

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MARSEILLE**

N° 2110106

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE [REDACTED]
[REDACTED]

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

[REDACTED]
Juge des référés

Le juge des référés

Audience du 10 décembre 2021
Ordonnance du 13 décembre 2021

54-03-05

C

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 19 novembre 2021, un mémoire en réplique enregistré le 8 décembre 2021, à 11 heures 56, et un mémoire en duplique enregistré le 10 décembre 2021 à 0 heures 02, la Sarl [REDACTED] représentée par l'Aarpi [REDACTED] Avocats, agissant par Me [REDACTED], demande au juge des référés du Tribunal, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure d'attribution du marché de travaux de réhabilitation partielle des bâtiments 5, 7 et 8, lot n°1 « gros œuvre » sur le campus [REDACTED], et toutes décisions afférentes, lancée par l'université [REDACTED] ;

2°) d'enjoindre à [REDACTED] de réexaminer l'offre présentée par la société [REDACTED] dans un délai de 15 jours à compter de l'ordonnance à intervenir ;

3°) de condamner [REDACTED] à verser la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'acheteur public a commis une erreur manifeste d'appréciation sur le caractère anormalement bas de l'offre au regard des dispositions de l'article L 2152-2 du code de la commande publique ;

- sur un montant global de 845 952,91 euros TTC, [REDACTED] a validé 3 postes pour un montant de 67 400 euros TTC (comptant pour 7,96% du prix) et estimé comme anormalement bas le coût de 2 postes d'un montant de 45 000 euros TTC (comptant pour 5,31% du prix) ;

- après analyse des justifications apportées, il est manifeste que [REDACTED] n'a retenu le caractère anormalement bas de l'offre présentée par la requérante qu'en considération du seul

coût des postes 3.2 et 3.6.2

- or, un prix faible ne peut être considéré, à lui seul, comme une preuve de l'insuffisance technique ou financière de l'offre présentée par une entreprise ;

- en l'espèce, [REDACTED] ne pouvait donc valablement reconnaître le caractère anormalement bas de l'offre à partir du coût de deux seules prestations, représentant de surcroît 5,31% du prix global de l'offre et dont la viabilité ne saurait ainsi assurément être remise en cause ;

-en réponse au mémoire en défense :

- l'acheteur ne peut faire valoir nouvellement l'écart avec l'offre de l'attributaire, ni avec la moyenne des offres des autres soumissionnaires ;

-au vu des éléments transmis, si [REDACTED] a considéré que les justifications transmises ne permettent pas de justifier le caractère anormalement bas de l'offre, en ce qui concerne les seuls points 3.2 et 3.6.2, elle n'explique pas pour autant en quoi les montants y afférents seraient prétendument sous-évalués et ne garantiraient pas la bonne exécution du marché ;

-elle justifie la pertinence de la décomposition des prix sur les postes contestés cependant que l'acheteur se garde de les confronter à ceux de l'attributaire et des autres soumissionnaires ;

-l'acheteur ne donne aucun élément permettant de vérifier l'existence de prix manifestement sous-évalués et le risque pour la bonne exécution du marché ;

- en outre, les prix de la société [REDACTED] sont calculés en prenant en compte une marge brute de 20% ;

- à la clôture de son dernier exercice, elle a dégagé un résultat net comptable de 378 644 euros ;

- il importe de noter que, entre 2017 et 2020, la société [REDACTED] s'est vu confier par [REDACTED] l'exécution de pas moins 22 marchés pour un montant total de 4 320 965,48 euros HT ;

- en réponse au mémoire « en défense et récapitulatif n°1 » :

- le tribunal constatera que le rejet de l'offre n'est pas motivé par son montant global ;

- [REDACTED] ne conteste plus la viabilité de l'offre de la société [REDACTED] que ce soit au regard du poste 3.2 que 3.6.2, la décomposition de ce dernier poste ayant été présentée le 13 octobre 2021.

Par des mémoires en défense, enregistrés le 29 novembre 2021, à 17 heures 28, et le 9 décembre 2021 à 17 heures 12, [REDACTED] représentée par la Selarl [REDACTED] avocats, agissant par Me [REDACTED], conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 4 000 euros soit mise à la charge de la société requérante en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- à l'issue de la procédure de demande de précisions sur le fondement de l'article L 2152-6 du code de la commande publique, elle a constaté un écart de 30,92% entre l'offre de la société requérante et son estimation, au regard de l'importance des travaux, de la durée et du lieu de réalisation ;

- la réponse apportée par la société n'étant pas satisfaisante, elle a rejeté cette offre comme anormalement basse ;

