

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NANTES**

N° 1701588

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Société Abri services Nantes

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. L
Juge des référés

Le juge des référés

Ordonnance du 22 mars 2017

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 20 février 2017 sous le n° 1701588, et deux mémoires enregistrés les 6 et 15 mars 2017, la société Abri services Nantes, représentée par Me C..., demande au juge des référés, sur le fondement des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

1°) d'enjoindre à Nantes métropole de lui communiquer les notes attribuées à l'offre de base de la société JC Decaux classée troisième, le CPE prévisionnel de la société JC Decaux, pour l'offre PTA et l'offre de base, les questions posées une fois constaté l'écart phénoménal entre son offre et celle de ses concurrents, les réponses de la société JC Decaux, et l'analyse de ses réponses ;

2°) d'annuler les décisions de rejet de son offre d'attribution du marché de mobilier urbain à la société JC Decaux en ce qui concerne le lot 2, et d'écarter les offres de la société JC Decaux ;

3°) d'enjoindre à Nantes métropole de reprendre la procédure à la phase d'analyse des offres du lot 2 si le caractère anormalement bas des offres de JC Decaux est retenu, ou d'annuler la procédure de passation du lot 2 ;

4°) de mettre à la charge de Nantes métropole la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que Nantes métropole, s'agissant du lot n° 2, a commis divers manquements à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, susceptibles de l'avoir lésée :

- les dispositions des articles 80 et 83 du code des marchés publics ont été méconnues dès lors que la requérante n'a été destinataire que d'informations succinctes, insuffisantes, s'agissant du critère « intérêt financier de l'offre », faute de notes par sous critères, d'information sur le détail des points à chacun des sous éléments dudit critère, ainsi que sur les modalités de calcul fixées par Nantes métropole ; pour les autres critères aucun élément de comparaison entre les offres n'est fourni alors qu'il s'agit d'un critère fondamental ; l'information sur les notes attribuées à l'offre de base de la société JC Decaux manque ; les informations données sont incohérentes, non pertinentes ;

- les dispositions de l'article 36 du code des marchés publics sont méconnues dès lors que le recours à l'utilisation du dialogue compétitif n'était pas justifié au cas d'espèce ; la collectivité n'y a recouru que pour rechercher une maximisation de la redevance ; ce qui est susceptible d'avoir lésé la requérante en avantageant son concurrent sachant que l'on ne peut assurer que le résultat de la procédure aurait été le même si un appel d'offres avait été lancé ;

- les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics sont méconnues ; Nantes métropole a mis en place une grille de notation qui ne pouvait, eu égard à l'objet du marché et à la procédure retenue, accorder à certains critères une pondération aussi faible, les neutralisant en conséquence au profit du seul critère prix ; Nantes métropole ne pourra opposer qu'elle aurait pu ne recourir qu'au critère prix, qui n'était du reste pas adapté à l'objet du marché ;

- l'offre de JC Decaux est anormalement basse et justifiait que la collectivité soit obligée de déclencher, en l'état de l'instruction, après l'ouverture des offres et avant l'attribution, la procédure de l'article 55 du code des marchés ; en conséquence, la collectivité a commis une erreur manifeste d'appréciation en acceptant les deux offres sans identifier leur risque majeur sur la bonne exécution du marché ; ceci est de nature à léser la requérante ; il appartiendra au tribunal de demander la communication de diverses pièces afin d'établir que les deux offres de la société JC Decaux sont anormalement basses ;

Par un mémoire en défense, enregistré le 6 mars 2017, et un mémoire complémentaire enregistré le 15 mars 2017, Nantes métropole, en la personne de sa présidente, représentée par Me B...et Me D..., conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Abri services Nantes la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient qu'il n'y a pas eu méconnaissance :

. des articles 80 et 83 du code des marchés publics, sachant également que la collectivité a complété son information par une communication complète, cohérente, sachant que l'offre de base de la société JC Decaux n'a pas à être transmise à un candidat évincé ;

