**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NANTES**

N° 2210355

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Société Titi Floris

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Cécile Loirat
Juge des référés

La juge des référés

Audience du 30 août 2022
Ordonnance du 1er septembre 2022

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 4 et 30 août 2022, la société anonyme coopérative ouvrière de production (SCOP) Titi Floris, représentée par Me Oillic, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans le dernier état de ses écritures :

1°) d'annuler la décision du 27 juillet 2022 par laquelle la région des Pays de la Loire a rejeté ses offres pour les lots 1 à 18 de l'accord-cadre de services de transport scolaire pour les élèves et étudiants en situation de handicap domiciliés dans le département de la Mayenne, et attribué lesdits lots aux sociétés Ano, Expotrans, Grand Sud, Monamiligo, Smart Mobilité, et Transports Rayon ;

2°) d'annuler la procédure dans son intégralité ;

3°) d'enjoindre à la région des Pays de la Loire de reprendre la procédure de passation au stade de l'analyse des offres ;

4°) de mettre à la charge de la région des Pays de la Loire la somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la région des Pays de la Loire a fait un usage abusif des dispositions de l'article R. 2161-5 du code de la commande publique en exigeant à la société Titi Floris de communiquer les sous-détails des prix, alors que ces dispositions permettent seulement à un acheteur de demander des précisions sur la teneur d'une offre et non, comme en l'espèce, de demander des justifications ;

- la région a, en ne jugeant pas ses offres au regard des prix affichés lors de la remise des offres, mais en se référant aux sous-détails des prix communiqués illégalement réclamés à la seule société Titi Floris, méconnu l'égalité de traitement des candidats ;

- son offre n'était pas irrégulière au sens de l'article L. 2152-1 du CCP ; les stipulations de l'article 14.2 cahier des clauses administratives particulières (CCAP), au regard desquelles la région des Pays de la Loire a apprécié la régularité de ses offres ne sont pas formulées de manière claire, précise et univoque ; la notion de charges de structure n'est ainsi pas définie et les charges salariales ne semblent pouvoir être comprises ni dans le terme fixe ni dans le terme kilométrique ;

- les stipulations de l'article 14.2 du CCAP qui interdisent d'inclure, d'une part, les coûts de roulage et de conduite dans le terme fixe et, d'autre part le coût d'amortissement et de financement du matériel roulant, les charges de structure ainsi que les marges dans le terme kilométrique, sont illégales :

- elles méconnaissent la liberté du commerce et de l'industrie, incluant la libre fixation des prix, au sens de l'article L. 410-2 du code de commerce ; elles traduisent une volonté de l'acheteur public de définir le prix du candidat, alors qu'il revient à lui-seul de fixer son prix et d'en assumer le risque ;
- la composition du terme fixe et kilométrique imposée par l'acheteur public est entachée d'erreur d'appréciation et ne correspond à la réalité du secteur d'activité ;
 - si la région impose que le terme fixe comprenne le coût d'amortissement et de financement du matériel roulant, les charges de structures ainsi que les marges, cette décomposition ne tient pas compte de la situation où l'opérateur de transport utilise des véhicules de location, et non des véhicules achetés, qui doivent être intégrés dans le coût kilométrique ;
 - les prix et coûts des prestations sont des notions différentes ; le prix inclut le coût et les marges ; le coût résulte des charges directes et aléas ; un candidat peut formuler une offre à prix d'appel, n'incluant pas la totalité des coûts de la prestation, sans que son offre ne puisse être qualifiée d'anormalement basse ;
 - les coûts de roulage et les coûts de conduite ne sont pas définis ; les coûts de conduite peuvent constituer une charge fixe (notamment les charges salariales), indépendante des kilomètres parcourus, qu'il convient d'intégrer dans le terme fixe du prix ; l'interdiction de prévoir une marge sur ces coûts est illégale au regard de l'article L. 1431-1 du code des transports, alors les circuits n'étant pas connus, ils emportent une part de risque et d'aléa pour les candidats ;
 - les charges de structure ne sont pas définies ;
 - les charges salariales ne peuvent être prises en compte ni dans le terme fixe ni dans le coût kilométrique ; l'impossibilité d'inclure ces charges salariales dans le terme fixe méconnaît la convention collective nationale des transports routiers (qui prévoit des garanties horaires de rémunérations) et ne correspond pas aux conditions réelles d'exploitation ;
 - la décomposition des prix imposée par l'acheteur ne permet pas la rémunération des circulations à vide et des coûts d'attente ;
- la région a méconnu les dispositions de l'article L. 1431-1 du code des transports en interdisant aux opérateurs économiques d'inclure, d'une part, des coûts de conduite dans le terme fixe et, d'autre part, des coûts d'amortissement des véhicules dans le terme kilométrique ;

