

Ordonnance du Tribunal administratif n° 2200150 du 06 mai 2022

Tribunal administratif de Polynésie française

Juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 19 avril 2022, complétée par un mémoire de production de pièces enregistré le 20 avril 2022 et un mémoire enregistré le 5 mai 2022, la Sarl OBTP, représentée par Me Mikou, demande au juge des référés qu'il :

1°) enjoigne à l'Ecole Pratique des Hautes Etudes de différer la signature du marché dit de « Construction d'un centre d'hébergement international et rénovation de bâtiments chambres en bureaux » ;

2°) annule la décision du 7 avril 2022 prise par le représentant de l'Ecole Pratique des Hautes Etudes portant rejet de son offre pour le marché querellé et attribution du marché à M. V. ;

3°) enjoigne à l'Ecole Pratique des Hautes Etudes de corriger les irrégularités commises au cours de la procédure de passation en procédant à une nouvelle analyse de son offre et en écartant l'offre remise par M. V. comme étant soit une offre irrégulière soit une offre anormalement basse ;

4°) condamne l'Ecole Pratique des Hautes Etudes à lui verser la somme de 200.000 FCFP au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le maître d'ouvrage devait écarter la candidature de M. V. comme étant irrégulière, inacceptable ou inappropriée ; l'attributaire n'a qu'un seul salarié ; il sera donc nécessairement amené à faire appel aux services d'autres travailleurs indépendants, sans pour autant les déclarer à la CPS comme ses propres salariés, violant ainsi la législation en matière sociale relative à l'interdiction du travail clandestin ; le maître d'ouvrage aurait dû écarter son offre comme ne justifiant pas des capacités nécessaires à l'exécution du marché ; il est inscrit en tant qu'entreprise de « construction de maisons individuelles », or, un centre d'hébergement international ne rentre pas dans l'activité déclarée par M. V. de sorte qu'il est à s'interroger sur la légalité même de l'offre soumise par lui ; il a produit des déclarations mensongères car il ne disposait alors pas de 9 salariés dans son équipe mais avait déclaré 4 salariés à mi-temps ;

- ses capacités financières étaient insuffisantes pour honorer un marché de 76 millions d'euros ;

- l'offre remise par M. V. est anormalement basse et aurait dû être écartée au stade de l'analyse des offres ; en procédant à l'analyse des écarts de prix avec l'offre proposée par la société OBTP lot par lot, il apparaît que les écarts de prix atteignent même 48% voire 51% ; son faible volume de chiffre d'affaires ne lui permettait pas de négocier des tarifs préférentiels ; il a soumissionné un tarif identique sur le lot peinture sans distinguer selon les qualités ;

- les manquements allégués, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auxquels ils se rapportent, sont de nature à l'avoir lésée ou sont susceptibles de l'avoir lésée ;

Par un mémoire en défense enregistré le 3 mai 2022, M. V., représenté par Me Quinquis, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société OBTP une somme de 200 000 FCFP à

lui verser au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- la requérante ne précise pas en quoi la candidature de M. V. serait irrégulière, inacceptable ou inappropriée, au regard des définitions données de ces termes par le code de la commande publique ; au demeurant aucun ne trouve à s'appliquer pour justifier que son offre fut écartée ;
- en ce qui concerne le grief d'insuffisance de personnel, ce grief qui ressortit de l'appréciation de la valeur des offres échappe à la compétence du juge des référés précontractuels ; au demeurant le critère « moyens humains » doté d'un coefficient de 10% a été analysé par le pouvoir adjudicateur ; il a recours à des contrats de chantier avec ses ouvriers habituels conformément à ce qu'autorise l'article L. 1223-1 2 du code du travail et à des contrats à durée déterminée justifiés par les surcroûts d'activité correspondant aux marchés qu'il obtient ; son mémoire technique a précisé l'équipe de 9 employés et 2 spécialistes patentés qui seront mobilisés pour le chantier, tous affiliés à la CPS ;
- si la construction de maisons individuelles constitue le cœur de métier de l'entreprise, celle-ci a également des références dans des constructions spécifiques cohérentes avec le marché ; le juge des référés n'est pas tenu, sauf exception, de vérifier la conformité de l'objet social du candidat avec l'objet du marché ;
- s'agissant du lot 5 pour lequel il est allégué, compte tenu de l'écart de prix constaté, que son offre serait anormalement basse, le maître d'ouvrage l'avait questionné sur ce lot et il avait justifié le montant de son offre par des coûts d'approvisionnement peu élevés et par une optimisation du temps de préparation des supports ; le prix proposé, inférieur de 2 % à l'estimation de la requérante, n'a nullement pour effet de compromettre la bonne exécution du marché ; il a justifié dans son mémoire technique disposer du matériel pour répondre à ce marché.

Par un mémoire en défense enregistré le 4 mai 2022, l'Ecole Pratique des Hautes Etudes conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme soit mise à la charge de la société OBTP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'offre de M. V. n'était en rien inacceptable ; en moyens humains, M. V. a déclaré dans son offre disposer d'ores et déjà de neuf (9) employés et s'est engagé à embaucher des salariés supplémentaires qui auraient été nécessaires en vue de répondre aux besoins de la réalisation du projet ;
- l'offre de M. V. déjà supérieure à l'enveloppe globale consacrée au projet, n'était pas anormalement basse ; l'offre de la société OBTP, elle, la dépassait de près de 35 % ;
- l'offre de M. V., qui est déjà localisé sur l'île de Moorea, permet de considérablement limiter l'empreinte carbone de la construction.

Vu : - les autres pièces du dossier ; Vu : - la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ; - le code de la commande publique ; - le code de justice administrative.

