

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS

CCP

N°1204230 / 7-4

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Société CHÈQUE DÉJEUNER CCR

c/

Département de Paris

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

M. Bernier

Juge des référés

Audience du 21 mars 2012

Ordonnance du 26 mars 2012

39-08-015-01

C

Vu la requête, enregistrée le 12 mars 2012, présentée pour la société CHÈQUE DÉJEUNER CCR, dont le siège est sis 27-29 avenue de Louvresses, ZAC des Louvresses, BP 33, à Gennevilliers (92234) par Me Diebold (FSD Avocats) qui demande au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L.551-1 du code de justice administrative :

- d'annuler la décision en date du 5 mars 2012 par laquelle le directeur de l'action sociale, de l'enfance et de la santé (DASES) du Département de Paris a rejeté l'offre qu'elle avait présentée au titre du marché portant sur "l'assistance à la modernisation des aides à domicile et mise en œuvre de la télégestion et du CESU";

- d'enjoindre au Département de Paris de reprendre la procédure de passation au stade de l'analyse des offres en se conformant à ses obligations de mise en concurrence, et plus particulièrement celles résultant des dispositions de l'article 55 du code des marchés publics ;

-de condamner le Département de Paris à lui verser la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société CHÈQUE DÉJEUNER CCR expose que le Département de Paris a lancé en janvier 2009 une procédure de mise en concurrence tendant à l'attribution d'un marché public à bons de commande ayant pour objet "l'assistance à la modernisation des aides à domicile et mise en œuvre de la télégestion et du CESU" ; que la procédure du dialogue compétitif régie par les articles 36 et 67 du code des marchés publics a été retenue ; que son offre, qui a obtenu 112,28 points a été en définitive écartée, l'attributaire obtenant pour sa part 120,78 points ; que la différence résulte exclusivement de l'application du critère financier, son offre étant qualitativement supérieure à celle de l'attributaire ; qu'elle conteste cette décision ;

La société CHÈQUE DÉJEUNER CCR soutient que l'offre de la société Edenred présentait un caractère anormalement bas ; qu'elle est 24% plus basse que la sienne et 50% plus basse que celle de l'entreprise classée au troisième rang ; que le caractère anormalement bas d'une offre peut être décelé par le seul constat des écarts de prix existant entre les différentes offres ; qu'en l'espèce il est en décalage avec les prix habituellement pratiqués dans le secteur d'activité ; que le Département de Paris était légalement tenu de mettre en œuvre la procédure de vérification prévue par l'article 55 du code des marchés publics ; qu'en s'abstenant de mettre en œuvre cette procédure, le pouvoir adjudicateur a manqué à ses obligations de mise en concurrence ;

Vu le mémoire, enregistré le 19 mars 2012 présenté pour la société Edenred France par Me Letellier (SELARL Symchowicz et Weissberg) qui conclut au rejet de la requête et demande au juge des référés de condamner la société CHÈQUE DÉJEUNER CCR à lui verser la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société Edenred France soutient en premier lieu que l'article 55 du code des marchés publics ne met pas à la charge du pouvoir adjudicateur une obligation de contrôler la pertinence économique d'une offre mais celle de mettre en œuvre une procédure contradictoire avant d'écarter une offre qu'il jugerait anormalement basse ; qu'en toute hypothèse, le Département de Paris a pu apprécier en l'espèce la cohérence entre les offres et leur contenu tout au long de la procédure de dialogue compétitif et l'a jugée "satisfaisante" dans le cas de celle en définitive retenue ; qu'en second lieu, et à supposer que la vérification constitue une obligation, le contrôle du juge se limite à l'erreur manifeste d'appréciation résultant du maintien en lice d'une offre qui, sans aucun doute possible, doit être regardée comme anormalement basse ; que doivent être regardées comme telles des propositions financières de nature à fausser la concurrence et à compromettre la bonne exécution du marché ; qu'en l'espèce, le risque d'inexécution des prestations par la société Edenred, partenaire choisi par 7 des 10 départements ayant mis en œuvre un système de télégestion, est inexistant ; que la jurisprudence, qui ne se fonde pas uniquement sur la comparaison des prix, admet des différences très supérieures à l'écart constaté entre Edenred et la requérante ; que le prix de l'offre en définitive retenue s'explique par une plus grande efficacité opérationnelle, l'expérience acquise et par l'existence d'un pôle de compétence en son sein ;

Vu le mémoire, enregistré le 19 mars 2012, présenté pour le Département de Paris par le maire de Paris qui conclut au rejet de la requête ;