- enfin, en se fondant sur les sous-détails de prix et non sur les prix formulés dans ses offres, la région des Pays de la Loire a commis une erreur d'appréciation en jugeant que le terme

fixe des trajets inférieurs à 20 km incluait des coûts de conduite et que le terme kilométrique des trajets supérieurs à 50 km incluait des coûts d'amortissement de véhicule ainsi que des marges ;

- ce faisant, l'acheteur a lésé la requérante alors que le critère de prix représente 70% de la note.

Par un mémoire en défense, enregistré le 12 août 2022, la région des Pays de la Loire, représentée par Me Marchand, demande au juge des référés :

1°) de rejeter la requête de la société Titi Floris ;

2°) à titre subsidiaire, de rejeter la requête sur le fondement de l'article L. 551-2 du code de justice administrative dès lors qu'une annulation de la procédure porterait atteinte à l'intérêt public ;

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

Elle soutient que :

- elle était fondée, en vertu de l'article R. 2161-5 du code de la commande publique, à formuler une demande de précision de l'offre de la société Titi Floris, sans préjudice de l'intangibilité des offres et alors que cette pratique est recommandée par la DAJ ; la demande de produire sous-détail des prix unitaires avait pour objet de contrôler les prix affichés et la régularité de l'offre remise ;

- les échanges avec la société Titi Floris ont révélé que ses offres incluait des coûts de conduite dans le terme fixe du prix et des coûts d'amortissement de véhicule dans le terme kilométrique, en méconnaissance de l'article 14.2 du CCAP, de telle sorte que ses offres ne pouvaient qu'être rejetées comme étant irrégulières ;

- les sous-détails de prix communiqués ultérieurement par la requérante ayant ainsi révélé une dénaturation des bordereaux de prix unitaires (BPU), le moyen tiré de la méconnaissance de l'article R. 2161-5 du code de la commande publique est en tout état de cause inopérant, il n'a pu léser la société requérante dont les offres étaient irrégulières ;

- elle n'était pas tenue de solliciter des précisions complémentaires aux autres candidats qui ne se trouvaient pas dans une situation comparable à celle de la société Titi Floris, de sorte qu'elle n'a pas méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats ;

- concernant la validité de la décomposition des prix du CCAP, d'une part, les stipulations n'étaient pas entachées de l'imprécision prétendue ; les charges de structure sont une notion courante de comptabilité générale des entreprises et comprennent les frais généraux et les charges salariales, y compris des personnels non conducteurs ; concernant le terme kilométrique, les coûts de roulage sont ceux liés aux déplacements des véhicules (énergie, frais d'usure...), alors que les coûts de conduite sont ceux liés à la mobilisation des conducteurs ;

- en tout état de cause, alors que la société Titi Floris était candidat sortant pour plusieurs des lots du marché à renouveler, la décomposition des prix était la même en 2021 et la requérante n'a formulé aucune question ni demande de précision quant à la définition des charges de structure, des coûts de roulage et des coûts de conduite ;

- d'autre part, l'article L. 2112-6 du CCP oblige les acheteurs publics à déterminer les prix ; l'article 14.2 du CCAP précisant la méthode de fixation des prix, conformément aux recommandations de la fédération nationale des transports de voyageurs, permettait à la région des Pays de la Loire de faire une analyse homogène des offres reçues ; chaque opérateur restait cependant libre de fixer ses tarifs, de sorte qu'aucune atteinte à la libre détermination des prix n'est caractérisée ;

