

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NÎMES**

N° 0802985

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE JC DECAUX MOBILIER URBAIN

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Abauzit
Rapporteur

Le Tribunal administratif de Nîmes

M. Chabert
Rapporteur public

(2ème chambre)

Audience du 17 septembre 2009
Lecture du 1^{er} octobre 2009

Vu la requête, enregistrée le 18 septembre 2008, présentée par la SOCIETE JC DECAUX MOBILIER URBAIN, dont le siège est 17 rue Soyer 0 Neuilly sur Seine (92523) ;
La SOCIETE JC DECAUX MOBILIER URBAIN demande au tribunal d'annuler le marché signé par la commune de Carpentras le 18 juillet 2008 avec la société Clear Channel France pour l'entretien et l'exploitation d'abris voyageurs et de mobiliers urbains ;
La SOCIETE JC DECAUX MOBILIER URBAIN soutient que :

- l'offre était irrégulière au sens de l'article 53 III du code des marchés publics, dès lors qu'elle ne respectait pas l'article 6 du cahier des clauses particulières relatif aux équipements et matériels commandés, en ce que le marché signé porte notamment sur la mise à disposition d'un journal d'information électronique proposé par la société Clear Channel France ; un tel équipement ne figurait pas dans la liste des contreparties éventuellement mises à disposition de la ville de Carpentras au titre de l'article 6 du cahier, qui fixait limitativement la liste des mobiliers d'information de formats et technologies strictement définis auxquelles ne saurait équivaloir un simple journal électronique d'information ;
- la signature du marché dès le 18 juillet a été vraisemblablement irrégulière au regard de l'ordonnance du 4 juillet 2008 ; il incombe à la ville de Carpentras de justifier la date à laquelle l'ordonnance de référé lui a été notifiée ; la ville ne justifie pas de la légalité des convocations des membres du conseil municipal au regard de l'article L. 2121-12 du code général des collectivités territoriales ;
- le marché a été signé au terme d'une procédure entachée de nombreux manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence ;
 - le critère de la « qualité du matériel mis en place » était insuffisamment défini, alors qu'il s'est révélé décisif
 - est irrégulier le report par la ville de la date limite de remise des offres, postérieurement à celle-ci, sans procéder à la publication d'un

avis rectificatif ni information des candidats ayant retiré un dossier de consultation ; la date de remise des offres est une rubrique impérative du modèle d'avis d'appel à la concurrence issu du règlement CE 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 ;

- l'article 6.3 prévoyant que la commission d'appel d'offre se réserve la possibilité de se rendre sur site est irrégulier en tant qu'il laisse une possibilité arbitraire ;
- le règlement n° 1564/2005 n'a pas été respecté ; l'avis d'appel d'offre est irrégulier :
 - il donne des informations contradictoires sur la durée du marché, de 180 mois à la rubrique II-3, de 12 ans reconductible 3 ans à compter de la notification à la rubrique IV. 3 sans pouvoir excéder 15 ans, alors que la lecture de l'article 2.6 du règlement de la consultation révèle que le pouvoir adjudicateur souhaitait vraisemblablement l'établissement de deux propositions, l'une pour 12 ans et l'autre pour 15 ans, ce que ne mentionnait pas l'avis de publicité ;
 - l'avis ne permet pas d'appréhender convenablement l'objet et l'étendue du marché ; il ne mentionnait pas la mise à disposition de tels équipements, en contradiction avec l'objet réel et principal du marché ; au surplus la rubrique II . 2 quantité ou étendue globale du modèle d'avis n'avait pas été renseignée ;
 - la rubrique recours était insuffisamment renseignée ;
 - la rubrique III.2 conditions de participation ne permettait pas le contrôle des capacités financières des candidats ;
 - les modalités essentielles de paiement du marché ne sont pas mentionnées, en violation des exigences de la rubrique II.1.2 ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 9 janvier 2009, présenté pour la commune de Carpentras par Maître Lanzarone, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la SOCIETE JC DECAUX MOBILIER URBAIN à lui verser la somme de 3.000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative;

La commune fait valoir que :

