

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N°1206820/3-1

Société MARNEZ SAS

Mme de Vaujuas
Rapporteur

M. Biju-Duval
Rapporteur public

Audience du 25 juin 2013
Lecture du 9 juillet 2013

39-02-005

C+

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Paris

(3ème Section - 1ère Chambre)

Vu la requête, enregistrée le 23 avril 2012, présentée pour la société Marnez SAS, dont le siège est 20, rue Eugène Manuel à Paris (75 116), par Me Hourcabie ; la société Marnez SAS demande au tribunal :

1°) d'annuler la procédure de passation concernant les lots n°1, 2 et 3 du marché ayant pour objet « la gestion et l'exploitation des 25 immeubles de logements sociaux et de 3 foyers domaniaux des ministères économique et financier » ainsi que la décision implicite du ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat rejetant sa demande indemnitaire préalable en date du 23 avril 2012 ;

2°) d'enjoindre au ministre chargé du budget de communiquer l'ensemble des informations dont elle aurait dû être destinataire en vertu des articles 80 et 83 du code des marchés publics ;

3°) de condamner l'Etat à lui verser la somme de 156 426, 96 euros ainsi que les intérêts au taux légal correspondant à la redevance de la gestion courante ainsi qu'une somme dont le montant sera défini au vu du rapport d'expertise correspondant à la redevance sur travaux, en réparation du préjudice que lui a causé son éviction illégale des marchés entrepris ;

4°) de désigner un expert afin d'évaluer le préjudice qu'elle a subi eu égard au montant des travaux à effectuer en cas d'attribution des marchés litigieux ;

5°) de fixer, sur le fondement de l'article R. 611-1 du code de justice administrative, dès l'enregistrement de la requête la date de la clôture de l'instruction ;

6°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 €, en application de l'article

L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- s'agissant de l'illégalité du marché entrepris :

* les marchés en cause ont été attribués aux termes d'une procédure irrégulière, dès lors qu'une « commission de sélection » s'est vue octroyer une compétence décisionnelle que seul le pouvoir adjudicateur pouvait exercer et, d'autre part, que l'article 4 de la loi du 12 avril 2000 a été méconnu, deux signataires des procès-verbaux de la commission d'appel d'offres ne pouvant être identifiés ;

* le ministre du budget aurait dû lui communiquer les informations qu'elle demandait (motifs détaillés du rejet de ses offres, nom des attributaires, montant de leurs offres ainsi que « les caractéristiques et les avantages » de ces offres jugées comme étant économiquement les plus avantageuses) en vertu de l'article 83 du code des marchés publics, du principe de transparence et de son droit à agir utilement en justice ;

* le ministère n'a pas communiqué aux soumissionnaires l'ensemble des informations nécessaires au dépôt d'une offre optimale et il a ainsi procuré un avantage particulier aux anciens titulaires des trois lots en cause, puisque ces derniers avaient, seuls, connaissance de certaines informations essentielles ;

* le pouvoir adjudicateur a mis en œuvre pour attribuer les marchés litigieux, un sous-critère de choix qui n'avait pas été préalablement annoncé, ni pondéré dans les documents de la consultation et qui était également discriminatoire ;

* le pouvoir adjudicateur a méconnu l'article 1^{er} du code des marchés publics en réservant à certaines sociétés à statut particulier l'accès aux marchés publics querellés ;

* le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste dans l'appréciation des offres, dès lors qu'il a eu recours à un sous-critère non annoncé et non pondéré dans l'appel public à la concurrence ;

- s'agissant de sa demande indemnitaire : le préjudice qu'elle a subi tient au gain manqué du fait de la faute du ministre du budget d'avoir illégalement rejeté ses offres et d'avoir illégalement attribué les marchés en cause à deux autres sociétés ; ce préjudice s'élève à la somme de 156 426,96 euros au titre de la redevance de la gestion courante ; le préjudice tenant à la redevance sur travaux sera évalué par un expert ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 3 août 2012, présenté par le ministre de l'économie et des finances qui conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société Marnez SAS la somme de 4 100 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient que :

