



**RÉPUBLIQUE
FRANÇAISE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

Légifrance

Le service public de la diffusion du droit



CAA de MARSEILLE, 6ème chambre, 17/06/2024, 23MA01475, Inédit au recueil Lebon

CAA de MARSEILLE - 6ème chambre

Lecture du lundi 17 juin 2024

N° 23MA01475

Inédit au recueil Lebon

Président

M. BADIE

Rapporteur public

M. POINT

Rapporteur

Mme Isabelle RUIZ

Avocat(s)

SELARL HOURCABIE

Texte intégral

RÉPUBLIQUE FRANCAISE AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société par actions simplifiée Texabri a demandé au tribunal administratif de Marseille à titre principal, d'annuler le marché portant sur la construction d'un préau au sein du groupe scolaire Maria-Fabry à La Ciotat conclu avec la société Feba Construction le 29 juillet 2020 ainsi que la décision implicite de rejet de son recours gracieux formé le 25 septembre 2020 et à titre subsidiaire, de prononcer la résiliation de ce marché.

Par un jugement n° 2101059 du 12 avril 2023, le tribunal administratif de Marseille a rejeté sa demande.

Procédure devant la Cour :

Par une requête et un mémoire, enregistrés le 8 juin 2023 et le 7 février 2024, la société Texabri, représentée par Me Hourcabié, demande à la Cour :

1°) d'annuler le jugement du 12 avril 2023 ;

2°) d'annuler le marché conclu par la commune de La Ciotat avec la société Feba Construction le 29 juillet

2020 ainsi que la décision implicite de rejet de son recours gracieux ;

3°) de mettre à la charge de la commune de La Ciotat la somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le jugement est insuffisamment motivé dès lors qu'ayant examiné le moyen tiré du caractère irrégulier de l'offre de l'attributaire uniquement au titre d'une de ses branches tirée du caractère de particulière gravité de cette irrégularité, les premiers juges ont omis d'examiner la seconde branche de ce moyen, tirée de l'existence d'un lien entre ladite irrégularité et son éviction ;
- les premiers juges ont commis des erreurs de droit et de fait ;
- dès lors qu'elle avait mis en exergue que l'offre de la société Feba Construction, fixée à 25 450 euros hors taxes, s'avérait être 65 % moins élevée que la sienne d'un montant de 73 208 euros hors taxes, classée en seconde position, l'existence d'un écart de prix aussi important devait nécessairement et impérativement conduire la commune de La Ciotat à mettre en œuvre une procédure de vérification conformément aux dispositions de l'article R. 2152-3 du code de la commande publique ;
- elle pouvait utilement invoquer l'existence d'une offre anormalement basse de la société Feba Construction par comparaison de sa propre offre à celle de l'attributaire, sans que l'argument tiré de l'existence d'une évaluation préalable du prix du marché ne puisse lui être opposé ;
- il ne ressort nullement des écritures ou des pièces produites par la commune que l'offre proposée par la troisième société, anormalement basse elle-aussi, répondait aux caractéristiques techniques du marché ;
- la commune de La Ciotat a porté atteinte à l'égalité entre les candidats ;
- compte tenu du caractère incomplet de l'offre présentée par la société attributaire, il y a lieu dans un premier temps de se prononcer sur l'existence d'un lien entre son éviction et l'irrégularité de la procédure de passation, puis dans un second temps d'examiner si ce vice peut dans les circonstances de l'espèce conduire au prononcé d'une annulation ou d'une résiliation, ce à quoi n'ont pas procédé les premiers juges ;
- la société Feba Construction a mis en œuvre une tout autre technique que celle imposée par le marché, en effet, d'une part, la toiture livrée n'est pas conforme aux prescriptions du marché et d'autre part, le préau qui a pour vocation d'abriter des enfants ne respecte pas les normes européennes dites Eurocodes.

Par un mémoire en défense, enregistré le 2 novembre 2023, et un mémoire non communiqué enregistré le 7 mars 2024, la commune de La Ciotat, représentée par Me Laridan, conclut au rejet de la requête et demande à la Cour de mettre à la charge de la société Texabri la somme de 5 300 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir qu'aucun des moyens de la requête n'est fondé.

Un courrier du 5 décembre 2023 adressé aux parties en application des dispositions de l'article R. 611-11-1 du code de justice administrative, les a informées de la période à laquelle il était envisagé d'appeler l'affaire à l'audience et a indiqué la date à partir de laquelle l'instruction pourrait être close dans les conditions prévues par le dernier alinéa de l'article R. 613-1 et le dernier alinéa de l'article R. 613-2.

Par ordonnance du 7 mars 2024, la clôture de l'instruction a été fixée à sa date d'émission en application de l'article R. 613-1 du code de justice administrative.

