

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE TOULOUSE**

N° 1403656

SOCIETE EXTERION MEDIA

Mme Gay-Sabourdy
Juge des référés

Ordonnance du 19 août 2014

39-02-005
39-08-015-01

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 25 juillet 2014, présentée pour la société anonyme Extérior Média, dont le siège est Bord de Seine 13 Esplanade du Foncet à Issy-les-Moulineaux (92130), par la SELARL Symchowicz-Weissberg et associés ; la société Extérior Média demande au juge des référés précontractuels :

1°) d'annuler, sur le fondement de l'article L. 551-2 du code de justice administrative, la procédure de passation d'un marché de services de régie publicitaire dans le réseau de métro de la ville de Toulouse lancée par la régie TISSEO ;

2°) d'annuler la décision de la régie TISSEO du 15 juillet 2014 rejetant l'offre présentée par la société Extérior Média pour le lot n° 1 ;

3°) à titre subsidiaire, d'enjoindre, sur le fondement de l'article L. 551-6 du code de justice administrative à TISSEO, sous astreinte, de recommencer la procédure de passation d'un marché de services de régie publicitaire dans le réseau de métro de la ville de Toulouse ;

4°) de suspendre les effets de la décision de la régie TISSEO du 15 juillet 2014 rejetant l'offre présentée par la société Extérior Média pour le lot n° 1 ;

5°) en tout état de cause, de mettre à la charge de TISSEO une somme de 5 000 euros à verser à la société Extérior Média, sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société Extérior Média soutient que :

- l'article 26 du code des marchés publics a été méconnu, TISSEO ne pouvant agir, pour la passation du marché de régie publicitaire, en tant qu'entité adjudicatrice, et mener une procédure négociée en application de l'article 145 du code des marchés publics ;

- l'article 50 du code des marchés publics et l'article 5 du règlement de la consultation ont été méconnus, en ce que TISSEO a abandonné l'offre financière alternative que les candidats devaient présenter et qui constituait une variante ;
- l'article 166 du code des marchés publics a été méconnu en ce que TISSEO a limité le nombre de candidats admis à négocier ;
- l'article 53 du code des marchés publics a été méconnu dès lors que la notation réalisée par TISSEO a conduit à la neutralisation du critère du prix ;
- l'article 53 du code des marchés publics a été méconnu du fait de l'imprécision du critère du prix et de l'absence d'information sur les sous-critères le composant ;
- l'article 80 du code des marchés publics a été méconnu en raison de l'insuffisance de motivation du rejet de son offre ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 7 août 2014, présenté pour la société métropolitaine de publicité et d'affichage Métrobus, dont le siège social est situé 1 Rond Point Victor Hugo à Issy-Les-Moulineaux, par la SELARL Kohn et associés et concluant au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 5 000 euros soit mise à la charge de la société Extérieur Média au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société Métrobus fait valoir que :

- TISSEO avait la qualité d'entité adjudicatrice dès lors que le contrat de service public de mars 2010 par lequel le syndicat mixte des transports en commun de la région de Toulouse a confié à TISSEO l'exploitation et la gestion du service public des transports urbains dans l'agglomération toulousaine prévoit expressément que les espaces commerciaux et publicitaires constituent une source de revenu supplémentaire tant pour l'autorité organisatrice que pour TISSEO en qualité de régisseur ;

- le « marché » en cause qui consiste en une occupation du domaine public et en une régie publicitaire est un des contrats qui relève de la directive 2014/23 du 26 février 2014 et de la qualification de concessions de services ;

- le « marché » en cause doit être regardé comme une convention d'occupation du domaine public, dont la procédure de passation n'est pas régie par le code des marchés publics ;

- l'article 50 du code des marchés publics n'a pas été méconnu ;

- l'article 166 du code des marchés publics n'a pas été méconnu en ce qu'une sélection, sur des critères économiques des candidats admis à la négociation n'est en rien illégale car ne relève pas d'une décision arbitraire ni d'une différence de traitement entre les candidats mais bien d'un souci d'efficacité des négociations, afin de ne pas admettre un nombre trop important de candidatures rendant difficile et incertaine l'issue des négociations ;

- le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 53 du code des marchés publics en raison de la neutralisation du critère de la valeur technique ne saurait prospérer ;

- le critère du prix n'était pas imprécis dès lors qu'il existait une pondération dans le calcul intégré par l'automatisme proposé de 60 % pour la redevance annuelle et 40 % pour le minimum garanti, le critère du prix ne faisant l'objet d'aucun sous-critère ;

