

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE BORDEAUX**

N° 1500857

SOCIETE TRANSDEV URBAIN

Mme Marie-Pierre Viard
Juge des référés

Audience du 17 mars 2015
Ordonnance du 24 mars 2015

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 26 février et 17 mars 2015, la société Transdev Urbain, société par actions simplifiée, représentée par Me Letellier, demande au juge des référés précontractuels sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'enjoindre à la communauté d'agglomération du Bassin d'Arcachon Sud de fournir les motifs détaillés du choix du candidat attributaire de la délégation de service public de transports urbains et de communiquer le rapport d'analyse des offres de la commission de délégation de service public et le rapport du président sur le fondement de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales ainsi que tous les rapports intermédiaires ;

2°) d'annuler la procédure de passation de la délégation de service public en litige ;

3°) d'ordonner à la communauté d'agglomération du Bassin d'Arcachon Sud, si elle entend la poursuivre, de se conformer à ses obligations et de reprendre la procédure de passation purgée des vices identifiés ;

4°) de mettre à la charge de la communauté d'agglomération du Bassin d'Arcachon Sud et de la société Kéolis la somme de 10 000 euros pour la première et la somme de 5 000 euros pour la seconde au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la procédure est irrégulière en ce que la variante qu'elle a présentée n'a pas été prise en compte ; ce qui constitue un manquement grave aux obligations de mise en concurrence alors que la société Kéolis n'en aurait pas déposée ; en outre, cette circonstance l'a lésée en ce que l'autorité délégante n'a matérialisé aucun abandon de la variante et c'est elle-même, au cours de la procédure de négociation, qui a décelé cet abandon compte tenu

des termes du courrier du 27 janvier 2015 lui demandant seulement d'adapter l'offre de base ; l'attitude de l'autorité délégante l'a ainsi amené jusqu'au 27 janvier à travailler sur deux propositions ;

- le principe d'égalité entre les candidats a été méconnu car il est fort probable que les candidats ne se soient pas vu communiquer les mêmes informations quant aux objectifs de la communauté d'agglomération ; en outre, les programmes pluriannuels d'investissement n'ont pas été établis par les candidats sur des bases comparables et n'ont pas été analysés par l'autorité délégante dans le respect d'une stricte égalité de traitement des candidats car il est fort probable qu'il n'ait pas été demandé à la société Kéolis le renouvellement de 4 véhicules électriques en cours de contrat, par contre, seul ce candidat a été informé de ce qu'un seul valideur par véhicule suffisait et que du matériel d'occasion pouvait être utilisé pour cet équipement ;

- les critères et sous-critères, tel celui tenant à la nécessité de proposer une « équipe de direction compétente et qualifiée pour relever les objectifs du futur contrat », sont flous et subjectifs ;

- la communauté d'agglomération du Bassin d'Arcachon Sud a manqué à ses obligations de mise en oeuvre d'une procédure permettant le dépôt d'offres éclairées ; ainsi, en l'espace de quatre jours, trois séries de modifications et évolutions significatives sont intervenues ; il en est résulté une procédure peu lisible et irrégulièrement modifiée en cours de négociation compte tenu de l'ampleur des modifications demandées qui remettent en cause l'équilibre économique de l'offre de l'exposante ; ainsi des véhicules électriques, des modalités du transport scolaire et des divers changements concernant les itinéraires des lignes 2, 4 et 5 et D, E, F Et I ; de plus, ces modifications ont été faites en toute fin de négociation.

Par un mémoire, enregistré le 12 mars 2015, la communauté d'agglomération du Bassin d'Arcachon Sud, représentée par Me Panassac conclut au rejet de la requête et à ce que la société Transdev Urbain lui verse la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- l'offre variante présentée par la société Transdev Urbain a été examinée, notamment au cours de la 2^{ème} réunion de négociation du 9 janvier 2015, mais a été abandonnée à l'issue de cette réunion, la négociation s'orientant sur l'offre de base optimisée, ce qu'a d'ailleurs parfaitement compris la société Transdev Urbain comme le montre son courrier du 28 janvier 2015 ; aussi, aucune irrégularité sur ce point n'a été susceptible de la léser ;

