

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N°2016976/3-5

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIÉTÉ ETEL

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Dubois
Juge des référés

Le juge des référés

Audience du 4 novembre 2020
Lecture du 13 novembre 2020

39-08-015-01
39-02-005
54-07-03
C

Vu la procédure suivante :

Par une requête et deux mémoire enregistrés les 15 et 22 octobre et 3 novembre 2020, la société ETEL, représentée par Me Oliveira, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure de passation n° 2020_TvxDent3 lancée par le préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, pour les travaux d'entretien et de réparation des bâtiments au profit des services et des établissements publics adhérents dans la région Ile-de-France en ce qui concerne les lots n° 1 et 11 (Électricité, courant forts et courants faibles) ;

2°) d'enjoindre le cas échéant au préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres en intégrant ses offres ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 2 500 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société ETEL soutient que :

- la procédure est entachée d'irrégularité dès lors que les décisions de rejet de ses offres ne sont pas suffisamment motivées en ce qui concerne le caractère anormalement bas de ses offres, en méconnaissance de l'article L. 551-18 du code de la commande publique, ce qui fait obstacle à ce qu'elle puisse contester utilement ce rejet ;

- la décision estimant que son offre est anormalement basse est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation dès lors que les offres de prix sont identiques à celles faites dans le cadre du marché précédent conclu pour le même objet et pour lequel elle ne rencontre aucune difficulté d'exécution ; en outre les prix proposés sont cohérents avec ceux qu'elle propose dans le cadre d'autres consultations pour des prestations similaires ; sa situation financière est par ailleurs saine et lui permet d'exécuter le marché sans difficultés ;

- la procédure est irrégulière dès lors que le pouvoir adjudicateur a changé en cours de consultation la méthode d'analyse des offres, reconnaissant lui-même avoir utilisé pour les lots n° 1 et 11 une « méthode alternative » ;

- la mise en œuvre de la méthode de détection des offres anormalement basses est entachée d'une erreur de calcul dès lors que son offre pour le lot 1 est inférieure de 6,55 % et non de 11 % à la moyenne écrêtée et que l'offre pour le lot 11 est inférieure de 7,77 % et non de 10 % à cette moyenne.

Par mémoire enregistré le 28 octobre 2020, le préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris conclut au rejet de la requête.

Il soutient que :

- la société ETEL a été informée des motifs de rejet de ses offres par une décision suffisamment motivée du 5 octobre notifiée le 6 octobre suivant ; à supposer insuffisante la motivation de ce premier courrier, un second courrier davantage motivé lui a été adressé le 27 octobre 2020 ;

- la méthode de détection de l'offre anormalement basse utilisée n'est pas celle utilisée pour la notation des offres ; l'offre a été jugée anormalement basse après utilisation d'une formule de détection consistant à calculer la moyenne des prix proposés puis une seconde moyenne expurgée des offres se situant 20 % au-dessous de cette moyenne ; il a ensuite été constaté que les offres de la société requérante étaient, pour le lot n° 1, 11 % et, pour le lot n° 11, 8 % moins élevées que cette moyenne écrêtée ;

- le caractère anormalement bas des offres ressort de ce que pour une majorité de lignes de prix du BPU, la marge nette prévue nulle ou négative sur une base de frais généraux déclarée et vérifiée de 20 % ce qui ne permet pas une exécution correcte du marché ; les temps de main d'œuvre alloués au marché sont très couramment inférieurs de moitié au temps indiqué dans le référentiel du secteur du BTP (Bâtiprix) ; en outre, le prix de certaines lignes ne couvrent pas le coût d'achat du matériel seul, cette sous-évaluation de ces lignes venant fragiliser la structure de coûts déjà affaiblie par une marge nette négative sur un grand nombre de références ;

- une annulation de la procédure aurait des conséquences excessives qui l'emporteraient sur les avantages de l'annulation.

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. Dubois 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 du 4 novembre 2020, tenue en présence de Mme Gigoï, greffier d'audience, M. Dubois a lu son rapport et entendu :

- les observations de Me Oliveira, représentant la société ETEL qui reprend et précise ses écritures,

- les observations de MM. Mariteau, Dumas, David-Scannavino et Colin, représentant le préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, qui reprennent et développent leurs écritures,

- et les observations de Me Panfili, représentant la société Altelec qui s'associe aux observations présentées en défense.

La clôture de l'instruction a été fixée au 6 novembre à 18h.