- au-delà de l'écart substantiel avec le montant estimé, il existe un écart substantiel avec le montant de l'offre de l'attributaire dont elle a été informée du montant dans le courrier de rejet de son offre et par rapport à la moyenne des montants proposés par les autres soumissionnaires que la société [REDACTED] ;

- après détection du caractère anormalement bas de l'offre de la société [REDACTED], [REDACTED] a sollicité cette dernière afin qu'elle justifie le montant de son offre en remplissant un

formulaire de précisions pour suspicion d'offre anormalement basse ainsi qu'un formulaire OUV6 comprenant des questions relatives à l'offre présentée ;

- à l'exception d'une liste fournie sur le matériel, la société requérante n'a présenté aucun élément chiffré ou aucun justificatif permettant à [REDACTED] d'apprécier les raisons pour lesquelles la possession d'un matériel de haute qualité et d'un personnel très expérimenté était de nature à justifier le montant de son offre pour l'attribution du lot n°1 ;

- par ailleurs tout en avançant qu'elle bénéficiait de conditions favorables notamment d'un point de vue géographique, la société retient que celles-ci n'ont aucune incidence chiffrée sur l'offre présentée ;

- enfin, la société [REDACTED] avait l'opportunité de présenter d'autres explications visant à justifier le montant de son offre mais cette dernière a renvoyé aux réponses rédigées dans le formulaire OUV6 sans apporter d'autres éléments aux fins de justifier le montant de l'offre de la requérante ;

- la société requérante n'a pas apporté d'éléments chiffrés précis permettant à l'acheteur d'examiner les raisons du caractère potentiellement anormalement bas du montant global de son offre pour l'attribution de ce lot n°1 ;

- sur la première question du formulaire OUV6, la société [REDACTED] avance que les installations de chantier qu'elle compte utiliser sont amorties et permettent de proposer un prix attractif sans pour autant, hormis le coût de déplacement des bungalows, présenter aucun élément chiffré ou aucun justificatif comptable permettant de corroborer ces affirmations ;

- sur la deuxième question, les justifications sur la connaissance et la proximité des lieux, son expérience ne sont pas convaincantes et la justification financière n'est pas apportée ;

- sur l'appréciation de la justification de l'offre financière de la société, rien n'empêche l'acheteur d'examiner les justifications apportées par le soumissionnaire pour certains prix du marché afin d'apprécier d'un point de vue global si l'offre est anormalement basse ou non ;

- en l'espèce, [REDACTED] a rejeté l'offre de la société [REDACTED] compte-tenu de l'absence de justification satisfaisante, sans retenir exclusivement le caractère anormalement bas de 5,31% du prix global ;

- au demeurant, sur les trois postes validés, l'acheteur a relevé que les justifications apportées ne mentionnaient aucune marge ou aléa ce qui n'est pas nécessairement de nature à rassurer un acheteur public dans le cadre de l'examen du montant d'une offre afin d'apprécier si le soumissionnaire considéré pourra assurer la bonne exécution du marché envisagé ;

- plus globalement, il apparaît bien que les montants des offres remises dans le cadre de cette procédure ainsi que de l'estimation du montant du marché sont significativement plus importants que l'offre de la société [REDACTED], soit 30% quel que soit les modèles de comparaison ;

- enfin, les justifications apportées, contradictoires sur le matériel et le personnel expérimenté dont elle se prévaut, et ne tenant pas compte des dispositions du CCTP, ne peuvent être valablement satisfaisantes pour [REDACTED] afin de garantir la bonne exécution du marché ;

-en réponse au premier mémoire en réplique :

- aussi spécifiques que soient les questions transmises dans le formulaire, elles portaient sur l'ensemble de l'offre et n'empêchait pas la société requérante de présenter toute autre explication permettant de justifier le montant de son offre.

- la pertinence des décompositions au regard du marché en cause ni au regard de l'appréciation globale de l'anormalité du prix, n'est pas démontrée ;

- les pièces produites dans le cadre de la présente instance et pour les besoins de la cause n'ont pas été transmises à l'époque par la société [REDACTED] alors qu'elle a été sollicitée par [REDACTED] pour justifier le montant de son offre ;

- le caractère satisfaisant de la justification ne saurait être retenu par le juge des référés au regard des éléments présentés dans le cadre de l'instance et dont la défenderesse n'avait pas connaissance au moment de son appréciation.

La présidente du Tribunal a désigné [REDACTED], pour statuer sur les demandes de référés.

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

Au cours de l'audience publique tenue le 10 décembre 2021 à 10 heures, en présence de Mme [REDACTED], greffière d'audience, [REDACTED] a lu son rapport et entendu :

- les observations de Me [REDACTED], pour la société [REDACTED] qui a renouvelé, en les développant ou les précisant, les conclusions et les moyens de la requête et des mémoires ;
- les observations de Me [REDACTED] pour [REDACTED] qui a renouvelé, en les développant ou les précisant, les conclusions et les moyens de défense des mémoires.

