

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NIMES**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

N° 0801005

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

SOCIETE DURAND et autres

LE JUGE DES RÉFÉRÉS

Audience du 16 avril 2008
Ordonnance du 21 avril 2008

Plan de classement : 39-08-015

Vu enregistrée au greffe du tribunal administratif de Nimes le 2 avril 2008 la requête présentée par Me De Belenet, avocat, pour la SOCIETE DURAND dont le siège social est 7 avenue du Général de Gaulle à Alès (30100), pour la SOCIETE TRANSPORTS PASCAL dont le siège 2 place du Général Leclerc à Alès (30100), pour la SOCIETE AUTOCARS PERRET dont le siège social est rue de Trescol à la grand Combe (30110) et pour la SOCIETE TRANSPORTS SOUSTELLE dont le siège social place Pierre Sémard à alès (30100), représentées par leurs gérants en exercice qui demandent au juge des référés :

- d'annuler la procédure de passation de la délégation du service public des transports interurbains réguliers de voyageurs sur le territoire du département du Gard,
- d'ordonner au département du Gard de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence,
- de condamner le département du Gard à leur payer la somme de 4.000 € sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

les sociétés DURAND, TRANSPORTS PASCAL, AUTOCARS PERRET et TRANSPORTS SOUSTELLE soutiennent que la procédure qui s'est déroulée en méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence est irrégulière en ce que :

- les discordances entre les différents avis d'appel public à la concurrence sont susceptibles de porter atteinte à l'égalité des candidats et méconnaissent les obligations de l'autorité délégante en matière de publicité dans la mesure où :
 - tout d'abord, certaines informations mentionnées dans les avis publiés dans le Midi Libre, dans la revue «Transport Public» et sur le site Internet du département ne sont pas reprises dans les avis au JOUE et au BOAMP à savoir :
 - + l'indication sur les propositions à présenter par les candidats sur les conséquences d'une résiliation anticipée,
 - + la précision sur les horaires d'accès aux services du conseil général,
 - + la mention de la possibilité d'une prorogation d'une année supplémentaire,
 - + l'indication des modalités de dépôt des offres,
 - + la date d'envoi de l'avis au JOUE s'agissant de l'avis publié au BOAMP,
 - ensuite, certaines mentions figurant au JOUE et au BOAMP ne sont pas indiquées sur les trois autres avis, à savoir :
 - + l'indication pour les personnes morales des noms et qualifications professionnelles des membres du personnel chargés de la prestation,

N° 0801005

- + la précision que la langue utilisée est le français et que l'offre doit donc nécessairement être accompagnée d'une traduction en français certifiée conforme à l'original,
- + la mention du point de départ du délai de validité des offres,
- + l'indication de la catégorie de services auxquels se rattachent les prestations mises en concurrence ainsi que le code Nuts,
- + la précision sur la prise en considération de variantes,
- enfin, les contradictions entre les avis publiés au JOUE ainsi qu'au BOAMP et le règlement de consultation tant en ce qui concerne la question de variantes que le contenu des offres ne permettaient pas de déterminer avec précision les contraintes des propositions,
- les avis font apparaître une incertitude quant à la durée réelle de la délégation dans la mesure où :
 - tout d'abord, la convention d'une durée de 10 ans pourra être prorogée pour une année,
 - ensuite, l'autorité se réserve le droit de mettre un terme, sans motif et sans indemnité, à la convention à partir de la 7^{ème} année,
 - enfin, les candidats pourront proposer une date à partir de laquelle cette modalité serait mise en œuvre,
- l'égal accès à la commande publique et les obligations en matière de mise en concurrence n'ont pas été respectées dès lors que :
 - le délai de remise des offres, compte tenu de l'ampleur de la délégation et des prestations, était trop court sauf pour les quelques très grosses structures,
 - l'absence d'allotissement ou du moins l'impossibilité de déposer des offres soit globales, soit par ligne, restreint les possibilités de présenter une offre,
 - les imprécisions imposant des informations complémentaires démontrent que le délai n'était pas suffisant ;

Vu enregistré le 15 avril 2008 le mémoire en défense présenté par la Selarl Goutal et associés, avocat, pour le département du Gard représenté par son président en exercice qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation des sociétés requérantes à lui verser la somme de 4.000 € en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Le département du Gard fait valoir que :