Le préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, a déposé de nouveaux éléments par courrier électronique du 6 novembre à 17h34 puis un nouveau mémoire à 18h56 et des pièces complémentaires à 20h11.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à la concurrence publié au bulletin municipal officiel d'annonces des marchés publics le 9 mars 2020, modifié par un avis rectificatif du 7 avril 2020, le préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, agissant en qualité de mandataire d'un groupement de commandes regroupant seize administrations en vertu d'une convention constitutive de groupement conclue le 15 mai 2019, a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la conclusion d'un accord-cadre ayant pour objet la couverture des besoins en travaux courants des bâtiments des services et des établissements publics adhérents. Les lots 1 à 10 de la consultation, correspondant à dix activités techniques distinctes prennent la forme d'accords-cadres multi-attributaires à bons de commande. Les lots 11 à 20, qui reprennent le découpage par corps d'état, prennent la forme d'accords-cadres multi-attributaires à « marchés subséquents à quantités fixes ». L'accord cadre ainsi initié, sans montant minimum ni maximum, est prévu pour une durée de vingt-quatre mois et est reconductible deux fois pour une durée d'un an. La date limite de remise des offres a été fixée au 30 avril 2020. La société ETEL a déposé une offre pour le lot n° 1 et une offre pour le lot n° 11 qui concernent tous deux le corps d'état « Électricité, courant forts et courants faibles ». Suspectant ces offres de présenter un caractère anormalement bas, le préfet de la région Ile-de-France lui a adressé le 24 juillet 2020 une demande de précision et de compléments. Par deux décisions du 5 octobre 2020, le préfet de la région Ile-de-France a rejeté ces deux offres, motif pris de leur caractère anormalement bas. La société ETEL demande au juge du référé précontractuel d'annuler ces décisions.

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. / Il peut également être saisi en cas de manquement aux mêmes obligations auxquelles sont soumises, en application de l'article L. 521-20 du code de l'énergie, la sélection de l'actionnaire opérateur d'une société d'économie mixte hydroélectrique et la désignation de l'attributaire de la concession. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* ». Aux termes de l'article L. 551-2 du même code : « *I. 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 (...)* ».

Sur le caractère anormalement bas des offres de prix de la société ETEL :

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 ». L'article L. 2152-6 du même code dispose : « 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 : « 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 soustraire. / 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 ». L'article R. 2152-4 prévoit : « 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. 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. Dans une telle hypothèse, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de rechercher si les précisions apportées par la société soumissionnaire aux demandes formulées par le pouvoir adjudicateur étaient suffisantes pour démontrer la viabilité économique de son offre et écarter les doutes quant au caractère anormalement bas de ses prix mais seulement de vérifier si, en retenant cette offre, le pouvoir adjudicateur a entaché sa décision d'une erreur manifeste dans l'appréciation qu'il devait porter sur ce point à partir, notamment, des explications données par la société candidate.

5. En l'espèce, pour l'analyse des offres des lots n° 1 et 11 de la consultation, pour lesquels il a été constaté des écarts de prix importants avec un écart-type d'environ 30 %, le préfet de la région IDF, préfet de Paris a appliqué une formule consistant à calculer la moyenne des offres remises, puis à extraire de cette moyenne les offres de prix lui étant inférieures de 20 %. Les offres de prix inférieures d'environ 10 % à cette nouvelle moyenne écrêtée ont ensuite été présumées anormalement basses et devant être justifiées par les soumissionnaires. Contrairement à ce que soutient la société requérante, cette formule de détection des offres anormalement basses pouvait légalement être préférée à celle utilisée pour les autres lots, consistant à comparer les offres à une moyenne écrêtée des offres supérieures de 20 % à la

moyenne des prix, considérées comme « anormalement hautes », dès lors qu'elle ne constitue pas une méthode d'évaluation et de notation des offres, qu'elle ne conduit pas mécaniquement à l'exclusion des offres suspectées d'être anormalement basses mais seulement au déclenchement de la procédure de justifications des prix prévue à l'article R. 2152-3 du code de la commande publique, qu'elle est justifiée objectivement par la polarisation des offres de prix remises pour ces lots et qu'elle a été appliquée sans discrimination à l'ensemble des soumissionnaires aux mêmes lots.

