

Cour administrative d'appel de Lyon, 27 mars 2014, n° 13LY00129, Office public d'habitation Mâcon Habitat **** Décision commentée

E-RJCP - mise en ligne le 4 janvier 2015

Thèmes :

- Recours de type « Tropic » (Conseil d'État, assemblée, n° 291545, 16 juillet 2007, *Sé TROPIC travaux signalisation*) d'un candidat à un marché de maîtrise d'oeuvre
- Directeur général de l'OPH (Office public d'habitation) habilité à relever appel du jugement attaqué par délibération du conseil d'administration.
- Membre d'un jury de concours désignés en qualité de personnes présentant un intérêt particulier ne peuvent être pris en compte pour la détermination des membres du jury désignés en leur qualité de personnalités qualifiées au titre de l'article 24-e du Code des marchés publics, alors même qu'ils disposent d'une qualification équivalente à celle exigée des candidats.
- Jury de concours de maîtrise d'œuvre comprenant moins d'un tiers de personnalités qualifiées (4 sur 13 membres), composition non conforme à l'article 24 du code des marchés publics.
- Avis du jury de concours classant les projets en indiquant les notations des candidats à chaque projet en se fondant sur une moyenne des notes données par les différents membres du jury sur chacun des critères de sélection fixés au règlement de consultation, mais insuffisamment motivé en l'absence d'appréciation littérale circonstanciée au regard de l'article 70 du Code des marchés publics.
- Décision d'attribuer le marché après concours, ne pouvant être prise par le directeur de l'OPH, mais devant émaner de l'assemblée délibérante de cet établissement public local en application de l'article 70 du Code des marchés publics.
- Pouvoirs du juge, saisi de conclusions d'un concurrent évincé contestant la validité d'un contrat, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences (résiliation du contrat ou modification de certaines de ses clauses, poursuite de son exécution avec éventuelles mesures de régularisation, indemnisations en réparation des droits lésés, annulation totale ou partiellement du contrat avec le cas échéant un effet différé après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à

l'intérêt général ou aux droits du cocontractant).

- L'ensemble des vices relevés non régularisables, et plus précisément celui tenant à l'irrégularité de la composition du jury.
- Gravité du vice relatif à l'incompétence de l'attributaire affectant l'existence du consentement de la personne publique, faisant encourir le marché d'annulation.
- Résiliation du marché à compter de l'achèvement de la mission d'assistance à la passation des contrats de travaux, privant cette annulation de sa portée rétroactive, compte tenu des considérations dont a fait état la collectivité publique.

Résumé :

1. Le **directeur général de l'OPH** (Office public d'habitation) a été **habilité** à relever **appel** du jugement attaqué par délibération du conseil d'administration votée au cours de l'instruction. Il a donc qualité pour agir au nom de l'établissement.

2. Il ressort des dispositions l'article 24 du code des marchés publics, et règlement de consultation que les membres du **jury** désignés en qualité de **personnes présentant un intérêt particulier** ne peuvent être pris en compte pour la détermination des membres du jury désignés en leur qualité de **personnalités qualifiées** au titre de l'article 24-e du code des marchés publics, alors même qu'ils disposent d'une qualification équivalente à celle exigée des candidats, dès lors que le règlement de consultation **imposait par ailleurs leur présence en qualité de personnalités présentant un intérêt particulier**.

Il s'en suit que la composition du jury, qui comprenait seulement quatre **personnalités qualifiées** sur treize membres, soit **moins d'un tiers**, n'est **pas conforme** à l'article 24 du code des marchés publics.

3. Il résulte des dispositions de l'article 70 du code des marchés publics que, lorsque le jury d'un **concours de maîtrise d'oeuvre** propose un classement des offres, il doit indiquer les **considérations de nature technique ou financière qui fondent ses choix**, de manière à mettre la collectivité publique concernée à même de se déterminer au vu de telles considérations.

4. Le procès-verbal de la réunion du jury et les deux documents intitulés "bilan du jury" ne comportaient **pas d'appréciation littérale circonstanciée** relative à l'application des **critères** visant à désigner le lauréat du concours parmi les trois candidats retenus.

Si l'un des bilans **indique les notes** données par chaque membre du jury à chaque projet, selon les critères de sélection fixés au règlement de consultation, ce seul élément chiffré ne permettait **pas** à la collectivité de **connaître précisément les considérations fondant le choix** des membres du jury et ne la mettait donc pas à même de porter sa **propre appréciation**, de manière **éclairée**, sur les mérites respectifs des différents candidats.