- l'article 80 du code des marchés publics n'a pas été méconnu, la société requérante pouvant connaître le prix offert par la société Métrobus par une simple opération mathématique ;

Vu le mémoire, enregistré le 8 août 2014, présenté pour l'établissement public TISSEO, par Me Lanéelle, avocat, et concluant au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société Extérieur Média d'une somme de 2 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

TISSEO soutient que :

- en tant qu'entité adjudicatrice, elle pouvait avoir recours à la 2nde partie du code des marchés publics sans qu'il soit besoin de rechercher si l'objet du marché en cause relèverait d'un des secteurs spéciaux identifiés par la réglementation ;
- l'article 50 du code des marchés publics n'a pas été méconnu, les deux offres constituaient bien des alternatives qui ne pouvaient répondre strictement aux mêmes besoins, car les modalités techniques d'évaluation différaient selon le type de support utilisé ;
- l'article 166 du code des marchés publics n'a pas été méconnu dès lors que deux candidats ont présenté une offre, qui ont tous deux été admis à négocier ;
- la note technique est globalement identique entre les deux candidats, cependant, sur deux sous-critères sur trois, elles ne le sont pas, il n'y a donc aucune manipulation et l'article 53 du code des marchés publics n'a pas été méconnu ;
- le critère du prix n'était pas imprécis mais jugé conformément au règlement de la consultation, par application de la formule prédéfinie ;
- le droit à l'information de la société requérante a bien été respecté ;

Vu la lettre en date du 11 août 2014 informant les parties, en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, que le jugement à intervenir est susceptible d'être fondé sur l'irrecevabilité des conclusions tendant à annuler ou suspendre les effets de la décision de l'établissement public TISSEO du 15 juillet 2014 rejetant l'offre présentée par la société Extérieur Média pour le lot n° 1 du marché de services de régie publicitaire dans le réseau de métro de la ville de Toulouse, ce contrat devant être regardé comme une convention d'occupation du domaine public, dont la procédure de passation ne figure pas au nombre de celles dont il appartient au juge des référés, saisi en application des dispositions des articles L. 551-1 et suivants ou L. 551-5 et suivants du code de justice administrative, de contrôler la régularité ;

Vu le mémoire, enregistré le 11 août 2014, présenté pour la société Extérieur Média et concluant aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens ;

Elle soutient, en outre, que :

- aucune personne ne peut invariablement prétendre à la qualification d'entité adjudicatrice ;
- l'existence d'un simple lien entre une activité déterminée et l'activité d'exploitation du réseau de transport ne suffit pas à établir la qualité d'entité adjudicatrice du pouvoir adjudicateur qui en est l'auteur ;
- le marché de régie publicitaire, qui constitue une activité annexe, n'est pas passé dans l'exercice des fonctions d'exploitation du réseau de métro ;
- la directive 2014/23 du 26 février 2014 n'est susceptible de produire ses effets qu'après la fin du délai de transposition soit le 18 avril 2016, si l'Etat membre n'a pas ou mal transposé ce texte ;
- les contrats de régie publicitaire constituent des marchés publics de service et non une convention d'occupation domaniale, l'intervention de la société prestataire ayant pour objet de satisfaire un besoin décrit par TISSEO ;
- l'article 53 du code des marchés publics a été méconnu dès lors que, sans en avertir expressément les candidats, TISSEO a intégré dans les documents que ceux-ci devaient remplir, des règles de calcul automatiques aboutissant à créer une pondération entre les deux éléments contenus dans le critère du prix ;

Vu le mémoire, en réponse au moyen relevé d'office, enregistré le 11 août 2014, présenté pour la société Extérieur Média ; elle soutient que quel que soit le véhicule juridique utilisé par les parties, et l'intitulé de la convention conclue, dès l'instant où elle n'est pas conclue dans le seul

intérêt propre du prestataire, mais qu'elle a pour objet de satisfaire un besoin de la personne publique, il s'agit d'un marché public ; que TISSEO a exprimé un besoin consistant dans la nécessité de commercialiser des espaces publicitaires de manière à dégager des fonds supplémentaires nécessaires au financement du service du transport ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement convoquées à l'audience ;

Après avoir, au cours de l'audience publique du 12 août 2014 à 14 heures, lu le rapport de l'affaire et entendu :

