvier 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services ;
- 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,
- les conclusions de M. Louis, rapporteur public,
- et les observations de Me D...pour la société Iserba ainsi que celles de Me E... pour l'office public de l'habitat " Mulhouse Alsace Agglomération Habitat ".

Considérant ce qui suit :

1. Les requêtes n° 18NC01514 et n° 18NC01516 de la société Iserba sont dirigées contre un même jugement. Il y a lieu de les joindre pour qu'elles fassent l'objet d'un même arrêt.

2. L'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat ", devenu " Mulhouse Alsace Agglomération Habitat ", a conclu avec la société Iserba deux marchés à bons de commande, n° 2013-20 relatif à l'entretien des chauffe-eau et chauffe-bains individuels à gaz de son parc locatif et n° 2013-32 relatif à l'entretien des chaudières individuelles au gaz de ce parc. Le 30 juin 2016, l'office a résilié ces deux marchés aux torts exclusifs de la société Iserba, avec effet au 10 juillet. Par lettre du 1er août 2016, il a informé la société Iserba de l'attribution de deux marchés de substitution à la société Stihlé conclus le 5 juillet 2016, pour la durée de six mois restant encore à courir sur les deux précédents marchés. Par un jugement du 14 mars 2018, dont la société Iserba fait appel, le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté les demandes de la société Iserba tendant à la condamnation de l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " à l'indemniser des préjudices qu'elle impute au caractère fautif de ces résiliations, et a condamné cette société à verser à l'office, s'agissant du marché n° 2013-020, les sommes de 8 640 euros hors taxes et 86 902,90 euros toutes taxes comprises, et, s'agissant du marché n° 2013-032, une somme de 260 580,05 euros toutes taxes comprises.

Sur la recevabilité des requêtes :

3. Il ressort des pièces des dossiers de première instance ainsi que des pièces versées à l'instance que le jugement du 14 mars 2018 du tribunal administratif de Strasbourg a été notifié à la société Iserba le 22 mars 2018. Ses requêtes, qui ont été enregistrées au greffe de la cour administrative d'appel le 18 mai 2018, dans le délai d'appel de deux mois francs prévu à l'article R. 811-2 du code de justice administrative, ne sont, dès lors, pas tardives. Par suite, les fins de non-recevoir opposées par l'office public de l'habitat " Mulhouse Alsace Agglomération Habitat " doivent être écartées.

Sur le marché n° 2013-20 relatif à l'entretien des chauffe-eau et chauffe-bains individuels à gaz :

En ce qui concerne la régularité du jugement attaqué :

4. En premier lieu, le tribunal administratif en écartant, aux considérants 5 et 6 du jugement attaqué, le moyen relatif à l'irrégularité de la procédure de résiliation à raison de l'absence de mise en demeure, a répondu de manière suffisamment motivée au moyen tiré par la société Iserba de ce qu'en raison de ce vice de procédure, elle ne saurait supporter les conséquences onéreuses de la résiliation du marché.

5. En second lieu, la société Iserba n'ayant pas soulevé, en première instance, le moyen tiré de l'illégalité de la procédure de passation du marché de substitution en l'absence de publicité et de mise en concurrence préalable, le moyen tiré de ce que le jugement attaqué n'y aurait pas répondu de manière suffisamment motivée doit être écarté.

En ce qui concerne la résiliation :

S'agissant de la régularité de la résiliation :

6. Aux termes de l'article 32.1 du cahier des clauses administratives générales des fournitures courantes et services (CCAG FCS) applicable au marché en vertu de l'article 2 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) et auquel il n'est pas dérogé : " Le pouvoir adjudicateur peut résilier le marché pour faute du titulaire dans les cas suivants : (...) c/ Le titulaire ne s'est pas acquitté de ses obligations dans les délais contractuels ; (...) i/ Le titulaire s'est livré, à l'occasion de l'exécution du marché, à des actes frauduleux (...). Selon l'article 32.2 de ce document contractuel : " Sauf dans les cas prévus aux i, m et n du 32.1 ci-dessus, une mise en demeure, assortie d'un délai d'exécution, doit avoir été préalablement notifiée

au titulaire et être restée infructueuse. / Dans le cadre de la mise en demeure, le pouvoir adjudicateur informe le titulaire de la sanction envisagée et l'invite à présenter ses observations ".