- les délais, comme les informations délivrées, ont été identiques pour les candidats, étant rappelé que la société Transdev Urbain, en sa qualité de délégataire sortant, a bénéficié de facto d'une situation avantageuse sur son concurrent ;

- les modifications intervenues en cours de négociation ne sont pas significatives ;

- les critères étaient au nombre de quatre : technique, commercial, développement durable et social, financier, les sous-critères étaient détaillés : le rapport d'analyse final met

l'accent sur le sous-critère technique relatif à l'équipe de direction ; il est vrai que pendant tout le déroulement de la négociation, l'équipe de la société Kéolis a particulièrement été appréciée par le collège d'élus en charge de la délégation de service public ; au final, ce sont les avantages que présentait l'offre de la société Kéolis sur le plan commercial et financier qui ont fait la différence ;

- la modification imposée, s'agissant de l'offre des lignes à vocation scolaire, est intervenue pour des raisons de sécurité ; il est observé que les autocars sont moins chers que les autobus et que, s'ils sont utilisés pour les transports scolaires, rien n'empêche leur utilisation en cours de journée à d'autres fins ; aussi ce changement est mineur.

Par un mémoire, enregistré le 13 mars 2015, la société Kéolis, représentée par Me Cordier, conclut au rejet de la requête et à ce que la société Transdev Urbain lui verse la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la demande de la société Transdev Urbain tendant à la production du rapport d'analyse des offres, du rapport du président ainsi que de tous les rapports intermédiaires est irrecevable ;

- les conclusions tendant à l'annulation de la procédure de passation seront rejetées ; la variante présentée par la société Transdev Urbain a parfaitement été analysée et la communauté d'agglomération pouvait légalement l'écarter en cours de négociation ;

- la demande de l'autorité délégante de maintien du parc de 4 véhicules électriques au-delà de 2015 constitue une modification mineure et n'a pu léser la société requérante, cette demande ayant été présentée aux candidats en termes identiques ; de plus, il est observé que cette société a présenté une offre avant la date butoir ; la précision demandée par la société le 31 janvier 2015 sur le renouvellement des 4 véhicules électriques par les véhicules thermiques ne constitue pas une exigence de l'autorité délégante ;

- les offres des deux candidats ont été appréciés au regard des critères et sous-critères fixés dans le règlement de la consultation, le caractère flou et subjectif de ces critères et sous-critères n'est pas démontré ;

- les candidats ont été informés en même temps, soit le 27 janvier 2015, de l'exigence finale de mise en place d'autocars pour les transports scolaires, laquelle est réglementaire ; elle n'a pu léser de toute façon la société Transdev Urbain.

Vu :

- les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;

- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné Mme Marie-Pierre Viard, Vice-président, pour statuer sur les demandes de référés.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus, au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Viard, juge des référés,
- les observations de Me Letellier, pour la société Transdev Urbain,
- les observations de Me Cazcarra et Me Panassac, pour la communauté d'agglomération du Bassin d'Arcachon Sud,
- les observations de Me Cordier, pour la société Kéolis.

1. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative applicable aux faits du litige : « *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 par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public. / Le juge est saisi avant la conclusion d'un contrat* » ; que l'article L. 551-2 dudit code prévoit : « *Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, 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 ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages./ Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations(...)* » ; que l'article L. 551-3 dispose : « *Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés* » ; que l'article L. 551-4 ajoute : « *Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-10 du même code : « *Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 (...) sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué (...)* » ; qu'aux termes de l'article R. 551-1 : « *Le représentant de l'Etat ou l'auteur du recours est tenu de notifier son recours au pouvoir adjudicateur./ Cette notification doit être faite en même temps que le dépôt du recours et selon les mêmes modalités./ Elle est réputée accomplie à la date de sa réception par le pouvoir adjudicateur* » ; qu'en vertu de ces dispositions, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels 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 ;

2. Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. / 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 (...) / La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'usager. / Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire » ; qu'aux termes de l'article L. 1411-5 du même code : « Après décision sur le principe de la délégation, il est procédé à une publicité et à un recueil d'offres dans les conditions prévues aux troisième et quatrième alinéas de l'article L. 1411-1. / Les plis contenant les offres sont ouverts par une commission (...) / Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat » ; qu'aux termes de l'article L. 1411-7 du même code : « Deux mois au moins après la saisine de la commission prévue à l'article L. 1411-5, l'assemblée délibérante se prononce sur le choix du délégataire et le contrat de délégation. / Les documents sur lesquels se prononce l'assemblée délibérante doivent lui être transmis quinze jours au moins avant sa délibération » ;

