

REPUBLIQUE FRANÇAISE

N° 2002007

SA SOCIETE D'ETUDES ET DE
REALISATIONS POUR LES
EQUIPEMENTS COLLECTIFS

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Wiernasz
Président-désigné

Le juge des référés

Ordonnance du 17 avril 2020

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires, enregistrés les 13 mars 2020, 7 avril 2020, 14 avril 2020 et 15 avril 2020, la société d'études et de réalisations pour les équipements collectifs (SODEREC), représentée par Me Aaron, demande au juge des référés :

1°) d'annuler sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative la décision du 5 mars 2020 par laquelle l'Eurométropole de Strasbourg a rejeté son offre comme anormalement basse dans le cadre de la procédure de passation du marché public de prestations intellectuelles portant sur une mission de mandat de maîtrise d'ouvrage du projet de restructuration et d'extension du stade de la Meinau lancé par l'Eurométropole de Strasbourg ;

2°) d'enjoindre à l'Eurométropole de réintégrer son offre et de reprendre la procédure d'attribution du marché public en cause en analysant son offre en application des critères de jugement des offres prévus par l'article 7.2 du règlement de la consultation ;

3°) de mettre à la charge de l'Eurométropole de Strasbourg la somme de 5 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la décision de rejet de son offre comme anormalement basse est irrégulière ;
- la société attributaire a des liens étroits avec l'acheteur public ce qui implique une vigilance particulière alors que son offre n'a eu que 48,71/100 pour un coût exorbitant de 1 392 000 euros alors qu'elle même proposait la somme de 708 600 euros HT pour la tranche ferme et 33 750 euros HT pour la tranche optionnelle ;

- la période électorale s'opposait, pour des raisons de prudence, à l'attribution de marchés importants avant la désignation des nouveaux élus ;
- le DCE ne prévoyait pas d'estimation du besoin estimé par la collectivité, ni sur un quelconque nombre d'heures ce qui aurait pourtant permis d'éclairer les candidats ; il est à noter que cela avait été fait pour le marché comparable concernant la construction du Parc des expositions ;
- elle a strictement respecté les exigences du règlement de consultation et du CCTP alors que la SERS a produit un mémoire technique de 83 pages en méconnaissance de l'article 7.2 du règlement de la consultation qui en exigeait 18 au maximum ;
- il n'y avait que deux candidats dont un a été éliminé ce qui dénote une faible concurrence réduite ;
- la procédure contradictoire a été méconnue dans la mesure où elle n'a pas eu un délai raisonnable pour justifier son offre malgré l'absence d'urgence ; malgré tout, sa réponse a été suffisante ;
- la décision n'a pas pris son offre de manière globale en limitant son analyse aux missions 6, 9 et 10 qui ont été isolées sur un total de 13 missions pour la tranche ferme ; si l'on examine chacune des 13 missions, elle a, dans 8 cas, des offres chiffrées plus élevées que la SERS ce qui atténue la remarque selon laquelle son offre globale serait sous-évaluée en terme de jours de travail ; son nombre de jours total, soit 1 200, est suffisant ; la différence est accrue parce qu'elle a un prix de jour/ homme moins élevé que son concurrent qui n'a pas été considéré comme sous-évalué ; l'équilibre économique d'ensemble de son offre n'a pas été pris en compte, son offre étant compétitive par la combinaison d'un nombre de jours total et d'un prix moyen journalier ajustés ;
- la décision est entachée d'erreur manifeste d'appréciation :
 - son prix n'est pas manifestement sous-évalué alors que la seule référence de l'acheteur public est l'offre de la société attributaire et que son prix est justifié qui correspond environ à 1% du montant des travaux ce qui correspond à un chiffre habituel ;
 - elle dispose des capacités techniques, financières et économiques et professionnelle largement suffisantes pour assurer une bonne exécution du marché ; par ailleurs, elle a apporté une réponse suffisante à la demande de précisions,
 - la méthode de l'Eurométropole de Strasbourg est erronée en se fondant uniquement sur le nombre de jours affectés aux missions 6, 9 et 10 alors, au surplus, que le prix jours/homme n'est pas critiqué ;
 - l'Eurométropole de Strasbourg ne justifie pas l'existence préalable d'une estimation technique et financière et ne peut s'y référer ;
 - la longue liste des tâches de la mission 6 ne correspond qu'aux missions habituelles dans le cadre d'un mandat de maîtrise d'ouvrage et ne traduit en aucun cas une quelconque spécificité ;
 - l'acheteur public ne justifie pas la mobilisation de 2 agents ETP pour les missions 6, 9 et 10 en référence à des opérations qui seraient similaires ;
 - l'offre de la SRS ne peut servir de point de comparaison ;
 - elle a fourni des exemples d'opérations comparables pour évaluer les moyens affectés à son offre à environ 1% du coût de travaux ;
- par ailleurs, deux manquements ont été constatés :
 - d'une part, l'information n'a pas été donnée sur une caractéristique essentielle du marché en ce que les missions 6, 9 et 10 qui auraient dû mobiliser 2 ETP en

méconnaissance de l'article R. 2132-1 du code de la commande publique ; ce moyen est recevable dans la mesure où elle aurait pu ajuster son offre ;