7. En premier lieu, il résulte de l'instruction que la résiliation du marché, qui a été prononcée par le pouvoir adjudicateur sur le fondement des stipulations précitées du c) de l'article 32.1 du CCAG FCS et non à raison d'actes frauduleux, a été précédée d'une mise en demeure, le 23 mars 2016, par laquelle la société Iserba a été invitée à présenter ses observations dans un délai de quinze jours sur les manquements constatés, notamment une exécution non conforme de ses prestations, s'agissant de la prestation " P2 ", les bons d'intervention transmis par le titulaire révélant pour de nombreuses visites un délai d'intervention insuffisant par rapport à l'étendue des tâches à réaliser. Un procès-verbal de constat dressé le 25 février 2016 par Me C..., huissier, était joint à cette mise en demeure et révélait, en outre, chez de nombreux locataires un défaut d'entretien des chauffe-eau et des chauffe-bains de nature à mettre en péril la sécurité des usagers. La société Iserba a présenté ses observations le 31 mars 2016 et a été invitée, par courrier du 28 avril 2016, à participer à de nouveaux constats d'huissier, établis de manière contradictoire les 2 et 3 mai 2016, qui ont mis en évidence des manquements analogues. Par suite, les moyens tirés de ce qu'en méconnaissance des stipulations précitées de l'article 32.2 du CCAG FCS, la résiliation du marché serait intervenue sans mise en demeure préalable ou sans qu'ait été constaté le caractère infructueux de la première mise en demeure, doivent être écartés.

8. En second lieu, si la société Iserba soutient qu'une seconde mise en demeure était nécessaire, les stipulations de l'article 15.6 du cahier des clauses particulières (CCP) qu'elle invoque à l'appui de ce moyen concernent le marché n° 2013-32 et ne sont pas applicables au marché en litige. Ce moyen présente donc un caractère inopérant.

S'agissant du bien-fondé de la résiliation :

9. S'agissant des prestations " P2 " d'entretien courant, l'article 3 du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) du marché stipule : " le titulaire assurera la conduite, la surveillance, le réglage, le contrôle ainsi que l'entretien courant des installations (...) : - d'eau froide, / - d'eau chaude sanitaire, / - de gaz, / - de ventilation (...) / Le titulaire disposera pour cela d'un personnel en nombre suffisant et possédant les qualifications indispensables (...). / Le titulaire s'engage à assurer l'entretien des installations tel que défini par la réglementation en vigueur, les règles de l'art, et au minimum, par les prestations décrites au présent CCTP ". Aux termes de l'article 3.2 de ce document : " Il incombe au titulaire d'assurer le maintien en bon état de fonctionnement des appareils dans des conditions normales de sécurité et d'utilisation, ne comportant que la fourniture des pièces nécessaires à l'entretien courant (...)", cet article prévoyant notamment vingt-et-une opérations ou vérifications à réaliser.

10. Il résulte de l'instruction et plus particulièrement de l'analyse des procès-verbaux de constats d'huissier réalisés contradictoirement les 2 et 3 mai 2016, et de celle du listing de contrôle des logements visités en 2015 et 2016, établi par le pouvoir adjudicateur sur la base des documents remis par la société Iserba elle-même, que ses techniciens ne réalisent pas le contrôle et l'entretien courant des installations dans le délai minimal requis qu'impliquent nécessairement les vingt-et-une opérations ou vérifications à effectuer selon les stipulations du marché et qu'il est même apparu que certains logements n'avaient pas été visités, de telles pratiques, contraires tout à la fois aux obligations contractuelles du prestataire et aux règles de l'art, étant en outre de nature à mettre en danger la sécurité des locataires.

11. Compte tenu de leur nature et de leur ampleur, ces manquements, clairement identifiés par la mise en demeure dont la société Iserba a été destinataire, sont constitutifs d'une faute d'une gravité suffisante pour justifier la résiliation du marché à ses torts exclusifs sur le fondement des stipulations du c) de l'article 32.1 du CCAG FCS. Cette société n'est, par suite, pas fondée à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté sa demande d'indemnisation, à hauteur d'un montant global de 278 948,92 euros, des conséquences préjudiciables de cette résiliation, constituées selon elle par son manque à gagner jusqu'au terme du marché, une atteinte à sa réputation commerciale et l'engagement de divers frais.

