

M. Lucien-Alexandre CASTRONOVO
Conseiller municipal d'Aix-en-Provence

Lettre R.A.R.

**Objet : CONTROLE DE LEGALITE DE LA DELIBERATION N° 49 du 17 Juillet 2006 :
MARCHÉ DE MOBILIERS URBAINS D'INFORMATION, D'ABRIS DESTINES AUX USAGERS EN
DEPLACEMENT ET D'UN PARC A VELOS
APPEL D'OFFRES EUROPEEN – Signature du marché – VILLE D'AIX-EN-PROVENCE**

Aix-en-Provence, le 15 Septembre 2006

Monsieur le Sous-Préfet,

J'ai l'honneur de former auprès de vous une saisine dans le cadre de vos compétences en matière de contrôle de légalité des actes des collectivités locales définies par le Code Général des Collectivités Territoriales notamment aux articles L.2131-2 à L.2131-9.

La présente démarche est destinée à aboutir au respect des règles relatives au Code des Marchés Publics et de Délégations de Service Public.

La délibération n° 9 du 30 Janvier 2006 (*Cf. pièce jointe*) relative à un **MARCHÉ DE MOBILIERS URBAINS D'INFORMATION, D'ABRIS DESTINES AUX USAGERS EN DEPLACEMENT ET D'UN PARC A VELOS (APPEL D'OFFRES OUVERT EUROPEEN – VILLE D'AIX-EN-PROVENCE)** lançait une procédure de la consultation.

Elle prévoyait *"la mise à disposition, l'installation, l'entretien, la maintenance et le nettoyage de mobiliers urbains d'information neuf et d'abris destinés aux usagers en déplacement ainsi que la mise à disposition et la gestion d'un parc à vélos et de stations vélos."* Ce dernier élément n'était suivi d'aucune autre information détaillée notamment concernant l'exploitation et la gestion les recettes liées à la location desdits vélos.

La délibération n° 49 du 17 Juillet 2006 (*Cf. pièce jointe*) relative à un **MARCHÉ DE MOBILIERS URBAINS D'INFORMATION, D'ABRIS DESTINES AUX USAGERS EN DEPLACEMENT ET D'UN PARC A VELOS (APPEL D'OFFRES EUROPEEN – Signature du marché – VILLE D'AIX-EN-PROVENCE)** autorisait le Maire à signer le marché avec la Société JC DECAUX par attribution de la Commission d'Appel d'Offres en sa séance du 28 Juin 2006.

Elle instituait *"la mise à disposition, l'installation, la maintenance et le nettoyage de 224 abris destinés aux usagers en déplacement, 220 mobiliers urbains d'information d'une dimension d'environ 2m2, 54 mobiliers urbains d'information d'une dimension d'environ 8m2, 12 mobiliers urbains d'information culturelle n'induisant pas de coût à la charge de la Ville et le titulaire se rémunérant par les recettes publicitaires générées par l'exploitation commerciale des affichages."*

"Le coût de la mise à disposition, l'installation, la maintenance et le nettoyage de 20 journaux électroniques de diffusion de messages électroniques et de 40 mobiliers urbains d'affichage libre, ainsi que la mise à disposition, l'installation, la maintenance, le nettoyage et la gestion de 200 vélos et de 16 stations de vélos associées s'élève à un montant de 790 000 € HT, payable par la Ville au titulaire."

"Par ailleurs, le titulaire doit s'acquitter auprès de la Ville d'une redevance d'occupation du domaine public par mobilier installé, composée des deux éléments :

- une partie fixe déterminée par la Ville, représentant la contribution minimale du titulaire s'élevant à 90 000 € HT,

- une partie forfaitaire proposée par le titulaire, représentant la contrepartie de l'exploitation commerciale, d'un montant de 104 662 € HT par an."

Lors de la séance publique du Conseil municipal du 30 Janvier 2006, des diverses séances de la Commission d'Appel d'Offres, dont je suis membre en ma qualité de Conseiller municipal, et de la séance publique du Conseil municipal du 17 Juillet 2006, des observations ont été faites sur l'ensemble du dossier.