Le Département de Paris, après avoir présenté l'objet du marché et le déroulement de la procédure, soutient que l'article 55 du code des marchés publics, éclairé par la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, ne crée d'autre obligation pour le pouvoir adjudicateur que celle de mettre en œuvre une procédure contradictoire spécifique avant d'éliminer une offre qu'il jugerait anormalement basse ; que l'offre anormalement basse ne saurait être qualifiée de telle au seul regard des écarts de prix, l'objet de la procédure étant d'éliminer une offre intrinsèquement anormale ; qu'en revanche elle s'apprécie au regard des contraintes du cahier des charges par une démarche au cas par cas ; que, dans le cas d'espèce, les écarts entre les offres ont été très marqués tout au long de la procédure du dialogue compétitif et le montant proposé par les candidats n'a que faiblement évolué ; que le caractère atypique de la consultation a conduit le Département à baser son estimation sur une moyenne des propositions des candidats lors de la quatrième étape du dialogue compétitif et à ne pas neutraliser l'offre la plus disante ; que le caractère compétitif de l'offre d'Edenred s'explique par des frais forfaitaires pour la conception et la mise en œuvre initiale inférieurs de 24% au montant de l'estimation ; que l'analyse des prix unitaires est cohérente avec les prestations attendues ; qu'en n'éliminant pas l'offre d'Edenred, le Département de Paris n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation ;

Vu le mémoire, enregistré le 20 mars 2012, présenté par la société CHEQUE DEJEUNER CCR qui conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ;

La société requérante soutient qu'il résulte tant des instructions et circulaires administratives que de la doctrine et de la jurisprudence que le pouvoir adjudicateur, saisi d'une offre financièrement suspecte, doit déclencher la procédure de vérification prévue par l'article 55 du code des marchés publics ; que dans le cas d'espèce, l'amplitude de l'écart entre le prix des différentes offres justifiait que le pouvoir adjudicateur procède à un examen approfondi des composantes ; que la société CHEQUE DEJEUNER justifiant tout autant que la société Edenred d'une expérience au service des départements pour des prestations de même nature, l'écart de prix aurait dû alerter le pouvoir adjudicateur ; que l'offre d'Edenred ne correspondant pas à une réalité économique, la bonne exécution du marché est compromise ; que les incertitudes et les contradictions que comporte l'appréciation du pouvoir adjudicateur sur l'offre d'Edenred, telles qu'elles ressortent de la motivation de la décision du 5 mars 2012, permettent de douter que le prix et le contenu de l'offre soient aussi cohérents que le Département le prétend ; qu'il en ressort au contraire que la société Edenred a optimisé financièrement son offre en diminuant au maximum les moyens affectés à ce marché ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision par laquelle le président du tribunal a désigné M. Bernier, premier conseiller, comme juge des référés ;

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

Après avoir, au cours de l'audience publique du 21 mars 2012 à 12h00, présenté son rapport et entendu :

- Me Diebold pour la société CHEQUE DEJEUNER CCR qui conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ; elle souligne qu'il résulte de l'article 55 du code des marchés publics, interprété par la jurisprudence, que le pouvoir adjudicateur est légalement tenu de demander des explications à l'entreprise qui a présenté une offre anormalement basse quand bien même cette offre ne serait pas en définitive écartée au terme de cette vérification ; que la société requérante ne prétend pas que l'offre d'Edenred aurait nécessairement dû être écartée, mais elle soutient qu'elle aurait nécessairement dû être vérifiée ; que s'il est vrai qu'un écart de prix important n'est pas toujours à lui seul constitutif d'une offre anormalement basse, il constitue néanmoins un indice et, dans le cas d'espèce, cet indice était suffisant ; qu'il ressort des termes mêmes de la motivation de la décision que le Département de Paris était conscient de la médiocrité technique de certaines composantes de l'offre d'Edenred et de la faiblesse des moyens mis en œuvre ; que dans ces conditions, les doutes qu'il entretenait légitimement sur la capacité de l'attributaire à mener le marché à bonne fin auraient dû le conduire à mettre en œuvre la procédure prévue par l'article 55 ;

