

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE POITIERS**

REPUBLIQUE FRANÇAISE

N° 1600803

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

SOCIETE TRANSHORIZON

Mme Nathalie Massias
Présidente du tribunal

Le tribunal administratif de Poitiers

Le juge des référés

Audience du 20 avril 2016

Ordonnance du 27 avril 2016

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire complémentaire, enregistrés les 11 et 19 avril 2016, la société Transhorizon, représentée par Me d'Alboy, demande au juge des référés, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure engagée par le département de la Charente-Maritime pour l'attribution de l'exploitation du réseau de transport public départemental de voyageurs ;

2°) d'enjoindre à la collectivité de reprendre la procédure au stade de la publicité préalable ;

3°) de mettre à la charge de département de la Charente-Maritime la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la rémunération du futur cocontractant n'étant pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, le futur contrat doit être qualifié de marché public et non de délégation de service public, ce qui devait conduire le département de la Charente-Maritime à mettre en œuvre une procédure d'appel d'offres ouvert interdisant la négociation avec les candidats lors de la consultation et à recourir à l'allotissement, conformément aux dispositions de l'article 10 du code des marchés publics ;

- la convention de délégation de service public porte sur plusieurs services publics ce qui est contraire aux dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales et aux règles budgétaires applicables aux services publics ;

- le recours à une convention de délégation de service public globale pour l'exploitation de plusieurs services publics au travers d'une société dédiée dotée de personnels et de matériels propres, ainsi que la limitation de la sous-traitance au réseau secondaire et à l'exploitation du « Mini'Mouettes » favorisent les opérateurs disposant d'un nombre importants de véhicules, à son détriment, ce qui porte atteinte aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats ;

- alors que la durée du contrat pouvait faire l'objet d'une variante, aucun critère relatif à la durée de la convention n'a été porté à la connaissance des candidats, de sorte que les informations relatives aux conditions de comparaison des offres sont insuffisantes, en méconnaissance du principe de transparence des procédures.

Par un mémoire en défense, enregistré le 15 avril 2016, le département de la Charente-Maritime conclut au rejet de la requête et demande qu'une somme de 1 000 euros soit mise à la charge de la société Transhorizon au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- la requête de l'entreprise Transhorizon est irrecevable à ce stade de la consultation dès lors qu'aucune offre n'a encore été déposée ;
- l'entreprise Transhorizon ne définit ni les manquements à l'origine de la lésion dont elle s'estime victime, ni les conséquences que ces manquements pourraient avoir sur sa candidature, qu'elle a été admise à présenter ;
- le contrat ne peut être qualifié de marché public dès lors que le délégataire supporte un risque d'exploitation ;
- l'objet de la consultation ne concerne qu'un seul service public, celui de la gestion des transports publics, qu'ils soient à la demande, réguliers ou scolaires ;
- la création d'une société dédiée est nécessaire sur le plan comptable et n'interdit pas aux candidats d'externaliser des prestations et de bénéficier de personnel mis à disposition ;
- s'agissant des moyens matériels, les entreprises peuvent se regrouper ou faire appel à la sous-traitance dès lors que le département n'exige des candidats que la disposition d'une flotte de véhicules suffisante pour les lignes armatures, ce qui représente soixante-et-un cars ;
- il n'y a pas lieu de prévoir un critère de notation relatif à la durée des conventions dès lors que chacune des variantes sera appréciée en fonction des critères définis à l'article 6 du règlement de consultation.

Vu les pièces jointes à la requête.

Vu :

- le code des marchés publics ;
- le code général des collectivités territoriales ;
- le code de justice administrative.

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

Après lecture du rapport de Mme Massias, présidente, ont été entendues, au cours de l'audience publique :

- les observations de Me d'Alboy, représentant la société Transhorizon,
- et les observations de Mme Gourrier, représentant le département de la Charente-Maritime.

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

Une note en délibéré présentée par la société Transhorizon a été enregistrée le 22 avril 2016.

Considérant ce qui suit :

1. L'article L. 551-1 du code de justice administrative dispose que : « *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.* ». 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 candidatures du 16 janvier 2016, le département de la Charente-Maritime a lancé la procédure de publicité et de mise en concurrence prévue par les dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales en vue de la passation d'une convention de délégation de service public relative à l'exploitation du réseau de transport public départemental de voyageurs. Le 7 mars 2016, la commission de délégation de service public a dressé la liste des candidats admis à présenter une offre, sur laquelle figurait notamment la société Transhorizon. Le département de la Charente-Maritime a ensuite adressé à chacun des candidats le règlement de la consultation et le cahier des charges et a fixé au 30 mai 2016 la date limite de remise des offres. La société Transhorizon, estimant que le périmètre de la délégation de service public et les obligations mises à la charge du futur délégataire sont tellement étendus qu'ils ne lui permettent pas de présenter une offre compétitive, demande au juge des référés, en application des dispositions précitées, d'annuler la procédure de passation de cette convention.

Sur la fin de non-recevoir opposée par le département de la Charente-Maritime :

4. Le département de la Charente-Maritime soutient que la requête présentée par la société Transhorizon est irrecevable dès lors que le choix du délégataire n'a pas encore été arrêté.

