

Références

CAA de NANTES

N° 18NT02671

Inédit au recueil Lebon

4ème chambre

M. LAINE, président
Mme Marie BERIA-GUILLAUMIE, rapporteur
M. BESSE, rapporteur public
SCP LYON-CAEN FABIANI THIRIEZ, avocat

lecture du lundi 30 mars 2020

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société JC Decaux France a demandé au tribunal administratif de Rennes d'annuler ou à titre subsidiaire de résilier le contrat de mise à disposition de mobilier urbain signé entre la communauté d'agglomération de Vannes et la société Abri Services Nantes.

Par un jugement n° 1701037 du 14 mai 2018, le tribunal administratif de Rennes a rejeté cette demande.

Procédure devant la cour :

Par une requête et des mémoires, enregistrés le 13 juillet 2018, le 30 août 2018 et le 14 novembre 2019, la société JC Decaux France, représentée par Me A..., demande à la cour :

1°) d'annuler le jugement n° 1701037 du tribunal administratif de Rennes du 14 mai 2018 ;

2°) d'annuler ou à titre subsidiaire de résilier le contrat de mise à disposition de mobilier urbain signé entre la communauté d'agglomération de Vannes et la société Abri Services Nantes ;

3°) de mettre à la charge de la communauté d'agglomération Golfe du Morbihan - Vannes Agglo et de la société Abri Services Nantes la somme de quatre mille euros chacune au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient, dans le dernier état de ses écritures, que :

- le jugement du tribunal administratif est irrégulier et a méconnu le principe du contradictoire, en méconnaissance des articles L. 5 et R. 611-1 du code de justice administrative ; le tribunal a fondé une partie de son jugement sur un mémoire produit par la communauté d'agglomération Golfe du Morbihan - Vannes Agglo le 6 avril 2018 et communiqué tardivement le 8 avril 2018 à la clôture de l'instruction et auquel elle n'a pas pu répondre en temps utile ; ce mémoire contenait des éléments nouveaux sur l'analyse comparative des offres au regard des sous-critères de jugement tirés de la qualité des produits proposés et de leur performance environnementale ;

- le jugement du tribunal administratif est irrégulier en méconnaissance des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative et en violation du principe d'impartialité, garanti notamment par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; lorsqu'il a relevé un moyen relevé d'office et tiré de la requalification du marché en concession de service par une lettre du 19 février 2018, le tribunal a procédé à une affirmation équivalant à une préjugement du litige ;

- en requalifiant irrégulièrement le contrat litigieux, le tribunal administratif a omis de répondre à son moyen, qui n'était pas inopérant, tiré de ce que la communauté d'agglomération devait respecter les règles qu'elle s'était elle-même fixée en faisant application des règles de passation relatives aux marchés publics ;

- c'est à tort que le tribunal a estimé devoir appliquer les règles régissant les concessions de service au lieu des règles régissant les marchés publics ; il ne pouvait être estimé qu'aucun prix n'était versé par la collectivité publique puisque tant le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) que l'acte d'engagement prévoyaient le versement d'un prix par la communauté d'agglomération pour des prestations de pose et de dépose du mobilier urbain ;

- le contrat litigieux est entaché d'un vice du consentement ;

o il a été signé par une autorité incompétente ; le coordonnateur du groupement de commandes avait reçu expressément mandat pour signer un contrat à l'issue d'une procédure négociée et non à l'issue d'une procédure d'appel d'offres qui a finalement été mise en oeuvre ; le choix de la procédure de passation constitue un élément déterminant du consentement des conseils municipaux ; les dispositions de l'article L. 2122-21 du code général des collectivités territoriales ont été méconnues, l'autorité exécutive devant exécuter les décisions de l'assemblée délibérante ;

o le tribunal administratif a insuffisamment répondu au moyen tiré du fait que la modification apportée à la procédure de passation du contrat, caractéristique essentielle de son régime juridique, aurait vicié le consentement des conseillers municipaux ;

o la convention de groupement de commandes conclue le 2 mars 2016 n'a pas de caractère exécutoire en l'absence de transmission ;

o la convention de groupement signée n'est pas conforme à celle qui avait été approuvée par les assemblées délibérantes et a donc été conclue par des autorités non habilitées à cet effet ; le marché a donc été conclu par une autorité n'ayant pas reçu mandat à cet effet ; pour ce motif, la convention et le marché ont également été conclus en violation du droit à l'information des membres des assemblées délibérantes en méconnaissance de l'article L. 2121-13 du code général des collectivités territoriales ;

o le tribunal administratif n'a pas répondu au moyen, opérant, tiré de la méconnaissance de l'article L. 2121-13 du code général des collectivités territoriales ;

o le vice du consentement est un vice d'une particulière gravité de nature à entraîner son annulation et ne peut faire l'objet d'une régularisation ; ce vice est en rapport direct avec son intérêt lésé ; une phase de négociation aurait pu inverser l'ordre du classement dès lors que son offre n'est séparée de l'offre de l'attributaire que par un très faible écart global ;

- les dispositions de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales, applicables aux concessions de service en application de l'article L. 1410-3 du code, ont été méconnues ;

o le tribunal administratif a méconnu son office en écartant le moyen tiré de l'irrégularité de la composition de la commission sans faire usage de ses pouvoirs d'injonction pour obtenir le rapport et les procès-verbaux de la commission ;

o la commission chargée de dresser la liste des candidats admis à présenter une offre et d'émettre un avis sur le choix de l'offre retenu était irrégulièrement constituée ; l'incompétence de l'autorité qui décide de signer le marché entache le consentement contractuel ;

- la méthode de notation du critère tiré du prix des prestations est irrégulière en méconnaissance des dispositions de l'article 62-II du décret du 25 mars 2016 et des principes applicables aux concessions de service en vertu des méthodes de notation des offres en application des articles 1er et 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 ;

o la communauté d'agglomération a mis en oeuvre une méthode de notation du critère qui n'est pas en lien avec la réalité de ses besoins et ne permettait pas le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ; la simulation tarifaire effectuée par la communauté d'agglomération, qui n'est pas celle retenue par le tribunal administratif et doit comprendre les quotas contractuels de gratuité, ne correspond pas aux données constatées lors des douze années d'exécution du marché précédent ; la seule mise en accessibilité aux voyageurs handicapés ne justifie pas la simulation opérée ;

o les stipulations de l'acte d'engagement et de l'article 6-4 du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) étaient ambiguës quant au nombre de mobiliers à déplacer et a permis trois interprétations différentes par les trois soumissionnaires ne mettant pas les candidats en position d'égalité ; la communauté d'agglomération a donc insuffisamment défini ses besoins en violation de l'article 30 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ; il ne peut être retenu que les candidats n'ont posé aucune question sur ce point, dès lors que la communauté d'agglomération a expressément refusé de faire connaître aux candidats sa méthode de notation ;

o l'irrégularité affectant la méthode de notation du critère du prix des prestations est en rapport direct avec l'intérêt lésé dont elle se prévaut ; compte tenu du faible écart entre la redevance dans son offre et celle de l'attributaire, elle aurait pu être classée première au regard du critère financier ;

- la communauté d'agglomération a modifié irrégulièrement la méthode de notation des offres financières sans en informer les candidats, ainsi que l'établit la divergence entre les courriers du 28 novembre 2016 et du 8 décembre 2016 ;

o la communauté a réduit unilatéralement de 12 ans à 11 ans la redevance afférente aux variantes exigées n° 1 et n° 2 ;

o le vice l'a lésée en raison de l'écart global de redevance infime de 0.22 % qui aurait été inversée à son profit ; la réduction d'un an de la durée du marché au titre du jugement des variantes a eu un impact sur la présentation et le jugement des offres financières ; la diminution d'une année de la durée de jugement des variantes n'est pas justifiée ; en outre, le marché attribué à la société Abri Services Nantes a été attribué sur la base d'une proposition de redevance sur 12 ans y compris pour les variantes, en méconnaissance de l'égalité de traitement ;

o le tribunal administratif n'a pas répondu au moyen, opérant, tiré de ce que la communauté d'agglomération a appliqué, à la solution de base et aux variantes, une méthode de notation différente en méconnaissance de l'article 62-V du décret du 25 mars 2016 ; le principe s'applique également aux concessions de service en vertu des principes d'égalité de traitement et de transparence rappelés à l'article 1er de l'ordonnance du 29 janvier 2016 ;