Par suite, c'est à juste titre que les premiers juges ont pu estimer que **l'avis du jury était insuffisamment motivé**.

En revanche, le **choix** du jury était **intervenu en application des critères** mentionnés au règlement de consultation, dans la mesure où la proposition des deux lauréats s'est effectuée en se fondant sur **une moyenne des notes données par les différents membres du jury** sur chacun de ces critères.

5. Il résulte de ces dispositions de l'article 70 du Code des marchés publics que la **décision d'attribuer le marché** passé par un OPH, établissement public local, après concours, doit émaner de **l'assemblée délibérante**.

Si l'article R. 421-18 du Code de l'habitation dispose que le directeur général passe tous actes et contrats au nom de l'office public de l'habitat, cette disposition, qui n'évoque pas la décision d'attribution d'un marché ne peut être regardée comme dérogeant à l'article 70 du code des marchés publics.

Dès lors, le directeur général n'était pas compétent pour attribuer le marché en litige.

6. Il appartient au juge, saisi de conclusions d'un **concurrent évincé** contestant la validité d'un contrat, lorsqu'il constate l'existence de **vices entachant la validité du contrat**, d'en **apprécier les conséquences**.

Il lui revient ainsi, 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 **indemnités** 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 du cocontractant, **d'annuler, totalement ou partiellement**, le cas échéant avec un effet différé, le contrat.

7. **L'ensemble des vices** relevés, et plus précisément celui tenant à **l'irrégularité de la composition du jury**, compte tenu des conditions et de l'objet de son intervention, ne sont **pas régularisables**.

Au regard de la **gravité** du vice relatif à **l'incompétence de l'attributaire**, qui affecte l'existence du **consentement** de la personne publique, le marché serait susceptible d'encourir l'**annulation**. Cependant, compte tenu des considérations dont fait état la collectivité publique, c'est à juste titre que le tribunal a **privé** cette annulation **de sa portée rétroactive**, en prononçant **seulement la résiliation** du marché.

En revanche, l'OPH ne démontre **pas**, par des éléments suffisamment probants et précis, qu'il est indispensable d'envisager une résiliation avec **effet différé**.

8. Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la **réparation du préjudice** qu'il estime avoir subi du fait de **l'irrégularité** ayant, selon lui, affecté la procédure ayant conduit à son éviction, il appartient au juge, si cette irrégularité est établie, de **vérifier** quelle est la **cause directe de l'éviction du candidat** et, par suite, qu'il existe un **lien direct de causalité** entre la faute en résultant et le préjudice dont le candidat demande l'indemnisation.

9. La société requérante était **le premier des deux lauréats proposés par le jury** et que c'est seulement à **l'issue des négociations** avec les deux lauréats qu'il a été décidé de **retenir un cabinet concurrent**, compte tenu en particulier de l'effort consenti par ce dernier s'agissant du **montant de ses honoraires**.

Dans ces conditions, les **trois vices** précédemment mentionnés sont **sans lien** avec le rejet de l'offre de la société requérante.

Par suite, l'OPH n'est **pas condamné**, sur le fondement de la faute tenant à ces trois irrégularités, à **indemniser** le concurrent évincé.

10. Le moyen tiré de ce que la décision d'attribution méconnaît le règlement du concours est inopérant, dès lors que ce document concerne le **concours** lui-même et l'examen des offres par le jury, qui constitue une **phase distincte de la procédure d'attribution** du marché qui lui est consécutive.

11. Il ne résulte pas de l'instruction que la décision d'attribution serait intervenue sans prendre **en compte l'avis du jury**.

12. Nonobstant certaines **maladresses de pure forme**, il résulte de l'instruction qu'il y a eu **désignation de deux lauréats** du concours par l'office public de l'habitat, **et non par le jury, puis négociation** avec ces deux lauréats.

13. Il ne résulte pas de l'instruction que la **négociation** aurait été menée selon des **modalités irrégulières**, même si la société requérante fait état de "doutes sérieux" pour s'étonner de la forte baisse des honoraires de son concurrent en cours de négociation.

14. La société requérante n'établit l'existence d'**aucune irrégularité qui soit la cause directe de son éviction**. Par suite, OPH n'est pas condamné à lui verser une somme en réparation du préjudice subi du fait de son éviction.

15. dans les circonstances de l'espèce, aucune des parties ne supportera les frais d'instances.

