

Audience collégiale du 30 mars 2023
Affaire 2003697 : Greta Midi-Pyrénées SUD c/ Dpt. de l'Ariège
Rapporteur : SH

CONCLUSIONS

M. Raphaël Farges, rapporteur public

* * *

[Extrait]

Le département de l'Ariège a lancé en juillet 2019 une procédure de passation sous la forme d'un appel d'offre pour la conclusion d'un marché ayant pour objet le recrutement des référents uniques externes pour l'accompagnement des bénéficiaires du RSA. Le GRETA Midi-Pyrénées Sud, titulaire du précédent marché, ainsi que l'association « Action pour le conseil et le recrutement » (ACOR) ont chacun déposé une offre pour les lots 1, 3 et 4, mais dans la mesure où, selon le pouvoir adjudicateur, le montant de leurs offres excédait les crédits budgétaires alloués au projet, la procédure a été déclarée sans suite. A par la suite été relancée une procédure négociée et seuls les deux candidats précités ont été admis à y participer.

L'association ACOR a finalement été désignée attributaire des trois lots avec la note de 85/100 sur chacun des lots, tandis que le GRETA s'était vu attribuer la note de 78,80/100 pour chaque lot.

Après avoir eu connaissance du rejet de son offre, le GRETA a formé le 10 février 2020, complété le 10 avril suivant, un recours préalable auprès du département en demandant à ce dernier d'annuler ou de résilier le marché conclu avec l'association ACOR et de l'indemniser pour le manque à gagner subi. Face au refus du département, le GRETA vous a saisi d'un recours en contestation de la validité du contrat, assorti de conclusions indemnitaires tendant à la réparation des préjudices subis au titre de son manque à gagner.

S'agissant d'un contrat conclu postérieurement au 4 avril 2014, il vous appartiendra d'appliquer les principes issus de la jurisprudence « Département de Tarn-et-Garonne », du 4 avril 2014, n°358994 ». Depuis cette décision d'assemblée de la haute juridiction, 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.

A l'exception des tiers dits « privilégiés » que sont les préfets de département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité concernée, les autres tiers ne peuvent invoquer à l'appui d'un tel recours que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office.

Lorsque le vice a passé ce double filtre tenant à la recevabilité du recours et à l'opérance du moyen et qu'il s'avère fondé, alors il appartient au juge de prendre en compte la nature du ou des vices entachant la validité du contrat, et de décider soit de la poursuite de l'exécution de ce dernier, soit de l'adoption d'une mesure de régularisation dans un délai déterminé, soit de prononcer la résiliation du contrat, éventuellement avec un effet différé et sous réserve que cela ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit enfin, de l'annulation totale ou partielle du contrat. Précisons que cette dernière solution n'est possible que 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.

Pour apprécier l'opérance des différents moyens soulevés par le GRETA, il vous faudra garder à l'esprit qu'un concurrent évincé, outre les vices d'ordre public, ne peut utilement invoquer que les manquements aux règles applicables à la procédure de passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction. (CE, Section, 2016, Syndicat mixte des transports en commun Hérault transport, n° 383149, A). Par tradition en jurisprudence, sont considérés comme opérants, les manquements ayant pu réduire les chances du requérant de répondre de façon adaptée aux attentes de l'administration, les manquements ayant conduit à écarter ou à disqualifier à tort la candidature ou l'offre du requérant ou encore ceux ayant conduit à retenir indûment l'attributaire.

1. Le premier moyen soulevé par le GRETA consiste à dire que la procédure de passation litigieuse serait irrégulière au motif que le département n'aurait pas prévu la reprise du personnel de la maison de la solidarité par le nouvel attributaire, ce qui aurait eu pour effet de fausser le prix de l'offre de l'association ACOR.

Sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, et afin de maintenir les droits des salariés en cas de transferts d'entreprises, l'article L. 1224-1 du code du travail prévoit (nous citons) : « 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 ».

