

N° 414377

N° 414384

Société CDA Publimédia

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 14 novembre 2018

Lecture du 30 novembre 2018

- B

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

La commune de Bègles et la commune d'Eysines ont chacune conclu avec la société CDA Publimédia, la première le 14 janvier 2010, la seconde le 26 juillet 2012, un contrat aux termes duquel cette société s'engageait principalement à fournir, installer, maintenir et entretenir des mobiliers publicitaires d'information municipale double face sur le territoire de la commune, ainsi qu'à imprimer et mettre en place les affiches municipales, la société se rémunérant en louant à des annonceurs les espaces non utilisés pour l'affichage municipal. Ce qui fait la particularité de ces dispositifs contractuels par ailleurs tout à fait typiques des contrats dits de mobilier urbain est qu'ils doivent être exécutés en grande partie sur la voirie publique dont la gestion ne relevait plus, à la date à laquelle ils ont été conclus, de la compétence de ces communes qui étaient membres de la communauté urbaine de Bordeaux, établissement public de coopération intercommunale qui exerce de plein droit, en vertu du 11° de l'article L. 5215-20-1 du code général des collectivités territoriales, la compétence de ses membres en matière de « voirie et de signalisation ».

Cette particularité est originale dans votre jurisprudence mais ne devrait pas être isolée en pratique, puisqu'une vingtaine de communautés urbaines ont été constituées, correspondant aux grandes agglomérations, dont environ la moitié sont devenues, à l'instar de celle de Bordeaux, des métropoles, lesquelles exercent également cette compétence en matière de voirie (art L. 5217-2 du CGCT). Elle a conduit la CAA de Bordeaux, par deux arrêts du 17 juillet 2017, à juger illicites ces contrats comme dépourvus de cause au motif que les communes cocontractantes ne pouvaient transférer à leur cocontractant, en contrepartie des prestations obtenues, un droit d'exploitation de ces espaces publicitaires dont elles ne disposaient pas.

La question du bien fondé de ce raisonnement est la plus intéressante de celles que présentent à juger les deux pourvois formés par la société CDA Publimédia à l'encontre de ces arrêts.

Si elle est commune aux deux pourvois, ce n'est pas le cas des parcours contentieux de ces litiges, qu'il nous faut vous présenter rapidement. Ils ont tous deux pour point de départ des recours en contestation de la validité du contrat présentés au TA de Bordeaux par la société Philippe Védiaud publicité, candidate évincée, qui s'inscrit, compte tenu de la date de

signature des contrats¹, dans le cadre contentieux issu de votre jurisprudence *Tropic Travaux Signalisation*.

Celui dirigé contre le contrat conclu par la commune d'Eysines a été rejeté par un jugement du 18 mars 2015. La société a interjeté appel de ce jugement devant la CAA de Bordeaux qui a annulé le jugement et le contrat, par l'arrêt attaqué et pour le motif que nous avons dit.

Le contentieux du recours contre le contrat conclu par la commune de Bègles est plus mouvementé : la candidate évincée a demandé au tribunal non seulement l'annulation du contrat mais aussi l'indemnisation du préjudice subi du fait de son éviction. Le tribunal, par un jugement du 25 avril 2013, a fait droit à ses conclusions en annulation au motif que l'attributaire avait été choisi par l'autorité municipale et non par la commission d'appel d'offres, en méconnaissance de l'article 59 du code des marchés publics. Il a néanmoins différé de cinq mois l'effet de cette annulation. Il a ensuite condamné la commune à verser 2 000 euros à la société évincée à titre d'indemnisation d'un préjudice qu'il a estimé ne consister, en l'absence de chance sérieuse qu'elle aurait eu d'obtenir le contrat, qu'aux frais engagés pour présenter son offre. La commune de Bègles et la société Philippe Vediaud ont fait appel de ce jugement, la seconde uniquement en tant qu'il n'avait que très partiellement fait droit à ses conclusions indemnitaires. Par un arrêt du 2 juin 2015, la cour a censuré le motif d'annulation retenu par le tribunal, annulé le jugement après avoir écarté les autres moyens mettant en cause la validité du contrat et rejeté par voie de conséquence les conclusions indemnitaires de la société évincée. Votre 7^{ème} chambre a, par une décision du 21 octobre 2016, cassé cet arrêt qui avait omis de répondre à un moyen opérant, et renvoyé l'affaire à la cour, qui a, par l'arrêt attaqué, pris une position différente de son précédent arrêt en retenant le même moyen que dans l'autre affaire, ce qui l'a conduit à confirmer le jugement en lui substituant ce motif d'illicéité du contrat. Elle a revanche annulé le jugement en tant qu'il avait statué sur les conclusions indemnitaires de la société Philippe Vediaud et les a rejetées.