En ce qui concerne le surcoût engendré par le marché de substitution :

12. Aux termes de l'article 11.4.2 du CCAG FCS auquel le CCAP du marché ne déroge pas : " En cas d'exécution de prestations aux frais et risques du titulaire défaillant, le surcoût supporté par le pouvoir adjudicateur, correspondant à la différence entre le prix qu'il aurait dû régler au titulaire pour la réalisation des prestations et le prix effectivement payé pour l'exécution de celles-ci à la place du titulaire défaillant, est déduit des sommes dues au titulaire au titre des prestations admises ".

S'agissant de la contestation de la validité du marché de substitution :

13. En premier lieu, aux termes du I de l'article 30 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 pris en application de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : " Les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants : 1° Lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour l'acheteur et n'étant pas de son fait ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées. Tel est notamment le cas des marchés publics rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux réalisés par des acheteurs en application des articles L. 1311-4, L. 1331-24, L. 1331-26-1, L. 1331-

28, L. 1331-29 et L. 1334-2 du code de la santé publique et des articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du code de la construction et de l'habitation ainsi que des marchés publics passés pour faire face à des dangers sanitaires définis aux 1° et 2° de l'article L. 201-1 du code rural et de la pêche maritime. Le marché public est limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence (...)" .

14. Il résulte de l'instruction que la résiliation par l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " du marché n° 2013-20 aux torts exclusifs de la société Iserba est intervenue le 10 juillet 2016, au vu d'éléments qui n'ont été mis en évidence qu'au cours de la première moitié de l'année 2016 et que, contrairement à ce que soutient l'appelante, l'office justifiait bien, dans ces conditions, d'une situation d'urgence impérieuse lui permettant régulièrement, afin d'assurer, pour la période de six mois de validité restante du contrat, la continuité de l'exécution de ces prestations d'entretien d'équipements sanitaires alimentés en gaz et de garantir notamment la sécurité des locataires et des logements, de se fonder sur les dispositions précitées pour passer le marché de substitution sans publicité ni mise en concurrence préalables.

15. En second lieu, s'il résulte des éléments produits par la société Iserba que les prix unitaires stipulés entre les parties dans le marché n° 2016-026, pour les prestations " P2 " et " P3R " seraient de 55 % plus élevés que celui du marché résilié, cette seule constatation ne suffit pas à faire regarder comme illégale l'attribution de ce marché à la société Stihlé, ni comme illicites les prix ainsi convenus alors que l'office public de l'habitat " Mulhouse Alsace Agglomération Habitat " fait valoir sans être contredit qu'ils ont tenu compte de l'état fortement dégradé des installations sanitaires de son parc locatif du fait des manquements de la société Iserba dans l'exécution de ses contrats et de la nécessité de pourvoir, par un investissement plus important, aux conséquences des carences du titulaire précédent.

16. Il résulte de ce qui précède que la société Iserba n'est fondée à se prévaloir ni d'une irrégularité dans la procédure d'attribution du marché de substitution ni de la différence constatée entre les niveaux de prix des deux marchés, pour contester le montant des sommes mises à sa charge au titre du surcoût, pour le maître d'ouvrage, de l'exécution du marché de substitution.

S'agissant des montants mis à la charge de la société Iserba :

17. Le décompte de résiliation du marché fait supporter à la société Iserba, au titre de la plus-value du marché de substitution passé avec la société Stihlé, une somme totale de 51 530,26 euros hors taxes, dont une fraction, égale à 18 967,57 euros, correspond au montant des prestations " P3 ". S'il ressort de ce décompte que le montant versé à la société Stihlé au titre de ces prestations serait de 23 030,40 euros sans que ce montant puisse être vérifié ni au regard des pièces du marché de substitution, dont le devis quantitatif et estimatif figurant en annexe de l'acte d'engagement se borne à renvoyer, sans autre précision, au prix stipulé dans le marché de substitution conclu simultanément pour l'entretien des chaudières, ni par aucune autre pièce permettant de préciser le nombre de prestations qu'il rémunère et le prix unitaire appliqué. Il en résulte que la société Iserba qui conteste formellement la validité de ce prix, est fondée à soutenir que cette somme de 18 967,57 euros hors taxes doit être déduite du montant mis à sa charge.