- en tout état de cause, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offre, les candidats ne sauraient se substituer au pouvoir adjudicateur dans la définition de la décomposition du prix ;
- la requérante ne démontre pas que la décomposition des prix de l'acheteur dans le CCAP et les BPU ne permettaient pas de retenir une juste rémunération des prestations du marché, en méconnaissance de l'article L. 1431-1 du code des transports ;
- le prix retenu par l'acheteur comprend un terme fixe journalier, appliqué aux jours réels de fonctionnement du service, et un terme kilométrique appliqué aux kilomètres parcourus ; cette méthode, qui distingue une part fixe (charges fixes du titulaire) et une part variable (coûts de roulage, selon la recommandation de la FNTR), permet de prendre en compte l'intégralité des coûts de la prestation, contrairement aux allégations de la société Titi Floris ;
- notamment, les coûts horaires des conducteurs sont pris en compte mais doivent figurer dans le terme kilométrique et non dans le terme fixe ;
- le CCAP n'interdit pas aux candidats d'inclure une marge sur les coûts de roulage et de conduite, mais elle doit figurer dans le terme fixe et non dans le terme kilométrique, afin de permettre l'analyse homogène des offres ;
- les contrats de leasing automobiles constituent un mode de financement des véhicules roulants, dont le prix peut donc être répercuté dans le terme fixe du bordereau de prix unitaire (BPU), de sorte que le dossier de consultation n'interdit nullement le recours au leasing ;
- les offres de la société Titi Floris étaient irrégulières au sens de l'article L. 2152-2 du CCP ; les sous-détails de prix communiqués par la requérante ont en effet révélé que le terme fixe des trajets inférieurs à 20 Km incluait des coûts de conduite (coûts horaires de conducteurs) et que le terme kilométrique des trajets supérieurs à 50 Km incluait des coûts d'amortissement des véhicules et des charges, en méconnaissance du cahier des charges ;
- en confondant les éléments composant le terme fixe et le terme kilométrique pour les trajets inférieurs à 20 km et supérieurs à 50 km, la société Titi Floris a dénaturé le contenu des BPU et méconnu les modalités de fixation du prix prévues par l'article 14.2 du CCAP, faisant ainsi obstacle à ce que la région puisse procéder à l'analyse des offres de manière homogène ;
- en tout état de cause, dans l'hypothèse où les moyens seraient accueillis, une annulation même partielle de la procédure serait particulièrement préjudiciable à l'intérêt public attaché à la nécessité de continuité du service public de transports scolaires pour les élèves en situation de handicap ; la requête ne pourrait qu'être rejetée sur le fondement de l'article L. 551-2 du code de justice administrative.

Par un mémoire, enregistré le 29 août 2022, la société Transports Européens Grand Sud, représentée par Me Neveu, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la société Titi Floris au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la mise en œuvre de l'article R. 2161-5 du code de la commande publique, dans une procédure ne permettant pas la négociation avec les candidats, constitue une faculté pour l'acheteur en présence d'une offre ambiguë ou incohérente ; la région des Pays de la Loire était fondée en l'espèce à vérifier que les cases non remplies par la société Titi Floris (prix kilométrique pour les trajets de moins de 20 Km et terme fixe pour les trajets de plus de 50 Km), correspondaient à un prix de 0 euros et non à un oubli du candidat ; cette vérification était au demeurant favorable au candidat, lui offrant une chance de régulariser son offre dans la limite de l'intangibilité des offres ;
- les réponses apportées à la demande faite le 6 mai 2022 par l'acheteur ont révélé que le candidat inversait ou mélangeait les contenus du terme fixe et du terme

