

**COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL
DE PARIS**

ALP

N° 13PA03510

MINISTRE DE L'ECONOMIE ET DES
FINANCES

Mme Fuchs Taugourdeau
Président

M. Auvray
Rapporteur

Mme Vrignon
Rapporteur public

Audience du 7 novembre 2014
Lecture du 24 novembre 2014

39-02-005
C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

La Cour administrative d'appel de Paris
(6ème chambre)

Vu le recours, enregistré le 11 septembre 2013, présenté par le ministre de l'économie et des finances ; le ministre demande à la Cour :

1°) d'annuler le jugement n° 1206820/3-1 du 9 juillet 2013 par lequel le Tribunal administratif de Paris a, d'une part, prononcé la résiliation, à effet du 31 mars 2014, des lots n° 1, 2 et 3 du marché de gestion et d'exploitation de 25 immeubles de logements sociaux et de 3 foyers domaniaux des ministères économique et financier conclu entre le ministre du budget et la société HLM Résidences Le Logement de Fonctionnaires (RLF) pour le lot n° 1, et la société HLM Batigère Ile-de-France pour le lots n° 2 et 3, d'autre part, condamné le ministre de l'économie et des finances à verser à la société Marnez SAS la somme de 5 000 euros au titre du remboursement des frais qu'elle avait engagés pour soumissionner à ce marché ainsi que la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

2°) de rejeter l'ensemble des demandes de la société Marnez SAS ;

3°) à titre subsidiaire, de rejeter la demande de la société Marnez SAS tendant à la résiliation du marché litigieux ;

Ils soutiennent que :

- l'ambiguïté relevée par le Tribunal entre les termes de l'avis de publicité et ceux du règlement de consultation manque en fait ;
- c'est à tort que les premiers juges ont estimé que les modalités d'encaissement des loyers étaient constitutives d'un sous-critère, alors qu'il s'agit d'un simple élément d'appréciation du sous-critère « modalités de gestion locative » ;
- la résiliation prononcée entraîne des conséquences lourdes tant pour le recouvrement des loyers dus à l'Etat et aux prises à bail que pour les actuels titulaires des lots concernés ;

Vu le mémoire en intervention, enregistré le 11 décembre 2013, présenté pour la société d'habitation à loyers modérés Batigère, par Me Richer, qui conclut à ce que la Cour annule le jugement du Tribunal administratif de Paris en date du 9 juillet 2013, rejette les demandes de la société Marnez et mette à la charge de cette dernière le versement d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- la capacité des candidats à manier des fonds publics n'était pas constitutive d'un critère de notation au sens de l'article 53 du code des marchés publics et n'a pas exercé d'influence déterminante sur le choix des offres ;
- le règlement de la consultation, qui mentionnait la nécessité de recourir à des modalités adaptées de recouvrement des fonds publics, permettait aux candidats d'adapter leurs offres en conséquence ;
- la résiliation prononcée par le Tribunal porte une atteinte excessive à l'intérêt général et à ses propres droits, l'empêchant d'amortir ses investissements sur la durée de 6 ans initialement prévue au contrat ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 6 octobre 2014, présenté pour la société Marnez par le cabinet Hourcabié, qui conclut au rejet de la requête ainsi qu'à la mise à la charge de l'Etat et de la société Batigère de la somme de 6 000 euros chacun au titre des frais irrépétibles et, par la voie de l'appel incident, à ce que la Cour condamne le ministre de l'économie et des finances à lui verser la somme de 156 426,96 euros assortie des intérêts au taux légal correspondant à la redevance de gestion courante, ainsi qu'une somme à définir au vu d'une expertise à ordonner correspondant à la redevance sur travaux, en réparation du préjudice financier que lui a causé son éviction illégale des marchés litigieux qu'elle avait des chances sérieuses de remporter ;

Elle soutient que :

- la requête du ministre de l'économie et des finances est irrecevable faute de paiement de la contribution pour l'aide juridique ;
- l'intervention de la société Batigère est irrecevable dès lors qu'elle avait la qualité de partie en première instance et devait par suite produire son mémoire dans le délai d'appel ;
- le jugement entrepris est régulier ;
- les moyens ne sont pas fondés ;
- elle a droit à être indemnisée du manque à gagner résultant de son éviction illégale des marchés dès lors qu'elle avait des chances sérieuses de les remporter ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu l'ordonnance du 10 septembre 2014 fixant la clôture de l'instruction au 6 octobre 2014, en application de l'article R. 613-1 du code de justice administrative, et l'ordonnance du 6 octobre 2014 reportant au 16 octobre 2014 la clôture de l'instruction ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 7 novembre 2014 ;

- le rapport de M. Auvray, président-assesseur ;