18. Il résulte de ce qui précède que la société Iserba est seulement fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Strasbourg n'a pas limité à 32 562,69 euros hors taxes le montant des sommes mises à sa charge au titre du surcoût du marché de substitution.

En ce qui concerne le rejet des prestations de la société Iserba au titre des années 2015 et 2016 :

19. Il résulte de l'instruction que par un courrier notifié à la société Iserba le 1er août 2016, l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " a décidé de rejeter les prestations ayant donné lieu au versement d'acomptes à la société Iserba au titre des années 2015 et 2016 et que le décompte de liquidation établit le montant des acomptes à restituer à un total hors taxes respectivement de 31 495,77 euros et 2 327,88 euros.

20. En premier lieu, il résulte de l'instruction que par courrier du 30 juin 2016, la société Iserba a été mise à même de présenter ses observations préalablement au rejet des prestations au titre des années 2015 et 2016.

21. En deuxième lieu, selon l'article 5.1 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) du marché : " Les vérifications quantitatives et qualitatives approfondies sont réalisées lors de l'exécution de la prestation. / Les opérations de vérification quantitative ont pour objet de contrôler la conformité entre la quantité exécutée (service fait) et la quantité indiquée sur le bon de commande. / Les opérations de vérifications qualitatives ont pour objet de contrôler la conformité des prestations exécutées avec les spécifications du marché ou du bon de commande. / A l'issue des opérations de vérification, le pouvoir adjudicateur prendra sa décision dans les conditions ci-après. / Les opérations de vérifications se déroulent conformément à l'article 23 et 24 du CCAG/FCS ". Aux termes de l'article 5.2 de ce document qui déroge à l'article 25 du CCAG FCS : " Pour les prestations exécutées par le titulaire dans le cadre des positions A et B, la décision d'acceptation correspond à la réception par le pouvoir adjudicateur des bons d'interventions. / Pour les prestations de la position C, à l'issue des opérations de vérification quantitative et qualitative, le pouvoir adjudicateur, en cas de conformité technique et quantitative des prescriptions du marché et du bon de commande, prend une décision expresse d'admission formalisée correspondant à la signature du procès-verbal d'exécution rédigé par le titulaire du marché ". Selon l'article 5.3 du même document : " La réception des bons d'interventions par le pouvoir adjudicateur ou le procès-verbal

d'exécution rédigé par le titulaire et signé par le pouvoir adjudicateur vaut acceptation de la conformité technique aux prescriptions du marché et des bons de commande. Après l'admission le pouvoir adjudicateur bénéficie toutefois des éventuelles actions offertes en cas de vices cachés, de l'application de la garantie constructeur ou des assurances complémentaires éventuellement souscrites (...) ".

22. Il résulte de l'instruction qu'à la suite de plaintes de locataires, l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " a sollicité de la société Iserba la transmission de ses bons d'intervention au titre des années 2015 et 2016 afin de pouvoir contrôler la qualité des prestations réalisées. Cet examen s'est poursuivi contradictoirement jusqu'au rejet des prestations par le pouvoir adjudicateur le 1er août 2016. Dans ces conditions, à la date de la remise des bons d'intervention par le titulaire du marché, le pouvoir adjudicateur ne pouvait qu'être regardé comme procédant aux opérations de vérifications préalables prévues par les stipulations précitées de l'article 5.1 du CCAP du marché. Il s'ensuit que le moyen tiré de ce que la transmission des bons d'intervention au titre des années 2015 et 2016 par la société Iserba valait admission de ses prestations en vertu des stipulations précitées des articles 5.2 et 5.3 du CCAP du marché doit être écarté.

23. En troisième lieu, ainsi qu'il a été précédemment exposé au point 10 ci-dessus, il résulte de l'instruction que la société Iserba a méconnu ses obligations contractuelles d'entretien et de contrôle des installations dont elle avait la charge. Alors que par courrier du 30 juin 2016, le pouvoir adjudicateur l'a informée qu'il envisageait après examen des bons d'intervention qu'elle lui avait transmis à sa demande, de rejeter ses prestations au titre des années 2015 et 2016 en raison de ses manquements dans l'exécution du contrat, la société Iserba n'a produit aucun élément précis de nature à démontrer les avoir correctement réalisées. Par suite, l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " pouvait régulièrement lui opposer l'absence de service fait au titre des années 2015 et 2016.