- les observations de Me Hauton, représentant la SELARL Symchowicz-Weissberg et associés, pour la société Extérieur Média, reprenant les moyens et arguments développés dans ses écritures ;

- les observations de Me Lanéelle, représentant la SELAS Clamens Conseil, pour l'établissement public TISSEO, reprenant les observations exposées dans son mémoire en défense ;

- et les observations de Me Kohn, pour la société Métrobus, reprenant les observations exposées dans son mémoire en défense ;

La clôture de l'instruction ayant été prononcée au terme de l'audience, à 15h20 ;

1. Considérant que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 6 mars 2014, l'établissement public local à caractère industriel et commercial TISSEO a lancé une procédure négociée en vue de l'attribution de la commercialisation des espaces publicitaires pour les opérations média et hors média dans les stations de métro, parkings et parcs relais TISSEO ; qu'à la suite de la réunion de la commission d'appel d'offres le 10 juillet 2014, la société Extérieur Média a été informée, par l'établissement public TISSEO, dans une décision du 15 juillet 2014 du rejet de son offre et de l'attribution du marché à la société Métrobus ; que, par la requête susvisée, la société Extérieur Média demande à titre principal, sur le fondement de l'article L. 551-2 du code de justice administrative, l'annulation de la procédure de passation de ce marché et de la décision de l'établissement public TISSEO du 15 juillet 2014 et, à titre subsidiaire, sur le fondement de l'article L. 551-6 du code de justice administrative, d'enjoindre à TISSEO, sous astreinte, de recommencer la procédure de passation de ce marché et de suspendre les effets de la décision de l'établissement public TISSEO du 15 juillet 2014 ;

Sur la qualification du contrat de services de régie publicitaire dans les stations des lignes A et B du métro de Toulouse :

2. Considérant qu'aux termes de l'article 1er du code des marchés publics : « *I.-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. (...) / II.-Les marchés publics et les accords-*

cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code. / (...) Les marchés publics de services sont les marchés conclus avec des prestataires de services qui ont pour objet la réalisation de prestations de services. (...) » ; qu'il résulte de l'article 2 du même code que les dispositions de celui-ci sont applicables aux marchés conclus par les établissements publics locaux ;

3. Considérant, d'une part, qu'il ressort du cahier des clauses techniques particulières du lot n°1 du marché de service de régie publicitaire des supports publicitaires dans les stations des lignes A et B du métro de Toulouse que le marché en cause a pour objet l'exploitation exclusive des supports publicitaires équipant le métro de TISSEO ainsi que la réalisation d'opérations publicitaires hors média dans l'enceinte du métro ; que si ce contrat emporte occupation du domaine public, il ne saurait pour autant être regardé dans son ensemble comme une simple convention d'occupation du domaine public, exercée à des fins exclusivement privatives et commerciales, dès lors qu'il a pour objet la gestion des espaces publicitaires mis en place par TISSEO aux fins de location et, aux termes de l'article 2.5 du cahier des clauses techniques particulières, la mise à disposition de TISSEO des supports publicitaires à raison de six campagnes par an, le droit de mettre en place des campagnes adhésivage dans la limite de cinq campagnes par an et des opérations événementielles dans la mesure où ces emplacements sont disponibles, ainsi que la disponibilité d'un écran sur tous les afficheurs digitaux à raison de dix semaines par an ; que, dès lors, et sans qu'il soit nécessaire de déterminer si la fourniture de ces prestations constitue un élément accessoire ou principal de l'objet de cette convention, celle-ci doit être regardée comme ayant été conclue pour répondre aux besoins de TISSEO au sens des dispositions précitées du code des marchés publics ;

4. Considérant, d'autre part, que l'article 4.2.3 du cahier des clauses administratives particulières autorise le régisseur à exploiter commercialement, de manière exclusive, des supports publicitaires, propriété de TISSEO ; que l'autorisation ainsi accordée peut être regardée comme constituant un avantage consenti à titre onéreux, alors même qu'il ne se traduit par aucune dépense effective pour TISSEO et s'accompagne de l'engagement du régisseur, de lui verser, en contrepartie, une redevance proportionnelle au chiffre d'affaires réalisé au titre de l'exploitation commerciale des espaces publicitaires et de lui garantir une redevance minimale annuelle fixe ; que, par suite, le contrat est bien conclu à titre onéreux au sens de l'article 1^{er} du code des marchés publics précité ;

5. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le contrat en cause présente, tout en constituant par ailleurs une convention d'occupation domaniale, le caractère d'un marché public ; que sa conclusion était ainsi soumise au respect des règles de passation fixées par le code des marchés publics ;

Sur la qualité d'entité adjudicatrice ou de pouvoir adjudicateur de l'établissement public TISSEO :

6. Considérant, d'une part, qu'il résulte des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative que le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue peut être saisi, avant la conclusion d'un contrat de commande publique ou de délégation de service public, d'un manquement, par le pouvoir adjudicateur, à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 du même code : « *Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts*

susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations » ; que d'autre part, il résulte des dispositions de l'article L. 551-5 du même code que ce juge peut également être saisi, avant la conclusion d'un contrat de commande publique ou de délégation de service public, d'un manquement, par une personne publique agissant en qualité d'entité adjudicatrice, à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu'en vertu de l'article L. 551-6 le juge peut en pareil cas ordonner à l'entité adjudicatrice de se conformer à ses obligations, enjoindre la suspension de l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat et prononcer une astreinte à l'encontre de l'auteur du manquement ;

7. Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 134 du code des marchés publics : *« I- Les dispositions de la présente partie s'appliquent aux marchés et accords-cadres passés par les entités adjudicatrices. Les entités adjudicatrices sont les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 lorsqu'ils exercent une des activités d'opérateurs de réseaux énumérées à l'article 135 (...) » ; qu'aux termes de l'article 135 du même code : « Sont soumises aux dispositions de la présente partie les activités d'opérateurs de réseaux suivantes : (...) 5° Les activités d'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, tramways, trolleybus, autobus, autocar, câble ou tout système automatique, ou la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux. / Le service de transport est regardé comme fourni par un réseau de transport lorsqu'une autorité nationale ou territoriale compétente définit les conditions générales d'organisation du service notamment en ce qui concerne les itinéraires à suivre, la capacité de transport disponible ou la fréquence du service ; (...) » ;*

8. Considérant que la conclusion d'un contrat de services de régie publicitaire dans les stations des lignes A et B du métro de Toulouse n'est pas constitutif d'une activité d'exploitation de ce réseau de transport, ni d'une activité de mise à disposition de réseau au sens de l'article 135 du code des marchés publics, et par suite, comme une activité exercée par une entité adjudicatrice au sens de l'article 134 de ce code ; que l'établissement public TISSEO ne pouvait engager la passation du marché litigieux en tant qu'entité adjudicatrice ; qu'en conséquence, il ne pouvait, sans méconnaître ses obligations de publicité et de mise en concurrence, recourir à une procédure négociée en application des dispositions des articles 144, 165 et 166 du code des marchés publics ;

9. Considérant qu'il appartient au juge des référés, saisi en vertu des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice, de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ; qu'en recourant à une procédure négociée avec mise en concurrence préalable sur le fondement des dispositions de l'article 144 du code des marchés publics, procédure applicable aux seules entités adjudicatrices à la place de la procédure d'appel d'offres prévue par les dispositions de la première partie du code des marchés publics, l'établissement public TISSEO a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que ce manquement, qui a eu une influence sur l'attribution du marché litigieux, est de nature à avoir lésé la société requérante, nonobstant la circonstance qu'elle ait participé à la procédure jusqu'à son terme ;

10. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'analyser les autres moyens de la requête, qu'il y a lieu d'annuler la procédure négociée de passation du lot n° 1 du marché de prestations de services de régie publicitaire dans les stations des lignes A et B du métro de Toulouse, initiée par l'établissement public TISSEO ;

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

11. Considérant que 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 société Extérieur Média, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, les sommes que TISSEO et la société Métrobus demandent au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de l'établissement public TISSEO une somme de 1 200 euros au titre des frais exposés par la société Extérieur Média et non compris dans les dépens ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La procédure engagée le 6 mars 2014 par l'établissement public TISSEO en vue de la passation du lot n° 1 du marché de prestations de services de régie publicitaire dans les stations des lignes A et B du métro de Toulouse est annulée.

Article 2 : L'établissement public TISSEO versera à la société Extérieur Média la somme de 1 200 € (mille deux cents euros) au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 4 : les conclusions de l'établissement public TISSEO et de la société Métrobus tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Extérieur Média, à l'établissement public TISSEO et à la société Métrobus.

Fait à Toulouse, le 19 août 2014.

Le juge des référés,

Le greffier,

N. GAY-SABOURDY

M. ROUQUET

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

Pour expédition conforme :
Le greffier,