- les conclusions de Mme Vrignon, rapporteur public ;

- et les observations de Me Denilauler pour la société HLM Batigère Ile-de-France, et de Me Hourcabie pour la société Marnez SAS ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner la fin de non-recevoir, invoquée par la société Marnez SAS, tirée de ce que le requérant n'a pas acquitté la contribution pour l'aide juridique ;

1. Considérant que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 20 et le 24 août 2011 respectivement au Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne, le secrétaire général des ministères économique et financier a engagé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue du renouvellement des conventions de gestion d'un parc immobilier composé de 25 immeubles sociaux et de 3 foyers destinés aux agents éprouvant des difficultés à se loger tant en région parisienne que dans les Alpes-Maritimes et le Var ; que, par courrier du 14 décembre 2011, le pouvoir adjudicateur a informé la société Marnez SAS, qui avait soumissionné aux trois premiers des sept lots concernés par cette procédure, que ses offres n'avaient pas été retenues et lui a indiqué, par lettre du 12 janvier 2012, que le lot 1 avait été attribué à la SA HLM Résidences Le Logement des Fonctionnaires et les lots 2 et 3 à la SA HLM Batigère ;

Sur l'intervention de la société Batigère :

2. Considérant que la société Batigère était défenderesse en première instance et avait, par conséquent, qualité pour faire appel du jugement attaqué ; ; qu'il ressort des pièces du dossier que son mémoire en intervention a été enregistré au greffe de la Cour après l'expiration du délai d'appel et n'est dès lors pas recevable ; que, par suite, et alors même que le recours des ministres a été communiqué à la société Batigère, la société Marnez SAS est fondée à soutenir que l'intervention de la société Batigère est irrecevable ;

Sur la validité des marchés :

3. Considérant qu'aux termes du II de l'article 1^{er} du code des marchés publics : « *Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne*

utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code » ; qu'aux termes de l'article 53 de ce code : « (...) II. Pour les marchés passés selon la procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération. / Le poids de chaque critère peut être exprimé par une fourchette dont l'écart maximal est approprié. / Le pouvoir adjudicateur qui estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible notamment du fait de la complexité du marché, indique les critères par ordre décroissant d'importance. / Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de consultation (...) » ; que ces dispositions imposent au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats des critères de sélection des offres ainsi que de leur pondération ou de leur 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 qu'eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération, 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 ;

4. Considérant qu'il est constant que tant le règlement de consultation que le cahier des clauses particulières du marché litigieux stipulent que les offres seront appréciées selon les deux critères que sont la qualité de l'offre exprimée dans le mémoire technique, pour 50%, et le taux de rémunération, pour 50%, chacun de ces critères se composant de deux sous-critères dont, pour le premier de ces critères, les modalités de gestion locative pour 25% et les modalités d'exploitation des immeubles pour 25% ; qu'en outre, chacun de ces documents de consultation stipule que : *« S'agissant d'immeubles domaniaux, les loyers encaissés sont des recettes publiques qui ne peuvent être recouvrées que par un agent comptable public des services France Domaine ou par un organisme légalement habilité, en application des articles L. 442-9 et L. 481-7 du code de la construction et de l'habitation visant les organismes d'habitation à loyers modérés et les sociétés d'économie mixte de construction et de logements sociaux »*, le cahier des clauses particulières stipulant en outre, en son article 18, que : *« Le mandataire encaisse directement, ou par un agent comptable, les loyers »* ;

5. Considérant que les ministres soutiennent que, contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges pour prononcer la résiliation des lots 1 à 3 du marché litigieux, la capacité juridique des candidats à manier des fonds publics, loin de constituer un véritable sous-critère, n'était en réalité qu'un simple élément d'appréciation du sous-critère *« modalités de gestion locative »* ;

6. Considérant, toutefois, qu'il résulte de l'instruction que le rapport de présentation de la commission de sélection précise que : *« Les sociétés Nexity et Marnez proposent une offre d'une valeur technique pénalisée par la mise en œuvre projetée et les modalités d'organisation de la prestation attendue. / Notamment, ces deux sociétés sont des sociétés de gestion qui n'ont pas le statut de SA d'HLM, ce qui ne leur permet pas d'encaisser elles-mêmes les loyers, compte tenu des contraintes évoquées ci-dessus (...) Marnez propose (...) de se voir nommée régisseur par le responsable des services comptables du ministère, possibilité que les délais du marché ne permettent pas d'expertiser »* et que, concernant le sous-critère *« modalités de gestion locative »*, ces deux sociétés ont ainsi obtenu la note la plus basse, soit 5 sur 10, pour les lots auxquels elles se sont portées candidates, les notes attribuées aux autres candidates, qui avaient toutes le statut de SA d'HLM, à l'exception de la SNI, filiale de la Caisse des dépôts et consignations, étant comprises entre 8 et 9 ; que s'il est exact que plusieurs éléments d'appréciation de ce sous-critère ont été pris en