-M. Spitz, directeur des affaires juridiques de la Ville de Paris, pour le Département de Paris, qui conclut au rejet de la requête ; après avoir souligné les incertitudes doctrinales et jurisprudentielles auxquelles a donné lieu l'interprétation de l'article 55 du code des marchés publics, il souligne que le prix ne suffit à pas à lui seul à faire suspecter l'existence d'une offre anormalement basse dès lors que celle-ci doit également s'apprécier au regard des exigences du cahier des charges ; que la société requérante, en se livrant à une analyse pointilleuse mais partielle de la motivation de la décision du 5 mars 2012, a modifié insidieusement le terrain de son argumentation en contestant l'appréciation du rapport qualité-prix des offres à laquelle s'est livré le Département de Paris, alors qu'il n'appartient pas au juge des référés précontractuels de connaître l'appréciation sur le mérite des offres portée par le pouvoir adjudicateur ; que les analyses nuancées que comporte cette motivation révèlent que le Département, au terme de deux années de dialogue compétitif qui auraient permis de détecter une offre anormalement basse, avait acquis une connaissance précise des composantes des offres de chacun des candidats, et notamment des arbitrages différents s'agissant des moyens affectés aux différentes phases de la procédure qui, à eux seuls, expliquent les différences de prix ; que si Edenred a

choisi de présenter l'offre financièrement la plus attractive possible, les moyens qu'elle entend affecter à ce marché sont compatibles avec les exigences du cahier des charges ; que la bonne exécution du marché n'est donc pas menacée ;

-Me Letellier, pour la société Edenred, qui conclut au rejet de la requête ; il souligne que, s'agissant d'un marché dont la négociation a duré deux ans, chacun des candidats a fait d'emblée des choix stratégiques quant à l'allocation des ressources et au caractère plus ou moins attractif du prix proposé, et que chacun s'y est tenu jusqu'au stade ultime de la procédure ; que les conclusions de la requérante sont en réalité contradictoires ; que dès lors qu'elle n'établit pas, et d'ailleurs ne soutient pas franchement, que l'offre d'Edenred aurait été économiquement irrationnelle et que son prix ne lui permettrait pas de mener à son terme la mission que le Département de Paris lui a confiée, alors même que le pouvoir adjudicateur avait une connaissance précise des composantes des prix proposés, la vérification prévue par l'article 55 du code des marchés publics devient sans objet et surtout sans portée pratique puisque les prix ne peuvent plus être modifiés et qu'il n'y a pas lieu d'éliminer l'offre de l'attributaire ; que la contestation, qui relève davantage du formalisme procédural que d'une critique de fond, reflète le dépit d'un mauvais perdant ; qu'Edenred est leader dans le secteur de la télégestion et que le CESU ne peut être confié qu'à des sociétés dûment habilitées, et cela alors même que la requérante n'a obtenu récemment aucun marché dans le secteur où elle postule ;

La clôture de l'instruction ayant été prononcée à l'issue de l'audience publique, à 12h55 ;

Ayant pris connaissance de la note en délibéré, enregistrée le 21 mars 2012 à 18h, produite par le Département de Paris ; le Département fournit des indications complémentaires sur la méthode de notation des offres et produit des observations sur l'interprétation qu'il convient de donner à l'arrêt du Conseil d'État du 1^{er} mars 2012, Département de la Corse du sud, n°354159 ;

Ayant pris connaissance de la note en délibéré, enregistrée le 22 mars 2012 à 19h53, produite par la société CHEQUE DEJEUNER CCR ; la société requérante observe que son offre est de 2,47% inférieure à la moyenne des prix des différentes offres tandis que celle d'Edenred est inférieure de 21%, ce qui caractérise l'offre anormalement basse ; que s'agissant de l'arrêt du Conseil d'État du 1^{er} mars 2012, il ne tranche pas de manière définitive le débat sur l'existence d'une obligation à la charge du pouvoir adjudicateur de procéder à une vérification lorsqu'il est en présence d'une offre anormalement basse ;

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 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, ou la délégation d'un service public. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat » ;

Considérant que le Département de Paris a lancé le 20 janvier 2009 une consultation destinée à désigner, à l'issue d'une procédure de dialogue compétitif, l'attributaire de marchés fractionnés à bons de commande de services informatiques et connexes ; que ces marchés avaient pour objet l'assistance à la modernisation des aides à domicile et la mise en œuvre de la télégestion et du chèque emploi service universel (CESU) dans le cadre de la politique du Département et du centre d'action sociale de la Ville de Paris tendant au maintien à domicile des personnes âgées et en situation de handicap ; qu'en vertu de l'article 8 du règlement de la consultation, l'offre économiquement la plus avantageuse devait être appréciée en tenant compte de la valeur fonctionnelle (affectée d'un coefficient 5), de la valeur financière (coefficient 4), de la valeur technique (coefficient 3) et des conditions de réalisation (coefficient 3) ; que six candidats se sont manifestés au 2 mars 2009 et que trois d'entre eux ont été admis au dialogue ; qu'au terme de la procédure de dialogue compétitif, l'offre de la société Edenred a été retenue le 17 février 2012 et le choix du pouvoir adjudicateur a été notifié aux concurrents malheureux le 5 mars 2012 ; que la société CHEQUE DEJEUNER CCR, classée en seconde position, conteste ce choix sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; qu'elle fait valoir que l'offre d'Edenred n'ayant été retenue que parce qu'elle était nettement moins chère que la sienne, le Département de Paris ne pouvait attribuer ces marchés avant d'avoir procédé aux vérifications qui s'imposent au pouvoir adjudicateur lorsque l'un des concurrents présente une offre anormalement basse ;