- l'appréciation des offres est entachée d'erreur manifeste d'appréciation :

o une erreur manifeste d'appréciation a été commise s'agissant de la qualité des produits proposés ; l'éclairage LED proposé par la société attributaire était de moins bonne qualité que les panneaux digitaux LCD qu'elle proposait et qui offraient une parfaite luminosité par tous temps ;

o une erreur manifeste d'appréciation a été commise s'agissant du sous-critère des performances en matière environnementale ; les calculs opérés par la communauté d'agglomération en matière d'économie d'énergie ont été établis sur une base erronée et confondaient puissance installée et consommation moyenne ;

o une erreur manifeste d'appréciation a été commise s'agissant du sous-critère tiré de l'organisation de l'affichage publicitaire ; il n'existe pas de rapport entre l'organisation de l'affichage publicitaire et une politique de partenariat avec les associations en cas d'inventu ;

- l'offre de la société Abri Services Nantes aurait dû être écartée comme anormalement basse ; le pouvoir adjudicateur a lui-même engagé une procédure de vérification auprès de la société ;

o les réponses apportées par la société Abri Services Nantes n'étaient pas suffisantes pour écarter l'existence d'une offre anormalement basse ;

o la réponse n'était pas assortie des justificatifs exigés ;

o les prix unitaires des prestations de pose et de repose étaient déterminants pour le classement des offres compte tenu de l'écart infime entre les deux offres recevable ; l'offre de la société Abri Services Nantes présentait un caractère anormalement bas concernant les prix de pose et de repose, inférieur même à la moitié de l'estimation de la communauté d'agglomération ;

o la communauté d'agglomération aurait dû effectuer des vérifications pour la partie du marché que la société Abri Services Nantes envisageait de sous-traiter conformément à l'article 60 du décret du 25 mars 2016 ;

- la communauté d'agglomération devait exiger les justificatifs concernant l'interdiction de soumissionner lors de l'examen de sa candidature et non a posteriori après la signature du marché ; un tel vice entache le consentement contractuel ;
- le tribunal administratif a méconnu son office en ne faisant pas usage de ses pouvoirs d'injonction pour obtenir le rapport d'analyse des offres, le rapport de présentation du marché et les procès-verbaux de la commission ;
- le tribunal administratif a refusé à tort de prononcer les injonctions demandées en raison d'une procédure en cours devant la commission d'accès aux documents administratifs.

Par un mémoire en défense, enregistré le 7 février 2019, la société Abri Services Nantes, représentée par Me B..., conclut au rejet de la requête et demande, en outre, qu'une somme de 4 000 euros soit mise à la charge de la société JC Decaux France en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- en ce qui concerne l'invocation de la méconnaissance du principe du contradictoire, le mémoire produit par la communauté d'agglomération, communiqué le jour de la clôture, ne concernait que des arguments déjà développés dans les mémoires précédents ; le tribunal administratif ne s'est pas fondé sur ces arguments ; la société JC Decaux France n'a pas sollicité la réouverture de l'instruction et a pu réagir lors de l'audience publique et produire une note en délibéré ;
- les dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative ont été respectées, puisque les parties ont été informées du moyen soulevé d'office et ont pu présenter leurs observations ; le principe d'impartialité n'a pas été méconnu puisque les membres de la formation n'avaient pas déjà tranché la question qui leur était soumise dans le cadre d'une décision juridictionnelle antérieure ; le mécanisme de l'article R. 611-7 du code de justice administrative ne constitue aucunement un pré-jugement de l'affaire ;
- le tribunal administratif a bien répondu à l'argumentaire soulevé par la société JC Decaux France contre la requalification du contrat en concession de service ;
- le fait que le contrat comporte un prix payé par la collectivité n'exclut pas la qualification du contrat en concession puisque c'est l'existence d'un risque d'exploitation transféré au cocontractant de l'administration qui constitue le critère de distinction entre la concession et le marché public ; le contrat a donc été régulièrement requalifié en contrat de concession ;
- en ce qui concerne le vice de consentement invoqué :

o le tribunal administratif a suffisamment motivé son jugement concernant ce moyen ;

o à titre principal, le manquement n'est pas établi ;

- * l'autorisation donnée par l'assemblée délibérante, en application de l'article L. 2121-13 du code général des collectivités territoriales, doit porter sur les éléments essentiels du contrat, dont ne relève pas la procédure de passation ; le projet de convention de groupement de commandes comportant une référence à la mise en oeuvre d'une procédure négociée n'avait pas de caractère définitif s'agissant d'éléments non essentiels du contrat ;
- * le caractère non exécutoire de la convention de groupement de commande du 2 mars 2016 n'est pas établi ;

o à titre subsidiaire ce manquement n'est pas en lien avec l'éviction de la société JC Decaux France et n'a ni influencé le choix de l'attributaire ni privé la société d'une garantie ;

o à titre très subsidiaire, le manquement ne justifie pas l'annulation du marché en cause puisque le choix de la procédure ne change pas le résultat ; une annulation porterait une atteinte excessive à l'intérêt général, compte tenu de l'intérêt de la poursuite du contrat pour le service public de transports et le service public de la communication, de l'exécution du contrat depuis plus de deux ans et des conséquences financières pour la communauté d'agglomération ;

- la méconnaissance des dispositions de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales n'est pas établie ; les irrégularités invoquées ne sont ni établies, ni en lien avec l'éviction de la société JC Decaux France et n'imposait pas la production des documents et informations sollicités par la société ;
- en ce qui concerne le manquement invoqué au droit à l'information du candidat évincé, ce manquement n'est pas en rapport direct avec l'éviction de la société JC Decaux France puisque l'information n'est communiquée qu'après l'attribution du marché ; le manquement est en outre sans incidence sur la validité du contrat ; en outre, la communauté d'agglomération a respecté l'obligation d'information des candidats évincés ;
- le moyen tiré de l'irrégularité de la méthode de notation du critère tiré du prix des prestations est inopérant ;

o la société JC Decaux France n'a aucunement demandé d'éclaircissements, a compris ce critère de jugement des offres et a pu remettre une offre en toute connaissance de cause ; en tout état de cause, tous les candidats étaient placés dans une situation de stricte égalité ;

o la quantité de déposes et reposes de mobilier urbain retenues par la communauté d'agglomération pour l'évaluation de ce critère était conforme à la réalité du nouveau marché, qui prend en compte une évolution profonde du réseau de transport dans les années à venir et ne peut donc être comparé au marché antérieur ;

o en ce qui concerne la modification invoquée du critère financier, la prise en compte d'une durée de 11

années pour l'appréciation des variantes était justifiée par une incertitude sur le fait que les abris situés sur la commune de Séné pouvaient être installés en 2017 ; il n'y a pas eu d'évolution de la méthode de notation ; en outre, toutes les offres ont été appréciées selon la même méthode ;

