

Conseil d'État

N° 386862

ECLI:FR:CESSR:2015:386862.20150327

Inédit au recueil Lebon

7ème et 2ème sous-sections réunies

M. Frédéric Dieu, rapporteur

M. Gilles Pellissier, rapporteur public

SCP BARTHELEMY, MATUCHANSKY, VEXLIARD, POUPOT ; SCP GARREAU, BAUER-VIOLAS, FESCHOTTE-DESBOIS ; SCP LYON-CAEN, THIRIEZ, avocats

Lecture du vendredi 27 mars 2015

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

La société Groupe Progard France a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Melun, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation du marché public de services portant sur des prestations de médiation de nuit sur le territoire de la commune d'Arcueil.

Par une ordonnance n° 1410160 du 17 décembre 2014, le juge des référés du tribunal administratif de Melun a fait droit à cette demande.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 2 et 19 janvier 2015 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'association Optima demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande présentée par la société Groupe Progard France devant le tribunal administratif de Melun ;

3°) de mettre à la charge de la société Groupe Progard France le versement de la somme de 7 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code des marchés publics ;
- le code de la sécurité intérieure ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Frédéric Dieu, maître des requêtes,
- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Barthélemy, Matuchansky, Vexliard, Poupot, avocat de l'association Optima, à la SCP Garreau, Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, avocat de la société Groupe Progard France, et à la SCP Lyon-Caen, Thiriez, avocat de la commune d'Arcueil ;

1. Considérant qu'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 (...) " ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 de ce 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. (...) " ; que, selon l'article L. 551-10 du même code : " Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué (...) " ;

2. Considérant qu'aux termes du 1° du I de l'article 35 du code des marchés publics : " Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés négociés dans les cas définis ci-dessous. / I. - Peuvent être négociés après publicité préalable et mise en concurrence : / 1° Les marchés et les accords-cadres pour lesquels, après appel d'offres ou dialogue compétitif, il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter (...) Une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer. / Les conditions initiales du marché ne doivent toutefois pas être substantiellement modifiées. / Le pouvoir adjudicateur est dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité s'il ne fait participer à la négociation que le ou les candidats qui, lors de la procédure antérieure, ont soumis des offres respectant les exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation des offres. " ;

3. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Melun que la commune d'Arcueil a lancé, selon la procédure d'appel d'offres ouvert, une consultation en vue de l'attribution d'un marché ayant pour objet des prestations de " médiation de nuit " sur son territoire ; que, par une lettre du 29 septembre 2014, les deux candidats ayant déposé une offre, l'association Optima et la société Groupe Progard France, ont été informés par la commune d'Arcueil de ce que la procédure avait été déclarée infructueuse au motif que leurs offres excédaient les crédits alloués au budget annuel de la commune pour les prestations du marché et étaient en conséquence inacceptables et de ce que, en application du 1° du I de l'article 35 du code des marchés publics, elle avait décidé de lancer une procédure négociée sur la base du même cahier des charges avec les deux candidats ayant soumissionné à l'appel d'offres ; qu'à l'issue de cette procédure, l'offre de l'association Optima a été retenue ; que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Melun a, sur recours de la société Groupe Progard France, annulé la procédure de passation litigieuse au motif que l'offre de l'association Optima était inacceptable ;

4. Considérant qu'aux termes du III de l'article 53 du code des marchés publics : " Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées (...) " ; qu'aux termes du 1° de l'article L. 611-1 du code de la sécurité intérieure : " Sont soumises aux dispositions du présent titre, dès lors

qu'elles ne sont pas exercées par un service public administratif, les activités qui consistent : 1° A fournir des services ayant pour objet la surveillance humaine ou la surveillance par des systèmes électroniques de sécurité ou le gardiennage de biens meubles ou immeubles ainsi que la sécurité des personnes se trouvant dans ces immeubles ; " ; qu'aux termes de l'article L. 612-1 du même code : " Seules peuvent être autorisées à exercer à titre professionnel, pour elles-mêmes ou pour autrui, les activités énumérées aux 1° à 3° de l'article L. 611-1 (...) : 1° Les personnes physiques ou morales immatriculées au registre du commerce et des sociétés ; (...) " ; qu'aux termes de l'article L. 612-6 dudit code : " Nul ne peut exercer à titre individuel une activité mentionnée à l'article L. 611-1, ni diriger, gérer ou être l'associé d'une personne morale exerçant cette activité, s'il n'est titulaire d'un agrément délivré selon des modalités définies par décret en Conseil d'Etat. " ;

