

TA30
Tribunal Administratif de Nîmes
2303634
2023-10-18
LATHOUD
Décision
Excès de pouvoir
C
Rejet

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 29 septembre 2023 et un mémoire enregistré le 16 octobre 2023, la SARL MOSTAZ, représentée par Me Lathoud demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

- 1) d'annuler la décision par laquelle le département de Vaucluse déclare l'offre de la société MOSTAZ anormalement basse et, comme tel, irrégulière, dans le cadre de la procédure de consultation intitulée " Assistance à maîtrise d'ouvrage pour le pilotage, la planification, l'ingénierie, la mise en œuvre et le suivi des déménagements des services patrimoniaux du département de Vaucluse " ensemble, la procédure de passation afférente ;
- 2) d'enjoindre au département de Vaucluse, dans le cas où il entendrait poursuivre la procédure, de la reprendre au stade de l'analyse des offres ;
- 3) de mettre à la charge du département de Vaucluse le versement d'une somme de 4 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

La société soutient que :

- sa requête est recevable et entre dans l'office du juge des référés ;
- son offre a été jugée à tort anormalement basse alors même qu'elle présente une différence important avec l'estimation du pouvoir adjudicateur ;
- le montant de son offre correspond à ses tarifs habituels pour des marchés de ce type ;
- son siège social étant dans le Vaucluse, elle bénéficie :
 - o de la grande proximité géographique avec les lieux concernés ;
 - o du souhait de l'entreprise de disposer d'une référence locale prestigieuse ;
 - o de son catalogue de prix ;
 - o de sa productivité et de sa structure de coûts ;
 - o de son expérience des problématiques concernées ;
 - o de sa connaissance du contexte et des activités du département ;
- s'agissant des prix 1, 2 et 3, ceux-ci étant de nature forfaitaire, le fait de communiquer, pour chacune des missions, non seulement le nombre de jour total mission par mission mais également par intervenant était de nature à révéler des informations relevant du secret industriel de la société ; le département de Vaucluse a commis une erreur manifeste d'appréciation en demandant la communication du détail du temps passé par les intervenants du marché ;
- le fait de considérer qu'elle a inexactement répondu à la demande du département révèle une méconnaissance de la portée d'un prix forfaitaire tel que défini par le règlement de la consultation et le CCAP ;
- pour les prix 4 et 5, correspondant à des coûts d'intervention à la demi-journée, ils étaient calculés sur la base des coûts salariaux de l'entreprise, augmenté d'une marge et d'un forfait de 50 € de frais de déplacement ;
- par courrier du 20 septembre 2023 transmis sur la plateforme, le département de Vaucluse a informé la société MOSTAZ du rejet de son offre au motif que, faute d'avoir indiqué le nombre de jour global d'intervention pour les missions 1), 2) et 3), les explications obtenues ne lui avaient pas permis d'établir le caractère économiquement viable de son offre. Le courrier de rejet n'indiquant ni l'attributaire du marché, ni le délai de stand-still ;

- par retour du 21 septembre 2023, la société MOSTAZ a réclamé ces informations par courrier du 21 septembre 2023 auquel le département de Vaucluse n'a pas répondu ;
- en écartant ainsi l'offre de la société MOSTAZ sans autre motif que le caractère moins disant de son offre, le département de Vaucluse a commis une erreur manifeste d'appréciation.

Par des mémoires enregistrés les 14 et 17 octobre 2023, le département de Vaucluse, représenté par Me Linditch conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 4 000 euros soit mise à la charge de la société au titre des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que :

- il a respecté la procédure d'identification et de vérification des offres anormalement basses ;
- l'offre de la société est inférieure de 49,25% du montant moyen des offres présentées ;
- en réponse au courrier du 29 juin 2023 demandant à la société des précisions et des justifications du montant de son offre, la société a donné des précisions étrangères à la question posée et insuffisantes pour les prix n°4 et n°5 et s'est refusée de répondre concernant les prix n°1,2 et 3 ;
- la fixation d'un prix forfaitaire ne fait pas obstacle à la demande de décomposition du prix, laquelle était au demeurant prévue à l'article 10.2 du règlement de consultation.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