- en ce qui concerne le moyen tiré de l'erreur manifeste dans l'appréciation des offres :

o l'erreur dans l'appréciation du sous-critère " qualité des produits proposés " n'est pas établie par la production du constat d'huissier produit par la société JC Decaux France, au demeurant postérieur à la procédure de passation ; l'écart de notation sur ce sous-critère repose notamment sur la garantie d'une visibilité en plein soleil ;

o l'erreur dans l'appréciation du sous-critère " performance en matière environnementale " n'est pas établie, compte tenu des économies d'énergie générées par un système à LED comparativement à un système à tubes fluorescents ; la notation de ce sous-critère est également fondée sur la prise en compte d'éléments tels que la valorisation de l'économie locale et des circuits courts et la proposition d'un bilan carbone ;

o l'erreur dans l'appréciation du sous-critère " organisation de l'affichage publicitaire " n'est pas établie, la méthodologie de traitement des invendus en partenariat avec des associations étant bien en lien avec ce sous-critère ;

- son offre ne présentait pas un caractère anormalement bas :

o le courrier de la communauté d'agglomération du 14 novembre 2016 était une demande de précisions et non la mise en oeuvre d'une procédure de vérification au titre de l'offre anormalement basse ; les réponses apportées ont été jugées satisfaisantes ;

o les prix unitaires de facturation ne sont pas un indice d'offre anormalement basse dans un marché de mobilier urbain publicitaire puisque la part de recettes la plus importante est constituée par les recettes publicitaires ; il est possible de prévoir un prix unitaire à zéro sans risquer de mettre en péril la bonne exécution du marché ;

o la société JC Decaux France ne démontre pas que les prix proposés sont susceptibles de compromettre la bonne exécution du marché ;

- le tribunal administratif de Rennes a parfaitement exercé son office en ne prononçant pas l'injonction sollicitée ; en tout état de cause, à la suite de l'avis de la CADA, la communauté d'agglomération a communiqué les pièces demandées.

Par un mémoire en défense, enregistré le 7 février 2019, la communauté d'agglomération Golfe du Morbihan - Vannes Agglo, représentée par Me C... et Me E..., conclut au rejet de la requête et demande, en outre, qu'une somme de 4 000 euros soit mise à la charge de la société JC Decaux France en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le principe du contradictoire n'a pas été méconnu, le mémoire du 6 avril 2018 ayant été communiqué à la société JC Decaux France avant la clôture de l'instruction ; la société a pu prendre connaissance des éléments et y répondre lors de l'audience publique du 12 avril 2018 et dans une note en délibéré ; le mémoire ne contenait aucun élément nouveau ;

- en ce qui concerne la méconnaissance alléguée de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, la lettre du tribunal administratif de Rennes du 19 février 2018 ne contenait aucun pré-jugement de l'affaire ; conformément à ces dispositions, les parties ont été informées et ont pu présenter des observations ;

- en ce qui concerne la requalification du contrat :

o si elle a respecté les obligations de la procédure de l'appel d'offres, elle a respecté les règles de la procédure de concession ; le recours à la procédure de passation des marchés publics n'est pas de nature à elle seule à entraîner l'annulation de la procédure, la société JC Decaux France ne démontrant pas que la procédure est entachée d'un vice ou avoir été privée des garanties de la procédure de passation des concessions ;

o elle s'en est remise à la sagesse du tribunal concernant la qualification du contrat ;

- en ce qui concerne le vice du consentement invoqué :

o le jugement est suffisamment motivé sur ce point ;

o le choix de la procédure de passation n'est pas un élément déterminant du consentement ;

o il n'existe pas de différence substantielle entre la convention signée par les autorités exécutives et celle dont la signature a été autorisée par les assemblées délibérantes ;

o les élus ont eu connaissance des éléments essentiels de la convention de groupement, conformément à l'article L. 2121-13 du code général des collectivités territoriales ;

- en ce qui concerne la méconnaissance alléguée de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales, la société JC Decaux France ne démontre pas que l'absence de saisine de l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise l'aurait lésée ; un tel vice purement procédural en amont de l'échange des consentements n'affecte ni l'objet du contrat ni le choix du co-contractant ;

- en ce qui concerne le droit à l'information du candidat évincé :

o la société JC Decaux France a été parfaitement informée par les courriers des 15 novembre 2016, 28 novembre 2016 et 8 décembre 2016 ; la jurisprudence n'exige pas la communication d'éléments de comparaison entre les offres ;

o en outre à supposer l'information insuffisante, ce vice n'est pas de nature à entraîner l'annulation du contrat :

- en ce qui concerne le moyen tiré de l'irrégularité de la méthode de notation du critère tiré du prix des prestations :

o il n'est pas exigé que les simulations tarifaires demandées soient conformes aux besoins réels de l'acheteur ; il n'est pas établi que les simulations de quantités ne correspondaient pas à l'objet du marché, qu'elles auraient eu pour effet de privilégier un aspect particulier des prestations ou que la même simulation n'aurait pas été appliquée à toutes les offres ; la mise en accessibilité du réseau de transport de voyageurs a pour effet d'augmenter le nombre d'opérations par rapport au marché précédent ;

o il n'existe aucune divergence entre les articles 6-3 et 6-4 du CCTP et l'acte d'engagement ; la société JC

Decaux France est en outre spécialiste de ce genre de marchés et n'a posé aucune question sur ce point, pas plus que les autres candidats ;

o elle a choisi de prendre en compte le coût des variantes sur une période de 11 années compte tenu de l'incertitude sur le fait que les abris situés à Séné et Ploeren puissent être installés courant 2017 ; la même méthode de notation a été utilisée de la même manière pour l'ensemble des candidats ; la méthode n'a pas évolué dans le temps ;

- en ce qui concerne le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation des offres :

o l'erreur dans l'appréciation du sous-critère " qualité des produits proposés " n'est pas établie par un constat d'huissier non contradictoire, non exhaustif, reflétant une appréciation subjective ; le constat de la qualité des prestations en cours d'exécution du contrat n'a rien à voir avec l'analyse des offres et de leurs mérites respectifs ; la solution LED proposée par l'attributaire est qualitativement supérieure à la solution LCD proposée par la société JC Decaux France en raison notamment de la garantie d'une visibilité en plein soleil ; a également été prise en compte la qualité des produits au regard d'autres spécifications du marché ; o l'erreur dans l'appréciation du sous-critère " performances environnementales " n'est pas établie ; l'éclairage LED consomme moins d'énergie que l'éclairage par tubes fluorescents proposé par la société JC Decaux France ; la durabilité des produits proposés par la société JCD est comparable à celle des sources LED ; l'élimination des tubes fluorescents proposés par la société JC Decaux France est plus contraignante en fin de vie ;

o l'erreur dans l'appréciation du sous-critère " organisation de l'affichage publicitaire " n'est pas établie ; la société JC Decaux France est la seule à n'avoir pas proposé de politique de partenariat avec les associations en cas d'invendus ; il est habituel d'attendre ce type d'informations dans les procédures de mise en concurrence de mobilier urbain ;

- en ce qui concerne le moyen tiré de l'offre anormalement basse de la société Abri Services Nantes, un prix faible ne peut être considéré, à lui seul, comme une preuve de l'insuffisance technique ou financière de l'offre ; la société a répondu de manière parfaitement claire à ses demandes du 14 novembre 2016, la production de justificatifs n'étant pas nécessaire ; l'offre de l'attributaire est économiquement viable et n'est pas susceptible de compromettre la bonne exécution du marché ;

- elle a fourni les documents demandés à la suite de l'avis de la CADA du 6 juillet 2018 ; il était nécessaire pour le tribunal administratif d'attendre que la CADA se prononce ;

- en ce qui concerne les justificatifs sur l'interdiction de soumissionner, il est exact que cette vérification a eu lieu après l'examen des candidatures ; cette circonstance n'a pu cependant léser la société JC Decaux France dès lors qu'il n'est pas démontré que la société Abri Services Nantes ait fait l'objet d'une interdiction de soumissionner ;

- à titre subsidiaire, l'annulation du marché entrainerait une atteinte manifestement excessive à l'intérêt général ; l'annulation du marché compromettrait les délais de réalisation de l'accessibilité du réseau de transport aux personnes à mobilité réduite ; le contrat est exécuté depuis deux ans sans problème.