- kilométrique, justifiant que l'acheteur demande la communication des sous-détails de prix pour le vérifier ;
- en tout état de cause, il a déjà été jugé que son offre ainsi formulée en réponse à un appel d'offres similaire du département de la Vendée était incomplète et donc irrégulière ; la requérante n'a dans ces conditions pu être lésée par la demande de précision ; les moyens soulevés, sans rapport avec l'irrégularité de son offre, sont inopérants ;
 - la requérante étant la seule candidate à n'avoir pas rempli intégralement les PBU, n'est pas fondée à se prévaloir d'une inégalité de traitement des candidats et de la méconnaissance de l'article L. 3 du CCP ;
 - la décomposition des prix par l'acheteur s'imposait compte tenu des articles L. 2, L. 2111-1 et L. 2112-6 du code de la commande publique ainsi que des articles R. 2112-5 à 18 du même code ; le règlement de consultation renvoyait à l'article 10-1-3 du CCAG-FCS, définissant les charges d'exploitation, et à l'annexe 2 à l'acte d'engagement, sous-détail de prix ; l'acheteur a ainsi opéré une décomposition explicite et transparente des prix du marché ; en cas de doute sur la ventilation des charges, il revenait en tout état de cause à la requérante d'interroger l'acheteur ;
 - la décomposition des prix retenue par l'acheteur et l'exigence de présentation formelle de leurs offres sont restées sans incidence sur la libre détermination des prix des candidats, l'article L. 410-2 du code de commerce n'a donc pas été méconnu ; sont dès lors inopérants les moyens tirés de la non-conformité au plan comptable général ou aux résultats économiques du secteur ; le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 1431-1 du code des transports manque en fait ;
 - la requérante n'a pas été empêchée d'établir librement ses prix en fonction de sa propre structure des coûts, il lui revenait cependant de compléter correctement le BPU ;
 - le BPU, dénaturé par la requérante, étant au rang des pièces contractuelles, l'offre de la société Titi Floris était bien irrégulière.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

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

Le président du tribunal a désigné Mme Loirat en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

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

Au cours de l'audience publique tenue en présence de Mme Legeay, greffière d'audience, Mme Loirat a lu son rapport et entendu :

- les observations de Me Ouillic, représentant la société Titi Floris, en présence de M. Couilleau, gérant de la société et de Mme Kobsh, responsable des ressources humaines,

- les observations de Me Angibaud, substituant Me Marchand, représentant la région des Pays de la Loire, en présence de M. Raisky, directeur financier adjoint de la collectivité,
- et les observations de Me Neveu, représentant la société Transports Européens Grand Sud.

La clôture de l'instruction a été différée au mercredi 31 août 2022 à 12 heures.

Par une note en délibéré, enregistrée le 31 août 2022 à 10 heures 29, la région des Pays de la Loire a demandé au tribunal de substituer au motif d'irrégularité tiré du non-respect de la décomposition du prix prévue par le CCAP, celui tiré de l'incomplétude de l'offre de la société Titi Floris.

Par deux notes en délibéré enregistrées le 31 août 2022 à 10 heures 30 et 11 heures 49, la société Titi Floris a maintenu ses demandes et porté sa demande à 6 000 euros sa demande tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle a fait valoir que :

- la composition de prix était différente lors de la passation des précédents marchés,
- la décomposition retenue au présent appel d'offres a sinon pour objet du moins pour effet que l'acheteur ne paye que les trajets en charge, et ne permet pas ainsi la rémunération complète des coûts supportés par le transporteur,
- elle justifie qu'elle a produit des BPU complets,
- elle produit des graphiques explicitant son offre de prix, notamment son coût de « matériel » inclus dans le coût kilométrique,
- la demande de substitution de motif demandée par l'acheteur, est une reconnaissance de l'illégalité de sa décision initiale rejetant son offre comme irrégulière ; il ne pourra y être fait droit, dès lors, notamment, qu'à la faveur de la demande de précision de la région des Pays de la Loire la requérante a confirmé qu'elle avait entendu mettre une valeur de 0 euros dans les deux cases prétendument non renseignées de son BPU.

