

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MONTREUIL**

N°1907713

SOCIETE RMS

M. Pierre Laloye
Juge des référés

Ordonnance du 12 août 2019

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif de Montreuil

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 16 juillet 2019, la société RMS, représentée par Me Lafay, demande au juge des référés statuant en application des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure de passation mise en œuvre par l'Office public de l'habitat (OPH) d'Aubervilliers pour le marché portant sur l'entretien et le nettoyage des immeubles dont il a la gestion ;

2°) d'enjoindre à l'OPH d'Aubervilliers de réintégrer ses offres dans l'analyse ;

3°) d'enjoindre à l'OPH d'Aubervilliers de communiquer le montant de la partie forfaitaire des offres des entreprises concurrentes ;

4°) de mettre à la charge de l'OPH d'Aubervilliers le versement de la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- son offre a été qualifiée à tort d'anormalement basse dès lors que l'OPH d'Aubervilliers n'a pas tenu compte de son prix global ni vérifié si le prix proposé était de nature à compromettre la bonne exécution du marché ;

- en effet, d'une part, le marché en cause est un marché à prix mixtes comprenant à la fois des prestations rémunérées sur la base d'un prix forfaitaire et des prestations rémunérées sur la base d'un prix unitaire ; or, l'OPH d'Aubervilliers a qualifié son offre d'anormalement basse en tenant uniquement compte de la partie à prix unitaire de son offre et non au regard de son offre de prix global qui comporte pourtant, et pour une partie majoritaire, une part forfaitaire ;

- d'autre part, l'OPH d'Aubervilliers s'est exclusivement focalisé sur la comparaison du prix unitaire qu'elle a proposé avec ceux proposés par les autres candidats pour qualifier son offre d'anormalement basse sans vérifier si le prix proposé était de nature à compromettre la bonne exécution du marché ; en outre, par un courrier adressé à l'OPH d'Aubervilliers le 12 juin 2019 en réponse à une demande de justification de ses prix, la société RMS a expliqué le montant de son offre par la mutualisation de ses moyens humains et matériels et par sa parfaite connaissance des lieux et de ce marché, dont elle est l'actuel titulaire, lui permettant de supprimer la marge « pour aléas ». Au demeurant, lors de la précédente procédure de passation en 2016, le titulaire d'un lot avait proposé un prix pour la partie unitaire identique à celui qu'elle a proposé dans le cadre de la présente procédure et cette offre n'avait pas été qualifiée d'anormalement basse ;

Par un mémoire en défense enregistré le 5 août 2019, l'OPH d'Aubervilliers, représenté par Me Dubos, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mis à la charge de la société RMS le versement de la somme de 3 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que :

- il était fondé à rejeter les offres de la société RMS dès lors que celles-ci étaient anormalement basses ; en effet, le code de la commande publique met à la charge du pouvoir adjudicateur une obligation de recherche et de détection des offres anormalement basses et lui impose de rejeter de telles offres ; les offres de la société requérante étaient inférieures de plus de 37% pour le lot n°1 et de 36% pour le lot n°2 à la moyenne des autres offres ; il a identifié 47 prix manifestement sous-évalués, inférieurs au prix de revient sur un total de 140 prix unitaires ; en outre, certains prix présentaient des incohérences manifestes et inexplicables ; par conséquent, la sous-évaluation des prestations était susceptible de compromettre l'exécution du marché ;

- Les explications apportées par la société RMS sur le montant de ses offres lors de la procédure de vérification sont restées générales, dépourvues de précisions chiffrées ni étayées par des éléments factuels ; en outre, la réponse de la société RMS à la demande d'explications est arrivée au-delà du délai imparti ;

- En tout état de cause, s'il était considéré que la procédure était entachée d'irrégularité, son annulation entrainerait des inconvénients bien plus importants que les avantages, au regard de l'intérêt général dès lors que la continuité du service de nettoyage des immeubles serait compromise durant plusieurs mois, temps nécessaire à la passation d'un nouveau marché.

Par un mémoire en réplique enregistré au tribunal le 7 août 2019, la société RMS conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens ;

Elle soutient en outre que :

- l'OPH d'Aubervilliers ne répond pas au manquement qui lui est reproché, à savoir le fait de n'avoir pas apprécié son offre au regard de son prix global mais de n'avoir tenu compte que d'un seul élément du prix, à savoir le prix unitaire qui ne représente que 2% du montant de son offre ; dans la demande de précision qui lui a été adressée par l'OPH en date du 11 juin 2019, celui-ci indiquait en effet : « après analyse de votre offre, nous considérons cette dernière, pour la partie à bons de commande (sur la base du bordereau de prix remis) comme

anormalement basse » ; si l'OPH avait jugé que l'offre dans son ensemble était anormalement basse, il l'aurait indiqué expressément dans cette demande de précision, en visant également la partie forfaitaire de l'offre ; au regard des prix forfaitaires des autres candidats, il est manifeste que son offre ne pouvait être considérée comme anormalement basse ; le prix des prestations forfaitaires qu'elle a proposé dans le cadre de la présente procédure est supérieur au prix pratiqué dans le cadre du présent marché, ce qui n'a pas empêché sa parfaite exécution de 2015 à 2019, dès lors qu'elle dispose de toutes les fiches de contrôle si nécessaire ; l'argument soulevé en défense du changement de périmètre n'a aucune incidence, puisque malgré la nouvelle répartition géographique il y a le même nombre d'immeubles, le même nombre de logements et la masse salariale est quasiment équivalente pour les deux lots ; le prix qu'elle a proposé était, dans son ensemble, cohérent et n'était pas de nature à compromettre la bonne exécution du marché ;

