

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE TOULOUSE**

N° 1703754

SAS X

Mme Jordan-Selva
Rapporteure

Mme Arquié
Rapporteure publique

Audience du 10 octobre 2019

Lecture du 31 octobre 2019

39-02-005

C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif de Toulouse

(4^{ème} Chambre)

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 9 août 2017 et 7 février 2019, la SAS X, représentée par Me Tabardel, demande au tribunal, dans le dernier état de ses écritures :

1°) d'annuler le marché public relatif à « l'urbanisation de la RD » conclu par la commune Y et attribué à la société Z ;

2°) d'ordonner à la commune, en application de l'article R. 611-10 du code de justice administrative, de produire le contrat en litige ;

3°) de condamner la commune Y aux entiers dépens ;

4°) de mettre à la charge de la commune Y la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- sa requête est recevable ; elle apporte la preuve de la demande adressée à la commune concernant la communication de plusieurs documents administratifs, dont l'acte d'engagement signé et l'avis d'attribution ; l'absence de ces documents dans la présente instance n'est donc imputable qu'à la carence de la commune ;

- le marché en litige est entaché de vices substantiels, non régularisables car affectant la légalité de la procédure de passation et donc de nature à justifier l'annulation du contrat ;

- la commune a commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que son offre était anormalement basse ; d'une part, la commune ne pouvait écarter son offre par une simple

référence à sa propre estimation financière du marché ni même par référence aux prix proposés par les autres candidats et était tenue de procéder à une analyse de la structure de ses prix pour estimer si les prix étaient sous-évalués et, le cas échéant, si cette sous-évaluation était de nature à compromettre l'exécution du marché ; d'autre part, la commune devait examiner son offre dans son ensemble et ne pouvait considérer qu'elle était anormalement basse sur la seule base d'une suspicion concernant un nombre limité de postes de prix ;

- la commune a exigé un détail de prix dans des modalités qui n'avaient pas été préalablement portées à la connaissance de la société X ; celle-ci a satisfait aux obligations du dossier de consultation en complétant de manière détaillée et exhaustive le bordereau unitaire des prix et le détail estimatif des travaux qui leur avaient été communiqués par la commune elle-même ;

- la commune affirme qu'en l'absence de justificatifs probants concernant l'évaluation des prix, l'offre de la société X était irrecevable car anormalement basse tout en admettant néanmoins qu'elle a tout de même procédé à l'analyse de cette offre en comparaison avec les offres concurrentes ; l'absence de ces documents n'a donc pas altéré l'appréciation qu'a pu réaliser le maître d'œuvre et la commune commet ainsi une confusion entre recevabilité et bien-fondé de l'offre ;

- en application de l'article 3.5 du règlement de consultation, la commune était tenue de mettre en œuvre la procédure de négociation avant de rejeter son offre ;

- au regard du coefficient de notation affecté au critère du prix, elle disposait de chances particulièrement sérieuses de remporter le marché.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 17 novembre 2017 et 11 avril 2019, la commune Y, représentée dans le dernier état de ses écritures par Me Lacombe-Bouviale, oppose, à titre principal, l'irrecevabilité de la requête et conclut, à titre subsidiaire, à son rejet au fond. Elle demande au tribunal de mettre à la charge de la société X les entiers dépens ainsi que la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la requête est irrecevable en application de l'article R. 412-1 du code de justice administrative faute pour la société X de produire l'avis d'attribution du marché à la société Jean Lefebvre ;

- elle a été contrainte d'écarter l'offre de la société X en raison de son caractère anormalement bas, qui ne correspond pas à la réalité économique et qui fait légitimement craindre que la société ne soit pas en mesure de réaliser les travaux sur la base de son offre financière ; les éléments complémentaires communiqués par la société à sa demande ne l'ont pas convaincue de la viabilité économique de son offre ;

- l'offre est manifestement sous-évaluée au regard de l'estimation réalisée par le maître d'œuvre et des prix proposés par ses concurrents ;

