

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE BORDEAUX**

REPUBLIQUE FRANÇAISE

N° 2101190

SOCIETE THURET VOYAGES

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Pouget
Juge des référés

Le juge des référés

Audience du 30 mars 2021
Ordonnance du 2 avril 2021

C

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 11 mars 2021 et un mémoire enregistré le 26 mars 2021, la société Thuret Voyages, représentée par son dirigeant en exercice et ayant pour avocat Me Salen, demande au juge des référés, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler toutes décisions se rapportant à la procédure d'appel d'offre ouvert mise en œuvre par la région Nouvelle-Aquitaine pour l'attribution du lot n° 3 (Ligne R 9 Limoges - Felletin) dans le cadre de l'accord-cadre pour l'exécution des services publics de ligne régulières de voyageurs sur le territoire de la Creuse et de la Haute-Vienne ;

2°) d'enjoindre à la région Nouvelle-Aquitaine de lui communiquer sous 48 heures à compter de la notification de l'ordonnance à intervenir les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue (dont le prix de l'attributaire) et les notations par sous-critère pour l'attributaire et l'exposante ;

3°) de mettre à la charge de la région Nouvelle-Aquitaine la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la lésion n'est pas exclue du seul fait que le requérant a été placé dans la même situation que les autres candidats ; en l'occurrence, même si son offre n'a pas été classée deuxième elle disposait de chances sérieuses de l'emporter et justifie ainsi d'une lésion ;

- la région a méconnu l'article R. 2181-1 du code de la commande publique ; en effet elle n'a pas été mise à peine de connaître les raisons du rejet de son offre et connaître ses notes pour chacun des sous-critères ;

- elle a demandé la communication des motifs détaillés de rejet de son offre mais n'a pas obtenu de réponse ; l'article R. 2181-4 du code a été également méconnu ;

- la région a communiqué par erreur dans le dossier de consultation le rapport annuel 2018 de la société Thuret pour l'exploitation de la ligne R 7, accompagné des comptes d'exploitation ; elle a ainsi également méconnu l'article L. 2132-1 du code de la commande publique ; la procédure de passation est illégale alors même que la divulgation d'information concerne une autre procédure de passation ; en l'occurrence les documents divulgués comportaient de nombreuses informations relevant du secret des affaires relatives à la gestion de ligne Limoges-Felletin ; ces éléments ont été portés à la connaissance des candidats concurrents pour le lot n° 3 ;

- il en résulte une rupture d'égalité entre les candidats ;
- elle justifie d'une lésion.

Par des mémoires en défense enregistrés les 23 et 29 mars 2021, la région Nouvelle Aquitaine, représentée par Me Burel, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 1 500 euros soit mise à la charge de la société Thuret Voyages en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- eu égard aux informations communiquées par la région la société requérante est en mesure de connaître précisément les points sur lesquels l'offre de la société attributaire s'est distinguée par rapport à la sienne, par critère, sous-critère et élément d'appréciation ; l'information donnée est donc parfaitement conforme aux exigences du code de la commande publique et de la jurisprudence ;

- le rapport annuel du délégataire n'est pas couvert par le secret des affaires ; dans tous les cas, la seule divulgation d'éléments confidentiels d'une certaine importance est de nature à caractériser une rupture d'égalité et à annuler une procédure ; en l'occurrence les informations divulgués portaient sur une délégation de service public et non sur une offre commerciale dans le cadre d'une procédure de marché public ; ces documents ne pouvaient révéler une stratégie commerciale et induire une rupture d'égalité ;

- la requérante n'est pas susceptible d'être lésée par cette divulgation ; aucun des éléments communiqués n'a pu conférer un avantage concurrentiel aux candidats ; le moyen est donc inopérant ; la société, informée de l'erreur de communication, n'a d'ailleurs pas réagi, ni saisi le juge des référés sur le fondement de l'article R. 557-3 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a désigné M. Pouget, vice-président, pour statuer sur les demandes de référé.

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

Après la présentation du rapport, ont été entendues au cours de l'audience publique du 30 mars 2021 à 14h00 :

- les observations de Me Salen, représentant la société Thuret Voyages, qui reprend les moyens de ses écritures en les développant, admettant toutefois avoir reçu les réponses à sa demande d'information, si ce n'est en ce qui concerne le rapport d'analyse des offres.

