

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LYON**

N° 1601397

Société SMOOVE

Mme Marginean-Faure
Juge des référés

Audience du 9 mars 2016
Ordonnance du 16 mars 2016

39-08-015-01
C-KS

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés,

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 23 février 2016 et une pièce complémentaire enregistrée le 8 mars 2016, la société Smoove, représentée par Me Levain, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans le dernier état de ses écritures :

1°) d'annuler la procédure de passation du marché de mise à disposition de mobiliers urbains, supports d'information et prestations de services de mobilité organisée par la Métropole de Lyon, à compter de la publication de l'avis d'appel public à la concurrence ;

2°) d'annuler l'ensemble des décisions prises par la Métropole de Lyon liées à ladite consultation

3°) d'enjoindre à la Métropole de Lyon, si celle-ci entend poursuivre la procédure de passation, de reprendre l'intégralité de la procédure de passation en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence;

4°) de mettre à la charge de la Métropole de Lyon une somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient, dans le dernier état de ses écritures, que :

- la Métropole de Lyon a manqué à son obligation d'allotir le marché, en méconnaissance de l'article 10 du code des marchés publics ; aucune des exceptions prévues par le texte au principe de l'allotissement ne peut être valablement retenue ; il s'agit de prestations distinctes ; la Métropole ne peut justifier le recours au marché global en prétextant qu'elle ne serait pas en mesure d'assurer elle-même les missions d'organisation de pilotage et de coordination ; la Métropole de Lyon est en effet pionnière dans la mise en place de ce type de montage contractuel ; la Métropole de Lyon est tout aussi mal-fondée à prétendre que l'allotissement risquerait de rendre techniquement difficile l'exécution des prestations, objet du marché ; il en est de même sur une prétendue exécution financière plus couteuse dans le cadre d'une dévolution des prestations en lots séparés ;
- la Métropole a méconnu les dispositions de l'article 45 du code des marchés publics ;

les opérateurs candidats doivent, au titre des références similaires, être en capacité de réaliser des prestations de même nature et importance ; la fixation d'un tel niveau minimum de capacité, conjuguée à l'absence d'allotissement du marché méconnaît les obligations de publicité et de mise en concurrence à la charge de la Métropole de Lyon ;

- le recours à la procédure de dialogue compétitif prévue à l'article 36 du code des marchés publics n'est pas fondé ; les données techniques et financières de ce type de marché sont parfaitement connues de la Métropole de Lyon ; la Métropole n'est pas plus en mesure de démontrer qu'elle n'aurait pas été en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ; aucune évolution technologique n'est susceptible de justifier le recours à une dérogation qui n'est fondée que dans le cadre de marchés particulièrement complexes ;

- aucun intérêt public ne s'oppose à ce que soit annulée la procédure de dialogue compétitif irrégulièrement engagée par la métropole les 2 et 3 février 2016, le marché en cours n'expirant que le 23 novembre 2017 ;

Par un mémoire en défense enregistré le 8 mars 2016, la Métropole de Lyon, représentée par Me Granjon, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 5 000 euros soit mise à la charge de la société Smoove, en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- selon l'article 10 du code des marchés publics, lorsque l'objet du marché permet l'identification de prestations distinctes le pouvoir adjudicateur peut néanmoins opter pour la dévolution sous forme de marché global, s'il justifie remplir une des trois conditions dérogatoires ; en l'espèce le choix du recours au marché global est justifié au regard des trois motifs définis à l'article 10 alinéa 2 ; sur le plan technique, les prestations demandées au futur prestataire impliquent une homogénéité des mobiliers, une interopérabilité des équipements supports d'informations et d'une manière générale, une gestion intégrée des différents équipements grâce à la conception d'un système unique ; le marché global permet en outre de faire supporter au seul prestataire la responsabilité de l'ensemble du système et évite de mettre à la charge de la Métropole de Lyon la gestion des problèmes d'interfaces entre des systèmes distincts et les conflits qui en résultent ; de même, la volonté d'assurer une homogénéité et une grande cohérence géographique dans le département des mobiliers est primordiale pour favoriser une meilleure diffusion des services de mobilité et leur développement ; le programme fonctionnel prévoit un important déploiement initial du mobilier sur une période courte d'un an ; un marché global fait peser sur le prestataire les missions d'organisation et de coordination ; le retour d'expérience dont elle bénéficie ne lui confère ni les moyens ni la compétence technique pour assurer une mission d'organisation et de coordination ; sur le plan financier, le recours à l'allotissement a été considéré comme beaucoup plus coûteux et plus risqué ; la location de vélos en libre-service constitue une activité largement déficitaire ; l'exploitation des panneaux publicitaires présente un rapport strictement inverse ; cette équation économique réitérée dans le futur contrat permet de faire peser le risque financier sur le prestataire ; le recours au marché global permet de réaliser de nombreuses et significatives économies d'échelles ; l'ouverture du marché aux groupements ne ferme pas la porte à la candidature de sociétés spécialisées ;