La recevabilité du pourvoi de la société CDA Publimédia contre l'arrêt de la cour relatif au contrat conclu par la commune d'Eysines ne présente aucune difficulté. Elle était défenderesse en appel et a intérêt à se pourvoir en cassation contre l'arrêt qui, contrairement à ses conclusions, annule le contrat auquel elle est partie.

La recevabilité du pourvoi de cette même société contre l'arrêt de la cour relatif au contrat conclu par la commune de Bègles est plus délicate dans la mesure où elle n'a pas fait appel du jugement qui annulait le contrat, mais a produit, hors délai, un mémoire soutenant l'appel de la commune. La cour a estimé, à juste titre, qu'étant partie en première instance, son mémoire devait être regardé comme un appel et a rejeté comme irrecevables ses conclusions en annulation du jugement en tant qu'il avait annulé le contrat. Elle ne peut donc plus se pourvoir en cassation que pour contester le rejet de ses conclusions d'appel pour irrecevabilité, ce qu'elle ne fait pas.

Toutefois, la recevabilité de ces conclusions en annulation de l'arrêt en tant qu'il a annulé le contrat nous semble pouvoir être admise grâce aux conclusions d'appel incident qu'elle avait présentées dans le cadre de l'appel formé par la société Philippe Vediaud contre

¹ CE Ass, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994; Sect, 5 février 2016, Syndicat mixte des transports en commun Hérault transport, n° 383149.

le jugement en tant qu'il avait rejeté le surplus de ses conclusions indemnitaires, appel incident qui tendait à l'annulation du jugement en tant qu'il avait annulé le contrat. La cour ayant confirmé le jugement, son arrêt est bien contraire à ses conclusions incidentes, ce qui lui donne intérêt à se pourvoir en cassation contre l'arrêt en tant qu'il a statué sur ses conclusions incidentes (voyez en ce sens CE, 1^{er} mars 2004, *sté Parthena SA*, n° 212986, aux T), qui ne soulèvent pas un litige distinct des conclusions indemnitaires à l'occasion desquelles elles ont été formées (21 oct 2015, *Région PACA*, n° 384787, aux rec sur ce point). Personne d'ailleurs ne le conteste.

Personne ne conteste non plus le bien fondé des pourvois. La commune de Bègles s'en remet à votre sagesse quant à la licéité du contrat et conclut curieusement, en cas de règlement au fond, à l'irrecevabilité de l'appel de son cocontractant contre le jugement ayant annulé le contrat. Le motif d'annulation retenu par la cour ne convient pas du tout à la société Philippe Vediaud, qui s'en trouve privée de tout droit à indemnisation. Bordeaux Métropole, qui a succédé à la communauté urbaine de Bordeaux, intervient régulièrement au soutien des pourvois et conteste fermement avoir une quelconque compétence pour conclure des contrats de mobilier urbain. Aucune défense n'a par ailleurs été produite dans la procédure concernant la commune d'Eysines.

Nous pouvons à présent aborder la principale question que posent, dans les mêmes termes, ces pourvois.