. de l'article 36 du code des marchés publics dès lors que la procédure de dialogue compétitif se justifiait par le souhait de voir formuler des solutions innovantes, permettant d'identifier progressivement les propositions innovantes pertinentes, notamment en matière environnementale et de nouvelles technologies ; qu'un tel dialogue a été fructueux, sachant qu'il ne s'agissait pas uniquement de maximaliser les sommes versées à Nantes métropole, et que la requérante y a participé ;

. de l'article 53 du code des marchés publics sachant que la remise en cause de la méthode de notation est insusceptible d'emporter celle de la procédure de passation si le candidat n'avait aucune chance de se le voir attribuer ; la pondération du prix était ici inférieure à celle du critère de la valeur technique et elle est en lien avec l'objet du marché, tout comme l'ensemble des critères et sous critères ; la discussion sur les notes attribuées est ici inopérante sachant qu'aucun élément factuel de nature à remettre l'analyse de la commission n'est établi ;

. de l'article 55 du code des marchés publics sachant que les offres de la société JC Decaux n'étaient pas anormalement basses et aucune erreur manifeste d'appréciation ne peut être retenue ; en tout état de cause la collectivité a demandé des justifications sur le prix proposé ;

Par un mémoire en défense, enregistré le 15 mars 2017, la société JC Decaux France, en la personne de son président, représentée par la SCP Lyon-Caen & Thiriez, conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Abri services Nantes la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient qu'il n'y a pas eu méconnaissance :

. des articles 80 et 83 du code des marchés publics sachant que la requérante n'a pas droit à la communication des détails de l'offre financière ou des notes attribuées à l'offre de base de l'attributaire ;

. de l'article 36 du code des marchés publics dès lors que le recours au dialogue compétitif était pertinent, sachant que la consultation était rendue complexe par la recherche de solutions techniques innovantes, que des considérations d'optimisation financière pouvaient être prises en compte par la collectivité, et qu'il a été admis pour un marché de mobilier urbain ; il n'est pas établi que la requérante ait été lésée sachant qu'elle a participé au dialogue compétitif et au choix procédural ;

. de l'article 53 du code de marché public dès lors qu'en droit aucun manquement n'est établi, que le critère financier était minoritaire et qu'il n'est pas établi que la requérante ait été lésée ;

. de l'article 55 du code de marché public dès lors qu'il n'existe pas d'erreur manifeste d'appréciation au regard de l'offre retenue de l'exposante qui n'a rien d'anormale s'agissant de la proposition financière ;

- les développements relatifs à la procédure de rejet de l'offre sont inopérants.

Vu :

- les pièces du dossier ;
- le code des marchés publics ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné M. L, premier conseiller, pour statuer sur les demandes en référé en application de l'article L. 511-2 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 16 mars 2017 :

- le rapport de M. L, juge des référés,
- les observations de Me C...pour la société Abri services Nantes, de Me D...pour Nantes métropole et de Me A...pour la société JC Decaux.

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

Une note en délibéré présentée pour Nantes métropole, a été enregistrée le 17 mars 2017 ;

Une note en délibéré présentée pour la société JC Decaux France, a été enregistrée le 17 mars 2017 ;

Une note en délibéré présentée pour la société Abri services Nantes, a été enregistrée le 21 mars 2017 ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

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, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. (...) Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.» ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 dudit code : « I.-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 l'article L. 551-3 du même code dispose que : « Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-4 du même code : « Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle. » ; qu'enfin selon l'article L. 551-10 de ce même code : « Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat (...) et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué (...) » ; qu'en vertu des dispositions précitées, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels 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 ;

2. Considérant que l'établissement public de coopération intercommunale Nantes métropole a engagé une procédure de passation d'un marché public de mise à disposition, maintenance et nettoyage de mobiliers urbains, essentiellement des abris voyageurs et des mobiliers de communication, qu'elle a scindé en deux lots selon un critère géographique ; qu'à cet effet elle a publié un avis d'appel public à la concurrence le 2 mars 2015, sur le fondement d'une procédure de dialogue compétitif, suite auquel la candidature de la société Abri services Nantes, pour le lot n°2 ici seul en débat, a été retenue ; que, le 10 février 2017, cette société a été informée que son offre n'était pas retenue au profit de la société JC Decaux France ; que ladite société a alors engagé la présente procédure, sachant que, parallèlement, une autre société a engagé une procédure identique le 6 mars suivant ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article 80 du code des marchés publics, ici applicable : « I.-1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée autre que celle prévue au II de l'article 35, le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet. / Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature. (...) » et qu'aux termes de l'article 83 du même code : « Le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat écarté qui n'a pas été destinataire de la notification prévue au 1° du I de l'article 80 les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dans les quinze jours de la réception d'une demande écrite à cette fin. / Si le candidat a vu son offre écartée alors qu'elle n'était aux termes de l'article 35 ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, le pouvoir adjudicateur est en outre tenu de lui communiquer les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre. » ; qu'au cas d'espèce,