► **Commentaire de Dominique Fausser :**

1. **L'arrêt est classique** quant à la composition du jury de concours de maîtrise d'œuvre et la nécessité pour le jury de formuler un avis motivé, ce qui suppose non un simple classement par moyenne de note entre ses membres (comme en l'espèce), ni même une simple addition de la position individuelle de chacun des membres, mais l'adoption collégiale par le jury d'un avis justifiant le classement (la pratique étant de faire ressortir les forces et faiblesses comparatives entre chacun des projets) qui soit susceptible d'éclairer le représentant du pouvoir adjudicateur. Ce dernier pourra alors exercer utilement son propre choix du ou des lauréats avec lesquels il négociera le contenu du marché, puis pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, il soumettra l'attribution du marché à l'assemblée délibérante.

2. Je note avec satisfaction que la Cour précise que le règlement du concours ne se rattache pas à l'attribution du marché car : *« ce document concerne le concours lui-même et l'examen des offres par le jury, qui constitue une phase distincte de la procédure d'attribution du marché qui lui est consécutive »*. En effet, comme je l'ai souvent rappelé notamment en formation, le droit européen (directive 2004/18) est d'ailleurs clair : il y a un concours suivi d'une décision de choix de lauréat(s), concours qui d'ailleurs peut se suffire à lui-même s'il n'a vocation que d'acquérir la propriété intellectuelle d'un ou plusieurs projets, concours suivi d'un avis d'attribution de concours, puis s'il s'agit de mettre en œuvre le projet par le ou l'un des lauréats du concours, un marché négocié est lancé entre les lauréats du concours, suivi d'un avis d'attribution du

marché négocié. Il s'agit donc de deux procédures distinctes, même si elles sont consécutives.

2. Cet arrêt rendu en recours « Tropic » (Conseil d'État, assemblée, n° 291545, 16 juillet 2007, *Sté TROPIC travaux signalisation*) reprend en copier-coller les principes dégagés par le Conseil d'État, dans son arrêt du 10 juillet 2013, n° 362777, *Compagnie martiniquaise de transports* (mon commentaire dans E-RJCP mis en ligne le 18 octobre 2014), quant au **cadre restreint de l'indemnisation du candidat évincé** :

« Considérant que lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait de l'irrégularité ayant, selon lui, affecté la procédure ayant conduit à son éviction, il appartient au juge, si cette irrégularité est établie, de vérifier qu'elle est la cause directe de l'éviction du candidat et, par suite, qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute en résultant et le préjudice dont le candidat demande l'indemnisation ».

Comme je le précisais dans mon commentaire de l'époque : *« Cette politique juridictionnelle affirmée par le présent arrêt poursuit une finalité vertueuse : inciter les concurrents évincés à privilégier les actions préventives qui visent à remettre en concurrence le contrat par une action en référé précontractuel ou contractuel ou, notamment lorsque l'irrégularité n'entre pas dans le champ de ces référés, en recours »* (Conseil d'État, assemblée, n° 291545, 16 juillet 2007, *Société TROPIC travaux signalisation*) dans son volet d'action en résolution du contrat tant que le contrat n'est pas encore achevé.

L'irrégularité commise par le pouvoir adjudicateur ne doit pas être une voie d'opportunité financière pour le concurrent évincé, mais une voie réparatrice, la meilleure réparation économe en deniers publics étant la relance de la concurrence.

Cette approche rejoint pleinement les conclusions formulées par Mme Vérica Trstenjak, Avocat général, qu'elle a présentées le 28 mars 2007 dans l'affaire CJCE, 18 juillet 2007, affaire C-503/04, Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne : (...) »

Cette solution a depuis été déclinée par les cours d'administratives d'appel à l'occasion de litiges portant, comme dans la présente affaire, sur des marchés conclus après un concours de maîtrise d'œuvre : CAA de Lyon, 13 février 2014, n° 13LY00974, *SELARL Bertherat et Van Le* (mon commentaire dans E-RJCP mis en ligne le 21 avril 2014) ; CAA de Bordeaux, n° 11BX03387 (mon commentaire dans E-RJCP mis en ligne le 18 octobre 2014) et idem° 11BX03388, 18 mars 2014, *Groupe d'architecture Ellipse*.