Le cadre juridique dans lequel elle se présente a évolué, sans toutefois que cette évolution en affecte les termes. Vous savez en effet que les dispositifs contractuels tels que ceux en litige, très standardisés et que l'on a pris l'habitude de désigner sous les termes de « contrats de mobilier urbain », ont d'abord été qualifiés de marchés publics, par votre décision d'Assemblée du 4 novembre 2005, *sté Jean-Claude Decaux* (n° 247298, rec. p. 478), avant d'être qualifiés de concessions de services depuis que l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession a institué cette catégorie juridique qui leur correspond mieux puisque, comme nous l'avons dit, la contrepartie économique des prestations obtenues par la personne publique n'est pas un prix payé par cette dernière mais le droit conféré au titulaire d'exploiter commercialement les espaces publicitaires de ces mobiliers (5 février 2018, *Ville de Paris et Sté des mobiliers urbains pour la publicité et l'information (SOMUPI)*, n° 416579, aux T ; 25 mai 2018, *sté Philippe Vediaud Publicité*, n° 416825, au rec). Les contrats litigieux ayant été conclus avant l'entrée en vigueur de cette ordonnance, ils doivent être considérés comme des marchés publics. Mais l'évolution de cette qualification, déterminante pour ce qui concerne les règles auxquelles est soumise la passation de ces contrats, est sans incidence sur la question qui vous est posée puisque tant l'objet que la cause des obligations contractuelles sont les mêmes.

La cour a fondé l'illicéité des contrats sur l'absence de cause au motif qu'il n'était pas de la compétence des communes cocontractantes de conférer le droit exclusif d'exploiter commercialement les espaces non dédiés à l'information municipale de ces mobiliers qui constitue la contrepartie économique des prestations d'affichage municipal que ces contrats leur permettent d'obtenir, parce que cette compétence n'appartient qu'à la communauté urbaine dont ces communes sont membres.

Les pourvois ne contestent pas le recours à la notion de cause, dont vous savez qu'elle est rare en droit administratif. Vous retenez, comme le faisait l'ancien article 1131 du code civil, ses deux acceptions, objective, en tant qu'elle impose que tout contrat doit avoir une

contrepartie, et subjective, qui concerne la licéité du but poursuivi par les parties (15 février 2008, *Cne de La Londe-les-Maures* (n° 279045, aux T sur ce point)². Le nouveau code civil n'a conservé que la première, l'article 1169 disposant désormais que "*un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire*".

C'est sur ce terrain que s'est placée la cour. Si les deux précédents par lesquels vous avez constaté la nullité d'un contrat pour défaut de cause concernaient des situations différentes, où l'acheteur public disposait déjà, en vertu de contrats déjà conclus, des prestations objet du contrat (12 novembre 1948, *Compagnie des messageries maritimes*, p. 428 et 26 septembre 2007, *OPDHLM du Gard*, n° 259809, aux T), l'absence de cause nous paraît pouvoir recouvrir l'hypothèse où l'une des parties ne dispose pas légalement du pouvoir de contracter l'obligation qui constitue la contrepartie prévue par le contrat.

Mais tel n'est pas le cas en l'espèce, comme le soutient à juste titre la société requérante à l'appui de son moyen d'erreur de droit. Le raisonnement de la cour nous semble fondé sur une analyse erronée de la nature de la contrepartie économique des prestations obtenues par les communes, qu'elle a considérée comme étant un droit d'exploitation du domaine public.

Cela ressort en particulier des motifs des arrêts par lesquels la cour rappelle que la communauté urbaine était seule compétente pour délivrer des permissions de voirie pour autoriser l'installation de mobiliers d'affichage sur le domaine public routier et, par voie de conséquence, pour réglementer les conditions auxquelles doit satisfaire l'affichage, « cette faculté comportant celle de concéder l'affichage sur ces emplacements à une entreprise d'affichage » et en déduit que « la commune n'avait pas le pouvoir de concéder l'affichage sur les mobiliers objets du contrat litigieux installés sur le domaine public routier dont la communauté urbaine de Bordeaux était gestionnaire et propriétaire ».

La cour a traité ces contrats comme des concessions d'affichage, qui sont des conventions d'occupation du domaine public et s'est visiblement inspirée de votre décision du 7 janvier 1987, *ville de Bordeaux* (n° 26979, au rec), par laquelle vous avez jugé « qu'il n'appartient qu'à l'autorité chargée de la gestion du domaine public d'autoriser l'établissement de palissades sur la voie publique pour la clôture des chantiers et, par voie de conséquence de réglementer, tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation, que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles doit satisfaire l'affichage sur ces palissades ; que cette faculté comporte celle de concéder l'affichage sur ces emplacements à une entreprise d'affichage, en se fondant sur des motifs d'ordre esthétique ou financier ».