3. Considérant que les délégations de service public sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique ; que, pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres ; que la circonstance que les dispositions précitées de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales qui reprennent les dispositions de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques prévoient seulement que, après avoir dressé la liste des candidats admis à présenter une offre, la collectivité publique « adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'usager », est sans incidence sur l'obligation d'informer également ces candidats des critères de sélection de leurs offres ; que, toutefois, les dispositions de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993, également reprises à l'article L. 1411-1 précité du code général des collectivités territoriales prévoyant que la personne publique négocie librement les offres avant de choisir, au terme de cette négociation, le délégataire, elle n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre de ces critères ; qu'elle choisit le délégataire, après négociation, au regard d'une appréciation globale des critères, sans être contrainte par des modalités de mise en œuvre préalablement déterminées ; que ces règles s'imposent à l'ensemble des délégations de service public, qu'elles entrent ou non dans le champ du droit communautaire ;

4. Considérant, en premier lieu, que, par un avis de publicité publié notamment le 1^{er} août 2014 au bulletin officiel d'annonces des marchés publics, la communauté d'agglomération du Bassin d'Arcachon Sud a engagé une procédure de passation d'une délégation de service public ayant pour objet la gestion de son réseau de transport en commun comprenant les transports scolaires ; que les trois entreprises, qui ont déposé une offre, ont été invitées à participer à la phase de négociation dont les sociétés Transdev Urbain et Kéolis, la première était délégataire de la précédente convention de délégation de service public relative aux transports en commun dans l'agglomération tandis que la seconde était titulaire du marché public, en cours d'exécution, des 26 lignes de transports scolaires ; qu'à l'issue de la première réunion, seules restaient en lice ces deux candidats qui ont participé aux quatre autres réunions de négociation ; à l'issue de chacune d'entre elles, de nombreuses modifications du document programme, qui leur avait été initialement adressé, ont été apportées ; qu'à la suite de la dernière réunion, elles ont été chacune admises à soumettre une offre finale ; que, par délibération du 27 février 2015, après analyse des offres par la commission de délégation de service public, sur la proposition de sa présidente, le conseil de la communauté d'agglomération a approuvé le choix de la société Kéolis comme délégataire ; que dès la publication par la communauté d'agglomération du Bassin d'Arcachon Sud de l'avis d'intention de conclure avec la société Kéolis, le 24 février 2015, la société Transdev Urbain a engagé le présent référé tendant à l'annulation de la procédure de passation de la délégation de service public en litige qu'elle estime entachée de nombreux vices ;

Sur la variante déposée par la société Transdev Urbain :

5. Considérant que la société Transdev Urbain soutient que la manière dont a été écartée son offre variante constitue une atteinte aux règles de mise en concurrence et l'a lésée par rapport à son concurrent ; qu'il résulte de l'instruction que le règlement de la consultation prévoyait en son article 6-2 que les candidats pouvaient remettre, en sus de l'offre de base et des options obligatoires, des variantes « s'ils les jugent utiles » ; qu'il n'est pas contesté que seules la société Transdev Urbain et la société qui a été écartée à l'issue de la première réunion de négociation ont usé de cette faculté ; que si la société Transdev Urbain a été invitée, lors de la première réunion de négociation, à présenter son projet de base et sa « vision en variante », la communauté d'agglomération du Bassin d'Arcachon Sud fait valoir que cette offre variante a été écartée dès l'issue de la 2^{ème} réunion de négociation qui s'est tenue le 9 janvier 2015 au motif qu'elle s'éloignait beaucoup trop du schéma de base souhaité et que cet abandon n'a donc pu la léser ; que, toutefois, il résulte de l'instruction et notamment des courriers qu'elle a adressés à la société requérante les 12 et 19 janvier 2015 en vue de la préparation des 3^{ème} et 4^{ème} réunions de négociation qui se sont tenues les 16 et 23 janvier suivants, que ce candidat était invité non seulement à parfaire son offre de base mais aussi son offre variante, le courrier du 12 janvier note ainsi que : « dans vos propositions variantes, les points suivants seront retenus... » et si le courrier du 19 janvier traite essentiellement de l'offre de base, il indique en conclusion : « Ces éléments de réponse intégreront la transmission des tableaux-cadres revus pour la base, la variante et les 8 options (options en version offre de base uniquement dans un premier temps) » ; que c'est seulement lors de la réception du courrier du 27 janvier 2015 destiné à la préparation de l'ultime réunion de négociation de finalisation de l'offre prévue le 30 janvier où il n'était plus question de l'offre variante que la société Transdev Urbain a compris, ainsi qu'elle l'a exprimé dans une lettre adressée le lendemain à la communauté d'agglomération, que l'examen de cette offre était implicitement abandonné ; qu'il découle de ce qui vient d'être