Dans ces derniers arrêts de la CAA de Bordeaux du 18 mars 2014, les magistrats avaient considéré que l'irrégularité éventuelle de la composition du jury

n'avait pu causer le moindre préjudice aux sociétés requérantes, le jury ayant classé l'offre des requérants en première position devant l'offre du cabinet qui sera finalement retenu par le pouvoir adjudicateur.

L'argument à l'époque me paraissait trop expéditif. En effet, même si le pouvoir adjudicateur s'était prononcé en ne suivant pas le choix exprimé par le jury qui avait classé l'offre des requérantes en première position, il n'en résultait pas moins que l'avis motivé jury comportait nécessairement des éléments d'appréciation sur les prestations remises par l'ensemble des candidats et donc y compris des éléments sur le candidat que le jury avait classé en second, candidat qui dans cette affaire sera retenu en final par le pouvoir adjudicateur.

Un vice de composition d'un jury (personnes incompétentes à y siéger ou un défaut de personnes compétentes), avait donc selon moi, potentiellement un effet certain sur le choix du pouvoir adjudicateur d'arrêter la liste du ou des lauréats du concours avec lesquels il peut négocier, sinon à quoi servirait la nécessaire motivation du choix du jury sensé éclairer le choix du pouvoir adjudicateur ?

Article 70 du Code des marchés publics : v [...] *Le jury dresse un procès-verbal de l'examen des prestations, dans lequel il consigne ses observations et tout point nécessitant des éclaircissements, et formule un avis motivé [...]*

J'appelais donc à une analyse « in concreto » d'influence du jury pour apprécier le lien direct entre l'irrégularité de sa composition et le choix du candidat opéré en final par le pouvoir adjudicateur.

Mais en l'espèce, même si la situation paraît identique, le requérant étant aussi placé en première position par un jury mal composé, il en ressort que le défaut de composition était plus formel que réel (mélange entre la qualification de personnes qualifiées et celles présentant un intérêt particulier, mais jury qui sans cette erreur de qualification aurait été valablement composée des mêmes membres, les droits de vote étant identiques pour l'ensemble de ces membres), donc que ce défaut n'a pas eu d'influence sur le sens de l'avis, et même si l'avis était insuffisamment motivé, la Cour remarque que le classement des projets s'est fait en application des critères du règlement de la consultation.

Ce ne sont donc pas les irrégularités commises au stade du jury qui constituaient l'origine du préjudice du requérant, mais le fait qu'au stade de la négociation, au demeurant régulièrement menée selon l'instruction du juge, que le candidat a été finalement écarté au profit de son concurrent ayant fait un effort conséquent sur le prix de son offre.

Bref, in concreto, ces vices n'étaient pas à l'origine directe de son éviction. La question de l'incompétence de l'assemblée délibérante était plus délicate sur ce

terrain, mais manifestement le juge se place désormais dans l'exceptionnalité de l'indemnisation du candidat injustement évincé, faisant du recours « Tropic », une voie qui soit en principe moins réparatrice que celle du référé précontractuel, puisque bien souvent et comme au cas d'espèce, seule une partie résiduelle du marché sera vouée à être remise en concurrence, afin de faire du référé précontractuel et son dérivé de référé contractuel, la voie normale de contestation des candidats évincés, voie plus économe en dernier public et évitant l'insécurité juridique.

En outre, en matière de jury de concours de maîtrise d'œuvre, les candidats qui ont remis un projet conforme au règlement du concours ont déjà été indemnisés de leur frais de participation. Le préjudice financier est donc pour eux moins prégnant que pour les candidats à d'autres types de commande publique.

Enfin, malgré la gravité du vice d'incompétence du signataire du marché, on imagine aisément en filigrane pourquoi les juges décident de résilier le marché de maîtrise d'œuvre uniquement à compter de l'achèvement de la mission d'assistance à la passation des contrats de travaux. Si les consultations de marchés de travaux étaient déjà lancées, voire les offres déjà reçues et dépouillées, la situation juridique de l'OPH aurait pu devenir inextricable en cas d'annulation pure et simple.