- à titre principal, la requête n'est pas recevable dès lors que les demandeurs ne justifient pas avoir été empêchés, en l'absence de publicité, de déposer leurs candidatures et que leur intérêt s'est limité au retrait d'un dossier de consultation sans pour autant présenter une offre,
- à titre subsidiaire, le recours n'est pas fondé dans la mesure où :
 - les manquements allégués à l'encontre des différentes publications des avis d'appel public à la concurrence seront écartés dans la double mesure où le formalisme des délégations de service public est sensiblement moindre que celui appliqué aux marchés publics et où les candidats ont disposé des informations suffisantes :
 - + le défaut d'indication du code Nuts est inopérant en matière de délégation de service public,
 - + l'imprécision relative aux variantes sera écartée, une telle possibilité étant réservée aux marchés et alors que la procédure mentionnait avec précision le document programme et les aménagements ou adaptations possibles,

N° 0801005

- + l'absence de mention de la date d'envoi de l'avis au JOUE est tout aussi inopérant, une telle formalité n'ayant de sens que pour des marchés,
- + le grief relatif aux discordances quant au personnel et à sa qualification manque en fait,
- la durée de la délégation n'est affectée d'aucune incertitude et aucun principe n'interdit aux parties d'envisager et de discuter des conditions d'une fin anticipée du contrat de délégation,
- le principe d'égalité des candidats n'est pas méconnu dans la mesure où :
 - + l'absence d'allotissement relève du pouvoir de l'autorité organisatrice et ce choix n'a pas empêché des petits transporteurs de présenter une offre groupée,
 - + le délai de 51 jours, supérieur à celui fixé par l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales était suffisant pour permettre aux candidats de formuler une offre,
 - + le programme contractuel ne pouvait être regardé comme imprécis, le nombre d'élèves constituant nécessairement une estimation assortie d'un aléa, le nombre de véhicules pouvant être déterminé à partir des informations fournies et les horaires étant tributaires des décisions prises par l'éducation nationale ;

Vu enregistré le 15 avril 2008 le mémoire en réplique présenté pour les SOCIETES DURAND, TRANSPORTS PASCAL, AUTOCARS PERRET et TRANSPORTS SOUSTELLE ET FILS tendant aux mêmes fins que leur requête par les mêmes moyens et soutenant, en outre, que :

- elles ont intérêt à agir dans la double mesure où :
 - d'une part, la jurisprudence n'exige pas que le requérant se soit explicitement porté candidat au contrat à intervenir,
 - d'autre part, elles étaient titulaires d'une partie des contrats de transports inclus dans la nouvelle délégation et ont été empêchées de soumissionner compte tenu des modalités retenues par le département,
- les arguments du département du Gard sur les discordances entre les différents documents confortent l'altération des conditions de mise en concurrence,
- la possibilité d'une résiliation sans motif à une date indéterminée remet en cause la durée de délégation,
- le délai d'un mois fixé à l'article R. 1411-1 du code général des collectivités territoriales est un délai minimal de remise des candidatures et il ne peut être regardé comme raisonnable eu égard aux caractéristiques du contrat,
- l'absence d'allotissement a inmanquablement un effet sur les conditions de la concurrence en favorisant le risque d'entente ou en imposant la constitution de groupements ;

Vu les pièces du dossier ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

N° 0801005

Vu le procès-verbal de l'audience publique du 16 avril 2008 tenue à 14 h heures au cours de laquelle ont été entendues les observations de :

- Me de Belenet pour les sociétés DURAND, TRANSPORTS PASCAL, AUTOCARS PERRET et TRANSPORTS SOUSTELLE ET FILS,
- M. Durand de la SOCIETE DURAND,
- Me Alibert de la Selarl Goutal pour le département du Gard ;

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..." ;

Considérant que le département du Gard a lancé un appel public à la concurrence en vue de la délégation du service public des transports interurbains réguliers de voyageurs incluant les transports scolaires sur l'ensemble du territoire du département ; que les avis ont été envoyés le 29 janvier 2008 en vue de leur publication dans le journal officiel de l'Union européenne et au bulletin officiel ; que ces avis ont été également publiés dans le quotidien «Midi Libre» du 2 février 2008 ainsi que dans la revue «Transport Public» du mois de février 2008 ; que la procédure retenue étant une procédure ouverte, une seule et même date a été fixée pour le dépôt des candidatures et des offres soit le 3 avril 2008 ; que, sans attendre l'issue de cette procédure, la SOCIETE DURAND, la SOCIETE TRANSPORTS PASCAL, la SOCIETE AUTOCARS PERRET et la SOCIETE TRANSPORTS SOUSTELLE ET FILS ont saisi le juge des référés précontractuels, sur le fondement des dispositions précitées, d'une requête tendant à la suspension et à l'annulation de la procédure de dévolution de cette délégation de service public ;