il résulte de l'instruction que la société Abri services Nantes a été destinataire, outre la décision de rejet de son offre, de courriers des 1^{er} et 9 mars 2017 de Nantes métropole répondant à nombre de ses interrogations relatives aux motifs de rejet de son offre, ainsi qu'aux caractéristiques et avantages de l'offre finalement retenue ; qu'ainsi sont notamment indiqués le rang et le classement de son offre ainsi que les notes allouées, pour chacun des critères d'attribution du marché, tant pour la requérante que pour l'attributaire ; qu'ainsi le moyen tenant à l'insuffisante information des motifs de rejet de l'offre de la requérante, même si en elle discute la cohérence, est écarté ;

4. Considérant qu'aux termes de l'article 36 du code des marchés publics ici applicable : « *La procédure de dialogue compétitif est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre./ Le recours à la procédure de dialogue compétitif est possible lorsqu'un marché public est considéré comme complexe, c'est-à-dire lorsque l'une au moins des conditions suivantes est remplie : 1° Le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ; 2° Le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.* » ;

5. Considérant que pour justifier le recours à cette procédure, Nantes métropole a exposé dans son appel d'offres que si elle était « en mesure de définir ses besoins en terme d'objectifs pour ses services » elle attendait des candidats qu'ils précisent « les moyens techniques, juridiques et financiers permettant d'y parvenir pour que le service soit le plus performant possible », ce qu'elle a développé dans le règlement de la consultation en débat ; qu'au cas d'espèce, il résulte de l'instruction que Nantes métropole a d'emblée entendu privilégier le recours à des matériels et techniques innovants, essentiellement en faisant appel à de nouvelles technologies permettant notamment d'améliorer la communication destinée aux voyageurs, mais également afin de permettre à ces derniers de communiquer ; qu'il n'est pas sérieusement discuté que les techniques et technologies requises, indépendamment des compétences dont disposent déjà les services de Nantes métropoles, sont en évolution constante et rapide ; que ce choix de recourir à ces technologies innovantes est également dépendant de considérations financières et techniques, comme le raccordement de certains abris, qui peuvent être lourdes et nécessiter des arbitrages en fonction des propositions faites ; qu'il ressort par ailleurs des pièces du dossier, et de la présentation faite à l'audience, que des innovations techniques ont pu émerger lors de ce débat, notamment en matière d'information en temps réel des voyageurs ou de gestion de la luminosité des abris durant la nuit ; qu'au demeurant, ledit débat s'est échelonné sur plusieurs mois et a suscité plusieurs phases de discussions, requérant des précisions par les sociétés concurrentes ; qu'en conséquence, par référence au point 1° de l'article 80 précité, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort qu'il a été recouru au cas d'espèce à la procédure de dialogue compétitif ;

6. Considérant qu'aux termes de l'article 53 du code des marchés publics ici applicable : « *I.-Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai*

de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ; 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix.(...) » ;

7. Considérant que le règlement de la consultation comprend une grille de notation dont il ressort que le critère de l'intérêt financier de l'offre est pondéré d'un coefficient de 40, dont 38 au titre de l'importance du montant de la rétrocession de recettes proposée, contre 50 pour la valeur technique de l'offre et 5 pour chacun des deux autres critères retenus ; qu'il ne résulte pas pour autant que le critère de prix aurait une valeur disproportionnée par rapport à l'objet du marché eu égard à son objet même, au secteur d'activité concerné et aux intérêts de Nantes métropole, dont l'un des objectifs affichés était la bonne utilisation des deniers publics ; que du reste cette grille de notation conserve une part prépondérante aux critères non financiers, dont ceux, techniques, objets du dialogue compétitif ; qu'alors, indépendamment de l'appréciation ultérieure portée par Nantes métropole au vu de cette grille sur chacune des offres soumises, il n'est pas établi de méconnaissance de l'article 53 précité ;