- s'agissant de l'illégalité des marchés en cause :

* la procédure de passation est légale, dès lors que la commission de sélection n'a eu aucun pouvoir décisionnel, que la loi du 12 avril 2000 n'est pas applicable aux avis émis par cette

commission, que l'identité des signataires des procès-verbaux de la commission ne prête pas à confusion et qu'en procédure ouverte, seules les décisions de rejet doivent être formalisées ;

* l'article 83 du code des marchés publics n'a pas été méconnu, dès lors qu'il a été respecté par le pouvoir adjudicateur, que tous les documents communicables ont été transmis à la société requérante, que la méthode de notation des critères d'attribution n'avait pas à être communiquée ; la demande d'injonction de produire certaines pièces de la consultation doit donc être rejetée ;

* il ne peut être constaté aucune carence des documents de la consultation, dès lors que toutes les informations nécessaires à l'établissement d'une offre satisfaisante ont été fournies et qu'aucun avantage particulier n'a été donné aux anciens titulaires des trois offres en cause ;

* aucun critère ou sous-critère non annoncé et non pondéré n'a été utilisé, dès lors que tous les critères et sous-critères de sélection ont fait l'objet d'une information détaillée, que la capacité des candidats à manier les fonds publics n'est pas un sous-critère de sélection mais constitue un simple élément d'appréciation du sous-critère "modalités de gestion locative" parmi une dizaine d'autres éléments d'appréciation de ce même sous-critère ;

* aucune restriction à l'accès à la commande publique ne peut lui être reproché, dès lors que l'accès à la consultation n'a pas été limité à certains soumissionnaires, que toutes les offres ont été analysées dans leur intégralité sur la base des critères annoncés et que l'égalité entre les candidats a été assurée tout au long de la procédure de passation ;

* aucune erreur manifeste n'a été commise dans l'appréciation des offres, dès lors que les notes attribuées l'ont été de manière objective et que la société requérante ne fournit aucun élément probant à l'appui de son moyen ;

- s'agissant de la demande indemnitaire de la société :

* les conclusions indemnitaires ne sont pas recevables, dès lors que la demande indemnitaire préalable de la société n'est que partiellement chiffrée et qu'elle n'est pas motivée ;

* les conclusions indemnitaires ne peuvent qu'être rejetées, dès lors que la société Marnez SAS n'avait aucune chance sérieuse d'obtenir les marchés en cause, qu'elle a été placée, pour les trois lots litigieux, en 4^{ème} position sur six soumissionnaires ;

Vu l'ordonnance en date du 8 mars 2013 fixant la clôture d'instruction au 25 mars 2013, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu, enregistré le 25 mars 2013, le mémoire en réplique présenté pour la société Marnez SAS, qui tend aux mêmes fins que sa requête, par les mêmes moyens ;

Elle soutient, en outre, que la méthode de notation du critère « taux de rémunération » est illégale, d'une part, parce que son application aboutissait à ce que le candidat ayant remis l'offre de prix la plus élevée se voyait automatiquement attribuer une note de zéro, d'autre part, parce qu'elle n'a pas été appliquée sous-critère par sous-critère modifiant ainsi la portée de la pondération annoncée pour chacun de ces derniers ;

Vu l'ordonnance en date du 29 mars 2013 fixant la réouverture de l'instruction et la clôture de l'instruction au 12 avril 2013, en application de l'article R. 613-4 du code de justice administrative ;

Vu l'ordonnance en date du 11 avril 2013 fixant la réouverture de l'instruction et la clôture de l'instruction au 2 mai 2013, en application de l'article R. 613-4 du code de justice administrative ;

Vu, enregistré le 2 mai 2013, le mémoire présenté pour le ministre de l'économie et des finances, tendant aux mêmes fins que son précédent mémoire en défense ;

Il soutient, en outre, que le moyen tiré de l'illégalité de la méthode de notation n'est pas fondé ;

