

Un critère prix à 80% n'est pas contraire à l'article 53 du CMP

lundi, 23 janvier 2012 06:50



La personne publique peut fixer librement la pondération qu'elle affecte au critère prix. Elle peut également ne pas mettre en œuvre la procédure de l'article 55 du CMP sur les offres anormalement basses si elle ne rejette pas l'offre comportant le prix le plus bas. C'est ce qu'il ressort d'une ordonnance de référé précontractuel.

Pondération des critères et offres anormalement basses, voici le menu de l'ordonnance rendue par le TA de Marseille le 19 décembre dernier. Evincée de la procédure de passation d'un marché de prestations de réparation des engins de voirie de marque Schmidt et des prestations de réparation de carrosserie des véhicules équipés, la société ATIS a saisi le juge du référé précontractuel. Aucun des moyens soulevés n'a convaincu le juge qui a rejeté sa demande. La société soutient qu'en fixant la pondération du critère prix à 80% et celle du critère de délai de garantie affecté à 20%, la communauté se serait fondée sur le seul critère prix pour retenir l'offre économiquement la plus avantageuse. Niet, répond le juge, la pondération retenue par la communauté urbaine Marseille Provence métropole ne méconnaît pas les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics. « *En pondérant le critère prix à 80%, la personne publique a neutralisé le critère technique. L'entreprise qui obtient la meilleure note sur le prix est certaine de remporter le marché. Le critère technique n'aura plus d'influence, car même si l'entreprise est classée première, elle aura trop de points à rattraper sur le prix pour être attributaire* », objecte Maître Hanna Braunstein, avocate au cabinet Lanzarone. Son confrère, Antoine Woimant, avocat au cabinet MCL avocats, rappelle que les dispositions du CMP n'obligent en aucun cas le pouvoir adjudicateur à appliquer des pondérations spécifiques. « *La personne publique est libre dans la pondération qu'elle choisit. En l'espèce, le magistrat valide le choix opéré. Il confirme d'autant plus la pondération affectée au critère prix en précisant que celle-ci se justifie par la nature et l'objet du marché* », observe le conseil.

L'office du juge du référé précontractuel

« *Cette ordonnance pose également la question des pouvoirs d'injonction du juge et la manière dont ils s'articulent par rapport à ce que démontre le candidat, estime Maître Braunstein. La société considère que l'offre de l'entreprise retenue n'est pas conforme au DCE. En effet, les prix proposés par les candidats devaient se baser sur les prix catalogues des constructeurs. Or, compte tenu du prix proposé par l'attributaire, il n'apparaît pas possible que les prix indiqués dans le BPU soient conformes à cette exigence. Le pouvoir adjudicateur n'a pas vérifié l'ensemble des postes du bordereau des prix, explique Hanna Braunstein. La requérante a donc demandé au juge, via son pouvoir d'injonction, de s'assurer que le pouvoir adjudicateur avait bien vérifié la conformité de l'offre. Mais le magistrat a refusé de faire droit à cette demande, car il estime que cela ne rentre pas dans son office. Mais face à des motivations trop générales, comment les entreprises peuvent se défendre, si le juge ne fait pas usage de son pouvoir d'injonction. S'il se contente de prendre pour argent comptant ce que dit l'administration, le référé précontractuel ne sert plus à rien* », considère-t-elle. Antoine Woimant ne partage pas cette analyse. « *Le pouvoir d'injonction n'appartient pas au juge du référé précontractuel mais au juge du référé instruction. Il n'a pas la compétence pour enjoindre à l'administration de communiquer les documents élaborés lors de la procédure de marché. Le juge tranche au vu des éléments que lui fournit le candidat. S'il ne rapporte pas la preuve des moyens qu'il soulève, sa demande ne pourra qu'être rejetée* », rétorque l'avocat.

Quand mettre en œuvre l'article 55 du CMP ?

Le prix proposé par la société attributaire, qui est inférieur de 35% à celui de l'offre de la requérante, conduit la société à considérer qu'elle aurait dû être rejetée comme anormalement basse. « *Compte tenu des exigences posées par le DCE par rapport aux prix catalogues, le pouvoir adjudicateur aurait dû être alerté sur un prix aussi bas. Mais le juge estime que l'écart de 35 % n'est pas significatif et que le choix de la personne publique de retenir l'offre la plus basse ne constitue pas un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence* », rapporte Maître Braunstein. Le juge considère que « *la communauté urbaine Provence métropole n'ayant pas entendu rejeter l'offre comportant le prix le plus bas, au motif qu'elle présentait un caractère anormalement bas ; elle n'avait pas à mettre en œuvre la procédure organisée par ces disposition [ndlr : article 55 du CMP]* ». « *Le magistrat ne fait ici qu'appliquer une jurisprudence bien établie C'est au pouvoir adjudicateur de décider s'il déclenche ou non la procédure. Il ne le fera que s'il souhaite rejeter l'offre sur ce motif afin de permettre à la société d'apporter des éléments justifiant éventuellement que son offre n'est pas anormalement basse. Dans le cas contraire, il n'est pas obligé de mettre en œuvre la procédure de l'article 55 du CMP. L'offre anormalement basse ne s'apprécie d'ailleurs pas uniquement sur le prix mais sur la base de critères multiples* », rappelle Antoine Woimant.