

Passation - Conséquences de la requalification d'un marché public de mobiliers urbains en contrat de concession - Commentaire par Willy ZIMMER

Document: Contrats et Marchés publics n° 7, Juillet 2020, comm. 206

Contrats et Marchés publics n° 7, Juillet 2020, comm. 206

Conséquences de la requalification d'un marché public de mobiliers urbains en contrat de concession

Commentaire par Willy ZIMMER

PASSATION

[Accès au sommaire](#)

Solution. – En cas de requalification d'un marché public en contrat de concession, les moyens relatifs à la méconnaissance des règles de passation des marchés publics ne peuvent être utilement invoqués.

Impact. – Le régime juridique des offres anormalement basses n'est pas, en tant que tel, applicable aux concessions, mais il appartient au juge de s'assurer que les conditions financières du contrat ne sont pas de nature à en compromettre la bonne exécution.

CAA Nantes, 30 mars 2020, n° 18NT02671, Sté JC Decaux France c/ la Communauté d'agglomération Golfe Morbihan : JurisData n° 2020-007631

Note :

La Communauté d'agglomération Golfe Morbihan – Vannes Agglo avait conclu avec la commune de Vannes et la commune de Saint-Avé une convention de groupement de commandes portant sur la mise à disposition de mobiliers urbains de types panneaux d'information municipale et abris voyageurs. Ayant été désignée comme coordonnateur du groupement de commandes, elle était en charge de l'ensemble des opérations de sélection du titulaire du contrat et a donc lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un marché public à l'issue de laquelle a été retenue comme titulaire la société Abri Service Nantes. La société JC Decaux France a alors, en sa qualité de candidat évincé, tout d'abord introduit une requête en référé précontractuel qui a été rejetée par une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Rennes, puis avait saisi le tribunal administratif de Rennes d'une demande tendant à l'annulation ou à la résiliation du contrat avec la société Abri Services Nantes sur le fondement de la jurisprudence « Tarn et Garonne » (*CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994 : JurisData n° 2014-006635 ; Contrats-Marchés publ. 2014, étude 5, Ph. Rees*). Le tribunal administratif de Rennes avait rejeté la demande de la société JC Decaux tout en procédant à la requalification du contrat litigieux en contrat de concession. En appel, la cour administrative d'appel de Nantes examine en premier lieu une série de moyens relatifs au respect du contradictoire lors de la procédure de première instance et à la motivation du jugement, puis les moyens relatifs à la régularité de la procédure de passation du contrat litigieux. Elle rejette finalement l'ensemble des moyens soulevés par la requérante.

La cour confirme tout d'abord la requalification opérée par les juges de première instance du contrat litigieux en contrat de concession. Cette requalification paraît logique dès lors qu'il résulte de l'analyse des stipulations du contrat que le titulaire est exposé aux aléas qui peuvent affecter le volume et la valeur de la demande d'espaces de mobilier urbain par les annonceurs publicitaires, sans qu'aucune stipulation du contrat ne prévoie en contrepartie une quelconque prise en charge, totale ou partielle, par la personne publique des pertes qui pourraient en résulter. L'existence par conséquent d'un risque économique supporté par le titulaire du contrat a donc logiquement conduit le juge à considérer que le contrat n'était pas un marché public, mais une concession. Ce débat sur la qualification du contrat confirme qu'un contrat portant sur le mobilier urbain, peut en fonction de son économie générale, être qualifié soit de marché public, soit de concession (*CE, 25 mai 2018, n° 416825, Cne Saint-Thibault-des-Vignes et Sté Philippe Védiaud Publicité : JurisData n° 2018-008653 ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 165, note G. Eckert ; JCP A 2018, 2260, obs. J.-B. Vila*). Le juge tire de cette requalification du contrat la conséquence que les moyens relatifs à la méconnaissance des dispositions relatives à la passation des marchés publics ne peuvent donc pas être utilement soulevés par la société requérante et c'est au regard des règles de passation applicables aux contrats de concession telles qu'elles résultaient, avant l'entrée en vigueur du Code de la commande publique, de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession qu'il examine les différents moyens soulevés par la société évincée. Certains d'entre eux sont rapidement écartés faute d'élément apporté par la société requérante au soutien de ses affirmations.

Le premier grief examiné par la cour concerne le consentement et l'information des élus municipaux et communautaires. Selon la société requérante le vice du consentement résulterait de l'absence d'information des élus dès lors qu'il avait été porté à leur connaissance que le contrat serait conclu par la voie d'une procédure négociée et que, finalement, le contrat a fait l'objet d'une procédure d'appel d'offres ouvert (donc sans négociation). La cour estime toutefois que dans la mesure où la procédure de passation d'un contrat de concession peut être librement organisée et prévoir ou non une négociation et surtout dans la mesure où les élus avaient été informés sur les caractéristiques essentielles du futur contrat, le fait de n'avoir pas été informé que le contrat serait finalement conclu sans négociation ne suffit pas à établir qu'il l'ait été en méconnaissance de leur droit à information ainsi que sans leur consentement. La solution paraît peu discutable, le choix de la procédure de passation d'un contrat de la commande publique relevant en principe de l'exécutif.