Vu l'ordonnance en date du 6 mai 2013 fixant la réouverture de l'instruction et la clôture de l'instruction au 21 mai 2013, en application de l'article R. 613-4 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ;

Vu le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics ;

Vu le cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de travaux du 2 octobre 2009 ;

Vu le cahier des clauses particulières ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Paris n°1200015/3-5 du 23 janvier 2012 ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 25 juin 2013 ;

- le rapport de Mme de Vaujuas, rapporteur ;

- les conclusions de M. Biju-Duval, rapporteur public ;

- et les observations de Me Hourcabie pour la société Marnez SAS ;

1. Considérant que le ministre chargé du budget a décidé la passation, selon une procédure d'appel d'offres ouvert, d'un marché ayant pour objet « la gestion et l'exploitation des 25 immeubles de logements sociaux et de 3 foyers domaniaux des ministères économique et financier », en faisant paraître un premier avis d'appel public à la concurrence au Bulletin

officiel des annonces des marchés publics du 17 novembre 2010 ainsi qu'au Journal officiel de l'Union européenne du même jour ; qu'un nouvel avis d'appel public à la concurrence a été publié, de même, les 20 août et 24 août 2011 ; que l'offre proposée par la société Marnez concernant les lots n° 1 (9 immeubles de foyers ou logements sociaux à Paris), n° 2 (8 immeubles de foyers ou logements sociaux à Paris) et n° 3 (4 immeubles de logements sociaux dans les Hauts-de-Seine) a été rejetée par une décision en date du 14 décembre 2011, reçue le 23 décembre 2011 ; que la société HLM Résidences Le Logement des Fonctionnaires (RLF) a été attributaire du lot n° 1 et la société HLM Batigère Île-de-France des lots n° 2 et 3 ;

Sur les conclusions relatives à la passation du marché et au rejet de l'offre de la société Marnez :

2. Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ;

En ce qui concerne le moyen tiré l'insuffisance des documents de consultation :

3. Considérant que la société requérante soutient que les documents de la consultation n'ont pas permis le dépôt d'une offre technique et financière optimale, dès lors que toutes les informations nécessaires, tant administratives que techniques et financières, ainsi que celles concernant les équipements, les modalités d'entretien et de gardiennage, dont étaient dotés les immeubles, les programmes de travaux pour gros entretien, les catégories socioprofessionnelles des locataires, les mouvements, le taux de vacance moyen, le règlement de copropriété, n'ont pas été communiquées, que le cahier des clauses particulières ne comprend qu'une annexe descriptive qualifiée de sommaire et que cette carence a, de surcroît, donné un avantage aux soumissionnaires qui, pour une raison ou une autre, connaissaient déjà tout ou partie du patrimoine ;

4. Considérant, toutefois, que l'annexe en cause fournit l'année de construction des bâtiments, la surface utile et habitable, le nombre de logements et d'étages de l'immeuble, le nombre de places de stationnement, le mode de chauffage, la présence d'ascenseurs et l'existence d'espaces verts ainsi que le diagnostic de performance énergétique ; qu'ainsi, une offre pouvait être valablement constituée alors même que n'étaient pas fournies diverses précisions telles que la superficie des appartements eux-mêmes, la superficie des espaces verts, le nombre d'ascenseurs ainsi que des renseignements administratifs et financiers ; que la société requérante n'établit pas, alors qu'elle n'a procédé à aucune demande complémentaire, que ces renseignements auraient constitué, par leur caractère sommaire, un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; que ses allégations selon lesquelles leur incomplétude aurait, de surcroît, donné un avantage aux soumissionnaires qui connaissaient déjà tout ou partie du patrimoine ne sont étayées par aucun élément du dossier ; que, par suite, le moyen doit être écarté ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'illégalité des procès-verbaux de la commission de sélection :

S'agissant du pouvoir décisionnel de la commission de sélection :

