**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MELUN**

N° 1410160

Société Groupe Procard France

Mme Bruston
Juge des référés

Ordonnance du 17 décembre 2014

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Melun,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 27 novembre 2014, présentée pour la société Groupe Procard France, dont le siège social est sis 65 rue Orbe à Rouen (76000), par le cabinet Palmier & associés ; la société Groupe Procard demande au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure de passation d'un marché public de services portant sur des prestations de médiation de nuit lancée par la commune d'Arcueil ;

2°) de mettre à la charge de la commune d'Arcueil la somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- le courrier valant lettre de consultation dans le cadre de la procédure négociée ne précise pas la date et l'heure limite de réception de l'offre et les documents à produire à l'appui de la nouvelle offre en méconnaissance des dispositions de l'article 66-I du code des marchés publics ;

- la commune d'Arcueil n'a pas engagé de négociations avec elle suite au dépôt de sa nouvelle offre en méconnaissance des dispositions de l'article 66-V et VI du code des marchés publics ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 11 décembre 2014, présenté par la commune d'Arcueil qui conclut, à titre principal, au rejet de la requête et à ce que la somme de 4 000 euros soit mise à la charge de la société requérante en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et, à titre subsidiaire, à l'annulation de la procédure de passation au stade où le manquement reproché est intervenu et à ce qu'il lui soit enjoint, si elle entend poursuivre la procédure de passation, de la reprendre au stade de l'invitation des candidats à négocier ;

Elle soutient que :

- la lettre de consultation du 29 septembre 2014, qui mentionnait que la négociation serait menée sur la base du même cahier des charges, n'avait pas à contenir d'autres indications et que les précisions sur les documents à produire ont bien été apportées à la société requérante qui a envoyé une nouvelle offre ;

- la société requérante n'établit pas qu'elle aurait été lésée par le manquement invoqué tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 66-I du code des marchés publics ;

- elle a mené une négociation avec l'ensemble des candidats ayant précédemment remis une offre et elle n'était pas tenue d'organiser une réunion de négociation, la négociation pouvant prendre la forme d'échanges de courriers électroniques ou de discussions par téléphone ;

- la société requérante n'établit pas qu'elle aurait été lésée par le manquement invoqué tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 66-V et VI du code des marchés publics alors qu'elle a indiqué avoir remis sa meilleure offre ;

- la société requérante est insusceptible d'avoir été lésée par les moyens qu'elle invoque dès lors que son offre était irrégulière en ce qu'elle ne prévoyait pas la reprise des personnels en place comme exigé par les documents de la consultation et ce, en vertu de l'article L. 1224-1 du code du travail ;

- aucun moyen ne justifie l'annulation de la procédure de passation ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 11 décembre 2014, présenté par l'association Optima qui conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 5 000 euros soit mise à la charge de la société requérante en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- la commune d'Arcueil n'a pas méconnu les dispositions de l'article 66 du code des marchés publics et aucun des moyens soulevés n'est susceptible d'avoir lésé la société requérante ;

- aucun des vices invoqués n'est susceptible d'entraîner l'annulation de la procédure de passation ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 12 décembre 2014, présenté par la société Groupe Procard France qui conclut aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens ;

Elle soutient, en outre, que :

- son offre n'était pas irrégulière dès lors que l'article L. 1224-1 du code du travail n'est pas applicable, que l'annexe à l'acte d'engagement, qui prévaut sur les autres pièces du marché, précise qu'aucune convention collective n'est applicable et qu'en tout état de cause, d'une part, la convention collective des entreprises de prévention et de sécurité ne prévoit pas la reprise de l'ensemble des personnels, d'autre part, si l'on considère que la reprise est prévue par les stipulations contractuelles, l'accord des salariés est obligatoire et doit être exprès ce qui justifie un entretien préalable avec chacun d'entre eux ;

- le motif d'irrégularité de l'offre invoqué en défense ne saurait, en tout état de cause, être retenu dès lors qu'elle a toujours indiqué qu'elle appliquerait la reprise du personnel conformément à la réglementation applicable ;

- à supposer l'offre irrégulière, cette irrégularité résulte directement des ambiguïtés du cahier des charges ;