- d'autre part, l'offre de la SERS est irrégulière en tant qu'elle n'a pas respecté l'article 7.2 du règlement en produisant un mémoire technique de 83 pages au lieu du maximum exigé de 18 ; or, les conditions formelles sont appréciées strictement par la jurisprudence et l'offre de la SERS n'aurait pas pu servir de référence pour déclarer la sienne anormalement basse.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 1^{er} avril 2020, 9 avril 2020 et 10 avril 2020, l'Eurométropole de Strasbourg (EMS), représentée par la Selas Fidal, conclut au rejet de la requête et à ce que la société requérante lui verse la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les éléments de contexte évoqués par la requérante sont inopérants ;
- la procédure contradictoire a été respectée en application de l'article L. 2152-6 du code de la commande publique notamment le délai de réponse accordé à la société
- elle a pris en considération l'offre globale de la requérante par une analyse détaillée des coûts en vue de s'assurer de la viabilité économique de l'offre et a constaté des écarts substantiels avec sa propre estimation ainsi qu'avec l'offre de la société SODEREC et alors que les missions 6, 9 et 10 représentent 67,37 % de l'estimation totale de la tranche ferme, les prestations concernées étant importantes pour la bonne exécution du marché ; la sous-estimation du nombre d'heures expose le marché dans son ensemble à un risque sérieux d'inexécution ou de mauvaise exécution ;
- son analyse n'est pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation :
 - les propositions d'affectations de moyens aux missions 6, 9 et 10 s'éloignent sensiblement de l'estimation prévisionnelle de la collectivité notamment en termes d'hommes/mois (17,2 contre 36,6)
 - les propositions sont incohérentes au regard de l'ensemble des obligations imposées par le DCE et le CCTP ; de plus, l'opération revêt une grande complexité, la durée du chantier étant de trois années en site occupé avec de nombreuses contraintes et spécificités ; elle dispose d'expériences similaires en matière de conduite d'opération ;
 - il existe un écart significatif avec l'offre de l'attributaire (619 jours/homme contre 21 200 jours/homme pour les missions 6,9 et 10) ;
 - de même, il y a un important écart avec des opérations similaires ;
- la réponse de la société était insuffisante relativement à la faiblesse du nombre d'heures proposées en particulier concernant les missions 6, 9 et 10 ;
- le rejet de l'offre comme étant anormalement basse est ainsi justifié ;
- l'EMS avait procédé à une estimation du marché comme elle en atteste par les pièces qu'elle joint et ce, à hauteur de la somme total de 1 559 850 euros HT ;
- la note de la SERS n'est pas de 48,71/100 comme indiqué par erreur matérielle mais de 75/100 ce qui, de toute façon, ne lèse pas la requérante dès lors que son offre est anormalement basse ;
- il n'y a aucun manquement quant à une caractéristique du marché, ni d'irrégularité de l'offre de la SERS quant au mémoire technique ce qui ne lèserait pas, en tout état de cause, la requérante.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 1^{er} avril 2020, 9 avril 2020, 14 avril 2020 et 16 avril 2020, la société d'aménagement et d'équipement de la région de Strasbourg (SERS), représentée par Me Bader, conclut au rejet de la requête et à ce que la requérante lui verse la somme de 5 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- il n'y a eu aucun manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ;
- les éléments de contexte sont inopérants ;
- la procédure contradictoire de l'article L. 2152-6 du code de la commande publique a été respectée notamment en matière de délai laissé à la société requérante ;
- l'acheteur public a pris en compte l'offre globale de la requérante en détaillant toutes les contraintes et corrélativement les faiblesses de l'offre plus particulièrement pour les missions 6, 9 et 10 auxquelles elle-même consacre 75% des moyens affectés au marché et 1 200 jours/homme (contre 619 jours/homme) ;
- la décision de rejet n'est pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation : l'offre de la société est globalement de 1 211 jours /homme pour 74 2350 euros HT alors qu'elle propose 1 592 jours/homme pour 1 392 900 euros HT soit une différence de 46,70 % ; plus encore, pour les seules missions 6, 9 et 10, la différence est de 64,19 % ; le pourcentage de 1% par rapport au coût de travaux n'est pas étayé ; elle-même a un prix correspondant à 1,89 % de ce coût ; des comparaisons peuvent être faites avec d'autres opérations ; le prix de 613 euros par jour est également faible, compte tenu de la technicité requise, alors qu'elle propose elle-même 874 euros par jour ; la requérante ne justifie pas la manière dont son prix a été déterminé ; or, la complexité de l'opération n'est pas à négliger ;
- la réponse de la requérante à la demande de précisions se limite à des remarques d'ordre général peu convaincantes ; elle n'apporte aucun élément de nature à rassurer l'acheteur public sur la bonne exécution du marché ;
- le moyen tiré de l'absence d'information sur une caractéristique essentielle du marché est irrecevable et, au surplus, la requérante n'a posé aucune question ;
- de même, le moyen tiré du caractère irrégulier de son offre est irrecevable ; de plus la règle d'un maximum de pages ne présentait pas un caractère impératif.