- la requête est irrecevable ; la requérante n'a pas produit de pouvoir ; elle agit sans ministère d'avocat en plein contentieux ; elle ne justifie pas en quoi les moyens de légalité qu'elle met en avant ont pu porter atteinte à ses intérêts ;
- l'offre de la société Clear Channel n'a pas été irrégulière ; s'agissant des contreparties les documents de consultation n'imposaient pas une prestation déterminée ; la formulation était indicative ; subsidiairement ce point est négligeable au regard de l'ensemble des prestations demandés ;
- le délai fixé par l'ordonnance du 4 juillet 2008 a été respecté ; le moyen tiré de la méconnaissance de la date fixée est inopérant dans le cadre du recours au fond ; l'injonction de suspension correspond simplement à une mesure accessoire au référé précontractuel, l'injonction intervenue dans le cadre d'une procédure de référé ne saurait produire d'effet sur la légalité des actes intervenus ; en toute état de cause la requérante n'a pas été lésée par la décision ;
- la commune n'a pas à justifier de la régularité de la convocation du conseil municipal ; en tout état de cause le caractère subjectif du recours en annulation du contrat impose à la requérante de démontrer en quoi la méconnaissance des dispositions de l'article L. 2121-12 du code général des collectivités territoriales aurait pu la léser ;

- les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence ne sont pas établis :
 - le moyen tiré de l'insuffisante définition du critère prépondérant de la qualité du matériel mis en place est imprécis ; aucun candidat n'a élevé la moindre protestation ou question à ce sujet ;
 - le moyen tiré de l'illégalité du report de la date limite de réception des offres n'est pas précisé ; l'illégalité d'un tel report n'est pas établie ; la requérante ayant elle même répondu à la consultation elle ne saurait invoquer ce prétendu manquement en sa faveur ;
 - aucune règle ne s'oppose à une visite sur site ; la requérante ne démontre pas avoir été lésée par la mention d'une possible visite sur site ;
 - le dossier ne comportait pas de contradiction sur la durée du marché ;
 - les avis publiés ont permis à la requérante de déposer une offre et permettaient d'appréhender convenablement l'objet et l'étendue du marché ;
 - le moyen tiré de l'insuffisance de renseignement de la rubrique Recours relève du référé précontractuel ;
 - le moyen tiré du caractère insuffisant des documents exigés au titre des capacités économiques et financières relèvent du référé précontractuel ;
 - le moyen tiré de l'absence d'indication des modalités essentielles de paiement du marché relève du référé précontractuel ;
 - les moyens invoqués ne sauraient, s'ils devaient être accueillis en totalité ou en partie, conduire à l'annulation du contrat ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 17 février 2009, présenté pour la société Clear Channel France par Maître Cabanes, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la SOCIETE JC DECAUX à lui verser la somme de 3.000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société Clear Channel France fait valoir que :

- son offre n'est pas irrégulière au sens de l'article 35 I 1° du code des marchés publics ; c'est un support d'information équivalent à un écran LED plein jour qu'elle a proposé, comme le permet l'article 6 du cahier des clauses particulières ;
- sur le moyen tiré de la prétendue irrégularité de la signature du marché elle s'associe aux écritures de la commune ;
- sur les prétendus manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence ;
 - le principe d'égalité de traitement n'a pas été méconnu :
 - la qualité du matériel est une composante objective de la valeur technique d'un matériel, et le critère est suffisamment défini ; il appartenait à l'entreprise candidate de demander des précisions au pouvoir adjudicateur ; un écart de notation sur ce critère n'était pas de nature à déclasser automatiquement un candidat sans qu'il ait la possibilité de se rattraper sur les autres critères ;
 - le moyen tiré de la prétendue irrégularité du report de la date limite de remise des offres est voué au rejet dans le cadre du recours au fond, ce report ne l'ayant pas lésée et n'étant plus susceptible de la léser ;
 - la possibilité d'une visite sur site ne porte pas atteinte au principe

- d'égalité ;
- s'agissant des obligations de publicité, des vices de pure forme intervenus au stade de la publicité de la procédure semblent difficilement pouvoir justifier une annulation d'un marché devant le juge du fond :
 - une seule et même information a été donnée par les documents de consultation, à savoir que le marché était conclu pour une durée de 12 ans reconductible 3 ans ; la précision contenue dans l'article 2.6 du règlement de la consultation ne modifie en réalité en rien la durée du marché portée à la connaissance des candidats ; la rubrique II.3) relative à la durée du marché mentionne la durée totale du marché, conformément à l'article 16 alinéa 2 du code des marchés publics ;
 - l'avis de publicité permettait d'appréhender l'objet et l'étendue du marché, financé sur les recettes publicitaires en contrepartie de l'exécution des prestations prévues au marché ; l'étendue du marché ressort précisément du cahier des clauses particulières ;
 - s'agissant de la rubrique Recours, la seule indication du référé précontractuel sous la rubrique VI.4.2 de l'avis de publicité suffit à faire regarder la procédure comme régulière (CE 8 février 2008 Commune de Toulouse n° 303748) ;
 - les informations demandées sur la capacité technique et financière des candidats étaient suffisantes ;
 - le moyen tiré de l'absence d'indication des modalités essentielles de paiement du marché est inopérant dans le cadre du présent marché, le prestataire se rémunérant sur les recettes publicitaires en contrepartie de l'exécution des prestations prévues au marché ;
 - il n'y a pas lieu en l'espèce de procéder à l'annulation du contrat, eu égard à la nature des vices allégués, concernant des irrégularités purement formelles ou dénuées de tout fondement, et à l'atteinte excessive qui serait portée à l'intérêt général, le marché donnant toute satisfaction à la communauté ;