24. En quatrième lieu, il ne résulte pas des stipulations des articles 5 et 24 du CCAP du marché que les prestations " P3R " ne pouvaient pas, comme les autres prestations prévues au marché, faire l'objet de la part du pouvoir adjudicateur d'une décision de rejet.

25. En dernier lieu, si la société Iserba, qui a obtenu en première instance, le règlement au titre de l'année 2016, d'une somme de 6 915,50 euros toutes taxes comprises, correspondant à des prestations " P3R " qui n'avaient pas été reprises, dans le décompte de résiliation, parmi les prestations rejetées, demande également, pour la première fois en appel, le paiement, au titre de la même année 2016, de prestations " P2 " et " P3 " pour des montants respectivement de 1 683,67 euros et 877 euros, il est constant qu'à l'inverse, ces catégories de prestations figurent bien au décompte parmi les prestations rejetées pour absence de service fait. Or les factures d'acompte que la société produit, qui n'indiquent d'ailleurs pas la référence du marché auquel elles se rapportent, ne sauraient suffire à établir qu'elles correspondraient à des prestations effectivement réalisées alors par ailleurs que tant dans sa demande préalable que dans ses écritures de première instance, la société Iserba avait exposé que ses prestations lui avaient été intégralement réglées.

26. Il résulte de ce qui précède que la société Iserba n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Strasbourg n'a pas exclu du montant de la condamnation prononcée contre elle à l'égard de l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat ", les sommes correspondant au rejet de ses prestations des années 2015 et 2016. De même, ses conclusions tendant au règlement de deux factures de 1 683,67 euros et 877 euros doivent, sans qu'il soit besoin d'en examiner la recevabilité, être rejetées.

En ce qui concerne les pénalités :

27. En premier lieu, si les factures établies au titre des prestations réalisées en 2014 ont été payées au titulaire sans faire l'objet de pénalités de retard, il résulte de l'instruction et il n'est pas contesté que ces règlements sont intervenus, conformément aux stipulations contractuelles, à titre d'acomptes et ne revêtaient pas un caractère définitif. Par suite, ils ne faisaient pas obstacle à ce que soient appliquées, lors de l'établissement du décompte de résiliation couvrant toute la durée du contrat, des pénalités pour les retards relevés dans la réalisation de ces prestations.

28. En deuxième lieu, il résulte du décompte de liquidation du marché résilié que l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " a mis à la charge de la société Iserba des pénalités de retard d'un montant de 8 640 euros hors taxes correspondant seulement aux interruptions de l'eau chaude sanitaire supérieures à vingt-quatre heures, constatées au cours de l'année 2014 et calculées sur la base d'une somme de 50 euros hors taxes par jour et par logement concerné.

29. Il résulte toutefois de l'annexe 1 à laquelle renvoie explicitement le décompte de résiliation et qui retrace le détail des pénalités, que les pénalités pour interruption d'eau chaude sanitaire ne s'élevaient, en 2014, qu'à un montant de 4 250 euros hors taxes. Si cette annexe comporte également des éléments relatifs aux retards d'intervention reprochés à la société Iserba et susceptibles de provoquer l'application de pénalités d'un montant de 30 euros par jour et par logement, elle ne saurait permettre de justifier, au titre des pénalités pour interruption d'eau chaude sanitaire, le montant excédentaire de 4 390 euros hors taxe qui a été notifié à la société Iserba, et dont au surplus elle ne permet pas davantage de reconstituer les modalités de calcul.

30. Par ailleurs, s'agissant du montant des pénalités pour interruption d'eau chaude sanitaire, il résulte de l'instruction qu'il comprend une somme de 2 200 euros correspondant à la pénalité appliquée au titre d'un logement situé 6 rue Marseillaise à Mulhouse, dont il n'est pas contesté qu'il était infesté de blattes ce qui

était de nature à justifier que l'intervention du technicien de la société Iserba soit différée jusqu'à la désinsectisation de ce logement. La prestation ayant été réalisée le jour même de cette dernière, la pénalité infligée au titre de cette interruption n'était donc pas fondée. En revanche, la société Iserba n'établit pas, au vu des éléments figurant dans ce document, que la pénalité de 300 euros relative à une interruption d'eau chaude de cinq jours dans un logement situé 3 rue de Toulouse à Mulhouse, n'était pas justifiée et elle ne conteste pas sérieusement les autres pénalités mises à sa charge pour une somme de 1 750 euros.

