

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N° 1608243/3

SOCIETE DEFI GROUP

Mme Tiger-Winterhalter
Juge des référés

Ordonnance du 18 juin 2016

39-08-015-01
39-01
39-08-005
C+

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Le Tribunal administratif de Paris

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 31 mai 2016, la société Défi Group, représentée par Me Labetoule, demande au juge des référés :

1°) d'annuler, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, l'ensemble des décisions qui se rapportent à la procédure de passation du marché public engagée par l'Opérateur du patrimoine et des projets immobiliers de la culture (OPPIC) ayant pour objet la régie publicitaire pour une bâche d'échafaudage comprenant la fabrication, la pose et la dépose des bâches dans le cadre de la restauration des façades et des toitures du bâtiment 001 à l'Ecole militaire à Paris ;

2°) d'enjoindre à l'OPPIC de lui communiquer les notes obtenues pour les sous-critères relatifs à la valeur technique des autres candidats ainsi que les motifs l'ayant conduit à leur attribuer leurs notes respectives, dans un délai de 15 jours à compter de la notification de la décision à intervenir ;

3°) de mettre à la charge de l'OPPIC une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le juge du référé précontractuel est compétent, alors même que le contrat dont la procédure de passation est contestée ne constitue pas un marché public ni une délégation de service public ; l'administration ayant choisi de suivre la procédure d'appel d'offres alors même qu'aucun texte ne l'y contraignait est tenue de le faire régulièrement ;

- les mentions du courrier de rejet de son offre du 17 mai 2016 sont insuffisantes au regard des articles 80 et 83 du code des marchés publics et ne la met pas à même de contester utilement son éviction ; le courrier ne précise pas les notes obtenues pour chacun des sous-

critères de la valeur technique et celles de la société attributaire ainsi que les motifs ayant conduit au rejet de son offre et au choix de celle de cette société ;

- l'offre présentée par la société attributaire est irrégulière dès lors que la société Extérieur Média n'a pas détaillé les délais des opérations ; dans la mesure où elle a été classée en 2^{ème} position, le pouvoir adjudicateur a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en s'abstenant de demander des justificatifs pour s'assurer de l'exactitude des données fournies par les candidats à l'appui de leur offre au sujet des annonceurs proposés ; la société Défi Group a été lésée par ce manquement ;

- l'OPPIC s'est abstenu de détailler les modalités d'appréciation du taux de rotation des annonceurs qui constitue pourtant un sous-critère déterminant de la valeur technique ; il n'a pas précisé s'il souhaitait que les annonceurs proposent un taux de rotation élevé ou si à l'inverse un faible taux de rotation serait mieux noté ; l'absence de précision a laissé au pouvoir adjudicateur une marge d'appréciation discrétionnaire ; ce manquement l'a lésée ;

- le pouvoir adjudicateur a méconnu l'article 53 du code des marchés publics ; l'avis d'appel public à concurrence ayant été envoyé à la publication le 26 février 2016 et la date limite de remise des offres ayant été fixée au 4 avril 2016, le pouvoir adjudicateur n'a laissé aux candidats qu'un délai de 39 jours et non de 45 jours ; ce manquement l'a lésée dès lors que l'écart entre sa note globale et celle de l'attributaire n'est que de 0,19 points ; un délai plus long lui aurait permis d'affiner son offre ;

- le pouvoir adjudicateur a méconnu l'article 46 du code des marchés publics en ne produisant pas dans le délai fixé les pièces visées à l'issue de la sélection des offres ; selon l'article 3.2.1 du règlement de la consultation pris en application de l'article 46, le candidat retenu disposait d'un délai de 10 jours francs pour remettre l'ensemble des pièces demandées par cette stipulation ; à défaut pour l'OPPIC de démontrer que la société attributaire a transmis l'ensemble des pièces demandées dans un délai de 10 jours, la procédure devra être annulée ;