Vu le mémoire, enregistré le 22 avril 2009, présenté par la SOCIETE JC DECAUX MOBILIER URBAIN ;

La SOCIETE JC DECAUX MOBILIER URBAIN soutient que :

- le président de la société était pleinement habilité à agir en application de l'article L. 227-6 du code de commerce ; le ministère d'avocat n'est pas obligatoire ; la jurisprudence applicable au référé précontractuel, ne s'applique pas au présent recours en contestation de validité du contrat ; la qualité de candidat évincé rend la requérante recevable à contester la validité du marché conclu à son préjudice, pour quelque motif de nullité que ce soit ; le nouveau recours Tropic doit permettre la sanction de l'ensemble des vices de forme et de fond entachant la passation du contrat ; en tout état de cause on ne saurait envisager plus évidente subjectivité que celle des principaux moyens de la requête ;
- sur l'irrégularité de l'offre, il est évident que le dispositif de journal électronique proposé par la société Clear Channel ne saurait équivaloir au dispositif prévu dans le dossier de consultation pour la diffusion d'images sur écran LED 8 m², tant en termes de propriétés que de fonctionnalités ; subsidiairement il ne s'agit pas d'un point négligeable, dès lors que la requérante a été privée du marché ; les termes mêmes de l'analyse des offres

- attestent de l'importance qui a été accordée en pratique aux quantités et types des contreparties proposées par les candidats ;
- au regard de l'article 5.1 du code des marchés publics la ville n'a pas défini suffisamment ses besoins et a manqué à ses obligations de mise en œuvre d'une procédure égalitaire et transparente, en s'abstenant d'imposer une prestation déterminée au profit d'une formulation purement indicative ; la ville ne pouvait abandonner aux candidats la tâche de définir les services et autres prestations proposées (article 3 du règlement de la consultation) conformément à l'article 6 du cahier des clauses particulières édictant une gamme de possibilités alternatives dans le cadre des contreparties éventuelles laissées au choix du candidat ; le mécanisme de contreparties facultatives au choix des candidats des marchés de mobilier urbain est contraire à l'égalité de traitement et de nature à léser les entreprises ;
 - il appartient à la commune de justifier de la date de notification de l'ordonnance du 16 juillet 2008 ;
 - la ville a manifestement manqué aux exigences de l'article 53 du code des marchés publics et s'est octroyée une liberté de choix discrétionnaire en ne précisant pas le critère de qualité du matériel mis en place ; ce manquement a empêché la société requérante de présenter une offre mieux adaptée ;
 - la demande d'annulation du contrat est justifiée eu égard à l'irrégularité de l'offre et l'atteinte excessive que porterait l'annulation à l'intérêt général n'est pas démontrée ;

Vu, enregistré le 7 septembre 2009, le mémoire de constitution d'avocat présenté pour la SOCIETE JC DECAUX MOBILIER URBAIN par la SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez, avocat au Conseil d'Etat ;

Vu, enregistré le 11 septembre 2009, le mémoire présenté pour la société Clear Channel ;

