

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MELUN**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

N°1107449/2

V.Y.P. AFFICHAGE ET COMMUNICATION

M. Bruand
Vice-président

Le Tribunal administratif de Melun,

Le juge des référés

Ordonnance du 21 octobre 2011

Vu la requête, enregistrée le 7 octobre 2011, présentée pour la société V.Y.P. AFFICHAGE ET COMMUNICATION, dont le siège est 3 bis rue Jean Jaurès à Epinay-Sous-Sénart (91860), par Me Moreau, avocat ; la société V.Y.P. AFFICHAGE ET COMMUNICATION demande au Tribunal sur le fondement des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

- d'ordonner la suspension et l'annulation de la procédure d'appel d'offres engagée par la commune de Villiers-sur-Marne en vue de conclure un marché de fourniture, installation, entretien et exploitation commerciale de mobiliers urbains publicitaires et non publicitaires sur son domaine public ;
- d'enjoindre à la commune de Villiers-sur-Marne d'engager une nouvelle procédure pour conclure le marché ;
- de mettre à la charge de la commune de Villiers-sur-Marne la somme de 3.000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que les modalités d'appréciation du critère « montant de la redevance » ont été substantiellement et tardivement modifiées par une liste de questions-réponses notifiée par la ville le 1^{er} août 2011 ; que le calcul en fonction de la proposition de redevance versée pour la première année d'exécution du contrat au lieu du montant attendu sur toute la durée de quinze ans du contrat avantage l'entreprise sortante qui peut prévoir dès la première année une redevance élevée plafonnée par la suite dès lors qu'elle connaît les annonceurs locaux alors que les autres candidats ne peuvent augmenter la redevance que les deuxième et troisième année après s'être fait connaître des annonceurs ; que le délai de 15 jours calendaires avant la date de remise des offres prévu par le règlement pour modifier le dossier de consultation n'a pas été respecté et a favorisé, dès lors, l'entreprise qui a libellé la question ; que le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation en rejetant son offre comme irrégulière dès lors que la présentation de plusieurs dessins d'un même mobilier urbain ne constitue pas une variante au sens de l'article 50 du code des marchés publics en l'absence de modification des spécifications prévues au cahier des charges ou plus généralement dans le dossier de consultation ; qu'en prévoyant une appréciation de la valeur esthétique des mobiliers sans préciser qu'un seul dessin était attendu pour un même mobilier en dépit

de l'utilisation du pluriel, la ville n'a pas apporté aux candidats les informations nécessaires à la formulation de leur offre ; que la ville ne peut se prévaloir à cet égard de la réponse apportée à une question de la société attributaire qui contenait une réponse suggérée à la ville ; que les principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats ont été méconnus ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 19 octobre 2011, présenté pour la commune de Villiers-sur-Marne, par la Selarl d'avocats Landot & associés ; la commune demande le rejet de la requête et la mise à la charge de la société V.Y.P. AFFICHAGE ET COMMUNICATION d'une somme de 4.500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que la requête est irrecevable au regard des dispositions de l'article R. 411-2 du code de justice administrative ; que les modalités d'application du critère relatif au montant de la redevance n'ont pas été modifiées ; que la méthode d'actualisation à présenter s'applique à un montant fixe annuel de redevance ; que les documents de la consultation excluaient implicitement un calcul du montant de la redevance tenant compte de la méthode de variation annuelle proposée par les candidats en l'absence de connaissance de la valeur et de la périodicité des indices résultant des paramètres choisis par eux ; que la réponse du 1^{er} août 2011 n'emporte pas modification des pièces de la consultation au sens de l'article 3-8 du règlement et respecte les dispositions de l'article 12 de ce règlement prévoyant une réponse aux questions posées par les candidats au plus tard 6 jours avant la date limite de réception des offres ; que la société requérante ne démontre pas avoir été lésée alors que son offre n'a pas été écartée pour un motif tenant au montant de la redevance ; qu'il n'a pas été commis d'erreur manifeste d'appréciation en déclarant l'offre de la société requérante irrégulière ; qu'aucune disposition du code des marchés publics ne fait obstacle au choix d'un critère de valeur esthétique ; qu'aucune pièce du dossier ne fait apparaître la possibilité de proposer plusieurs lignes esthétiques pour un même mobilier, ce que la ville a confirmé dans sa réponse du 1^{er} août 2011 ; que subsidiairement au cas où l'un des moyens serait susceptible d'entraîner l'annulation de la procédure, il est sollicité du tribunal qu'il enjoigne seulement à une reprise de la procédure au stade de l'examen des offres ;