La cour examine ensuite le reproche fait par la société requérante à la méthode de notation du critère prix qui avait été portée à la connaissance des candidats et qui aurait selon elle été ambiguë et de nature à permettre des interprétations différentes. La cour rappelle que le pouvoir adjudicateur est libre de définir la méthode de notation des critères à la condition que la mise en œuvre de cette méthode ne soit pas de nature à priver de leur portée les critères de sélections ou à neutraliser leur pondération (*CE, 3 nov. 2014, n° 373362, Cne Belleville-sur-Loire : JurisData n° 2014-026334 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 39, note P. Devillers ; JCP A 2014, act. 900 ; JCP A 2015, 2090, concl. G. Pellissier ; JCl. Contrats et Marchés Publics, Synthèse 50 : Procédures de passation des marchés publics. – CE, 1er juill. 2015, n° 381095, Sté nouvelle d'entreprise générale du Sud-ouest : JurisData n° 2015-016628 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 233, note J.-P. Pietri. – CAA Paris, 8 févr. 2016, n° 15PA02953, Sté RJ45 Technologies : JurisData n° 2016-004947 ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 99, obs. H. Hoepffner*). Elle constate qu'au cas particulier les modalités d'appréciation du prix à travers le montant de la redevance, le nombre d'abris y inclus les abris supplémentaires dont les caractéristiques étaient précisées dans le CCTP et le coût pour le titulaire de la dépose et repose des abris dans le cadre du plan de mise en accessibilité des arrêts de bus étaient suffisamment claires et que cette méthode de notation ne méconnaissait donc pas le principe d'égalité de traitement et n'a pas été de nature à modifier la portée de ce critère.

Selon l'appelante, le pouvoir adjudicateur aurait, par ailleurs, commis plusieurs erreurs manifestes d'appréciation lors de l'évaluation des offres et notamment lors de la notation de certains sous-critères du critère de la valeur technique. Le juge écarte toutefois aisément les arguments invoqués nécessairement très factuels. S'agissant

notamment de l'erreur lors de la notation du sous-critère de la qualité des produits, le juge relève que celle-ci portait sur l'ensemble des mobiliers et que si concernant les panneaux lumineux la définition des images du produit proposé par Decaux était meilleure, la qualité de la luminosité des écrans proposés par le titulaire était supérieure. De même s'agissant de la notation du sous-critère de la performance environnementale la cour constate que la différence s'est faite sur la moindre consommation électrique ainsi que la simplicité d'élimination en fin d'usage des tubes fluorescents proposés par la société attributaire.

Un moyen invoqué par la société requérante aurait pu éventuellement être de nature à établir un certain manque de transparence dans la procédure de passation. Mais la cour fait une application stricte de la règle selon laquelle dans le cadre d'un recours « Tarn-et-Garonne », les manquements à la passation du contrat qu'invoque le requérant doivent être en rapport direct avec son éviction. Ainsi, alors que le règlement de la consultation prévoyait que la durée d'exécution du contrat serait de 12 années, les offres variantes qui étaient obligatoires ont quant à elles été appréciées sur la base d'une durée de 11 années sans que les candidats en aient été informés. La cour estime toutefois que dans la mesure où les offres variantes de la société attributaire auraient été examinées dans les mêmes conditions et que son offre de redevance était très supérieure à celle proposée par la société JC Decaux France, le fait de ne pas avoir été clairement informée sur les conditions d'appréciation des offres variantes n'a pas été directement à l'origine de son éviction et elle écarte donc également ce moyen.

La cour rejette enfin le grief selon lequel la société retenue aurait fait une offre anormalement basse. La requalification en concession du contrat a ici une conséquence très concrète puisque si l'existence d'une offre anormalement basse constitue, le cas échéant, un motif d'éviction d'un soumissionnaire et donc éventuellement d'annulation de la procédure de passation d'un marché si elle a été finalement retenue, tel n'est pas nécessairement le cas en matière de concession. La cour se réfère ici à la toute récente jurisprudence du Conseil d'État (également à propos d'un contrat de mobilier urbain) en citant le considérant de principe au terme duquel la prohibition des offres anormalement basses et le régime juridique relatif aux conditions dans lesquelles de telles offres peuvent être détectées et rejetées ne sont pas applicables, en tant que tels, aux concessions (*CE, 26 févr. 2020, n° 436428, Sté JC Decaux France, pt 10 : JurisData n° 2020-002489 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 158 et 159, note G. Eckert ; JCP A 2020, 2115*). Il appartient néanmoins au juge de s'assurer que les conditions économiques du contrat ne seraient pas, à l'évidence, de nature à compromettre la bonne exécution de la concession. Au cas d'espèce, la cour constate qu'en tout état de cause, la requérante n'établit pas que les conditions financières proposées par le candidat retenu seraient de nature à compromettre la bonne exécution du contrat. Si donc le régime juridique de l'offre anormalement basse n'est pas transposable tel quel aux concessions, il semble qu'il appartient cependant au juge de vérifier que l'ensemble des conditions financières d'exécution du contrat ne seront pas de nature à remettre en cause sa bonne exécution.

Mots clés : Concessions. - Qualification

.. **Encyclopédies** : Contrats et marchés publics, fasc. 400