- le moyen tiré de la violation de l'article 45 du code des marchés publics est inopérant ; l'article III 2. 3 de l'avis d'appel public à la concurrence prévoit que les capacités minimales attendues des candidats sont deux références de même nature et importance que le marché, objet de la consultation, dans des villes d'au moins 100 000 habitants ; la Métropole de Lyon n'exigeait donc pas que les candidats membres d'un groupement présentent des références issues d'un même groupement ou résultant nécessairement d'un marché global ; rien n'interdisait à la société Smoove de s'associer à une entreprise spécialisée dans l'exploitation de mobiliers urbains pour répondre à la consultation et présenter les références attendues ;

- les niveaux de capacité fixés à l'article III 2. 3. de l'avis d'appel public à la concurrence sont à l'évidence parfaitement liés et proportionnés à l'objet du marché ;

- le moyen tiré de la violation de l'article 36 du code des marchés publics est tout à la fois inopérant et infondé ; le moyen n'est pas susceptible d'avoir lésé la société requérante ; la requérante n'a pas candidaté à la procédure en cours ; le conseil d'Etat a récemment considéré que la complexité d'un marché était établie pour un marché de prestations de services relatifs à l'exploitation de kiosques et admis à ce titre la légalité de la procédure en cause (CE 26 juin 2015 société Exterion Media France) ; en l'occurrence les éléments de complexité ressortent de la délibération du conseil de la Métropole de Lyon du 10 décembre 2015 ; à la différence du marché en cours, la Métropole de Lyon attend des candidats qu'ils proposent des solutions innovantes tenant compte des évolutions technologiques et s'inscrivant dans ses politiques publiques ; la complexité réside dans le fait que le réseau de mobiliers à renouveler est le deuxième plus grand de France, que le périmètre du marché va fortement évoluer et que le parc de vélo'v va considérablement augmenter ; la complexité tient également à la nécessité de réaliser ce remplacement dans des délais contraints ; enfin la complexité réside également dans la recherche des nouveaux services innovants qui vont venir enrichir les prestations proposées aux usagers ;

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code des marchés publics ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné Mme Marginean-Faure, vice-présidente, pour statuer sur les demandes de référé.

Les parties ont été régulièrement averties de l'audience publique du 9 mars 2016, au cours de laquelle, après rapport de l'affaire, ont été entendus :

- Me Levain pour la société Smoove ;
- Me Granjon pour la Métropole de Lyon.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

Considérant ce qui suit :

Sur les conclusions présentées au titre des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

1. 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, ou la délégation d'un service public./ Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* ». Aux termes de l'article L. 551-2 du même 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. ». Selon 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 (...)* ». 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. Il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'opérateur économique 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 lésé ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

2. Par un avis d'appel public à concurrence publié au journal officiel de l'union européenne le 5 février 2016 et au bulletin officiel d'annonces des marchés publics le 3 février 2016, la Métropole de Lyon a lancé une procédure de dialogue compétitif en vue de la passation d'un marché portant sur : « *d'une part la mise à disposition de mobiliers urbains supports d'information et d'autre part l'exécution de prestations de services de mobilité dont notamment la location de vélos en libre-service. Des services accessoires pourront être également assurés par le titulaire du marché* ». La société Smoove, entreprise qui a pour activité la conception, la production, l'installation, le suivi et la maintenance de systèmes en libre service et de services vélos complémentaires demande l'annulation de l'ensemble de la procédure de dialogue compétitif organisée par la Métropole de Lyon. Elle soutient que la Métropole de Lyon a manqué à son obligation d'allotir le marché, que le recours à la procédure du dialogue compétitif n'est pas fondé et que la Métropole de Lyon a méconnu son obligation relative à la fixation de niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché.

Sur le choix d'un marché global :

3. 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(...)/. Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination* ». Saisi d'un moyen tiré de l'irrégularité du recours à un marché global, il appartient au juge de déterminer si l'analyse à laquelle le pouvoir adjudicateur a procédé et les justifications qu'il fournit sont, eu égard à la marge d'appréciation qui lui est reconnue pour estimer que la dévolution en lots séparés présente l'un des inconvénients que les dispositions précitées mentionnent, entachées d'appréciations erronées .

4. La Métropole de Lyon soutient que le choix de recourir au marché global est justifié sur un plan technique et financier. D'une part, elle souligne l'impératif de cohérence tant au niveau des mobiliers urbains que des services de mobilité et la difficulté pour elle d'assurer la coordination des deux. Elle insiste sur la nécessité d'assurer l'homogénéité des mobiliers, l'interopérabilité des équipements supports d'information et la gestion intégrée des différents équipements prévus par le programme fonctionnel du marché. Elle indique également que seul un marché global permet