6. En revanche, il résulte de l'instruction que le préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, pour suspecter les offres remises par la société ETEL d'être anormalement basses, a relevé qu'elles étaient pour les lots n° 1 et 11 inférieures respectivement de 11 % et de 8 % à cette moyenne écrêtée. Il ressort toutefois du courrier explicatif des motifs de rejet des offres du 27 octobre versé aux débats le 28 que les offres pour ces lots s'élevaient toutes deux à 187 686 euros, la moyenne écrêtée étant de 200 836 euros pour le lot n° 1 et de 203 506 euros pour le lot n° 11. Les deux offres de la société ETEL sont donc inférieures, respectivement de 6,6 % pour le lot n° 1 et de 7,7 % pour le lot n° 11 à la moyenne des offres écrêtée des offres les plus basses, de sorte que la procédure de justification des prix n'avait pas à être mise en œuvre. Le préfet de la région Ile-de-France soutient néanmoins que les offres en cause ont été jugées anormalement basses non au regard de ce seul différentiel avec la moyenne écrêtée mais aux motifs qu'une majorité de lignes du bordereau de prix unitaire présentent un taux de marge nette très faible voire négatif sur la base d'un taux de frais généraux vérifié de 20 %, que le temps de main d'œuvre alloué aux prestations dans l'offre de la société est très couramment inférieur de moitié au temps indiqué dans les référentiels du secteur du BTP pour de telles prestations et que le prix de certaines lignes du bordereau de prix ne permettait pas de couvrir le coût d'achat du matériel seul, la sous-évaluation de ces lignes venant fragiliser la structure de coûts de l'offre laquelle est déjà affaiblie par une marge négative sur un grand nombre de références. Toutefois, la société ETEL, attributaire d'un précédent marché conclu en 2015 par la préfecture de la région Ile-de-France, agissant également comme mandataire d'un groupement de commandes, verse aux débats un tableau comparatif des prix pratiqués dans le cadre de ce précédent marché, pour des prestations techniquement identiques, d'où il ressort que des tarifs similaires voire inférieurs étaient pratiqués, sans qu'aient été relevées de problèmes d'exécution des prestations prévues au contrat. Si le préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, qui ne conteste pas ces éléments de comparaison précis, fait valoir que le nouveau marché serait plus important en volumes, il n'allègue aucun argument de nature à établir un surenchérissement pour le nouveau marché des prestations attendues des prestataires non plus qu'aucun argument de nature à mettre en doute la viabilité économique des offres de la société requérante. Dans ces conditions, et eu égard en outre au faible différentiel de prix relevé avec la moyenne des offres remises, la société ETEL est fondée à soutenir que le préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, a entaché d'une erreur manifeste son appréciation du caractère anormalement bas de ses offres.

Sur les conséquences de l'illégalité de la consultation :

7. Il résulte des termes mêmes de l'article L. 551-2 du code de justice administrative précité, qui transpose la directive du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, que si le juge des référés peut ne pas suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat lorsqu'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives résultant de telles mesures de suspension pourraient l'emporter sur leurs avantages, ces dispositions ne sont pas applicables s'il estime que les manquements relevés doivent avoir pour conséquence l'annulation de procédure.

Le préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, ne peut ainsi utilement soutenir que les inconvénients qui résulteraient pour le service public ou l'intérêt général d'une annulation de la consultation excèderaient les avantages d'une telle annulation.

8. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête, que la société ETEL est fondée à demander l'annulation de la procédure menée pour les lots n° 1 et 11 du marché portant sur les travaux d'entretien et de réparation des bâtiments au profit des services et des établissements publics adhérents de la région Ile-de-France. Si le préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, entend passer un tel marché, il lui est loisible de décider de reprendre intégralement la procédure de passation ou de ne reprendre cette procédure qu'au stade de l'examen des offres. Par suite, les conclusions de la société ETEL tendant à ce qu'il soit enjoint au préfet de la région Ile-de-France de reprendre la procédure de passation du marché litigieux au stade de l'examen des offres ne peuvent être accueillies.

Sur les frais exposés et non compris dans les dépens :

9. Il y a lieu de mettre à la charge de l'Etat, partie perdante dans la présente instance, la somme de 2 000 euros au titre des frais exposés par la société ETEL et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La consultation menée par le préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris portant sur les travaux d'entretien et de réparation des bâtiments au profit des services et des établissements publics adhérents de la région Ile-de-France est annulée pour les lots n° 1 et 11.

Article 2 : L'Etat versera la somme de 2 000 euros à la société ETEL au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête de la société ETEL est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la sociétés ETEL, au préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, à la société Altelec, à la société Fbi, à la société Cidelec, à la société Acorus et à la société Cerel.