Par un mémoire en défense, enregistré le 13 juin 2016, la société Extérieur Média conclut au rejet de la requête et à ce que la société Défi Group lui verse la somme de 1 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le contrat querellé, qui a pour objet la régie publicitaire pour une bâche d'échafaudage, doit être qualifié de convention d'occupation domaniale ; le contrat n'a pas pour objet de satisfaire un besoin au sens du code des marchés publics mais répond à un objectif de valorisation du domaine public ; le contrat n'a pas été conclu à titre onéreux ; les dispositions du code des marchés publics ne sont pas applicables et le juge du référé précontractuel est incompétent ; par suite la requête est irrecevable ;

- le courrier de rejet contient l'ensemble des informations requises au titre de l'article 80 du code des marchés publics ; en tout état de cause, à supposer avéré un tel manquement, il n'entraînerait pas l'annulation de la consultation mais conduirait à un jugement avant-dire droit enjoignant au pouvoir adjudicateur de procéder à la communication des informations demandées ;

- que la société requérante se borne à invoquer le caractère prétendument irrégulier de l'offre présentée sans en apporter la preuve ;

- le moyen tiré de ce que le critère technique aurait été analysé sur la base d'une liste fournie par les soumissionnaires en s'abstenant d'en demander des justificatifs est inopérant dès lors que la requérante n'apporte pas la preuve d'une quelconque lésion ; tous les candidats étaient placés, s'agissant du manquement allégué, dans une stricte égalité ; la requérante n'a

pas demandé d'éclaircissement au pouvoir adjudicateur, ce qui prouve qu'elle a parfaitement compris les critères de jugement des offres et les attentes du pouvoir adjudicateur ;

- le pouvoir adjudicateur n'a pas méconnu l'article 53 du code des marchés publics ; le sous-critère 1 du critère technique devait être examiné, ainsi que cela a été le cas, en prenant en compte, de façon globale et sans pondération, la méthodologie d'organisation proposée pour l'exécution du marché, les moyens humains et techniques mis en place ainsi que les délais afin de respecter le calendrier prévisionnel de bûches ; ces éléments ne constituent pas des sous-critères à part entière mais de simples éléments d'appréciation ; que l'OPPIC a choisi de porter ces éléments à la connaissance des candidats afin de leur apporter une information sur les modalités d'appréciation du critère technique ;

- la requérante ne démontre pas que le pouvoir adjudicateur a méconnu l'article 57 du code des marchés publics ; à supposer que l'irrégularité soit caractérisée, elle a été insusceptible de modifier le choix de l'attributaire ou de priver quiconque d'une garantie ;

- le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 46 du code des marchés publics manque en fait dès lors que la société Extérieur Média ne s'est pas vu expressément notifier l'attribution de la convention en cause ; en outre, l'article 3.2.1 du règlement de la consultation prévoit que le marché ne pourra être attribué au titulaire provisoire que lorsque celui-ci aura produit au représentant du pouvoir adjudicateur les documents administratifs ci-après dans un délai de dix jours francs à compter de la date figurant sur l'accusé de réception du courrier recommandé l'informant qu'il est pressenti pour réaliser les prestations du marché ; ce moyen est inopérant dès lors que la société requérante, dont la candidature a été admise et qui a présenté une offre correspondant à l'objet du marché, ne peut se plaindre d'irrégularités qui se rapportent à une phase de la procédure antérieure à la sélection de son offre.

Par un mémoire en défense, enregistré le 14 juin 2016, l'Opérateur du patrimoine et des projets immobiliers de la culture (OPPIC), représenté par Me Cordier conclut au rejet de la requête et à ce que la société Défi Group lui verse la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- les procédures de passation des conventions d'occupation domaniale se situent hors du champ de l'article L. 551-1 du code de justice administrative même si la personne publique a, de son propre chef, entendu se soumettre aux règles du code des marchés publics ; la requête est irrecevable en tant qu'elle est portée devant un juge incompétent pour en connaître ;