Les parties ont été informées, par courrier du 27 mai 2024, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, de ce que l'arrêt était susceptible d'être fondé sur le moyen tiré de ce que, compte tenu de l'entière exécution du marché avant avril 2023, la demande tendant à sa résiliation avait perdu son objet à la date à laquelle le tribunal administratif a statué, et qu'en conséquence le jugement était, en ce qu'il statuait au fond sur cette demande, irrégulier.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Isabelle Ruiz, rapporteure,
- les conclusions de M. François Point, rapporteur public,
- et les observations de Me Toussaint, pour la société Texabri, et de Me Ratouit, pour la commune de La Ciotat.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à la concurrence publié le 24 janvier 2020, la commune de La Ciotat a lancé une procédure de mise en concurrence pour l'attribution d'un marché selon une procédure adaptée portant sur la construction d'un préau dans le groupe scolaire Maria-Fabry. Par courrier du 3 juin 2020, la commune de La Ciotat a informé la société Texabri du rejet de son offre, classée en seconde position et de l'attribution du marché à la société Feba Construction. La société Texabri a alors saisi le tribunal administratif de Marseille d'une demande tendant à titre principal, à l'annulation de ce marché et à titre subsidiaire, à sa résiliation. Par le jugement du 12 avril 2023, le tribunal administratif a rejeté cette demande. La société Texabri fait appel de ce jugement.

Sur la régularité du jugement :

En ce qui concerne le jugement en tant qu'il a statué sur les conclusions à fin de résiliation du marché en litige :

2. A la date à laquelle le tribunal administratif a statué, le marché public en litige avait été entièrement exécuté. En statuant au fond sur la demande de résiliation, au lieu de constater le non-lieu à statuer sur cette demande, le tribunal administratif a entaché son jugement d'irrégularité. Il y a donc lieu pour la Cour de l'annuler puis, évoquant l'affaire, de constater que cette demande de résiliation est devenue sans objet.

En ce qui concerne le jugement en tant qu'il a statué sur les conclusions à fin d'annulation du marché en litige :

3. En premier lieu, l'article L. 9 du code de justice administrative dispose : " Les jugements sont motivés. ". Aux termes de l'article R. 741-2 du code de justice administrative : " La décision (...) contient le nom des parties, l'analyse des conclusions et mémoires ainsi que les visas des dispositions législatives ou réglementaires dont elle fait application ".

4. La société Texabri soutient que les premiers juges auraient omis de répondre à une seconde branche du moyen tiré du caractère irrégulier de l'offre de l'attributaire, branche relative à l'existence d'un lien entre l'irrégularité de l'offre de la société retenue et son éviction. Or dès lors que les premiers juges ont écarté le moyen tiré de l'importance du vice soulevé et de ses conséquences sur la validité du contrat, ils n'avaient pas à répondre à la question de savoir si ce vice invoqué par la candidate évincée était en rapport direct avec l'intérêt lésé dont elle se prévalait. Par suite, le moyen tiré de l'insuffisante motivation manque en fait et ne peut qu'être écarté.

5. En second lieu, il n'appartient pas au juge d'appel d'apprécier le bien-fondé des motifs par lesquels le juge de première instance s'est prononcé sur les moyens qui lui étaient soumis mais de se prononcer directement sur les moyens dirigés contre l'acte attaqué dont il est saisi dans le cadre de l'effet dévolutif de l'appel. Par suite, la société Texabri ne peut utilement se prévaloir, pour contester la régularité du jugement attaqué, de l'erreur de droit ou de fait que les premiers juges auraient commise.

Sur le bien-fondé du jugement en tant qu'il a statué sur les conclusions à fin d'annulation du marché en litige :

6. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'État dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité. Si le représentant de l'État dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. Le tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction.

7. Saisi par un tiers, dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'État dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

En ce qui concerne l'existence d'une offre anormalement basse :

8. Aux termes de l'article L. 2152-5 du code de la commande publique : " Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché ". Aux termes de l'article L. 2152-6 du même code : " L'acheteur met en œuvre tous moyens lui

permettant de détecter les offres anormalement basses. Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat ". Selon l'article R. 2152-3 de ce même code : " L'acheteur exige que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché qu'il envisage de sous-traiter. Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants : 1° Le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction ; 2° Les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux ; (...). ". Enfin, aux termes de l'article R. 2152-4 de ce code : " L'acheteur rejette l'offre comme anormalement basse (...) Lorsque les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés (...) ". Le fait, pour un pouvoir adjudicateur, de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats dans le cadre de l'attribution d'un marché public. Il résulte des dispositions précitées que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé. Si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre.

9. Il résulte de l'instruction que l'offre retenue par la commune de La Ciotat pour l'attribution du marché portant sur la construction d'un préau dans le groupe scolaire Maria-Fabry s'est élevée à 25 450 euros hors taxes tandis que l'offre de la société Texabri était de 73 208 euros hors taxes. Il résulte par ailleurs de l'instruction que les services techniques de la commune avaient estimé le coût de l'installation à 34 000 euros hors taxes et donc que l'offre de la société attributaire était inférieure, à hauteur de 25 %, à cette estimation, celle de la société appelante lui étant quant à elle plus deux fois supérieure. Contrairement à ce que soutient la société appelante, la seule circonstance que l'offre retenue était près de trois fois inférieure à la sienne n'est pas suffisante pour en déduire que cette offre devait être regardée de ce seul fait comme anormalement basse.