Vu les observations, enregistrées le 20 octobre 2011, présentées pour la société Clear Channel France par Me Cabanes, s'associant aux conclusions en défense de la commune de Villiers-sur-Marne et tendant à la condamnation de la société V.Y.P. AFFICHAGE ET COMMUNICATION à lui verser la somme de 3.000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que la société requérante n'a pu être lésée dès lors que son offre était irrégulière et ne pouvait qu'être rejetée ; que les moyens de la requête sont en conséquence inopérants ; que subsidiairement, il n'y a pas eu modification des modalités d'appréciation du montant de la redevance dès lors que l'article 10 du règlement de la consultation et l'article 2 de l'acte d'engagement ne font aucune référence à la méthode d'actualisation ; que la société requérante n'a pas jugé utile d'adapter son offre malgré l'information reçue dans les délais prévus à l'article 12 du règlement ; qu'en tout état de cause même en tenant compte d'un montant actualisé de la redevance, la société V.Y.P. AFFICHAGE ET COMMUNICATION ne l'aurait pas emporté ; que le critère non prépondérant de la valeur esthétique ne donne pas au pouvoir adjudicateur une liberté de choix discrétionnaire ;

Vu la décision par laquelle la présidente du Tribunal administratif de Melun a désigné M. Bruand, vice-président, en qualité de juge des référés en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

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

Après avoir présenté son rapport et entendu, au cours de l'audience publique du 21 octobre 2011,

- les observations de Me Jeudi substituant Me Moreau, représentant les intérêts de la société V.Y.P. AFFICHAGE ET COMMUNICATION ;

- les observations de Me Karamitrou représentant les intérêts de la commune de Villiers-sur-Marne ;

- les observations de Me Cabanes, représentant les intérêts de la société Clear Channel France ;

Considérant que la société V.Y.P. AFFICHAGE ET COMMUNICATION s'est portée candidate pour l'obtention du marché lancé par la commune de Villiers-sur-Marne sous la forme d'un appel d'offres ouvert par avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) et au journal officiel de l'Union européenne (JOUE) le 28 juin 2011 en vue de conclure un marché de fourniture, installation, entretien et exploitation commerciale de mobiliers urbains publicitaires et non publicitaires sur le domaine public de la ville ; que par lettre du 22 septembre 2011, le pouvoir adjudicateur a informé la société requérante du rejet de son offre et de l'attribution du marché à la société Clear Channel ;

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. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. » ; que l'article L. 551-2 du même code précise que « 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. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations » ;

Sur la fin de non recevoir soulevée par la commune de Villiers-sur-Marne :

Considérant que la société V.Y.P. AFFICHAGE ET COMMUNICATION a acquitté lors de l'enregistrement de sa requête la contribution pour l'aide juridique mentionnée à l'article R. 411-2 du code de justice administrative ; que la fin de non recevoir soulevée par la commune de Villiers-sur-Marne tirée de l'absence d'acquiescement de cette contribution doit être écartée ;

Sur le rejet de l'offre comme irrégulière :

Considérant que la lettre du 22 septembre 2011 du maire de Villiers-sur-Marne informe la société V.Y.P. AFFICHAGE ET COMMUNICATION que la commission d'appel d'offres a déclaré son offre irrégulière car non conforme aux exigences du règlement de la consultation dans la mesure où cette offre comportait plusieurs modèles et design de mobiliers urbains au choix et que le marché n'autorisait pas les variantes sur la ligne esthétique des modèles de mobilier urbain ;

Considérant qu'aux termes de l'article 50 du code des marchés publics : « I. - Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes. Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises. / Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération. » ; qu'il résulte de ces dispositions qu'en l'absence d'indication expresse de possibilité de présenter des variantes, celles-ci sont interdites ;

Considérant qu'aux termes de l'article 11 du règlement de la consultation en cause : « Les variantes sont autorisées pour les seules dispositions relatives aux délais et aux fréquences de nettoyage et d'entretien pour lesquelles le prestataire peut prévoir des délais plus brefs ou des fréquences plus rapprochées dans sa note méthodologique à valeur contractuelle. / Les variantes sont donc autorisées en ce qui concerne : / - Les délais d'implantation plus brefs (Article 18 du CCTP sur le planning d'implantation) / - La fréquence de nettoyage (article 20 du CCTP) / - Les délais d'intervention (articles 20-21 du CCTP) / Les autres dispositions contractuelles doivent être regardées comme des exigences minimales sur lesquelles ne pourront pas porter les variantes. » ;