Si le renouvellement par regroupement global de marchés antérieurs passés séparément pour des produits homogènes ou catégories de services homogènes ne soulève aucune objection sur la nature explicite du marché, en revanche l'adjonction d'un service inédit secondaire et lié à *"la mise à disposition, l'installation, la maintenance, le nettoyage et la gestion de 200 vélos et de 16 stations de vélos associées"* est susceptible de poser des interrogations juridiques par le fait même de l'intégration de ces deux marchés au sein d'une même offre, la seconde partie ayant pour objet l'exploitation d'un service de location de vélos en contrepartie de redevances à acquitter auprès de la Ville et créant de surcroît une perception de recettes auprès des usagers de la part de la société attributaire. Le Cahier des charges (page 25/27 du Cahier des clauses particulières) prévoit que *"les tarifs, ainsi que la gamme tarifaire, seront décidés par la Ville en concertation avec le titulaire."*

Faire artificiellement de la prestation de services de vélo l'accessoire de la fourniture de mobilier urbain conduit à faire appliquer les règles relatives aux marchés de fournitures à un marché qui devrait relever des marchés de service avec recettes. Cela n'est-il pas contraire aux termes de l'article 5 du Code des Marchés Publics ? Cette seconde partie n'aurait-elle pas dû être considérée séparément et faire l'objet d'une procédure de Délégation de Service Public distincte ? (*Cf; NOTE ANNEXE*)

Par ailleurs, sachant qu'il existe des sociétés pouvant proposer par spécialité des services dans chacun des deux domaines et souhaitant concourir à l'un ou l'autre des deux marchés sur la base de leur activité, mais aussi aux deux en même temps, la procédure utilisée par la Ville d'Aix-en-Provence aboutit à une limitation très forte de la concurrence, entraînant de fait une candidature effective unique contre neuf (9) retraits de dossiers de concours à l'Appel d'Offres puisque le Cahier des charges ne pouvait s'appuyer essentiellement que sur les données connues émanant du plus apte à répondre à cette double exigence, Ce qu'a confirmé la notation de la candidature obtenue sur la base des critères du Cahier des charges qui a été de 20/20.

Je me demande si ce rapprochement entre la fourniture d'éléments de mobilier urbain, comme par exemple des panneaux et des plans de zones piétonnes, et la prestation de services relatifs à l'exploitation d'un libre-service de bicyclettes est juridiquement fondé.

Cette fusion de marchés distincts, qui me paraît contestable, peut avoir de lourdes conséquences, puisqu'elle interdirait de fait à certaines entreprises très compétitives dans chacun des deux domaines concernés de concourir à l'une ou l'autre partie de cette offre globalisée.

Aux termes des dispositions de l'article 1^{er} du Code des Marchés Publics, il convient, dans l'attribution des marchés publics, de respecter notamment les principes fondamentaux suivants : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et obligation de mise en concurrence.

C'est pourquoi je souhaiterais obtenir de vous une analyse détaillée de la délibération susmentionnée, de l'ensemble du dossier et notamment du Cahier des charges (comprenant également un Rapport d'analyse effectué par les services de la Ville) ayant motivé ladite délibération et les explications juridiques sur la configuration de ce marché public.

Considérant tout ce qui précède et plus particulièrement le caractère juridique discutable de la délibération n° 49 du Conseil Municipal du 17 Juillet 2006,

Je vous prie de bien vouloir demander à Madame Maire d'Aix-en-Provence de rapporter la délibération n° 49 du 17 Juillet 2006 et obtenir une nouvelle présentation du marché en deux parties séparées.

A défaut, il vous plaira de saisir la juridiction administrative notamment dans les conditions prévues au Livre IV, Titre 1^{er}, Chapitre 1^{er} du CGCT, au Titre II, Chapitre IV, Article 10 du Code des Marchés Publics.