- pour faire face au présent référé contractuel, l'OPH a mis en œuvre un marché à procédure adaptée de 4 mois du 5 août au 5 décembre (maximum), pour pallier l'absence ponctuelle de prestataire et assurer la continuité du service ; or la société RMS s'est vue attribuer le lot n°1 de ce marché ; pour la partie forfaitaire, seule concernée, la société RMS a répondu avec des prix inférieurs aux prix proposés pour la partie forfaitaire de la procédure d'appel d'offres actuellement contestée et l'OPH n'a pas considéré que l'offre était anormalement basse ; l'OPH s'est bel et bien uniquement fondé sur la seule partie unitaire pour juger l'offre de la société RMS comme anormalement basse ;

- l'OPH n'a manifestement pas enclenché de demande de vérification s'agissant de la partie forfaitaire de l'offre, en méconnaissance des dispositions de l'article R.2152-3 du code de la commande publique ;

- en ce qui concerne le caractère tardif et imprécis de la réponse de la société RMS à la demande de précision : l'OPH ne peut pas faire état du caractère tardif de la réponse de la société RMS dans la mesure où il a expressément pris en compte ses observations ; l'OPH ne lui a pas laissé un délai raisonnable pour présenter ces précisions complémentaires ; l'OPH lui a laissé 28h30 comme délai pour répondre, ce qui constitue un délai irréaliste ;

- en ce qui concerne le caractère prétendument imprécis de la réponse, la demande était elle-même imprécise, l'OPH n'a pas demandé à la société RMS de justifier une ligne quelconque du BPU, celui-ci comprenant 154 prix ;

- les dispositions de l'article L. 551-2 du code de justice administrative ne trouvaient pas à s'appliquer, l'objet même du marché ne constituant pas une impérieuse nécessité de service public ; de plus, l'OPH a lancé un marché à procédure adaptée de 4 mois, ce qui laissera le temps de reprendre la procédure après avoir réintégré les offres de la société RMS ; à cet égard, la société RMS ne demande pas l'annulation de l'intégralité de la procédure, mais uniquement une annulation à compter de l'analyse des offres, cette procédure pouvant être achevée à la fin du mois de septembre prochain ;

Vu les pièces produites par l'OPH d'Aubervilliers enregistrées au tribunal le 7 août 2019 ;

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

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

Le président du tribunal a désigné M. Pierre Laloye, vice-président, pour statuer sur les demandes en référé.

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

Au cours de l'audience publique tenue en présence de Mme Elie, greffière d'audience, M. Laloye a lu son rapport et entendu :

- les observations de Me Lafay, pour la société RMS ;
- les observations de Me Dubos pour l'OPH d'Aubervilliers ;
- les observations de Me Brunschwig pour la société ARPEC ;

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

Considérant ce qui suit :

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

1. 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* ». L'article L. 551-2 du même code dispose que : « *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* ».

2. En vertu 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 qui sont susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient au juge administratif, saisi en application de cet article, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration et 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.

3. Par un avis de publicité et de mise en concurrence publié le 8 avril 2019, l'OPH d'Aubervilliers a lancé une procédure d'appel d'offres en vue de la conclusion d'un marché

public de fournitures courantes et de services portant sur l'entretien et le nettoyage des immeubles dont il a la gestion, décomposée en deux lots correspondant chacun à un secteur géographique, chaque lot étant conclu pour une durée d'un an renouvelable trois fois. La date limite de remise des offres était fixée au 17 mai 2019 à 12 heures. La société RMS, actuelle titulaire d'un des lots, s'est portée candidate pour les deux lots. Par un courrier du 8 juillet 2019, le pouvoir adjudicateur a informé la société requérante que son offre avait été rejetée pour les deux lots en raison du caractère anormalement bas de son offre. La société RMS demande au juge des référés d'annuler la procédure de passation relative aux deux lots.

4. 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. 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'Etat. ». Selon l'article R. 2152-3 dudit 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, selon 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 (...) ».

5. Le fait, pour un pouvoir adjudicateur, de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats à 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. Toutefois, l'existence d'un prix paraissant anormalement bas au sein de l'offre d'un candidat, pour l'une seulement des prestations faisant l'objet du marché, n'implique pas, à elle-seule, le rejet de son offre comme anormalement basse, y compris lorsque cette prestation fait l'objet d'un mode de rémunération différent ou d'une sous-pondération spécifique au sein du critère du prix. Le prix anormalement bas d'une offre s'apprécie en effet au regard de son prix global.

