

TA Marseille, SAS Azur Bat, 22 août 2022, n°2206506

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 1er août 2022 et un mémoire complémentaire enregistré le 16 août 2022, la SAS Azur Bat, représentée par Me Amsellem, demande au juge des référés du Tribunal, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1) d'annuler la décision n° 2022-368 du 22 juillet 2022 par laquelle l'office public Habitat Marseille Provence (OPHMP) lui a notifié l'exclusion de sa candidature de la procédure d'appel d'offres ouvert pour l'attribution de l'accord-cadre à bons de commande relatif à des prestations d'entretien de maçonnerie pour les lots 1, 2 et 4 ;

2°) d'annuler la procédure de passation du contrat pour le marché portant sur l'appel d'offres ouvert pour l'attribution de cet accord-cadre ;

3°) d'ordonner la reprise de l'examen des candidatures au stade de leur traitement ;

4°) de condamner l'OPHMP à lui verser la somme de 2 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la résiliation du marché est abusive et injustifiée, dès lors que les travaux de réparation du muret ont été entrepris en urgence, à la demande d'Habitat Marseille Provence, que le bon de commande porte sur un montant modique et que le sous-traitant qui a réalisé les travaux était connu d'HMP ;
 - elle n'a pas sollicité un sous-traitant de manière habituelle pour effectuer le marché à sa place ;
 - elle a agi de bonne foi au regard des stipulations de l'article 12.2 du CCTP, compte tenu du faible montant des travaux ;
 - quitus a au demeurant été délivré pour ces travaux ;
 - il ne lui est plus reproché des malfaçons ;
 - la faute ne présente donc pas un caractère de gravité suffisante, de nature à justifier la résiliation du marché ;
 - la décision de résiliation n'est pas proportionnée au fait reproché ;
 - le comportement d'HMP, qui n'a pas placé les candidats sur un pied d'égalité, a été déloyal ;
 - son comportement est constitutif d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence et démontre une violation manifeste des règles de transparence qui régissent les marchés publics ;
 - la décision de résiliation du marché a été prise par HMP qui a utilisé ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel ils lui ont été conférés ;
 - en usant de ce procédé, Habitat Marseille Provence a délibérément voulu exclure la candidature d'une société, ce qui constitue un manquement au principe d'impartialité du pouvoir adjudicateur.
- Par un mémoire en défense, enregistré le 9 août 2022, l'établissement public industriel et commercial Office Public de l'Habitat Marseille Provence Aix-Marseille Provence Métropole, représenté par Me Michel Pezet, conclut au rejet de la requête, et à ce qu'une somme de 5 000

euros soit mise à la charge de la société requérante en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

L'office public soutient que :

S'agissant des manquements allégués de l'acheteur au stade de l'examen des candidatures :

- il n'a commis aucun manquement dès lors que le précédent marché dont la société requérante était titulaire a fait l'objet d'une résiliation à ses torts exclusifs, le 11 avril 2022, que cette résiliation a été prononcée au cours des trois années précédant la passation du nouveau marché et qu'elle a mis cette société à même de présenter ses observations dans le délai raisonnable de 10 jours ;
- la société requérante n'établit pas le caractère d'urgence des travaux qui lui avaient été commandés ;
- l'intervention de la société Polis Sud Bâtiment ne lui a été révélée que postérieurement aux travaux entrepris ;
- le fait qu'un sous-traitant soit déjà intervenu pour le compte d'autres prestataires n'exonère pas le titulaire de ses obligations personnelles ;
- la société Azur Bâtiment a sciemment méconnu les dispositions de l'article L. 2141.12 du code de la commande publique dès lors qu'elle ne pouvait ignorer, à la date du dépôt de sa candidature, qu'elle se trouvait dans un cas d'exclusion de la procédure de passation du marché ;
- le juge du référé pré-contractuel peut procéder à une substitution de motif si le motif en cause justifie valablement le rejet de la candidature et avait déjà été retenu par l'acheteur.

S'agissant de la résiliation du marché n° 2021/036 :

- des faits de travail dissimulés étaient suspectés de la société Azur Bâtiment, qui a reconnu avoir pratiqué de la sous-traitance occulte, n'ayant pas déclaré le sous-traitant préalablement à la réalisation des prestations en cause ;
 - ces prestations ne revêtaient aucun caractère d'urgence ;
 - en tout état de cause, une telle circonstance ne saurait légitimer le recours à un sous-traitant non déclaré ;
 - le bien-fondé de la résiliation n'est donc pas contestable au regard de l'article L. 2193-4 du code de la commande publique, des articles 3.6.1 et 32.1 du CCAG FCS 2009 et de l'article III.6. du CCAP ;
 - la sous-traitance occulte est en effet admise comme une faute de nature à justifier la résiliation ;
 - elle n'a donc pas commis d'erreur, ni édicté une sanction disproportionnée, ni n'a usé de ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel ils lui ont été conférés ;
 - il appartient en tout état de cause au seul acheteur, et non à une juridiction saisie d'un recours contre la mesure de résiliation, d'apprécier si un opérateur économique doit être exclu d'une procédure de passation d'un marché.
- La société Qualirenov, société attributaire, mise dans la cause comme partie défenderesse, n'a pas présenté de mémoire en défense.