5. Considérant que l'article 15 du décret susvisé du 19 décembre 2008 relatif à la

mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics a abrogé l'obligation pour l'Etat de constituer des commissions d'appel d'offres ; que cette possibilité est désormais laissée au libre choix du pouvoir adjudicateur ; qu'en l'espèce, le ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat a choisi de recourir à la création d'une commission de sélection ; qu'il résulte de l'instruction, notamment des procès-verbaux de la commission et du rapport de présentation, que celle-ci ne disposait, contrairement à ce que soutient la société Marnez SAS, que d'un pouvoir consultatif ; que, par suite, seul le pouvoir adjudicateur a effectivement arrêté le choix des adjudicataires ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que ce choix aurait été arrêté par une autorité incompétente doit être écarté ;

S'agissant de la méconnaissance de la loi du 12 avril 2000 :

6. Considérant qu'aux termes de l'article 4 de la loi du 12 avril 2000 : « *Toute décision prise par l'une des autorités administratives mentionnées à l'article 1er comporte, outre la signature de son auteur, la mention, en caractères lisibles, du prénom, du nom et de la qualité de celui-ci* » ;

7. Considérant que, s'agissant d'un marché conclu par l'Etat, la commission de sélection, qui n'a qu'un pouvoir consultatif, rend des avis qui ne sont pas soumis aux dispositions de la loi précitée ; qu'en tout état de cause, il ressort des procès-verbaux établis par la commission de sélection les 8 et 9 novembre 2011 que ceux-ci comportent les nom, prénom et qualité ainsi que la signature de tous les membres ayant siégé en séance ; que, par suite, et alors même que la signature de deux membres de la commission diffère selon les lots en cause, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 4 de la loi précitée ne peut qu'être écarté ;

En ce qui concerne le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 83 du code des marchés publics :

8. Considérant qu'aux termes de l'article 80 du code des marchés publics : « *I.-1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée autre que celle prévue au II de l'article 35, le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet. / Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature* » et qu'aux termes de l'article 83 du même code : « *Le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat écarté qui n'a pas été destinataire de la notification prévue au 1° du I de l'article 80 les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dans les quinze jours de la réception d'une demande écrite à cette fin. / Si le candidat a vu son offre écartée alors qu'elle n'était aux termes de l'article 35 ni appropriée, ni irrégulière, ni acceptable, le pouvoir adjudicateur est en outre tenu de lui communiquer les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre.* » ;

9. Considérant que la décision de rejet de l'offre de la société Marnez SAS du 14 décembre 2011 se borne à mentionner, dans ses motifs, que : « *la qualité de votre offre a, en effet, été jugée moins intéressante que celles d'autres concurrents* » ; qu'estimant à bon droit que cette motivation ne lui permettait pas de comprendre les motifs de rejet de son offre, la société Marnez a, par courrier du 29 décembre 2011, demandé au ministre chargé du budget, de lui communiquer, avant l'expiration du délai entre la notification de la décision de rejet et la signature des marchés, en application des dispositions précitées de l'article 83 du code des marchés publics « *les motifs détaillés du rejet des offres... ainsi que le nom des attributaires, le*

montant de leurs offres ainsi que les caractéristiques et les avantages de ces offres jugées comme étant économiquement les plus avantageuses » ; que, par courrier du 12 janvier 2012, reçu le 13 janvier suivant par la société Marnez, le ministre a fourni les éléments complémentaires sollicités ; qu'il résulte, en effet, des termes de ce courrier que celui-ci mentionne le nom des attributaires du lot n° 1, la société HLM RLF, et des lots n° 2 et 3, la société HLM Batigère Île-de-France, les positions relatives des attributaires et de la société requérante pour l'ensemble des critères ainsi que les caractéristiques et avantages des offres retenues et de celle de la société ; qu'au surplus, par courrier du 29 février 2012, le ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat a communiqué à la société requérante les actes d'engagement des trois lots en cause, les procès-verbaux de la commission et le rapport d'analyse des offres ; qu'ainsi le ministre doit être regardé comme ayant satisfait aux exigences de l'article 83 du code des marchés publics ; que, par suite, le moyen doit être écarté ;