Par une ordonnance du 25 novembre 2019, la clôture de l'instruction a été fixée au 10 décembre 2019.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- le code général des collectivités territoriales ;
- le code des relations entre le public et l'administration ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;
- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ;
- le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme F..., première conseillère,
- les conclusions de M. Besse, rapporteur public,
- et les observations de Me A..., représentant la société JC Decaux France, Me C..., représentant la communauté d'agglomération Golfe du Morbihan - Vannes Agglomération et Me B... représentant la société Abri Services Nantes.

Une note en délibéré, présentée pour la société JC Decaux France, a été enregistrée le 3 mars 2020 à 18 H.

Considérant ce qui suit :

1. La communauté d'agglomération du pays de Vannes dite Vannes Agglo (Morbihan), la commune de Vannes et la commune de Saint-Avé ont conclu, le 2 mars 2016, une convention de groupement de commandes portant sur la mise à disposition de mobiliers urbains de types panneaux d'information municipale et abris voyageurs gérés par un opérateur exploitant l'affichage publicitaire. La communauté d'agglomération était désignée comme le coordonnateur du groupement de commandes et devait, en application de l'article 3 de la convention, procéder à l'ensemble des opérations de sélection du titulaire du contrat. Cette convention a été conclue dans la perspective du renouvellement du contrat de mobiliers urbains qui, conclu en 2004 entre la commune de Vannes et la société Decaux, arrivait à échéance le 1er janvier 2017.

2. En application de cette convention de groupement, Vannes Agglo a lancé une procédure d'appel à la concurrence, dont l'avis a été publié au BOAMP le 25 juin 2016, en vue de la conclusion d'un " marché public " portant sur la mise à disposition, l'installation, l'entretien, la maintenance et l'exploitation d'abris voyageurs et de leurs équipements annexes, la mise à disposition, l'installation, l'entretien, la maintenance et l'exploitation de panneaux d'information municipale, la pose et la dépose gratuites de campagnes institutionnelles Vannes agglo et communales au niveau de certains abris et panneaux et la dépose/repose/déplacement d'abris et de panneaux d'informations. La procédure de passation utilisée était une procédure d'appel d'offres ouvert, les candidats qui devaient déposer leurs offres avant le 28 juillet 2016

devant en outre présenter une proposition pour trois variantes portant sur la mise à disposition d'abris sur la commune de Séné, sur la mise à disposition d'un abri sur la commune de Ploeren et sur la mise à disposition de panneaux d'information sur la commune de Saint-Avé. La durée du contrat était fixée à douze années. Trois sociétés ont présenté une offre, dont la société Abri Services Nantes et la société JC Decaux France. Par un courrier du 15 novembre 2016, la communauté d'agglomération Golfe du Morbihan - Vannes Agglo, venant aux droits de Vannes Agglo, a informé la société JC Decaux France du rejet de son offre et de l'attribution du marché en cause à la société Abri Services Nantes.

3. La société JC Decaux France a introduit, le 25 novembre 2016, une requête en référé pré-contractuel qui a été rejetée par une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Rennes du 20 décembre 2016. Ultérieurement, la société JC Decaux France a saisi le tribunal administratif de Rennes d'une demande tendant à l'annulation ou à titre subsidiaire à la résiliation du contrat de mise à disposition de mobilier urbain signé entre la communauté d'agglomération de Vannes et la société Abri Services Nantes. Par un jugement n° 1701037 du 14 mai 2018, le tribunal administratif de Rennes, après avoir requalifié le contrat litigieux en contrat de concession, a rejeté la demande de la société JC Decaux France. Cette dernière relève appel du jugement du tribunal administratif de Rennes du 14 mai 2018.

Sur la régularité du jugement attaqué :

4. En premier lieu, l'article L. 5 du code de justice administrative dispose que : " L'instruction des affaires est contradictoire. Les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence, du secret de la défense nationale et de la protection de la sécurité des personnes ". Par ailleurs, l'article R. 611-1 du même code dans sa rédaction applicable dispose que : " La requête et les mémoires, ainsi que les pièces produites par les parties, sont déposés ou adressés au greffe. / La requête, le mémoire complémentaire annoncé dans la requête et le premier mémoire de chaque défendeur sont communiqués aux parties avec les pièces jointes dans les conditions prévues aux articles R. 611-3, R. 611-5 et R. 611-6. / Les répliques, autres mémoires et pièces sont communiqués s'ils contiennent des éléments nouveaux ". Enfin, l'article R. 613-2 du code de justice administrative, dans sa rédaction applicable, disposait que : " Si le président de la formation de jugement n'a pas pris une ordonnance de clôture, l'instruction est close trois jours francs avant la date de l'audience indiquée dans l'avis d'audience prévu à l'article R. 711-2. Cet avis le mentionne (...) ".

5. Il résulte de l'instruction que l'affaire opposant la société JC Decaux France à la communauté d'agglomération Golfe du Morbihan - Vannes Agglo et à la société Abri Services Nantes a été inscrite par la formation de jugement du tribunal administratif de Rennes à l'audience publique du jeudi 12 avril 2018. En application des dispositions de l'article R. 613-2 du code de justice administrative et en l'absence d'ordonnance de clôture explicite de l'instruction, celle-ci était close le dimanche 8 avril 2018. Il résulte de l'instruction que la communauté d'agglomération Golfe du Morbihan - Vannes Agglo a présenté un quatrième mémoire enregistré au greffe du tribunal administratif de Rennes le vendredi 6 avril 2018 et communiqué aux autres parties, dont la société JC Decaux France, le dimanche 8 avril 2018 à 15 heures 26, juste avant la clôture de l'instruction. Si la société appelante n'a pu, de ce fait, répliquer à l'argumentation de fait soulevée par la communauté d'agglomération dans ce dernier mémoire, il résulte de l'instruction que le jugement attaqué du tribunal administratif de Rennes n'est aucunement fondé sur les derniers arguments de fait évoqués par l'établissement public de coopération intercommunale dans le mémoire du 6 avril 2018. Dans ces conditions, le moyen tiré de la méconnaissance du caractère contradictoire de la procédure juridictionnelle suivie devant le tribunal administratif de Rennes doit être écarté.

6. En deuxième lieu, l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales stipule que : " 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) ". Par ailleurs, l'article R. 611-7 du code de justice administrative, dans sa rédaction applicable, dispose que : " Lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, le président de la formation de jugement ou, au Conseil d'Etat, la chambre chargée de l'instruction en informe les parties avant la séance de jugement et fixe le délai dans lequel elles peuvent, sans qu'y fasse obstacle la clôture éventuelle de l'instruction, présenter leurs observations sur le moyen communiqué (...) ".

7. Il résulte de l'instruction que, par un courrier du 19 février 2018 adressé à l'ensemble des parties, le président de la formation de jugement du tribunal administratif de Rennes a informé celles-ci que le contrat litigieux constituait une concession de service au sens du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 et non un marché public au sens du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016. Ce même courrier invitait également les parties à présenter leurs observations sur " ces éléments " dans un délai de quinze jours. Un tel courrier intitulé expressément " invitation des parties à produire leurs observations " ne saurait en tout état de cause être regardé comme un " pré-jugement " de l'affaire par le signataire du courrier en méconnaissance du principe d'impartialité s'imposant aux juridictions administratives, alors que l'office du juge lui impose de se fonder sur les dispositions applicables au litige qu'il lui revient de trancher. Par ailleurs, ce courrier, à la suite duquel les parties ont pu présenter leurs observations, ne constituant pas l'information sur un moyen d'ordre public au sens de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, la société JC Decaux France ne peut utilement invoquer la méconnaissance de ces dispositions.