Je vous demande de bien vouloir m'indiquer, sur la base du contrôle de légalité lié à vos prérogatives, les suites éventuelles que vous pourriez donc être amené à donner à toutes mes interrogations.

En ce qui me concerne, je tiens à vous informer que, le cas échéant, je me réserve la possibilité de saisir la juridiction compétente afin qu'elle statue sur la régularité de cette offre de marché public.

Je vous prie de croire, Monsieur le Sous-Préfet, en l'expression de ma haute considération.

Pièces jointes :

- Copie de la délibération du 30 Janvier 2006
- Copie de la délibération du 17 Juillet 2006
- Note Annexe

NOTE ANNEXE

La DSP et le MP

La relation issue du MP est une relation à deux acteurs : collectivité et entreprise alors que la DSP est une relation à trois acteurs : collectivité publique, entreprise et usager. C'est à partir de cette distinction que la jurisprudence va trouver un critère.

Dans un premier arrêt, CE 1963 Ville de Colombes, le juge a requalifié en MP les contrats par lesquels la rémunération du cocontractant n'était pas tirée de l'exploitation du service mais par un prix payé par la commune. Cela a été repris par la suite par l'arrêt du CE 1971 SIMA.

Avec l'apparition de la notion de DSP, le CE a réaffirmé et précisé le critère tiré de la rémunération. Le premier arrêt qui pose le principe est l'arrêt du CE 15 Avril 1996 Préfet des Bouches-du-Rhône. Dans cet arrêt, le CE a considéré qu'un contrat de DSP était un contrat dans lequel la rémunération du cocontractant de l'administration est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation (cf. également dans le dossier CAA Lyon 22 Mai 1997 Département de Saône-et-Loire et TA Lyon 19 Avril 2000 Sté des Autocars Valliers).

Les termes employés par le CE posent des difficultés. Tout d'abord, l'expression "résultat d'exploitation" est sujette à discussion. S'agit-il du prix payé par l'utilisateur ou bien du résultat au sens comptable, c'est-à-dire la différence entre dépenses et recettes ?

Ensuite, le terme substantiellement est vague. Cependant, on peut se demander si cela n'est pas volontaire de la part du CE : cela lui permet, en effet, de moduler ses décisions en fonction des espèces. Néanmoins, on peut dire que l'on reste dans le champ de la DSP si la part des recettes liées à l'exploitation demeure significative. Ces recettes ne doivent pas être nécessairement majoritaires mais elles ne peuvent pas être insignifiantes.

En pratique, tout est question de degré et on voit bien que la frontière est difficile à tracer. La tâche est particulièrement difficile pour les contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant est plurielle : redevance usager, subventions publiques...

S'agissant d'un contrat de régie intéressée, le CE a récemment décidé qu'en égard au fait que 30% des recettes perçues par le cocontractant provenaient des résultats d'exploitation, ce contrat devait être regardé comme un contrat de DSP. Ici, substantiellement, ce sont 30% des recettes.

Une autre difficulté est apparue à propos des contrats dont le financement n'était assuré ni par des versements de la collectivité publique ni par des recettes perçues auprès des usagers du service considéré. C'est le cas des contrats de mobiliers urbains dont le financement est assuré par les recettes liées aux inscriptions publicitaires. Selon l'avis du CE 14 Octobre 1980, il s'agit d'un MP.

La prise de risque

Un autre élément se conjugue avec la notion de résultats d'exploitation, il s'agit de la prise de risque dans l'exploitation du SP.

La notion de rémunération liée au résultat d'exploitation renvoie à la notion de risque. Dans un arrêt Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai 1994, le CE a considéré que la rémunération du cocontractant par une redevance et le fait qu'il supportait dans certaines limites le risque financier de l'exploitation caractérisait l'existence d'une DSP.

Si le coût est intégralement supporté par l'administration contractante et s'il n'y a aucun risque pour l'exploitant lié à l'exploitation du service, il s'agit d'un marché.