La société attributaire n'étant ni présente, ni représentée.

L'instruction a été close à 10 heures 40, à l'issue de l'audience.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

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

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à concurrence paru le 28 avril 2021, l'établissement public [REDACTED] a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché public alloti de travaux de réhabilitation partielle des bâtiments 5, 7 et 8 sur le campus [REDACTED] pour un montant estimé de l'ensemble des lots de 5 280 692 euros HT. La société [REDACTED] a soumissionné pour l'attribution du lot n°1 « Gros œuvre », d'un montant estimé par le pouvoir adjudicateur de 1 020 487 euros HT. Après mise en œuvre de la procédure prévue à l'article R 2152-3 du code de la commande publique, [REDACTED] a informé la société [REDACTED] par courrier du 9 novembre 2021 du rejet de son offre comme anormalement basse, en l'absence de justification satisfaisante du bas niveau de prix proposé. La société [REDACTED] demande au juge des référés précontractuels, à titre principal, l'annulation de l'annulation de la procédure de passation de ce marché lot n° 1 et toutes décisions afférentes.

Sur les conclusions au titre des dispositions 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 (...) / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* ».

3. 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. Lorsqu'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.* ». Aux termes de l'article R. 2152-3 du code de la commande publique : *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.* ». 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.* »

4. 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, sans être tenu de lui poser des questions spécifiques. 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. Il résulte également de ces dispositions que 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.

5. Il résulte de l'instruction que l'offre présentée par la société ■■■■ est d'un montant de 845 952,00 euros TTC, alors que l'estimation du maître d'ouvrage est fixée à 1 224 584,40 € TTC, soit un écart de 31% et présente également un écart de 28,6 % par rapport à l'offre de l'attributaire, ainsi qu'un écart de 28% avec la moyenne des offres des autres sociétés soumissionnaires, y compris l'attributaire. Le montant forfaitaire de 845 952 euros TTC proposé par la société requérante se décompose notamment d'un poste 3.2 « installation de chantier » pour un montant de 36 000 euros et d'un poste 3.6.2 « reprise de conduits type cheminée » pour un montant de 9 000 euros. A la suite d'une demande de précisions de l'acheteur public en date du 8 octobre 2021, en application de l'article R.2152-3 du code précité, par transmission d'un formulaire de précisions pour suspicion d'offre anormalement basse ainsi qu'un formulaire OUV6 comprenant des questions relatives à l'offre présentée, par une décision du 9 novembre 2021, ■■■■ a rejeté l'offre de la société requérante comme anormalement basse, en l'absence de réponse satisfaisante du bas niveau de prix proposé, en ce qui concerne les postes 3.2 et 3.6.2.

6. Il résulte de l'instruction que, s'agissant du poste 3.2 « Installations de chantier », ■■■■ a estimé que le prix n'est que partiellement justifié et la réponse insuffisamment détaillée dès lors que le poste ne comprend pas uniquement la fourniture et la mise en place des installations et que du point de vue de la logistique générale sur le bon déroulé du chantier, les durées prévues pour la mise en place des installations ne sont pas adaptées à l'évolution du chantier tout comme les moyens humains mis à disposition, eu égard à l'évolution des cheminements de chantier et les conditions de déroulement des travaux en site occupé et sur bâtiments distincts. S'agissant du poste 3.6.2 « Reprise de conduits type cheminée », ■■■■ a estimé que la justification chiffrée de la société requérante ne prend pas en compte la complexité des prestations demandées, au vu notamment du périmètre de la reprise des conduits, des contraintes d'intervention en site occupé et liées aux bâtiments remarquables, et que les durées prévues pour la main d'œuvre sont, de ce fait, insuffisantes. Il résulte toutefois de l'instruction qu'en réponse à la demande de vérification de ■■■■, la société requérante a expliqué la structure du prix afférent à ces deux postes par notamment l'absence de charges de location et d'amortissement des installations de chantier, le recours à un prestataire externe habituel pour l'acheminement et le rapatriement de ces installations, à rapprocher du coût marginal des mètres de linéaire, et a exposé la décomposition du prix unitaire de vente en ce qui concerne les travaux de reprise de conduits type cheminées. En outre, l'acheteur public n'apporte aucun élément critique circonstancié et comparatif de nature à combattre lesdites justifications exposées au cours de la procédure de vérification, et n'assortit pas de précision suffisante son grief tenant à ce que la société ■■■■ n'aurait pas déterminé ces deux prix en prenant en compte l'ensemble des coûts associés aux prestations objet du contrat. Si ■■■■ entend, pour la première fois devant le juge des référés précontractuels, souligner les contradictions et les insuffisances des explications apportées par la société ■■■■ dans l'annexe 1 du formulaire de précisions pour suspicion d'offre anormalement basse, sans fournir, comme il a été dit, des éléments précis et comparatifs permettant au juge des référés d'en apprécier le bien-fondé, il résulte des termes même de la décision du 9 novembre 2021 en litige que le pouvoir adjudicateur n'a formulé de critique ni sur l'absence d'incidence sur les prix des avantages comparatifs, notamment de proximité du