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

Le président du tribunal a désigné Mme Boyer, vice-présidente, en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

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

Au cours de l'audience publique le 17 octobre 2023 à 10 heures, Mme Boyer a lu son rapport et entendu les observations de :

- Me Lathoud pour la SARL Mostaz qui reprend la teneur de ses écritures et rappelle que la seule question posée dans cette affaire est relative au caractère anormalement bas du prix, que ce l'écart des prix des différentes offres n'est pas déterminant, que le marché porte sur une prestation intellectuelle pour laquelle les prix sont libres, que les réponses données par la société notamment au regard de sa proximité géographique et de l'intérêt que présente ce marché en raison de l'implantation de son siège social dans le département suffisent à expliquer son prix, que le département ne peut lui demander de produire son sous-détail journalier qui n'est ni communicable, ni demandé par le règlement de consultation au stade des offres et qui ne peut être demandé de façon discrétionnaire après la remise des offres.

- Me Linditch pour le département de Vaucluse qui reprend la teneur de ses écritures et précise que le département a mis en œuvre la procédure de détection des offres anormalement basses ainsi que l'y invitait l'offre de la requérante et qu'en l'absence de réponse à sa demande de justification, l'offre devait être écartée, que le courrier de demande de justification ne portait pas seulement sur le temps passé mais sur toute information permettant à la société de justifier de son prix, que pour la détection d'un prix anormalement bas susceptible d'engager la procédure de vérification à laquelle la personne publique est tenue en application des règles de la commande publique, le prix est le seul élément à sa disposition.

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 le 5 mai 2023, le département de Vaucluse a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert pour la conclusion d'un marché ayant pour objet l'"assistance à maîtrise d'ouvrage pour le pilotage, la planification, l'ingénierie, la mise en œuvre et le suivi des déménagements des services patrimoniaux du département de Vaucluse ". L'offre de la SARL Mostaz a été considérée comme anormalement basse et par courrier du 20 septembre 2023, le département de Vaucluse a informé la société Mostaz du rejet de son offre au motif que, faute d'avoir indiqué le nombre de jour global d'intervention pour les missions 1, 2 et 3, les explications obtenues ne lui avaient pas permis d'établir le caractère économiquement viable de son offre. Par la présente requête, la SARL Mostaz doit être regardée comme demandant l'annulation de la procédure de passation du marché et sa reprise au stade de l'analyse des offres.

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, 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. "

Sur la demande d'information :

3. Aux termes de l'article R. 2181-3 du même code prévoit : " La notification prévue à l'article R. 2181-1 mentionne les motifs du rejet de la candidature ou de l'offre ".

4. L'exigence de motivation de la décision rejetant une offre comme anormalement basse, posée par l'article R. 2181-3 cité ci-dessus, a, notamment, pour objet de permettre à l'auteur de cette offre de contester utilement le rejet qui lui a été opposé devant le juge du référé précontractuel. Par suite, l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence.

5. Il résulte de l'instruction que par la lettre du 20 septembre 2023, le département de Vaucluse a informé la SARL Mostaz du rejet de son offre en lui indiquant le motif du rejet à savoir la présentation d'une offre anormalement basse et l'analyse retenue à partir de la réponse de la société à la demande de précisions du montant de son offre à savoir que l'absence de communication du nombre de jours global des missions pour les prix n°1, n°2 et n°3 ne permettait pas de vérifier le caractère économique de l'offre au regard des capacités économiques, techniques et financières de l'entreprise ni de démontrer que le marché serait exécuté dans les conditions prévues. En énonçant ainsi le motif de rejet de l'offre, le département de Vaucluse a satisfait à son obligation de motivation, laquelle ne lui imposait pas d'indiquer le nom de l'attributaire du marché ni le délai de stand still.

Sur l'offre anormalement basse :

6. En premier lieu, 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. ". L'article R. 2152-3 du même code dispose : " 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 ". En vertu de l'article R. 2152-4 du même code, l'acheteur rejette l'offre comme anormalement basse lorsque les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le niveau de prix pratiqué.

