

TA93
Tribunal Administratif de Montreuil
2407500
2024-07-11
CABINET GOUTAL, ALIBERT & ASSOCIÉS
Décision
Excès de pouvoir

Satisfaction partielle

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire complémentaire, enregistrés le 3 juin 2024 et le 24 juin 2024, la société Securinform, représentée par Me Lafay, demande au juge des référés :

1°) d'annuler au stade de l'examen des offres la procédure de passation mise en œuvre par FranceAgriMer après lui avoir enjoint si nécessaire de communiquer les éléments utiles de la procédure ;

2°) de condamner FranceAgriMer lui verser la somme de 3 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les dispositions des articles R. 2181-3 et R. 2181-4 du code de la commande publique relatives à l'information due au candidat évincé ont été méconnues ; le courrier du 31 mai 2024 ne fournit aucune explication littérale de nature à justifier les notes attribuées ;
- des sous-critères pondérés qui n'avaient pas été annoncés dans le règlement de la consultation ont été utilisés ; le règlement de la consultation faisait seulement état de trois critères et n'évoquait aucun sous-critère ; l'obtention d'une note décimale au titre du critère " organisation de la prestation " ne peut s'expliquer que par l'utilisation d'une pondération non annoncée ;
- l'acheteur public a attribué le marché à une offre anormalement basse en méconnaissance des dispositions des articles L. 2152-5 et L. 2152-6 du code de la commande publique ; l'offre de l'attributaire devait être suspectée, a minima, d'être anormalement basse dès lors qu'elle est près de deux fois inférieure à son offre ; la procédure de vérification des prix de l'article L. 2152-6 du code de la commande publique aurait dû être mise en œuvre ; la société Docapost BPO enregistre un résultat annuel moyen déficitaire de 8,6 millions d'euros au titre des quatre dernières années ; FranceAgriMer a manqué à ses obligations en ne demandant aucune précision sur une offre paraissant anormalement basse ;
- FranceAgriMer doit produire le rapport d'analyse des offres et tout autre élément de la procédure afin de démontrer la réalité des éléments avancés et il appartient au juge du référé précontractuel de faire usage de ses pouvoirs généraux d'instruction d'inviter le cas échéant la collectivité à produire les éléments indispensables pour qu'il puisse forger sa conviction, y compris lorsqu'est invoqué devant lui le secret commercial et industriel ;
- la méthode de notation a été irrégulièrement modifiée en cours de procédure alors que l'article 9.2 du règlement de la consultation précisait que le prix serait jugé sur la base d'un " coût moyen pondéré des différentes prestations chiffrées " et quatorze prix étaient demandés pour l'unité d'œuvre (UO) 3 et vingt-deux pour l'UO4 ; FranceAgriMer indique toutefois que pour les UO 3 et 4 c'est le prix d'une tranche qui a été pris en compte et non un coût moyen ; cette méthode a eu pour effet de renchérir son offre de 461 331,90 euros ;
- la méthode de notation dite du " chantier masqué " a été irrégulièrement mise en œuvre dès lors qu'il n'est pas établi que cette méthode de notation a été arrêtée avant la remise des offres et qu'en ne retenant qu'une seule ligne de prix pour les UO 3 et 4, le critère " prix " s'en est nécessairement trouvé dénaturé ; un document transmis par erreur par FranceAgriMer a révélé que l'écart de ligne pour la ligne " 500 demandes " de l'UO 3 était de 25 % entre les offres alors que sur la ligne " 5000 demandes " retenue pour évaluer les offres, il était de 82 %, ce qui a concrètement privilégié un aspect particulier du prix.

Par un mémoire en défense, enregistré le 20 juin 2024, l'établissement national des produits de l'agriculture et de la mer (FranceAgriMer), représenté par Me Alibert, demande au juge des référés :

1°) de rejeter la requête de la société Securinform ;

2°) de condamner la société Securinform à lui verser une somme de 3 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- l'analyse des offres n'a pas à être communiquée ;

- ses obligations en matière d'information des candidats évincés ont été respectés notamment par l'envoi du courrier daté du 24 mai 2024 ;

- il n'a pas été mis en œuvre de sous-critères occultes pour l'évaluation des offres ;

- l'offre de l'attributaire ne présente pas un caractère anormalement bas ;

- et que les autres moyens soulevés par la société requérante ne sont pas fondés.

