

Conseil d'État**N° 353826**

Publié au recueil Lebon

7ème et 2ème sous-sections réunies

M. Christian Vigouroux, président

M. Frédéric Dieu, rapporteur

M. Nicolas Boulouis, rapporteur public

SCP BOULLOCHE ; SCP BARTHELEMY, MATUCHANSKY, VEXLIARD ; SCP

GASCHIGNARD, avocats

Lecture du lundi 12 mars 2012**REPUBLIQUE FRANCAISE****AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu, 1°) sous le n° 353826, le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 3 et 16 novembre 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE CLEAR CHANNEL FRANCE, dont le siège est 4 place des Ailes à Boulogne-Billancourt Cedex 1 (92641) ; la SOCIETE CLEAR CHANNEL FRANCE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1107449-2 du 21 octobre 2011 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Melun, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a, à la demande de la société V.Y.P. Affichage et Communication, d'une part, annulé la procédure de passation d'un marché portant sur la fourniture, l'installation, l'entretien et l'exploitation commerciale de mobiliers urbains publicitaires et non publicitaires sur le domaine public de la commune de Villiers-sur-Marne et, d'autre part, enjoint à cette commune, si elle entendait conclure le marché, de reprendre en totalité la procédure d'appel d'offres ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande présentée par la société V.Y.P. Affichage et Communication ;

3°) de mettre à la charge de la société V.Y.P. Affichage et Communication la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu, 2°) sous le n° 353987, le pourvoi et le mémoire complémentaire, enregistrés les 7 et 23 novembre 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la COMMUNE DE VILLIERS-SUR-MARNE, représentée par son maire ; la COMMUNE DE VILLIERS-SUR-MARNE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la même ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Melun ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande présentée par la société V.Y.P. Affichage et Communication ;

3°) de mettre à la charge de la société V.Y.P. Affichage et Communication la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....
Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Frédéric Dieu, Maître des Requêtes,

- les observations de la SCP Bouulloche, avocat de la SOCIETE CLEAR CHANNEL FRANCE, de la SCP Gaschignard, avocat de la COMMUNE DE VILLIERS-SUR-MARNE et de la SCP Barthélemy, Matuchansky, Vexliard, avocat de la société V.Y.P. Affichage et Communication,

- les conclusions de M. Nicolas Boulouis, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Bouulloche, avocat de la SOCIETE CLEAR CHANNEL FRANCE, à la SCP Gaschignard, avocat de la COMMUNE DE VILLIERS-SUR-MARNE et à la SCP Barthélemy, Matuchansky, Vexliard, avocat de la société V.Y.P. Affichage et Communication ;

Considérant que les pourvois de la SOCIETE CLEAR CHANNEL FRANCE et de la COMMUNE DE VILLIERS-SUR-MARNE sont dirigés contre la même ordonnance ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Considérant 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 " ; qu'aux termes enfin de l'article L. 551-10 du 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, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local (...) " ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 28 juin 2011, la COMMUNE DE VILLIERS-SUR-MARNE a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché de services ayant pour objet la fourniture, l'installation, l'entretien et l'exploitation commerciale de mobiliers urbains sur son domaine public ; que la SOCIETE CLEAR CHANNEL FRANCE et la société V.Y.P. Affichage et Communication ont chacune déposé une offre ; que, par un courrier daté du 22 septembre 2011, la COMMUNE DE VILLIERS-SUR-MARNE a informé cette dernière que son offre avait été rejetée en raison de son irrégularité tenant à la présentation de variantes non autorisées par le règlement de la consultation et que le marché avait été attribué à la SOCIETE CLEAR CHANNEL FRANCE ; que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Melun a annulé l'ensemble de la procédure et enjoint à la COMMUNE DE VILLIERS-SUR-MARNE, si elle entendait conclure le

marché, de la reprendre dans son intégralité ;

Considérant que, pour annuler la procédure de passation litigieuse, le juge des référés du tribunal administratif de Melun, après avoir estimé que l'offre de la société V.Y.P. Affichage et Communication était irrégulière en ce qu'elle comportait plusieurs modèles et " design " de mobiliers urbains alors que le règlement de la consultation n'autorisait aucune variante sur ce point, a retenu que la COMMUNE DE VILLIERS-SUR-MARNE avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en modifiant substantiellement les modalités de notation du critère du montant de la redevance et que ce manquement était susceptible d'avoir lésé la société V.Y.P. Affichage et Communication bien que son offre fût irrégulière ; qu'en jugeant ainsi que cette société était susceptible d'avoir été lésée, au stade de l'examen des offres, par un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence tenant à la modification substantielle de la méthode de notation d'un critère de jugement des offres, après avoir relevé que son offre était irrégulière pour un motif étranger à cette modification et qui n'avait pu être affecté par elle, le juge des référés du tribunal administratif de Melun a commis une erreur de droit ; que par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, l'ordonnance attaquée doit être annulée ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société V.Y.P. Affichage et Communication ;

