

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MARSEILLE****REPUBLIQUE FRANÇAISE**

N° 0706772

SOCIÉTÉ TRANSPROVENCE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAISOrdonnance du
19 novembre 2007

Le Tribunal administratif de Marseille,

54-03-05

Le vice-président délégué,
juge des référés,

Vu la requête, enregistrée au greffe du Tribunal le 29 octobre 2007, sous le n° 0706772, présentée pour la SOCIÉTÉ TRANSPROVENCE, dont le siège social est situé 37/39 rue d'Athènes à Vitrolles (13127), agissant tant en son nom propre qu'en qualité de mandataire du groupement composé des sociétés Transprovence, autobus auréliens, transazar et Suma, par Me Cabanes ;

La SOCIÉTÉ TRANSPROVENCE demande au président du Tribunal administratif, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1° d'enjoindre à la communauté d'agglomération agglomération Provence de différer la signature du marché relatif à des services de transport public par autobus, jusqu'au terme de la procédure ;

2° d'annuler la procédure de passation dudit marché ;

3° d'ordonner la reprise de la procédure dans des conditions conformes aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur ;

4° de condamner la communauté d'agglomération agglomération Provence à lui verser la somme de 3 000 euros, sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir que :

- l'avis publié au journal officiel de l'Union européenne (JOUE) mentionne, à tort, que le marché en cause n'est pas soumis à l'accord sur les marchés publics ;

- en imposant aux candidats que les groupements qu'ils constituent soient solidaires, sans justifier du bien fondé d'une telle exigence, la communauté d'agglomération a méconnu les dispositions de l'article 51 du code des marchés publics ;

- les avis publiés au JOUE et au bulletin officiel des annonces en matière de marchés publics (BOAMP) mentionnent, également à tort, que le marché n'avait pas fait l'objet d'une publicité antérieure ;

N° 0706772

2

- ces avis ne mentionnent pas davantage la date et l'heure d'ouverture des offres ;
- la mention portée dans les avis publiés, relative aux voies et délais de recours, est incomplète et n'est pas suffisante pour assurer une information complète des candidats, la référence à la disponibilité d'informations sur le site Internet du Conseil d'Etat n'étant pas de nature, sur ce point, à compléter utilement cette rubrique ;
- l'avis publié au BOAMP n'indique pas la date d'envoi de l'avis destiné à la publication au JOUE, en méconnaissance de l'article 150 du code des marchés publics ;
- la communauté d'agglomération a apporté à la consultation des modifications substantielles, qui ont fait l'objet d'un avis rectificatif, en accordant toutefois aux candidats un délai supplémentaire pour remettre leurs offres qui est insuffisant :

Vu le mémoire, enregistré le 9 novembre 2007, présenté pour la communauté d'agglomération Salon Étang de Berre Durance, représentée par son président en exercice, par la Selar Légitima, qui conclut :

1° au rejet de la requête ;

2° à la condamnation de la société requérante à lui verser une somme de 4 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- les opérateurs de réseaux, dans le secteur des autobus étant exclus du champ d'application de l'accord international sur les marchés publics et celui-ci ne s'appliquant pas aux délégations de services publics, la mention contenue dans les avis sur la non application de cet accord n'est donc pas erronée ;
- le caractère solidaire exigé pour les groupements ne s'impose que pour le groupement dont l'offre est retenue et non à tous les candidats, au stade de la passation du marché en cause, et s'avère justifié, au cas d'espèce, dès lors que le marché n'est pas divisé en lots techniques ;
- l'indication quant à la date et aux modalités d'ouverture des plis est inutile en l'absence de caractère public de cette étape de la procédure ;
- les informations relatives aux modalités de recours sont suffisantes et n'avaient pas à faire référence aux recours administratifs, non obligatoires ;
- l'article 150 du code des marchés publics n'a pas été inconnu du seul fait de l'absence de mention, dans l'avis publié au BOAMP, de la date d'envoi dudit avis au JOUE, laquelle résulte des modalités techniques de saisie, par voie électronique, des avis de publicité, transmis simultanément, et, en tout état de cause, n'a aucune influence sur l'information des candidats ;
- s'agissant d'un marché comportant des différences substantielles en termes de durée, d'objet et de prix, la mention relative à l'existence de précédentes procédures n'avait pas à être renseignées ;
- la durée du délai supplémentaire laissé aux candidats pour déposer leurs offres est suffisante, les modifications qui ont conduit au report de la date limite étant purement techniques et ne présentant pas de caractère substantiel ;
- de manière générale, aucun des vices invoqués ne présente de caractère substantiel ;

Vu le mémoire, enregistré le 9 novembre 2007, présenté pour la SOCIÉTÉ TRANSPROVENCE, qui maintient ses conclusions, par les mêmes moyens, et qui fait valoir, en outre, que :

N° 0706172

4

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la délégation du président du Tribunal ;

Après avoir régulièrement convoqué à l'audience :

- Me Cabanes, pour la SOCIÉTÉ TRANSPROVENCE ;

- le président de la communauté d'agglomération Salon - Etang de Berre - Durance, AgglopoLe Provence ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 14 novembre 2007, à 9 heures 30 :