La société Titi Floris a produit plusieurs autres notes en délibéré, postérieurement à la clôture de l'instruction, qui n'ont pas été communiquées.

La société Transports Européens Grand Sud a présenté une note en délibéré le 31 août 2022 après la clôture de l'instruction, qui n'a pas été communiquée.

Considérant ce qui suit :

1. 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 ou la*

sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. » ; que l'article L. 551-2 du même code dispose que : « 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 ».

2. Il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration. En vertu de cet article, 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.

3. Par un avis d'appel public à la concurrence du 18 mars 2022, la région des Pays de la Loire, agissant en vertu d'une délégation accordée par le département de la Mayenne, a lancé un appel d'offres ouvert, clôturé le 20 avril 2020, en vue de l'attribution d'un accord-cadre de services de transport scolaire pour les élèves et étudiants en situation de handicap domiciliés dans le département de la Mayenne, d'une durée de 12 mois reconductible 3 fois pour une période de 12 mois. Le marché était alloté en 19 lots, dont 18 lots géographiques et 1 lot relatif au transport scolaire avec des véhicules dédiés au transport de personnes à mobilité réduite (TPMR). Titulaire de nombreux lots du précédent marché de transport scolaire pour le compte de la région, la société Titi Floris a déposé une offre pour chacun des 19 lots de l'accord-cadre. Par deux lettres du 27 juillet 2022, la société Titi Floris a été informée que son offre a été retenue pour le lot 19, mais que la région des Pays de la Loire a rejeté ses offres pour les lots 1 à 18 comme irrégulières au sens de l'article L. 2152-2 du CCP et l'a informée des sociétés attributaires de ces lots.

En ce qui concerne la régularité de la demande de précision de l'acheteur :

4. Aux termes du premier alinéa de l'article L. 2152-1 du code de la commande publique : « *L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées* ». L'article L. 2152-2 du même code précise qu'une offre irrégulière est « *une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale* ». L'article R. 2152-2 dispose : « *Dans toutes les procédures, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. / La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles* ». Aux termes de l'article R. 2161-5 du CCP, applicable aux procédures d'appels d'offres ouverts : « *L'acheteur ne peut négocier avec les soumissionnaires. Il lui est seulement possible de leur demander de préciser la teneur de leur offre* ». Si l'acheteur n'est pas tenu d'inviter un candidat à préciser ou à compléter une offre irrégulière, il peut toutefois demander à un candidat des précisions sur son offre si celle-ci lui paraît ambiguë ou incertaine, ou l'inviter à rectifier ou à compléter cette offre sans que le candidat puisse alors en modifier la teneur. En revanche, les

offres des candidats sont fermes et ont valeur contractuelle, de sorte que le pouvoir adjudicateur ne saurait intervenir dans l'expression de leur volonté en modifiant une offre, sans risquer une rupture d'égalité entre les candidats.