8. Considérant qu'aux termes de l'article 55 dudit code des marchés : *« Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies. Pour les marchés passés selon une procédure formalisée par les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, c'est la commission d'appel d'offres qui rejette par décision motivée les offres dont le caractère anormalement bas est établi. / Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants : 1° Les modes de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, les procédés de construction ; 2° Les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou pour réaliser les prestations de services ; 3° L'originalité de l'offre ; 4° Les dispositions relatives aux conditions de travail en vigueur là où la prestation est réalisée ; 5° L'obtention éventuelle d'une aide d'Etat par le candidat. (...) »* ; que le fait, pour un pouvoir adjudicateur, de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public ; qu'il résulte des dispositions précitées que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé ; que si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre ;

9. Considérant qu'il résulte de l'instruction que si la société retenue a proposé à la métropole une rétrocession annuelle de recettes de l'ordre de 1 300 000 euros la société requérante a proposé 300 000 euros pour son offre comparable, sachant que cette dernière société, titulaire du marché depuis 2006, affirme qu'elle versait 80 000 euros par an ; qu'elle soutient également que la somme annoncée par la société JC Decaux France est proche de la totalité de son chiffre d'affaires prévisionnel, concluant ainsi à l'existence d'une offre anormalement basse ; qu'au cas d'espèce, il y a lieu de tenir compte du fait qu'il s'agit moins ici de l'existence d'une offre anormalement basse faite par exemple d'intégrer diverses charges, que de la présentation d'une offre commercialement plus favorable pour l'autorité adjudicatrice ; qu'il y a lieu également de prendre en compte la particularité du mode de rémunération de Nantes métropole, ouvert ici à toutes les entreprises concurrentes, qui repose sur des recettes de publicité générées par l'utilisation du mobilier urbain ; qu'à cet égard, il convient de relever

l'existence de prix de vente de faces publicitaires qui peuvent être différents, tout comme les taux de remplissage des supports, selon l'entreprise choisie ; que l'instruction atteste également du fait que l'offre financière présentée par la société JC Decaux France présente des caractéristiques de rémunération similaires à celles observées dans des métropoles comparables à celle de Nantes, et qu'elle est cohérente avec l'estimation qu'avait faite Nantes métropole de la contribution à percevoir, qu'elle estimait à 1 million d'euros ; qu'il n'est par ailleurs pas réellement discuté le fait que la société attributaire prévoit, nonobstant le montant de la contribution versée à Nantes métropole, un résultat net de 2 millions d'euros sur la totalité de la durée du contrat ; qu'enfin l'existence d'une diminution des supports publicitaires n'est pas établie, sachant que la société JC Decaux France recourt plus largement à des supports de publicité déroulants, qui permettent de multiplier l'offre publicitaire, et donc les recettes ; qu'en conséquence, c'est sans méconnaître les dispositions précitées que Nantes métropole a attribué ledit marché à la société JC Decaux ;

10 Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de rejeter les conclusions susvisées de la société Abri services Nantes ;

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

11. Considérant, d'une part, 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 Nantes métropole, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que demande la société Abri services Nantes, au titre des frais qu'elle a exposés et non compris dans les dépens ; que, d'autre part, il n'apparaît pas inéquitable dans les circonstances de l'espèce de laisser à la charge de Nantes métropole et de la société JC Decaux France, la charge des frais exposés par elles dans la présente instance et non compris dans les dépens ;

O R D O N N E

Article 1^{er} : La requête de la société Abri services Nantes est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de Nantes métropole et de la société JC Decaux France, présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Abri services Nantes, à Nantes métropole et à la société JC Decaux France.

Fait à Nantes, le 22 mars 2017.

Le juge des référés,

Le greffier,

M. L

Mme E...

La République mande et ordonne
au préfet la Loire-Atlantique 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.
Pour expédition conforme,
Le greffier,