d'assurer la cohérence entre le déploiement des Vélo'v et l'implantation avec les abris bus et les panneaux publicitaires qui offriront toutes les informations relatives à la mobilité, notamment celles relatives à la localisation des bornes Vélo'v, le plan des pistes cyclables, le plan du quartier. D'autre part d'un point de vue financier elle estime que le recours à l'allotissement est beaucoup plus couteux et plus risqué. Elle se fonde sur l'équation économique résultant du marché précédent qui a montré que la location de vélos en libre-service constitue une activité largement déficitaire alors que l'exploitation des panneaux publicitaires présente un rapport inverse. Le prestataire unique supporte les risques et notamment les surcoûts d'exploitation liés au renouvellement du parc de vélos et au vandalisme. Par cette analyse, la Métropole de Lyon justifie suffisamment les risques techniques et financiers de la dévolution en lots séparés, alors même qu'elle n'a pas souhaité communiquer les données chiffrées à ce stade de la procédure. La circonstance que d'autres collectivités dont Paris ont opté pour des marchés séparés est sans incidence. La Métropole de Lyon n'a ainsi pas commis d'erreur d'appréciation en estimant que la dévolution en lots séparés risquait de rendre techniquement difficile et plus couteuse l'exécution de ce marché et en faisant le choix de recourir à un marché global sans qu'il en résulte une atteinte excessive à la concurrence compte tenu de la possibilité pour les entreprises ne pouvant offrir l'ensemble des prestations de se grouper ou de recourir à la sous-traitance.

5. Aux termes de l'article 36 du code des marchés publics : « *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* ».

6. Il ressort des pièces du dossier et notamment de la délibération n°2015-0792 que la Métropole a fait le choix de recourir à la procédure du dialogue compétitif aux motifs « *qu'au-delà des prestations classiques (mise à disposition de mobiliers supports d'information et de services de mobilité) « l'ensemble des mobiliers installés sur le domaine public peut potentiellement proposer une information et /ou des services à destination des usagers, habitants de la Métropole de Lyon ou touristes. Il pourrait s'agir d'informations et /ou de services contextualisés sur la mobilité, les lieux touristiques, l'actualité culturelle, des informations pratiques, de loisir ou commerciales, via un affichage classique (plans de quartier) ou via des sites mobiles par tags NFC, QR codes ou via tout type de dispositif numérique innovant. ... L'avantage du dialogue compétitif serait de permettre à la collectivité, par une discussion avec les candidats , d'identifier progressivement les propositions innovantes les mieux à même de répondre aux objectifs fixés par le programme fonctionnel.* ».

7. La société Smoove soutient que le marché global porte sur des prestations dont les caractéristiques techniques et économiques sont tout à fait similaires à celles du marché en cours d'exécution depuis 12 ans au sein de la Métropole et ne présente manifestement pas la condition de complexité exigée à l'article 36 précité du code des marchés publics. Il ressort cependant des pièces du dossier et notamment du programme fonctionnel que la Métropole de Lyon entend qu'à l'occasion de ce nouveau marché des solutions innovantes soient proposés aussi bien en ce qui concerne les mobiliers urbains par la recherche de nouveaux services en matière de nouvelles technologies (équipements wifi, signalétique numérique supports d'information numérique) que

dans le cadre des services de mobilité par exemple le développement du parc de velo'v à assistance électrique en location de longue durée . Ainsi la définition des moyens techniques pouvant répondre à de tels moyens est complexe au sens des dispositions citées au point 6, et la Métropole de Lyon pouvait recourir légalement à la procédure de dialogue compétitif en application des dispositions précitées du code des marchés publics.

Sur le moyen tiré de la violation de l'article 45 du code des marchés publics :

8. L'avis de marché prévoit à la section III 2. 3 que les candidats doivent démontrer au titre des références de services similaires : « être en capacité de réaliser des prestations de même nature et importance, appréciées au regard d'au moins deux références de moins de 3 ans de mise à disposition d'abris voyageurs , de mobiliers urbains d'information et de systèmes de vélos en libre-service faisant l'objet du marché pour des villes ou agglomérations d'au moins 100 000 habitants (...) ». L'avis de marché autorise par ailleurs l'attribution du marché à un groupement conjoint avec mandataire solidaire.

9. Selon ces dispositions, les capacités minimales attendues des candidats sont deux références de « même nature et d'importance » que le marché de la consultation. Ces références qui sont liées et proportionnées à l'objet du marché n'exigent pas que les candidats membres d'un groupement présentent des références issues d'un même groupement ou résultant nécessairement d'un marché global. La société requérante ne peut donc soutenir que l'exigence de telles références restreint l'accès au marché en violation aux dispositions de l'article 45 du code des marchés publics.

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

10. Ces dispositions font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions de la société Smoove dirigées contre la Métropole de Lyon qui n'est pas, dans la présente instance de référé, la partie perdante. Il y a lieu en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Smoove la somme de 1 000 euros en application desdites dispositions.

ORDONNE

Article 1^{er} : La requête de la société Smoove est rejetée.

Article 2 : La société Smoove versera à la Métropole de Lyon la somme de 1 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Smoove et à la Métropole de Lyon.

Fait à Lyon, le 16 mars 2016.

Le juge des référés,

Le greffier,

D. Marginean-Faure

S. Méthé

La République mande et ordonne au préfet du Rhône 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,
Un greffier