

TA95
Tribunal Administratif de Cergy-Pontoise
2401687
2024-03-04
CLL AVOCATS
Décision
Excès de pouvoir

Rejet

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire en réplique, enregistrés les 5 et 21 février 2024, la société Organidem, représentée par Me Auger, demande au tribunal, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

- 1°) d'annuler la décision du 26 janvier 2024 par laquelle le département du Val-d'Oise a écarté son offre comme étant anormalement basse avec toutes conséquences de droit ;
- 2°) d'enjoindre au pouvoir adjudicateur, s'il entend poursuivre la procédure, de la reprendre au stade de l'analyse des offres ;
- 3°) de mettre à la charge du département du Val-d'Oise la somme de 4 800 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société soutient que :

- la décision de rejet contestée est insuffisamment motivée dès lors que le motif de l'éviction ne permet pas au concurrent évincé de contester utilement son élimination ;
- son offre de prix ne peut être qualifiée d'offre anormalement basse dès lors que les prix proposés correspondent à une réalité économique qui ne fait nullement obstacle à la bonne exécution du marché.
- que le département du Val-d'Oise a porté atteinte au principe d'égalité entre les candidats, en méconnaissance de l'article L. 3 du code de la commande publique.

Par un mémoire en défense enregistré le 19 février 2024, le département du Val-d'Oise conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Organidem la somme de 4 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Le département fait valoir que :

- la décision de rejet de l'offre est suffisamment motivée dès lors qu'elle indique que l'offre a été jugée anormalement basse et qu'elle a été rejetée pour ce motif
- la société Organidem n'était pas fondée à solliciter le prix global des dix autres candidats ainsi que les lignes de prix qui faisaient obstacle à la bonne exécution du marché, et que des précisions complémentaires sont apportées à la société requérante dans le cadre de son présent mémoire, de sorte que ce manquement, s'il existe, est à présent régularisé ;
- l'offre de prix de la société Organidem est anormalement basse dès lors que la décomposition des prix fournie était incomplète, qu'elle n'était pas de nature à permettre de lever la suspicion en l'absence de toute explication circonstanciée à propos des chiffres particulièrement bas y figurant, et que les prix proposés étaient inférieurs à ceux qu'elle pratiquait dans le cadre de l'ancien marché.

Par un mémoire en défense enregistré le 20 février 2024, la société Fougeray Flamant, représentée par Me Boulfroy, conclut au rejet de la demande d'annulation de la décision du 26 janvier 2024 et à la mise à la charge de la société Organidem la somme de 2000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

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

Les parties ont été régulièrement convoquées à l'audience du 21 février 2024 à 15h30.

Ont été entendus au cours de l'audience publique, tenue en présence de M. Grosperre, greffier d'audience :

- le rapport de M. Dussuet, président ;
- les observations de Me Auger, représentant la société Organidem, qui présente, en application des articles R. 611-30 et R. 412-2-1 du code de justice administrative, un mémoire distinct par lequel la société Organidem, conclut aux mêmes fins que la requête et transmet au tribunal, en lui demandant, dès lors qu'ils sont couverts par le secret des affaires, de soustraire au principe du contradictoire le Détail Quantitatif Estimatif et le Bordereau des Prix Unitaires de la société Organidem ainsi que ceux de la société Project Services et les décompositions détaillées des prix des sociétés Organidem et Project Services.
- les observations de Me Le Cadet, représentant le département du Val-d'Oise, qui maintient ses conclusions ;
- les observations de Me Boulfroy, représentant la société Fougeray Flamant, qui maintient ses conclusions ;