Considérant que la société V.Y.P. AFFICHAGE ET COMMUNICATION soutient qu'en insérant dans son offre plusieurs dessins d'un même mobilier elle n'a pas proposé des variantes au sens de l'article 50 du code des marchés publics pour l'appréciation du critère de la valeur esthétique des mobiliers urbains dès lors que les différents modèles proposés répondaient tous aux spécifications du cahier des charges et aux documents de la consultation ; que toutefois même si les différents modèles proposés étaient conformes aux spécifications demandées par la personne publique, ils constituent des variantes non autorisées par le règlement de la consultation dans la mesure où ils mettaient le pouvoir adjudicateur dans l'obligation de procéder à un choix en matière esthétique entre les différentes propositions de la société requérante alors que les documents de la consultation excluaient cette possibilité pour l'appréciation du critère de la valeur esthétique, les variantes étant expressément limitées aux délais et fréquences de nettoyage et d'entretien ; qu'à cet égard, le marché portant sur plusieurs types de mobiliers tels que les panneaux publicitaires ou les abris voyageurs, la société V.Y.P. AFFICHAGE ET COMMUNICATION ne saurait tirer du pluriel utilisé dans les documents de la consultation pour l'expression « valeur esthétique des mobiliers » une possibilité de présenter plusieurs dessins pour un même mobilier ; qu'en indiquant le 1^{er} août 2011, en réponse à une question d'un candidat, qu'il n'était pas possible de présenter plusieurs design faute de variante autorisée, le pouvoir adjudicateur n'a pas, comme l'allègue la société requérante, apporté une réponse restrictive aux modalités de présentation des offres mais procédé à l'exacte et claire interprétation des documents de la consultation ; qu'enfin en présentant plusieurs modèles pour différents types de mobiliers sans les hiérarchiser, la société V.Y.P. AFFICHAGE ET COMMUNICATION n'a pas individualisé une offre de base, clairement distincte des variantes, que le pouvoir adjudicateur aurait pu examiner seule ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société V.Y.P. AFFICHAGE ET COMMUNICATION, qui ne peut soutenir que la commune de Villiers-sur-Marne n'aurait pas sur le point litigieux apporté aux candidats les informations nécessaires à la formulation de leur offre, n'est pas fondée à contester le rejet de son offre comme irrégulière et non conforme au règlement de la consultation ;

Sur la modification des modalités d'appréciation des offres pour le critère portant sur le montant de la redevance :

Considérant qu'aux termes de l'article 4 du règlement de la consultation : « (...) La ville de Villiers-sur-Marne renonce à percevoir tout ou partie de la redevance d'occupation domaniale en contrepartie des prestations imposées au titulaire. Toutefois, le titulaire peut faire une proposition financière de redevance représentant tout ou partie de la redevance d'occupation domaniale que la collectivité pourrait exiger. S'il propose une redevance, le soumissionnaire devra présenter une méthode d'actualisation annuelle de la redevance avec un taux fixe prenant en compte les avantages retirés du titre d'occupation du domaine public (...) » ; qu'aux termes de l'article 5-1 du règlement de la consultation : « La durée du marché est fixée à 15 ans à partir de la notification du marché pour l'ensemble des prestations y compris les mobiliers installés en cours d'exécution (...) » ; qu'aux termes de l'article 10 du même règlement : « (...) critère « montant de la redevance, versée à la collectivité représentant une partie de la redevance d'occupation domaniale » sera noté sur 20 coefficient 30 %, cette note sera attribuée de la manière suivante : / Les notes seront attribuées de manière proportionnelle entre 0 et 20. / La valeur 0 sera attribuée à l'absence de proposition financière. / La valeur 20 sera attribuée à la meilleure proposition. / Le calcul se fera en fonction du montant de la redevance attendue sur toute la durée du contrat (...) » ; qu'aux termes de l'article 3-8 dudit règlement : « Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit d'apporter des modifications de détail au dossier de consultation. Ces modifications devront être reçues (par fax, par courrier recommandé avec accusé de réception ou par mail pour les entreprises ayant-téléchargé le dossier) par les candidats au plus tard 15 jours calendaires avant la date limite fixée pour la remise des offres. / Les candidats devront, alors, répondre sur la base du dossier modifié sans pouvoir n'élever aucune réclamation à ce sujet. / Si, pendant l'étude du dossier par les candidats, la date limite fixée pour la remise des offres est reportée, la disposition précédente est applicable en fonction de cette nouvelle date. » ; qu'aux termes de l'article 12 dudit règlement : « Pour obtenir tous renseignements complémentaires qui leurs seraient nécessaires au cours de leur étude, les candidats devront faire parvenir 10 jours avant la date limite de réception des offres, une demande écrite ou par courriel (...) Une réponse sera, alors, adressée en temps utile (au plus tard 6 jours avant la date limite de réception des offres) à tous les candidats ayant été destinataires du dossier. » ; qu'enfin, la première page du règlement de la consultation précise que la date et l'heure limite de remise des offres est fixée au lundi 8 août 2011 à 12 heures ;