- malgré les demandes complémentaires de la commune, la société X n'a apporté aucun document justificatif au soutien de ses allégations concernant une expérience de près de cinquante ans dans le secteur du bâtiment et des travaux publics ni sur le fait qu'elle soit propriétaire d'une carrière de matériaux et de plusieurs installations de concassage ; en tout état de cause, ces seuls éléments ne permettent pas d'expliquer l'écart si important observé entre l'offre de la requérante et celles de ses concurrents ; par ailleurs, les références dont elle se prévaut sont celles de son sous-traitant ; enfin, aucun justificatif n'a été apporté concernant les tarifs préférentiels dont elle bénéficierait grâce aux partenariats qu'elle a conclus ; en s'abstenant d'étayer ses dires de documents probants, la société X n'a pas mis la commune en mesure d'analyser son offre et n'a ainsi pas levé la suspicion concernant le caractère anormalement bas ; la décomposition des prix est restée très sommaire et la commune, qui est tenue d'écarter une offre anormalement basse, n'a ainsi pas manqué à ses obligations ;

- l'analyse réalisée par la commune a porté sur l'intégralité de l'offre et non uniquement sur les postes de prix listés à titre d'exemple dans sa demande d'informations complémentaires ; il appartenait à la société X d'étayer avec des éléments de preuve la justification de ses prix ;
- les modalités de présentation des offres financières étaient précisément détaillées dans le règlement de consultation et donc connues des candidats ;
- la commune s'était simplement réservée la possibilité de négocier mais ne s'est pas engagée à procéder obligatoirement à une telle négociation ; elle a choisi de ne pas y recourir, ce qui n'est constitutif d'aucun manquement au regard des obligations de publicité et de mise en concurrence ;
- au regard des seuls critères du prix et des délais, la société X était au mieux deuxième mais ne peut revendiquer la première place face à l'attributaire du marché ;
- les travaux ont été réalisés par la société attributaire du marché et sont achevés ; l'annulation du contrat aurait des conséquences financières très lourdes pour la collectivité publique qui serait redevable des travaux à l'égard de la société Z ; la décision d'annulation du marché porterait donc une atteinte excessive à l'intérêt général et aux droits des cocontractants, qui ne pourront plus bénéficier des garanties liées à ce contrat.

La procédure a été communiquée à la société Z qui n'a pas produit d'observations.

Par ordonnance du 24 mai 2019, la clôture d'instruction a été fixée au 8 juillet 2019.

Un mémoire de la société X a été enregistré le 1^{er} octobre 2019 et n'a pas été communiqué.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics,
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics,
- le code de justice administrative.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Jordan-Selva,
- les conclusions de Mme Arquíé, rapporteure publique,
- et les observations de Me Lacombe-Bouviale, représentant la commune Y.

Considérant ce qui suit :

1. La commune Y a lancé une consultation le 28 avril 2017 ayant pour objet l'attribution, selon une procédure adaptée, d'un marché de travaux publics portant sur l'urbanisation de la route départementale « RD ». La SAS X a été informée par une lettre du 9 juin 2017 du rejet de son offre au motif qu'elle présentait un caractère anormalement bas. Le marché a été attribué à la société Z pour un montant de 172 734,70 euros hors taxes. Par la présente requête, la société X demande au tribunal d'annuler le contrat signé entre la commune Y et la société Z en raison de son éviction irrégulière dudit marché.

Sur les conclusions à fin de contestation de la validité du marché :

2. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles.

3. Saisi ainsi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

4. Aux termes de l'article 53 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, applicable au marché en litige : « *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 fixées par voie réglementaire. / L'acheteur met en œuvre tous moyens pour détecter les offres anormalement basses lui permettant de les écarter.* » Aux termes de l'article 60 du décret du 25 mars 2016 applicable au marché en litige : « *I. - 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 public 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 (...)* / II. - L'acheteur rejette l'offre : / 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 dans le cadre de 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. Il entre, dans l'office du juge du plein contentieux d'apprécier si le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation de la qualité des offres et ainsi irrégulièrement qualifié ou omis de qualifier une offre d'anormalement basse.

6. Il résulte de l'instruction que l'offre de la société X, d'un montant de 137 313,50 euros hors taxes, était inférieure de 23,71 % par rapport à l'estimation du cabinet en charge de la maîtrise d'œuvre des travaux, et de 20,75 % par rapport à l'offre financière des deux entreprises concurrentes. Dans ces conditions, l'offre de la société requérante apparaissait anormalement basse.

7. En premier lieu, pour soutenir que le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation, l'entreprise X fait valoir que le pouvoir adjudicateur se fonde uniquement sur l'écart entre son offre et celle des autres candidats sans avoir procédé à l'analyse de son offre en tenant compte des atouts qu'elle présente au regard de son expérience, des infrastructures dont elle est propriétaire et des partenariats qu'elle a conclus.

