

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE STRASBOURG**

N°1101626

GIHP LORRAINE TRANSPORTS

Mme Rousselle
Juge des référés

Ordonnance du 13 mai 2011

54 035

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Strasbourg,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée au greffe du tribunal administratif de Strasbourg le 1^{er} avril 2011, complétée le 10 mai 2011, présentée pour la société GIHP LORRAINE TRANSPORTS, dont le siège social est 15 allée des Grands Paquis à Heillecourt (54180), par Me Dechelette ; la société GIHP LORRAINE TRANSPORTS demande au tribunal :

- d'ordonner la suspension de l'exécution du marché public d'exploitation du service de transport des personnes à mobilité réduite, conclu entre la Communauté d'agglomération de Sarreguemines Confluences et le groupement ATS Transport/SE Ambulances Vilhem/SARL Massing Inter Service ;
- de prononcer la nullité du contrat ;
- de condamner la Communauté d'agglomération de Sarreguemines Confluences à lui verser la somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir que :

- la Communauté d'agglomération de Sarreguemines Confluences ne pouvait être considérée comme entité adjudicatrice pour la passation du marché litigieux mais bien comme pouvoir adjudicateur car elle n'exploite pas elle-même le service mais le confie à des opérateurs privés ;
- dans la mesure où celle-ci devait respecter les règles de passation prévues par les dispositions du code des marchés publics applicables aux pouvoirs adjudicateurs, qu'il n'était pas possible de recourir à la procédure adaptée ;
- une publicité insuffisante ne ferme pas la voie du référé précontractuel ; que l'absence de respect, par la Communauté d'agglomération, des règles de publicité et de passation applicables aux appels d'offres, alors qu'elle y était tenue, a lésé la société requérante en la privant notamment des garanties offertes par une procédure d'appel d'offres, en termes de délais, de publicité des critères et de suspension d'exécution du contrat ;
- l'offre retenue est anormalement basse et que ce moyen aurait pu être soulevé à l'appui d'un référé précontractuel, procédure dont elle a été irrégulièrement privée ; que les conditions de mise en œuvre de l'article L. 551-19 ne sont pas remplies ;

Vu le mémoire en défense enregistré le 7 avril 2011, complétée les 3 et 10 mai 2011 présenté pour la Communauté d'agglomération de Sarreguemines Confluences par Me Cossalter ; elle conclut au rejet de la requête et à ce que la société GIHP LORRAINE TRANSPORTS SAS soit condamnée à lui verser la somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- les conditions de suspension du marché ne sont pas remplies, eu égard à la situation de la requérante et aux exigences de l'intérêt général ;
- la requête est irrecevable dès lors que la collectivité, agissant en qualité d'entité adjudicatrice, avait rendu publique son intention de conclure le contrat puisqu'une procédure de publicité et de mise en concurrence a été suivie d'une part et, d'autre part, que le GIHP n'a pas introduit de référé précontractuel ;
- la société requérante, qui a bénéficié d'un monopole de fait durant 27 ans n'est pas fondée à soutenir avoir été lésée par le délai, selon elle trop court, accordé pour remettre son offre ;
- si le tribunal devait considérer que le marché relevait de la première partie du code des marchés publics, il ne pourrait en prononcer l'annulation dès lors que le demandeur n'a pas été privé de son droit de recours et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise n'ont pas été méconnues ;
- si les conditions de l'article L. 551-18 étaient réunies, l'article L. 551-19 devrait être mis en œuvre afin d'éviter une annulation susceptible de porter gravement atteinte à la situation des personnes handicapées et un délai raisonnable de 7 mois permettrait à la Communauté d'agglomération de Sarreguemines Confluences d'organiser une nouvelle procédure de publicité ;

Vu, enregistré le 9 mai 2011, le mémoire présenté pour le groupement ATS Transport/SE Ambulances Vilhem/SARL Massing Inter Service par Me Wasserman ; il conclut au rejet de la requête et à ce que la société GIHP LORRAINE TRANSPORTS SAS soit condamnée à lui verser une somme de 1 500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir que le moyen tiré d'une offre anormalement basse est inopérant et, en tout état de cause, compte tenu de la structure du groupement, son offre n'était pas anormalement basse ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 11 mai 2011, pour la Communauté d'agglomération de Sarreguemines Confluences par Me Cossalter ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 11 mai 2011, pour la société GIHP LORRAINE TRANSPORTS SAS par Me Dechelette ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique :

- Me Dechelette, représentant la société GIHP LORRAINE TRANSPORTS ;
- la Communauté d'agglomération de Sarreguemines Confluences ;
- le groupement ATS Transport/SE Ambulances Vilhem/SARL Massing Inter Service ;

Vu l'audience publique du 11 mai 2011 à 10h30 au cours de laquelle ont été entendus :

- le rapport de Mme Rousselle, juge des référés ;
- Me Dechelette, représentant la société GIHP LORRAINE TRANSPORTS ;
- Me Cossalter, représentant, la Communauté d'agglomération de Sarreguemines Confluences ;
- Me Wassermann, représentant, le groupement ATS Transport/SE Ambulances Vilhem/SARL Massing Inter Service ;