8. En troisième lieu, l'article L. 9 du code de justice administrative dispose que : " Les jugements sont motivés ".

9. D'une part, il résulte de l'instruction, et notamment du mémoire de la société JC Decaux France du 6 mars 2018 faisant suite au courrier du tribunal administratif de Rennes évoqué au point 7 du présent arrêt, que la société a indiqué qu'elle s'en remettait à la sagesse du tribunal concernant la qualification du contrat litigieux mais que la communauté d'agglomération ayant choisi de mettre en oeuvre une procédure d'appel d'offres ouvert au niveau européen, elle devait " respecter les règles qu'elle s'était elle-même fixées ". La société JC

Decaux France en concluait dès lors qu'elle maintenait l'ensemble des moyens qu'elle avait précédemment soulevés et qui étaient tirés de la méconnaissance des dispositions applicables à la passation des marchés publics. Dès lors, cet argument ayant été soulevé pour justifier le maintien des moyens antérieurement soulevés ne peut être regardé, contrairement à ce que soutient la société appelante, comme un moyen soulevé à l'encontre du contrat en cause auquel le tribunal administratif aurait irrégulièrement omis de répondre. En outre, le tribunal administratif a indiqué, dans le point 6 de son jugement, que la procédure d'appel d'offres à laquelle la communauté d'agglomération avait soumis la passation du contrat en cause ne présentait pas des garanties moindres que celles régissant la passation des contrats de concession.

10. D'autre part, il résulte de l'instruction que le tribunal administratif, qui n'était pas tenu de répondre à tous les arguments soulevés par les parties, a suffisamment répondu, au point 7 de son jugement, au moyen tiré du vice du consentement et de l'absence d'information des conseillers municipaux et communautaires des membres du groupement de commandes quant à l'évolution de la procédure de passation du contrat en cause, sans qu'ait d'incidence la circonstance que le tribunal administratif n'a pas mentionné l'article L. 2121-13 du code général des collectivités territoriales, garantissant le droit de tout membre d'un conseil municipal à l'information sur les affaires faisant l'objet d'une délibération. Par ailleurs, le tribunal administratif de Rennes a également suffisamment répondu, au point 27 de son jugement, au moyen tiré de l'évolution de la méthode de notation du critère prix, sans qu'ait d'incidence la circonstance que le tribunal administratif n'a pas mentionné l'article 62-V du décret du 25 mars 2016, d'ailleurs relatif aux marchés publics et non aux contrats de concession.

11. Il résulte de ce qui précède que la société JC Decaux France n'est pas fondée à soutenir que le jugement attaqué serait insuffisamment motivé et aurait omis de répondre à certains moyens.

12. En dernier lieu, la demande faite à une partie de produire des pièces constitue une mesure d'instruction qui relève de l'office du juge administratif. Dès lors, et compte tenu de la formulation des moyens soulevés devant lui par la société requérante, notamment du moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales, le tribunal administratif de Rennes, qui a expressément rejeté les demandes de la société JC Decaux France tendant à ce qu'il soit demandé à la communauté d'agglomération Golfe du Morbihan - Vannes Agglo de produire le rapport d'analyse des offres, le rapport de présentation du marché et les procès-verbaux de la commission d'appel d'offres, n'a pas méconnu son office en n'exigeant pas la communication de ces pièces. Il suit de là que la société JC Decaux France n'est pas fondée à soutenir que, du seul fait de l'absence de mise en oeuvre de cette mesure d'instruction, le jugement serait irrégulier.

Sur le bien-fondé du jugement attaqué :

13. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, 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. Cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité. Si le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, les autres tiers ne peuvent invoquer 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. Un concurrent évincé ne peut ainsi invoquer, outre les vices d'ordre public dont serait entaché le contrat, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction.

14. Saisi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice du consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

En ce qui concerne la qualification du contrat litigieux :

15. L'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, alors en vigueur, disposait que : " Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. / La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire

ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service ". Par ailleurs l'article 9 de cette même ordonnance, alors en vigueur, dispose que : " Les pouvoirs adjudicateurs sont : / 1° Les personnes morales de droit public (...) ".

16. Il résulte de l'instruction que le contrat litigieux, conclu entre la communauté d'agglomération Golfe du Morbihan - Vannes Agglo et la société Abri Services Nantes a pour objet la mise à disposition, l'installation, l'entretien, la maintenance et l'exploitation d'abris voyageurs et leurs équipements annexes et de panneaux d'information municipale sur le territoire des communes de Vannes, Saint-Avé et, selon les variantes, Séné et Ploeren. Les stipulations de l'article 4-1 de l'acte d'engagement prévoient que le titulaire du contrat est rémunéré par la possibilité d'exploiter commercialement les faces publicitaires des abribus et des panneaux d'affichage, en dehors des faces réservées aux collectivités. Il résulte en outre de ces mêmes stipulations que le titulaire doit verser à la communauté d'agglomération une redevance annuelle qui ne peut être inférieure à 200 000 euros TTC. Le titulaire est exposé aux aléas de toute nature qui peuvent affecter le volume et la valeur de la demande d'espaces de mobilier urbain par les annonceurs publicitaires sur le territoire de la communauté d'agglomération, sans qu'aucune stipulation du contrat ne prévoie la prise en charge, totale ou partielle, par la commune des pertes qui pourraient en résulter. Si le contrat litigieux prévoit également la possibilité du versement d'un prix par la collectivité publique en raison d'opérations complémentaires de pose, dépose ou déplacement de mobilier urbain, il résulte de l'instruction et notamment de l'article 8-2 du CCTP que cinq opérations de pose, dépose, ou déplacement annuelles doivent être effectuées gratuitement par le titulaire du contrat et que ce n'est qu'au-delà de cette quantité annuelle et sur décision de la collectivité que d'autres opérations peuvent être effectuées et rémunérées au cocontractant. Compte tenu du caractère accessoire de ces prestations portant sur les équipements objets du contrat litigieux, celui-ci, dont l'attributaire se voit transférer un risque lié à l'exploitation des ouvrages à installer, constitue un contrat de concession de service soumis aux dispositions de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et du décret du 1er février 2016 relatif aux concessions.

17. Il résulte de ce qui précède, et alors que la détermination du droit applicable à un litige qui lui est soumis relève de l'office du juge administratif, que la société JC Decaux France n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Rennes a requalifié le contrat soumis à son appréciation en concession. En ce qui concerne les moyens tirés de la méconnaissance des dispositions du décret du 25 mars 2016 et de l'ordonnance du 23 juillet 2015 :

18. Il résulte de ce qui a été dit au point 16 du présent arrêt qu'en égard à la nature du contrat en cause les moyens tirés de la méconnaissance des dispositions des articles 60, 62-II et 62-V du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et de la méconnaissance des dispositions de l'article 30 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ne peuvent être utilement soulevés par la société JC Decaux France. En ce qui concerne le consentement et l'information des élus municipaux et communautaires :

19. L'article L. 2122-21 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction applicable, dispose que : " Sous le contrôle du conseil municipal et sous le contrôle administratif du représentant de l'Etat dans le département, le maire est chargé, d'une manière générale, d'exécuter les décisions du conseil municipal : / (...) 6° De souscrire les marchés, de passer les baux des biens et les adjudications des travaux communaux dans les formes établies par les lois et règlements (...) ". Par ailleurs, l'article L. 2121-13 du même code dispose que : " Tout membre du conseil municipal a le droit, dans le cadre de sa fonction, d'être informé des affaires de la commune qui font l'objet d'une délibération ". Par ailleurs, l'article L. 5211-1 du même code dispose que : " Les dispositions du chapitre Ier du titre II du livre Ier de la deuxième partie relatives au fonctionnement du conseil municipal sont applicables au fonctionnement de l'organe délibérant des établissements publics de coopération intercommunale, en tant qu'elles ne sont pas contraires aux dispositions du présent titre. (...) ".