6. L'article 7.2 du règlement de la consultation du marché en litige prévoit que l'offre économiquement la plus avantageuse est appréciée en fonction, notamment, d'un critère « prix des prestations » pondéré à 40 points sur 100, critère qui inclut une sous pondération sur 10 points concernant le poste « somme de bordereaux de prix » et de 30 points pour le poste « prestation forfaitaires avec variantes obligatoires incluses ».

7. Il résulte de l'instruction que l'offre déposée par la société RMS s'élevait, pour le lot n°1, aux sommes de 611 044,80 euros HT pour la partie forfaitaire et de 1 296,57 euros HT pour la partie unitaire ainsi que, pour le lot n°2, aux sommes de 598 241,94 euros HT pour la partie forfaitaire et de 1 296,57 euros HT pour la partie unitaire. En présence d'une telle offre, l'OPH d'Aubervilliers a initié une démarche de vérification des éventuelles justifications susceptibles d'être apportées par la société candidate, mais seulement pour la partie à bon de commande de son offre.

8. Par courrier du 12 juin 2019, la société RMS donnait ses éléments de réponse en faisant état du redéploiement global d'une partie des effectifs dans le département de la Seine-Saint-Denis et en particulier à Aubervilliers et de l'alignement des prestations BPU sur les prestations forfaitaires en termes de coût et de rentabilité. Néanmoins, par une lettre du 8 juillet 2019, le pouvoir adjudicateur indiquait à la société RMS que sa proposition n'avait pas été retenue au motif que son offre financière était anormalement basse concernant le montant total de son bordereau de prix unitaires. Si, en procédant ainsi, l'OPH d'Aubervilliers a conclu à l'irrecevabilité de l'ensemble de l'offre de la société RMS en se fondant sur l'existence d'un prix paraissant anormalement bas au sein de l'offre de la société requérante pour seulement l'une des prestations faisant l'objet du marché, il lui appartenait toutefois d'apprécier globalement le caractère anormalement bas de l'offre en effectuant si nécessaire les vérifications imposées par l'article L. 2152-5 du code de la commande publique sur l'ensemble de l'offre, et notamment sur sa partie forfaitaire dès lors que le règlement de consultation lui a attribué une pondération trois fois plus importante que la partie à prix unitaire pour l'évaluation des offres. En outre, il n'est pas contesté que les prestations rémunérées sur la base d'un prix unitaire n'ont représenté qu'environ 2% du montant total des prestations des précédents marchés d'entretien et de nettoyages des immeubles de l'OPH d'Aubervilliers dont la société RMS était titulaire entre juillet 2016 et juillet 2019 et celui-ci ne fait valoir aucun élément susceptible de remettre en cause pour l'avenir cette répartition constante sur les trois dernières années des prestations entre celles rémunérées forfaitairement et celles rémunérées selon un prix unitaire. Dans ces conditions, le caractère anormalement bas de l'offre de la société RMS pour la partie à prix unitaire, ne concerne qu'une infime part de l'offre totale de cette société et n'était pas de nature, dans ces conditions, à rendre anormalement bas l'ensemble de son offre. Par suite, la société RMS est fondée à soutenir que c'est à tort que l'OPH d'Aubervilliers a rejeté son offre en raison de son caractère anormalement bas. Ce manquement aux obligations de mise en concurrence, qui se rapporte à la phase de sélection des offres, est, par suite, susceptible d'avoir lésé la société requérante. Dès lors, et sans qu'il soit besoin de statuer sur l'autre branche du moyen, il y a lieu d'annuler la procédure litigieuse de passation du marché au stade de l'examen des offres.

Sur les conclusions à fin d'injonction :

9. Eu égard au stade auquel est prononcée l'annulation de la procédure, il appartiendra à l'OPH d'Aubervilliers, s'il entend conclure le marché en cause, de reprendre la procédure au stade de l'examen des offres.

Sur les frais de l'instance :

10. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société RMS, qui n'est pas, dans la présente instance la partie perdante, la somme que l'OPH d'Aubervilliers demande au titre des frais exposés et non compris

dans les dépens. Il y a lieu, en revanche, de mettre à la charge de l'OPH d'Aubervilliers le versement d'une somme de 1 500 euros en faveur de la société RMS au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La procédure de passation des lots n°1 et n°2 du marché de prestation de services lancée par l'OPH d'Aubervilliers portant sur l'entretien et le nettoyage des immeubles dont il a la gestion est annulée au stade de l'examen des offres.

Article 2 : Il est enjoint à l'OPH d'Aubervilliers, s'il entend conclure le marché en cause, de reprendre la procédure au stade de la sélection des offres.

Article 3 : L'OPH d'Aubervilliers versera à la société RMS la somme de 1 500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions présentées par l'OPH d'Aubervilliers sur le fondement des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administratives sont rejetées

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la société RMS, à l'OPH d'Aubervilliers et aux sociétés Pulita et Arpec.

Copie de la présente ordonnance sera transmise au préfet de la Seine-Saint-Denis.

Le juge des référés,

signé

P. Laloye

La greffière,

signé

P. Elie

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