*
**

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028817196>

Cour administrative d'appel de Lyon
N° 13LY00129

Inédit au recueil Lebon

4ème chambre - formation à 3

M. WYSS, président, M. Jean Paul WYSS, rapporteur, M. DURSAPT, rapporteur public

SELARL ADAMAS AFFAIRES PUBLIQUES, avocat

Lecture du **jeudi 27 mars 2014**

REPUBLIQUE FRANCAISE - AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête, enregistrée le 14 janvier 2013, présentée pour **l'office public d'habitation Mâcon Habitat**, représenté par son directeur général en exercice, dont le siège est 211 rue Président Kennedy à Mâcon (71011) ;

L'établissement Mâcon Habitat demande à la Cour :

1°) d'annuler le jugement n° 1100553 et 1102425 du 11 octobre 2012 par lequel le Tribunal administratif de Dijon a **résilié à compter de l'achèvement de la mission d'assistance à la passation des contrats de travaux le marché de maîtrise d'oeuvre** qu'il a conclu avec le cabinet Robin pour la construction d'un bâtiment de quarante logements, de boutiques et parkings et l'a condamné à verser à la société Tekhne Architecture la somme de 31 666,63 euros, outre les intérêts et la capitalisation ;

2°) de rejeter les demandes de la société Tekhne Architecture tendant à l'annulation du marché de maîtrise d'oeuvre qu'il a conclu avec le cabinet Robin pour la construction d'un bâtiment de quarante logements, de boutiques et parkings et à ce qu'il soit condamné à lui verser la somme de 31 666,63 euros en raison du préjudice subi de son éviction ;

3°) à titre subsidiaire, de considérer que l'intérêt général s'oppose à l'annulation du marché ;

4°) de mettre à la charge de la société Tekhne Architecture une somme de 4 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient que :

- c'est à tort que les premiers juges ont estimé que l'article 24 du code des marchés publics était méconnu dès lors que les membres du jury nommés en qualité de personnes présentant un intérêt particulier pouvaient, lorsqu'ils disposaient des qualifications requises, être pris en compte pour apprécier le nombre de membres du jury présentant les mêmes qualifications professionnelles que les candidats ;

- c'est à tort que les premiers juges ont estimé que le directeur général de l'office n'avait pas compétence pour attribuer le marché, compte tenu des dispositions de l'article R. 421-18 du code de la construction et de l'habitation, du fait que le conseil d'administration n'a qu'une compétence d'attribution et que les dispositions contraires au code des marchés publics priment sur ces derniers ;

- c'est à tort que les premiers juges ont estimé que l'avis du jury était insuffisamment motivé ; le document intitulé " bilan du jury de concours " était annexé au procès-verbal, comme elle l'avait allégué et contrairement à ce qu'a relevé le Tribunal et que ce document indiquant les notes données à chaque projet au regard des critères de sélection établissait que le choix des lauréats était intervenu en application de ces critères ;

- il se réfère à ses écritures de première instance en ce qui concerne les autres moyens invoqués par le concurrent évincé en première instance ;

- l'intérêt général qui s'attache à la continuation du marché fait obstacle à la résiliation, même partielle, du marché, compte tenu de son importance pour la réalisation d'une opération de création de logements sociaux ;

- c'est à tort que les premiers juges ont fait droit à la demande indemnitaire de la société Tekhne Architecture et estimé qu'elle disposait d'une chance car, au stade de l'examen des offres par le jury, elle détenait un avantage sur l'attributaire et ce n'est qu'à l'issue des négociations, dont la régularité n'est pas contestée, que son projet a été écarté ;

Vu le jugement attaqué ;

Vu l'ordonnance en date du 26 août 2013 fixant la clôture de l'instruction au 30 septembre 2013 ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 24 septembre 2013, présenté pour la **SARL Tekhne Architecture**, représentée par son gérant en exercice ; la SARL Tekhne Architecture demande à la Cour :

1°) à titre principal, de rejeter la requête ;

2°) à titre subsidiaire, de faire droit à ses conclusions de première instance tendant à l'annulation du marché et de condamner l'établissement Mâcon Habitat à lui verser la somme de 31 666,63 euros hors taxe outre intérêts au taux légal à compter du 9 août 2011 outre capitalisation des intérêts ;

3°) de mettre à la charge de l'établissement Mâcon Habitat une somme de 4 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- la requête est irrecevable en absence d'habilitation du conseil d'administration autorisant le directeur général à ester ;

- c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que l'article 24 du code des marchés publics était méconnu, dès lors que les personnes siégeant en qualité de personnalités intéressées, en application du règlement du concours et du règlement de la consultation, ne pouvaient être comptabilisées au titre des personnalités qualifiées, qu'un membre du jury ne peut passer d'une catégorie à une autre et qu'au moment où le jury a siégé, aucune des personnes siégeant en qualité de personne présentant un intérêt particulier n'a siégé en qualité

de personne qualifiée et n'a été en tout état de cause identifiée comme telle ;