20. Par ailleurs, l'article 35 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, alors en vigueur, disposait que : " Afin de susciter la plus large concurrence, les autorités concédantes procèdent à une publicité dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par voie réglementaire, selon l'objet du contrat de concession ou sa valeur estimée hors taxe ". L'article 36 de cette même ordonnance, alors en vigueur, disposait que : " Sans préjudice des dispositions du chapitre préliminaire et du chapitre Ier du titre Ier du livre IV de la première partie du code général des collectivités territoriales, l'autorité concédante organise librement la procédure qui conduit au choix du concessionnaire, dans le respect des principes énoncés à l'article 1er de la présente ordonnance, des dispositions du présent chapitre et des règles de procédure fixées par voie réglementaire (...) ". Enfin, aux termes de l'article 46 de cette même ordonnance, alors en vigueur : " Les autorités concédantes peuvent organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par voie réglementaire. La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation. ".

21. Il résulte de l'instruction, notamment de l'avis publié au BOAMP le 25 juin 2016, que le groupement de commandes piloté par la communauté d'agglomération Vannes-Agglo a choisi de mener la procédure de conclusion du contrat litigieux par la voie de l'appel d'offres ouvert à la concurrence. La société JC Decaux France soutient d'une part que le consentement donné par les assemblées délibérantes des communes et de la communauté d'agglomération membres du groupement a été méconnu et d'autre part que les élus de ces assemblées n'ont pas été suffisamment informés dès lors qu'il avait été initialement prévu de conclure le contrat par la voie de la procédure négociée. Il résulte effectivement de l'instruction qu'un premier projet de convention de groupement, projet non signé par les exécutifs des membres du groupement, mentionnait que le contrat serait conclu selon la procédure négociée alors prévue par l'article 35-I 2 du code des marchés publics alors en vigueur. Il résulte en outre de l'instruction que les assemblées délibérantes des collectivités et établissements membres du groupement ont été informées qu'il était envisagé de recourir à la procédure

négociée de conclusion des marchés publics. Néanmoins, cette circonstance n'est pas à elle seule de nature à établir que les membres des conseils municipaux et du conseil communautaire de Vannes Agglo n'auraient pas été suffisamment informés et que le contrat finalement conclu l'a été en méconnaissance de leur consentement dès lors qu'il résulte au contraire de l'instruction que les membres des assemblées délibérantes en cause ont été informés sur l'ensemble des caractéristiques essentielles du contrat pour lequel ils ont décidé de recourir à un groupement de commandes. En outre, il résulte des dispositions citées ci-dessus de l'ordonnance du 29 janvier 2016 que la procédure de passation d'une concession est organisée librement par l'autorité concessionnaire, qui peut, en application des dispositions de l'article 46 de l'ordonnance, recourir ou non à la négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires. Dans ces conditions, la circonstance que les membres des conseils municipaux et du conseil communautaire de Vannes Agglo n'ont pas été informés du choix de la procédure suivie pour la passation du contrat de concession litigieux n'est pas de nature à établir une méconnaissance du droit à l'information de ces membres ou l'absence de consentement des collectivités membres du groupement de commandes à la conclusion du contrat.

En ce qui concerne les moyens tirés de l'absence de caractère exécutoire de la convention de groupement de commandes et de la méconnaissance de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales :

22. Aux termes de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction alors applicable : " I.- Une commission ouvre les plis contenant les candidatures ou les offres et dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. / Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention peut organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans les conditions prévues par l'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susmentionnée. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat. /II.- La commission est composée : / a) Lorsqu'il s'agit d'une région, de la collectivité territoriale de Corse, d'un département, d'une commune de 3 500 habitants et plus et d'un établissement public, par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, président, et par cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste (...) / Il est procédé, selon les mêmes modalités, à l'élection de suppléants en nombre égal à celui de membres titulaires. / Le quorum est atteint lorsque plus de la moitié des membres ayant voix délibérative sont présents. / Si, après une première convocation, ce quorum n'est pas atteint, la commission est à nouveau convoquée. Elle se réunit alors valablement sans condition de quorum. / Lorsqu'ils y sont invités par le président de la commission, le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la commission. Leurs observations sont consignées au procès-verbal. / Peuvent participer à la commission, avec voix consultative, des personnalités ou un ou plusieurs agents de la collectivité territoriale ou de l'établissement public désignés par le président de la commission, en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de la délégation de service public ".

23. Si la société JC Decaux France invoque l'absence de caractère exécutoire de la convention de groupement de commandes signé le 2 mars 2016 et la méconnaissance des dispositions de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales en raison de la composition irrégulière de la commission prévue par ces dispositions, elle n'apporte aucune précision à l'appui de sa contestation sur ces points. Il suit de là que ces moyens doivent être écartés.

En ce qui concerne les critères d'attribution des offres :

S'agissant de la définition du critère du prix :

24. Aux termes de l'article 1er de l'ordonnance du 29 janvier 2016, alors en vigueur : " I. - Les contrats de concession soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. (...) ". L'article 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, alors en vigueur, disposait que : " Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. / Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective ". L'article 27 du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, alors en vigueur, disposait que : " I. - Pour attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde, conformément aux dispositions de l'article 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, sur une pluralité de critères non discriminatoires. Au nombre de ces critères, peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation. Lorsque la gestion d'un service public est déléguée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers. / Les critères et leur description sont indiqués dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation. / II. - Pour les contrats de concession qui relèvent du 1° de l'article 9, l'autorité concédante fixe les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance. Leur hiérarchisation est indiquée dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation (...) ".

25. Le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en oeuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics. Toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en oeuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie.

26. L'article 7.2 du règlement de la consultation prévoyait que le classement des offres se ferait sur la base de deux critères : le critère " prix des prestations " pondéré à 60 % et le critère " valeur technique " pondéré à 40 %. Par ailleurs, ce même article précisait que le critère du " prix des prestations " serait " apprécié au regard du montant de la redevance publicitaire issue de l'exploitation des abris et suivant les prix unitaires des prestations indiquées à l'acte d'engagement ". En ce qui concerne le montant de la redevance publicitaire, s'appliquait l'article 4 de l'acte d'engagement qui prévoyait que " en contrepartie de cette exploitation commerciale du domaine public, il sera versé à Vannes Agglo une redevance forfaitaire annuelle " dont le montant était proposé par le candidat mais qui ne pourrait être inférieur à 200 000 euros TTC par an. En ce qui concerne l'autre composante du " prix " proposé par le candidat, l'article 4-2 de l'acte d'engagement demandait aux candidats de proposer un tarif unitaire en euros hors taxes pour des prestations de dépose/pose d'un abri mis à disposition, dépose/pose d'un panneau mis à disposition, dépose et transport jusqu'au lieu de stockage d'abris pré-existants avant remplacement par mise à disposition abri neuf ou reconditionné à neuf pour la première variante et dépose et élimination d'abris pré-existants avant remplacement par mise à disposition abri neuf ou reconditionné à neuf pour la deuxième variante.