Vu :

- les autres pièces du dossier ;
- l'ordonnance n° 2204260 du 9 juin 2022 rendue par le juge des référés précontractuels du présent Tribunal.

Vu :

- le code de la commande publique ;
 - le code de justice administrative.
- La présidente du Tribunal a désigné Mme Hogedez, président de chambre, pour statuer sur les demandes de référés.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Au cours de l'audience publique du 19 août 2022 à 9 heures 30 tenue en présence de Mme Charlois, greffier d'audience, Mme A a lu son rapport et a entendu :

- les observations de Me Disdier, représentant la société Azur Bat, qui conclut aux mêmes fins en reprenant et développant les moyens et arguments de ses mémoires ;
 - les observations de Me Pourrière, pour l'OPHMP qui conclut aux mêmes fins en reprenant et développant les moyens et arguments de son mémoire en défense.
- La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue des débats.
Considérant ce qui suit :

1. Par la présente requête, la société SAS Azur Bat demande au juge des référés statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la décision n° 2022-368 du 22 juillet 2022 par laquelle l'office public Habitat Marseille Provence (OPHMP) lui a notifié l'exclusion de sa candidature de la procédure d'appel d'offres ouvert pour l'attribution de l'accord-cadre à bons de commande relatif à des prestations d'entretien de maçonnerie pour les lots 1, 2 et 4.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

2. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : » Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. « .

3. D'une part, aux termes de l'article L. 2141-7 du code de la commande publique : » L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur. « .
Aux termes de l'article L. 2141-11 du même code : » L'acheteur qui envisage d'exclure un opérateur économique en application de la présente section doit le mettre à même de présenter ses observations afin d'établir dans un délai raisonnable et par tout moyen qu'il a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements précédemment énoncés et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement « .

4. D'autre part, aux termes de l'article L. 2141-12 du même code : Lorsqu'un opérateur économique est, au cours de la procédure de passation d'un marché, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux sections 1 et 2, il informe sans délai l'acheteur de ce changement de situation. Dans cette hypothèse, l'acheteur exclut le candidat de la procédure de passation du marché pour ce motif.
« .

5. Aux termes, également, de l'article R. 2143-3 de ce même code : » Le candidat produit à l'appui de sa candidature : 1° Une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés aux articles L. 2141-1 à L. 2141-5 et L. 2141-7 à L. 2141-11 notamment qu'il satisfait aux obligations concernant l'emploi des travailleurs handicapés définies aux articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du code du travail ; () « . Aux termes de son article R. 2144-4 : « L'acheteur ne peut exiger que du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché qu'il justifie ne pas relever d'un motif d'exclusion de la procédure de passation du marché » . Aux termes de son article R. 2144-7 : « Si un candidat ou un soumissionnaire se trouve dans un cas d'exclusion () ou ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé. () ». Enfin, aux termes de l'article 4.2.1 » pièces de la candidature (article R. 2143-3 du code de la commande publique) du règlement de la consultation applicable à la procédure d'appel d'offres en litige : « () 3. Attestation sur l'honneur indiquant que le candidat n'entre dans aucun cas d'interdiction de soumissionner, mentionnés aux articles L. 2141-1 à L. 2141-11 du code de la commande publique ; et notamment qu'il n'a pas fait l'objet au cours des trois années précédentes d'une résiliation de marché ou d'une non-reconduction d'un marché motivée par des manquements graves ou persistants à ses obligations contractuelles. Le candidat entrant dans l'un des cas d'interdiction de soumissionner peut toutefois établir, par tout moyen et notamment par une note jointe à son dossier de candidature, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement. Le pouvoir adjudicateur apprécie la recevabilité des éléments apportés par le candidat » .

