

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE TOULON

N°0901479

GROUPE PIZZORNO ENVIRONNEMENT

M. Duchon-Doris
Juge des référés

Ordonnance du 10 juillet 2009

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Toulon,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 18 juin 2009, présentée pour le GROUPE PIZZORNO ENVIRONNEMENT, dont le siège social est 109 rue Jean Aicard Draguignan (83300), par la SELARL d'avocats Cornet-Vincent-Ségurel représentée par Me Marchand ; le GROUPE PIZZORNO ENVIRONNEMENT demande que le tribunal :

- 1°/ ordonne au département du Var de différer la signature du marché public litigieux jusqu'au terme de la présente procédure ;
- 2°/ annule l'ensemble de la procédure de passation en ce qui concerne le lot n° 1 du marché de « réseau départemental des transports publics. Prestations de service pour la mise en œuvre de services réguliers interurbains » ;
- 3°/ condamner le département du Var à lui verser la somme de 3000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il fait valoir que :

- l'écart brut entre son offre et celle du candidat retenu est, sur le lot n° 1, de 27,6 % ce qui ne peut se justifier tant au regard des prestations demandées aux candidats que des notes attribuées au regard du critère technique ;
- le département aurait dû mettre en œuvre, au vu de l'écart excessif des offres qui n'est pas justifié, la procédure visée à l'article 55 du code des marchés publics ;
- l'offre retenue ne peut être regardée, par son montant, que comme anormalement basse, les prix proposés ne pouvant aboutir qu'à l'exécution d'un marché à perte ;
- les pouvoirs adjudicateurs sont tenus dans l'organisation d'une consultation d'une obligation positive d'information des candidats et à ce titre, de leur communiquer, dans le dossier de consultation et au travers des renseignements complémentaires, les informations nécessaires à l'établissement de leur offre ;
- cette obligation a été méconnue en l'espèce, au travers de l'article 11 du règlement de la consultation qui interdit, quinze jours avant la date limite de réception des offres, aux candidats, de poser des questions pour obtenir des renseignements complémentaires, en violation des dispositions de l'article 57-III du code des marchés publics et de l'article 39 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 ;

- le conseil général a fait usage de cette disposition pour ne pas répondre à certaines questions, qui étaient présentées dans des délais raisonnables, et ne nécessitaient pas de traitement particulièrement long ;
- il serait inéquitable de laisser à la charge de la requérante les frais irrépétibles engendrés par la présente instance ;

Vu l'ordonnance en date du 18 juin 2009 par laquelle le juge des référés du Tribunal administratif de Toulon, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative a enjoint au département du Var de différer la signature du marché public de « réseau départemental des transports publics. Prestations de service pour la mise en œuvre de services réguliers interurbains » jusqu'à la notification qui lui sera faite de la présente ordonnance ;

Vu, enregistré au greffe le 6 juillet 2009, le mémoire en défense présenté pour le département du Var concluant au rejet de la requête et à la condamnation de la société requérante à lui verser la somme de 4000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; le département du Var fait valoir que :

- alors que le juge des référés précontractuels ne peut être saisi que de manquements ayant lésés ou ayant été susceptibles de léser la société requérante, cette dernière ne justifie pas en quoi elle a été lésée ou aurait pu être lésée par l'absence de mise en œuvre de la procédure de l'article 55 du code des marchés publics ;
- la circonstance que la société requérante avait été jugée comme ayant été mieux disante lors d'une précédente procédure ou le simple constat d'un écart important entre deux offres ne suffisent pas à établir cette lésion ;
- la notion d'offre anormalement basse ne saurait être appréhendée d'un point de vue uniquement mathématique
- il ressort de l'analyse des comptes prévisionnels d'exploitation que le prix qui a été proposé par le groupement Brémoud ne comporte aucune anomalie apparente de sorte que le département n'avait pas à la suspecter d'offre anormalement basse ;
- le moyen tiré des dispositions de l'article 11 du règlement de consultation devra être écarté dans la mesure où la société PIZZORNO n'est pas susceptible d'avoir été lésée par le manquement qu'elle invoque ;
- En fixant à 15 jours la date limite au-delà de laquelle les candidats ne pouvaient plus poser de question, le département du Var, dans le respect des délais fixés par l'article 57 III du code des marchés publics et par l'article 39 de la directive 2004/18 n'a méconnu aucune obligation de mise en concurrence ;
- Si le juge des référés devait considérer que le département a méconnu ses obligations de mise en concurrence, il ne pourrait alors qu'annuler le lot critiqué ;

