

Le choix des critères pour le mobilier urbain

Les contrats de mobilier urbain sont désormais qualifiés de marchés publics. Les critères de sélection des entreprises doivent être conformes à des règles usuelles de la commande publique, et être plus innovants.

RÉFÉRENCES

● Code des marchés publics, article 53

1. Le mobilier urbain rattrapé par les marchés publics

L'arrêt « Jean-Claude Decaux » du Conseil d'Etat en date du 4 novembre 2005 (1) a mis un terme aux pratiques contractuelles en reconnaissant dans ces montages de véritables marchés publics dont la passation devait répondre à des exigences de concurrence et de publicité.

Les ingrédients du marché public s'y retrouvent en effet: des besoins sont exprimés et définis par une personne publique; des prestations sont réalisées par la personne privée pour y répondre et une rémunération accordée à l'opérateur privé en contrepartie de ses prestations.

La décision du Conseil d'Etat de 2005 précise sans équivoque que le critère onéreux, nécessaire pour qualifier tout contrat de marché public, n'est pas nécessairement constitué par le versement d'un prix, cas classique de la majorité des marchés publics, mais peut s'illustrer par un abandon de recettes. En marché de mobilier urbain, cet abandon de recettes peut comprendre deux aspects. Il s'agit, d'une part, de l'abandon des recettes publicitaires par la ville au profit du titulaire du contrat. D'autre part, celui-ci peut également consister en un abandon par la collectivité de la redevance domaniale qu'elle aurait dû percevoir du fait de l'occupation du domaine public par les mobiliers, propriétés de l'opérateur. Autrement dit, le prix d'un marché public peut être payé par un tiers de l'administration et par un abandon de recettes de la part de cette dernière.

2. Les limites à respecter en matière de critères

Définition d'un critère et objet du marché

Le juge administratif sanctionne avec une très grande sévérité le recours à un critère « insertion professionnelle » pondéré à 15 %, dans le cadre d'un marché public (2). En l'espèce, la cour administrative d'appel de Douai a estimé que « l'exécution de prestations de manutention ne requérant

ni ne supposant, en soi, un recours à des publics en difficulté engagés dans un parcours d'insertion », ce critère ne présentait donc aucun lien avec le marché.

Ce raisonnement, extrêmement rigoureux et fort critiquable, paralyse le recours au critère insertion sociale pour de nombreux marchés, parmi lesquels les marchés de mobilier urbain. On ne peut que regretter cette position et espérer une évolution plus favorable de la jurisprudence, davantage en phase avec les objectifs actuels en matière de développement durable. En effet, par exemple en matière de marchés de mobiliers urbains, la pose d'affiches ne pourrait-elle pas être confiée à des personnes éloignées de l'emploi? (3)

Le critère esthétique

Ce dernier est expressément mentionné dans la liste non exhaustive de l'article 53 du Code des marchés publics, et la jurisprudence valide son utilisation uniquement si le pouvoir adjudicateur précise ses attentes en la matière. Le juge sera d'ailleurs d'autant plus sévère que la pondération du critère est importante.

Ainsi, un arrêt du 28 avril 2006 du Conseil d'Etat (4) a-t-il censuré la procédure de passation d'un marché public de mobilier urbain pour ce motif. En effet, dans ses conclusions sur cet arrêt (5), le commissaire du gouvernement Didier Casas constatait que ce critère, prépondérant en l'espèce (50%) était indiqué par la commune « sans aucune précision » sur ses attentes esthétiques, et relevait l'absence de toute directive ou grille d'analyse dans les documents de la consultation. Eu égard au caractère subjectif de ce critère, à l'absence de toute indication et au caractère décisif du critère pour la notation finale des offres, le commissaire du gouvernement relevait dès lors une atteinte à l'égalité de traitement des candidats.

Conformément à ces conclusions, la Haute assemblée a donc considéré que le pouvoir adjudicateur était certes « libre de choisir les critères d'attribution du marché », mais qu'il ne pouvait donner au critère esthétique « une place prépondérante sans fournir (...) aucune indication sur ses attentes

en la matière». Dès lors, les juges ont estimé que la collectivité, «à laquelle l'appréciation du critère esthétique a ainsi conféré en l'espèce une liberté de choix discrétionnaire, n'a pas, par suite, organisé un examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure».

À l'inverse, concernant le poids de la pondération, le juge d'appel de Bordeaux, dans un arrêt du 20 octobre 2009, avait antérieurement validé l'utilisation d'un critère esthétique relatif au jugement des offres, et ce alors même que l'acheteur public n'avait pas précisé ses attentes en la matière, dans la mesure où ce critère n'entraîne que pour 20 % seulement dans l'appréciation de l'offre et que celle du requérant n'avait pas été écartée au vu de ce seul critère.