7. Il résulte de ces dispositions du code de la commande publique 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. 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.

8. D'une part, il résulte de l'instruction que, lors de l'examen des prix renseignés par la société requérante sur le DQE, le département de Vaucluse a constaté que le montant total mentionné sur ce document était particulièrement bas au regard des autres offres qui lui avaient été soumises. L'offre de la SARL Mostaz correspondait ainsi à 49 % seulement de la valeur moyenne des autres offres et s'avérait bien inférieures à chacune des autres offres. Si ces comparaisons ne pouvaient suffire, à elles-seules, à écarter l'offre de la société requérante, elles pouvaient en revanche être valablement utilisées pour détecter une offre qui semblait anormalement basse, conformément aux

dispositions précitées. La requérante ne peut utilement se prévaloir ni de ce que le marché concerne une prestation intellectuelle, ni de la liberté des prix, dès lors que, ainsi qu'il a été dit précédemment, l'acheteur est tenu de rejeter les offres dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre l'exécution du marché.

9. D'autre part, la société requérante a répondu à la demande de justifications du 29 juin 2023 par un courrier du 4 juillet 2023 indiquant en premier lieu, en termes généraux, que son prix correspond aux prix qu'elle pratique habituellement, qu'elle bénéficie d'une proximité géographique, que son siège social se situant dans le département elle souhaite disposer d'une référence locale prestigieuse, qu'elle dispose d'une grande expérience dans le domaine de l'assistance à la maîtrise d'ouvrage de déménagement et qu'elle a la volonté de réaliser les prestations conformément aux prescriptions des documents de la consultation. Ces considérations présentées en termes généraux ne permettaient pas de procéder à l'examen du prix proposé au regard de la bonne exécution du marché. En deuxième lieu la société indique dans le courrier susvisé, que s'agissant des prix n°1, n°2 et n°3, elle ne peut légalement communiquer au département le nombre de jours global d'intervention pour chaque mission en raison du caractère forfaitaire du prix des missions et de l'atteinte au secret des affaires qui en découlerait si de tels éléments étaient communiqués. Toutefois, la circonstance que les prix soient déterminés de manière forfaitaire n'exonère pas la société de l'obligation d'apporter des justifications précises sur le niveau des prix pratiqués. En outre, la société qui était tenue en application des dispositions de l'article R. 2152-4 de justifier ses prix ne pouvait opposer à l'acheteur le secret des affaires dont il revient à ce dernier en application des dispositions de l'article L.2132-1 de la commande publique de veiller à son respect en s'abstenant de communiquer les éléments en sa possession aux autres soumissionnaires dans l'hypothèse où une telle communication porterait effectivement atteinte au secret des affaires de la SARL Mostaz. Enfin s'agissant des prix n°4 et n°5, en se bornant à communiquer les coûts horaires des techniciens, des chefs de projet assistants et du chef de projet principal affectés à la mission, la SARL Mostaz n'a pas apporté les éléments nécessaires à la justification de la formation des prix proposés. Par suite, en l'absence de réponse appropriée et circonstanciée à la demande de justifications, le département de Vaucluse a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, écarter l'offre de la SARL Mostaz comme étant anormalement basse et de nature à compromettre la bonne exécution du marché.

10. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions tendant à l'annulation de la procédure de passation du marché litigieux et à ce qu'elle soit reprise à partir de l'analyse des offres doivent être rejetées.

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

11. Ces dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge du département de Vaucluse au titre des frais d'instance. En revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la SARL Mostaz la somme de 1 000 euros au profit du département de Vaucluse au titre des frais d'instance.

ORDONNE :

Article 1er : La requête de la SARL Mostaz est rejetée.

Article 2 : La SARL Mostaz versera au département du Vaucluse une somme de 1 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SARL Mostaz et au département de Vaucluse.

Fait à Nîmes, le 18 octobre 2023.

La juge des référés

C. BOYER

La République mande et ordonne à la préfète de Vaucluse en ce qui la concerne, et 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 ordonnance.

Pour expédition conforme,

La greffière,