Dans un arrêt Commune de Guilherand Grange de 1999, le CE a requalifié un contrat de gérance en marché. Dans ce contrat, la rémunération était calculée par rapport au volume d'eau consommé. Or, les consommateurs utilisent l'eau indépendamment du prix ; la Compagnie des Eaux se voit donc garantir une rémunération totalement indifférente à la performance de l'exploitation. Il n'y a donc pas de risque pour l'entreprise.

L'arrêt du TA 26 Mai 2000 Préfet du Var reprend cette démonstration à propos du transport scolaire. Le transport scolaire étant quasiment toujours déficitaire, c'est la collectivité qui prend en charge la rémunération de l'entreprise et on peut donc se demander si les contrats de transports scolaires, dans la majorité des cas, ne sont pas tout simplement des marchés.

A partir de là, on peut également se demander si les contrats de gérance en général ne sont pas tous des marchés publics car une très faible partie de la rémunération est assurée par les recettes issues de l'exploitation, le reste étant un prix payé par la collectivité publique. Il en serait de même pour les régies intéressées et cela pour la même raison.

On voit bien que prise de risque et résultats d'exploitation vont de pair. La prise de risque est mesurée par rapport aux résultats d'exploitation c'est-à-dire par rapport à la manière dont sont acquis les résultats d'exploitation.

Le critère d'absence de risque lié à l'exploitation est d'ailleurs celui qui se dégage actuellement en droit communautaire pour définir les marchés et, a contrario, les concessions. Il y a donc convergence entre la conception de la commission et la conception française telle qu'elle s'exprime à travers la jurisprudence actuelle. Comme le juge français, la commission considère que le principal caractère distinctif de la notion de concession est le fait que le cocontractant supporte un risque d'exploitation.

Pas d'avantage que le juge français, la commission ne s'en tient à l'objet du contrat pour identifier les concessions.

On peut déduire de tout cela que la DSP est le contrat par lequel la collectivité publique confie à une entreprise l'exploitation d'un SP et par lequel le cocontractant est rémunéré substantiellement par les résultats d'exploitation, c'est-à-dire qu'il a à sa charge les risques de l'exploitation.

En conclusion, quelle est l'évolution doctrinale actuelle ?

Dans certains cas, le critère de la rémunération permet à lui seul de différencier la DSP des marchés publics notamment des METP. Si le CE abandonnait son critère fondé sur la rémunération tirée des résultats d'exploitation, le contrat qualifié de DSP serait en fait un MP.

Ensuite, ces distinctions ne correspondent pas à l'évolution du droit communautaire. La directive 93/37 définit la concession de TP comme un contrat où, pour l'entrepreneur concessionnaire, la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix. La concession est donc identifiée à la condition que le cocontractant soit chargé de l'exploitation de l'ouvrage, sa rémunération pouvant venir soit d'une redevance payée par les usagers, soit d'un prix payé par l'administration.

Pour certains auteurs, il faudrait donc ajouter d'autres critères. La solution serait la technique du faisceau d'indices. Marceau Long, Vice-Président honoraire du CE, propose l'utilisation de plusieurs indices. Il n'abandonne pas le critère de la rémunération, ni le critère de risque, mais il propose d'utiliser d'autres critères qu'il convient d'énumérer.

Il propose tout d'abord que soit prise en compte, comme nous l'avons vu ci-dessus, la globalité de la mission confiée à l'exploitant.

Il propose également le critère du contrôle étendu : l'existence du moyen de contrôle étendu constitue un indice fort. La délégation suppose, en effet, la mise en place d'un contrôle étendu par la collectivité publique sur le service rendu.

Enfin, il propose que la notion de risque qui s'applique d'abord en matière d'exploitation soit étendue à d'autres aspects : le risque financier, le risque technique, la responsabilité...

La combinaison de ces différents indices permettrait, à coup sûr, de bien différencier les délégations de service public des autres contrats de l'administration notamment des marchés publics.