compte, ce qui ressort du tableau d'analyse des offres annexé au rapport de présentation de la commission de sélection, il résulte de l'instruction qu'alors que la plupart d'entre eux avaient été mentionnés à l'article XI du règlement de consultation, qui invite les candidats à détailler le sous-critère « *modalités de la gestion locative* » dans leurs mémoires techniques, tel n'était en revanche pas le cas de la capacité des candidats à manier des fonds publics, tandis que, pour noter le sous-critère « *modalités de la gestion locative* », la commission de sélection a pourtant relevé, d'ailleurs sous l'intitulé « *divers* » s'agissant de la société Marnez SAS, que « *la mise en place nécessaire d'un agent comptable ou nomination d'un régisseur qui complexifie les opérations courantes* », comme élément défavorable ; qu'en outre, pour motiver les raisons du rejet de l'offre de la société intimée, le pouvoir adjudicateur, dans son courrier du 12 janvier 2012, indique que « *Au regard de la qualité de l'offre, l'appréciation de ce critère a été pénalisée notamment par les modalités envisagées par la société Marnez SAS qui propose de se voir nommée régisseur par le responsable des services comptables des ministères économique et financier, possibilité qui ne répondait pas aux clauses du marché* », alors pourtant qu'en son article 18, le cahier des clauses particulières se borne à stipuler que « *le mandataire encaisse directement, ou par un agent comptable, les loyers* » ; qu'il suit de là que les ministres ne sont pas fondés à soutenir que la capacité juridique à manier des fonds publics n'aurait pas été un véritable sous-critère mais un simple élément d'appréciation des offres ; que ce sous-critère a été susceptible d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection ;

Sur l'office du juge :

7. Considérant que, saisi par un concurrent évincé de conclusions contestant la validité d'un contrat, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de décider de la poursuite de l'exécution du contrat, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit 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 ou aux droits des cocontractants, la résiliation du contrat ou son annulation ; qu'il peut également, saisi de conclusions en ce sens, accorder des indemnisations en réparation des droits lésés ;

8. Considérant que les ministres soutiennent qu'eu égard à la nature du vice qui, comme il est dit au point 6, entache la validité des marchés en cause conclus à compter du 1^{er} avril 2012 pour une durée de trois ans renouvelable une fois, tant l'intérêt général que celui de la société Batigère, actuelle titulaire des lots 2 et 3, s'opposent au prononcé de la résiliation de ces marchés ;

9. Considérant, toutefois, que, contrairement à ce que soutiennent les ministres, il ne résulte pas de l'instruction que la résiliation, à effet du 31 mars 2014, prononcée par le jugement attaqué du 9 juillet 2013, imposait au pouvoir adjudicateur un délai excessivement court pour organiser une nouvelle consultation, ni que cette résiliation compromettrait gravement le recouvrement des loyers dus par ses propres agents à l'Etat, propriétaire des immeubles en cause, ou portait atteinte aux prises à bail bénéficiant à ces agents ; que si les ministres contestent également la résiliation des lots 2 et 3 au motif qu'elle porte, en outre, une atteinte excessive aux droits de leur titulaire, la société Batigère qui, n'assurant la gestion de ces deux lots qu'à compter du 1^{er} avril 2012, pouvait légitimement espérer les gérer durant six ans, durée prétendument nécessaire pour lui permettre d'amortir ses investissements, il ne résulte pas de l'instruction que la résiliation prononcée à effet du 31 mars 2014 porterait une atteinte excessive aux droits de cette société ;

10. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les ministres ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Paris a prononcé, à effet du 31 mars 2014, la résiliation des lots 1 à 3 du marché de gestion et d'exploitation d'immeubles de logements sociaux et de foyers domaniaux au seul motif que les marchés en cause étaient entachés d'illégalité pour les raisons indiquées au point 6 ;

Sur les conclusions de l'appel incident :

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

12. Considérant que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Paris, estimant que la société Marnez SAS n'était certes pas dépourvue de toute chance de remporter l'un des trois lots litigieux, mais n'avait aucune chance sérieuse d'obtenir ne serait-ce que l'un d'eux, a par suite condamné le pouvoir adjudicateur à l'indemniser des seuls frais que la société intimée avait déclarés avoir engagés pour présenter ses offres, soit 5 000 euros ;