chantier ou d'expérience de sa main d'œuvre, dont s'est prévalu la société requérante au stade de la procédure de vérification, ni sur les modalités d'élaboration des autres composantes du prix de son offre, de nature à établir que l'équilibre économique globale de l'offre de la société requérante serait susceptible de compromettre la bonne exécution du marché. Aussi, si les référentiels extrinsèques invoqués par [REDACTED] peuvent constituer des indices de nature à justifier une suspicion et à fonder une vérification, ils ne suffisent pas à caractériser une offre anormalement basse de la société requérante, alors que le coût des deux postes litigieux ne représente que 45 000 euros TTC soit 5,31% du prix global de son offre dont le caractère anormalement bas doit s'apprécier au regard de son prix global, et que les postes sur lesquels le pouvoir adjudicateur lui a demandé des compléments d'information étaient limités à 5 postes, ne représentant eux-mêmes que 13,28% du montant global de l'offre. A cet égard, il résulte de l'instruction que dans sa décision rejetant l'offre de la société requérante, [REDACTED] a validé les explications apportées par la société requérante relatives aux trois autres postes litigieux, 3.6.1, 3.6.3 et 3.6.4, faisant l'objet de la demande de précisions OUV6, représentant 7,96% du prix global de l'offre de la société et n'a formulé aucune autre objection sur les autres postes de décomposition du prix de l'offre globale de la société requérante.

7. Dans ces conditions, compte tenu des justifications fournies par la société requérante quant à l'estimation des deux postes 3.2 et 3.6.2 contestés, eu égard au surplus à la part accessoire des composantes du prix sur lesquels ont porté les demandes de précisions du pouvoir adjudicateur, et en l'absence de tout autre élément articulé par [REDACTED] permettant d'estimer que l'offre globale de la société requérante serait en elle-même anormalement basse, ce que le seul examen ponctuel de certaines des composantes de son prix ne peut en tout état de cause suffire à établir, la société [REDACTED] est fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation en écartant son offre pour ce seul motif.

8. Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'une part, d'annuler d'une part la décision du 9 novembre 2021 par laquelle le président d'[REDACTED] a rejeté son offre et d'autre part, d'annuler, à compter du stade de l'examen des offres, la procédure d'attribution du marché de travaux de réhabilitation partielle des bâtiments 5, 7 et 8, lot n°1 « gros œuvre » sur le campus [REDACTED] lancée par [REDACTED], si cette dernière entend conclure un marché ayant le même objet que celui dont il s'agit.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

9. 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* ».

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 [REDACTED], dans la présente instance, qui n'est

pas la partie perdante, une somme au titre des frais exposés par [REDACTED]. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge [REDACTED] une somme de 2 000 euros, au titre des frais exposés par la société [REDACTED] et non compris dans les dépens, en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

ORDONNE

Article 1^{er} : La décision en date du 9 novembre 2021 par laquelle le président [REDACTED] a rejeté comme l'offre de la société [REDACTED] est annulée.

Article 2 : La procédure de passation lancée par [REDACTED] pour l'attribution du marché de travaux de réhabilitation partielle des bâtiments 5, 7 et 8, lot n°1 « gros œuvre » sur le campus [REDACTED] est annulée au stade de l'examen des offres.

Article 3 : Il est enjoint à [REDACTED], si celle-ci entend conclure le marché afférent au lot ci-dessus mentionné, de reprendre la procédure de passation au stade de l'examen des offres.

Article 4 : [REDACTED] versera la somme de 2 000 euros à la société [REDACTED] en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Le surplus des conclusions de la requête de la société [REDACTED] et les conclusions présentées par [REDACTED] au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetés.

Article 6 : La présente ordonnance sera notifiée à la SARL s [REDACTED]
[REDACTED], à [REDACTED] et à la société [REDACTED].

Fait à Marseille, le 13 décembre 2021.

[REDACTED]
[REDACTED]
|
[REDACTED]
|
[REDACTED]

La République mande et ordonne au préfet des Bouches-du-Rhône 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.

Pour expédition conforme,
Pour la greffière en chef,
La greffière,