Concernant l'intelligibilité de l'expression des attentes de la collectivité, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 5 novembre 2008 (6), a par ailleurs admis un critère esthétique, pondéré également à 20 %, mais ayant eu un effet déterminant pour le rejet de l'offre de la société requérante. Le juge relevait que le pouvoir adjudicateur avait suffisamment apporté de précisions à cet égard. En l'espèce, le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) du marché indiquait en effet : «les mobiliers urbains (...) devront participer à l'embellissement de l'espace public par leurs qualités esthétiques. Ils devront de plus être en cohérence avec l'identité portuaire et maritime de cette dernière et s'inscrire dans le style nazairien alliant exigence fonctionnelle (solidité, résistance, confort d'usage, durabilité, facilité d'entretien et de remplacement) et esthétique. A cet égard, le mobilier retenu devra être d'esprit contemporain, de forme simple et épurée, de préférence en métal et d'une couleur dominante blanche».

A NOTER

Il ressort donc de ces jurisprudences qu'un critère subjectif, difficilement mesurable, tel que «qualité esthétique du mobilier» ne pourra pas être pondéré trop fortement et devra en tout état de cause être accompagné d'une indication précise des attentes concrètes du pouvoir adjudicateur.

3. Les nouveaux critères en mobilier urbain

Outre les critères classiques, tels que l'esthétique, la valeur technique de l'offre, ou la méthodologie proposée par le candidat pour l'exécution du contrat, il est possible en matière de marchés de mobilier urbain de faire usage de nouveaux critères.

En ce sens, il peut par exemple être fait usage des critères permettant d'encourager les candidats à améliorer quantitativement ou qualitativement leur offre. Par exemple, le pouvoir adjudicateur peut noter les propositions du candidat sur le nombre

d'abris voyageurs supplémentaires proposés par rapport au minimum indiqué dans le CCTP. À cet effet, et afin de garantir l'attractivité financière pour les opérateurs, la collectivité peut envisager d'ouvrir la possibilité aux candidats de lui proposer des abris voyageurs d'occasion reconditionnés à neuf. En outre, lorsqu'il est demandé au titulaire du marché de prendre en charge l'impression et la pose d'affiches sur certains mobiliers pour le compte de la collectivité, un critère de notation des offres peut porter sur le nombre d'impression et de pose d'affiches supplémentaires, par rapport au minimum indiqué, que le candidat propose de prendre en charge.

Enfin, d'autres critères portant sur les délais d'exécution pourront également être utilement prévus par la collectivité. Par exemple, il est utile de noter les candidats sur les délais d'intervention sur site en cas de réparation nécessaire, en distinguant le cas échéant entre les interventions urgentes et non urgentes. Le critère de sélection pourra également porter sur la fréquence de maintenance proposée (par exemple quant au nettoyage des panneaux d'affichage libre).

Pour ces critères, et d'une manière générale, si le pouvoir adjudicateur permet aux candidats de proposer du mobilier ou des prestations supplémentaires, il doit toujours être fixé un nombre minimum (7) et toute prestation supplémentaire doit être définie : c'est le nombre qui peut jouer à la hausse dans le cadre de la concurrence, pas le contenu des prestations. Par ailleurs, un maximum pourra utilement être fixé par la collectivité, bien que le Conseil d'Etat ait expressément indiqué dans son arrêt «CARENE» du 5 novembre 2008, que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de le faire (8). La fixation d'un nombre maximal, qui en l'état de la jurisprudence reste facultatif dans ces hypothèses, permet ainsi non seulement d'obtenir davantage de transparence pour les candidats, mais surtout d'ajuster de manière optimale ses besoins.

Raphaël Apelbaum, Maxime Büsch, avocats, Earth Avocats, et Thierry Vilimant, Cadre & Cité.

(1) CE, ass., 4 novembre 2005, Société Jean-Claude Decaux, req. 247298

(2) CAA Douai, 29 novembre 2011, Région Nord-Pas-de-Calais, req. n°10DA01501

(3) Pour une sécurité juridique optimale, les objectifs d'insertion sociale pourraient toutefois être remplis, non pas par le biais de critères de sélection des offres, mais par l'insertion dans les marchés de conditions d'exécution imposant des obligations en la matière au futur titulaire, au sens de l'article 14 du Code des marchés publics.

(4) CE, 28 avril 2006, Commune de Toulouse, req. n°280197

(5) D. Casas, concl. sur CE, 28 avril 2006, Commune de Toulouse, req. n°280197, BJCP 2006, n°47, p. 268

(6) et (7) CE, 5 novembre 2008, CARENE, req. n°310484

(8) Ibid. À ce sujet, le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'arrêt CE, 5 novembre 2008, CARENE, req. n°310484 : « Cette manière de faire qui n'est pas sans lien avec le financement publicitaire du marché n'est pas le signe d'un manque de définition des besoins dont on ne voit d'ailleurs pas en quoi il aurait en l'espèce lésé la requérante. »