Considérant qu'aux termes de l'article 55 du code des marchés publics : " Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies..." ;

Considérant que, pour soutenir que l'offre de la société Edenred aurait dû être regardée comme paraissant anormalement basse, la société CHEQUE DEJEUNER CCR fait essentiellement valoir que le prix proposé par l'attributaire (3 340 040 euros) était inférieur de 19% à ses propres propositions (4 130 470 euros) ; que cependant la société requérante n'établit ni qu'Edenred ne pourrait pas exécuter les contrats jusqu'à leur terme dans le respect des conditions du cahier des charges et au prix initialement convenu, ni que son offre financière, en ce qu'elle ne correspondrait pas à une réalité économique, révélerait des pratiques de nature à fausser l'égalité entre les entreprises candidates ; que le Département de Paris et la société Edenred font valoir sans être utilement contredits que les différences

importantes entre les prix proposés par les trois entreprises reflètent des structures de coûts différentes ainsi que des stratégies de négociation délibérées qui ont conduit les concurrents à affecter différemment les moyens dont ils disposaient ; qu'il ressort de la décision du 5 mars 2012 que la société CHEQUE DEJEUNER CCR a notamment proposé un investissement humain supérieur à celui de ses concurrents, ce qui lui a valu d'être classée au premier rang pour la valeur technique et les conditions de réalisation mais également d'obtenir une moins bonne note pour la valeur financière, tandis que la société Edenred a préféré proposer au pouvoir adjudicateur le prix le plus attractif possible ; que le Département de Paris qui a conduit la procédure du dialogue compétitif pendant deux ans et qui a en dernier lieu interrogé Edenred le 17 janvier 2012 sur la décomposition de son prix, était donc congrûment informé des composantes de chacune des offres financières qui, du reste, n'ont pas sensiblement évolué au fil des quatre propositions successives et qu'il a ainsi pu se prononcer en connaissance de cause sur l'adéquation entre le prix proposé et le contenu de chaque offre ; que le Département de Paris ayant pu considérer sans entacher son appréciation d'erreur manifeste que l'offre de la société Edenred ne paraissait pas anormalement basse, les dispositions de l'article 55 du code des marchés publics n'ont pas été méconnues ; que la requête de la société CHEQUE DEJEUNER CCR doit dès lors être rejetée ;

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

Considérant, qu'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 » ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que le Département de Paris, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, soit condamnée à verser à la société CHEQUE DEJEUNER CCR la somme qu'elle réclame au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de la société CHEQUE DEJEUNER CCR la somme de 1 500 euros au titre des frais exposés par la société Edenred France et non compris dans les dépens ;

ORDONNE :

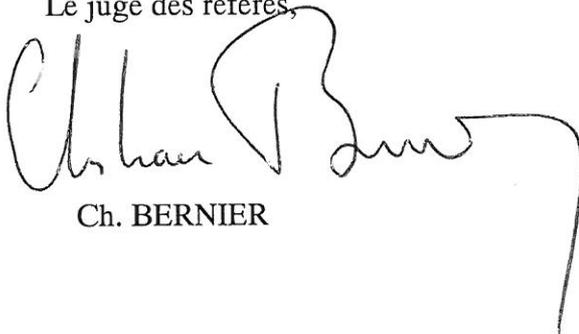
Article 1^{er} : La requête de la société CHEQUE DEJEUNER CCR est rejetée.

Article 2 : La société CHEQUE DEJEUNER CCR versera à la société Edenred France la somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société CHEQUE DEJEUNER CCR, au Département de Paris et à la société Edenred France.

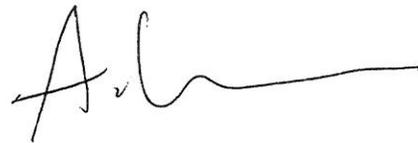
Fait à Paris, le 26 mars 2012.

Le juge des référés,



Ch. BERNIER

Le greffier,



A. LEMIEUX

La République mande et ordonne au préfet de Paris, préfet de région Ile-de-France, 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.