6. Il résulte de l'instruction que, par un courriel du 6 mai 2022, la région des Pays de la Loire a, sur le fondement de l'article R. 2161-5 du CCP, demandé à la société Titi Floris de lui préciser si, dans les bordereaux de prix unitaires (BPU) concernant les lots n°1 à 18, elle avait entendu mettre « 0 euros » comme prix du terme kilométrique pour les trajets inférieurs à 20 Km et comme prix du terme fixe pour les trajets supérieurs à 50 Km. Par un second courriel du 19 mai 2022, la région a donné acte à la société Titi Floris de sa confirmation de ce qu'elle avait porté la valeur de 0 euros pour chacun de ces termes et lui a demandé de confirmer, d'une part, qu'elle n'appliquerait pas à l'acheteur pour le terme fixe (trajets supérieurs à 50 Km) de coût d'amortissement et de financement du matériel roulant ni de charges de structures, d'autre part, que pour le terme kilométrique (trajets inférieurs à 20 Km) que des coûts de roulage ou de conduite ne feraient pas l'objet d'un report sur le terme fixe. Par ce même courriel, la région des Pays de la Loire demandait à la société Titi Floris, « afin de mieux appréhender la composition de (son) prix », de lui produire un sous-détail de prix du terme fixe pour les trajets supérieurs à 50 Km et du terme kilométrique pour les trajets inférieurs à 20Km. Par un courriel du 23 mai 2022, la candidate a objecté que la décomposition de prix retenue par l'acheteur « n'épousait pas parfaitement les réalités économiques (du) secteur d'activités et le plan comptable général », et regretté l'imprécision des notions de « coûts de roulage et de conduite », « charges de structures » et « marges », et elle a attiré son attention sur sa difficulté à ventiler, en particulier, les coûts des matériels roulants objet de contrats de location et les coûts conducteurs au regard des garanties conventionnelles de rémunération à intégrer. La société Titi Floris a toutefois confirmé à l'acheteur qu'elle n'appliquerait pas pour le terme fixe (trajets supérieurs à 50 Km) de coût d'amortissement ou de financement du matériel roulant ni de charges de structures, d'autre part, que pour le terme kilométrique (trajets inférieurs à 20 Km), les coûts de roulage ou de conduite ne feraient pas l'objet d'un report sur le terme fixe. Par un nouveau courriel du 1^{er} juin 2022, la région des Pays de la Loire, prenant acte de cette confirmation, a persisté à réclamer à la société Titi Floris le sous-détail de prix du terme fixe pour les trajets supérieurs à 50 Km et du terme kilométrique pour les trajets inférieurs à 20Km et la société Titi Floris a fait droit à cette demande de production complémentaire par courriel du 8 juin suivant. Par lettre du 27 juillet 2022, la société Titi Floris a été informée que ses offres pour les lots 1 à 18 avaient été rejetées au motif qu'elles étaient irrégulières, dès lors qu'il ressort « au vu des éléments fournis dans votre sous-détail de prix que le terme fixe pour les trajets inférieurs à 20 Km inclut des coûts de conduite et que le terme kilométrique pour les trajets supérieurs à 50 Km inclut des coûts d'amortissement de véhicules ainsi que des marges, ce qui n'est pas conforme au cahier des charges ».

7. D'une part, la demande de précision était justifiée au regard de l'incomplétude du BPU produit par la société Titi Floris, alors que le prix des prestations est affecté d'un coefficient de 70% et que, selon l'article 5.2 du règlement de consultation, en cas de discordance dans une offre les indications du BPU prévalent. En outre, compte tenu de l'ambiguïté des réponses apportées par la société Titi Floris aux demandes de précisions, les services de la région des Pays de la Loire ont pu, sans méconnaître les dispositions de l'article R. 2161-5 du code de la commande publique, exiger de ce candidat un complément d'information sous la forme d'un sous-détail de prix du terme kilométrique pour les trajets supérieurs à 50 Km et du terme fixe pour les trajets inférieurs à 20 KM afférents aux lots n°1 à 18.

8. D'autre part, il ne résulte pas de l'instruction que d'autres candidats aient formé une offre comportant un BPU incomplets ou présentant des termes de prix fixes ou de prix

kilométriques nuls. Par suite, en n'exigeant pas des autres candidats, non placés dans une situation comparable, la production d'un sous-détail de prix, la région des Pays de la Loire n'a pas méconnu l'égalité de traitement entre candidats.

En ce qui concerne la validité des stipulations du CCAP relatives au contenu des prix :

9. L'article 14.2 du CCAP renvoyait à la définition de l'article 10.1.3 du CCAG.FCS des charges d'exploitation supportées par le transporteur et indiquait que la rémunération des accord-cadre serait déterminée par application de deux prix unitaires : un terme kilométrique s'appliquant aux kilomètres produits au sens de l'article 2 f du CCTP et un terme fixe journalier s'appliquant aux jours de fonctionnement réel du service. Le CCAP précisait que « le terme fixe comprend le coût d'amortissement et de financement du matériel roulant, les charges de structure et les marges », tandis que « le terme kilométrique comprend les coûts de roulage et de conduite » et « qu'en aucun cas le coût de conduite ne doit être intégré au niveau du terme fixe ». Le CCAP précisait que la rémunération du transporteur est fixée de la façon suivante : (kilométrage total journalier déterminé selon les règles prévues à l'article 2 f du CCTP x terme kilométrique fixe) + terme fixe HT journalier = coût total HT. Le CCAP définit ainsi les coûts de roulage : « carburants, pneumatiques, entretien... ». Par ailleurs, l'article II f du CCTP indiquait que le kilométrage ouvrant droit à paiement est le kilométrage en charge.