31. Il s'ensuit que le montant des pénalités mises à la charge de la société Iserba doit être ramené à un montant de 2 050 euros hors taxes et que cette société est fondée à demander, sur ce point, la réformation du jugement attaqué.

32. Il résulte de tout ce qui précède que la société Iserba est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Strasbourg l'a condamnée à verser à l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " une somme de 86 902,90 euros toutes taxes comprises qui doit être ramenée après déduction du surcoût du marché de substitution d'un montant de 18 967,57 euros hors taxes soit 20 864,32 euros toutes taxes comprises à une somme de 66 038,58 euros toutes taxes comprises et l'a également condamnée à lui verser au titre des pénalités de retard une somme de 8 640 euros hors taxes au titre des pénalités de retard qui doit être ramenée à une somme de 2 050 euros hors taxes.

Sur le marché n° 2013-32 relatif à l'entretien des chaudières individuelles au gaz :

En ce qui concerne la résiliation :

S'agissant du bien-fondé de la résiliation :

33. Aux termes de l'article 32.1 du CCAG FCS, applicable en vertu de l'article 4 du cahier des clauses particulières (CCP) du marché : " Le pouvoir adjudicateur peut résilier le marché pour faute du titulaire dans les cas suivants : (...) c/ Le titulaire ne s'est pas acquitté de ses obligations dans les délais contractuels (...) i/ Le titulaire s'est livré, à l'occasion de l'exécution du marché, à des actes frauduleux (...) ". Selon l'article 32.2 de ce document contractuel : " Sauf dans les cas prévus aux i, m et n du 32.1 ci-dessus, une mise en demeure, assortie d'un délai d'exécution, doit avoir été préalablement notifiée au titulaire et être restée infructueuse. / Dans le cadre de la mise en demeure, le pouvoir adjudicateur informe le titulaire de la sanction envisagée et l'invite à présenter ses observations ". Aux termes de l'article 15 du CCP du marché : " Outre les cas prévus à l'article 32 du CCAG Fournitures courantes et services, le marché peut, selon les modalités prévues ci-dessous, être résilié aux torts du titulaire, sans que celui-ci puisse prétendre à une indemnité, dans les cas suivantes : (...) 3 En cas de fraude (...) ou de tromperie dûment constatées sur la qualité des matériels ou des prestations exécutées (...) / La décision de résiliation dans un des cas 1 à 5 ci-dessus, ne peut intervenir qu'après que le titulaire ait été informé de la sanction envisagée et invité à présenter ses observations dans un délai de quinze jours ".

34. Selon l'article 7.2 du CCP du marché relatif au " petit entretien P2 " : " Dans le cadre de ses principales obligations, le titulaire assurera la conduite, la surveillance, le réglage, le contrôle ainsi que l'entretien courant des installations (...) : - de chauffage, / - d'eau froide, / - d'eau chaude sanitaire, / - d'eau chaude solaire, / - de gaz, / - de ventilation. / Le titulaire disposera pour cela d'un personnel en nombre suffisant et possédant les qualifications indispensables (...) / Le titulaire s'engage à assurer l'entretien des installations tel que défini par la réglementation en vigueur, les règles de l'art, et au minimum, par l'annexe 2 au présent CCP (...) ". En vertu du 2.1 et du 2.4. de l'annexe 2 de ce document contractuel, le titulaire qui doit réaliser la visite annuelle d'entretien préventive obligatoire, remplit, à chaque intervention, une fiche décrivant la nature de celle-ci et qu'il fait signer par le locataire et appose de façon visible un macaron autocollant de couleur vive sur la chaudière contrôlée comportant notamment la date de la dernière intervention. L'article 3 de cette annexe décrit les prestations à réaliser lors de chaque visite annuelle d'entretien.