- à titre subsidiaire, aucun des moyens n'est fondé ; le moyen tiré de la méconnaissance des articles 80 et 83 du code des marchés publics n'est pas fondé ; le rejet de l'offre mentionne le classement du soumissionnaire écarté, le nom de l'attributaire et les notes obtenues par ce dernier pour chacun des critères énoncés dans le règlement de consultation ; ainsi, la société Défi Group a reçu une information suffisante quant aux motifs de rejet de son offre ; la société Extérieur Média a obtenu la note de 7/8 pour le premier sous-critère de la note technique relatif à la méthodologie et aux moyens et la note de 2/2 pour le deuxième sous-critère relatif à la qualité des projets de bûches du critère technique ;

- l'offre de la société attributaire est régulière ; son mémoire méthodologique comporte une section « process de validation des annonceurs » qui détaille les différentes étapes prévues ;

- l'article 3.2.2. du règlement de la consultation a pour seul objet de permettre à l'OPPIC de se prononcer sur le degré de compatibilité entre le type d'annonceurs envisagé

par le candidat et le site de l'Ecole militaire dont il importe de respecter l'image et la réputation ;

- le sous-critère relatif au taux de rotation était suffisamment clair ; l'OPPIC n'avait pas à préciser qu'il préférerait les taux de rotation faible permettant de maximiser son chiffre d'affaires et la redevance due à l'Etat ; d'ailleurs, la société Défi Group n'a posé aucune question à ce sujet ; de plus, à le supposer constitué, la requérante n'a pas été lésée par un tel manquement, dans la mesure où elle a obtenu la note la plus élevée au critère technique ; contrairement à ce que soutient la requérante, le sous-critère relatif au taux de rotation n'a pas conféré au maître d'ouvrage une marge d'appréciation discrétionnaire ;

- l'avis d'appel public à la concurrence a été envoyé pour publication le 26 février 2016 et a couru jusqu'au 4 avril 2016, soit 38 jours ; l'OPPIC aurait dû accorder deux jours de plus aux candidats mais cette irrégularité a été insusceptible de léser la société Défi Group ;

- conformément à l'article 3.2.1 du règlement de la consultation, la décision provisoire d'attribution marquait le point de départ du délai de 10 jours imparti pour transmettre à l'OPPIC les documents administratifs énumérés ; la société Extérieur Média a satisfait à cette obligation dans le délai requis ; le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 3.2.1 du règlement de la consultation et de l'article 46 du code des marchés publics est infondé.

Par un mémoire en réplique, enregistré le 15 juin 2016, la société Défi Group conclut aux mêmes fins que la requête, par les mêmes moyens.

Elle soutient en outre que :

- l'OPPIC s'est volontairement soumis à la procédure d'appel d'offres et a donc entendu se soumettre implicitement mais nécessairement à la juridiction du référé précontractuel ; la conclusion du contrat en cause a pour but de répondre aux besoins de financement des travaux dès lors que le contrat est soumis aux dispositions du code du patrimoine et en particulier à son article L. 621-29-8 ; le contrat est conclu à titre onéreux ; le caractère onéreux n'est pas nécessairement constitué par le versement d'un prix par l'acheteur public à un opérateur économique mais peut revêtir les caractéristiques d'un abandon de recettes ; il était loisible à l'OPPIC d'exploiter directement les bâches d'échafaudage et de se voir verser la totalité des produits de la vente d'espaces publicitaires.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code des marchés publics,
- le code général de la propriété des personnes publiques,
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné Mme Tiger-Winterhalter, vice-présidente de section, comme juge des référés, en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 15 juin 2016 :

- le rapport de Mme Tiger-Winterhalter, vice-présidente de section,

- les observations de Me Bardoux pour la société Défi Group,
- Me de Margerie, pour l'OPPIC,
- M. Glatt, pour la société Extérieur Média, qui reprennent, à l'oral, le contenu de leurs écritures respectives.

L'audience a été tenue en présence de Mme Mangin, greffière.

La clôture de l'instruction a été fixée à l'issue de l'audience.