- le rapport de M. Hermitte, vice-président ;

- les observations de Me Cabanes, pour la SOCIÉTÉ TRANSPROVENCE, qui a repris et développé les moyens de sa requête et invoqué un nouveau moyen tiré de la méconnaissance de l'article 40 du code des marchés publics, la communauté d'agglomération étant dans l'incapacité de déterminer la date de l'envoi de l'avis de publicité à l'office de publication de l'Union européenne ;

- les observations de Me Cossalter et de Me Lanzarone, pour la communauté d'agglomération Salon - Etang de Berre - Durance, AgglopoLe Provence, qui ont également repris et développé les termes des écritures produites en défense et répondu au nouveau moyen invoqué à la barre, en faisant valoir que la communauté d'agglomération est bien en mesure de déterminer la date à laquelle l'avis au JOUE a été établi par ses soins mais non celle à laquelle cet envoi a été effectivement réalisé par la plate-forme qui centralise ces avis, qui lui échappe ;

- les observations de Me Granjon, pour la société Kéolis, qui a repris et développé ses écritures ;

Après avoir prononcé la clôture de l'instruction, à 11 heures 45, à l'issue de l'audience ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 14 novembre 2007, présentée pour la communauté d'agglomération AgglopoLe Provence ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 14 novembre 2007, présentée pour la SOCIÉTÉ TRANSPROVENCE ;

N° 0706772

5

Sur l'intervention de la société Kéolis :

Considérant que la société Kéolis, dont l'offre a été retenue dans le cadre de la procédure de passation du marché en cause, justifie, en cette qualité, d'un intérêt suffisant lui donnant qualité pour intervenir au soutien de la communauté d'agglomération agglopoie Provence ; que, par suite, son intervention peut être admise ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'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 des marchés publics, des marchés mentionnés au 2° de l'article 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique et des conventions de délégation de service public. / Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximale de vingt jours. / Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'Espace économique européen, a été commise. / Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés » ;

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 150 du code des marchés publics : « (...) VIII. La publication des avis dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics ne peut intervenir avant l'envoi à l'Office des publications officielles de l'Union européenne. / Ces avis ne peuvent fournir plus de renseignements que ceux qui sont contenus dans les avis adressés à l'Office précité ou publiés sur un profil d'acheteur. Ils mentionnent la date d'envoi de l'avis à cet office (...) » ; que cet article ne fait aucune distinction entre les différentes modalités d'envoi des avis de publicité, pour l'application de ses dispositions et, en particulier, celle relative à la mention de la date d'envoi à l'Office des publications officielles de l'Union européenne ;

N° 0706772

6

Considérant qu'il résulte de l'instruction et qu'il n'est pas sérieusement contesté que l'avis d'appel public à la concurrence publié dans l'édition du 4 juillet 2007 du BOAMP ne mentionne pas, contrairement à ce qu'exigent expressément les dispositions précitées de l'article 150 du code des marchés publics, la date d'envoi de l'avis à l'Office des publications officielles de l'Union européenne ; que cette mention, outre le fait qu'elle permet aux candidats de vérifier que l'envoi à la publication au niveau national n'est pas intervenu avant celui prévu au niveau communautaire, permet également l'information des candidats quant à l'existence de cette seconde formalité ; qu'en l'espèce, il n'est d'ailleurs pas indiqué dans les avis publiés que la communauté d'agglomération a choisi de recourir à un envoi sous forme électronique ; que la circonstance, à la supposer même établie, que le modèle d'avis électronique mis à la disposition des pouvoirs et entités adjudicateurs ne comporte pas de rubrique relative à cette mention est sans incidence sur l'obligation de renseigner les candidats sur la date d'accomplissement de l'envoi de l'avis pour publication au JOUE, lorsque, comme en l'espèce, elle s'impose, au besoin en indiquant cette date, notamment, dans la rubrique « autres informations » ; que l'omission de cette formalité, qui s'imposait à la communauté d'agglomération du seul fait de la disposition précitée de l'article 150 du code des marchés publics, présente un caractère substantiel et est de nature à entacher d'irrégularité la procédure de publicité ; que le fait que la date exacte d'envoi de l'avis, par voie électronique, ne puisse être précisément connue par l'entité adjudicatrice, dès lors qu'elle dépend de la plateforme qui prend en charge cette procédure dématérialisée, ne peut être utilement invoquée, la date d'envoi devant être précisée, au sens des dispositions précitées de l'article 150 du code des marchés publics, étant celle à laquelle cette entité renseigne les différentes rubriques de l'avis en ligne ; qu'enfin, la circonstance que les candidats pouvaient avoir connaissance de la date d'envoi de l'avis publié au JOUE en le consultant est également sans incidence sur l'irrégularité commise .

