

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N°0907878

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE PERFECT NETTOYAGE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Mille
Juge des référés

Ordonnance du 2 juin 2009

Le Tribunal administratif de Paris,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 13 mai 2009, présentée pour la SOCIETE PERFECT NETTOYAGE, dont le siège est 10, rue du bicentenaire de la révolution à Brétigny-sur-Orge (91220), par la société h & g, avocats ; la SOCIETE PERFECT NETTOYAGE demande au juge des référés de l'article L.551-1 du code de justice administrative :

- d'annuler la décision du 7 mai 2009 par laquelle Paris Habitat OPH a rejeté sa candidature pour l'attribution de marchés de nettoyage des parties communes, des espaces verts, des sous-sols, caves et parcs de stationnement, ainsi que d'enlèvement des ordures ménagères et déchets recyclables et de manutention des encombrements à réaliser sur une partie de son patrimoine ;
- d'enjoindre à Paris Habitat OPH de saisir de nouveau sa commission d'appel d'offres afin qu'elle examine sa candidature dans le respect du principe d'égalité ;
- de mettre à la charge de Paris Habitat OPH la somme de 4 000 euros au titre des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

La SOCIETE PERFECT NETTOYAGE soutient que le motif de rejet de sa candidature, qu'il appartient au juge des référés précontractuels de contrôler, tenant à la non exécution, dans les règles de l'art, de deux précédents marchés, est infondé en droit et manque en fait :

- qu'il est, *en premier lieu*, infondé en droit, seules des raisons objectives, tenant notamment au défaut de capacités professionnelles, techniques et financières, capacités appréciées au regard des informations et documents fournis par le candidat en réponse aux exigences mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, documents en l'espèce pas même examinés, puisqu'ils démontraient ses capacités pour exécuter le marché, peuvent légalement conduire à l'exclusion d'un candidat ; que de simples difficultés rencontrées dans l'exécution d'un précédent marché ne peuvent ainsi être retenues que si elles sont la conséquence d'une incapacité professionnelle, technique et/ou financière de l'entreprise et donc du fait unique du titulaire ; qu'en tout état de cause, en opposant une mauvaise exécution de précédents marchés, Paris Habitat – OPH, en méconnaissance du code des marchés publics et des principes fondamentaux de la commande publique et notamment des principes d'égalité de traitement et de transparence, a appliqué un critère non prévu par le code des marchés publics et non préalablement porté à la connaissance des opérateurs économiques et a ainsi

commis une erreur de droit ;

- *qu'en deuxième lieu*, Paris Habitat – OPH a commis une erreur de fait en prétendant que les deux marchés, n° 2007/Z5005 et 2007/Z5006, sur les neuf marchés actuellement en cours d'exécution, n'auraient pas été accomplis dans les règles de l'art alors que, *premièrement*, des feuilles de contrôle de la qualité de la propreté témoignent du contraire et qu'aucune pénalité n'a été appliquée dans le cadre de l'exécution de ces marchés, que *deuxièmement*, elle est titulaire de plusieurs marchés similaires exécutés sans difficulté, conclus tant avec Paris Habitat – OPH, en partie avec des personnels qui auraient été affectés à l'exécution du présent marché, qu'avec d'autres acteurs importants, et que *troisièmement et dernièrement*, elle a conclu des marchés négociés pour poursuivre l'exécution des contrats dont il est aujourd'hui reproché la qualité des prestations ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 20 mai 2009, présenté pour Paris Habitat – OPH, dont le siège est 21 bis, rue Claude Bernard à Paris (75253), par Me Chevallier, avocat ; Paris Habitat OPH conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à charge de la SOCIETE PERFECT NETTOYAGE la somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Paris Habitat – OPH soutient :

- *qu'en premier lieu*, aucune erreur de fait n'a été commise ; que *premièrement*, les défaillances observées, soulignées par les locataires, concernaient tous les lots confiés au cours de l'exécution tant des deux conventions n°2007/Z5005 et 2007/Z5006, notifiées le 14 mai 2007, que de celles qui lui ont succédé sur le fondement de l'article 35 du code des marchés publics, exécutées durant les premier mois de l'année 2009 ; que *deuxièmement*, les contrôles effectués ont révélé ces défaillances, quasi permanentes et récurrentes, quant à la qualité du travail fourni et à l'inexécution de prestations contractuelles, dont la réalité était d'ailleurs alors reconnue par la SOCIETE PERFECT NETTOYAGE qui les justifiait par des difficultés sociales et économiques tenant à l'inadaptation et au coût de son personnel, défaillances qui ont donné lieu à des rappels à l'ordre, à de multiples réunions, à l'application des pénalités prévues au CCAP et in fine à la non reconduction, pourtant contractuellement organisée, des marchés initialement conclus ;