6. Il résulte de l'instruction, en premier lieu, que la société SAS Azur Bat, spécialisée dans le secteur d'activité des travaux de maçonnerie général et gros œuvre de bâtiment, est titulaire, notamment, d'un marché n° 2021/036 conclu avec l'OPHMP ayant pour objet les prestations d'entretien de maçonnerie pour l'agence Sud. Par avis de marché du 30 mars 2022, l'OPHMP a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert pour la passation d'un nouvel accord-cadre à bons de commande, portant sur des prestations d'entretien de maçonnerie pour trois lots, 1, 2 et 4, à laquelle la société SAS Azur Bat a soumissionné le 27 avril 2022. Par lettre du 11 mai 2022, l'OPHMP l'a informée de ce que sa candidature était écartée au motif qu'elle n'avait mentionné aucun cas d'exclusion de candidature prévu par le code de la commande publique, alors qu'elle avait fait l'objet d'une résiliation de marché par lettre du 7 avril 2022, circonstance qui fait obstacle à toute candidature en vertu de l'article L. 2141-7 de ce code. Toutefois, par une ordonnance n° 2204260 du 9 juin 2022, le juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a annulé la décision du 11 mai 2022, éliminant la candidature de la requérante, annulé également la procédure d'appel d'offre ouvert au stade de l'examen des candidatures, enjoint à l'OPHMP de reprendre cette procédure à ce stade en se conformant à ses obligations, notamment à celles résultant de l'article L. 2141-11 du code de la commande publique.

7. En premier lieu, en exécution de cette ordonnance, l'OPHMP a informé la société SAS Azur Bat, par lettre du 21 juin 2022, qu'elle envisageait de l'exclure de la procédure de passation en cause, en raison de la résiliation du marché n° 2021/036 à ses torts exclusifs, l'invitant à présenter ses observations comme l'impose l'article L. 2141-11 précité. A la lecture des observations de la société, produites le 29 juin 2022, l'OPHMP a considéré que les éléments apportés ne permettaient pas d'établir que la société aurait pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements à l'origine de la résiliation. Enfin, par la décision contestée du 22 juillet 2022, l'OPHMP a prononcé à l'encontre de la société SAS Azur Bat une exclusion de soumissionner.

8. Si, à la date à laquelle la société SAS Azur Bat a présenté son offre, sa candidature ne pouvait être écartée sur le fondement de l'article L. 2141-7 du code de la commande publique, puisque la procédure contradictoire prévue par l'article L. 2141-11 de ce même code n'avait pas été mise en

œuvre, il est constant qu'à la suite de l'annulation prononcée par le juge des référés dans son ordonnance précitée du 9 juin 2022, une telle procédure contradictoire a été engagée, qui a permis à la société SAS Azur Bat de faire valoir ses observations, en sorte que, valablement placée dans l'un des cas d'exclusion de passation de marché, la candidature de la société SAS Azur Bat pouvait être écartée sur le fondement de l'article L. 2141-12 du même code, ainsi que le sollicite l'OPHMP dans le cadre d'une substitution de motif.

9. Par ailleurs, la société SAS Azur Bat ne conteste pas sérieusement l'objection de l'OPHMP tenant à l'absence de mesures de corrections en faisant valoir que les travaux, bien qu'entrepris par un sous-traitant non-déclaré, portaient sur un montant modique et ont été réalisés en urgence, alors que le contexte d'urgence ne ressort aucunement de l'instruction, y compris du bon de commande qui y est relatif, qu'il est constant que le sous-traitant qui est intervenu n'avait pas été déclaré auprès de l'OPHMP sans que puisse à cet égard avoir une incidence la circonstance, à la supposer même avérée, que ce sous-traitant était connu de l'office public, et qu'une procédure judiciaire a été engagée à l'encontre d'Azur bâtiment, pour laquelle OPHMP s'est constitué partie civile, en raison de travaux réalisés par un salarié non déclaré. Dans ces conditions, en écartant la candidature de la société SAS Azur Bat, l'OPHMP n'a pas méconnu le principe d'égalité de traitement entre les candidats, ni les règles de transparence, ni les principes d'impartialité et de loyauté.

10. En dernier lieu, eu égard à l'office du juge des référés précontractuels statuant dans le cadre de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, il n'incombe pas à ce dernier de se prononcer sur la légalité ou le bien-fondé d'une décision de résiliation d'un marché. Par suite, l'ensemble des moyens de la requête de la société Azur Bâtiment, y afférents, ne peuvent qu'être écartés comme inopérants.

Sur les frais liés à l'instance :

11. Aux termes des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : » Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, ou pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. « .

12. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société SAS Azur Bat une somme de 1 000 euros à verser l'Office public de l'Habitat Marseille Provence Aix-Marseille Provence Métropole au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Ces mêmes dispositions font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions de la société SAS Azur Bat.

O R D O N N E :

Article 1er : La requête de la société SAS Azur Bat est rejetée.

Article 2 : La société SAS Azur Bat versera à l'office public de l'Habitat Marseille Provence Aix-Marseille Provence Métropole une somme de 1 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions présentées par la société SAS Azur Bat sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Azur Bat, à l'Office public de l'Habitat Marseille Provence Aix-Marseille Provence Métropole et à la société Qualirenov.

Fait à Marseille, le 22 août 2022.

La juge des référés,

signé

I. A

La République mande et ordonne au préfet des Bouches-du-Rhône en ce qui le concerne et à tous commissaires 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.

Pour expédition conforme,

Pour la greffière en chef,

La greffière.