8. Si la comparaison avec l'estimation du maître d'œuvre et le montant des offres des autres candidats est insuffisante pour rejeter une offre en raison de son caractère anormalement bas, il résulte de l'instruction que l'écart de plus de vingt pour cent est significatif et justifie que la commune Y ait considéré que l'offre paraissait anormalement basse. C'est par une exacte application des dispositions de l'article 60 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics que la commune Y a alors demandé à la société requérante, par l'intermédiaire du maître d'œuvre des travaux, de justifier les prix et les coûts proposés dans son offre.

9. Il résulte en effet de l'instruction que la société « Moe » en sa qualité de maître d'œuvre des travaux a informé la société X, par un courriel du 29 mai 2017, que ses prix lui semblaient anormalement bas et lui a demandé de produire des informations complémentaires permettant d'expliquer la faiblesse des prix indiqués et de veiller à bien respecter le descriptif du bordereau de prix unitaire.

10. Par une lettre du 31 mai 2017, jointe à un courriel du 1^{er} juin 2017, l'entreprise a indiqué au pouvoir adjudicateur que son prix concurrentiel était le résultat d'une expérience de cinquante ans dans le domaine du bâtiment et des travaux publics et de l'acquisition d'une carrière de matériaux alluvionnaires et de plusieurs installations de concassage sises sur la commune de V et sur la commune de W, soit respectivement à moins de 30 kilomètres et à moins de 25 kilomètres du lieu d'exécution du marché. Elle a également précisé qu'elle participait à des chantiers d'envergure dans la région et qu'elle avait conclu des partenariats lui permettant de bénéficier de tarifs préférentiels sur les matériaux nécessaires à la réalisation du marché en litige. Elle joignait à ses explications une note de présentation de son groupe accompagnée d'un sous-détail des prix des postes visés dans le courriel du 29 mai et des références concernant son sous-traitant pour la partie de la prestation concernant la signalisation.

11. La commune Y indique en défense que la société X n'a pas apporté d'éléments justifiant l'expérience de près de cinquante ans dans le secteur du bâtiment et de travaux publics qu'elle revendique, ni d'éléments justifiant qu'elle soit propriétaire d'une carrière de matériaux et de plusieurs installations de concassage. Elle indique en outre que, en tout état de cause, ces

éléments ne permettent pas à eux-seuls d'expliquer l'écart de prix important observé entre l'offre de la SAS X et celles de ses concurrents. La commune fait valoir que de la même manière, aucun justificatif n'a été apporté sur les tarifs préférentiels dont elle bénéficierait grâce aux partenariats qu'elle a conclus. Elle indique enfin que les seules références apportées sont celles de son sous-traitant.

12. Il résulte de l'instruction que la conséquence directe notamment de la propriété d'une carrière de matériaux et de plusieurs installations de concassage et des tarifs préférentiels dont elle bénéficierait et leurs liens avec les prix proposés n'est ni expliquée ni justifiée par la société requérante. Elle n'est qu'implicitement suggérée. Dans ces conditions, la commune a pu estimer, sans erreur manifeste d'appréciation et sans s'être bornée à une comparaison avec les offres concurrentes ou avec l'estimation de prix réalisée par le maître d'œuvre, que les éléments et justifications apportés ne sont pas suffisants pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme anormalement bas et de nature à lui faire courir le risque que le marché ne puisse être exécuté dans les conditions prévues.

13. En deuxième lieu, la société X soutient que la commune a commis une erreur manifeste d'appréciation en n'appréciant le caractère anormalement bas de l'offre qu'à l'aulne de quinze prix sur les soixante-huit postes de prix composant le bordereau de prix unitaire, s'abstenant ainsi de procéder à une appréciation du prix global de l'offre. Toutefois, la sous-évaluation de ces quinze postes de prix soit 22 % des postes de prix, ne constitue pas un élément isolé sans influence substantielle sur le chiffrage global de l'offre. La commune a pu, sans entacher sa décision d'une erreur manifeste d'appréciation, identifier plus précisément ces quinze postes de coûts pour demander à la société X de préciser les modalités de son chiffrage et estimer qu'ils ne correspondaient pas à la réalité économique. Il résulte de l'instruction que la commune a ensuite écarté l'offre de l'intéressée en raison du différentiel entre le prix global de cette offre, l'estimation réalisée par le maître d'œuvre et les offres concurrentes et non sur le seul fondement des faibles prix affichés pour ces quinze postes de coûts. Ce faisant, elle n'a entaché sa décision d'aucune erreur manifeste d'appréciation.