- dès lors qu'il s'agit d'une procédure négociée, la commune d'Arcueil était tenue de l'inviter à régulariser son offre si elle l'estimait irrégulière ;

- l'attribution du marché à l'association Optima est irrégulière en l'absence de production des attestations fiscales et sociales et de la liste nominative des salariés étrangers employés visées à l'article 6.2 du règlement de la consultation et ce, en méconnaissance de l'article 46 du code des marchés publics ;

- l'attribution du marché à l'association Optima viole le principe d'égalité entre les candidats en raison des subventions publiques versées par la commune d'Arcueil à cette association ;

- l'offre de l'association Optima présente un caractère inacceptable dès lors que, alors que le marché porte sur des activités de sécurité, l'attributaire n'est pas inscrit au registre du commerce et des sociétés comme l'exigent les dispositions de l'article L. 612-1 du code de la sécurité intérieure et n'est pas titulaire de l'agrément exigé par l'article L. 612-6 du même code ;

- elle est nécessairement lésée par l'admission irrégulière de l'offre de l'attributaire ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 15 décembre 2014, présenté par l'association Optima qui conclut aux mêmes fins que précédemment ;

Elle soutient, en outre, que :

- la société requérante ne peut en aucun cas être lésée par les manquements qu'elle invoque dès lors que son offre est irrégulière en ce qu'elle méconnaît l'article L. 1224-1 du code du travail auquel se réfèrent expressément les documents de la consultation ;

- le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 46 du code des marchés publics est inopérant dans le cadre d'un référé précontractuel et, en tout état de cause, cet article n'a pas été méconnu ;

- le principe d'égalité entre les candidats n'a pas davantage été méconnu, aucune disposition ne faisant obstacle à ce qu'une association se porte candidate à l'attribution d'un marché public ;

- les dispositions du code de la sécurité intérieure ne sont pas applicables au marché en cause qui ne comprend que des missions de médiation ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 15 décembre 2014, présenté par la commune d'Arcueil qui maintient ses précédentes écritures et reprend les arguments développés par l'association Optima ;

Vu les mémoires en réplique, enregistrés le 15 décembre 2014, présentés par la société Groupe Procard France qui conclut aux mêmes fins que précédemment par les mêmes moyens ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code du travail ;

Vu le code de la sécurité intérieure ;

Vu la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité du 15 février 1985, étendue par arrêté du 25 juillet 1985 et l'accord du 5 mars 2002 relatif à la reprise du personnel qui y est attaché ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision en date du 1^{er} septembre 2014, par laquelle la présidente du tribunal a désigné Mme Bruston, premier conseiller, pour statuer sur les référés en matière de passation de contrats et marchés ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir, au cours de l'audience publique du 15 décembre 2014, présenté son rapport et entendu :

- les observations de Me Palmier pour la société Groupe Progard France qui a repris ses conclusions et moyens et a insisté sur la régularité de l'offre de la société requérante, sur le non respect par l'association Optima du délai de huit jours fixé par l'article 6-2 du règlement de la consultation pour adresser au pouvoir adjudicateur les documents visés à l'article 46 du code des marchés publics, sur le caractère inacceptable de l'offre de l'association Optima qui ne respecte pas les dispositions du code de la sécurité intérieure, sur la rupture d'égalité entre les candidats du fait des subventions publiques versées à l'association Optima et sur l'absence de négociations menées conformément aux exigences de l'article 66 du code des marchés publics ;

- les observations de Me Juffroy et de M. Dossikian pour la commune d'Arcueil qui ont repris leurs conclusions et moyens et ont précisé que la société Groupe Progard France était insusceptible d'être lésée par les manquements qu'elle invoque en raison notamment de l'important écart de notation entre son offre et celle de l'association Optima sur les critères autres que le prix et ont insisté sur l'irrégularité de l'offre de la société requérante qui ne prévoit qu'une reprise conditionnée du personnel, sur le caractère inopérant du moyen tiré de la méconnaissance de l'article 46 du code des marchés publics en référé précontractuel et sur la circonstance que les documents mentionnés à l'article 46 du code des marchés publics ont bien été transmis par l'association Optima, ont soutenu, en outre, que le moyen tiré de la méconnaissance du code de la sécurité intérieure est inopérant au stade des négociations dès lors qu'il concerne la recevabilité de la candidature et non la régularité de l'offre et que le marché porte sur des prestations de médiation sociale qui prennent fin à 22 h 00 et non sur des prestations de sécurité, et ont ajouté que l'association Optima ne percevait plus de subventions de la commune en raison de la fin de la convention d'objectifs qui les prévoyait ;