Or un contrat de mobilier urbain n'est pas une concession d'affichage, alors même que les supports d'affichage sont implantés sur le domaine public et doivent pour ce faire être autorisés par la personne publique gestionnaire du domaine.

En effet, les mobiliers urbains ne font partie du domaine public ni du fait de leur implantation sur celui-ci, ni en raison de leur finalité.

² Voir également, constatant l'existence d'une cause : 19 février 1988, *SARL Poré Gestion*, n° 49338, p. 77.

D'une part, leur implantation sur le domaine public n'a pas pour effet de les y incorporer. Ils sont le plus souvent, et notamment en l'espèce, la propriété de la société qui les fournit, installe et entretient. L'affichage municipal sur ces supports n'étant pas, contrairement à l'information municipale, un service public - vous avez souligné dans votre décision d'Assemblée du 4 novembre 2005, *sté Jean-Claude Decaux* (n° 247298), qu'un contrat de mobilier urbain n'avait pas pour objet la « prise en charge effective d'un service public par la société contractante » -, ils ne sont pas des biens de retour. Leur implantation sur le domaine public n'a donc pas plus pour effet de les y incorporer³ que les diverses installations privées qui bénéficient d'autorisation temporaires d'occupation du domaine public.

D'autre part, ces mobiliers ne constituent pas des équipements nécessaires à la voirie : ils n'ont ni pour objet ni pour effet, au contraire, d'assurer la circulation des usagers de la voie publique ou leur sécurité. Or vous avez une conception stricte de la compétence des établissements publics de coopération intercommunale (23 octobre 1985, *Cne de Blaye-les-Mines*, p. 297), dont vous avez par exemple fait preuve en jugeant que l'installation et l'entretien d'abribus ne relevait pas de la compétence d'une communauté d'agglomération, compétente en matière de transports publics, car ces équipements n'étaient pas indispensables à l'exécution de ce service public (8 octobre 2012, *cté d'agglomération d'Annecy*, n° 344742, aux T). La décision *commune de Bordeaux* de 1987 dont s'est inspirée la cour n'est donc pas transposable aux mobiliers urbains car elle portait sur des palissades de chantier qui sont implantées sur le domaine public pour assurer notamment la sécurité des usagers de la voie publique.

Dès lors, la seule compétence qu'exerce la communauté urbaine vis-à-vis des mobiliers urbains est celle de les autoriser à s'implanter sur le domaine public. Cette compétence ne lui donne aucun pouvoir sur la gestion de ces installations, pas davantage que l'autorisation délivrée à un restaurateur d'installer une terrasse ne donne à la personne publique gestionnaire du domaine de compétence pour élaborer les menus.

Cette compétence exclusivement domaniale ne saurait donc priver les communes membres de la communauté d'agglomération de leur compétence pour conférer des droits d'exploitation commerciale des mobiliers urbains.

Comme nous venons de le voir, cette compétence domaniale ne s'étend pas à la gestion de l'affichage sur ces supports. Dès lors, le contrat relatif à leur exploitation, même si son exécution requiert des autorisations domaniales lorsque les mobiliers sont situés sur le domaine public, n'est pas un contrat d'occupation du domaine public mais un contrat de prestation de services. Vous l'avez très nettement affirmé dans votre décision d'Assemblée de 2005, *société Jean-Claude Decaux*, précitée, en soulignant « que la cour a souverainement constaté ... que l'objet du contrat litigieux était, outre d'autoriser l'occupation du domaine public, de permettre la réalisation et la fourniture de prestations de service à la commune de Villetaneuse en matière d'information municipale, de propreté et de protection des usagers des transports publics contre les intempéries ; qu'elle a pu en déduire, sans erreur de droit, que