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes du I de l'article 50 du code des marchés publics : " Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes. Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises. / Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération. " ; que si, en application de ces dispositions, les candidats peuvent être autorisés par le pouvoir adjudicateur à présenter des variantes, lesquelles constituent des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation, ils sont en revanche tenus, dans le cas où le pouvoir adjudicateur ne leur a pas offert cette possibilité, de présenter une seule offre qui doit être conforme aux exigences des documents de la consultation ;

Considérant, d'une part, que les dispositions de l'article 11 du règlement de la consultation n'autorisaient la présentation de variantes que pour " les seules dispositions relatives aux délais et aux fréquences de nettoyage et d'entretien " ; que les documents de la consultation excluaient en conséquence la présentation de variantes en ce qui concernait, notamment, les modèles de mobiliers urbains objets du marché ;

Considérant, d'autre part, qu'il résulte de l'instruction que la société V.Y.P. Affichage et Communication a proposé au soutien de son offre plusieurs dessins et modèles pour les différents types de mobiliers urbains, notamment les panneaux publicitaires et les abris voyageurs, dont le marché prévoyait la fourniture, l'installation et l'entretien, alors même qu'aucun des documents de la consultation n'autorisait les candidats à proposer, pour chaque type de mobilier, différents modèles ou " design ", et que, par un courrier du 1er août 2011 adressé à tous les candidats, la COMMUNE DE VILLIERS-SUR-MARNE avait indiqué à ces derniers qu'il n'était pas possible de proposer plusieurs design ; que, même si les différents dessins et modèles proposés par la société V.Y.P. Affichage et Communication ne pouvaient être regardés comme des variantes au sens des dispositions précitées de l'article 50 du code des marchés publics dès lors qu'ils ne comportaient aucune modification des spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation, la société V.Y.P. Affichage et Communication n'en a pas moins méconnu ces

documents en s'abstenant d'indiquer au pouvoir adjudicateur, pour chaque type de mobilier urbain exigé, le mobilier qu'elle entendait proposer, et en le mettant ainsi dans l'impossibilité d'apprécier son offre sur ce point et de faire application du critère de jugement des offres relatif à la valeur esthétique des mobiliers ; que, par suite, la société V.Y.P. Affichage et Communication n'est pas fondée à soutenir que la COMMUNE DE VILLIERS-SUR-MARNE a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en rejetant son offre comme irrégulière ;

Considérant, en second lieu, que le manquement, à le supposer établi, tiré de ce que la COMMUNE DE VILLIERS-SUR-MARNE aurait, en cours de procédure, substantiellement modifié les critères de notation du critère du montant de la redevance n'est pas susceptible d'avoir lésé la société V.Y.P. Affichage et Communication et ne risque pas de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente, dès lors que, ainsi qu'il a été dit, son offre était irrégulière pour un motif distinct de cette modification et devait en conséquence être rejetée par la commune sans pouvoir être classée ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la demande de la société V.Y.P. Affichage et Communication ne peut qu'être rejetée ;

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 SOCIETE CLEAR CHANNEL FRANCE et de la COMMUNE DE VILLIERS-SUR-MARNE, qui ne sont pas, dans la présente instance, les parties perdantes, la somme que demande la société V.Y.P. Affichage et Communication au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de cette dernière une somme de 2 000 euros à verser, d'une part, à la SOCIETE CLEAR CHANNEL FRANCE et, d'autre part, à la COMMUNE DE VILLIERS-SUR-MARNE au titre des frais exposés par elles, tant devant le Conseil d'Etat que le tribunal administratif de Melun ;

D E C I D E :

Article 1er : L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Melun du 21 octobre 2011 est annulée.

Article 2 : La demande présentée par la société V.Y.P. Affichage et Communication devant le tribunal administratif de Melun ainsi que ses conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La société V.Y.P. Affichage et Communication versera à la SOCIETE CLEAR CHANNEL FRANCE et à la COMMUNE DE VILLIERS-SUR-MARNE une somme de 2 000 euros chacune en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la SOCIETE CLEAR CHANNEL FRANCE, à la société V.Y.P. Affichage et Communication et à la COMMUNE DE VILLIERS-SUR-MARNE.