

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE BORDEAUX**

N°0805028

DB MOBILITY LOGISTICS AG

M. Delignat-Lavaud
Vice-président
Juge des référés

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Audience du 3 décembre 2008
Ordonnance du 10 décembre 2008

39-02-02-01
54-03-05

Vu la requête, enregistrée le 17 novembre 2008 sous le n° 0805028, par laquelle la société DB Mobility Logistics AG dont le siège est 2 Postdamer Platz D 10785 Berlin, aux écritures de la SCP d'avocats Célice-Blancpain-Soltner, demande au juge du référé pré-contractuel :

- d'enjoindre au président de la Communauté urbaine de Bordeaux de différer la signature du contrat qu'il s'apprête à passer en vue de l'attribution d'une délégation de service public des transports urbains et du transport de personnes à mobilité réduite ;

- d'ordonner au président de la Communauté urbaine de Bordeaux de reprendre cette procédure à son début, dans le respect des obligations légales de publicité et mise en concurrence ;

- de mettre à la charge de la Communauté urbaine de Bordeaux la somme de 10 000 € par application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir :

- qu'en s'abstenant de donner à la procédure de délégation de service public qu'elle lançait une publicité adéquate à la nature et à l'importance de l'acte qu'elle entendait passer, et notamment en omettant de réaliser un appel à la concurrence à l'échelle européenne, la Communauté urbaine de Bordeaux a gravement méconnu ses obligations de publicité, mise en concurrence et égalité de traitement des candidats potentiels, telles que rappelées tant par l'arrêt CJCE 7 décembre 2000 TELAUSTRIA Verlags GmbH n° C.324 198 et la jurisprudence européenne subséquente que par la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à l'application de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales ;

- que ce manquement a gravement lésé ses intérêts légitimes en l'empêchant de présenter sa candidature à la délégation de service public litigieuse, ainsi qu'elle a pu le faire dans des procédures d'objet similaire lancées au Danemark, au Royaume-Uni et en Italie ;

Vu le mémoire, enregistré le 28 novembre 2008, par lequel la société Kéolis, aux écritures de Me Richer, avocat, intervient à l'appui de la défense de la Communauté urbaine de Bordeaux en faisant valoir :

- que la personne publique n'était nullement tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE), dès lors que la procédure de passation de la délégation de service public en cause n'est pas soumise aux principes issus des directives communautaires ;

- que la mise en oeuvre du principe de transparence relève seulement de la subsidiarité ;

- qu'en tout état de cause, les modalités de publicité mises en oeuvre par la Communauté urbaine de Bordeaux --insertion dans un journal d'annonces légales, au Moniteur des Travaux publics et dans la revue « Ville & Transports-- constituaient une publicité adéquate à l'objet poursuivi,

conclut ainsi au rejet de la requête et à la condamnation de la société DB Mobility Logistics AG à lui payer 3 000 € sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire, enregistré le 1^{er} décembre 2008, par lequel la Communauté urbaine de Bordeaux, aux écritures de Me Cazcarra, avocat :

- tire une fin de non-recevoir de l'absence d'habilitation régulière des mandataires de DB Mobility Logistics AG pour engager l'instance devant la juridiction française ;

- oppose à la société DB Mobility Logistics AG sa création en 2008, postérieurement à la date limite de remise des dossiers de candidature, le 17 décembre 2007, pour soutenir qu'elle ne pouvait être candidate à la procédure de délégation litigieuse et qu'elle est donc sans intérêt à en demander l'annulation ;

- soutient qu'en tout état de cause, la société DB Mobility Logistics AG, qui a eu effectivement connaissance de la procédure litigieuse, n'a été en rien lésée par l'insuffisance de publicité qu'elle dénonce ;

- fait valoir, sur le fond, qu'il ne peut lui être reproché aucun manquement aux prescriptions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales et des ses textes réglementaires d'application ;

- observe qu'elle n'était pas tenue d'appliquer les modalités de publicité communautaire comportant la publication d'avis au Journal officiel de l'Union européenne ; que les modalités de publicité auxquelles elle a recouru --insertion dans trois publications écrites et diffusion sur le site internet « Marchés online »-- satisfont à l'obligation minimale de transparence mise en oeuvre par les états membres de l'Union sur le fondement du principe de subsidiarité ;

