

N° 330052

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

DEPARTEMENT DU CHER

M. Alban de Nervaux
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 7ème et 2ème sous-sections réunies)

M. Bertrand Dacosta
Rapporteur public

Sur le rapport de la 7ème sous-section
de la Section du contentieux

Séance du 28 octobre 2009
Lecture du 14 décembre 2009

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 24 juillet et 10 août 2009 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour le DEPARTEMENT DU CHER, représentée par le président du conseil général ; le DEPARTEMENT DU CHER demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 7 juillet 2009 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif d'Orléans, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a, à la demande de la société Kéolis Centre, annulé la procédure de passation d'une partie des lots d'un marché de transports scolaires ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Kéolis Centre ;

3°) de mettre à la charge de la société Kéolis Centre le versement de la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....
Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de l'éducation ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Alban de Nervaux, Maître des Requêtes,

- les observations de la SCP Nicolay, de Lanouvelle, Hannotin, avocat du DEPARTEMENT DU CHER et de la SCP Coutard, Mayer, Munier-Apaire, avocat de la société Kéolis Centre,

- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Nicolay, de Lanouvelle, Hannotin, avocat du DEPARTEMENT DU CHER et à la SCP Coutard, Mayer, Munier-Apaire, avocat de la société Kéolis Centre ;

Considérant que le DEPARTEMENT DU CHER se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 7 juillet 2009 par laquelle le juge des référés précontractuels du tribunal administratif d'Orléans, saisi par la société Kéolis Centre, dont l'offre avait été rejetée concernant 15 des 18 lots d'un marché de transports scolaires pour lesquels elle avait soumissionné, a annulé la procédure de passation de ces 18 lots au motif que le département n'agissait pas en l'espèce en tant qu'opérateur de réseau au sens des dispositions de l'article 135 du code des marchés publics et ne pouvait dès lors recourir, en tant qu'entité adjudicatrice, à une procédure négociée sur le fondement de l'article 144 du même code ;

Considérant, en premier lieu, que l'article 2 du code des marchés publics dispose : « Les pouvoirs adjudicateurs soumis au présent code sont : (...) 2° Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux. » ; qu'aux termes de l'article 134 du même code, définissant le champ d'application de sa deuxième partie : « I. - Les dispositions de la présente partie s'appliquent aux marchés et accords-cadres passés par les entités adjudicatrices. Les entités adjudicatrices sont les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 lorsqu'ils exercent une des activités d'opérateurs de réseaux énumérées à l'article 135. » ; que selon son article 135 : « Sont soumises aux dispositions de la présente partie les activités d'opérateurs de réseaux suivantes : (...) 5° Les activités d'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, tramways, trolleybus, autobus, autocar, câble ou tout système automatique, ou la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux. Le service de transport est regardé comme fourni par un réseau de transport lorsqu'une autorité nationale ou territoriale compétente définit les conditions générales d'organisation du service notamment en ce qui concerne les itinéraires à suivre, la capacité de transport disponible ou la fréquence du service (...) » ; que son article 144 prévoit que : « Les entités adjudicatrices passent leurs marchés et accords-cadres dans les conditions suivantes. I.-Elles choisissent librement entre les

procédures formalisées suivantes : 1° Procédure négociée avec mise en concurrence préalable ; 2° Appel d'offres ouvert ou restreint ; 3° Concours, défini à l'article 38 ; 4° Système d'acquisition dynamique, défini à l'article 78 (...) » ;

Considérant qu'en jugeant que l'acte par lequel DEPARTEMENT DU CHER se proposait de confier à un tiers l'exécution du service de transport scolaire n'était pas constitutif d'une activité d'exploitation de réseau ni davantage une activité de mise à disposition de réseau au sens de l'article 135 du code marchés publics, nonobstant la circonstance que le contrat envisagé comporte des stipulations manifestant le contrôle du département sur les conditions d'organisation et de fonctionnement du service public en cause, et qu'ainsi le département ne pouvait être regardé comme une entité adjudicatrice au sens des dispositions précitées, le juge des référés, qui n'a pas dénaturé les pièces du dossier, n'a pas commis d'erreur de droit ;

Considérant, en second lieu, qu'il appartient au juge des référés, saisi en vertu des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice, de rechercher si l'entreprise 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 lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ; qu'ainsi, le juge des référés du tribunal administratif d'Orléans, n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant, par une ordonnance qui est suffisamment motivée, que le département avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence pour avoir lancé une procédure négociée avec mise en concurrence préalable sur le fondement des dispositions de l'article 144 du code des marchés publics, procédure applicable aux seules entités adjudicatrices, et que la société requérante était susceptible d'avoir été lésée par ce manquement bien qu'elle ait participé à la procédure jusqu'à son terme et que son offre ait été retenue pour certains lots, dès lors que le département avait effectivement négocié les offres qui lui étaient soumises et qu'il n'établissait pas qu'il aurait été à même de le faire dans les mêmes conditions s'il avait appliqué les dispositions de la première partie du code des marchés publics ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le pourvoi du département du Cher doit être rejeté, ainsi que par voie de conséquence, ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; qu'il y a lieu, en revanche, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge du département une somme de 3000 euros à verser à la société Kéolis Centre ;

DECIDE :

Article 1^{er} : Le pourvoi de DEPARTEMENT DU CHER est rejeté.

Article 2 : Le DEPARTEMENT DU CHER versera une somme de 3 000 euros à la société Kéolis Centre au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée au DEPARTEMENT DU CHER et à la société Kéolis Centre.