27. Par ailleurs, l'article 6-1 du CCTP du contrat de concession litigieux précisait les besoins initiaux du groupement de commanditaires, lesquels se composaient de 163 abris sur le territoire de la commune de Vannes auxquels s'ajoutaient, au titre des variantes 1 et 2, 10 abris sur le territoire de la commune de Séné et un abri sur le territoire de la commune de Ploeren. Les caractéristiques précises des abris correspondant aux besoins initiaux étaient indiquées dans cet article. L'article 6-2 du CCTP indiquait la croissance possible, au cours de l'exécution du contrat, du nombre d'abris devant être mis à disposition du public par le cocontractant. Il précisait ainsi que 20 abris supplémentaires au maximum pourraient être requis, 10 au cours des six premières années du contrat et 10 au cours des six dernières années de son exécution. L'article 6-4 du CCTP exposait, quant à lui, que la communauté d'agglomération avait décidé de mettre en oeuvre un programme de mise en accessibilité des arrêts de bus pour les personnes à mobilité réduite selon un schéma directeur dont l'exécution devait être échelonnée jusqu'en 2021. Cet article stipulait ainsi que la mise en accessibilité devait concerner environ 90 des abris objets du contrat et que pour chacune de ces mises en accessibilité, le titulaire de la concession devrait procéder à la dépose du mobilier urbain concerné, à son stockage pendant l'exécution des travaux puis à la réalisation des nouvelles fondations et à la repose du mobilier. En application des stipulations combinées des articles 6-3 et 6-4 du CCTP, le titulaire du contrat devait assurer gratuitement cinq de ces opérations de pose et dépose par an et, au-delà de ce seuil, se voyait accorder une rémunération, dont le montant était contractuellement défini à l'article 4-2 de l'acte d'engagement du candidat. Dans ces conditions, la société JC Decaux France, dont il n'est au demeurant pas contesté qu'elle n'a posé aucune question à ce sujet à l'administration, ne peut sérieusement soutenir que les stipulations du CCTP relatives à la définition des besoins de l'autorité concédante auraient été ambiguës et de nature à permettre des interprétations différentes en méconnaissance du principe d'égalité des candidats. En outre, en se bornant à faire valoir une divergence du nombre d'opérations de dépose/repose de mobiliers urbains par rapport à l'ancien marché dont elle était titulaire, la société JC Decaux France n'établit aucunement que l'autorité administrative aurait mal apprécié ses besoins, alors surtout que la mise en oeuvre du schéma de mise en accessibilité pour les personnes à mobilité réduite impliquait un profond bouleversement du réseau de mobilier urbain.

28. Il résulte de tout ce qui précède que la société JC Decaux France n'est pas fondée à soutenir que la communauté d'agglomération, mandataire du groupement de commandes, aurait mis en oeuvre une méthode de notation du critère " prix " des prestations irrégulière en méconnaissance des dispositions des articles 1er et 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

S'agissant de l'évolution de la durée du contrat :

29. Il résulte de l'instruction que le règlement de la consultation prévoyait une durée d'exécution du contrat de douze années à compter de sa notification au titulaire. Par ailleurs, le CCTP applicable au contrat litigieux définissait, dans son article 3, le périmètre du contrat comme portant d'une part sur une offre de base obligatoire relative à la gestion des abris voyageurs et des panneaux d'information municipale sur le territoire de la commune de Vannes et d'autre part, trois variantes portant respectivement sur la gestion des abris voyageurs sur le territoire de la commune de Séné, celle des abris voyageurs sur le territoire de la commune de Ploeren et enfin, la gestion de panneaux d'information municipale sur le territoire de la commune de Saint-Avé. Aucune stipulation particulière du CCTP, de l'acte d'engagement ou du règlement de la consultation ne précisait que les offres seraient appréciées sur la base d'une durée de onze années en ce qui concerne les variantes, au lieu de douze années pour l'offre de base. Il résulte cependant de l'instruction et notamment du courrier adressé le 8 décembre 2016 par la communauté d'agglomération Golfe du Morbihan - Vannes Agglo à la société JC Decaux France SAS que l'offre de cette dernière a été estimée, en ce qui concerne le critère " prix des prestations " sur la base de 12 années pour l'offre de base mais sur la base de 11 années pour les variantes n° 1 et n° 2, lesquelles étaient obligatoires. Toutefois, il ne résulte pas de l'instruction que l'offre de la société Abri Services Nantes, attributaire de la concession, aurait été examinée dans des conditions différentes de la sienne, notamment en ce qui concerne la durée des variantes exigées. En outre, il résulte de l'instruction que l'offre présentée par la société JC Decaux France, de 2 793 580 euros HT, présente un caractère inférieur à celle de la société Abri Services Nantes, d'un montant de 3 024 750 euros HT, soit une différence très supérieure au montant de redevances proposé annuellement par la société appelante pour les variantes n° 1 et n° 2 de la concession. Dans ces conditions, la circonstance que les candidats n'ont pas été clairement informés que leur offre serait appréciée sur une durée de 12 années pour l'offre de base et une durée de 11 années pour les variantes obligatoires ne peut être regardé comme étant à l'origine directe de l'éviction de l'offre de la société JC Decaux France.

En ce qui concerne le moyen tiré de l'erreur manifeste commise dans l'appréciation des offres :

30. L'article 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, alors en vigueur, disposait que : " Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. / Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective ".

31. L'article 7.2 du règlement de la consultation applicable au contrat litigieux prévoyait, ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, que les offres des candidats seraient appréciées selon deux critères tirés l'un du prix des prestations, pondéré à 60 %, et l'autre de la valeur technique, pondéré à 40 %. En ce qui concerne le critère relatif à la valeur technique de l'offre, le règlement de la consultation précisait que celui-ci serait " apprécié globalement au regard du mémoire technique fourni par le candidat et comprenant notamment les éléments suivants : / - qualité des produits proposés (10 points) ; / - qualité des prestations d'entretien et de maintenance (10 points) ; / - caractère esthétique du mobilier (10 points) ; / - organisation de l'affichage publicitaire (5 points) ; / - performances en matière environnementale (5 points) ".

32. En premier lieu, il résulte de l'instruction, notamment du courrier adressé le 28 novembre 2016 par la communauté d'agglomération à la société JC Decaux France, que pour le sous-critère de la qualité des produits proposés, qui était noté sur 10 points, la société appelante a obtenu la note de 7 sur 10 tandis que la société Abri Services Nantes, société attributaire, a obtenu la note de 9 sur 10. La société JC Decaux France conteste l'appréciation portée par l'autorité concédante sur ce sous-critère en faisant valoir la meilleure qualité de l'affichage par LCD. Néanmoins, la notation de ce sous-critère, ainsi qu'il résulte des spécifications exigées dans le CCTP, ne portait pas exclusivement sur la qualité des panneaux lumineux proposés par les candidats mais sur l'ensemble du mobilier urbain objet du contrat. En outre, si la communauté d'agglomération reconnaît que la définition des images est de meilleure qualité en affichage LCD qu'en affichage par LED, elle indique que la définition des images en LED est néanmoins tout à fait satisfaisante pour l'usage auquel les panneaux étaient destinés. Elle souligne également qu'en revanche, la luminosité des écrans LED proposés par la société Abri Services Nantes était très largement supérieure à celle des écrans LCD proposés par la société JC Decaux France, notamment en plein soleil. Dans ces conditions, la seule production de photographies réalisées en avril 2018 par un huissier de justice autour des seules places de la Libération, place de la République et rues aux alentours à Vannes ne permet pas d'établir qu'en attribuant à la société Abri Services Nantes la note de 9,5 et à la société JC Decaux France la note de 7 pour le sous-critère " qualité des produits proposés ", la communauté d'agglomération Golfe du Morbihan - Vannes Agglo aurait commis une erreur manifeste d'appréciation.

33. En deuxième lieu, il résulte de l'instruction que pour le sous-critère tiré des " performances en matière environnementale ", noté sur 5 points, la société JC Decaux France s'est vu attribuer la note de 4, inférieure d'un seul point par rapport à la note de 5 attribuée à la société Abri Services Nantes. La société JC Decaux France se borne à contester l'appréciation portée par l'autorité concédante sur la consommation électrique des écrans LCD qu'elle proposait au regard des écrans éclairés par LED proposés par la société attributaire sans contester utilement l'appréciation d'ensemble portée par l'administration sur les performances énergétiques des offres. Il résulte ainsi de l'instruction que l'offre de la société Abri Services Nantes a été valorisée notamment parce qu'elle privilégiait les circuits courts et l'économie locale. En outre, en ce qui concerne plus spécifiquement les écrans et leur éclairage, il a été considéré que les écrans LED proposés par la société Abri Services Nantes nécessitaient une consommation moindre que les écrans LCD éclairés par des tubes fluorescents proposés par la société JC Decaux France, avaient une durabilité comparable et présentaient une plus grande simplicité pour leur élimination en fin d'usage. Dans ces conditions, l'évaluation des offres de la société JC Decaux France et de la société Abri Services Nantes, affectées d'une différence d'un point, n'apparaît pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation.