Vu, enregistré au greffe le 7 juillet 2009, le nouveau mémoire présenté pour le GROUPE PIZZORNO ENVIRONNEMENT confirmant ses précédentes écritures par les mêmes moyens et en outre par les moyens que :

- il n'a pas, au regard de la jurisprudence Smirgeomes, à apporter la preuve matérielle démontrant qu'il a été lésé ;
- le fait de ne pas contrôler le caractère anormalement bas d'une offre constitue en soit une irrégularité de la procédure ;
- l'écart substantiel de prix séparant deux offres constitue un indice permettant de sérieusement présumer l'existence d'une offre anormalement basse ;
- en l'espèce, l'offre ne permet pas à l'attributaire de dégager de marge réelle, de sorte qu'elle est incohérente et clairement anticoncurrentielle ;
- il y a eu violation du délai de quatre ans prévu par l'article 77-II du code des marchés

publics sans que le délai de 8 ans retenu ne soit justifié par l'objet du marché ou la durée d'amortissement des investissements requis et alors que cette durée est particulièrement excessive au regard de la durée normale des amortissements des investissements demandés ;

Vu le mémoire enregistré au greffe le 8 juillet 2009 et communiqué à l'audience par lequel le département du Var maintient ses précédentes écritures, par les mêmes moyens et fait en outre valoir que :

- alors que le juge des référés précontractuels ne peut être saisi que de manquements ayant lésés ou ayant été susceptibles de léser la société requérante, cette dernière ne justifie pas en quoi la méconnaissance, à la supposer établie, des dispositions de l'article 77-II du code des marchés publics l'aurait lésée ou aurait pu la léser;
- la durée de 8 ans s'explique par les investissements demandés aux candidats pour assurer l'accessibilité des transports aux handicapés dans le respect de la loi 2005-102 du 11 février 2005 ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 ;

Vu la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu la décision en date du 16 février 2009 par laquelle le président du tribunal a désigné M. Duchon-Doris comme juge des référés ;

Après avoir convoqué à une audience publique les observations de :

- Me Marchand, représentant le GROUPE PIZZORNO ENVIRONNEMENT;
- Me Laridan, représentant le département du Var ;

Après avoir donné lecture de son rapport au cours de l'audience publique du 8 juillet 2009 à 9h30 et y avoir entendu les observations de :

- Me Ramaut substituant Me Marchand, représentant le GROUPE PIZZORNO ENVIRONNEMENT;
- Me Laridan représentant le département du Var ;

Après avoir prononcé, à l'issue de l'audience à 11 Heures, la clôture de l'instruction ;

Sur les conclusions en annulation de la procédure :

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 et des conventions de délégation de service public. ... 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, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.... 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. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours. .. Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'Espace économique européen, a été commise. ... Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés » ;

Considérant qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, 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 susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise 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 lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ;

Considérant que, pour saisir le juge des référés contractuels, sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'une demande d'annulation de l'ensemble de la procédure de passation concernant le lot n° 1 du marché de « réseau départemental des transports publics. Prestations de service pour la mise en œuvre de services réguliers interurbains » menée par le département du Var, le GROUPE PIZZORNO ENVIRONNEMENT soutient que cette procédure est irrégulière, en premier lieu, en ce que l'offre qui a été retenue aurait dû être écartée comme anormalement basse, en deuxième lieu, en ce que, en imposant à l'article 11 du règlement de consultation que les questions posées par les candidats arrivent 15 jours au moins avant la date limite de remise des offres, le département du Var a méconnu les dispositions de l'article 57 III du code des marchés publics et de l'article 39 de la directive 2004/18/CE, enfin en ce qu'en prévoyant une durée de contrat de huit années, le département du Var a méconnu les dispositions de l'article 77-II du code des marchés publics ;