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à la concurrence publié au Bulletin officiel des annonces de marchés publics le 11 août 2023, le département du Val-d'Oise a lancé une procédure de passation en vue de l'attribution d'un marché, sous la forme d'accord-cadre à bons de commande, d'une durée d'un an reconductible tacitement deux fois, ayant pour objet la réalisation de prestations de déménagement pour les besoins de la collectivité. Cette consultation a été lancée sous la forme d'un appel d'offres ouvert, à l'issue duquel le département du Val-d'Oise a informé l'exposante, par courrier du 29 novembre 2023, qu'il suspectait son offre de prix d'être anormalement basse, et lui a demandé de justifier ses prix, notamment ceux indiqués dans le détail quantitatif estimatif (DQE), de confirmer que le contenu des prestations effectuées correspondait aux éléments décrits dans le cahier des clauses techniques particulières (CCTP), et que son offre financière initiale n'était pas de nature à mettre en péril l'exécution du marché. Par lettre du 5 décembre 2023, la société Organidem a adressé une décomposition de ses prix visant à démontrer que son offre avait une réalité économique. Le pouvoir adjudicateur a cependant estimé que la réponse apportée à sa demande ne justifiait pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés, et a déclaré l'offre de la requérante anormalement basse en vertu des dispositions de l'article R. 2152-4 du code de la commande publique, la rejetant par courrier en date du 26 janvier 2024 et attribuant le marché à la société Fougeray Flamant (FFDEM). Par la présente requête, la société Organidem demande au juge des référés, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la décision attaquée, ensemble la procédure de passation en cause au stade de l'analyse des offres.

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

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

3. Il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration. En vertu de cet article, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles qui sont susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient, dès lors, au juge des référés précontractuels de rechercher si l'opérateur économique qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur économique concurrent.

En ce qui concerne les pièces soustraites au débat contradictoire :

4. Aux termes de l'article R. 611-30 du code de justice administrative : " Lorsqu'une partie produit une pièce ou une information dont elle refuse la transmission aux autres parties en invoquant la protection du secret des affaires, la procédure prévue par l'article R. 412-2-1 est applicable ". Aux termes de l'article R. 412-2-1 du même code : " Lorsque la loi prévoit que la juridiction statue sans soumettre certaines pièces ou informations au débat contradictoire ou lorsque le refus de

communication de ces pièces ou informations est l'objet du litige, la partie qui produit de telles pièces ou informations mentionne, dans un mémoire distinct, les motifs fondant le refus de transmission aux autres parties, en joignant, le cas échéant, une version non confidentielle desdites pièces après occultation des éléments soustraits au contradictoire. Le mémoire distinct et, le cas échéant, la version non confidentielle desdites pièces, sont communiqués aux autres parties. / Les pièces ou informations soustraites au contradictoire ne sont pas transmises au moyen des applications informatiques mentionnées aux articles R. 414-1 et R. 414-2 mais sont communiquées au greffe de la juridiction sous une double enveloppe, l'enveloppe intérieure portant le numéro de l'affaire ainsi que la mention : "pièces soustraites au contradictoire-Article R. 412-2-1 du code de justice administrative". / Si la juridiction estime que ces pièces ou informations ne se rattachent pas à la catégorie de celles qui peuvent être soustraites au contradictoire, elle les renvoie à la partie qui les a produites et veille à la destruction de toute copie qui en aurait été faite. Elle peut, si elle estime que ces pièces ou informations sont utiles à la solution du litige, inviter la partie concernée à les verser dans la procédure contradictoire, le cas échéant au moyen des applications informatiques mentionnées aux articles R. 414-1 et R. 414-2. Si la partie ne donne pas suite à cette invitation, la juridiction décide des conséquences à tirer de ce refus et statue sans tenir compte des éléments non soumis au contradictoire. / Lorsque des pièces ou informations mentionnées au premier alinéa sont jointes au dossier papier, celui-ci porte de manière visible une mention signalant la présence de pièces soustraites au contradictoire. Ces pièces sont jointes au dossier sous une enveloppe portant la mention : "pièces soustraites au contradictoire-Article R. 412-2-1 du code de justice administrative". / Lorsqu'un dossier comportant des pièces ou informations soustraites au contradictoire est transmis à une autre juridiction, la présence de telles pièces ou informations est mentionnée de manière visible sur le bordereau de transmission".