³ Contrairement à ce que l'on peut lire dans certaines sources doctrinales (cf. J.-Cl. Propriétés publiques, fasc. 41 : voirie routière, § 50), votre décision de Section du 20 avril 1956, *ville de Nice*, n° 96368, p. 162, ne dit pas le contraire mais seulement que des colonnes d'affichages implantées sur le domaine public doivent bénéficier d'autorisations d'occupation domaniales. Le président Long, dans ses conclusions, défendait en revanche une incorporation de ces mobiliers au domaine public.

l'objet du contrat ainsi conclu entrainé dans le champ d'application du code des marchés publics ; que pour parvenir à cette conclusion, la cour n'avait pas à rechercher si la fourniture de prestations de service constituait un élément accessoire ou principal de l'objet de ce contrat ». Il en résulte, et notamment de cette dernière phrase, que les contrats tels que ceux en litige ne sont pas des conventions d'occupation domaniales même si leur exécution rend nécessaire la conclusion, par leur titulaire, de telles conventions. Cette analyse de l'objet de ces contrats n'est absolument pas affectée par le changement de catégorie juridique qui a eu lieu depuis.

L'objet de ces contrats est donc uniquement de fournir à la commune une prestation de service consistant dans la fourniture, l'installation et l'entretien de supports d'affichage municipal ainsi que l'impression et la mise en place des affiches et non de permettre l'installation des mobiliers sur le domaine public routier. Si la commune choisissait de se donner elle-même les moyens matériels de la diffusion de son information municipale, c'est à dire d'installer et de gérer ces mobiliers urbains, elle percevrait elle-même les recettes commerciales issues de la location à des annonceurs des espaces de ces mobiliers qu'elle n'utiliserait pas. Par les contrats litigieux, les communes de Bègles et d'Eysines ont seulement décidé d'obtenir ces prestations d'un opérateur économique auquel elles abandonnent, en contrepartie, le droit d'exploitation commerciale des espaces libres. Comme elles auraient du le faire si elles avaient exercé ce service en régie, le titulaire devra obtenir de la communauté urbaine les autorisations domaniales nécessaires à l'implantation des mobiliers sur la voirie routière et payer la redevance d'occupation domaniale correspondante, qui fera partie des charges de l'exploitation du service. Il y a là une petite différence avec les contrats de mobiliers urbains conclus avec une commune qui exerce la compétence domaniale et qui en général exonèrent le concessionnaire du paiement de cette redevance, ce qui revient en réalité à lui verser un prix en complément des recettes publicitaires puisque le montant de cette économie est certain. Les contrats litigieux prévoient d'ailleurs que, pour les mobiliers qui devront être implantés sur le domaine public routier, ce qui est le cas de la plupart d'entre eux mais non de tous, le titulaire devra obtenir les autorisations d'occupation domaniale de la communauté urbaine. Mais cette différence, qui concerne l'équilibre économique du contrat, sans d'ailleurs en général le modifier, est sans incidence sur le fait que ces mobiliers ne relevant pas du domaine public, ni directement ni indirectement, le droit de les exploiter n'appartient pas au gestionnaire du domaine mais à la personne pour le compte de laquelle le service dont ils sont le support est exercé, c'est à dire la commune, qui satisfait ainsi ses besoins en matière d'affichage municipal.

Cela ne signifie évidemment pas que la communauté urbaine ne pourrait elle-même conclure de tels contrats pour assurer l'affichage de sa propre information communautaire.

Ce découplage contractuel n'affecte pas non plus l'existence même de la contrepartie économique pour le titulaire. Elle est certes conditionnée par l'obtention des autorisations d'occupation domaniale, qui lui permettent d'implanter des espaces publicitaires sur la voie publique. Mais la délivrance de ces autorisations ne conditionne pas seulement la contrepartie mais l'exécution complète du contrat, de sorte que, si elles ne sont pas délivrées, le titulaire ne supportera pas non plus la charge de l'exécution du service que les recettes publicitaires ont pour but de compenser.