La requête et les mémoires produits par les parties ont été communiqués à la société Docapost BPO qui n'a pas produit d'observations.

Un mémoire en communication de pièces confidentielles présenté pour l'établissement FranceAgriMer a été enregistré le 25 juin 2024 et n'a pas été communiqué.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;

- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a désigné M. Silvy, premier conseiller, pour statuer sur les demandes de référé.

Après avoir, au cours de l'audience publique du 25 juin 2024, tenue en présence de M. El Mamouni, greffier d'audience, présenté son rapport, et entendu :

- les observations de Me Lafay, représentant la société Securinform, qui déclare se désister du moyen relatif au défaut d'information et conclut, pour le surplus aux mêmes fins par les mêmes moyens que ses écritures ;

- les observations de Me Roussel, représentant l'établissement FranceAgriMer, qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens que ses écritures.

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

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à la concurrence publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) et au Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE) le 2 avril 2024, l'établissement national des produits de l'agriculture et de la mer (FranceAgriMer) a lancé une procédure d'appel d'offres tendant à la conclusion d'un accord-cadre mono-attributaire à bons de commande de prestations de service d'assistance aux utilisateurs des téléservices de FranceAgriMer. La société Securinform a déposé une offre recevable qui a été analysée. Toutefois, par une lettre du 24 mai 2024, cette société a été informée du rejet de son offre, ayant obtenu la note globale de 70,9 sur 100 classée en 2ème position. Elle a également été informée du choix de la société Docapost BPO, dont l'offre, ayant obtenu la note globale de 93,5 sur 100 a été considérée comme économiquement la plus avantageuse et donc classée en 1ère position. Par une correspondance électronique du 29 mai 2024, cette société a adressé à l'établissement FranceAgriMer une demande de précisions sur le fondement des articles R. 2181-3 et R. 2181-4 du code de la commande publique qui a donné lieu à une réponse du 31 mai 2024.

2. Par le présent recours, la société Securinform, agissant en sa qualité de candidate évincée, demande au juge des référés du tribunal administratif, statuant sur le fondement de l'article L.551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation en cause au stade de l'examen des offres.

Sur les conclusions présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de la commande publique :

3. 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. () ". Et aux termes de l'article L. 551-2 de ce code : " I. - Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf

s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. () "

4. 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 un pouvoir adjudicateur. En vertu de cet article, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements d'un 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.

5. 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 de ce code : " L'acheteur met en œuvre tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses. / Lorsque 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'État. ". 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. () ". Et aux termes de l'article R. 2152-4 du même 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 ".

6. Le caractère anormalement bas ou non d'une offre ne saurait résulter du seul constat d'un écart de prix important entre cette offre et d'autres offres que les explications fournies par le candidat ne sont pas de nature à justifier et il appartient notamment au juge du référé précontractuel, saisi d'un moyen en ce sens, de rechercher si le prix en cause est en lui-même manifestement sous-évalué et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché.

7. Il résulte de ces dispositions 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 à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre.

8. Pour établir que la personne publique a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en retenant une offre anormalement basse ou en retenant une offre potentiellement anormalement basse sans avoir mis en œuvre la procédure contradictoire prévue à l'article L. 2152-6 du code de la commande publique, c'est-à-dire en ne demandant pas à la société Docapost BPO de justifier le montant de son offre, la société Securinfo soutient que le montant du prix de l'offre de l'attributaire, qu'elle déduit des éléments fournis en défense par FranceAgriMer, était inférieur de 75 % au montant de sa propre offre, que l'attributaire pressenti publie des résultats significativement déficitaires depuis plusieurs années et que l'application du mécanisme de la " double moyenne " aboutit également à mettre en évidence une anomalie de prix.