- c'est à juste titre que le Tribunal a retenu l'incompétence du directeur général pour attribuer le marché compte tenu des dispositions de l'article 70 du code des marchés publics, l'article R. 421-18 du code de la construction et de l'habitation l'autorisant seulement à signer les marchés attribués par le conseil d'administration, qui dispose d'une compétence générale de principe, ainsi qu'une compétence pour signer les actes de disposition ;

- c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que la motivation de l'avis du jury était insuffisante ;

- elle s'en remet à ses écritures de première instance si la Cour venait à annuler le jugement ;

- elle disposait d'une chance sérieuse d'emporter le marché puisqu'il n'y avait plus que deux opérateurs économiques ; elle était classée première à l'issue de l'examen du jury et il n'y avait qu'un faible écart entre les offres de prix finales ; le choix définitif entre les deux candidats a été effectué au stade de négociations illégales et biaisées et, sur la base d'un avis insuffisamment motivé et par une autorité incompétente ; la chance sérieuse n'est pas une certitude ;

Vu l'ordonnance du 25 septembre 2013 reportant la clôture de l'instruction au 15 octobre 2013 ;

Vu le mémoire, enregistré le 15 octobre 2013, présenté pour l'établissement Mâcon Habitat, qui conclut aux mêmes fins que sa requête, par les mêmes moyens ;

Vu l'ordonnance du 15 octobre 2013 reportant la clôture de l'instruction au 31 octobre 2013 ;

Vu le mémoire, enregistré le 31 octobre 2013, présenté pour la **SARL Tekhne Architecture**, qui conclut aux mêmes fins que précédemment, par les mêmes moyens ;

Elle soutient en outre que l'irrégularité tenant à la composition du jury présentait un caractère substantiel ; qu'elle a été lésée et qu'il est impossible d'estimer que la décision aurait été la même en absence d'irrégularité ; le marché de maîtrise d'oeuvre est un acte de disposition car il engage ou modifie, de manière importante, la valeur ou le contenu du patrimoine de l'office ; il existe un lien de causalité direct entre les fautes relevées et son éviction dès lors que les fautes concernent l'attribution du contrat, ont vicié la concurrence et qu'il n'est pas possible de présager de l'issue de la procédure si les irrégularités relevées n'avaient pas été commises ;

Vu l'ordonnance du 5 novembre 2013 reportant la clôture de l'instruction au 20 novembre 2013 ;

Vu le mémoire, enregistré le 20 novembre 2013, présenté pour l'établissement Mâcon Habitat, qui conclut aux mêmes fins que précédemment, par les mêmes moyens, non communiqué ;

Vu l'ordonnance du 5 décembre 2013 reportant la clôture de l'instruction au 6 janvier 2014 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

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

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 20 février 2014 :

- le rapport de M. Wyss, président,

- les conclusions de M. Dursapt, rapporteur public,

- les observations de MeA..., représentant l'établissement Mâcon Habitat et celles de Me D..., représentant la société Tekhne Architecture.

Vu la note en délibéré enregistrée le 4 mars 2014, présentée pour l'établissement Mâcon Habitat ;

1. Considérant que, par jugement du 11 octobre 2012, le Tribunal administratif de Dijon a résilié le marché de maîtrise d'oeuvre conclu par l'établissement Mâcon Habitat - Office public d'habitat de Mâcon et le cabinet Robin pour la construction d'un bâtiment de quarante logements, de boutiques et parkings, et condamné l'office à verser à la société Tekhne Architecture, concurrent évincé, la somme de 31 666,63 euros, assortie des intérêts au taux légal à compter du 9 août 2011 et de la capitalisation des intérêts ; que l'établissement Mâcon Habitat relève appel de ce jugement ;

Sur la fin de non-recevoir soulevée par la société Tekhne Architecture :

2. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le directeur général de l'établissement Mâcon Habitat a été habilité à relever appel du jugement attaqué par délibération du conseil d'administration du 2 octobre 2013 ; que, par suite, la fin de non-recevoir tirée de ce que le directeur général n'avait pas qualité pour agir au nom de l'établissement doit être écartée ;

Sur la validité du marché :

3. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 24 du code des marchés publics, dans sa rédaction alors applicable : " I.-Le jury de concours est composé exclusivement de personnes indépendantes des participants au concours. (...) b) Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, les membres du jury sont désignés dans les conditions prévues aux I, II et III de l'article 22. (...) d) Le président du jury peut en outre désigner comme membres du jury des personnalités dont il estime que la participation présente un intérêt particulier au regard de l'objet du concours, sans que le nombre de ces personnalités puisse excéder cinq. e) En outre, lorsqu'une qualification professionnelle est exigée des candidats pour participer à un concours, au moins un tiers des membres du jury ont cette qualification ou une qualification équivalente. Ils sont désignés par le président du jury. Tous les membres du jury ont voix délibérative. " ; qu'aux termes de l'article 6.3 du règlement de consultation : " L'examen des candidatures sera effectué par un jury dûment constitué selon les dispositions des articles 24 et 22 du code des marchés publics à savoir : Monsieur le directeur général de MACON HABITAT, président du jury ou son représentant, quatre administrateurs élus, quatre personnes ayant la même qualification que celle exigée des candidats, quatre personnalités présentant un intérêt particulier au regard de l'objet du concours " ;

4. Considérant qu'il ressort de ces dispositions et stipulations que les membres du jury désignés en qualité de personnes présentant un intérêt particulier ne peuvent être pris en compte, alors même qu'ils disposent d'une qualification équivalente à celle exigée des candidats, pour la détermination des membres du jury désignés en leur qualité de personnalités qualifiées au titre de l'article 24-e du code des marchés publics, dès lors que l'article 6.3 du règlement de consultation imposait par ailleurs leur présence en qualité de personnalités présentant un intérêt particulier ; qu'il suit de là que la composition du jury, qui comprenait seulement quatre personnalités qualifiées sur treize membres, soit moins d'un tiers, n'est pas conforme à l'article 24 du code des marchés publics ; que, par suite, l'établissement Mâcon Habitat n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que les premiers juges ont considéré ce moyen comme fondé ;

5. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 70 du code des marchés publics, dans sa version alors en vigueur, définissant la procédure à suivre en cas de concours : " V. Les prestations des candidats sont ensuite transmises au jury qui les

évalue, en vérifie la conformité au règlement du concours et en propose un classement fondé sur les critères indiqués dans l'avis d'appel public à concurrence. Le jury dresse un procès-verbal de l'examen des prestations, dans lequel il consigne ses observations et tout point nécessitant des éclaircissements, et formule un avis motivé (...). " ; qu'il résulte de ces dispositions que, lorsqu'il propose un classement des offres, le jury d'un concours de maîtrise d'oeuvre doit indiquer les considérations de nature technique ou financière qui fondent ses choix, de manière à mettre la collectivité publique concernée à même de se déterminer au vu de telles considérations ;

6. Considérant qu'il résulte de l'instruction que ni le procès-verbal de la réunion du jury du 15 juillet 2010, ni les deux documents intitulés "bilan du jury" ne comportaient d'appréciation littérale circonstanciée relative à l'application des critères visant à désigner le lauréat du concours parmi les trois candidats retenus ; que, si l'un des bilans indique les notes données par chaque membre du jury à chaque projet, selon les critères de sélection fixés à l'article 6.5 du règlement de consultation, ce seul élément chiffré ne permettait pas à la collectivité de connaître précisément les considérations fondant le choix des membres du jury et ne la mettait donc pas à même de porter sa propre appréciation, de manière éclairée, sur les mérites respectifs des différents candidats ; que, par suite, c'est à juste titre que les premiers juges ont pu estimer que l'avis du jury était insuffisamment motivé ; qu'en revanche, l'établissement Mâcon Habitat est fondé à soutenir que c'est à tort que les premiers juges ont estimé qu'il n'était pas établi que le choix du jury était intervenu en application des critères mentionnés au règlement de consultation, dans la mesure où la proposition des deux lauréats s'est effectuée en se fondant sur une moyenne des notes données par les différents membres du jury sur chacun de ces critères ;

7. Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes de l'article 70 du code des marchés publics : " VIII - Pour les (...) établissements publics locaux à l'exception des établissements publics sociaux et médicaux-sociaux, c'est l'assemblée délibérante qui attribue le marché " ; qu'il résulte de ces dispositions que la décision d'attribuer le marché passé par un office public de l'habitat, établissement public local, après concours, doit émaner de l'assemblée délibérante ; que, si l'article R. 421-18 du code de l'habitation dispose que le directeur général passe tous actes et contrats au nom de l'office public de l'habitat, cette disposition, qui n'évoque pas la décision d'attribution d'un marché ne peut être regardée comme dérogeant à l'article 70 du code des marchés publics ; que, dès lors, l'établissement Mâcon Habitat n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que le Tribunal a estimé que le directeur général n'était pas compétent pour attribuer le marché en litige ;