5. Considérant que, pour juger inacceptable l'offre de l'association Optima, le juge des référés du tribunal administratif de Melun a estimé que l'activité de médiation de nuit confiée au titulaire du marché litigieux comportait, en ce qu'elle incluait la prévention des conflits et une " veille technique ciblée ", des missions de sécurisation des personnes et des biens assimilables à des services ayant pour objet la surveillance ou le gardiennage de biens meubles ou immeubles ainsi que la sécurité des personnes se trouvant dans ces immeubles, au sens des dispositions précitées du 1° de l'article L. 611-1 du code de la sécurité intérieure, et ne pouvait en conséquence être exercée que par une personne physique ou morale inscrite au registre du commerce et des sociétés et bénéficiant d'un agrément ;

6. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés, en particulier de l'article 1er du cahier des clauses techniques particulières, que les prestations de médiation de nuit objet du marché consistaient, pour les médiateurs, à assurer, sur l'ensemble du territoire de la commune d'Arcueil, une présence destinée, globalement, à entretenir et renforcer les relations avec et entre les habitants, à prévenir et apaiser les conflits pouvant s'élever entre eux et à signaler le cas échéant aux autorités compétentes, en particulier aux forces de police, seules chargées d'assurer l'ordre et la tranquillité publics, la survenue de troubles à l'ordre public ainsi que les dysfonctionnements pouvant affecter les immeubles de certains bailleurs ; que les prestations de médiation de nuit objet du marché ne visaient ainsi ni à assurer la surveillance ou le gardiennage de biens meubles ou immeubles précisément identifiés ni à assurer la sécurité des personnes se trouvant dans de tels immeubles ; que, par suite, en estimant que ces prestations relevaient des activités de surveillance ou gardiennage énoncées au 1° de l'article L. 611-1 du code de la sécurité intérieure, le juge des référés a inexactement qualifié les faits ;

7. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, que l'association Optima est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

8. Considérant qu'il y a lieu, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société Groupe Progard France ;

9. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction, et qu'ainsi qu'il a été dit, les prestations de médiation de nuit objet du marché litigieux ne peuvent être assimilées à des services ayant pour objet la surveillance ou le gardiennage de biens meubles ou immeubles ainsi que la sécurité des personnes se trouvant dans ces immeubles au sens du 1° de l'article L. 611-1 du code de la sécurité intérieure ; que, par suite, la société Groupe Progard France n'est pas fondée à soutenir que l'exécution des prestations objet du marché ne pourrait être prise en charge, en application des articles L. 612-1 et L. 612-6 du même code, que par une personne physique ou morale immatriculée au registre du commerce et des sociétés et détentrice d'un agrément et ne pourrait en conséquence être confiée à une structure associative telle que l'attributaire du marché ;

10. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 66 du code des marchés publics : " I. - Une lettre de consultation est envoyée simultanément à tous les candidats sélectionnés. Cette lettre de consultation comporte au moins : 1° Les documents de la consultation ou, s'ils ne sont pas détenus par le pouvoir adjudicateur, l'adresse du service auprès duquel les documents de la consultation peuvent être immédiatement obtenus sur demande et la date limite pour présenter cette demande, ou encore les conditions d'accès à ces documents s'ils sont mis à disposition directe par voie électronique ; 2° La date et l'heure limites de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et la mention de l'obligation de les rédiger en langue française ; 3° Les références de l'avis d'appel public à la concurrence publié ; 4° Le cas échéant, la date limite pour demander des documents complémentaires ; 5° La liste des documents à fournir avec l'offre. " ;

11. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la lettre du 29 septembre 2014 adressée par la commune d'Arcueil aux deux candidats invités à négocier en raison du caractère infructueux de la procédure initiale d'appel d'offres ouvert indiquait explicitement que les documents de la consultation étaient inchangés ; que, par suite, la circonstance que cette lettre n'était pas accompagnée des documents mentionnés aux 1°, 3° et 5° de l'article 66 du code des marchés publics ne constitue pas un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; que si cette lettre n'indiquait pas aux candidats la date et l'heure limites de réception des offres, il ne résulte pas, en tout état de cause, de l'instruction que l'absence de cette indication dans cette lettre ait été susceptible de léser la société Groupe Progard France qui a pu, dans le cadre de la négociation, déposer utilement une nouvelle offre ;