L'erreur de droit commise par la cour est donc d'avoir considéré que droit d'exploiter commercialement les mobiliers urbains qui représente la contrepartie des prestations obtenues par les communes est un droit d'exploiter le domaine public, que seul peut effectivement

transférer le gestionnaire de ce domaine, alors que c'est un droit d'exploiter le support d'un service qui relève de la compétence de la commune puisqu'il porte sur la diffusion de son information municipale, support dont l'exploitation ne relève pas de la compétence de la communauté urbaine même si elle nécessite dans certains cas une autorisation de sa part.

En juger différemment comme l'a fait la cour aurait d'ailleurs pour effet d'interdire aux communes d'externaliser la diffusion de leur information municipale puisqu'elles ne pourraient elles-mêmes conclure de contrats en ce sens et que la communauté urbaine ne le pourrait pas davantage puisqu'elle n'exerce aucune compétence en matière de diffusion de l'information municipale de ses membres.

Si vous partagez cette analyse, vous annulerez les arrêts attaqués, ce qui vous dispensera d'examiner les deux autres moyens des pourvois, dont l'un, tiré de ce que la formulation du moyen d'ordre public ne permettait pas aux parties de comprendre en quoi il consistait, nous paraît également fondé. La cour a en effet seulement informé les parties de la possibilité de soulever d'office « l'invalidité du contrat », sans donner aucun indice de la cause de cette invalidité.

Vous pourrez renvoyer à la cour le règlement au fond de l'affaire concernant le contrat passé par la commune d'Eysines, mais il vous faudra y procéder vous-mêmes en ce qui concerne l'autre affaire, puisque il s'agit d'une seconde cassation.

Rappelons que dans cette dernière affaire le juge d'appel était saisi de deux requêtes d'appel formées respectivement par la commune de Bègles qui concluait à l'annulation du jugement qui avait annulé le contrat et condamné la commune à verser à la société Philippe Vediaud publicité une somme de 2 000 euros en réparation du préjudice subi du fait de son éviction irrégulière et par cette société qui ne contestait que le rejet du surplus de ses conclusions indemnitaires, la société CDA Publimédia ayant présenté dans cette dernière instance des conclusions d'appel incident tendant à l'annulation du jugement en tant qu'il avait annulé le contrat.

Le tribunal a fondé cette annulation sur une irrégularité de la passation du contrat tenant à ce que l'attributaire aurait été choisi par l'autorité municipale et non par la commission d'appel d'offres, en méconnaissance des dispositions de l'article 59 du code des marchés publics, applicable au contrat litigieux tant en raison de son objet, qui vous conduisait à le qualifier, comme nous l'avons dit, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016 relative aux concessions, de marché public, que de la date à laquelle l'avis d'appel public à la concurrence a été lancé.

La commune de Bègles a raison de soutenir que ces motifs sont entachés d'une erreur de fait : il ressort du compte rendu de la réunion de la commission d'appel d'offres du 9 décembre 2009 que celle-ci a bien procédé à l'analyse des offres et retenu celle de la société CDA. La délibération du 14 décembre suivant du conseil municipal entérine ce choix en autorisant le maire à signer le contrat avec cette société.

Vous censurerez ce motif et examinerez les autres moyens soulevés par la candidate évincée à l'appui de ses conclusions en annulation du contrat par la voie de l'effet dévolutif de l'appel.

Ils sont nombreux car le régime contentieux du recours en contestation de la validité du contrat ouvert aux candidats évincés par votre décision *Tropic Travaux Signalisation*, qui est celui qui régit le recours de la société Philippe Vediaud, était moins strict quant aux conditions d'opérance des moyens que celui issu de votre jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne* (Ass, 4 avril 2014, n° 358994) qui l'a remplacé en l'étendant à tous les tiers. Désormais, à l'exception des requérants privilégiés que sont le représentant de l'Etat et les membres des assemblées délibérantes, qui peuvent soulever tous moyens, "les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office". Vous avez ensuite précisé que "le tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction" (Section 5 février 2016, *Syndicat mixte des transports en commun Hérault transport*) et très récemment déduit de cette exigence qu'un candidat dont l'offre avait été éliminée comme irrégulière ne pouvait utilement soulever, outre les moyens d'ordre public, que des moyens relatifs au bien fondé de son élimination (9 novembre 2018, *sté Cerba et CNAM*, n° 420656, à publier au rec).

