

La tentation du localisme caché

09/10/2018  Jean-Marc Binot

A l'occasion d'un récent rapport d'observations, une CRC a sorti un carton jaune à une collectivité qui avait inscrit dans un rapport d'analyse des offres que l'embauche de personnel local était un des « points forts » de l'opérateur finalement retenu. La collectivité avait aussi retenu « l'absence de proximité » du siège des soumissionnaires comme élément défavorable d'appréciation, sans qu'il ait été porté à la connaissance préalable des entreprises candidates.



« Les motifs tirés de la nécessité de favoriser l'emploi local (...) sont sans rapport avec la réglementation des marchés ». Le Conseil d'Etat le rappelait déjà il y a quatorze ans dans sa décision Ventenac-en-Minervois (CE, 29 juillet 1994, n° 131562), en insistant sur le fait que l'implantation locale d'une entreprise chargée des travaux n'était pas une condition de bonne exécution du contrat. C'est pourquoi la chambre régionale des Hauts-de-France, lorsqu'elle s'est penchée sur la commande publique de la ville de Loos (21 000 habitants, Nord), a tiqué au sujet d'un marché de surveillance du patrimoine immobilier communal attribué en 2015 à une société domiciliée à Villeneuve d'Ascq. Passée en MAPA (la prestation était estimée à 40 000 euros), la mise en concurrence a suscité le dépôt de douze offres au total. La ville avait choisi de se limiter aux deux critères traditionnels : la valeur technique (moyens humains et techniques, délais d'intervention), pondérée à 60%, et le prix. La CRC a été chagrinée de lire dans le rapport d'analyse des offres qu'une des personnes chargée d'examiner les propositions considérait le fait que « favoriser l'embauche du personnel loossois » était un des « points forts » de l'opérateur finalement retenu. Certes l'examen du dossier technique de l'offre transmise par cette société ne fait jamais référence à une préférence accordée aux habitants de Loos pour la constitution des équipes de gardiennage, mais pour la CRC « force est de constater que l'attribution de la note de 50 sur 60 pour

la valeur technique est, entre autres, justifiée par l'embauche du personnel loossois, relevé comme un « point fort » lors de l'analyse des offres ». Ce que la CRC n'a pas non plus apprécié, ce sont les mentions explicites portant sur la localisation des sociétés candidates. Le rapport met en avant que « l'absence de proximité » du siège social ou d'activité des candidats avec la ville de Loos a été retenue comme élément défavorable d'appréciation, sans qu'il ait été porté à la connaissance préalable des soumissionnaires.

Nid à contentieux

De son côté, la commune conteste la lecture de la CRC en prenant appui sur une grille d'analyse technique de synthèse qui ne fait pas mention d'un recours à l'embauche de personnel loossois pour la société retenue et fait remarquer que les sièges sociaux de candidats écartés étaient plus proches que la société attributaire. La CRC considère pour sa part qu'il peut être difficilement soutenu, a posteriori, qu'un rapport d'analyse signé n'a aucune valeur probante et que seul le document synthétique aurait été pris en compte pour justifier la décision d'attribution. De l'avis des avocats interrogés, ce type de pratiques est naturellement source de contentieux. Premier hic, les règles du jeu ne sont pas clairement énoncées.

La localisation d'une entreprise ne peut être employée comme moyen de sélection que si elle est liée à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution et sous réserve qu'elle n'emporte aucun effet discriminatoire

« La première chose, c'est d'éviter d'inscrire dans le rapport d'analyse des offres des éléments d'appréciation qui ne sont pas directement rattachables à des critères ou sous-critères énoncés dans le DCE. Ce type de critère occulte en général ne passe pas très bien auprès du juge administratif », alerte Thomas Forray, avocat au barreau de Paris qui cite à l'appui de sa démonstration une décision de la CAA de Marseille (N° 09MA01655, 27 février 2012, cabinet MPC). En l'espèce, la collectivité qui avait également utilisé un critère de proximité non mentionné dans son cahier des charges avait argué qu'il s'agissait d'un simple élément d'appréciation de la disponibilité du prestataire, critère indiqué dans le DCE. Mais le juge n'avait pas retenu ce moyen de défense. « Et à même supposer qu'ils aient été publiés, se pose la question de la légalité de ces critères », met en avant Me Thibaut Adeline-Devolvé, avocat associé au cabinet Adminis. « La localisation d'une entreprise ne peut être employée comme moyen de sélection que si elle est liée à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution et sous réserve qu'elle n'emporte aucun effet discriminatoire », insiste-t-il. Pour mémoire, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré, en 2005, que les critères d'évaluation liés à la présence d'installations de production sur un territoire étaient justement discriminatoires (Commission européenne contre Espagne, affaire C-158/03). Et imposer une implantation géographique, à l'image d'une antenne locale, est envisageable à la condition que l'objet du marché le justifie. « Dans le domaine de la proximité, il faut recommander la plus grande prudence », exprime Thomas Forray qui rappelle la dernière affaire jugée par le Conseil d'Etat au mois de septembre (voir l'article en lien).

Des critères subjectifs

Le risque pénal n'est pas absent de la scène. « En théorie, ces manquements correspondent aux éléments constitutifs d'un délit de favoritisme. En pratique, chaque manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ne donne pas lieu, fort heureusement, à des poursuites pénales, sinon cela aurait notamment pour effet d'encombrer les prétoires des chambres correctionnelles. Mais parfois, il arrive que la foudre tombe », prévient Alexandre Labetoule, avocat associé au cabinet CLL Avocats. Mais que faire lorsqu'on est acheteur et qu'on est écartelé entre le respect du droit et les injonctions éventuelles de sa hiérarchie ou des élus ? Alexandre Labetoule reconnaît que les acheteurs sont un peu entre le marteau et l'enclume.

D'un côté la philosophie juridique imposée par le droit communautaire résonne jusque dans les petits marchés et il n'est pas possible de donner un avantage à une entreprise locale par rapport aux autres candidats au motif qu'elle serait déjà implantée localement. De l'autre, il existe un discours national qui incite à développer l'emploi local...

« D'un côté la philosophie juridique imposée par le droit communautaire résonne jusque dans les petits marchés et il n'est pas possible de donner un avantage à une entreprise locale par rapport aux autres candidats au motif qu'elle serait déjà implantée localement. De l'autre, il existe un discours national qui incite à développer l'emploi local... » Pour autant, « il y a des façons plus subtiles de favoriser les entreprises locales, par exemple en imposant des délais, des contraintes que pourront respecter facilement des entreprises proches du lieu d'exécution du marché, mais qui n'écarteront pas ipso facto les autres candidats. Pour ces derniers, ces contraintes rejailliront naturellement sur leur prix. Il faut évidemment que tout ceci soit en lien avec l'objet du marché », poursuit l'avocat. « Favoriser une entreprise locale peut-être l'effet auquel aboutit la sélection des offres, sans que cette sélection ne puisse jamais légalement poursuivre cet objet, enchaîne Me Thibaut Adeline-Delvolvé. A côté de critères objectifs, tels que le nombre de salariés, les délais d'intervention, la qualification professionnelle, le taux d'encadrement dans le cadre d'un marché de gardiennage, peuvent exister des critères susceptible de faire l'objet d'une appréciation plus subjective tels que, par exemple, l'existence d'un interlocuteur encadrant toujours joignable quand il y a une urgence. Mais une telle subjectivité confine à l'hypocrisie la plus totale. Ces questions ravivent le serpent de mer du Small business act qui refait surface à chaque élection présidentielle », admet-il.

à propos de l'auteur



Jean-Marc Binot