En ce qui concerne les moyens tirés de la restriction de l'accès à la commande publique et de l'utilisation non transparente d'un critère de notation :

10. Considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} du code des marchés publics : « II.-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 du code des marchés publics : « (...) II. Pour les marchés passés selon une 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 la consultation (...) » ; que ces dispositions imposent au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats des critères de sélection des offres ainsi que de leur pondération ou hiérarchisation ; que, si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors qu'eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent, en conséquence, être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection ;

11. Considérant que la société requérante soutient, tout d'abord, que le ministre a illégalement limité l'accès aux marchés en cause, en les réservant à certains organismes ou sociétés à statut particulier, en violation de l'article 1^{er} précité du code des marchés publics ; qu'il ressort de l'avis publié le 17 novembre 2010 que l'exécution du marché est apparemment soumise à la condition suivante : « Les soumissionnaires doivent disposer d'un agent comptable public en leur sein » ; que cette condition est précisée par le règlement de consultation, au « IV. Caractéristiques principales », en ces termes : « 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 de 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, dans des conditions fixées par décret » ; que, pour ambiguë que soient tant les termes de l'avis de publicité que ceux du règlement de consultation, il résulte de l'instruction

que ni l'exigence de la présence d'un agent comptable public au sein des structures des soumissionnaires, ni la conformité de leur statut aux dispositions précitées du code de la construction et de l'habitation, n'ont été érigées en condition de recevabilité des offres, l'offre de la société Marnez, comme, du reste, celle de la société Nexity, ayant été regardées comme recevables et dûment analysées par la commission de sélection, selon les critères de notation prévus par le règlement de consultation ;

12. Considérant que la société Marnez soutient, néanmoins, que, dans le cadre de cet examen, un sous-critère tenant à la capacité des candidats à manier les fonds publics a été, de fait, illégalement appliqué par le pouvoir adjudicateur, sans avoir été préalablement annoncé comme tel et sans, en conséquence, que sa pondération ne soit connue des candidats ; qu'il ressort du règlement de consultation que *« les offres seront appréciées selon les critères suivants : 1) qualité de l'offre exprimée dans le mémoire technique soit 50 % de la note, divisé en deux sous-critères : les modalités de gestion locative (25 %) et les modalités d'exploitation des immeubles (25 %), 2) taux de rémunération pour la gestion et les travaux tels que proposés dans les actes d'engagement, soit 50 % de la note, divisé en deux sous-critères : redevance sur gestion courante (30 %) et redevance sur travaux (20 %) »* ; qu'il résulte du tableau d'analyse des offres annexé au rapport de présentation que la commission de sélection a apprécié le critère relatif aux *« modalités de gestion locative »* en fonction d'un faisceau d'éléments d'appréciation, en relevant notamment, en *« divers »*, s'agissant de la société Marnez : *« mise en place nécessaire d'un agent comptable ou nomination d'un régisseur qui complexifie les opérations de gestion courantes »* ; 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 nommé régisseur par le responsable des services comptables du ministère, possibilité que les délais du marché ne permettent pas d'expertiser »* ; que ces deux sociétés ont effectivement reçu la note la plus basse, s'agissant du sous-critère relatif aux *« modalités de gestion locative »*, soit 5 sur 10, les autres candidats étant notés entre 8 et 9 sur 10 ; qu'enfin, aux termes de la lettre susmentionnée adressée par le ministre chargé du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat à la société Marnez SAS, le 12 janvier 2012, pour lui expliciter les raisons du rejet de son offre, il lui était précisé 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 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 »* ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments, éclairés par les mentions sus-rappelées de l'avis de publicité du marché et du règlement de consultation, que la capacité juridique des candidats à manier des fonds publics constituait, dans le cadre de la notation des *« modalités de gestion locative »*, un réel sous-critère d'appréciation de leur offre qui revêtait une importance particulière pour le pouvoir adjudicateur ; que, par suite, la société Marnez est fondée à soutenir qu'en n'annonçant pas, de façon transparente, ce sous-critère d'appréciation et en ne l'affectant pas d'un taux de pondération qui aurait permis aux candidats d'ajuster, en conséquence, leur offre de prix, l'administration a méconnu les obligations qui lui incombent en matière de publicité et de mise en concurrence ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'irrégularité de la méthode de notation du critère relatif au taux de rémunération :