Considérant, en second lieu, que les avis publiés, d'une part, au JOUE, d'autre part, au BOAMP, mentionnent que la durée du marché est de 63 mois « à compter de l'attribution du marché », pour le premier ou « à compter de la date d'attribution du marché » pour le second, alors que l'acte d'engagement indique que cette durée est de « cinq ans et trois mois à compter de sa notification (5 ans de mise en œuvre des prestations) » ; que la date d'attribution du marché est celle à laquelle l'entité adjudicatrice choisit le candidat, tandis que la date de notification est celle à laquelle le marché, une fois signé par les parties, est notifié au titulaire, date qui est nécessairement postérieure à celle de l'attribution, sans que les candidats ne puissent, à l'avance, connaître la durée séparant l'attribution de la notification ; que l'incertitude ainsi introduite dans la procédure est de nature à l'entacher d'irrégularité ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête, que la SOCIÉTÉ TRANSPROVENCE est fondée à demander l'annulation de la procédure suivie par la communauté d'agglomération agglomération Provence ;

Sur les conclusions à fin d'injonction :

Considérant que, dans l'hypothèse où la communauté d'agglomération agglomération Provence décidait de reprendre la procédure de passation dudit marché, il y a lieu de lui enjoindre de se conformer à ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence ;

N° 0706772

3

- l'obligation de confidentialité qui pèse sur l'administration a été méconnue, l'identité de l'un des candidats ayant été communiquée, en cours de procédure, aux autres candidats, en méconnaissance de l'article 32 du code des marchés publics ;

- la durée du contrat comporte une ambiguïté compte tenu des mentions différentes portées dans les avis de publicité et dans l'acte d'engagement ;

- la communauté d'agglomération s'est présentée, à tort, comme « entité adjudicatrice » alors qu'elle agit, en l'espèce, comme pouvoir adjudicateur ;

- il n'a pas été donné d'indications aux candidats, dans les avis de publicité, quant aux exigences minimales de capacité requises ;

Vu le mémoire, enregistré le 13 novembre 2007, présenté pour la communauté d'agglomération agglopoles Provence, qui confirme ses conclusions, par les mêmes moyens, et qui fait valoir, en outre, que :

- elle n'a pas méconnu le principe de confidentialité, qui ne s'applique qu'aux offres ;

- aucune ambiguïté ne peut lui être reprochée s'agissant de la durée du contrat à conclure ;

- elle a bien la qualité d'entité adjudicatrice eu égard à l'activité d'opérateur de réseaux qui est la sienne ;

- l'indication des exigences minimales de capacité est une simple faculté ;

Vu le mémoire, enregistré le 13 novembre 2007, présenté pour la SOCIÉTÉ TRANSPROVENCE, qui maintient ses précédentes conclusions, par les mêmes moyens ;

Vu le mémoire en intervention volontaire, enregistré le 13 novembre 2007, présenté pour la société Kéolis, par Me Granjon, qui conclut au rejet de la requête ;

Elle soutient que :

- elle justifie de son intérêt pour intervenir dans la présente instance en sa qualité d'attributaire du marché en cause ;

- la procédure en cause relevait bien de la deuxième partie du code des marchés publics, l'incidence d'une erreur éventuelle sur ce point n'étant d'ailleurs pas précisée ;

- le marché n'est pas soumis à l'accord sur les marchés publics, eu égard au service concerné ;

- l'absence d'indication des niveaux minimaux de capacité n'est pas de nature à entacher d'irrégularité les avis de publicité ;

- s'agissant d'un nouveau marché, il n'était pas nécessaire de renseigner la rubrique relative à l'existence de publications antérieures concernant le même marché ;

- les mentions relatives aux dates et modalités d'ouverture des offres n'étaient pas utiles, en l'absence de caractère public de cette séance ;

- les procédures de recours ont été suffisamment renseignées ;

- aucune atteinte à la confidentialité des offres ne peut être relevée en l'espèce ;

- la publication au BOAMP n'est pas intervenue avant celle au JOUE ;

- le report du délai laissé aux candidats pour présenter leurs offres était suffisant, s'agissant de modifications mineures ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le règlement n° 1564/2005 de la commission du 7 septembre 2005 ;

N° 0706772

7

Sur l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la société requérante, qui n'est pas partie tenue aux dépens ou la partie perdante soit condamnée à verser une somme à la communauté d'agglomération agglomération Provence sur leur fondement ; que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions présentées sur ce même fondement par la SOCIÉTÉ TRANSPROVENCE ;

ORDONNE .

Article 1^{er} : L'intervention de la société Kéolis est admise.

Article 2 : La procédure de passation du marché relatif à des services de transport public par autobus engagée par la communauté d'agglomération agglomération Provence est annulée.

Article 3 : Il est enjoint à la communauté d'agglomération agglomération Provence, si elle décidait de reprendre la procédure de passation dudit marché, de se conformer à ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence.

Article 4 : Les conclusions présentées par la SOCIÉTÉ TRANSPROVENCE et la communauté d'agglomération agglomération Provence sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIÉTÉ TRANSPROVENCE, à la communauté d'agglomération agglomération Provence et à la société Kéolis.

Fait à Marseille, le 19 novembre 2007.

Le vice-président délégué,
juge des référés,

signé

G. HERMITTE

La république mande et ordonne au préfet des Bouches-du-Rhône, en ce qui le concerne ou à tous les 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 ordonnance.

Pour expédition conforme,
Pour le greffier en chef.