

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE CERGY-PONTOISE**

N°1000689

CBS OUTDOOR

M. Adrot
Vice-président

Ordonnance du 19 février 2010

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Cergy-pontoise,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 1er février 2010, présentée pour la société CBS OUTDOOR, dont le siège se situe Immeuble Bord de Seine 1 3 esplanade du Foncet à Issy-les-Moulineaux (92130), par la SELARL Symchowicz-Weissberg et associés ; la société CBS OUTDOOR demande au président du tribunal administratif de Cergy-Pontoise :

- d'enjoindre à l'Etablissement Public de Gestion de la Défense de différer la signature du marché afférent à la procédure de passation d'un marché public portant sur la mise à disposition, l'installation, l'entretien et le nettoyage de supports d'information et de publicité, jusqu'au terme de la procédure juridictionnelle se prononçant sur le référé précontractuel ;

- d'annuler la procédure de passation du marché public lancée par l'Etablissement Public de Gestion de la Défense le 6 novembre 2009 portant sur la mise à disposition, l'installation, l'entretien et le nettoyage de supports d'information et de publicité ;

- d'annuler la décision du 20 janvier 2010 rejetant l'offre présentée par la société CBS OUTDOOR ;

- de condamner l'Etablissement Public de Gestion de la Défense à verser à la société CBS OUTDOOR une somme de 6000 euros sur le fondement de l'article L 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient :

- qu'elle a été lésée en tant que soumissionnaire évincé, en raison de manquements de l'Etablissement Public de Gestion de la Défense (EPGD) aux obligations de publicité et de mise en concurrence, que ces manquements relatifs aux critères d'attribution formulés démontrent qu'une comparaison objective des offres était impossible, que l'EPGD s'est ainsi ménagé un pouvoir d'appréciation discrétionnaire ;

N°1000689

2

- que l'EPGD a exposé dans l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de consultation des critères d'attribution obscurs et redondants ne permettant pas aux candidats de présenter une offre optimisée et à l'acheteur public de comparer objectivement les propositions ; qu'en effet, il n'était pas précisé que le critère n°1 « montant de la redevance proposée à l'EPGD » comprenait l'appréciation du calcul de la redevance ; que les sous-critères exposés dans le règlement de la consultation, permettant d'apprécier le critère n°2 relatif aux « qualités esthétique, fonctionnelle et techniques des mobiliers et matériels proposés », sont flous et redondants et que le sous-critère n°4 qui repose sur un élément d'appréciation lié à la « provenance des fournitures » est contraire au cahier des clauses particulières et discriminatoire ; qu'il est impossible de distinguer les sous-critères intitulés « organisation » et « modalités » qui ont été définis pour apprécier le critère n°3 ; que le critère n°4 relatif au « planning des prestations » ne fait que reprendre les exigences posées au titre du critère n°3 concernant les « délais d'intervention » et les « mesures mises en place pour respecter les délais » ;

- que l'EPGD ne pouvait, comme il l'a fait, prendre en compte des critères de sélection des candidatures pour choisir l'attributaire du marché, qu'en prenant en considération « les moyens humains et matériels » pour apprécier le critère n°3 et les « références des fournisseurs » pour apprécier le critère n°2, il a méconnu le principe de l'impossibilité pour les personnes publiques de tenir compte des moyens humains au stade de la sélection des offres ;

- que l'EPGD a contrevenu aux dispositions de l'article 53 du code des marchés publics en prenant en compte le caractère esthétique et fonctionnel comme simple sous-critère de la valeur technique de l'offre alors qu'il s'agit d'un critère à part entière ;

- que l'EPGD n'a pas mentionné la qualité environnementale comme élément d'appréciation des offres ; qu'ainsi, soit il a méconnu les dispositions des articles 5 et 53 du code des marchés publics en n'appréciant pas les offres en terme environnemental, soit il a violé le principe de transparence en analysant les propositions des candidats en matière environnementale sans l'annoncer en amont ;

- que l'EPGD a ajouté dans son courrier de rejet un critère d'attribution illégal tiré du caractère complet des offres, qu'en effet, ce critère n'apparaît pas dans les documents de la consultation et que la « complétude » d'une offre ne peut constituer un critère de choix ni un élément d'appréciation des offres ;

- que les modalités d'appréciation de la redevance annuelle mises en œuvre par l'EPGD sont illégales et contraires aux règles qu'il s'était fixées ; qu'il a en effet déduit le montant des deux tranches conditionnelles des redevances proposées afin de les comparer, alors que ce procédé n'était pas mentionné dans les documents de la consultation, que l'EPGD a ainsi modifié les offres financières présentées, que le critère n°1 ne prévoyait pas la prise en compte des prix proposés par les candidats pour les tranches conditionnelles dans l'appréciation de la redevance qui portait sur la tranche ferme, que l'EPGD avait d'ailleurs précisé qu'une seule des deux tranches conditionnelles était susceptible d'être affirmée, qu'il a donc introduit insidieusement le critère du prix visé à l'article 53 du code des marchés publics dès lors que la déduction opérée revient à apprécier le prix des deux tranches conditionnelles dont dépendait ainsi le montant de la redevance ;