Considérant que la commune de Villiers-sur-Marne a communiqué le 1^{er} août 2011 aux candidats une liste de questions-réponses dans laquelle, à la question lui demandant d'écarter pour la comparaison des redevances les propositions d'indexation présentées par les candidats, elle répond que « l'indexation étant annuelle, la ville tiendra compte pour le jugement de ce critère de la proposition de redevance effectivement versée pour la première année d'exécution du contrat. La méthode d'indexation ne permettant pas de calculer la redevance pour les années suivantes, il n'en sera pas tenu compte dans l'analyse des offres. » ; que, toutefois, dès lors qu'aux termes du règlement de la consultation le soumissionnaire proposant une redevance devait l'accompagner d'une méthode d'actualisation annuelle et que la notation du critère relatif au montant de cette redevance devait se faire en fonction du montant attendu sur toute la durée du contrat, la redevance

proposée par les candidats devait nécessairement être appréciée en tenant compte de son actualisation ; que la commune de Villiers-sur-Marne a ainsi modifié dans sa réponse les modalités de notation du critère portant sur le montant de la redevance ; que la commune de Villiers-sur-Marne et la société Clear Channel France ne peuvent soutenir que les documents de la consultation excluaient implicitement la méthode de variation annuelle pouvant être proposée par les candidats du calcul du montant de la redevance au motif, notamment, que les paramètres choisis par eux pourraient reposer sur des indices dont la valeur et la périodicité ne pourraient être calculés dans l'immédiat ; que même si les modalités prévues pour l'appréciation du montant de la redevance s'avéraient inapplicables en ce qui concerne la méthode d'indexation, comme le laisse entendre la commune, leur suppression amenant à noter le montant de la redevance non plus sur la redevance actualisée pendant toute la durée du contrat mais sur le seul montant forfaitaire annuel versé la première année d'exécution, est de nature à modifier substantiellement l'économie globale des offres pouvant être proposées par les entreprises candidates et ne saurait entrer dans les prévisions de l'article 3-8 du règlement de la consultation autorisant seulement des modifications de détail au dossier de consultation ; que de surcroît, la modification litigieuse ne respecte pas le délai minimal de 15 jours calendaires avant la date limite de remise des offres prévu par ces dispositions ; qu'une telle modification ne saurait non plus relever, comme le soutiennent la commune et la société Clear Channel France, de l'article 12 du règlement de la consultation qui vise les simples précisions et renseignements complémentaires sans incidence sur le déroulement de la procédure pouvant être obtenus par les candidats ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société V.Y.P. AFFICHAGE ET COMMUNICATION est fondée à soutenir que la modification substantielle apportée aux modalités de notation d'un critère figurant au règlement de la consultation constitue un manquement aux obligations de publicité et de concurrence auxquelles est soumise la passation d'un marché public ; qu'un tel manquement était susceptible fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente, au stade de la procédure antérieure à la remise des offres, de léser les candidats, dont la société requérante, nonobstant, d'une part, l'irrégularité constatée in fine de son offre pour un autre motif et, d'autre part, la circonstance que sa proposition financière s'est avérée dans tous les cas de figure moins favorable que celle de la société attributaire du marché ; qu'il y a dès lors lieu, compte tenu de l'ambiguïté des modalités de notation du critère portant sur le montant de la redevance souhaitées par la commune de Villiers-sur-Marne, d'annuler l'intégralité de la procédure litigieuse de passation du marché et d'ordonner à la commune, si elle entend conclure le contrat, de lancer un nouvel appel d'offres ;

Sur les frais supportés non compris dans les dépens :

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. » ; que la société V.Y.P. AFFICHAGE ET COMMUNICATION n'étant pas la partie perdante, les dispositions précitées font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux demandes présentées par la commune de Villiers-sur-Marne et la société Clear Channel France sur le fondement de ces dispositions ; qu'il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de condamner la commune de Villiers-sur-Marne à verser à la société V.Y.P. AFFICHAGE ET COMMUNICATION une somme de 1.500 euros sur ce même fondement ;

O R D O N N E

Article 1^{er} : La procédure de passation du marché lancé par la commune de Villiers-sur-Marne en vue de conclure un contrat de fourniture, installation, entretien et exploitation commerciale de mobiliers urbains publicitaires et non publicitaires sur son domaine public est annulée.

Article 2 : Il est enjoint à la commune de Villiers-sur-Marne, si elle entend conclure le marché, de reprendre en totalité la procédure d'appel d'offres.

Article 3 : La commune de Villiers-sur-Marne versera à la société V.Y.P. AFFICHAGE ET COMMUNICATION la somme de 1.500 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions présentées par la commune de Villiers-sur-Marne et la société Clear Channel France sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la société V.Y.P. AFFICHAGE ET COMMUNICATION, à la commune de Villiers-sur-Marne et à la société Clear Channel France.

Fait à Melun, le 21 octobre 2011

Le juge des référés,

Signé : T. BRUAND

La République mande et ordonne au préfet de Seine-et-Marne en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente ordonnance.

Pour expédition conforme,
Le greffier,

C. LEROY