- *qu'en deuxième lieu*, aucune erreur de droit ne peut être retenue, la jurisprudence tant administrative que judiciaire, admettant de longue date la seule prise en considération, par le pouvoir adjudicateur, des modalités d'exécution de précédents marchés conclus avec un candidat, pour, à l'occasion de l'examen des capacités techniques et professionnelles des candidats, exclure ce dernier au titre des dispositions de l'article 52 du code des marchés publics ; qu'en tout état de cause, aucune règle tirée du droit des marchés publics ou du droit de la concurrence n'impose à une personne publique d'admettre, au stade de l'examen des candidatures, un candidat manifestement incapable d'exécuter les prestations en cause ;

Vu le mémoire complémentaire, enregistré le 26 mai 2009, présenté pour la SOCIETE PERFECT NETTOYAGE, qui persiste dans ses conclusions et soutient en outre,

- *en premier lieu* que les prétendues difficultés d'exécution ne sont pas la conséquence d'une incapacité technique, mais de l'accord du 29 mars 1990 annexé à la convention collective nationale des entreprises de propreté, en vertu duquel elle était tenue, lors de la conclusion des marchés 2007/Z5005 et 2007/Z5006, résiliés pour défaillance de la société Beaumont, alors en place, à la suite d'un important conflit social et de difficultés matérielles, et sauf à encourir leur résiliation, de reprendre 100% des personnels affectés par cette dernière, et par construction par son prédécesseur, à leur exécution ; que ce personnel est « difficile » et en nombre totalement inhabituel pour de tels contrats du fait d'une pratique dite de « chantiers poubelles », consistant en l'affectation, par l'ancien titulaire du lot, par ailleurs non soumissionnaire à sa réattribution, des personnels les moins efficaces, en vue de leur transfert, en application de l'accord susmentionné vers les entreprises

concurrentes ; que ces marchés, de ce fait économiquement déficitaires et donc destinés à connaître inéluctablement des difficultés d'exécution, n'ont pas été résiliés, à la différence des conventions conclues avec les deux entreprises précédentes, mais n'ont simplement pas été reconduits, à sa propre demande, en raison d'une absence de collaboration durable de Paris Habitat – OPH dans le travail inédit initié de gestion et de restructuration desdits effectifs, travail source de grandes difficultés sociales et même de menaces de mort dirigées contre son représentant légal ; que la décision de rejet de sa candidature est donc fondée sur ces difficultés de personnel qui ne lui sont pas imputables mais sont inhérentes aux marchés en cause, personnel que les nouveaux attributaires devront en tout état de cause, en vertu de l'accord, reprendre, ce qui au surplus semble expliquer l'infructuosité de l'appel d'offres lancé en septembre 2008 ; qu'en dépit de ces difficultés, elle a, face à cette infructuosité, accepté de conclure, après mise en concurrence, des marchés négociés, dans l'attente d'une nouvelle procédure, évidemment à un prix nettement supérieur à celui fixé dans les marchés initiaux structurellement déficitaires, prix que lui fait aujourd'hui « payer » Paris Habitat – OPH ; que professionnelle du secteur depuis 1913, et disposant de la norme Iso 9001, version 2000, renouvelée en janvier 2008, sans qu'aucune non-conformité ou même observation n'ait été formulée, sa capacité technique ne saurait être mise en cause ; qu'hormis un courrier de reproche relatif au marché 2007/Z5006, daté du 17 juillet 2008, soit avant sa reconduction, Paris Habitat – OPH, ne produit aucune pièce significative ou probante relative aux marchés en cause, qui d'une part, sur l'ensemble des lots, n'ont été affectés que de pénalités chiffrées à 5 230 euros, pour un montant de marchés s'élevant à 3 888 177 euros, soit 0,13% du volume d'affaires, et d'autre part n'ont jamais souffert, comme il est prétendu, de non production de plannings ou de retard imputable à ses salariés ; qu'au contraire, les carences constatées sont le fait des employés de Paris Habitat – OPH, qui entretiennent des relations conflictuelles avec ses salariés et sont tenus, entre deux interventions, de procéder à certaines des tâches ménagères en cause ; qu'elle a toujours mis en place, sans délai, les mesures correctives afin de lever les réserves émises à l'occasion des contrôles de qualité intervenant pourtant généralement plusieurs heures après le passage de ses employés, alors que la norme Iso 9001, version 2000, prévoit un contrôle dans le quart d'heure ; qu'enfin les locaux en cause sont des lieux « difficiles », parfois l'objet de squats et de dégradations récurrentes, pour lesquels les difficultés rencontrées sont sans rapport avec celles subies par ses prédécesseurs, grâce aux mesures mises en œuvre à ses frais ;