Dans le même sens, l'article L. 1224-3-1 de ce même code dispose (citation) : « Sous réserve de l'application de dispositions législatives ou réglementaires spéciales, lorsque l'activité d'une personne morale de droit public employant des agents non titulaires de droit public est reprise par une personne morale de droit privé ou par un organisme de droit public gérant un service public industriel et commercial, cette personne morale ou cet organisme propose à ces agents un contrat régi par le présent code. / Le contrat proposé reprend les clauses substantielles du contrat dont les agents sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération. »

La plus haute juridiction a eu l'occasion de juger que ces dispositions du code du travail trouvent à s'appliquer, notamment lorsqu'à l'occasion de la perte d'un marché, s'opère un transfert par un employeur à un autre employeur d'une entité économique autonome, conservant son identité, et dont l'activité est poursuivie et reprise par le nouvel employeur. Constitue une entité économique un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre. Le transfert d'une telle entité ne s'opère que si des moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de l'entité sont repris, directement ou indirectement, par un autre exploitant. (CE, 2011, Sté Bureau Veritas et Egis Avia, n° 341323, en B ; CAA de Paris, 2017, Sté Citelum, 15PA00443).

Pour que la notion d'entité économique soit retenue et avec elle l'obligation de reprise du personnel, trois conditions cumulatives doivent être réunies, à savoir la continuité de l'activité entre l'ancien titulaire et le nouveau, mais également la reprise par ce dernier des moyens humains et matériels significatifs. (Voir pour des exemples d'application de ces conditions : CAA Paris, 2017, n° 15PA00443 et plus récemment CAA Bordeaux, 2022, Ass° UCPA Sport Loisirs, n°20BX03887).

La comparaison entre l'ancien et le nouveau marché nous amène à considérer que le marché attribué à l'association ACOR porte sur une activité économique comparable à celle exercée auparavant par la maison des solidarités du GRETA, c'est-à-dire l'accompagnement des bénéficiaires du RSA en Ariège avec deux types d'accompagnements particuliers concernant leur

projet professionnel et la consolidation d'activité. Pour tenter de vous convaincre du contraire, le département en défense explique que les deux marchés étaient structurés d'une manière différente avec quatre lots pour le marché du Greta contre six lots pour le nouveau marché, et que la nature de l'accompagnement aurait évolué avec désormais un accompagnement spécifique et renforcé pour les jeunes de 26 à 30 ans, les agriculteurs et les activités non-salariés.

En y regardant de plus près, s'il est vrai que le nouveau marché comportait six lots contre quatre auparavant, les quatre premiers lots déterminés sur la base de zones géographiques sont en réalité identiques dans les deux marchés. Un accompagnement renforcé a certes été prévu pour les jeunes et les agriculteurs à travers les deux derniers lots, mais ce public n'était pas pour autant exclu de l'activité d'accompagnement confiée jusqu'alors au GRETA dans le cadre du précédent marché. Il y a donc bien une continuité de l'activité économique, celle-ci ayant simplement été précisée et élargie sur certains aspects.

En revanche, la condition afférente à la reprise des moyens matériels significatifs n'est selon nous pas remplie en l'espèce. En effet, au-delà du fait que le cahier des clauses techniques particulières du marché en litige stipulait que le nouveau titulaire devait disposer de locaux avec un équipement informatisé et adapté à l'accueil du public, il résulte de l'instruction que l'association ACOR ne s'est pas installée dans les locaux de l'ancienne maison des solidarités, mais dispose, pour l'exécution de ses prestations, de nouveaux locaux fournis en partie par le département et d'autres personnes publiques avec son propre matériel informatique et mobilier de bureau. La seule circonstance que le GRETA ait transmis au département les listings des bénéficiaires du RSA pour le nouvel attributaire du marché ne saurait suffire à caractériser une appropriation des éléments d'exploitation corporels et incorporels significatifs nécessaires à la poursuite de l'activité, ni, par voie de conséquence, un transfert d'une entité économique autonome au sens et pour l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail. A partir de là, en s'abstenant de prévoir le transfert des agents du GRETA dans les obligations contractuelles du nouvel attributaire du marché, le département n'a pas méconnu l'article précité du code du travail.

2. Le GRETA poursuit dans sa contestation de la validité du contrat en soutenant que le recours à la procédure négociée n'était pas justifié dès lors que le caractère inacceptable des offres ne serait pas démontré et qu'en conséquence cela aurait indument permis à l'attributaire d'améliorer son offre.

Rappelons que selon le 6° de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique, le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés via une procédure négociée, lorsque dans le cadre d'un appel d'offre, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées, sous réserve que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées. La procédure négociée

est définie à l'article L. 2124-3 du même code comme la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

Telle que définit à l'article L. 2152-3 du code de la commande publique : « 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. »

Selon une jurisprudence constante une offre ne peut être déclarée inacceptable comme trop chère si l'estimation servant de base à son appréciation était irréaliste (CE, 1997, Préfet de Seine et Marne c/ OPAC de Meaux, n°160686). C'est au pouvoir adjudicateur qu'il appartient de démontrer que l'offre ne pouvait entrer dans l'enveloppe budgétaire, pour autant il est important de signaler que vous n'exercez qu'un contrôle restreint sur les décisions par lesquelles l'acheteur déclare infructueux un appel d'offres en raison du dépassement des crédits budgétaires alloués au marché (CE, 2012, Département des Hauts-de-Seine, n° 359921, aux T.)