- et les observations de Me Roger-Dalbert, représentant la région Nouvelle-Aquitaine, qui reprend en les développant les arguments de ses écritures.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience publique.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel d'offres ouvert du 16 décembre 2020, la région Nouvelle-Aquitaine a engagé une procédure de passation d'un accord-cadre d'exécution de services publics de lignes régulières de transport routier de voyageurs sur le territoire de la Creuse et de la Haute-Vienne à compter du 1er septembre 2021. La société Thuret Voyages a notamment remis une offre pour le lot n° 3 (ligne 9 Limoges-Felletin) mais n'a pas été déclarée attributaire de ce lot, ce dont elle a été informée par un courrier reçu le 5 mars 2021. Par lettre du 12 mars 2021, elle a demandé à obtenir le détail par critères et sous-critère de ses notes et de celles de l'attributaire, la société Faure Autocars Corrèze, ainsi que des avantages et inconvénients de l'offre retenue. Parallèlement elle demande au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'enjoindre à la région Nouvelle-Aquitaine de lui communiquer les mêmes éléments d'information ainsi que les motifs de rejet de son offre, et d'annuler toute décision se rapportant à la procédure de passation du marché litigieux.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

2. 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 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, la délégation d'un service public (...)* ». Aux termes de l'article L. 551-2 de ce code : « *I. 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 (...)* ». Selon l'article L. 551-10 du même code : « *Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué (...)* ».

3. En vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, 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 qui sont susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient, dès lors, au juge des référés précontractuels de rechercher si l'opérateur économique 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 lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur économique concurrent.

En ce qui concerne la communication des motifs de rejet de l'offre :

4. Selon l'article R. 2181-1 du code de la commande publique : « *Dès qu'il a fait son choix, l'acheteur le communique aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat* ». Aux termes de l'article R. 2181-3 du code de la commande publique, « *La notification prévue à l'article R. 2181-1 mentionne les motifs du rejet de la candidature ou de l'offre. / Lorsque la notification de rejet intervient après l'attribution du marché, l'acheteur communique en outre : / 1° Le nom de l'attributaire ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de son offre ; / 2° La date à compter de laquelle il est susceptible de signer le marché dans le respect des dispositions de l'article R. 2182-1* ». L'article R. 2181-4 du même code dispose : « *A la demande de tout soumissionnaire ayant fait une offre qui n'a pas été rejetée au motif qu'elle était irrégulière, inacceptable ou inappropriée, l'acheteur communique dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de cette demande : / (...) 2° Lorsque le marché a été attribué, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue.* ».

5. Il n'entre pas dans l'office du juge des référés pré-contractuels tel que défini par l'article L. 551-1 du code de justice administrative d'ordonner la communication du rapport d'analyse des offres, qui revêt un caractère préparatoire avant la signature de l'accord-cadre. Les conclusions présentées en ce sens ne peuvent dès lors être accueillies.

6. Néanmoins, l'information sur les motifs du rejet de son offre dont est destinataire l'entreprise en application des dispositions précitées a, notamment, pour objet de permettre à la société non retenue de contester utilement le rejet qui lui est opposé devant le juge du référé précontractuel saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative. En l'espèce, il résulte de l'instruction que par un courrier en date du 5 mars 2021, la région Nouvelle-Aquitaine a informé la société Thuret Voyages de ce que son offre était rejetée, en lui indiquant le nom de l'attributaire, et les notes attribuées aux deux sociétés sur chacun des critères. Elle a complété cette information postérieurement à l'introduction de la requête en transmettant le 15 mars 2021 le détail des notations des deux sociétés pour chaque sous-critère. Cependant, et alors que la société Thuret Voyages avait demandé, à réception du courrier du 5 mars 2021, à connaître les caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue, la seule communication des notations non assorties d'éléments synthétiques d'évaluation de nature à lui permettre de connaître précisément les motifs de rejet de sa candidature et d'attribution à la société Faure Autocars Corrèze, ne satisfait pas aux exigences des dispositions précitées de l'article R. 2181-4 du code de la commande publique. Cette carence de la région Nouvelle-Aquitaine quant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence n'a pas été levée par ses écritures en défense devant le juge des référés.

En ce qui concerne la violation du secret des affaires et la rupture d'égalité entre les candidats :

7. Aux termes de l'article L. 2132-1 du code de la commande publique : « *L'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation du montant total ou du prix détaillé des offres. (...)* ».