- les observations de Me Cazo pour l'association Optima qui a repris ses conclusions et moyens et fait valoir qu'il adhère aux observations de la commune d'Arcueil ;

1. Considérant que la commune d'Arcueil a lancé, selon la procédure d'appel d'offre ouvert, une consultation en vue de l'attribution d'un marché de médiation de nuit sur son territoire ; que, par une lettre du 29 septembre 2014, la société Groupe Progard France a été informée que la procédure avait été déclarée infructueuse au motif que toutes les offres financières proposées par les candidats excédaient les crédits alloués au budget annuel de la commune pour les prestations du marché et que la commune avait décidé de lancer une procédure négociée sur la base du même cahier des charges avec l'ensemble des candidats ayant soumissionné à l'appel d'offre en application de l'article 35 I 1^o du code des marchés publics ; que, par un courrier du 18 novembre 2014, la société requérante a été informée du rejet de sa nouvelle offre et de l'attribution du marché à l'association Optima ; que la société Groupe Progard France demande l'annulation de la procédure de passation du marché public de services portant sur des prestations de médiation de nuit lancée par la commune d'Arcueil ;

2. 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 (...)* » ;

Sur la régularité de l'offre de la société Groupe Progard France :

3. Considérant qu'aux termes de l'article L. 1224-1 du Code du travail : « *Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* » ; qu'il résulte des stipulations de l'accord du 5 mars 2002 relatif à la reprise du personnel, attaché à la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité du 15 février 1985 étendue par arrêté du 25 juillet 1985, que la conclusion d'un contrat portant sur des prestations relevant de cette convention collective implique en cas de changement de prestataire, que l'entreprise retenue reprenne au moins 85 % des personnels transférables dans la limite du nombre de personnels nécessaires à l'exécution du contrat ; que l'acte d'engagement du marché litigieux comprend une annexe intitulée « *Liste des personnels concernés par les dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail* » qui prend la forme d'un tableau mentionnant la situation des personnels antérieurement affecté à l'activité de médiation de nuit ; qu'aux termes de l'article 2.1 du cahier des clauses techniques particulières : « *Conformément à l'article L. 1224-1 du code du travail, vu la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité du 15 février 1985, à l'arrêté du 29 novembre 2012 " portant extension d'un avenant à un accord conclu dans le cadre de la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité (n°1351)" et l'accord du 5 mars 2002 relatif à la reprise du personnel, la nouvelle structure assurera la reprise du personnel dont les contrats de travail subsiste* » ;

4. Considérant que la commune d'Arcueil et l'association Optima soutiennent que l'offre de la société requérante est irrégulière en ce qu'elle ne prévoit pas la reprise de l'intégralité du personnel affecté à l'activité visée par le marché et que cette société est, par suite, insusceptible d'être lésée par les manquements qu'elle invoque ;

5. Considérant que les stipulations précitées du règlement de la consultation prévoient la reprise, par le titulaire du marché, du personnel antérieurement affecté à l'activité de médiation de nuit uniquement dans le cadre fixé par les dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail et de la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité du 15 février 1985 ; que, la perte d'un marché public n'entraînant pas à elle seule le transfert des contrats de travail en l'absence de transfert des éléments corporels ou incorporels nécessaires à l'activité, l'article L. 1224-1 du code du travail n'est pas applicable au marché objet de la consultation qui ne prévoit le transfert d'aucun élément d'exploitation ; que, par suite, l'offre de la société

requérante, qui mentionne que l'article L. 1224-1 du code du travail n'est pas applicable et envisage le transfert d'une partie du personnel dans les conditions édictées par la convention collective, ne méconnaît pas les exigences posées par le pouvoir adjudicateur en matière de reprise du personnel et n'est donc pas irrégulière ;