La société Clear Channel fait valoir que la jurisprudence Smirgeomes est applicable au recours en contestation de validité du contrat ; la société Decaux qui a déposé une offre correspondant à l'objet du marché n'est pas fondée à se prévaloir du moyen tiré de l'impossibilité d'appréhender l'objet et l'étendue du marché ; la société Decaux n'a pas été lésée par le caractère prétendument incomplet des informations portées sous la rubrique Recours ; la candidature de la société Decaux ayant été admise, elle n'est pas fondée à se prévaloir d'une prétendue irrégularité affectant les conditions de participation ; l'offre de la société Clear Channel n'était pas irrégulière, le matériel proposé pouvant être regardé comme un équivalent à un écran LED ; les besoins de la ville étaient suffisamment définis dans l'offre ; s'agissant de la prétendue méconnaissance de l'article 53 du code des marchés publics, la société Decaux n'a posé aucune question à la Collectivité, que ce soit sur le sens à donner au critère relatif à la qualité du matériel mis en place ou sur les modalités d'appréciation des prestations complémentaires ; en outre la requérante n'a pas été lésée par les prétendues imprécisions qu'elle invoque ;

Vu, enregistré le 13 septembre 2009, le mémoire présenté pour la commune de Carpentras ;

Vu le contrat attaqué ;

Vu les autres pièces du dossier ;

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 entendu au cours de l'audience publique du 17 septembre 2009 :

- le rapport de M. Abauzit, rapporteur,
- les conclusions de M. Chabert, rapporteur public,
- les observations de Maître Lanzarone, pour la commune de Carpentras,
- les observations de Maître Cazcarra pour la société Clear Channel ;

Considérant que, par un avis de publicité publié au Bulletin officiel des annonces de marchés publics le 29 janvier 2008 la commune de Carpentras a engagé une procédure ouverte de passation d'un marché ayant pour objet l'entretien et l'exploitation à titre gracieux des mobiliers urbains pouvant pour certains recevoir de l'affichage publicitaire (abris voyageurs, équipements pour affichage d'informations administratives ou municipales, sur mât ou sur pied, avec ou sans vitrine, fixe ou mobile), dans lequel le prestataire se rémunérera sur les recettes publicitaires en contrepartie de l'exécution des prestations prévues au marché ; que le marché, d'une durée de 15 ans maximum, signé le 18 juillet 2008 par le maire de Carpentras, a été attribué à la société Clear Channel France ; que la SOCIETE JC DECAUX MOBILIER URBAIN en demande l'annulation en qualité de candidate évincée ;

Sur les fins de non-recevoir opposées par la commune de Carpentras :

Considérant en premier lieu que la SOCIETE JC DECAUX MOBILIER URBAIN est une société par actions simplifiée ; que l'article L. 227-6 du code de commerce donne une habilitation légale à son président pour agir en justice ; que la requérante agit par la voie de son représentant légal ; qu'ainsi la commune de Carpentras ne peut soutenir que la requérante ne justifierait de l'habilitation à agir de son représentant ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article R. 431-2 du code de justice administrative : « Les requêtes et les mémoires doivent, à peine d'irrecevabilité, être présentés soit par un avocat, soit par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, soit par un avoué en exercice dans le ressort du tribunal administratif intéressé, lorsque les conclusions de la demande tendent au paiement d'une somme d'argent, à la décharge ou à la réduction de sommes dont le paiement est réclamé au requérant ou à la solution d'un litige né d'un contrat » ; que la requête est présentée par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ; qu'au surplus, dès lors que le défendeur est une collectivité territoriale, en l'occurrence la commune de Carpentras, la requête est dispensée de ministère d'avocat, en application de l'article R. 431-3 du même code ; que, par suite, la fin de non-recevoir tirée de l'irrecevabilité de la requête pour défaut de présentation par un avocat ne peut être qu'écartée ;

Considérant, en troisième lieu, qu'indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées relatives à la conclusion du contrat, un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses qui en sont divisibles, assorti le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que la SOCIETE JC DECAUX MOBILIER URBAIN, dont l'offre a été écartée au profit de celle présentée par l'un de ses concurrents, est recevable, dès lors, à demander l'annulation du contrat en litige dans le délai de deux mois susmentionné ; que la circonstance, invoquée en défense, que la société

requérante ne justifierait pas en quoi certains des manquements dont elle se prévaut ont pu porter atteinte à ses intérêts est sans incidence sur la recevabilité de sa requête ;

Considérant, qu'il résulte de tout ce qui précède que les fins de non-recevoir opposées par la commune de Carpentras ne peuvent être qu'écartées ;

Sur les conclusions à fin d'annulation :

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête :

Considérant qu'aux termes de l'article 53 du code des marchés publics « - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : /1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ; /2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix. » ;

Considérant que lorsque le juge est saisi de conclusions dirigées contre un contrat par un concurrent évincé, il lui appartient, lorsqu'il constate l'existence d'un vice entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ;