13. Considérant que, par la voie de l'appel incident, la société Marnez SAS demande à la Cour de réformer ce jugement en tant qu'il ne lui reconnaît pas de chance sérieuse de remporter aucun des trois lots en cause et, par voie de conséquence, qu'il limite à 5 000 euros ses prétentions indemnitaires ; qu'elle maintient devant la Cour à 156 426,96 euros le bénéfice escompté au titre de la redevance sur gestion courante pour les trois lots et à une somme à déterminer après expertise au titre de la redevance sur travaux, qu'elle ne peut elle-même chiffrer dès lors que le manque à gagner ne peut être évalué qu'au regard du montant des travaux qu'elle eût dû effectuer si les trois lots en cause lui avaient été attribués ;

14. Considérant que pour estimer que la société Marnez SAS ne disposait pas d'une chance sérieuse de remporter aucun des trois lots, les premiers juges ont relevé que cette société n'aurait obtenu, après pondération, qu'une note totale de 7,85 pour chacun des lots, ce qui l'eût classée en quatrième position pour les lots n° 1 et 2 et en troisième position pour le lot n° 3 ;

15. Considérant qu'en appel, la société Marnez SAS conteste le classement que lui oppose le tribunal au motif que, pour l'établir, ce dernier a substitué à la note de 5, qu'elle avait obtenue au titre du sous-critère « modalités de la gestion locative », la note de 9, qui est la plus élevée qui ait été attribuée aux candidats, dès lors que, selon l'intimée, il eût également fallu dévaluer les notes attribuées aux autres candidats, lesquelles ont été valorisées compte tenu de leur capacité à manier des fonds publics ;

16. Considérant, toutefois, qu'ainsi que l'ont relevé les premiers juges, la commission de sélection avait noté d'autres insuffisances des offres de la société Marnez SAS concernant le sous-

critère « *modalités de la gestion locative* » ; qu'en outre, il résulte de l'instruction que la société intimée était classée en quatrième position pour chacun des trois lots sur l'ensemble des trois autres sous-critères ; que, dans ces conditions, et en admettant même que l'appréciation des chances de remporter un marché puisse faire abstraction d'un sous-critère qui, en soi ne serait pas illicite, mais auquel le pouvoir adjudicateur a recouru en méconnaissance des principes de la commande publique, la société Marnez SAS n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Paris a estimé qu'elle était dénuée de chance sérieuse de remporter au moins l'un des trois lots auxquels elle s'était portée candidate et a, par suite, d'une part, limité son droit à l'indemnisation aux seuls frais de présentation de ses offres, d'autre part, rejeté sa demande tendant à la désignation d'un expert pour établir le montant de son manque à gagner au titre de la redevance sur travaux ;

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

17. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font en tout état de cause obstacle à ce que soit mis à la charge de la société Marnez, qui n'est pas la partie perdante en la présente instance, le versement de la somme que demande la société HLM Batigère au titre des frais qu'elle a exposés à l'occasion du litige et non compris dans les dépens ; qu'il y a en revanche lieu de faire droit aux conclusions de la société Marnez tendant au bénéfice de ces dispositions à hauteur de 1 000 euros à la charge de l'Etat et de 1 000 euros à celle de la société Batigère

DÉCIDE :

Article 1^{er} : L'intervention de la société Batigère n'est pas admise.

Article 2 : Le recours du ministre de l'économie et des finances, du ministre du commerce extérieur, du ministre du redressement productif et du ministre de l'artisanat, du commerce et du tourisme est rejeté.

Article 3 : L'Etat et la société d'HLM Batigère verseront chacun 1 000 (mille) euros à la société Marnez au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions d'appel incident présentées par la société Marnez sont rejetées.

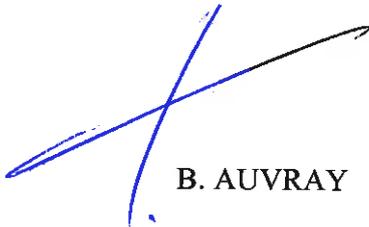
Article 5: Le présent arrêt sera notifié au ministre des finances et des comptes publics (secrétariat général), à la société Marnez SAS, à la société HLM Batigère Ile-de-France et à la société HLM Résidences Le Logement des Fonctionnaires.

Délibéré après l'audience du 7 novembre 2014, à laquelle siégeaient :

Mme Fuchs Taugourdeau, président de chambre,
M. Auvray, président assesseur,
Mme Petit, premier conseiller,

Lu en audience publique, le 24 novembre 2014.

Le rapporteur,



B. AUVRAY

Le président,



O. FUCHS TAUGOURDEAU

Le greffier,



S. LAVABRE

La République mande et ordonne au ministre des finances et des comptes publics, en ce qui le concerne, ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.