- *qu'en second lieu*, en méconnaissance du principe d'égalité de traitement, la société Beaumont, dont les marchés avaient pourtant été résiliés et aujourd'hui déchargée des éléments problématiques de son personnel, s'est, elle, vu attribuer de nouveau cinq lots desdits marchés à l'issue de la procédure contestée et donc reconnaître, elle, une capacité technique suffisante ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision en date du 1^{er} avril 2009, par laquelle le président du tribunal a désigné Mme Mille comme juge des référés ;

Vu l'ordonnance en date du 13 mai 2009 ordonnant à Paris Habitat – OPH de différer la signature du marché jusqu'au 2 juin 2009 ;

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

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 26 mai 2009, au terme de laquelle la clôture de l'instruction a été différée au 29 mai 2009 à 18h afin de permettre à Paris Habitat OPH de présenter un mémoire en défense complémentaire :

- le rapport de Mme Mille, président ;
- les observations de Me Hourcabié pour la SOCIETE PERFECT NETTOYAGE ;
- les observations de Me Chevallier pour Paris Habitat – OPH ;

Vu le courrier du 28 mai 2009 par lequel le juge des référés a demandé à Me Chevallier de lui indiquer à quel stade la procédure était parvenue ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 29 mai 2009, présentée pour Paris Habitat – OPH qui soutient, *qu'en premier lieu*, sur les neuf lots initialement confiés, six, bien qu'ayant fait l'objet de marchés négociés en vue d'assurer la continuité du service public dans l'attente du résultat de la procédure d'appel d'offres, n'ont pas été reconduits ; *qu'en deuxième lieu*, la commission d'appel d'offres s'est prononcée sur les candidatures le 31 mars 2009 et sur les offres le 12 mai 2009, la procédure ayant été cependant interrompue le lendemain en application de l'ordonnance du juge des référés précontractuels ; *qu'en troisième lieu*, aucune méconnaissance du principe d'égalité ne saurait être retenue, la société Beaumont, d'une part, ayant elle-même lors du précédent appel d'offres été écartée au motif de résiliation de ses marchés, et d'autre part, n'ayant pas même soumissionné à la procédure litigieuse, elle n'a pu, comme il est soutenu, être désignée attributaire ; *qu'en quatrième lieu*, la société requérante ne saurait soutenir s'être vu confier, sans le savoir, des « lots poubelles » dès lors, *premièrement*, qu'elle a procédé, dans le cadre de leur attribution, à des visites des lieux et que le dossier de consultation invitait les candidats à recueillir tous les enseignements complémentaires souhaités auprès d'elle, et que *deuxièmement*, une absence de collaboration durable ne saurait lui être reprochée, d'une part, les relations de travail tenant aux dispositions d'une convention collective qui lui est totalement étrangère, et d'autre part, son obligation se limitant à une information relative au nombre de salariés à reprendre ; *qu'en cinquième lieu*, les modalités des contrôles n'ont pas été fixées en référence à la norme ISO 9001, mais en fonction des prescriptions du CCTP ; *qu'en sixième lieu*, contrairement à ce qui a été soutenu, les marchés négociés conclus pour les premiers mois de l'année 2009 ont également connu des difficultés d'exécution ; *qu'en septième et dernier lieu*, la société requérante, aussitôt la demande formulée et alors qu'elle avait pu jusque là accéder aux locaux, s'est vu remettre de nouveaux badges le 9 septembre 2009 ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 29 mai 2009, présentée pour la SOCIETE PERFECT NETTOYAGE qui soutient, *premièrement*, qu'à lui seul, le certificat ISO 9001, version 2000, atteste de sa capacité technique à exécuter les marchés en cause, *deuxièmement*, que de simples remarques formulées, au demeurant avant sa reconduction par marché négocié, à l'égard de l'exécution d'un marché ne peuvent caractériser un défaut de capacité technique, *troisièmement*, que les marchés négociés, avant l'introduction de la présente procédure, n'avaient fait l'objet d'aucun reproche, *quatrièmement*, que s'agissant des marchés 2007/Z5005 et 2007/Z5006, seule une somme de 1 603 euros a été versée au titre des pénalités, et que s'agissant des marchés négociés prenant leur suite, aucune pénalité n'a été infligée, attestant là encore de sa capacité technique à exécuter les prestations contractuelles exécutées dans des conditions particulièrement difficiles ;