Sur la recevabilité :

Considérant que le département du Gard fait valoir que les sociétés requérantes qui se sont bornées à retirer un dossier de consultation sans déposer leur candidature ou une offre sont sans intérêt à rechercher l'annulation de la procédure de passation de la délégation du service public des transports des voyageurs ; que les dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ne sauraient être interprétées comme limitant le recours qu'elle prévoit aux seules candidates mais doivent être analysées comme ouvrant cette voie de droit, à toute entreprise, alors même qu'elle n'aurait pas présenté une offre, qui a manifesté un intérêt suffisant à l'égard de la délégation en cause ; qu'en l'espèce, il résulte de l'instruction que les sociétés requérantes sont toutes exploitantes de lignes de

N° 0801005

transports scolaires ou non, concernées par le projet de délégation envisagée par le département du Gard, qu'elles ont retiré un dossier de consultation à la suite duquel elles ont sollicité des précisions et elles soutiennent, notamment, qu'en raison de l'importance de l'opération, aucune d'entre elles n'était en mesure de présenter une candidature isolée et que la constitution d'un groupement apte à soumettre l'offre globale exigée n'était pas possible compte tenu du délai identique fixé pour la candidature et pour l'offre ; que l'ensemble de ces éléments, sans qu'il soit besoin d'apprécier à ce stade leur caractère fondé mais seulement leur vraisemblance suffit à les faire regarder comme ayant un intérêt à la conclusion du contrat de délégation et à leur conférer qualité pour agir ; que, par suite, la fin de non recevoir opposée par le département du Gard sera écartée ;

Sur le moyen tiré des différences de contenu des avis publiés :

Considérant que les sociétés requérantes ne contestent pas que la procédure initiée par le département du Gard n'est pas celle régissant la passation d'un marché public, soumise aux avis d'appel public à la concurrence dont le contenu est strictement déterminé par les dispositions réglementaires communautaires ainsi que par le code des marchés publics, mais constitue une délégation de service régie par le code général des collectivités territoriales ; qu'aux termes de l'article R. 1411-1 de ce 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. Cette insertion précise la date limite de présentation des offres de candidature, qui doit être fixée un mois au moins après la date de la dernière publication. Elle précise également les modalités de présentation de ces offres et mentionne les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature» ;

Considérant, en premier lieu, qu'il est constant que l'ensemble des avis d'appel public à la concurrence publiés par le département du Gard tant au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin officiel des annonces des marchés publics que sur son site Internet, dans le quotidien, «Le Midi Libre» et la revue mensuelle «Transport Public» comportaient l'ensemble des informations prévues par l'article R. 1411-1 précité ;

Considérant, en deuxième lieu, le quotidien «Midi Libre», la revue mensuelle «Transport Public» et le site Internet du conseil général du Gard comportent des indications complémentaires relatives, en premier lieu, aux propositions à formuler par les candidats sur les conséquences d'une fin anticipée de la convention, en deuxième lieu, à la précision sur la date d'envoi de l'avis au journal officiel, en troisième lieu, à l'information sur les horaires d'accès aux services du conseil général, en quatrième lieu, à la possibilité d'une prorogation d'une année supplémentaire et en cinquième lieu à l'indication des modalités de dépôt des offres ; que la circonstance que ces informations n'ont pas été reprises dans les deux avis d'appel public à la concurrence publiés au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin officiel des annonces des marchés publics n'est pas, eu égard à leur objet comme à leur contenu de nature à caractériser un manquement du département du Gard à ses obligations en matière de publicité de la délégation projetée ;

Considérant, en troisième lieu, que si les sociétés requérantes font valoir que les indications portant, tout d'abord, sur la langue utilisée ainsi que ses modalités, ensuite sur le point de départ de validité de l'offre, et enfin sur la catégorie de services auxquels se rattachent les prestations ainsi que le code Nuts qui sont portées sur les avis publiés au Journal