- conclut ainsi à l'entier rejet de la requête et à la condamnation de la société DB Mobility Logistics AG à lui payer la somme de 10 000 € sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire, enregistré le 2 décembre 2008, par lequel la société DB Mobility Logistics AG réfute les fins de non-recevoir opposées et réitère ses conclusions et moyens ;

Vu le mémoire, enregistré le 3 décembre 2008, par lequel la société Kéolis réplique aux écrits de la société DB Mobility Logistics AG et persiste, de plus fort, dans ses conclusions et moyens ;

Vu la production de pièces, enregistrée le 3 décembre 2008, par laquelle la société DB Mobility Logistics AG réplique au nouveau mémoire de la société Kéolis ;

Vu l'ordonnance du 18 novembre 2008 par laquelle le juge des référés a enjoint au président de la Communauté urbaine de Bordeaux de différer la signature de la délégation de service public litigieuse jusqu'à la notification de l'ordonnance à intervenir dans l'instance ;

Vu l'ensemble des pièces du dossier ;

Vu la décision en date du 19 mars 2007, par laquelle le président du tribunal a désigné M. Delignat-Lavaud, vice-président, pour statuer sur les demandes de référé ;

Vu le traité de Rome instituant la Communauté économique européenne devenue la Communauté européenne ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir, au cours de l'audience publique tenue au tribunal le 3 décembre 2008, les parties ayant été dûment convoquées, donné lecture de son rapport et entendu les observations de Me Blancpain pour la société DB Mobility Logistics AG, de Me Cazcarra pour la Communauté urbaine de Bordeaux et de Me Richer pour la S.A. Kéolis ;

Vu la production de pièces effectuée, en cours d'audience, par la société DB Mobility Logistics AG ;

Vu les notes en délibéré produites les 4 et 5 décembre 2008 par la société Kéolis ;

Vu la note en délibéré produite le 5 décembre 2008 par la société DB Mobility Logistics AG ;

Vu la note en délibéré produite le 7 décembre 2008 par la Communauté urbaine de Bordeaux ;

Sur la recevabilité de l'intervention de la société Kéolis :

Considérant que la S.A. Kéolis, dont la candidature a été retenue au terme de la procédure litigieuse de mise en concurrence, possède un intérêt évident et, d'ailleurs, incontesté, à intervenir dans la présente instance ;

Sur les fins de non-recevoir opposées à la requête :

Considérant que la société de droit allemand DB Mobility Logistics AG justifie agir dans l'instance par deux fondés de pouvoir dûment habilités conformément à ses statuts ; que si cette société n'a été immatriculée au registre du commerce de l' « Amtsgericht Berlin-Charlottenburg » qu'en 2008, postérieurement à la date limite de dépôt des candidatures à la délégation de service public litigieuse, elle établit par les pièces qu'elle verse au dossier venir aux droits de plusieurs autres filiales de la Deutsche Bahn qui lui ont été incorporées lors de sa constitution, au nombre desquelles la DB Stadtverkehr GmbH qui a porté en 2007 la candidature du groupe Deutsche Bahn à l'exploitation des réseaux de transport public de l'agglomération de Skockholm ; que la preuve n'est pas rapportée que la société DB Mobility Logistics AG, pour avoir eu une connaissance effective de la procédure litigieuse, n'ait pu être lésée par l'insuffisance de publicité qu'elle dénonce ; que, dès lors, l'intérêt de ladite société à agir dans l'instance ne saurait, pas davantage que l'habilitation de ses mandataires, être contesté ; que les fins de non-recevoir opposées à la requête doivent donc, en leur entier, être écartées ;

Sur les conclusions en annulation et injonction :

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 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 maximum de vingt jours. (...) Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés » ;

Considérant, par ailleurs, qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat » ; qu'aux termes de l'article R. 1411-1 du même code : « L'autorité responsable de la personne publique délégante doit satisfaire à l'exigence de publicité prévue à l'article L. 1411-1 par une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné. (...) » ;

Considérant que les prescriptions susrappelées des articles L. 1411-1 et R. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, qui s'interprètent à la lumière des principes communautaires de libre concurrence et de non-discrimination posés aux articles 43 et 49 du traité instituant la Communauté européenne, ne peuvent être réputées satisfaites que lorsque la délégation de service public à passer reçoit une publicité adéquate à la nature, au montant financier et aux enjeux économiques de cet acte ;