9. Il résulte de l'instruction que l'analyse des valeurs financières des offres, comptant pour 40 % de la note globale a été réalisée par l'addition des montants totaux, pour les quatre années du marché, des prix théoriques des six unités d'œuvre préalablement déterminées par la personne responsable du marché dans la grille de prix jointe à l'acte d'engagement. L'offre financière de la société Docapost BPO a été, ainsi, évaluée à un montant de 1 675 654,85 euros et celle de Securinfo à 2 932 885,44 euros. La note financière attribuée à un troisième candidat n'a, elle, pas été révélée par FranceAgriMer mais son coût global est nécessairement plus élevé dès lors que c'est l'offre Securinfo qui a été classée deuxième sur ce critère derrière celle de Docapost BPO. L'offre

financière de l'attributaire pressentie était dès lors plus basse de 75 % par rapport à celle de la requérante et d'une valeur au moins inférieure d'un même ordre de grandeur à celle de l'offre présentée par le troisième candidat. Les difficultés d'exploitation de la société Docapost BPO révélées par des éléments publics et qui seraient susceptibles d'entraîner la cessation de paiement de cette entreprise en cours d'exécution du marché ne sont pas utilement contestées en défense. Cette société, appelée dans la cause, n'a, par ailleurs, pas présenté d'observations. La mise en œuvre de la méthode dite de la " double moyenne " proposée par la société Securinform n'est pas plus utilement contesté et constitue un autre indice recevable d'anomalie du prix de la société Docapost BPO. S'il résulte de l'avis de publicité que l'établissement FranceAgriMer avait retenu une valeur maximale de l'accord-cadre de 2 000 000 euros et si la société Securinform fait elle-même valoir dans ses écritures que certains choix de la personne responsable du marché ont pu avoir pour effet de majorer anormalement le prix de son offre, ces seuls éléments ne sont pas de nature à remettre en cause le faisceau d'indices concordant qui devait conduire l'établissement FranceAgriMer à engager la procédure de vérification d'une anomalie de prix prévue à l'article L. 2152-6 du code de commande publique.

10. Il résulte de ce qui vient d'être dit qu'en s'abstenant de mettre en œuvre la procédure de vérification de l'article L. 2152-6 du code de la commande publique, l'établissement public FranceAgriMer a méconnu ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence et que ce manquement est susceptible d'avoir lésé la société requérante, dont l'offre classée deuxième n'était ni irrégulière ni irrecevable, et qui peut, par suite, utilement se prévaloir de ce manquement.

11. Il résulte de ce qui précède, eu égard à la portée et au stade de la procédure auquel se rapporte le manquement ci-dessus caractérisé et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres manquements invoqués, que la société Securinform est fondée à demander l'annulation de la décision d'attribution du marché à la société Docapost BPO ainsi que la reprise de la procédure de passation au stade de l'analyse des offres dans un délai de vingt jours à compter de la notification de la présente ordonnance.

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

12. 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. ".

13. En vertu des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le juge des référés ne peut pas faire bénéficier la partie tenue aux dépens ou la partie perdante du paiement par l'autre partie des frais qu'elle a exposés à l'occasion du litige soumis au juge. Les conclusions présentées par l'établissement public FranceAgriMer ne peuvent, par suite, qu'être rejetées. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu, de mettre à la charge de FranceAgriMer le versement à la société requérante d'une somme sur le fondement de ces dispositions.

ORDONNE :

Article 1er : La décision d'attribution du marché à la société Docapost BPO est annulée.

Article 2 : Il est enjoint à l'établissement FranceAgriMer de reprendre la procédure de passation au stade de l'analyse des offres dans un délai de vingt jours à compter de la notification de la présente ordonnance.

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

Article 4 : Les conclusions de l'établissement FranceAgriMer tendant au bénéfice des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Securinform, à l'établissement national des produits de l'agriculture et de la mer (FranceAgriMer) et à la société Docapost BPO.

Fait à Montreuil, le 11 juillet 2024.

Le juge des référés,

J.-A. SILVY

La République mande et ordonne au préfet de la Seine-Saint-Denis 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.