N° 0801005

6

officiel de l'Union européenne et au bulletin officiel des annonces des marchés publics ne figurent pas sur les trois autres modes de publicité, elle n'établissent pas en quoi ces différences, soit par leur existence soit par leur contenu, ont pu constituer un manquement aux obligations en matière de publicité d'une délégation et non d'un marché public ;

Considérant, en quatrième lieu, que tant l'avis public d'appel à la concurrence inséré au Journal officiel de l'Union européenne qu'au Bulletin officiel des annonces des marchés publics comportent la case «oui» à question de la rubrique II. 3.2 sur la précision des noms et qualifications professionnelles des membres du personnel chargés de la prestation au sein d'une personne morale ; que, toutefois, cette indication portée sur un avis établi selon le modèle «marché de services» à défaut de modèle propre aux délégations figurent à la rubrique II.3 «conditions propres aux marchés de services» et n'est reprise ni à la rubrique VI.3 sur les pièces à fournir à l'appui de la candidature ni dans le règlement de consultation ; qu'ainsi, elles ne constituaient pas une condition de recevabilité de la candidature et l'absence de cette mention dans les autres avis n'est pas de nature à entacher d'irrégularité la procédure ;

Considérant, en dernier lieu, que si les deux mêmes avis, établis toujours selon le même modèle, publiés au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin officiel des annonces des marchés publics mentionnent à la rubrique II.1.9 «oui» à la possibilité de prise en compte de variantes sans que cette information soit portée sur les trois autres formes d'avis, le règlement de consultation spécifie en son point 3.6 que «les candidats pourront, par ailleurs, proposer des adaptations du cadre contractuel, sous la double réserve, d'une part, de faire apparaître, de manière explicite les modifications apportées et de maintenir la rédaction antérieure afin de faciliter la comparaison, d'autre part, de respecter les orientations des clauses contractuelles proposées par le conseil général» ; que ces informations qui précisent ainsi le cadre du terme improprement dénommé «variante» étaient accessibles à l'ensemble des candidats et le département ne peut être regardé comme ayant manqué à ses obligations en matière de publicité ;

Sur le moyen tiré de la méconnaissance de l'article R. 1411-1 du code général des collectivités territoriales :

Considérant que la durée de la délégation ou à défaut l'indication des conditions dans lesquelles la collectivité délégante appréciera les offres au regard de la durée de contrat qu'elles proposent constitue une «caractéristique» essentielle de la délégation au sens de l'article R. 1411-1 du code précité dont l'omission présente le caractère d'un manquement aux obligations de publicité enchaînant la procédure de passation de la délégation ;

Considérant, en l'espèce, que l'ensemble des documents comme des avis précise que la délégation est consentie pour une durée de 120 mois à compter du premier jour de la rentrée scolaire et que l'autorité organisatrice pourra décider de prolonger la délégation de service public pour une année pour un motif d'intérêt général ; qu'ainsi, la durée de la délégation est clairement définie et n'est pas remise en cause par la possibilité d'une prorogation limitée au demeurant sans effet sur les offres susceptibles d'être présentées ;

Considérant que les sociétés requérantes font valoir que l'article 2 du programme de la consultation valant cadre contractuel a introduit un aléa quant à la durée de la convention en stipulant la possibilité pour l'autorité organisatrice de mettre un terme à la convention, sans motif, à compter de la septième année et que cette incertitude est accrue par

N° 0801005

l'article 21 dudit programme relatif à la résiliation unilatérale avec indemnité prévoyant les propositions des candidats sur l'année à compter de laquelle une mesure de rachat pour résiliation sans motif est susceptible d'être mise en œuvre ; que, toutefois, ces stipulations qui entendent réserver le droit pour la collectivité délégante de mettre fin prématurément à la convention selon les modalités qu'elles déterminent, sans qu'il appartienne au juge des référés précontractuels de se prononcer sur leur bien fondé, ont seulement pour objet de permettre aux candidates de formuler leur offre de prix en intégrant ce paramètre sans pour avoir pour effet de remettre en cause la durée de la convention dont le terme normal est fixé à l'expiration du délai de 10 ans suivant la rentrée scolaire 2008 ; que, dès lors, ce moyen ne peut être accueilli ;

Sur le moyen tiré du non respect des obligations en matière de mise en concurrence tenant à l'absence d'allotissement, au caractère insuffisant du délai de remise des offres et aux imprécisions des caractéristiques des prestations :