Mais dans le cadre plus ouvert qui était celui de feu le recours *Tropic*, vous aviez jugé qu' "à l'appui de son recours en contestation de la validité du contrat, mais aussi de ses conclusions indemnitaires présentées à titre accessoire ou complémentaire, le concurrent évincé peut invoquer tout moyen. Il ne résulte par ailleurs d'aucun texte ni principe que le caractère opérant des moyens ainsi soulevés soit subordonné à la circonstance que les vices auxquels ces moyens se rapportent aient été susceptibles de léser le requérant" (CE avis, 11 avril 2012, *sté Gouelle*, n° 355446, au rec).

Le nombre de moyens soulevés par la société Philippe Vediaud, pour la plupart sans aucun rapport avec les motifs de son éviction, et tous non fondés, est de nature à vous convaincre rétrospectivement de la pertinence et de l'opportunité des conditions d'opérance des moyens que vous avez posées par votre décision *département de Tarn-et-Garonne*.

Vous écarterez sans difficultés les deux premiers moyens, tirés d'une part de ce que le maire n'était pas compétent pour conclure le marché, faute de transmission de la délibération du conseil municipal l'autorisant à le faire au représentant de l'Etat, qui manque en fait, la délibération ayant été reçue en préfecture le 17 décembre 2009 et le contrat signé le 14 janvier suivant, d'autre part de ce que le conseil municipal ne se serait pas prononcé sur les éléments essentiels du contrat, qui n'est pas plus fondé, la délibération décrivant au contraire son objet, son contenu et le mode de rémunération du titulaire, qui n'entraînait aucune dépense à la charge de la commune.

Contrairement à ce que soutient ensuite la société évincée, il ressort du compte rendu de la réunion de la commission d'appel d'offres que nous avons mentionné qu'elle a bien procédé à l'analyse des offres.

Il est en quatrième lieu reproché à la commune d'avoir indiqué les critères "qualités esthétiques et qualités fonctionnelles", pondéré à 20 %, et "services après-vente et assistance technique", pondéré à 10 %, sans distinguer à l'intérieur de chacun d'eux la pondération de chacun des deux points sur lesquels ils portent. Mais ce n'est pas parce qu'un critère porte sur plusieurs qualités d'une offre qu'il doit nécessairement être subdivisé en sous-critères devant être pondérés et portés à la connaissance des candidats. Il faut que le pouvoir adjudicateur ait

entendu attacher à ces qualités une valeur particulière. Si ce n'est pas le cas, sauf à mettre sous le même critère des caractéristiques qui n'ont absolument aucun rapport entre elles, rien n'interdit au pouvoir adjudicateur de donner à un critère une portée qui recouvre plusieurs éléments qualitatifs des offres, comme en l'espèce.

Les qualités esthétiques et fonctionnelles attendues des offres étaient par ailleurs suffisamment précisées dans le règlement de la consultation pour ne pas conférer au pouvoir adjudicateur un pouvoir de choix inconditionné dans la mise en oeuvre de ces critères, selon les termes utilisés par la CJUE (CJCE, 17 déc 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, § 61 ; CJUE, 10 mai 2012, *Comm c/ Pays-Bas*, C-368/10, § 87-88). Le cas d'espèce n'est pas comparable à celui de votre décision du 28 avril 2006, *Cne de Toulouse* (n° 280197, aux T) dont se prévaut la requérante, par laquelle vous avez jugé irrégulier un critère de qualité esthétique dépourvu de toute précision et pondéré à 50 % en soulignant à la fois l'importance de cette pondération et l'absence de toute indication, y compris sur demande d'un candidat, sur les attentes de l'acheteur en la matière. Or, en l'espèce, le critère litigieux est pondéré à hauteur de 10 % et le règlement de la consultation indique que le caisson doit être "d'une esthétique contemporaine et soignée, adaptée à la charte de mobilier urbain de la ville de Bègles - couleur RAL 6007 -".