Sur la compétence du juge du référé précontractuel :

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public (...)* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-13 du même code : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section* » ;

2. Considérant que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 2 mars 2016, l'Opérateur du patrimoine et des projets immobiliers de la culture (OPPIC) a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un « marché » de services ayant pour objet la régie publicitaire pour une bâche d'échafaudage comprenant la fabrication, la pose et la dépose des bâches dans le cadre de la restauration des façades et des toitures du bâtiment 001 à l'Ecole militaire à Paris ; que par un courrier du 17 mai 2016, la société Défi Group a été informée du rejet de son offre et de l'attribution du contrat à la société Extérieur Média ; que la société Défi Group demande au juge du référé précontractuel, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, l'annulation de l'ensemble des décisions qui se rapportent à la procédure de passation du « marché » en cause ;

3. Considérant qu'aux termes du I de l'article 1^{er} du code des marchés publics : « *Les dispositions du présent code s'appliquent aux marchés publics et aux accords-cadres ainsi définis : les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services (...)* » ; que l'article L. 2125-1 du code général de propriété des personnes publiques dispose que « *Toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 donne lieu au paiement d'une redevance (...)* » ;

4. Considérant, d'une part, que la circonstance qu'une partie des recettes perçues par le titulaire de la part des annonceurs est reversée à l'Etat et, en application de l'article L. 621-29-8 du code du patrimoine, affectée par le maître d'ouvrage au financement des travaux de réfection du bâtiment 001 à l'Ecole militaire à Paris ne suffit pas à établir que le contrat dont la procédure d'attribution est contestée répondrait à un besoin de l'Etat au sens du I de l'article 1^{er} du code des marchés publics ;

5. Considérant, d'autre part, qu'il est constant que la personne publique ne paie aucun prix à son cocontractant ; que selon l'article 10.2.1. de l'acte d'engagement, le titulaire doit verser à l'Etat une redevance minimum garantie correspondant à une période d'affichage de six mois ; qu'ainsi, le contrat ne prévoit pas la renonciation de la personne publique à percevoir des recettes ; qu'en outre, la seule circonstance que l'occupant exerce une activité économique sur le domaine public ne peut caractériser l'existence d'un abandon de recettes de la part de la personne publique ; que, par suite, le contrat litigieux ne peut être regardé comme comportant un prix payé par la personne publique à son cocontractant et n'a pas été conclu à titre onéreux ; qu'ainsi, le contrat ne peut être qualifié de marché public au sens du I de l'article 1^{er} du code des marchés publics ; qu'il n'a pas davantage pour objet la délégation d'un service public mais revêt, compte tenu de ses caractéristiques susmentionnées, le caractère d'une convention d'occupation du domaine public ; qu'un tel contrat n'est pas au nombre des contrats mentionnés à l'article L. 551-1 du code de justice administrative, à l'égard desquels le juge du référé précontractuel peut prendre les mesures définies à l'article L. 551-2 de ce code ; que, par suite, et sans qu'y fasse obstacle la circonstance que le pouvoir adjudicateur a entendu, sans y être tenu, se soumettre à la procédure d'appel d'offres ouvert, le juge du référé précontractuel n'est pas compétent pour statuer sur la demande présentée par la société Défi Group, laquelle ne peut qu'être rejetée ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

6. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de l'OPPIC, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, au titre des frais exposés par la société Défi Group ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de cette société le versement d'une part à l'OPPIC et d'autre part à la société Extérieur Média la somme de 1 000 euros au titre de ces mêmes dispositions ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête de la société Défi Group est rejetée.

Article 2 : La société Défi Group versera à l'OPPIC et à la société Extérieur Média la somme de 1 000 euros chacune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Défi Group, à l'Opérateur du patrimoine et des projets immobiliers de la culture (OPPIC) et à la société Extérior Média.

Fait à Paris, le 18 juin 2016.

Le juge des référés,

La greffière,

N. Tiger-Winterhalter

Mme Mangin

La République mande et ordonne au ministre de la culture et de la communication en ce qui le concerne, ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.