Considérant que, alors même qu'il modifie la pratique antérieure d'une délégation autorisant soit une offre globale soit une offre individualisée ligne par ligne et quand bien même il pourrait avoir pour effet d'écartier toutes les petites ou moyennes entreprises du secteur des transports, et par conséquent, de limiter l'accès à la commande publique dans ce secteur, le choix du département du Gard d'une délégation unique assortie d'une offre globale pour l'ensemble des transports de voyageurs ne saurait à lui seul révéler un manquement de cette collectivité à ses obligations en matière de mise en concurrence ;

Considérant, en revanche, qu'il résulte de l'instruction que le département du Gard a prévu, selon une procédure « ouverte » que les candidatures ainsi que les offres étaient fixées au 3 avril 2008 selon les avis d'appel public à la concurrence envoyés à la publication le 29 janvier 2008 et dont le dernier a été diffusé le 12 février 2008 ; que le projet portait à la fois sur les transports réguliers de voyageurs soit 25 lignes régulières, 8 lignes régulières à très faible fréquence et 2 lignes de rabattement représentant environ 5.000.000 de kilomètres par an et sur le transport scolaire soit 32 lignes ; que, par ailleurs, il était également prévu qu'entre 2009 et 2011 devaient être intégrés 69 circuits spéciaux ; qu'enfin, les avis mentionnaient que la fréquentation des voyageurs pouvait être estimée à un peu moins de 5.000 personnes et que pour les scolaires, ce chiffre avoisinait les 14.000 personnes ; qu'ainsi, l'ensemble de la délégation couvrait, sur une année pleine plus de 130 lignes représentant près de 11 millions de kilomètres et nécessitant une flotte de véhicules estimée initialement à 200-250 et en réalité plus proche de 400 ; que, compte tenu des différences d'organisation comme de financement entre les lignes de voyageurs et les transports scolaires ainsi que des évolutions de service programmées entre 2009 et 2011 et eu égard aux quatre notes complémentaires du département du Gard apportant des précisions complémentaires ou des éclaircissements sur les prestations, le délai inférieur à deux mois, et en réalité plus court du fait de certaines des précisions, pour non seulement adresser les candidatures mais en outre pour déposer une offre permettant d'engager les négociations n'apparaît pas suffisant pour permettre le dépôt d'offres satisfaisant ; qu'ainsi, le département du Gard qui ne peut utilement faire valoir la perspective de la rentrée scolaire de septembre 2008 et qui ne saurait pas davantage exciper du délai d'un mois mentionné par l'article R. 1411-1 du code général des collectivités territoriales dès lors que ce délai constitue seulement un délai minimal séparant la date limite de présentation des offres de la dernière publication, a manqué à ses obligations en matière de mise en concurrence ; que, dans ces conditions, il y a lieu de suspendre la procédure de passation de la délégation et d'enjoindre au département du Gard de reprendre la procédure dans des conditions de mise en concurrence régulière ;

N° 0801005

8

Sur l'application 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 les sociétés requérantes qui ne sont pas la partie perdante soient condamnées à verser une somme quelconque au département du Gard ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce de mettre à la charge du département du Gard une somme de 1.500 euros sur le fondement de ces dispositions au titre des frais exposés par les sociétés DURAND, TRANSPORTS PASCAL, AUTOCARS PERRET et TRANSPORTS SOUSTELLE ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La procédure de passation de la délégation du service public des transports interurbains réguliers de voyageurs sur le territoire du département du Gard engagé par cette collectivité est suspendue.

Article 2 : Il est enjoint au département du Gard de reprendre la procédure de délégation du service public des transports interurbains réguliers de voyageurs dans des conditions de mise en concurrence régulière en fixant un nouveau délai de réception des offres.

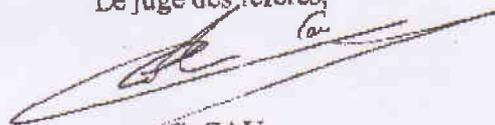
Article 3 : Le département du Gard versera aux sociétés DURAND, TRANSPORTS PASCAL, AUTOCARS PERRET et TRANSPORTS SOUSTELLE une somme de 1.500 (mille cinq cents) euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE DURAND, à la SOCIETE TRANSPORTS PASCAL, à la SOCIETE AUTOCARS PERRET, à la SOCIETE TRANSPORTS SOUSTELLE et au département du Gard.

Fait à Nîmes le 21 avril 2008

Le juge des référés,



C. CAU

La République mande et ordonne au préfet du Gard en ce qui le concerne, et 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.