13. Considérant que la société Marnez soutient, enfin, que la méthode de notation retenue par la commission de sélection est également irrégulière, s'agissant du critère relatif au

taux de rémunération ; que la requérante fait valoir, d'une part, qu'en attribuant automatiquement une note de zéro au candidat ayant remis l'offre de prix la plus élevée, le pouvoir adjudicateur n'a pas tenu compte de l'écart réel entre les différentes offres de rémunération ; qu'il ressort toutefois des tableaux de notation qu'une fois l'échelle de notes constituée, sur la base d'une proratisation pour être exprimée sur 10, entre la note minimale de 0 attribuée au soumissionnaire le plus disant et la note maximale de 6, correspondant au nombre des candidats, attribuée au soumissionnaire le moins disant, les autres offres ont été notées en fonction des écarts réels constatés entre les taux de rémunération proposés par les candidats ; qu'ainsi, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que cette méthode de notation n'aurait pas rendu compte fidèlement des écarts de prix entre les offres ; que la société Marnez SAS fait valoir, d'autre part, que la méthode de notation est irrégulière en ce qu'elle a appliqué une grille de notation unique aux deux sous-critères évaluant le taux de rémunération afférent respectivement à la redevance sur gestion courante et à la redevance sur travaux, une seule note minimale et une seule note maximale ayant été attribuée au regard de ces deux sous-critères confondus, leur pondération respective à hauteur de 30 et 20 % n'ayant été appliquée qu'après la détermination de cette note ; que, si la société requérante démontre que l'application de deux grilles de notation distinctes aurait conduit à des résultats différents, la circonstance qu'il existe une méthode alternative de notation n'entache pas d'irrégularité la méthode retenue, dès lors que la même méthode de notation a été appliquée à tous les soumissionnaires et qu'elle n'a pas pu provoquer des distorsions injustifiées, eu égard au faible écart entre les taux de pondération des deux sous-critères ; que, par suite, la société Marnez SAS n'est pas fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur a employé une méthode de notation irrégulière du critère relatif au taux de rémunération ;

14. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de faire droit à la demande de la société Marnez SAS tendant à ce qu'il soit enjoint au ministre de verser aux débats les caractéristiques et avantages relatifs de l'offre des sociétés attributaires ainsi que les modalités précises de notation, que la société requérante est fondée à soutenir que la conclusion du lot n° 1 et des lots n° 2 et 3 du marché ayant pour objet « la gestion et l'exploitation des 25 immeubles de logements sociaux et de 3 foyers domaniaux des ministères économique et financier » avec respectivement la société HLM RLF et la société HLM Batigère Île-de-France, a été entachée d'une irrégularité, au seul motif que l'administration a méconnu les obligations qui lui incombent en matière de publicité et de mise en concurrence, pour n'avoir pas explicitement annoncé dans le règlement de consultation que la capacité juridique des candidats à manier des fonds publics constituait un sous-critère d'appréciation de la qualité de leur offre, au regard des « modalités de gestion locative », et n'avoir pas affecté ce sous-critère d'un taux de pondération ;

Sur les conséquences de l'illégalité du marché :

15. Considérant qu'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 prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnisations en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec effet différé, le contrat ;

16. Considérant que l'absence de publicité du sous-critère d'appréciation de la valeur

technique des offres mentionné au point 12 ne constitue pas un vice d'une gravité telle qu'il puisse entraîner l'annulation du contrat litigieux ; qu'en revanche, cette irrégularité est de nature à justifier la résiliation du marché conclu pour ces trois lots ; que, compte tenu de l'intérêt général qui s'attache à la nécessité d'assurer la continuité de la gestion des immeubles de logements sociaux durant le délai nécessaire au lancement d'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence et à l'attribution du nouveau marché correspondant, il y a lieu de prononcer cette résiliation à effet différé au 31 mars 2014 ;