12. Considérant que les dispositions précitées de l'article 35 du code des marchés publics ne font pas obstacle à ce qu'après que les offres ont été déclarées inacceptables, la procédure négociée s'engage sur la base des mêmes documents et que le pouvoir adjudicateur se borne à demander aux candidats de réviser leurs prix à la baisse ; que, dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur détermine librement les modalités de discussion des offres mais ne peut engager la négociation avec plusieurs des candidats que dans le respect du principe d'égalité de traitement ; qu'il résulte de l'instruction que la société Groupe Progard France, qui a pu déposer une nouvelle offre comportant un prix plus faible que celui de son offre initiale, a été traitée de manière identique à l'association Optima et que la circonstance que les négociations n'auraient pas été très développées est indifférente ; que la société n'est donc pas fondée à soutenir que la négociation se serait déroulée dans des conditions irrégulières ;

13. Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes de l'article 46 du code des marchés publics : " I. - Sous réserve des dispositions du VI de l'article 45, le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché produit en outre : 1° Les pièces prévues aux articles D. 8222-5 ou D. 8222-7 et D. 8222-8 du code du travail ; ces pièces sont à produire tous les six mois jusqu'à la fin de l'exécution du marché ; 2° Les attestations et certificats délivrés par les administrations et organismes compétents prouvant qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales. (...) III. - Le marché ne peut être attribué au candidat dont l'offre a été retenue que si celui-ci produit dans le délai imparti les certificats et attestations prévus au I et au II. S'il ne peut produire ces documents dans le délai imparti, son offre est rejetée et le candidat éliminé. / Le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les certificats et attestations nécessaires avant que le marché ne lui soit attribué. (...) " ;

14. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché doit produire des documents attestant notamment qu'il est à jour de ses obligations fiscales et sociales avant la signature du marché ; qu'à défaut, son offre doit être rejetée, le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne pouvant se voir attribuer le marché ; que si la

société requérante peut utilement soulever un tel moyen, il résulte, en l'espèce, de l'instruction que l'association Optima a fourni l'ensemble de ces documents à la commune d'Arcueil ; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 46 du code des marchés publics ne peut qu'être écarté ;

15. Considérant, en quatrième lieu, que la circonstance que l'association Optima ait perçu des subventions de la part de la commune d'Arcueil ne saurait à elle seule, en l'absence de tout élément de nature à constituer un avantage conféré à l'association dans le cadre de l'élaboration et de l'examen de son offre au cours de cette procédure et alors qu'il ne résulte pas de l'instruction, et qu'il n'est d'ailleurs pas allégué par la société Groupe Progard France, que cette offre aurait été anormalement basse, caractériser un manquement de la commune d'Arcueil au respect de l'égalité de traitement entre les candidats ;

16. Considérant, enfin, qu'aux termes de l'article 10 du code des marchés publics : " Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés (...) " ; qu'ainsi qu'il a été dit au point 6 , le marché vise à assurer la présence, la nuit, sur le territoire de la commune, d'une équipe d'animateurs ayant pour tâches la prévention ou le règlement des difficultés par le dialogue et la médiation ; qu'un tel marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, selon les lieux ou les difficultés à prévenir ou à régler ; que la commune d'Arcueil ne peut ainsi être regardée comme ayant manqué à ses obligations de mise en concurrence en recourant à un marché global ;

17. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'examiner le moyen en défense de la commune d'Arcueil et de l'association Optima tiré de l'irrégularité de l'offre de la société Groupe Progard France, que la demande de cette dernière ne peut qu'être rejetée ;

18. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de l'association Optima qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il y a lieu, en revanche, au titre des mêmes dispositions, de mettre à la charge de la société Groupe Progard France la somme de 4 500 euros à verser à l'association Optima au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens, tant devant le tribunal administratif de Melun que devant le Conseil d'Etat et la somme de 1 500 euros à verser à la commune d'Arcueil ;

DECIDE :

-----

Article 1er : L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Melun du 17 décembre 2014 est annulée.

Article 2 : La demande présentée par la société Groupe Progard France devant le tribunal administratif de Melun est rejetée.

Article 3 : La société Groupe Progard France versera une somme de 4 500 euros à l'association Optima et une somme de 1 500 euros à la commune d'Arcueil en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions présentées par la société Groupe Progard France en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à l'association Optima, à la société Groupe Progard France et à la commune d'Arcueil.