35. Il résulte de l'instruction que sur la demande de l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " du 22 février 2016 invitant la société Iserba à produire le rapport annuel des prestations effectuées au titre de l'année 2015 et comprenant notamment les bons d'intervention du titulaire du marché, cette dernière a admis que neuf interventions confiées à l'un de ses techniciens avaient été validées alors que les prestations n'avaient pas été réalisées. Si la société Iserba a fait valoir, en réponse à la mise en demeure qui lui a été adressée le 23 mars 2016, qu'il s'agissait d'un cas isolé, que ce salarié avait été licencié et qu'elle avait mis en place des mesures de contrôle, il résulte de l'instruction, et plus particulièrement des procès-verbaux de constat d'huissier de Me C...et de Me A...des 2, 3, 4 et 9 mai 2016, effectués en présence de la société Iserba, que dans la plupart des logements visités, ses techniciens n'étaient pas intervenus ou n'avaient pas réalisé les prestations prévues alors même qu'ils avaient apposé le macaron de contrôle. Ces dernières constatations ne sont pas sérieusement remises en cause par la société Iserba et il résulte de l'instruction, contrairement à ce qu'elle soutient, que des manquements de même nature que ceux constatés dans la mise en demeure du 23 mars 2016 se sont poursuivis. Ces manquements étant de nature à caractériser une violation grave par le titulaire du marché de ses obligations contractuelles en raison de leur caractère frauduleux et des conséquences qu'ils étaient susceptibles de présenter pour la sécurité des locataires, ils justifiaient la résiliation du marché aux torts exclusifs de la société Iserba.

S'agissant des irrégularités formelles invoquées par la société Iserba :

36. Si la société Iserba soutient que la résiliation est intervenue au terme d'une procédure irrégulière en

raison de l'absence de mise en demeure en méconnaissance des stipulations de l'article 32 du CCAG FCS et de l'article 15.6 du CCP, de telles irrégularités, à les supposer établies, feraient seulement obstacle, à ce que l'entreprise supporte les conséquences onéreuses de la résiliation pour le maître d'ouvrage. Il résulte de l'instruction et plus particulièrement du décompte de résiliation du marché que l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " n'a pas fait supporter à la société Iserba de surcoûts liés à la mesure de résiliation prise à son encontre. Par suite, et alors que la société Iserba ne se prévaut, en outre, d'aucun préjudice particulier lié aux irrégularités formelles qu'elle invoque, elles ne sont pas susceptibles de lui ouvrir droit à une indemnisation.

37. Il résulte de ce qui précède que la société Iserba n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté sa demande d'indemnisation, à hauteur d'un montant global de 320 562,25 euros, des conséquences préjudiciables de cette résiliation constituées, selon elle, par son manque à gagner jusqu'au terme du marché, une atteinte à sa réputation commerciale et l'engagement de divers frais.

En ce qui concerne le rejet des prestations de la société Iserba au titre des années 2015 et 2016 :

38. Il résulte de l'instruction que par un courrier notifié à la société Iserba le 1er août 2016, l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " a décidé de rejeter les prestations ayant donné lieu au versement d'acomptes à la société Iserba au titre des années 2015 et 2016 et que le décompte de liquidation établit le montant des acomptes à restituer à un total hors taxes respectivement de 241 497,72 euros et 69 949,61 euros.

39. En premier lieu, il résulte de l'instruction que par courrier du 30 juin 2016, la société Iserba a été mise à même de présenter ses observations préalablement au rejet de ses prestations au titre des années 2015 et 2016.

40. En deuxième lieu, alors qu'aucune des stipulations de l'article 8 du CCP, qui dérogent, selon l'article 20 du même document contractuel, aux articles 22 à 25 du CCAG FCS, ne prévoit une procédure d'admission implicite des prestations, il résulte des stipulations de l'article 11.1 du CCP et de l'annexe 2 à ce document, s'agissant des prestations d'entretien " P2 ", que la mise en règlement n'est faite qu'à la réception des documents justificatifs prévus par l'article 2.4 du CCP relatifs aux obligations du titulaire, ce dernier devant notamment adresser au pouvoir adjudicateur un état précis des prestations réalisées et transmettre les bons d'intervention. En outre, l'article 11.2 du CCP prévoit, s'agissant des prestations d'entretien " P3 ", un règlement après réception du décompte et s'agissant des prestations de renouvellement des matériels " P3R " un règlement à chaque période de validité du contrat. Ainsi, contrairement à ce que soutient la société Iserba, le pouvoir adjudicateur tenait des stipulations applicables au marché le pouvoir de rejeter les prestations en cas d'absence de service fait au moment de l'établissement du décompte.