Sur les conclusions indemnitaires :

Sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir opposée par le ministre du budget :

17. 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 le 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 d'emporter 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 ;

18. Considérant que l'irrégularité de la procédure de passation du marché litigieux constaté au point 12 a nécessairement affecté les chances de la société requérante d'obtenir un ou plusieurs des trois lots de ce marché, pour lesquels elle était candidate ; qu'il résulte, toutefois, de l'instruction qu'outre la pénalisation ainsi relevée portant sur la notation du sous-critère relatif aux « *modalités de la gestion locative* », la société Marnez SAS a, s'agissant du second sous-critère d'appréciation de la qualité de son offre relatif aux « *modalités d'exploitation des immeubles* », reçu une note de 7 sur 10, soit la note la plus basse de tous les candidats, sans que, sur ce point, son statut juridique ne soit en cause ; qu'ainsi, en admettant même de lui rétablir, sur le sous-critère relatif aux « *modalités de la gestion locative* », la note maximale reçue par un candidat, soit 9, alors même que la commission de sélection avait relevé d'autres insuffisances de son offre à cet égard, la société requérante n'aurait obtenu, après pondération, qu'une note totale de 7,85 pour chacun des trois lots, note qui aurait été classée en quatrième position pour les lots n° 1 et 2 et en troisième position pour le lot n° 3 ; que, par suite, la société requérante ne peut être regardée comme ayant eu une chance sérieuse d'emporter l'un de ces trois lots ; qu'ainsi, la société Marnez SAS ne saurait prétendre à l'indemnisation de son manque à gagner ; qu'il n'y a donc pas lieu de faire droit à sa demande tendant à la désignation d'un expert pour établir le montant du préjudice qu'elle aurait subi, au titre de la perte de la redevance sur travaux ;

19. Considérant que la société requérante peut, en revanche, prétendre au remboursement des frais engagés pour soumissionner au marché litigieux ; qu'en l'espèce, elle soutient, sans être contestée, avoir engagé une somme de 5 000 euros à ce titre ; qu'elle est, dès lors, fondée à demander la condamnation de l'Etat à lui rembourser cette somme ;

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

20. Considérant qu'aux termes 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, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. » ;

21. Considérant, d'une part, que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société Marnez SAS, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que le ministre en charge du budget réclame au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ; que, d'autre part, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions susvisées et de condamner le ministre en charge du budget à verser à la société Marnez SAS une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1er : Les lots n° 1, 2 et 3 du marché de gestion et d'exploitation de 25 immeubles de logements sociaux et de trois foyers domaniaux des ministères économique et financier conclu entre le ministre du budget et la société HLM Résidences Le Logement des Fonctionnaires (RLF), pour le lot n° 1, et la société HLM Batigère Ile-de-France, pour les lots n° 2 et 3, sont résiliés. Cette résiliation prendra effet à compter du 31 mars 2014.

Article 2 : Le ministre de l'économie et des finances est condamné à verser à la société Marnez SAS une somme de 5 000 euros.

Article 3 : Le ministre chargé du budget versera à la société Marnez SAS une somme de 3 000 euros, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête de la société Marnez SAS ~~sont~~ rejetés.

ent

Article 5 : Le présent jugement sera notifié à la Société Marnez SAS, au ministre de l'économie et des finances, à la société HLM Résidences Le Logement des Fonctionnaires (RLF) et à la société HLM Batigère Ile-de-France.

Délibéré après l'audience du 25 juin 2013, à laquelle siégeaient :

Mme Helmlinger, présidente,
M. Camenen, premier conseiller,
Mme de Vaujuas, conseiller,

Lu en audience publique le 9 juillet 2013.

Le rapporteur,



J. de VAUJUAS

La présidente,



L. HELMLINGER

Le greffier,



P. NSOUARI

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