Vu la seconde note en délibéré, enregistrée le 29 mai 2009, présentée pour Paris Habitat – OPH qui soutient que, dans le cadre de l'appréciation de la valeur technique d'un candidat, peuvent être pris en compte tous les marchés qui lui avaient été confiés, nonobstant les circonstances que la société requérante, d'une part, présente des références relatives à des clients prestigieux, et d'autre part, dispose d'une certification ISO 9001 ;

Considérant que par deux avis d'appel public à candidatures publiés au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE), respectivement les 14 février 2009 et 17 février 2009, l'établissement public Paris Habitat OPH a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution de marchés de nettoyage des parties communes, des espaces verts, des sous-sols, caves et parcs de stationnement, ainsi que d'enlèvement des ordures ménagères et déchets recyclables et de manutention des encombrements à réaliser sur une partie de son patrimoine ; que la SOCIETE PERFECT NETTOYAGE, qui était titulaire de huit marchés de même objet conclus le 29 décembre 2006 (2 lots), le 14 mai 2007 (2 lots), les 24 et 26 décembre 2007 (2 lots), le 3 janvier 2008 (1 lot), le 4 janvier 2008 (1 lot), venant à expiration le 31 décembre 2008, et qui, à cette dernière date, s'était vu confier 5 lots pour la période provisoire du 1^{er} janvier au 14 juin 2009 en attendant les résultats de l'appel d'offres susmentionné, a déposé sa candidature pour l'attribution des 27 lots proposés ; que par courrier du 7 mai 2009, la commission d'appel d'offres, qui s'était réunie le 31 mars précédent, a rejeté sa candidature ; que le 12 mai 2009, la commission s'est réunie pour se prononcer sur les offres et a notifié le même jour aux soumissionnaires écartés le rejet de leur offre ;

Considérant qu'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 des marchés publics (...). Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement (...). Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations (...). Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés » ;

Sur les conclusions à fin d'annulation :

En ce qui concerne l'unique moyen tiré de l'erreur de fait et de droit affectant le motif de rejet de la candidature de la société PERFECT NETTOYAGE

Considérant qu'aux termes du I de l'article 52 du code des marchés publics : « Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours. Il en informe les autres candidats qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai. / Les candidats qui ne peuvent soumissionner à un marché en application des dispositions de l'article 43 ou qui, le cas échéant après mise en oeuvre des dispositions du premier alinéa, produisent des dossiers de candidature ne comportant pas les pièces mentionnées aux articles 44 et 45 ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de

passation du marché./ Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions de l'alinéa précédent sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées (...) » ; qu'il est loisible à un pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités techniques, professionnelles et financières des entreprises candidates sans avoir au préalable fixé des niveaux minimaux de capacité ;

Considérant qu' aucune disposition réglementaire ni aucun principe ne fait obstacle à ce qu'un pouvoir adjudicateur se fonde sur l'exécution défectueuse de précédents marchés pour écarter une candidature au regard du critère de capacité technique ; qu' il lui appartient cependant, sous le contrôle du juge, d'établir, d'une part, que le manquement invoqué est imputable à une insuffisance de capacité technique et d'autre part, que d'autres éléments du dossier ne permettent pas au candidat de remplir la condition requise ;