8. Considérant, en quatrième lieu, qu'il appartient au juge, saisi de conclusions d'un concurrent évincé contestant la validité d'un contrat, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient ainsi, 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 indemnités 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 du cocontractant, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ;

9. Considérant que l'ensemble des vices relevés, et plus précisément celui tenant à l'irrégularité de la composition du jury, compte tenu des conditions et de l'objet de son intervention ne sont pas régularisables ; qu'au regard de la gravité du vice relatif à l'incompétence de l'attributaire, qui affecte l'existence du

consentement de la personne publique, le marché serait susceptible d'encourir l'annulation ; que, cependant, compte tenu des considérations dont fait état la collectivité publique, c'est à juste titre que le Tribunal a privé cette annulation de sa portée rétroactive, en prononçant seulement la résiliation du marché ; qu'en revanche, l'établissement public Mâcon Habitat ne démontre pas, par des éléments suffisamment probants et précis, qu'il est indispensable d'envisager une résiliation avec effet différé ;

Sur l'indemnisation du concurrent évincé :

10. Considérant que, lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait de l'irrégularité ayant, selon lui, affecté la procédure ayant conduit à son éviction, il appartient au juge, si cette irrégularité est établie, de vérifier quelle est la cause directe de l'éviction du candidat et, par suite, qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute en résultant et le préjudice dont le candidat demande l'indemnisation ;

11. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la société Tekhne Architecture était le premier des deux lauréats proposés par le jury et que c'est seulement à l'issue des négociations avec les deux lauréats qu'il a été décidé de retenir le cabinet Robin, compte tenu en particulier de l'effort consenti par ce dernier s'agissant du montant de ses honoraires ; que, dans ces conditions, les trois vices précédemment mentionnés sont sans lien avec le rejet de l'offre de la société Tekhne Architecture ; que, par suite, l'établissement Mâcon Habitat est fondé à soutenir que c'est à tort que le Tribunal l'a condamné, sur le fondement de la faute tenant à ces trois irrégularités, à indemniser le concurrent évincé ;

12. Considérant toutefois qu'il appartient à la Cour, saisie de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés par la société Tekhne Architecture au soutien de sa demande à fin d'indemnisation ;

13. Considérant que le moyen tiré de ce que la décision d'attribution méconnaît l'article 4.2 du règlement du concours est inopérant, dès lors que ce document concerne le concours lui-même et l'examen des offres par le jury, qui constitue une phase distincte de la procédure d'attribution du marché qui lui est consécutive ;

14. Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction que la décision d'attribution serait intervenue sans prendre en compte l'avis du jury ;

15. Considérant que, nonobstant certaines maladresses de pure forme, il résulte de l'instruction qu'il y a eu désignation de deux lauréats du concours par l'office public de l'habitat, et non par le jury, puis négociation avec ces deux lauréats ;

16. Considérant, enfin, que si la société Tekhne Architecture fait état de " doutes sérieux " pour s'étonner de la forte baisse des honoraires de son concurrent en cours de négociation, il ne résulte pas de l'instruction que la négociation aurait été menée selon des modalités irrégulières ;

17. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Tekhne Architecture n'établit l'existence d'aucune irrégularité qui soit la cause directe de son éviction ; que, par suite, l'établissement Mâcon Habitat est fondé à soutenir que c'est à tort que les premiers juges l'ont condamné à lui verser une somme en réparation du préjudice subi du fait de son éviction ;

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

18. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la Cour fasse bénéficier la partie perdante du paiement par l'autre partie des frais exposés à l'occasion du litige soumis au juge et non compris dans les dépens ; que, par suite, les conclusions présentées par la société Tekhne Architecture doivent être rejetées ; que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions présentées par l'établissement Mâcon Habitat sur ce fondement ;

DECIDE :

Article 1er : L'article 2 du jugement n° 1100553 et 1102425 du Tribunal administratif de Dijon du 11 octobre 2012 est annulé.

Article 2 : Le surplus des conclusions d'appel et de première instance des parties est rejeté.

Article 3 : Le présent arrêt sera notifié à l'établissement Mâcon Habitat, à la société Tekhne Architecture et au ministre de l'intérieur.

Délibéré après l'audience du 20 février 2014 , où siégeaient :