En ce qui concerne le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 55 du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes des dispositions 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. Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, à l'exception des établissements publics de santé et des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, c'est la commission d'appel d'offres qui rejette par décision motivée les offres dont le caractère anormalement bas est établi. / Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants : / 1° Les modes de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, les procédés de construction ; / 2° Les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou pour réaliser les prestations de services ; /

3° L'originalité de l'offre ; / 4° Les dispositions relatives aux conditions de travail en vigueur là où la prestation est réalisée ; / 5° L'obtention éventuelle d'une aide d'Etat par le candidat. / Une offre anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'Etat ne peut être rejetée que si le candidat n'est pas en mesure d'apporter la preuve que cette aide a été légalement accordée. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre pour ce motif en informe la Commission européenne.";

Considérant qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 55 qu'un pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter une offre après avoir relevé que les explications qu'il a demandées et qui lui ont été fournies ne permettent pas d'établir le caractère économiquement viable de cette offre eu égard aux capacités économiques, financières et techniques de l'entreprise concernée, sous peine de méconnaître les règles de la commande publique énoncées à l'article 1^{er} du code des marchés publics ; que s'il n'appartient pas au juge des référés précontractuels de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur des offres par l'administration, il entre en revanche dans son office d'apprécier si la commission d'appel d'offres en omettant de mettre en œuvre la procédure prévue à l'article 55 et de qualifier une offre d'anormalement basse, n'a pas commis, dans les circonstances de l'espèce, une erreur manifeste d'appréciation susceptible, en avantageant une entreprise concurrente, et en faussant les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un marché public, d'avoir lésé ou risqué de léser l'entreprise qui le saisit ;

Considérant, en l'espèce, que le GROUPE PIZZORNO ENVIRONNEMENT fait valoir que l'écart brut entre son offre et celle du candidat retenu est, sur le lot n° 1, de 27,6 % ce qui ne pourrait se justifier tant au regard des prestations demandées aux candidats que des notes attribuées au regard du critère technique, que l'offre ne permet pas à l'entreprise attributaire de dégager de marge réelle et que l'écart entre les offres déposées dans le cadre de l'appel d'offres litigieux n'est pas justifié par comparaison avec le précédent appel d'offres ;

Considérant, toutefois, que la seule circonstance qu'un écart conséquent existe entre l'offre de l'entreprise attributaire et celle de l'un des candidats évincés, de même qu'entre une offre précédemment présentée dans le cadre d'une autre procédure et celle retenue, en l'absence d'autres considérations plus précises sur les caractéristiques du marché et les coûts des prestations demandées, et alors que le département du Var fait valoir sans être contredit que l'analyse de la décomposition du prix avancé par l'entreprise attributaire telle qu'elle ressort de son compte d'exploitation prévisionnel ne révèle aucune anomalie ni ne permet de considérer que l'offre ne comporte pas de marge, n'est pas de nature à démontrer qu'en ne faisant pas application en l'espèce de la procédure prévue par l'article 55 du code des marchés publics, le département du Var aurait méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que, par suite, le moyen doit, en tout état de cause, être écarté ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'illégalité de l'article 11 du règlement de la consultation :

Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 11 du règlement de la consultation : « Pour obtenir tous les renseignements complémentaires qui leur seraient nécessaires au cours de leur étude, les candidats devront faire parvenir au plus tard 15 jours avant la date limite de remise des offres, une demande écrite... Une réponse sera alors adressée au plus tard 6 jours avant la date limite de réception des offres, à toutes les entreprises ayant été destinataires du dossier » ;

Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 57 III du code des marchés publics : « Lorsque les documents de la consultation ne sont pas accessibles par voie électronique, ils sont envoyés aux opérateurs économiques qui les demandent en temps utiles dans les six jours qui suivent leur demande. Les renseignements complémentaires sont envoyés aux opérateurs économiques qui les demandent en temps utile, au plus tard six jours avant la date limite fixée pour la réception des

offres », et qu'aux termes de l'article 39 de la directive 2004/18 CE du 31 mars 2004 : « Les renseignements complémentaires sur le cahier des charges et sur les documents complémentaires sont communiqués par le pouvoir adjudicateur ou les services compétents 6 jours au plus tard avant la date fixée pour la réception des offres pour autant qu'ils aient été demandés en temps utile » ;