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a informé le GRETA par un courrier du 17 octobre 2019 de ce que la procédure d'appel d'offres avait été déclarée sans suite en l'absence d'offre acceptable, dès lors que le montant des offres reçues dépassait tant l'estimation administrative que les crédits budgétaires alloués au marché, et qu'en conséquence la commission d'appel d'offre avait décidé de poursuivre la consultation selon la procédure négociée.

Tel que cela ressort des débats d'orientation budgétaire et de la délibération du conseil départemental y afférente, l'enveloppe allouée pour l'accompagnement des bénéficiaires du RSA avait été initialement fixée à 388 800 euros au moment où avait été lancée la procédure d'appel d'offres initiale. Or, le montant de l'offre alors déposée par le GRETA était bien supérieure à cette enveloppe puisqu'elle s'élevait à 520 960 euros, ce qui représentait un surcoût non négligeable de 34% par rapport à l'estimation fixée.

S'il est vrai que le précédent marché avait été attribué pour 404 642,50 euros, soit un montant supérieur au budget prévu pour le nouveau marché, la différence entre ces deux montants demeure limitée et ne saurait ainsi révéler une incohérence dans la fixation de la nouvelle enveloppe de 388 800 euros, et ce malgré le renforcement de certaines prestations. De plus, l'écart entre le montant des offres déposées et l'enveloppe fixée, s'il n'est pas négligeable, n'est pas pour autant d'une ampleur manifeste telle que cela révélerait une estimation irréaliste de la part du pouvoir adjudicateur.

Signalons que lorsque le montant de l'offre finalement retenue est supérieur à celui de l'offre

déclarée inacceptable, cette circonstance est en principe de nature à révéler le caractère irréaliste de l'estimation (Voir : CAA Paris, 2023, n°22PA0023). En l'espèce, nous sommes justement dans le cas contraire. Bien que l'offre finalement retenue à l'issue de la négociation était d'un montant supérieure au budget de départ, à savoir 484 030 euros, celle-ci demeure néanmoins inférieure au montant de l'offre initialement déposée par le GRETA dans le cadre de l'appel d'offres.

Dans ces conditions, et eu égard au contrôle restreint que vous exercez en la matière, nous pensons que c'est sans commettre d'erreur de droit ni d'erreur manifeste d'appréciation que le département de l'Ariège a pu déclarer les offres initiales inacceptables et finaliser la consultation dans le cadre d'une procédure négociée. Ajoutons en tout état de cause que le caractère inacceptable de l'offre initiale du GRETA ne l'a pas privé de la possibilité de participer à la procédure négociée et celui-ci a pu, au même titre que l'association ACOR, améliorer sa proposition dans le cadre des négociations, notamment d'un point de vue financier, ce qu'il n'a d'ailleurs pas manqué de faire puisque son offre après négociation s'élevait à 499 000 euros contre 520 960 à l'origine. Vous pourrez ainsi faire le choix d'écarter ce moyen comme inopérant, sans que cela ne constitue une véritable « encoche » à la jurisprudence « Sté Cerba » (CE, 2018, n°420654, au R.), dans laquelle, nous vous rappelons, que la plus haute juridiction a considéré que par principe un candidat évincé pouvait utilement contester la décision par laquelle son offre avait été écartée comme inacceptable, car vous êtes ici dans une situation différente de celle à laquelle était confrontée le Conseil d'Etat, en effet toutes les offres ont été déclarées inacceptables par le département de l'Ariège, y compris celle du futur titulaire et, le requérant, comme tous les candidats, ont pu continuer à participer à la consultation via la procédure négociée. Dans un cas analogue, vos collègues du tribunal administratif de Paris, dans un jugement isolé n°1608796 du 17 mai 2018, se sont prononcées dans le sens de l'inopérance après avoir retenu que c'était à tort que le pouvoir adjudicateur avait écarté les offres des candidats comme irrégulières ou inacceptables.

[...]

PCMNC :

- au rejet de la requête ;
- à ce que la somme de 1 500 euros soit mise à la charge du GRETA au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.