

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NANTES**

N° 1702010

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Société Exterior media France

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. F...
Juge des référés

Le juge des référés

Ordonnance du 22 mars 2017

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 6 mars 2017 sous le n° 1702010, et un mémoire complémentaire enregistré le 15 mars 2017, la société Exterior media France, représentée par son directeur juridique, demande au juge des référés, sur le fondement des dispositions des articles L.551-1 et suivants du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure de consultation lancée par Nantes métropole en vue de l'attribution d'un marché de mobilier urbain, en ce qui concerne son lot n° 2 ;

2°) de mettre à la charge de Nantes métropole la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- sa requête est recevable : sa candidature pour le lot n°2 a été retenue, même si elle a ensuite renoncé à poursuivre le dialogue ; ses moyens sont fondés et elle a été lésée par les manquements observés des obligations de publicité et de mise en concurrence ; le signataire a été habilité à présenter la présente requête ;

- Nantes métropole a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence :

- la consultation réalisée portait en réalité sur une concession de services et non un marché public dès lors que la consultation avait pour seul objet de valoriser l'occupation du domaine public et non de répondre à une commande publique ; de même il y a lieu de tenir compte des modalités de rémunération du cocontractant, comprenant le versement d'une redevance d'occupation qui, eu égard à son mode de calcul, exclut de regarder le contrat comme conclu à titre onéreux ; qu'en conséquence, son régime juridique était distinct et interdisait la durée de concession retenue ;

- subsidiairement, le recours à la procédure de dialogue compétitif est irrégulier et constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence faute de complexité suffisante nécessaire des prestations à effectuer ; ce manquement à l'article 36 du code des marchés publics a lésé la requérante en avantageant la société JC Decaux ;

- subsidiairement, la décision de scinder le marché en deux lots est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation dès lors qu'elle constitue une barrière à l'entrée sur ce marché pour les entreprises de la taille de la requérante compte tenu de la structure économique du secteur d'activité en débat et de la position du groupe JC Decaux ;

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

Elle soutient que :

- la requête n'est pas recevable dès lors que la requérante a refusé de poursuivre la procédure pour un motif extérieur à une obligation de publicité ou de mise en concurrence ; en tout état de cause le lot n° 1 est signé ;

- la procédure a été régulière dès lors qu'il s'agit bien d'un marché public et non d'une concession de services, sachant que la directive concession n'est pas opposable, qu'aucun texte n'existait sur les concessions de services à la date de début de procédure, et à supposer que cette directive soit applicable, il n'est pas établi qu'elle aurait été méconnue ;

- les conditions de recours au dialogue compétitif sont remplies et se justifiaient 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 ; il n'est pas établi que la requérante aurait été désavantagée par cette procédure à laquelle elle a renoncé à participer pour des motifs non liés au type de procédure engagée,

- l'allotissement n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation sachant qu'il ne s'agissait pas de favoriser un soumissionnaire, et qu'il est justifié par des critères objectifs ; la requérante n'a pas été lésée ;

Par un mémoire en défense, enregistré le 16 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 Exterion media France la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- la requête est irrecevable faute d'intérêt à agir de la requérante eu égard au caractère dilatoire du recours et dès lors qu'elle n'avait vocation compte tenu de son domaine d'activité à exécuter le marché ;

- c'est à bon droit qu'il a été fait application du code des marchés publics dès lors qu'à la date de lancement de la consultation le délai de transposition de la directive 2014/23/UE n'était pas expiré et que les concessions ne faisaient l'objet d'aucun encadrement normatif ; en tout état de cause un éventuel manquement ne serait pas de nature à léser la société ;

- les dispositions de l'article 36 du code des marchés publics ont été respectées ; le recours au dialogue compétitif était pertinent, dès lors que la consultation était rendue complexe par la recherche de solutions techniques innovantes ; ce recours a été admis pour un marché de mobilier urbain ; il n'est pas établi que la requérante ait été lésée sachant qu'elle a vu sa candidature retenue mais qu'elle a renoncé à poursuivre à raison de sa stratégie d'entreprise ;

- les dispositions de l'article 10 du code des marchés publics ont été respectées en l'absence d'erreur manifeste d'appréciation sachant qu'un éventuel manque n'est pas susceptible d'avoir lésé la requérante.

Vu :

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

Le président du tribunal a désigné M. F..., 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. F..., juge des référés,
- les observations de M.C..., représentant la société Exterion media, qui précise que la contestation ne porte que sur le lot n°2, de MeD..., représentant Nantes métropole, et de Me A..., représentant la société JC Decaux France.

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 ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 521-1 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 scindée en deux lots ; 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 Exterion media, pour le lot n°2 ici seul en débat, a été retenue avant que cette dernière société décide de renoncer au dialogue ; qu'au terme dudit dialogue, l'offre de la société JC Decaux France a été retenue pour le lot n° 2 ; que la société Exterion media a alors engagé la présente procédure, sachant que, parallèlement, une autre société avait engagé une procédure identique le 20 février précédent ;

3. Considérant qu'en premier lieu la société requérante soutient que le contrat contesté ne constitue par un marché public au sens de l'article 1^{er} du code des marchés publics, mais une concession de services au régime juridique distinct ; que, cependant, il résulte des pièces du dossier que l'objet dudit contrat ne se limite pas à régir des conditions d'affichage sur du mobilier urbain mais porte bien sur la mise à disposition de ce mobilier urbain, ainsi que sur sa maintenance et son nettoyage, répondant ainsi à des besoins de Nantes métropole ; que, par ailleurs, un tel marché est conclu à titre onéreux dès lors qu'il détermine des modalités de rémunération de Nantes métropole selon des modalités dont il ne ressort pas qu'elles impartissent à l'attributaire de reverser la totalité des recettes publicitaires, alors qu'il est prévu qu'il dégage une marge bénéficiaire ; qu'en tout état de cause, à la date où la consultation a été lancée, il n'existait pas d'encadrement normatif national applicable aux concessions de services ; qu'en conséquence, le moyen précité de la société requérante ne peut qu'être écarté ;

4. Considérant, en deuxième lieu, 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 », ainsi qu'elle l'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

compétitrices ; 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, en troisième lieu, qu'aux termes de l'article 10 du code des marchés publics : « *Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots.(...)* » ;

7. Considérant que la société Exterion media soutient, au visa de cet article, que le choix fait par Nantes métropole de diviser ledit marché en deux lots distincts, compte tenu de la répartition géographique adoptée, est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation dès lors que ceci est de nature à interdire à sa société toute possibilité d'attribution en confortant, au terme d'une distorsion de concurrence, la ou les sociétés leaders sur le marché de la publicité ; que, cependant de telles considérations, faiblement étayées au regard de la situation ici en débat, n'établissent pas une telle erreur manifeste d'appréciation étant observé que ce choix, reposant sur un critère géographique objectif basé essentiellement sur une scission entre les communes les plus densément peuplées de l'intérieur du périphérique nantais et les autres collectivités, répond également à une volonté de l'attributaire d'assurer une optimisation financière ; qu'en outre, il est relevé que plusieurs sociétés ont participé au dialogue compétitif ; qu'en conséquence, ce moyen est écarté ;

8. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non recevoir opposées en défense, qu'il y a lieu de rejeter les conclusions susvisées de la société Exterion media ;

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

9. 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 Exterion media, 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 ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La requête de la société Exterion media 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 Exterion media, à Nantes métropole et à la société JC Decaux France.

Fait à Nantes, le 22 mars 2017.

Le juge des référés,

Le greffier,

M. F...

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,