41. En troisième lieu, ainsi qu'il a été précédemment exposé au point 35 ci-dessus, il résulte de l'instruction que la société Iserba a commis des actes frauduleux dans l'exécution de ses prestations et a également gravement manqué à ses obligations contractuelles et aux règles de l'art dans des conditions qui étaient de nature à mettre en danger la sécurité des locataires. Alors que, par courrier du 30 juin 2016, le pouvoir adjudicateur l'a informée qu'il envisageait après examen des bons d'intervention qu'elle lui avait transmis à sa demande, de rejeter ses prestations au titre des années 2015 et 2016 en raison de ses manquements dans l'exécution du contrat, la société Iserba n'a produit aucun élément précis de nature à démontrer les avoir correctement réalisées. Par suite, l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " pouvait régulièrement lui opposer l'absence de service fait au titre des années 2015 et 2016.

42. En dernier lieu, si la société Iserba demande également le paiement, au titre de la même année 2016, de prestations " P2 " et " P3 " d'un montant respectivement de 38 616,59 euros et de 38 593,56 euros, il est constant que ces catégories de prestations figurent bien au décompte parmi les prestations rejetées pour absence de service fait. Or les factures d'acomptes que la société produit ne sauraient suffire à établir qu'elles correspondraient à des prestations effectivement réalisées.

43. Il résulte de ce qui précède que la société Iserba n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Strasbourg n'a pas exclu du montant de la condamnation prononcée contre elle à l'égard de l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat ", les sommes correspondant au rejet de ses prestations des années 2015 et 2016. De même, ses conclusions tendant au règlement de deux factures de 38 616,59 euros et de 38 593,56 euros doivent être rejetées.

En ce qui concerne les intérêts :

44. Il résulte de l'instruction que le décompte de résiliation du marché n° 2013-032 n'a été notifié à la société Iserba que le 7 novembre 2017. Dans ces conditions, cette dernière est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Strasbourg a fixé le point de départ des intérêts dont il a assorti, s'agissant de ce marché, les condamnations prononcées contre elle au profit de l'office public de l'habitat " Mulhouse Alsace Agglomération Habitat ", à la date du 4 août 2017 et non à celle du 7 novembre 2017.

Sur les frais liés aux instances :

45. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la

charge de l'office public de l'habitat " Mulhouse Alsace Agglomération Habitat ", qui n'est pas, pour l'essentiel, la partie perdante, le versement de la somme que la société Iserba demande au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Il y a lieu en revanche de mettre à la charge de la société Iserba le versement à l'office public de l'habitat " Mulhouse Alsace Agglomération Habitat " d'une somme de 1 500 euros sur le fondement des mêmes dispositions.

D E C I D E :

Article 1 : La somme de 8 640 euros hors taxes qu'au titre des pénalités relatives au marché n°2013-020, la société Iserba a été condamnée à verser, en principal, à l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat ", par l'article 1er du jugement nos 1605945 - 1605946 du 14 mars 2018 du tribunal administratif de Strasbourg, est ramenée à la somme de 2 050 euros hors taxes.

Article 2 : La somme de 86 902,90 euros toutes taxes comprises qu'au titre du marché n°2013-020, la société Iserba a été condamnée à verser, en principal, à l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat ", par l'article 1er du jugement nos 1605945 - 1605946 du 14 mars 2018 du tribunal administratif de Strasbourg, est ramenée à une somme de 66 038,58 euros toutes taxes comprises.

Article 3 : La somme de 260 580,05 euros toutes taxes comprises qu'au titre du marché n°2013-032, la société Iserba a été condamnée à verser à l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat ", par l'article 1er du jugement nos 1605945 - 1605946 du 14 mars 2018 du tribunal administratif de Strasbourg portera intérêts au taux légal à compter du 7 novembre 2017.

Article 4 : Le jugement du tribunal administratif de Strasbourg du 14 mars 2018 est réformé en ce qu'il a de contraire au présent arrêt.

Article 5 : La société Iserba versera à l'office public de l'habitat " Mulhouse Alsace Agglomération Habitat " une somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 6 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 7 : Le présent arrêt sera notifié à la société Iserba et à l'office public de l'habitat " Mulhouse Alsace Agglomération Habitat ".

2

Nos 18NC01514 - 18NC01516

Analyse

Abstrats : 39-04-02 Marchés et contrats administratifs. Fin des contrats. Résiliation.