Par une ordonnance en date du 20 avril 2022, le juge des référés a suspendu l'exécution du contrat jusqu'au 10 mai 2022.

Après avoir entendu lors de l'audience publique du 5 mai 2022 M. Devillers juge des référés en son

rapport, Me Mikou pour la société OBTP, Me Quinquis pour M. V.. et M. X.. pour l'EPHE (visio) ;

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

Un mémoire de production de pièces a été enregistré postérieurement à la clôture de l'instruction, présenté pour M. V..

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L.551-24 du code de justice administrative : « (...) en Polynésie française (...), 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 des marchés et contrats publics en vertu de dispositions applicables localement. / Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le haut-commissaire de la République dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours. / Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. » ;

2. La société OBTP conteste l'attribution à M. V., entrepreneur individuel, des 9 lots du marché lancé par l'Ecole Pratique des Hautes Etudes selon la procédure de l'appel d'offres ouvert pour la « construction d'un centre d'hébergement international et rénovation de bâtiments chambres en bureaux » au bénéfice du Centre de recherche insulaire et l'observatoire de l'environnement (CRIOBE).

3. Aux termes du premier alinéa de l'article L. 2152-1 du code de la commande publique : « L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées ». L'article L. 2152-2 du même code précise qu'une offre irrégulière est « une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale », l'article L. 2152-3 qu'une « offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché, déterminés et établis avant le lancement de la procédure », enfin l'article L. 2152-4 qu'une « offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur qui sont formulés dans les documents de la consultation ». La société OBTP soutient que l'offre présentée par M. V.. aurait dû être écartée en application de ces dispositions dès lors qu'il ne dispose pas des salariés permettant d'exécuter les travaux objet du marché, qu'il a menti sur la composition de son équipe et que son chiffre d'affaires est bien plus faible que le montant du marché.

4. Il est toutefois constant, d'une part, que si un sous-critère « moyens humains mis en œuvre » du critère de la valeur technique était doté d'un coefficient de 10% et que l'offre devait comporter la liste

des personnels affectés au chantier, aucun document de la consultation ne comportait d'exigence particulière ou supplémentaire quant à la composition du personnel présenté par le candidat. Le mémoire technique présenté par M. V., indiquant, au titre des moyens humains, consacrer au futur chantier une équipe composée de 9 employés, 4 maçons et 5 manœuvres, complétée par 2 spécialistes patentés en plomberie et électricité, les prénoms et noms des intéressés étant précisés, le pouvoir adjudicateur, à qui il n'appartenait pas, aucune information contraire n'étant portée à sa connaissance, de vérifier la véracité de ces informations, n'avait pas, au motif que ces indications auraient pu se révéler « mensongères », à écarter l'offre ainsi soumise comme présentant un caractère irrégulier ou inapproprié.

5. Il en va de même, d'autre part, de l'argument exposé concernant le chiffre d'affaires annuel réalisé par l'entreprise V... S'il est bien inférieur, jusqu'à présent, au montant du marché, cette circonstance, à elle seule, ne permet pas, sans autre considération notamment sur les moyens qu'elle est effectivement susceptible de mobiliser pour le chantier, et alors qu'il ressort de son mémoire technique qu'elle a notamment réalisé en 2017 l'amphithéâtre et les bureaux du Criobe, de considérer « qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur ». Le moyen tiré du caractère irrégulier ou inapproprié de l'offre doit donc être écarté dans toutes ses branches.

6. 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 énonce : « 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 même 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 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 ». L'article R. 2152-4 dispose : « 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 mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code ».

7. 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. Le candidat évincé ne peut utilement, à l'appui de son argumentation, se référer au montant de sa propre offre, mais doit justifier que les prix proposés par l'attributaire ne permettraient pas une exécution correcte de l'objet du marché. Enfin, le prix anormalement bas d'une offre s'apprécie au regard de son prix global.

8. La société OBTP soutient que l'EPHE a attribué le lot en litige à une entreprise ayant présenté une offre anormalement basse. En l'espèce il résulte de l'instruction, d'une part, que l'offre présentée par l'entreprise V., d'un montant de 724 407 euros TTC était supérieure à l'enveloppe prévue pour le marché, d'un montant de 639 894 euros TTC. D'autre part, qu'en ce qui concerne le lot peinture, pour laquelle la société requérante estime, au vu de ses propres données, les prix présentés par M. V. comme étant irréalistes, le maître d'ouvrage avait questionné l'entreprise sur ce lot, laquelle avait répondu en invoquant des coûts d'approvisionnement peu élevés et une optimisation du temps de préparation des supports. Dans ces conditions et alors qu'ainsi qu'il a été dit, le prix anormalement bas d'une offre s'apprécie au regard de son prix global et non pas lot par lot, il ne résulte pas de l'instruction que le prix proposé par la société attributaire serait manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché. Ce moyen doit donc également être écarté.

9. Il résulte de ce qui précède que la requête doit être rejetée, y compris les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Il y a lieu en revanche, en application des mêmes dispositions, de mettre à la charge de la société OBTP une somme de 150 000 FCFP à verser à M. V... Les conclusions de l'Ecole Pratique des Hautes Etudes, qui n'a pas constitué avocat et qui n'indique au surplus pas la somme réclamée sur ce fondement, ne peuvent qu'être rejetées.

ORDONNE

Article 1er : La requête est rejetée.

Article 2 : La société OBTP versera une somme de 150 000 FCFP à M. V.. au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions de l'Ecole Pratique des Hautes Etudes présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la Sarl OPTP, à l'Ecole Pratique des Hautes Etudes et à l'entreprise V.. B...

Fait à Papeete, le 6 mai 2022.

La République mande et ordonne au haut-commissaire de la République en Polynésie française 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,
Un greffier,