5. En l'espèce, les pièces communiquées par la société Organidem dans un mémoire distinct, pour lesquelles elle invoque la protection du secret des affaires, consistent d'une part dans le Détail Quantitatif Estimatif et le Bordereau des Prix Unitaires produits par la société Organidem dans le cadre de son offre ainsi que ceux de la société concurrente Project Services et d'autre part dans les décompositions détaillées des prix des sociétés Organidem et Project Services. Il s'ensuit que la société requérante est fondée à soutenir que la soumission au débat contradictoire de ces documents, qui révèlent la stratégie commerciale des sociétés Organidem et Project Services dans un secteur d'activité dans lequel elles sont en concurrence directe et régulière avec la société Fougeray Flament, porterait atteinte au secret des affaires. Si le juge du référé précontractuel peut néanmoins se fonder sur les éléments contenus dans ces pièces dans la réponse qu'il apporte aux moyens et arguments des parties, la motivation de l'ordonnance sera nécessairement adaptée pour ne pas porter atteinte au secret des affaires.

En ce qui concerne le moyen tiré de l'insuffisance de motivation de la lettre de rejet notifiée à la société Organidem :

6. Aux termes de l'article R. 2181-1 du code de la commande publique : " L'acheteur notifie sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire concerné sa décision de rejeter sa candidature ou son offre. ". Aux termes de l'article R. 2181-3 de ce code : " La notification prévue à l'article R. 2181-1 mentionne les motifs du rejet de la candidature ou de l'offre () ".

7. Si les articles R. 2152-3 à R. 2152-5 du code de la commande publique n'imposent pas qu'une décision de rejet du fait du caractère anormalement bas de l'offre soit obligatoirement motivée, il résulte des dispositions précitées de l'article R. 2182-2 du même code que le candidat évincé qui en fait la demande doit se voir communiquer les motifs du rejet de son offre. Cette possibilité de motivation a, notamment, pour objet de permettre à l'auteur de cette offre de contester utilement le rejet qui lui a été opposé devant le juge du référé précontractuel saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative. Les motifs de cette décision doivent avoir été communiqués au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue en respectant des délais suffisants pour lui permettre de contester utilement son éviction.

8. En l'espèce, après avoir demandé à la société Organidem de justifier le chiffrage de son offre qui pouvait être anormalement basse compte tenu de l'écart constaté avec son estimation et de l'écart important constaté avec la moyenne de l'ensemble des autres offres, le département du Val-d'Oise a, par courrier du 29 novembre 2023, demandé à la société requérante de justifier de son chiffrage en produisant un certain nombre d'éléments. Au vu des renseignements reçus, le département du Val d'Oise a rejeté, par courrier du 26 janvier 2024, l'offre de la société Organidem au motif que celle-ci avait " semblé anormalement basse en vertu de l'article R. 2152-4 du code de la commande publique " dès lors que la réponse apportée à la demande du 29 novembre 2023 ne justifiait pas " le bas niveau du prix ou des coûts proposés ". De plus, dans un mémoire produit le 19 février 2024, dans un délai permettant à la requérante de contester utilement son éviction, le département du Val-

d'Oise a détaillé les motifs de sa décision. Par suite, la motivation de la décision de rejet de l'offre de la société Organidem éclairée par les observations présentées en défense par le département du Val-d'Oise permet à la société requérante de comprendre les motifs de la décision qui lui était opposée. Par suite, la société Organidem n'est pas fondée à soutenir que le département du Val-d'Oise Habitat aurait manqué à ses obligations de transparence et de mise en concurrence en ne motivant pas la décision de rejet de son offre.

En ce qui concerne le moyen tiré du caractère anormalement bas de l'offre de la société Organidem :

9. 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 R. 2152-3 du 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/ 3° L'originalité de l'offre/4° La réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations/ 5° L'obtention éventuelle d'une aide d'Etat par le soumissionnaire ". Enfin, aux termes de l'article R. 2152-4 de ce code : " L'acheteur rejette l'offre comme anormalement basse dans les cas suivants/1° Lorsque les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés/ 2° Lorsqu'il établit que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient en matière de droit de l'environnement, de droit social et de droit du travail aux obligations imposées par le droit français, y compris la ou les conventions collectives applicables, par le droit de l'Union européenne ou par les stipulations des accords ou traités internationaux mentionnées dans un avis qui figure en annexe du présent code ".

10. 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 alors au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre.