Vu le mémoire en défense enregistré le 16 février 2010, présenté pour l'Etablissement Public de Gestion de la Défense par Me TAITHE, qui conclut au rejet de la requête et demande au juge des référés de mettre à la charge de la société CBS OUTDOOR la somme de 4000 euros au titre

des dispositions de l'article L 761-1 du code de justice administrative ;

L'Etablissement Public de Gestion de la Défense soutient que la société requérante n'établit pas que les prétendus manquements qu'elle invoque auraient été de nature à léser ses droits et que les moyens invoqués sont dénués de tout fondement :

- Concernant le moyen tiré du caractère prétendument inintelligible et redondant des critères de choix, que les documents de la consultation mis à disposition par l'EPGD comportaient, pour chaque critère, toutes les informations nécessaires à la bonne compréhension par les candidats des besoins et exigences de l'EPGD et des modalités d'appréciation des offres ;

- Concernant le moyen tiré de la prise en compte d'un critère de sélection des candidatures dans le choix des offres, que le juge administratif admet que certains des éléments utilisés par le pouvoir adjudicateur pour sélectionner les candidats puissent, sous un angle différent et formulés différemment, permettre d'analyser les offres ; par ailleurs, que les éléments litigieux se différencient nettement de ceux qui peuvent être exigés des candidats pour faire valoir leurs capacités professionnelles, techniques et financières en application de l'article 45 du code des marchés publics ;

- Concernant le moyen tiré de la prise en compte du caractère esthétique et fonctionnel comme simple sous critère technique de l'offre, qu'il n'est nullement interdit au pouvoir adjudicateur de définir des critères qui emprunteraient pour partie à certains énumérés, à titre illustratif, à l'article 53 du code des marchés publics pourvu que les critères retenus soient liés à l'objet du marché et non discriminatoires ; que les candidats ont disposé d'une information appropriée quant aux modalités de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ;

- Concernant le moyen tiré de l'absence de prise en compte de la qualité environnementale dans l'appréciation des offres, que la société requérante n'établit pas que l'EPGD aurait manqué à son obligation de prendre en compte des objectifs de développement durable dans la définition de ses besoins préalablement au lancement de la procédure de consultation, que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de retenir la protection de l'environnement comme critère d'attribution et que l'indication portée dans le règlement de la consultation relative à la prise en compte de la qualité environnementale est insusceptible d'être assimilée à un critère environnemental ;

- Concernant le moyen tiré de l'ajout d'un critère d'attribution illégal, que la société requérante ne saurait inférer des termes de la lettre de rejet de son offre un manquement de l'EPGD à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

- Concernant le moyen tiré des modalités illégales d'appréciation de la redevance versée, qu'en vertu du principe d'unité de marché à tranches conditionnelles posé par l'article 72 du code des marchés publics, les prestations de la tranche ferme et des tranches conditionnelles forment un ensemble cohérent, que l'appréciation du critère financier doit se faire de manière globale en tenant compte du chiffrage de la tranche ferme et des tranches conditionnelles, qu'il ne fait aucun doute que l'EPGD a entendu conclure un marché de mobilier urbain comportant une tranche ferme et deux tranches conditionnelles toutes deux susceptibles d'être affermées, que l'EPGD n'a aucunement modifié les offres financières des candidats ni même introduit un nouveau critère en cours d'analyse des offres ;

Vu le mémoire en intervention enregistré le 17 février 2010 présenté pour la société CLEAR CHANNEL FRANCE par Me CABANES, qui conclut au rejet de la requête et demande au juge des référés de mettre à la charge de la société CBS OUTDOOR la somme de 3000 euros au titre des dispositions de l'article L 761-1 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire en réplique enregistré le 18 février pour la société CBS OUTDOOR ; elle soutient :

- que les moyens invoqués sont recevables au motif qu'ils sont par nature susceptibles de l'avoir lésée ;

- que l'offre de l'attributaire aurait du être écartée en raison de sa non conformité dès lors que la société CLEAR CHANNEL FRANCE a proposé la mise en place de 48 mobiliers alors que l'article 1^{er} du cahier des clauses particulières précisait que le marché portait sur 47 dispositifs d'affichages publicitaires ;

- que les conditions de mise en œuvre et d'information du critère lié au montant de la redevance ainsi que des autres critères sont irrégulières, qu'il n'a jamais été indiqué aux candidats que les tranches conditionnelles seraient prises en considération au titre du critère financier ;

Vu la note en délibéré enregistrée le 18 février 2010 présentée pour l'Etablissement Public de Gestion de la Défense ;

Vu la note en délibéré enregistrée le 18 février 2010 présentée pour la société CLEAR CHANNEL FRANCE ;

Vu la décision par laquelle le président du tribunal a désigné M. Adrot comme juge des référés ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu le code des marchés publics ;

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 des marchés publics et des conventions de délégation de service public. ... Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. ... Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours. .. Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime

N°1000689

5

qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'Espace économique européen, a été commise. ... Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés » ;