Considérant que le GROUPE PIZZORNO ENVIRONNEMENT soutient qu'en interdisant aux candidats, au travers de l'article 11 du règlement de la consultation, quinze jours avant la date limite de réception des offres, de poser des questions pour obtenir des renseignements complémentaires, le département du Var a méconnu les dispositions de l'article 57-III du code des marchés publics et de l'article 39 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 ; qu'il ne résulte toutefois pas de l'instruction que la société requérante, dont l'offre, d'une part, a été jugée conforme, régulière et complète et affectée d'une bonne note au regard du critère de la valeur technique et qui, d'autre part, ne fait état d'aucune question qu'elle aurait posée et qui serait restée sans réponse, ait été lésée ou susceptible de l'avoir été par l'irrégularité qu'elle allègue qui se rapporte à une phrase de la procédure antérieure à la sélection de son offre ; qu'au demeurant et en tout état de cause, les dispositions précitées de l'article 11 du règlement de la consultation, qui se contentent d'organiser la procédure de demande et de communication des renseignements complémentaires sans méconnaître les délais fixés par les dispositions précitées de l'article 57-III du code des marchés publics et de l'article 39 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, ne traduisent aucun manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics ; que, par suite, l'argumentation sur ce point de la société requérante ne peut être qu'écartée ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que les conclusions de la requête tendant à l'annulation l'ensemble de la procédure de passation concernant le lot n° 1 du marché de « réseau départemental des transports publics. Prestations de service pour la mise en œuvre de services réguliers interurbains » menée par le département du Var doivent être rejetées ;

En ce qui concerne le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 77-II du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 77-II du code des marchés publics : « La durée des marchés à bons de commande ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans » ;

Considérant que le GROUPE PIZZORNO ENVIRONNEMENT soutient qu'en prévoyant une durée de contrat de huit ans sans que ni l'objet du marché ni la durée d'amortissement des investissements nécessaires à son exécution ne justifient une telle durée, le département du Var a méconnu les dispositions précitées de l'article 77-II du code des marchés publics ; qu'il ne résulte toutefois pas de l'instruction que la société requérante, dont l'offre, intégrant cette durée de huit ans, a été jugée conforme, régulière et complète et qui se prévaut, dans ses écritures, de ce qu'elle avait été attributaire de la délégation de service public anciennement organisée par le conseil général du Var et dont la durée était déjà de huit ans, ait été lésée ou susceptible de l'avoir été par l'irrégularité qu'elle allègue qui se rapporte à une phrase de la procédure antérieure à la sélection de son offre ; qu'au demeurant et en tout état de cause, en estimant qu'il y avait lieu, dès lors qu'il entendait demander aux entreprises candidates une mise en conformité par étape avec les dispositions de l'article 45-I de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, laquelle prévoit la mise en place définitive du dispositif qu'elle définit dans un délai de dix ans à compter de la date de sa publication, de fixer une durée de 8 ans au contrat en relation avec les investissements échelonnés qu'il imposait, le département du Var ne peut être regardé comme ayant manqué aux obligations de publicité et de

mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics ; que, par suite, l'argumentation sur ce point de la société requérante ne peut être qu'écartée ;

Sur les conclusions aux fins d'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 ces dispositions s'opposent à ce que le département du Var, qui n'est ni la partie perdante ni la partie tenue aux dépens, soit condamné à verser au GROUPE PIZZORNO ENVIRONNEMENT la somme que celui-ci réclame au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, sur le même fondement et dans les circonstances de l'espèce, de condamner le GROUPE PIZZORNO ENVIRONNEMENT à verser au département du Var une somme de 1000 euros au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ;

ORDONNE

Article 1er : La requête du GROUPE PIZZORNO ENVIRONNEMENT est rejetée.

Article 2 : Le GROUPE PIZZORNO ENVIRONNEMENT est condamné à verser au département du Var une somme de 1000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée au GROUPE PIZZORNO ENVIRONNEMENT et au département du Var.

Fait à Toulon, le 10 juillet 2009.

Le vice-président désigné,
Juge des référés,

Signé

Jean-Christophe DUCHON-DORIS

La République mande et ordonne le préfet du Var en ce qui le concerne ou 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.

Pour expédition conforme,

Le greffier en chef,

Le greffier,



V. OUENTIN