11. En l'espèce, l'offre de la société Organidem était inférieure de 20,64 % à l'estimation réalisée par le pouvoir adjudicateur, de 45,77 % inférieure à la moyenne de l'ensemble des autres offres et de 41,30 % à la moyenne des autres offres après exclusion de l'offre la moins disante et de celle la plus élevée. Si la société requérante soutient, sans plus de justifications, que cette baisse s'explique par l'amortissement des véhicules utilisés par le marché, elle n'apporte toujours aucune explication au prix proposé d'une demi-journée de " Chef d'équipe, coordinateur ", inférieur de 51,96 % à la moyenne de toutes les offres et de 51,49 % à la moyenne des autres offres après neutralisation de la plus chère et de la moins chère pas plus qu'au prix d'une demi-journée de " Déménageur, emballer, monter", inférieur de 45,63 % à la moyenne de toutes les offres et de 46,64 % à la moyenne des autres offres après neutralisation de la plus chère et de la moins chère. Les éléments produits par la société requérante en réponse à la demande d'explication, du 29 novembre 2023, du département du Val-d'Oise par plus que les pièces communiquées par mémoire distinct et couvertes par le secret des affaires ne permettent de justifier que les prix proposés n'étaient pas manifestement sous-évalués.

12. Il est par ailleurs constant que le montant total du DQE remis en 2023 par la société requérante était inférieur de 8,75 % à celui remis en 2019 qui lui avait permis d'emporter le marché précédent, pour des quantités identiques, ce malgré l'augmentation générale des prix. Or, il résulte de l'instruction, et notamment d'un courriel adressé par le département à la requérante le 26 août 2022, que la société avait déjà eu des difficultés à affecter des moyens humains et matériels suffisant pour assurer la bonne exécution du précédent marché.

13. Dans ces conditions, la société Organidem n'est pas fondée à soutenir que le département du Val-d'Oise en rejetant son offre comme anormalement basse, dès lors qu'il a estimé que le prix proposé devait être regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, a entaché sa décision d'une erreur manifeste d'appréciation.

En ce qui concerne la violation du principe d'égalité entre les candidats, en méconnaissance de l'article L. 3 du code de la commande publique

14. Les dispositions de l'article L.3 du code de la commande publique prévoient que : " Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. ".

15. Si la société requérante soutient que le département du Val-d'Oise a méconnu le principe d'égalité de traitement entre les candidats, énoncé par les dispositions précitées de l'article L. 3 du code de la commande publique, elle n'apporte dans son argumentation pas plus qu'à l'audience le moindre élément précis de nature à établir la réalité de son allégation alors qu'elle soutient elle-même que l'exécution du précédent marché dont elle était la titulaire n'a donné lieu à aucun conflit avec le département. Il résulte au contraire de l'instruction que le département du Val d'Oise a mis en œuvre la procédure permettant de détecter une offre anormalement basse à l'encontre de cinq autres des quatorze candidats ayant répondu à l'appel d'offres.

16. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que les conclusions de la société Organidem, à fin d'annulation et d'injonction, présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative doivent être rejetées.

Sur les frais du litige :

17. 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. ".

18. Ces dispositions font obstacle à ce qu'il soit mis à la charge du département du Val-d'Oise, qui n'est pas, dans l'instance présente, la partie perdante, la somme que la société Organidem demande au titre des frais de l'instance. En revanche, en application de ces mêmes dispositions, il y a lieu dans les circonstances de l'espèce de mettre à la charge de la société Organidem la somme de 1 500 euros au profit du département du Val d'Oise.

19. Par ailleurs, appelée à produire des observations dans la présente instance, la société attributaire du marché litigieux peut être regardée comme une partie pour l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative dès lors qu'elle aurait qualité pour former tierce opposition. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de condamner la société Organidem à verser à la société Fougeray Flamant une somme de 1 500 € ;

O R D O N N E :

Article 1er : La requête de la société Organidem est rejetée.

Article 2 : La société Organidem est condamnée à verser au département du Val-d'Oise la somme de 1 500 € en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La société Organidem est condamnée à verser à la société Fougeray Flamant la somme de 1 500 € en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Organidem, au département du Val-d'Oise, et à la société Fougeray Flamant.

Fait à Cergy, le 4 mars 2024

Le Président,

signé

J-P. Dussuet

La République mande et ordonne au préfet du Val-d'Oise en ce qui le concerne ou à tous commissaires de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.