L'Eurométropole de Strasbourg a produit un mémoire enregistré le 16 avril 2020 à 11 heures 48 non communiqué.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de la commande publique ;
- l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné M. Wiernasz, en application de l'article L. 511-2 du code de justice administrative, pour statuer sur les demandes visées audit article.

Les parties ont été informées le 30 mars 2020, en application de l'article 9 de l'ordonnance du 25 mars 2020 susvisée, que l'affaire sera dispensée d'audience et, par des ordonnances des 7 avril 2020, 9 avril 2020 et 15 avril 2020 que l'instruction sera close, au final, le 16 avril 2020 à 12 heures.

Considérant ce qui suit :

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, ou la délégation d'un service public. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.* ».

2. Il résulte de l'instruction que, par un avis d'appel à concurrence publié le 4 octobre 2019, l'Eurométropole de Strasbourg a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché public portant sur une mission de mandat de maîtrise d'ouvrage du projet de restructuration et d'extension du stade de la Meinau à Strasbourg. La société d'études et de réalisations pour les équipements collectifs (SODEREC), candidate, a été informée le 5 mars 2020 du rejet de son offre comme anormalement basse. Elle a demandé au juge du référé précontractuel d'annuler cette décision.

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* » et 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* ». 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 (...)* » et aux termes de son article R. 2152-4 : « *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 (...)* ».

4. Il résulte 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. Le prix anormalement bas d'une offre s'apprécie en effet au regard de son prix global. En outre, 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.

5. Par une lettre du 5 mars 2020, et après avoir consulté l'opérateur économique dans les conditions requises par l'article L. 2152-6 du code de la commande publique, le délai de réponse accordé étant suffisant, l'Eurométropole de Strasbourg (EMS) a informé la société SODEREC que son offre n'a été pas été retenue comme étant anormalement basse en raison de la « *faiblesse du nombre d'heures et des prix affectés aux missions 6, 9 et 10* » du marché en cause. Toutefois, ce faisant, l'acheteur public n'a pas procédé à une appréciation globale de l'offre de la société candidate, les missions 6, 9 et 10, bien qu'étant importantes dans l'opération de restructuration et d'extension du stade de la Meinau, ne constituaient cependant qu'une partie seulement de l'offre qui comportait un total de 13 missions. L'acheteur public n'a ainsi pas pu se limiter à comparer l'offre de la société requérante avec celle de l'unique autre candidat, ainsi qu'avec ses propres estimations proches de celles de la société attributaire, pour affirmer que, pour les trois seules missions en litige, les 619 jours proposés correspondant à un prix de 379 800 euros HT de la société requérante étaient manifestement inférieurs aux 1 200 jours pour un coût de 1 060 600 euros HT de la seule autre société candidate. En effet, d'une part, l'offre globale de la société SODEREC pour les 13 missions de la tranche ferme et pour la tranche optionnelle était de 1 211 jours pour 742 350 euros HT alors que la SERS proposait 1 594 jours pour 1 392 900 euros HT et, d'autre part, l'EMS n'apporte pas de critique pertinente au prix de journée de 613 euros/jour/personne proposé par la société SODEREC, alors même que son concurrent proposait un chiffre de 874 euros/jour/personne. L'Eurométropole a ainsi entaché d'une erreur de droit sa décision de rejet de l'offre de la requérante comme étant anormalement basse.

6. Il en résulte que la procédure de passation du marché public portant sur une mission de mandat de maîtrise d'ouvrage du projet de restructuration et d'extension du stade de la Meinau à Strasbourg doit être annulée.

7. L'acheteur public pourra, le cas échéant, reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres.

8. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de l'Eurométropole de Strasbourg une somme de 2 000 euros à verser à la société SODEREC au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative. Par contre, étant les parties perdantes, l'Eurométropole de Strasbourg et la SERS ne peuvent prétendre aux sommes qu'elles demandent à ce même titre.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La procédure de passation du marché public portant sur une mission de mandat de maîtrise d'ouvrage du projet de restructuration et d'extension du stade de la Meinau à Strasbourg est annulée.

Article 2 : L'Eurométropole de Strasbourg pourra, si elle le souhaite, reprendre la procédure du marché en cause au stade de l'analyse des offres.

Article 3 : L'Eurométropole de Strasbourg versera une somme de 2 000 (deux mille) euros à la société SODEREC au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions de l'Eurométropole de Strasbourg et de la SERS au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la société d'études et de réalisations pour les équipements collectifs, à l'Eurométropole de Strasbourg et à la société d'aménagement et d'équipement de la région de Strasbourg.

Fait à Strasbourg, le 17 avril 2020.

Le juge des référés,

M. WIERNASZ

La République mande et ordonne à la préfète du Bas-Rhin, en ce qui la 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