Sur la régularité de l'offre de l'association Optima :

6. 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° du I de l'article 35 : « *(...) Une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur (...)* » ; qu'aux termes 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.* » ; que l'article 1^{er} du cahier des clauses techniques particulières définit ainsi les missions objet du marché : « *2- Prévenir les conflits : Les médiateurs devront, dans la mesure de leurs moyens, empêcher l'émergence de troubles sur la voie publique et gérer les éventuels conflits impliquant les habitants (...) les médiateurs devront identifier les situations susceptibles de générer un trouble dans les espaces publics et chez les bailleurs sociaux (...) en cas de troubles à l'ordre à l'ordre public, les médiateurs prendront attache avec la Police Nationale et/ou le correspondant du Parquet dans les meilleurs délais. Ils veilleront à résoudre le conflit ou à en limiter les conséquences dans l'attente de l'intervention des services compétents (...) 5- Effectuer une veille technique "ciblée" : Au travers de la veille technique sur les espaces publics ou sur le patrimoine des bailleurs signataires de la convention, les médiateurs contribuent à l'identification des dysfonctionnements techniques matériels pouvant générer un risque pour l'habitant ou être révélateur de certains comportements déviants (dégradations, souillures...). / Cette veille devra être ciblée et reposera sur des critères précis concernant les choix des dysfonctionnements à signaler. Ces critères devront être liés à la sécurité des habitants (éclairage, ascenseur ...) (...)* » ;

7. Considérant qu'il résulte des stipulations précitées du cahier des clauses techniques particulières que le marché objet de la consultation inclut, outre des missions de médiation à caractère social, des missions de sécurisation des personnes et des biens entrant dans le champ d'application de l'article L. 611-1 1° du code de la sécurité intérieure ; que de telles prestations ne peuvent légalement être réalisées, en application des articles L. 612-1 et L. 612-6 du même code, que par une société inscrite au registre du commerce et des sociétés et bénéficiant d'un agrément à cette fin ; que l'offre de l'association Optima prévoit que les prestations seront réalisées directement par cette association qui, en raison de sa forme associative, n'est pas inscrite au registre du commerce et des sociétés et qui n'est pas titulaire de l'agrément mentionné à l'article L. 612-6 du code de la sécurité intérieure ; que, par suite, l'offre de l'association Optima, qui méconnaît ainsi les dispositions du code de la sécurité intérieure, doit être regardée comme prévoyant des conditions d'exécution méconnaissant la législation en vigueur et est donc inacceptable ; qu'en retenant l'offre de l'association Optima et en décidant d'attribuer le marché

à cette association, la commune d'Arcueil a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que ce manquement, qui porte sur la désignation de l'attributaire du marché, est susceptible d'avoir lésé la société requérante qui a été admise à négocier et dont l'offre n'est pas irrégulière ainsi qu'il a été dit ci-dessus ;

8. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres manquements invoqués, la société Groupe Progard France est fondée à demander l'annulation de la procédure litigieuse à compter de l'examen des offres ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

9. Considérant qu'aux termes 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. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. » ;

10. Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société requérante, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, les sommes que demandent la commune d'Arcueil et l'association Optima au titre des frais exposés par elles et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner la commune d'Arcueil à verser à la société Groupe Progard France la somme 3 000 euros en application des mêmes dispositions ;

ORDONNE

Article 1^{er} : la procédure de passation du marché public de services portant sur des prestations de médiation de nuit lancée par la commune d'Arcueil est annulée à compter de l'examen des offres.

Article 2 : La commune d'Arcueil versera à la société Groupe Progard France une somme de 1 500 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

№1410160

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Groupe Progard France, à la commune d'Arcueil et à l'association Optima.

Fait à Melun, le 17 décembre 2014

Le juge des référés,

S. Bruston

La République mande et ordonne au préfet du Val-de-Marne en ce qui le concerne et à tous huissiers à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées de pourvoir à l'exécution du présent jugement.

Pour expédition conforme
Le greffier,

P. Armand