34. En dernier lieu, il résulte de l'instruction que pour le sous-critère " organisation de l'affichage publicitaire ", la société JC Decaux France a obtenu la note maximale de 5 sur 5, tout comme la société attributaire. En outre, si elle conteste l'appréciation portée sur l'offre de la société Abri Services Nantes en ce qui concerne ce sous-critère, elle ne saurait sérieusement soutenir que la mise à disposition des espaces publicitaires invendus au profit d'associations locales ne concernerait pas l'organisation de l'affichage publicitaire.

35. Il résulte de tout ce qui précède que le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation commise dans l'appréciation des offres doit être écarté dans toutes ses branches.

En ce qui concerne l'existence d'une offre anormalement basse :

36. Si la société JCDecaux France soutient que l'offre de la société Abri Services Nantes serait " anormalement basse ", la prohibition des offres anormalement basses et le régime juridique relatif aux conditions dans lesquelles de telles offres peuvent être détectées et rejetées ne sont pas applicables, en tant que tels, aux concessions. En tout état de cause, elle n'établit pas que les conditions financières proposées par la société attributaire auraient été de nature à compromettre la bonne exécution de la concession, alors que les opérations de pose et de dépose du mobilier ne concernent que des prestations accessoires dans l'exécution de la concession et que l'essentiel de la rémunération de l'exploitant est constitué par les recettes publicitaires de l'exploitation des mobiliers urbains. Il suit de là que le moyen doit, en tout état de cause, être écarté.

En ce qui concerne l'exigence de justificatifs concernant l'absence d'interdiction de soumissionner :

37. L'article 39 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 alors en vigueur disposait que : " Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession : / 1° Les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9,

434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du code général des impôts, et pour les contrats de concession qui ne sont pas des contrats de concession de défense ou de sécurité aux articles 225-4-1 et 225-4-7 du code pénal, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne. (...)/ 2° Les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles dont la liste est fixée par voie réglementaire. (...)/ 3° Les personnes : / a) Soumises à la procédure de liquidation judiciaire prévue à l'article L. 640-1 du code de commerce ou faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger ; / b) Qui font l'objet, à la date à laquelle l'autorité concédante se prononce sur la recevabilité de leur candidature, d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer en application des articles L. 653-1 à L. 653-8 du code de commerce, ou d'une mesure équivalente prévue par un droit étranger ; / c) Admises à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger, qui ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la période prévisible d'exécution du contrat de concession ; / 4° Les personnes qui : / a) Ont été sanctionnées pour méconnaissance des obligations prévues aux articles L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1, L. 8251-1 et L. 8251-2 du code du travail ou qui ont été condamnées au titre de l'article L. 1146-1 du même code ou de l'article 225-1 du code pénal ; / b) Au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la procédure de passation du contrat de concession, n'ont pas mis en oeuvre l'obligation de négociation prévue à l'article L. 2242-5 du code du travail ; / c) Ont été condamnées au titre du 5° de l'article 131-39 du code pénal ou qui sont des personnes physiques condamnées à une peine d'exclusion des marchés publics. (...)/ 5° Les personnes qui font l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs en vertu d'une décision administrative prise en application de l'article L. 8272-4 du code du travail (...)". Par ailleurs, l'article 19 du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession alors en vigueur disposait que : " I. - Le candidat produit, à l'appui de sa candidature, une déclaration sur l'honneur attestant : / 1° Qu'il ne fait l'objet d'aucune exclusion de la participation à la procédure de passation des contrats de concession prévue aux articles 39, 40 et 42 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée ; / 2° Que les renseignements et documents relatifs à ses capacités et à ses aptitudes, exigés en application de l'article 45 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée et dans les conditions fixées aux articles 20 et 21, sont exacts./ II. - Le candidat produit l'ensemble des documents justifiant qu'il ne fait l'objet d'aucune exclusion de la participation à la procédure de passation des contrats de concession prévue aux articles 39, 40 et 42 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée. / Pour justifier qu'il a satisfait aux obligations prévues au 2° de l'article 39 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, le candidat produit un certificat délivré par les administrations et organismes compétents. Un arrêté des ministres intéressés fixe la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à délivrance d'un certificat ainsi que la liste des administrations et organismes compétents./ III. - Pour justifier de ses capacités et de ses aptitudes, le candidat, y compris s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités et les aptitudes d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens qui les unissent. Dans ce cas, le candidat apporte la preuve qu'il en disposera pendant toute l'exécution du contrat. / En ce qui concerne la capacité financière, l'autorité concédante peut exiger que l'opérateur économique et les autres entités en question soient solidairement responsables de l'exécution du contrat de concession ". Par ailleurs, l'article 23 du même décret, alors en vigueur, disposait que : " I. - Avant de procéder à l'examen des candidatures, l'autorité concédante qui constate que des pièces ou informations dont la production était obligatoire conformément aux articles 19, 20 et 21 peuvent demander aux candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié. Elle informe alors les autres candidats de la mise en oeuvre de la présente disposition./ II. - Les candidats qui produisent une candidature incomplète, le cas échéant après mise en oeuvre des dispositions du I, ou contenant de faux renseignements ou documents ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession.

Les candidatures irrecevables sont également éliminées. Est irrecevable la candidature présentée par un candidat qui ne peut participer à la procédure de passation en application des articles 39, 40, 42 et 44 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée ou qui ne possède pas les capacités ou les aptitudes exigées en application de l'article 45 de la même ordonnance ".

38. Si la société JC Decaux France invoque l'irrégularité commise par la communauté d'agglomération en n'exigeant pas dès le stade de l'examen des candidatures les justificatifs établissant que le candidat n'est pas dans un cas d'interdiction de soumissionner, elle n'apporte aucun élément de fait ou de droit de nature à remettre en cause l'appréciation portée par le tribunal administratif de Rennes aux points 39 à 43 de son jugement. Il y a donc lieu d'écarter ce moyen par adoption des motifs retenus à bon droit par les premiers juges.

39. Il résulte de tout ce qui précède que la société JC Decaux France n'est fondée à demander ni l'annulation ni la résiliation du contrat de mise à disposition de mobilier urbain signé entre la communauté d'agglomération de Vannes et la société Abri Services Nantes.

Sur les frais du litige :

40. En premier lieu, les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la communauté d'agglomération Golfe du Morbihan - Vannes Agglo et de la société Abri Services Nantes, qui ne sont pas les parties perdantes dans la présente instance, la somme que la société JC Decaux France demande au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

41. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société JC Decaux France la somme de 1 500 euros à verser à la communauté d'agglomération Golfe du Morbihan - Vannes Agglo et la somme de 1 500 euros à verser à la société Abri Services Nantes en application de ces mêmes dispositions.

DECIDE :

Article 1er : La requête de la société JC Decaux France est rejetée.

Article 2 : La société JC Decaux France versera la somme de 1500 euros à la communauté d'agglomération

Golfe du Morbihan - Vannes Agglo et la somme de 1500 euros à la société Abri Services Nantes en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le présent arrêt sera notifié à la société JC Decaux France, à la société Abri Services Nantes et à la communauté d'agglomération Golfe du Morbihan - Vannes Agglo.

Délibéré après l'audience du 3 mars 2020, à laquelle siégeaient :

- M. Lainé, président,
- M. Rivas, président-assesseur,
- Mme F..., première conseillère.

Rendu public par mise à disposition au greffe de la juridiction le 30 mars 2020.

La rapporteure,
M. F...Le président,
L. Lainé
La greffière,
M. D...

La République mande et ordonne au préfet du Morbihan 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.

1
2
N° 18NT02671
1