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

Sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non recevoir soulevée par la Communauté d'agglomération de Sarreguemines Confluences ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que par appel public à la concurrence publié le 20 octobre 2010, la Communauté d'agglomération de Sarreguemines Confluences a lancé une procédure de consultation sous forme de procédure adaptée en vue de passation d'un marché d'exploitation du service pour le transport de personnes à mobilité réduite ; que le délai de présentation des offres était le 8 novembre 2010 et quatre candidats ont présenté une offre, dont la société requérante, en dernier lieu le 13 décembre 2010, après renégociations avec la Communauté d'agglomération de Sarreguemines Confluences ; que, après réunion de la commission d'appel d'offres en date du 20 janvier 2011, par délibération du 27 janvier 2011, le conseil communautaire a décidé d'attribuer le marché au groupement ATS Transport/SE Ambulances Vilhem/SARL Massing Inter Service ; que, par courrier du 28 janvier 2011, reçu le 31 janvier 2011, la société GIHP LORRAINE TRANSPORT SAS a été informée du rejet de son offre ; que, par la présente requête, la société GIHP LORRAINE TRANSPORT SAS demande au juge du référé contractuel d'annuler ce marché ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section » ; qu'aux termes de l'article L. 551-14 de ce code : « Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours » ; qu'aux termes de l'article L. 551-15 : « Le recours régi par la présente section ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité. / La même exclusion s'applique aux contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a envoyé aux titulaires la décision d'attribution du contrat et observé un délai de seize jours entre cet envoi et la conclusion du contrat, délai réduit à onze jours si la décision a été communiquée à tous les titulaires par voie électronique. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-17 du même code « Le président du tribunal administratif ou son délégué peut suspendre l'exécution du contrat, pour la durée de l'instance, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment

de l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages » ; qu'aux termes de l'article L. 551-18 du même code : « Le juge prononce la nullité du contrat lorsque qu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / La même annulation est prononcée lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. / Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-19 : « Toutefois, dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général. / Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public. » ;

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 que l'acte par lequel la Communauté d'agglomération de Sarreguemines Confluences se proposait de confier à un tiers l'exploitation du service de transport des personnes à mobilité réduite est constitutif d'une activité d'exploitation du réseau au sens de l'article 135 précitées du code des marchés publics ; qu'en effet la Communauté d'agglomération s'étant vu conférer la compétence en matière de transport des personnes handicapées à mobilité réduite et assurant directement l'organisation de l'exploitation du réseau des transports urbains, en assumant le risque économique et en contrôlant son exécution, elle doit être regardée comme une entité adjudicatrice au sens des dispositions précitées ; que le recours, au vu du montant estimatif du marché, à la procédure adaptée au sens de l'article 146 du Code des marchés publics était donc possible ;

Considérant en second lieu que, s'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée, qui ne sont pas soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, avant la signature du contrat, la décision d'attribution, l'annulation d'un tel contrat ne peut, en principe, résulter que du constat des manquements mentionnés aux deux premiers alinéas de l'article L. 551-18, c'est-à-dire de l'absence des mesures de publicité requises pour sa passation ou de la méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, et ce alors même que le pouvoir adjudicateur a spontanément informé les opérateurs économiques non retenus de sa décision ; que pour la publicité dans le cadre d'une procédure adaptée, compte tenu du montant élevé du marché à procédure adaptée et de l'objet du marché, il convient d'appliquer la méthode suggérée par le 1^{er} alinéa de l'article 146 du code des marchés publics et de déterminer la publicité adaptée après étude de la pertinence économique ; qu'en l'espèce, en fonction de la nature du besoin à satisfaire et la localisation des opérateurs économiques intéressés, la publicité, dans un journal d'annonces légales, le Républicain Lorrain, et sur le site internet de la Communauté d'agglomération, en termes par ailleurs identiques, était suffisante et donc adaptée pour le marché en cause ;

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

Considérant qu'aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. » ;

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que la Communauté d'agglomération de Sarreguemines Confluences soit condamnée à verser à la société GIHP LORRAINE TRANSPORTS la somme qu'elle demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, de condamner la société GIHP LORRAINE TRANSPORTS à verser la somme de 1 000 euros à la Communauté d'agglomération de Sarreguemines Confluences et 1 000 euros au groupement ATS Transport/SE Ambulances Vilhem/SARL Massing Inter Service ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La requête de la société GIHP LORRAINE TRANSPORTS est rejetée.

Article 2 : La société GIHP LORRAINE TRANSPORTS est condamnée à verser la somme de 1 000 (mille) euros à la Communauté d'agglomération de Sarreguemines Confluences et 1 000 (mille) euros au groupement ATS Transport/SE Ambulances Vilhem/SARL Massing Inter Service.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société GIHP LORRAINE TRANSPORTS, la Communauté d'agglomération de Sarreguemines Confluences et au groupement ATS Transport/SE Ambulances Vilhem/SARL Massing Inter Service.

Fait à Strasbourg, le 13 mai 2011

Le juge des référés,

Le greffier,

P. ROUSSELLE

E. DA SILVA PINTO

La République mande et ordonne au Préfet de la Moselle en ce qui le concerne et à tous huissiers 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 copie conforme,
Le greffier,

E. DA SILVA PINTO