14. En troisième lieu, aux termes de l'article 3.1 du règlement de consultation du marché en litige : « (...) *Les prix sont basés par rapport à un bordereau de prix unitaire.* » Aux termes de son article 5.2.3. : « *Offre technique et financière : les offres seront rédigées en langue française et comprendront les pièces particulières énumérées ci-dessous : / Acte d'engagement / Bordereau des prix unitaires (BPU) (...)* ». Enfin, aux termes de son article 6 : « *Critères d'attribution du marché (...) 6.1 Pondération : / Les critères de jugement des offres porteront, par ordre décroissant d'importance et suivant pondération indiquée ci-dessous, sur les points suivants : / 1. le prix des prestations noté de 1 à 10, la note étant affectée d'un coefficient de 55 %. Les prix seront analysés en fonction des prix figurant au Bordereau de prix unitaire, et sur le Détail estimatif. En cas de litige entre les deux, ce seront les prix figurant sur le bordereau de prix unitaire qui feront foi. (...)* ».

15. S'il résulte de ces dispositions qu'à l'exception de ces articles du règlement de consultation et des modèles de bordereau de prix unitaire et de détail estimatif des travaux figurant dans le dossier de consultation, aucune prescription supplémentaire n'était imposée aux candidats concernant la présentation de leur offre financière, il était loisible à la commune Y, en application des dispositions précitées de l'article 60 du décret du 25 mars 2016, de demander à la société requérante des éléments complémentaires pour justifier les prix qui lui paraissaient anormalement bas. Par suite le moyen tiré du manquement commis par la commune Y dans la procédure de consultation doit être écarté.

16. En dernier lieu, aux termes de l'article 3.5 du règlement de consultation du marché en litige : « *Le recours à la négociation suivant l'article 27 du décret marchés publics peut être appliqué. (...) Après une première analyse des offres sur la base des critères d'attribution, le pouvoir adjudicateur pourra appliquer le recours à la négociation (...)* ». Il résulte des termes mêmes de cet article que la procédure de négociation n'est qu'une faculté réservée à la discrétion du pouvoir adjudicateur qui n'était pas tenu de la mettre en œuvre. Ce moyen n'est pas fondé.

17. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, la commune Y a pu considérer, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, que l'offre de la société X était anormalement basse, et par conséquent la rejeter, en application des dispositions précitées de l'article 60 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

18. Il résulte de ce qui précède que les conclusions en contestation de la validité du contrat conclu entre la commune Y et la société Z doivent être rejetées, sans qu'il soit besoin de statuer ni sur la recevabilité de la requête et ni sur la recevabilité des conclusions tendant à qu'il soit ordonné à la commune de produire le contrat en litige.

Sur les dépens :

19. Aux termes de l'article R. 761-1 du code de justice administrative : « *Les dépens comprennent les frais d'expertise, d'enquête et de toute autre mesure d'instruction dont les frais ne sont pas à la charge de l'Etat. / Sous réserve de dispositions particulières, ils sont mis à la charge de toute partie perdante sauf si les circonstances particulières de l'affaire justifient qu'ils soient mis à la charge d'une autre partie ou partagés entre les parties. / L'Etat peut être condamné aux dépens.* »

20. La société X ne justifie pas avoir engagé, dans la présente instance, des frais mentionnés à l'article R. 761-1 du code de justice administrative. Dès lors, ses conclusions tendant à la condamnation de la commune Y aux entiers dépens doivent être rejetées.

Sur les frais de l'instance :

21. Aux termes des dispositions 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. (...)* ». Ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la commune Y qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, les frais d'instance engagés par la société X. Il y a lieu, en revanche, de mettre à la charge de cette société la somme de 1 500 euros à verser à la commune en application de ces mêmes dispositions.

DECIDE :

Article 1^{er} : La requête de la SAS X est rejetée.

Article 2 : La SAS X versera à la commune Y la somme de 1 500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le présent jugement sera notifié à la SAS X, la commune Y et la société Z.

Délibéré après l'audience du 10 octobre 2019, à laquelle siégeaient :

Mme Sellès, présidente,
Mme Jordan-Selva, conseillère,
M. Farges, conseiller.

Lu en audience publique le 31 octobre 2019.

La rapporteure,

La présidente,

S. JORDAN-SELVA

M. SELLÈS

La greffière,

F. LE GUIELLAN

La République mande et ordonne au préfet de la Haute-Garonne, en ce qui le 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.

Pour expédition conforme :
La greffière en chef,