Considérant que la commission d'appel d'offres de Paris Habitat OPH a écarté la candidature de la SOCIETE PERFECT NETTOYAGE « en raison du manque de capacités techniques : marchés précédents non exécutés dans les règles de l'art (marchés 2007/Z5005 et 2007/Z5006 non reconduits) » ; qu'en se fondant exclusivement sur des difficultés survenues à l'occasion de l'exécution de deux précédents marchés, sans d'ailleurs en préciser la nature ni en tirer aucune déduction sur la capacité technique de la SOCIETE PERFECT NETTOYAGE, et en s'abstenant de rechercher si les renseignements et documents prévus par le règlement de consultation permettaient de justifier cette capacité, Paris Habitat – OPH a entaché sa décision d'une erreur de droit et violé les obligations de mise en concurrence ; que si, à l'instance, l'établissement public défendeur soutient que d'autres marchés que ceux mentionnés dans la décision contestée du 7 mai 2009 ont été incorrectement exécutés et n'ont pas été reconduits, il résulte de l'instruction que, d'une part, la société requérante s'est trouvée confrontée, sur les lieux de nettoyage relatifs à certains lots, à un contexte social exceptionnellement difficile qu'elle affirme, sans être démentie, avoir géré le mieux possible, et que, d'autre part, le montant total des pénalités qui lui ont été infligées à la suite des contrôles de qualité effectués sur deux ans a atteint 5 230 euros pour un montant de marchés de 3 888 177 euros, soit 0,13 % du volume d'affaires ; qu'ainsi, Paris Habitat – OPH, qui a d'ailleurs, par marchés négociés, confié à la société PERFECT NETTOYAGE le service relatif à 5 lots durant la période provisoire du 1^{er} janvier au 14 juin 2009, n'établit pas le manque de capacités techniques qu'elle invoque ;

Considérant que, dès lors qu'il est régulièrement saisi, le juge des référés statuant sur le fondement des dispositions de l'article L.551-1 du code de justice administrative dispose – sans toutefois pouvoir faire obstacle à la faculté, pour l'auteur du manquement, de renoncer à passer le contrat – de l'intégralité des pouvoirs qui lui sont ainsi conférés pour mettre fin, s'il en constate l'existence, aux manquements de l'administration à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, d'une part, la SOCIETE PERFECT NETTOYAGE est fondée à demander l'annulation de la décision du 7 mai 2009 par laquelle Paris Habitat – OPH a rejeté sa candidature, et que d'autre part, il y a lieu d'annuler la procédure litigieuse à compter de la réunion de la commission d'appel d'offres qui s'est tenue le 31 mars 2009 ;

Sur les conclusions à fin d'injonction :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 911-1 du code de justice administrative :
« Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution » ;

Considérant qu'il y a lieu de faire droit aux conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à Paris Habitat – OPH, s'il entend conclure les marchés en cause, de saisir à nouveau sa commission d'appel d'offres afin qu'elle réexamine la recevabilité des candidatures présentées, y compris celle de la SOCIETE PERFECT NETTOYAGE ;

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

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de Paris Habitat – OPH la somme de 2 000 euros au titre des dispositions susmentionnées du code de justice administrative ;

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que la SOCIETE PERFECT NETTOYAGE, qui n'est pas la partie perdante, soit condamnée à verser à Paris Habitat – OPH une somme au titre des frais engagés par cet établissement public dans l'instance ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La procédure d'appel d'offres ouvert lancée le 14 février 2009 par Paris Habitat – OPH en vue de la passation d'un marché de nettoyage des parties communes, des espaces verts, des sous-sols et caves et des parcs de stationnement, ainsi que d'enlèvement des ordures ménagères et déchets recyclables et de manutention des encombrants est annulée à compter de la réunion de la commission d'appel d'offres tenue le 31 mars 2009, ainsi que la décision du 7 mai 2009 par laquelle la candidature de la SOCIETE PERFECT NETTOYAGE a été rejetée.

Article 2 : Il est enjoint à Paris Habitat – OPH, s'il entend conclure les marchés en cause, de saisir à nouveau sa commission d'appel d'offres afin qu'elle réexamine la recevabilité des candidatures présentées, y compris celle de la SOCIETE PERFECT NETTOYAGE.

Article 3 : Paris Habitat – OPH versera à la SOCIETE PERFECT NETTOYAGE la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE PERFECT NETTOYAGE et à Paris Habitat OPH.

Fait à Paris, le 2 juin 2009

Le juge des référés,

Le greffier,

S. MILLE

L. LUBINO

La République mande et ordonne au préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris en ce qui le concerne 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.