Considérant que dans le règlement de la consultation la commune de Carpentras a fixé comme critères de jugement des offres et d'attribution du marché, en premier lieu « 1. La qualité du matériel mis en place neuf ou rénové - pondération 40 % », en deuxième lieu « 2. Les moyens humains et matériels pour assurer la maintenance des équipements et niveau de prise en charge des prestations pendant la durée du contrat - pondération 35 % » et en troisième et dernier lieu « 3. Planning d'exécution en ce qui concerne l'entretien, la réparation ou le remplacement en cas de détérioration - pondération 25 % » ; que le critère d'attribution relatif à la qualité du matériel mis en place était, dans les documents de consultation, notamment dans le cahier des clauses particulières, dépourvu de toute précision sur les éléments d'appréciation de ce critère, notamment sur la résistance du matériel au vandalisme ; qu'en cette absence, eu égard aux multiples acceptions que peut recouvrir la notion de « qualité du matériel », cette simple mention a conféré en l'espèce au pouvoir adjudicateur une liberté de choix discrétionnaire ; que d'ailleurs dans le cadre de l'application de ce critère, la société Clear Channel France a bénéficié d'un point supplémentaire au motif que cette entreprise avait proposé « un modèle anti-vandalisme permettant de couvrir l'ensemble du territoire (intramuros et cités) », alors qu'une telle caractéristique n'est pas nécessairement en rapport avec la qualité du matériel ; que, dans ces conditions, la requérante est fondée à soutenir que le système de notation ainsi retenu et mis en œuvre ne permettait pas d'assurer l'égalité de traitement entre les candidats, en méconnaissance des principes énoncés à l'article 1^{er} du code des marchés publics ;

Considérant que le vice invoqué par la requérante, qui est de nature à entacher la validité du contrat, porte sur l'application du critère de la qualité du matériel, lequel a en l'espèce déterminé le choix même du cocontractant, dès lors que, sans le point supplémentaire attribué au titre de la qualité à la société Clear Channel France, la SOCIETE JC DECAUX MOBILIER URBAIN requérante aurait eu la meilleure note et se serait vu attribuer le marché ; que ce vice justifie l'annulation totale du contrat passé par la commune de Carpentras avec la société Clear Channel France ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que cette annulation porterait une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants ; qu'il résulte de ce qui précède que la SOCIETE JC DECAUX MOBILIER URBAIN est fondée à demander l'annulation du marché signé le 18 juillet 2008 ; qu'il y a cependant lieu, dans les circonstances de l'espèce, de différer l'effet de cette annulation de six mois à compter de la notification du présent jugement, afin de permettre à la commune de Carpentras de maintenir légalement les dispositifs en place jusqu'à la conclusion d'un nouveau marché de mobilier urbain ;

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

Considérant que la société requérante, qui n'est pas la partie perdante, ne saurait être condamnée à verser à la commune de Carpentras et à la société Clear Channel France la somme qu'elles demandent au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1^{er} : Le marché conclu le 18 juillet 2008 par la commune de Carpentras avec la société Clear Channel France, ayant pour objet l'entretien et l'exploitation d'abris voyageurs et de mobiliers urbains est annulé. Cette annulation prendra effet six mois après la notification du présent jugement.

Article 2 : Les conclusions présentées par la commune de Carpentras et la société Clear Channel France sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Le présent jugement sera notifié à la SOCIETE JC DECAUX MOBILIER URBAIN, à la commune de Carpentras et à la société Clear Channel France.

Délibéré après l'audience du 17 septembre 2009, à laquelle siégeaient :

M. Berthoud, président,
M. Abauzit, premier conseiller,
M. Lafay, premier conseiller,

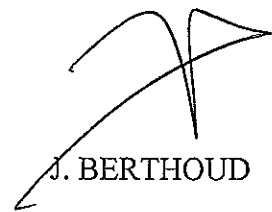
Lu en audience publique le 1^{er} octobre 2009.

Le rapporteur,



F. ABAUZIT

Le président,



J. BERTHOUD

La greffière,



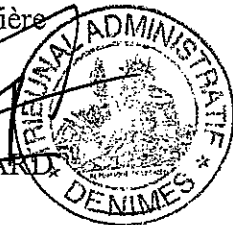
E. NIVARD

La République mande et ordonne au préfet de Vaucluse en ce qui le concerne, et 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 décision.

Pour expédition conforme,

Nîmes le 1^{er} octobre 2009

La greffière



E. NIVARD

Benjamin GALLIOT