Considérant qu'en l'espèce, la Communauté urbaine de Bordeaux, qui entendait procéder à une nouvelle délégation du service public des transports de personnes sur son territoire, au titre de la période couvrant les années 2008 à 2013, a publié un avis d'appel public à la concurrence dans les « Echos judiciaires girondins », journal local d'annonces légales, et dans le bimensuel « Ville & Transports » ; qu'elle a complété cette publicité par une insertion dans le « Moniteur du Bâtiment & des Travaux publics », reprise sur le site Internet de celui-ci ;

Considérant que, s'il ressort des pièces du dossier et s'il est constant que la revue « Ville & Transports » est un organe spécialisé dans le secteur des transports urbains de voyageurs, cette revue rédigée uniquement en langue française, tirée à 25 000 exemplaires et diffusée, hors frontières, à quelque 300 abonnés, a une diffusion trop restreinte pour constituer, à elle seule, un vecteur de publicité adéquat à un contrat relatif aux transports publics d'une agglomération de près de 700 000 habitants, d'un montant prévisionnel de 750 millions d'euros, susceptible d'intéresser des opérateurs à une échelle internationale ; qu'il n'a pu être suppléé à cette insuffisance par une publication complémentaire dans le « Moniteur du Bâtiment & des Travaux publics » et sur le site Internet de ce dernier, dès lors que le « Moniteur », publication spécialisée dans le domaine des travaux, ne bénéficie lui-même que d'une audience internationale limitée ; que, dans ces conditions, la société requérante soutient à bon droit qu'en l'absence d'une publication spécialisée dans le secteur des transports urbains bénéficiant d'une diffusion européenne, le respect du principe de transparence et la préservation des droits des opérateurs établis hors de France impliquaient pour le pouvoir adjudicateur de compléter la publication de « Ville & Transports », soit par un avis au « Journal officiel de l'Union européenne », soit par une insertion dans un journal économique d'audience internationale ; qu'il doit être observé, au demeurant, que le mode de publicité mis en œuvre par la Communauté urbaine de Bordeaux en l'espèce, rompt non seulement avec les usages désormais établis des pouvoirs adjudicateurs des grandes métropoles européennes, mais aussi avec la pratique antérieure de la Communauté urbaine de Bordeaux elle-même qui avait publié au JOUE la délégation du service public des transports urbains qu'elle avait précédemment lancée en décembre 1999 ; que la Communauté urbaine de Bordeaux a ainsi méconnu le principe de transparence qui doit présider à l'organisation des procédures de délégation de services publics comme à celle des procédures de passation de marchés ; que la procédure litigieuse doit, dès lors, être annulée en vue d'être reprise à son début conformément aux principes de liberté concurrentielle et d'égalité de traitement des candidats à la commande publique ;

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

Considérant que la société requérante, partie non perdante à l'instance, n'encourt aucune condamnation sur le fondement dudit article ; qu'il y a lieu, dans les circonstances d'espèce, de condamner la Communauté urbaine de Bordeaux à payer à la société DB Mobility Logistics AG, sur le fondement des mêmes dispositions, la somme de 2 000 €,

O R D O N N E :

Article 1^{er} : L'intervention à l'instance de la S.A. Kéolis est admise.

Article 2 : La procédure de délégation du service public des transports urbains de voyageurs initiée par la Communauté urbaine de Bordeaux en novembre 2007, est annulée.

Article 3 : Il est enjoint à la Communauté urbaine de Bordeaux, si elle entend persister dans son projet de délégation de service public, de reprendre la procédure à son début, en conformité avec les principes de libre concurrence et de non-discrimination régissant la commande publique.

Article 4 : La Communauté urbaine de Bordeaux versera à la société DB Mobility Logistics AG la somme de deux mille euros (2 000 €) en remboursement de frais de procès.

Article 5 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 6 : La présente ordonnance sera notifiée à la société DB Mobility Logistics AG, à la Communauté urbaine de Bordeaux et à la S.A. Kéolis. Copie en sera délivrée au préfet de la Gironde.

Fait à Bordeaux, le 10 décembre 2008

Le vice-président,
juge des référés,

Le greffier,

M. DELIGNAT-LAVAUD

S. FRECHIC

La République mande et ordonne au préfet de la Gironde 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 conforme,
Le Greffier en Chef,