La critique de sous-critères « qualité des matériaux » et « sécurité des vitrages » est inopérante, de tels critères n'apparaissant ni dans le règlement de la consultation ni dans le rapport d'analyse des offres.

La société Philippe Vediaud Publicité soutient enfin que trois des sous-critères de la valeur technique – celui des matériaux utilisés dans le cadre d'achats responsables, celui de la consommation électrique et celui des modalités de mise en oeuvre de la clause d'insertion sociale - sont sans rapport avec le critère de la valeur technique et se rattachent en réalité soit au critère des performances en matière de protection de l'environnement, soit au critère des performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté.

Vous ne pourrez la suivre dans cette argumentation, pour plusieurs raisons. D'une part, de manière générale, nous ne pensons pas qu'une erreur de classement d'un sous-critère dans un critère soit de nature à porter atteinte aux principes d'égalité et de mise en concurrence, dès lors que leur existence et leur pondération était portée à la connaissance des candidats, sauf, mais nous avouons avoir quelque mal à nous représenter concrètement ce cas de figure, à ce que cette présentation erronée soit de nature à fausser la mise en oeuvre des autres critères ou leur pondération.

D'autre part votre contrôle sur ce point ne pourrait être qu'un contrôle de l'erreur particulièrement manifeste d'appréciation, qui n'est certainement pas démontrée en l'espèce. La valeur technique est l'intitulé générique des qualités relatives aux modalités d'exécution du contrat et nous ne voyons pas en quoi les sous-critères contestés ne pourraient y trouver place.

Contrairement à ce que soutient en cinquième lieu la société Philippe Vediaud Publicité, la commission d'appel d'offres a pu régulièrement s'abstenir de noter les offres au regard de l'option complémentaire qu'elle avait invité les candidats à proposer, car elle s'était réservée la possibilité d'abandonner cette option et qu'elle n'en a tenu compte dans l'évaluation d'aucune des offres candidates.

Le moyen tiré de ce que le règlement de la consultation n'aurait pas défini les exigences minimales des variantes, relatives à des modules supplémentaires, manque en fait, les dimensions et caractéristiques techniques et esthétiques de ces modules étant précisées.

Il ressort du rapport d'analyse des offres que ces variantes ont été prises en compte et aucune disposition n'imposait à la commission d'appel d'offres d'analyser d'abord les offres de base avant les variantes.

Vous écarterez le moyen tiré de ce que le contrat est illicite en tant qu'il prévoit l'installation de mobiliers urbains sur le domaine public dont la communauté urbaine est gestionnaire pour les raisons que nous avons développées au stade de la cassation.

Contrairement à ce que soutient la société évincée, le contrat n'avait pas nécessairement à fixer de délai pour la délivrance des autorisations d'occupations domaniales. Les délais d'exécution du marché étaient indiqués et il revenait au titulaire d'obtenir les autorisations nécessaires en temps utile pour les respecter.

Enfin, la circonstance que six parmi les centaines de références produites par la candidate retenue soient erronées, car il s'agit de marchés qu'elle n'a finalement pas obtenus, ne sont pas susceptibles d'avoir vicié la procédure ni le consentement du pouvoir adjudicateur. Il ressort du rapport d'analyse des offres que le choix de la société CDA s'est fait sur ses qualités techniques et non sur ces références.

Si vous nous suivez, vous annulerez le jugement et rejetterez les conclusions de la société Philippe Vediaud publicité en annulation du marché ainsi, par voie de conséquence, que ses conclusions indemnitaires.

Vous n'aurez pas besoin de statuer sur l'appel de la société Philippe Vediaud non plus que sur les conclusions d'appel incident de la société CDA qui tendaient aux mêmes fins que celles de la commune de Bègles. Les conclusions de la commune de Bègles tendant à ce qu'il soit sursis à l'exécution du jugement deviennent également sans objet.

Vous pourrez enfin mettre à la charge de la société Philippe Vediaud publicité le versement à la commune de Bègles et à la société CDA Publimédia de sommes de 4 500 euros à chacune au titre des frais exposés dans l'ensemble de la procédure.