10. La société appelante ne verse aucun élément de nature à établir que le prix de l'offre concurrente serait en lui-même sous-évalué ou compromettrait la bonne exécution du marché. Elle se borne à faire valoir que si le procédé choisi pour la mise en œuvre dans l'offre respectait les prescriptions techniques requises, la société attributaire aurait en réalité mis en place un autre procédé alors qu'une telle allégation n'est pas démontrée.

11. L'instruction ne fait pas davantage ressortir d'éléments de nature à établir que la modicité de l'offre aurait compromis la bonne exécution du marché. En outre, ainsi que le relève la commune en défense, il ressort des références de la société appelante jointes à son offre que le tarif de près de 70 000 euros qu'elle a pu proposer sur d'autres marchés correspond à la fourniture et à l'installation de trois abris ou de deux préaux pour deux collèges tandis que, pour des prestations similaires à celle du présent marché, ses tarifs s'échelonnent entre 7 500 et 37 500 euros. Par ailleurs, la commune verse des éléments de nature à établir que l'offre de l'appelante était surdimensionnée notamment quant à la résistance au vent, puisque le dimensionnement des fondations béton proposé par la société Texabri, de 8 800 Kp, soit une résistance à l'arrachement de 35 200 Kp, était huit fois supérieur au minimum requis de 4 180 Kp. Ainsi, l'offre retenue n'était pas d'un prix manifestement sous-évalué et susceptible ainsi de compromettre la bonne exécution du marché alors qu'est sans incidence sur cette appréciation la question de savoir si la troisième offre qui ne s'élevait qu'à 23 600 euros hors taxes était ou non régulière.

12. Il résulte de ce qui précède que la commune de La Ciotat n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation ni porté atteinte au principe d'égalité dans l'appréciation respective des offres de la société Texabri et de la société attributaire et en retenant l'offre de la société Feba Construction, laquelle ne revêtait pas le caractère d'une offre anormalement basse.

En ce qui concerne l'irrégularité de l'offre retenue :

13. Aux termes de l'article L. 2152-1 du code de la commande publique : " L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées. ". Aux termes de l'article L. 2152-2 du même code : " Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale. ".

14. En premier lieu, il résulte de l'instruction que le certificat ISO 9001 du groupe Sioen, fournisseur de la société Feba Construction, que celle-ci avait produit à l'appui de son offre, était expiré au 8 septembre 2016. Ainsi que l'ont retenu les premiers juges, l'offre de la société attributaire en l'absence de production au moment du dépôt de son offre d'un certificat valide devait être regardée comme irrégulière. Toutefois, compte tenu de la faible importance de ce vice et de ses conséquences, la société ayant au demeurant remis postérieurement un certificat valide jusqu'au 22 septembre 2022 attestant que le fabricant était bien détenteur de ce certificat au moment de la remise des offres, cette irrégularité n'était pas de nature à entraîner l'annulation du contrat.

15. En second lieu, si la société Texabri se prévaut de ce que la société attributaire aurait exécuté le marché en ne respectant ni le cahier des clauses techniques particulières ni son offre, de tels manquements quant aux conditions d'exécution du marché sont sans incidence sur la validité du marché. Au demeurant, il ne résulte pas de l'instruction que ses allégations tenant à la forme de la toiture ou au caractère apparent des fixations soient établies. La commune admet seulement qu'alors que le marché prévoyait que la forme des poteaux devait être arrondie, le titulaire du marché a installé, avec son accord, des poteaux de forme carrée. Ainsi, la société Texabri n'est pas fondée à se prévaloir des éventuelles différences entre les prestations prévues au marché et son exécution pour contester la validité du marché.

16. Il résulte de ce qui précède que la société Texabri n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Marseille a rejeté sa demande d'annulation du marché en litige.

Sur les frais liés au litige :

17. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions de la société Texabri dirigées contre la commune de La Ciotat qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante. Il y a lieu en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Texabri une somme de 1 500 euros à verser à la commune de La Ciotat en application de ces dispositions.

D É C I D E :

Article 1er : Le jugement n° 2101059 du 12 avril 2023 du tribunal administratif de Marseille est annulé en tant qu'il statue sur la demande de résiliation du contrat en litige.

Article 2 : Il n'y a plus lieu de statuer sur cette demande de résiliation.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la société Texabri est rejeté.

Article 4 : La société Texabri versera à la commune de La Ciotat une somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Le présent arrêt sera notifié à la société par actions simplifiée Texabri, à la commune de La Ciotat et à la société par actions simplifiée Feba Construction.

Délibéré après l'audience du 3 juin 2024, où siégeaient :

- M. Alexandre Badie, président de chambre,
- M. Renaud Thielé, président assesseur,
- Mme Isabelle Ruiz, première conseillère.

Rendu public par mise à disposition au greffe, le 17 juin 2024.

2

No 23MA01475

Analyse

▼ **Abstrats**