5. Il résulte des dispositions mentionnées au point 1 que la procédure de référé précontractuel trouve à s'appliquer dès lors qu'une procédure de passation est effectivement en cours à la date de saisine du tribunal et à condition que le contrat n'ait pas encore été signé. Par suite, la fin de non-recevoir opposée par le département de la Charente-Maritime tirée de ce que la présente requête est prématurée doit être écartée.

Sur le moyen tiré de l'absence d'allotissement :

6. La société Transhorizon soutient que le contrat envisagé par le département de la Charente-Maritime doit s'analyser, non comme une délégation de service public, mais comme un marché public, dont la passation est soumise aux règles contenues dans le code des marchés publics, notamment, à l'allotissement des prestations.

7. L'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, dans sa version applicable au litige, dispose que : « *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 concurrente (...)/ La commission mentionnée à l'article L. 1411-5 dresse la liste des candidats admis à présenter une offre (...)/ 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 ».*

8. Il résulte de ces dispositions que pour qualifier un contrat de délégation de service public et en déduire les règles qui s'appliquent à sa passation, il appartient au juge, non seulement de déterminer l'objet du contrat envisagé, mais aussi d'apprécier si, une part significative du risque demeurant à la charge du délégataire, les modalités de sa rémunération sont substantiellement liées aux résultats de l'exploitation de l'activité. Tel n'est le cas qu'à la double condition, d'une part, qu'une fraction substantielle des recettes de l'exploitant soit variable et directement liée aux résultats de l'exploitation et d'autre part, que le mode réel de rémunération du délégataire ne neutralise pas le transfert du risque.

9. Il résulte de l'instruction que le contrat envisagé a pour objet de confier au cocontractant la gestion du service public des transports de voyageurs pour une durée de 5 à 8 ans, moyennant une rémunération constituée d'une part fixe versée par le département de la Charente-Maritime et d'une part variable, composée des recettes perçues sur les usagers, des produits d'exploitation annexes et des recettes publicitaires. Il n'est pas contesté que la part forfaitaire versée par le département, quelles que soient les hypothèses retenues quant à la fréquentation du réseau attendue, représente au moins 90 % de la rémunération du futur cocontractant. S'agissant des 10 % de rémunération restant à percevoir, il résulte de l'instruction que celle-ci est composée presque pour moitié des recettes perçues sur les usagers scolaires, dont le nombre n'est pas susceptible de diminuer de manière significative d'une année à l'autre. Ainsi, la seule fraction variable des recettes représente au plus 5% de la rémunération du délégataire, étant précisé que le mécanisme d'abondement mis en place par la convention, en permettant le versement de 45 % des recettes prévisionnelles en cas de recettes commerciales inférieures à 90 % des objectifs, constitue un correctif de nature à atténuer les risques d'exploitation pour le cocontractant. Dans ces conditions, dès lors que l'éventuel déficit d'exploitation ne peut prendre, dans la pire des hypothèses, que des proportions très modestes compte tenu du mécanisme d'abondement prévu par le contrat, le futur délégataire ne peut être considéré comme supportant une part significative de risque. Par suite, la rémunération calculée selon ces modalités ne peut être regardée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

10. Il résulte de ce qui précède que, eu égard aux modalités de rémunération du cocontractant, le contrat envisagé doit être regardé comme un marché public dont les règles de passation étaient soumises aux règles du code des marchés publics et non, comme le soutient le département de la Charente-Maritime, comme une délégation de service public.

11. L'article 10 du code des marchés publics prévoit que : « *Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. (...) / Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination. (...)* ». Ces dispositions prévoient le principe d'une dévolution des marchés publics par lots et définissent les hypothèses dans lesquelles un marché global peut être conclu.

12. Dès lors que l'objet du marché permet, compte tenu du ressort géographique du contrat, du nombre de lignes à couvrir et de la diversité des usagers du service, l'identification de prestations différentes et que le département de la Charente-Maritime n'établit pas que ce marché est au nombre de ceux qui, en vertu du deuxième alinéa de l'article 10 du code des marchés publics cité ci-dessus, peuvent faire exception au principe de l'allotissement, la passation d'un contrat global de transport, nécessitant pour sa mise en œuvre la disposition d'une flotte supérieure à 300 véhicules, constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

13. La société Transhorizon, qui est une société de taille moyenne ne disposant que de soixante véhicules environ, est susceptible d'avoir été lésée par ce manquement dès lors que le défaut d'allotissement a pour effet de restreindre son accès au marché et de la placer dans une situation moins favorable que celle d'entreprises de taille supérieure.

14. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, que la société Transhorizon est fondée à demander l'annulation de la procédure litigieuse dans son intégralité.

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

15. 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 Transhorizon, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que le département de la Charente-Maritime demande au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du département de la Charente-Maritime une somme de 500 euros au titre des frais exposés par la société Transhorizon et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La procédure de passation de la convention de délégation du service de transport départemental des voyageurs du département de la Charente-Maritime est annulée.

Article 2 : Le département de la Charente-Maritime versera à la société Transhorizon une somme de 500 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions du département de la Charente-Maritime tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Transhorizon et au département de la Charente-Maritime.

Fait à Poitiers, le 27 avril 2016.

Le juge des référés,

Le greffier d'audience,

Signé



Signé

N. MASSIAS

M-C. RABACHOU

La République mande et ordonne au préfet de la Charente-Maritime 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 en chef,

 
S. TESTON