10. En premier lieu, si la société Titi Floris a fait le constat, par son courriel du 23 mai 2022, que « *les notions de coûts de roulage et de conduite, charges de structure et marges sont imprécises* », il est constant qu'il s'agit là de notions comptables courantes dans le secteur du transport de voyageurs et qu'elle n'a, en tout état de cause, pas fait usage de la faculté mentionnée à l'article 8 du règlement de consultation de demander des renseignements complémentaires avant le 8 avril 2022. De surcroît, la région des Pays de la Loire fait valoir, sans être sérieusement contredite, que la société Titi Floris est titulaire depuis l'année 2021 de marchés prévoyant une décomposition du prix similaire.

11. En second lieu, aux termes de l'article L. 2112-6 du code de la commande publique : « *Le prix ou ses modalités de fixation et, le cas échéant, ses modalités d'évolution sont définis par le marché dans les conditions prévues par voie réglementaire* ». Il revient ainsi à l'acheteur de définir les composantes du prix du marché et les modalités de notation des offres de prix à l'effet, d'une part, de définir ses besoins dans un objectif de transparence de la procédure de passation et d'accessibilité à la commande publique, et d'autre part, de définir des informations et règles d'appréciation des offres homogènes, dans un objectif d'égalité de traitement des candidats. Dès lors, la circonstance que l'article 14.2 du CCAP impose aux candidats de décomposer le prix pour chaque prestation en terme fixe et kilométrique, définit de manière générale ce que doit recouvrir chacun des termes du prix et prohibe l'intégration des coûts de conduite dans le terme fixe, est conforme au code de la commande publique et ne préjudicie pas au principe de liberté des prix posé à l'article L. 410-2 du code de commerce, dès lors que les candidats restent libres de déterminer leurs prix en fonction de leurs coûts d'exploitation et marges et sont seulement contraints de les exprimer dans le cadre formel prévu par le CCAP.

12. En troisième lieu, la société Titi Floris soutient que la décomposition de prix imposée aux candidats par la région était manifestement inappropriée à la réalité économique du secteur de transport des voyageurs et ne permettait pas d'assurer une juste rémunération du service, au sens de l'article L. 1431-1 du code des transports. Toutefois, d'une part, la circonstance que des loyers de location de longue durée de véhicules soient assis pour partie sur le kilométrage parcouru ne faisait pas obstacle à ce que ces loyers soient imputés sur le terme fixe du prix, le CCAP n'ayant pas ainsi pour objet ni pour effet d'imposer aux candidats un