8. La société Thuret Voyages fait valoir que la région Nouvelle-Aquitaine a inclus par erreur dans le dossier de consultation des entreprises pour le renouvellement de délégation de service public de la ligne R 7 (Limoges-Tulle) son rapport annuel 2018 intégral pour la ligne 9 faisant l'objet du lot n° 3 de l'appel d'offre, ainsi que les comptes d'exploitation de cette ligne. D'une part, il n'est pas contesté que tant les comptes d'exploitation que certaines informations contenues dans le rapport annuel d'exploitation de la ligne par la société requérante, relatives notamment aux charges d'exploitation, sont couvertes par le secret industriel et commercial. D'autre part, il résulte de l'instruction que le rapport comportait en particulier des informations sur le service offert aux usagers, la fréquentation de la ligne et les différentes catégories d'usagers, le personnel affecté à la ligne, le parc de véhicules (avec des précisions sur le niveau de confort et les motorisations), la démarche qualité, les investissements réalisés dans le cadre de la ligne, ou encore les comptes annuels, avec mention des dépenses et des recettes. S'il est vrai que les informations considérées remontent à 2018 et concernent une exploitation en délégation de service, c'est à juste titre que la société requérante relève qu'elles restaient néanmoins pour partie pertinentes tout en étant pour certaines directement en lien avec les critères et sous-critères d'évaluation des candidats à l'accord-cadre, qu'il s'agisse en particulier des contrôles mis en œuvre pour la qualité du service, du délai de mise en place d'un conducteur et d'un véhicule de réserve, du plan de formation de l'entreprise, du plan de maintenance et d'entretien des véhicules ou encore des actions visant à réduire l'impact des dépôts/locaux de l'entreprise. Par ailleurs, si les documents considérés ont été divulgués dans le cadre d'une procédure distincte de celle visant à attribuer le lot n° 3 de l'accord-cadre, il n'est pas contesté que certaines entreprises candidates à ce lot, notamment l'attributaire, avaient également présenté des candidatures dans le cadre de cette autre procédure et ont eu accès aux informations en cause, pouvant dès lors en tirer un avantage concurrentiel en anticipant sur certains éléments de l'offre de la société Thuret Voyages. Dans ces conditions, cette dernière justifie tant de la méconnaissance par l'acheteur du principe de confidentialité des offres garanti par l'article L. 2132-1 du code de la commande publique que du risque de lésion en résultant pour elle, et son moyen doit donc être accueilli.

9. Par voie de conséquence de ce qui vient d'être dit au point 8, et dès lors qu'il n'est pas allégué ni ne résulte de l'instruction que des considérations impérieuses d'intérêt général s'y opposeraient, la procédure de passation litigieuse doit être annulée à compter de l'information des candidats par la remise du dossier de consultation, ce qui implique, si la région Nouvelle-Aquitaine entend conclure l'accord-cadre, de reprendre la procédure à ce stade au regard des motifs de la présente ordonnance. Il n'y a pas lieu dans ces conditions, en dépit de ce qui a été dit au point 6, d'ordonner à la région de compléter l'information de la société requérante quant aux motifs de son éviction.

Sur les frais d'instance :

10. La société Thuret Voyages n'étant pas la partie perdante dans la présente instance, les conclusions présentées par la région Nouvelle-Aquitaine sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative doivent être rejetées. Il y a lieu en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la région Nouvelle-Aquitaine la somme de 1 500 euros à verser à la société Thuret Voyages au titre de ses frais d'instance.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La procédure de passation du lot n° 3 de l'accord-cadre pour l'exécution des services publics de lignes régulières de transport routier de voyageurs sur le territoire de la Creuse et de la Haute-Vienne est annulée à compter de l'information des candidats.

Article 2 : la région Nouvelle-Aquitaine versera une somme de 1 500 euros à la société Thuret Voyages au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les conclusions présentées au titre des mêmes dispositions par la Région Nouvelle-Aquitaine sont rejetées.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Thuret Voyages, à la région Nouvelle-Aquitaine et à la société Faure Autocars Corrèze.

Fait à Bordeaux, le 2 avril 2021.

Le juge des référés

La greffière,

L. Pouget

C. Gioffré

La République mande et ordonne à la préfète de la région Nouvelle-Aquitaine en ce qui la 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,
La greffière,