dit que la société requérante a travaillé non seulement sur son offre de base mais également sur son offre variante afin de répondre plus précisément, lors des trois réunions de négociation des 9, 16 et 23 janvier 2015, aux attentes exprimées par la communauté d'agglomération du Bassin d'Arcachon Sud, alors que, selon les dires même de celle-ci, il avait été décidé dès l'issue de la réunion du 9 janvier de ne pas retenir cette offre variante ; que, dans ces conditions, et même si la loyauté des relations processuelles ne fait pas l'objet d'une garantie de principe, la société Transdev Urbain est fondée, en l'espèce, à soutenir que la circonstance que l'autorité délégante ne lui ait pas annoncé ni laissé entendre que son offre variante était abandonnée à l'issue de la réunion du 9 janvier mais, au contraire, ait évoqué à nouveau en les retenant des propositions que contenait cette offre dans les courriers des 12 et 19 janvier constitue un manquement aux règles de mise en concurrence de nature à l'avoir lésée par rapport à la société Kéolis, qui n'avait d'ailleurs pas présenté de variante, dans la mesure où, à l'instar de celle-ci et alors que les délais de négociation étaient contraints, elle n'a pu concentrer que très tardivement tous ses efforts à l'amélioration de son offre de base, laquelle a été, au final, seule analysée à l'issue de la phase de négociation ; que la circonstance que la société requérante était délégataire de la précédente convention de délégation de service public relative aux réseaux de transport en commun est à cet égard sans incidence ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la recevabilité de ses demandes de communication du rapport d'analyse des offres de la commission de délégation de service public, du rapport du président ainsi que tous les rapports intermédiaires et d'examiner les autres manquements invoqués, la société Transdev Urbain est fondée à demander l'annulation de la procédure de dévolution de la délégation de service public du réseau de transport public urbain de la communauté d'agglomération du Bassin d'Arcachon Sud à compter de l'ouverture de la phase de négociation ;

Sur les conclusions à fin d'injonction :

7. Considérant qu'en égard au stade auquel est prononcée la présente annulation, il appartiendra à la communauté d'agglomération du Bassin d'Arcachon Sud, si elle entend procéder à la délégation de service public en litige, de reprendre la procédure au moins au stade de la négociation ; que, toutefois, dans la mesure où la communauté d'agglomération du Bassin d'Arcachon Sud n'est pas tenue de relancer la procédure, il n'y a pas lieu de prononcer l'injonction sollicitée par la société Transdev Urbain ;

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

8. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société Transdev Urbain, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, les sommes que demandent la communauté d'agglomération du Bassin d'Arcachon Sud et la société Kéolis au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ; que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu, en application des mêmes dispositions, de mettre à la charge de la communauté d'agglomération du Bassin d'Arcachon Sud et de la société Kéolis les sommes que demande la société Transdev Urbain en remboursement des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

O R D O N N E

Article 1^{er} : La procédure de délégation de service public engagée par la communauté d'agglomération du Bassin d'Arcachon Sud est annulée à compter de l'ouverture de la phase de négociation.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête et les conclusions présentées par la communauté d'agglomération du Bassin d'Arcachon Sud et la société Kéolis au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetés.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Transdev Urbain, la communauté d'agglomération du Bassin d'Arcachon Sud et la société Kéolis.

Fait à Bordeaux, le 24 mars 2015

Le juge des référés

Le greffier

M.P. VIARD

D. CALEMAR

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,