mode de mise à disposition de véhicule. D'autre part, ainsi que le fait valoir la région des Pays de la Loire, les stipulations du CCAP n'ont pas davantage pour objet ni pour effet d'empêcher les opérateurs économiques de prévoir une marge sur les coûts de roulage ou les coûts de conduite, mais leur imposent seulement d'imputer cette marge sur le terme kilométrique. Enfin, le caractère manifestement inapproprié de la décomposition du prix déterminée par l'acheteur ne saurait être tenu pour établi par l'attestation d'un expert-comptable produite par la requérante, se bornant à dénoncer la rémunération par l'acheteur des seuls kilomètres en charge, à l'exclusion des temps d'attente et des trajets à vide, et le fait que compte tenu des garanties conventionnelles d'horaires et de rémunération du secteur, les coûts salariaux de conduite excèdent les coûts variables et que la différence constitue une charge fixe que l'article 14.2 du CCAP interdit cependant d'intégrer au terme fixe. Ces contestations, qui n'ont pas donné lieu à des questions posées en temps utile à l'acheteur, sont au demeurant paradoxales au regard des réponses apportées par la société Titi Floris aux demandes de précision de l'acheteur, affirmant que : « Nous considérons être rémunérés de nos coûts d'amortissement et de financement du matériel roulant, des charges de structure et des marges par les kilométrages parcourus jusqu'à 50 Km. Par conséquent, nous avons décidé de ne pas vous facturer de prix fixe au-delà de 50 Km », ou encore : « Au regard de notre structure organisationnelle en Mayenne (...) et de l'évaluation de nos charges par lot, nous avons considéré que les coûts de roulage et de conduite pour un trajet inférieur à 20 Km étaient négligeables relativement aux coûts fixes, et nous avons décidé de ne pas vous les facturer ». Dans ces conditions, si la décomposition de prix imposée aux candidats par la région des Pays de la Loire n'était pas exempte de défauts, La société Titi Floris ne peut être ainsi regardée comme établissant qu'elle était manifestement inappropriée aux conditions économiques du transport des voyageurs ni, en tout état de cause, qu'elle ne permettait manifestement pas de garantir une juste rémunération des prestations du marché au sens des dispositions de l'article L. 1431-1 du code des transports.

En ce qui concerne l'erreur d'appréciation sur la régularité des offres de la société Titi Floris :

13. D'une part, il est constant que dans ses demandes de précisions rappelées au point 6, l'acheteur a souhaité obtenir les sous-détail de prix du terme fixe pour les trajets supérieurs à 50 Km et du terme kilométrique pour les trajets inférieurs à 20Km. Dès lors, la région des Pays de la Loire était fondée à estimer que les documents produits en réponse par la société Titi Floris constituaient un élément de ses offres. D'autre part, il résulte des sous-détail de prix ainsi produits que la requérante a reporté des coûts de conduite (coût horaire d'un conducteur, coût des pneumatiques et coûts d'entretien et maintenance des véhicules) dans le terme fixe du prix pour les trajets inférieurs à 20 Km et qu'elle a également reporté des coûts de financement des véhicules et des marges dans le terme kilométrique du prix pour les trajets supérieurs à 50 km. La candidate ayant ainsi méconnu les exigences du cahier des charges et dénaturé le contenu des BPU, éléments déterminants de la rémunération du transporteur, la région des Pays de la Loire ne pouvait procéder à l'analyse et notation des offres de la société Titi Floris pour les lots n°1 à 18 et était tenue de les déclarer irrégulières.

14. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de faire droit à la substitution de motif demandée par la région des Pays de la Loire, que les conclusions de la requête tendant à l'annulation de la décision du 27 juillet 2022 déclarant irrégulières les offres de la société Titi Floris pour les lots n°1 à 18 doivent être rejetées. Par voie de conséquence, les conclusions de la société Titi Floris tendant à l'annulation de la procédure d'attribution d'un accord-cadre de services de transport scolaire pour les élèves et étudiants en situation de handicap domiciliés dans le département de la Mayenne et à ce qu'il soit enjoint à la région des

Pays de la Loire de reprendre cette procédure de passation au stade de l'analyse des offres, doivent être également rejetées.

Sur les frais liés au litige :

15. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de laisser à la charge des parties les frais qu'elles ont exposés à l'occasion de l'instance.

ORDONNE :

Article 1^{er} : Les conclusions de la requête de la société Titi Floris sont rejetées.

Article 2 : Les conclusions de la société Titi Floris, de la région des Pays de la Loire et de la société Transports Européens Grand Sud tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetés.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Titi Floris, à la région des Pays de la Loire, aux sociétés Transports Européens Grand Sud, Expotrans, Transports Rayon, Smart Mobilité, Ano et Monamiligo.

Fait à Nantes, le 1^{er} septembre 2022.

La juge des référés,

La greffière,

C. LOIRAT

S. LEGEAY

La République mande et ordonne au préfet de la Mayenne en ce qui le concerne ou à tous commissaires 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,
La greffière,