Considérant que, par avis d'appel à concurrence envoyés le 6 novembre 2009 aux organes de publication, l'Établissement public de gestion de la Défense (EPGD) a lancé un appel d'offres ouvert pour la passation d'un marché portant sur une tranche ferme concernant l'installation de 47 dispositifs utilisés par le titulaire à fin d'affichages publicitaires et sur deux tranches conditionnelles portant sur la fourniture de mobiliers permettant l'affichage d'informations mais ne pouvant être utilisés par le titulaire à fin d'affichages publicitaires ; qu'il était stipulé que l'attributaire, rémunéré par l'exploitation commerciale desdits affichages publicitaires, verserait à l'établissement public une redevance annuelle ; que la société CBS OUTDOOR a été informée, après la négociation, que son offre avait été rejetée, l'offre de la société CLEAR CHANNEL FRANCE ayant été retenue ; qu'à la date du 1^{er} février 2010, le juge du référé précontractuel du tribunal de céans a ordonné la suspension provisoire de la signature dudit marché ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction, et notamment des mentions de l'avis d'appel à la concurrence, qu'à hauteur de 50 % le critère d'attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse serait apprécié à partir du montant de la redevance annuelle proposée à l'EPGD à raison de l'installation des 47 dispositifs publicitaires ; que le règlement de consultation attaché audit marché stipule également que la Commission d'appel d'offre choisira l'offre la plus avantageuse économiquement en tenant compte prioritairement, et à hauteur de 50 %, du montant de la redevance annuelle proposée à l'EPGD ;

Considérant, toutefois, qu'il résulte de l'instruction, d'une part que les offres respectives des sociétés CBS OUTDOORS et CLEAR CHANNEL FRANCE ont été analysées non pas à partir de la seule redevance proposée pour la tranche ferme du marché, mais à partir de la différence entre ladite redevance et la somme des prix des deux tranches conditionnelles ; que, de même, le directeur de l'EPGD a rejeté, à la date du 20 janvier 2010, l'offre de la société requérante au motif que l'offre de la société CLEAR CHANNEL FRANCE, évaluée à partir de cette même différence entre la redevance et la somme des prix des deux tranches conditionnelles, était plus avantageuse ;

Considérant qu'il résulte de ce qui vient d'être dit que l'EPGD doit être considéré comme ayant analysé les offres qui lui avaient été soumises, et pris sa décision, à partir d'un critère qui ne figurait ni dans l'avis d'appel d'offres, ni dans le règlement de consultation, ni d'ailleurs dans le cahier des clauses particulières ; qu'en effet l'établissement ne peut utilement soutenir que les clauses de l'article 1.1 du cahier des clauses particulières, selon lesquelles « si la tranche conditionnelle 1 est affirmée, le montant de celle-ci sera déduit du montant de la redevance » et « si la tranche conditionnelle 2 est affirmée, le montant de celle-ci sera déduit du montant de la redevance », lesquelles clauses concernent exclusivement les modalités de l'exécution financière du marché et le paiement du prix, auraient permis de considérer que la notion de redevance annuelle, telle que résultant des autres énonciations des documents précontractuels, ou d'ailleurs de l'acception commune, dût être écartée ; que les dispositions de l'article 72 du code des marchés publics n'ont ni cet objet ni cet effet ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société CBS OUTDOOR, dont il n'est pas contesté, et dont il résulte des pièces versées au dossier, qu'elle avait offert une redevance annuelle supérieure à celle qui avait été offerte par la société CLEAR CHANNEL France, est fondée, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres moyens soulevés, à demander l'annulation de

l'ensemble de la procédure de passation du marché et de la décision de l'Etablissement public de gestion de la Défense rejetant son offre et retenant l'offre de la société CLEAR CHANNEL FRANCE ;

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

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* » ;

Considérant, en premier lieu, que ces dispositions font obstacle à ce qu'il soit mis à la charge de la société CBS OUTDOOR, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que l'EPGD et la société CLEAR CHANNEL FRANCE demandent au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ;

Considérant, en deuxième lieu, que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de la société CBS OUTDOOR tendant au bénéfice de ces dispositions ;

DECIDE

Article 1^{er} : La procédure de passation du marché pour l'installation de dispositifs d'affichages publicitaires et la décision de l'Etablissement public de gestion de la Défense rejetant l'offre de la société CBS OUTDOOR et retenant l'offre de la société CLEAR CHANNEL FRANCE sont annulées.

Article 2 : Les conclusions de la société CBS OUTDOOR tendant à l'application de l'article L.761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Les conclusions de la société CLEAR CHANNEL FRANCE tendant à l'application de l'article L.761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : Les conclusions de l'Etablissement public de gestion de la Défense tendant à l'application de l'article L.761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la société CBS OUTDOOR, à l'Etablissement public de gestion de la Défense et la société CLEAR CHANNEL France.

Fait à Cergy-pontoise, le 19 février 2010

Le juge des référés,

Pour expédition conforme
Le Greffier

Le greffier,

Signé

Signé

J.M. ADROT



C. JUSSY

La République mande et ordonne au préfet des hauts-de-Seine 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.