

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE POITIERS**

N° 1602479-1602521

**SAS VOYAGES GOUJEAU
SARL TRANSHORIZON**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**M. François Lamontagne
Président du tribunal**

Le juge des référés

**Audience du 28 novembre 2016
Ordonnance du 8 décembre 2016**

Vu la procédure suivante :

I. Par une requête enregistrée le 7 novembre 2016 sous le n°1602479 et trois mémoires enregistrés les 22 et 25 novembre et 2 décembre 2016, la SAS Voyages Goujeau, représentée par le cabinet Palmier & associés, demande au juge des référés, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'enjoindre à la collectivité de reprendre la procédure au stade de la publicité préalable ;

2°) à titre subsidiaire 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 ;

3°) de mettre à la charge du 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 chacune des irrégularités ci-après de la procédure de consultation lèse directement ses droits :

- la procédure de consultation viole la règle d'impartialité et par suite d'égalité dès lors que ressort la participation officieuse de la société Keolis, actuel titulaire, à la rédaction et à la modification des clauses techniques et financières ;

- la procédure est contraire aux règles de publicité et de mise en concurrence dès lors que :

- l'interdiction de candidature pour les groupements momentanés d'entreprises empêche les opérateurs économiques ne disposant pas du nombre suffisant de véhicules pour exploiter le contrat envisagé de participer à la procédure en groupement avec d'autres opérateurs, afin de réunir le nombre de véhicule nécessaires ;

- l'absence d'indication, dans les documents de la consultation, des caractéristiques minimales que doivent respecter l'offre de base et l'offre variante ne permet pas l'élaboration d'une offre de base et une offre variante conforme à ces caractéristiques ;
- les conditions de la cession envisagée ne permettent pas l'identification de ses différents membres de la société ad hoc dédiée à l'exploitation du service
- La procédure méconnaît les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures en raison de :
 - la contradiction ou à tout le moins l'ambiguïté des indications du règlement de consultation et du cahier des charges concernant l'étendue des possibilités de présentation des variantes entache d'illégalité la procédure ;
 - la création, exigée par le projet de contrat, d'une société ad hoc sous la forme d'une société anonyme avec un montant de capital social devant faire au minimum plusieurs millions d'euros, est de nature à éliminer certains opérateurs économiques ne disposant pas ou ne pouvant disposer d'un tel fond ;
 - l'absence de remise par l'autorité délégante d'une copie de l'annexe 19 du projet de contrat, pourtant nécessaire à l'élaboration de l'offre et à sa conformité aux cahiers des charges, entache d'illégalité la procédure ;
 - enfin, l'absence de description des critères de jugement des offres dans les documents de la consultation entache d'illégalité la procédure lancée par le département de la Charente-Maritime en ce qu'elle est contraire aux dispositions de l'article 37 de la directive n°2014/23/UE du 26 février 2014.

Par trois mémoires en défense enregistrés les 18, 25 novembre et 2 décembre 2016, le département de la Charente-Maritime, représenté par Me de Froment, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 2 500 euros soit mise à la charge de la requérante en application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Il soutient qu'aucun des moyens n'est fondé.

Deux notes en délibéré présentées par Me Palmier ont été enregistrées le 2 décembre 2016.

II. Par une requête enregistrée le 9 novembre 2016 sous le n°1602521 et un mémoire enregistré le 25 novembre 2016, la SARL 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 du 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 chacune des irrégularités ci-après de la procédure de consultation lèse directement ses droits :

- la procédure viole les règles de mise en concurrence du fait d'un délai insuffisant entre la publication et la remise des offres ;
- le recours à la DSP est irrégulier en raison de l'absence de partage des risques économiques ;

- la procédure est irrégulière du fait de la jonction d'un SPIC et d'un SPA avec la possibilité de confusion des subventions ;
- La procédure viole le principe de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement :
 - en interdisant les groupements ;
 - en imposant la création d'une société ad 'hoc ;
- la procédure viole le principe de transparence en l'absence d'information sur les modalités de transfert à la région de la compétence pour les lignes commerciales ;

Par deux mémoires enregistrés les 18 novembre et 2 décembre 2016, le département de la Charente-Maritime, représenté par Me de Froment, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 2 500 euros soit mise à la charge de la requérante en application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Il soutient qu'aucun des moyens n'est fondé.

Une note en délibéré présentée par Me d'Alboy a été enregistrée le 2 décembre 2016.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;
- le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux 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 M. Lamontagne, ont été entendues, au cours de l'audience publique au cours de laquelle M. Thouvenin assurait les fonctions de greffier :

- les observations de Me Palmier, représentant la société Voyages Goujeau, qui a repris et développé ses écritures ;
- les observations de Me d'Alboy, représentant de la société Transhorizon, qui a repris et développé ses écritures ;
- les observations de Me de Froment, représentant le département de la Charente-Maritime, accompagné de Mme Bonfils, directrice adjointe de la direction de la mobilité et des transports du département de la Charente-Maritime et de M. Lang, assistant à la maîtrise d'ouvrage, qui a repris et développé ses écritures.

La clôture de l'instruction a été différée, à l'issue de l'audience, jusqu'au 2 décembre 2016 à 12h00.

Considérant ce qui suit :

Sur la jonction :

1. Les requêtes n°1602479 et n°1602521, introduites par les sociétés Voyages Goujeau et Transhorizon, mettent en cause une même procédure, présentent à juger des questions semblables et ont fait l'objet d'une instruction et d'une audience communes. Il y a lieu de les joindre pour y statuer par une seule décision.

Sur les conclusions présentées sur le fondement 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 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* ».

3. Il appartient au juge des référés, 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.

4. 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. Les 8 et 11 avril 2016 les sociétés Voyages Goujeau et Transhorizon ont saisi le juge des référés du tribunal administratif de Poitiers de deux requêtes en référé précontractuel tendant à l'annulation de cette procédure. Par deux ordonnances du 27 avril 2016, le tribunal administratif a annulé celle-ci au motif, d'une part, qu'eu égard aux modalités de rémunération du cocontractant, le contrat envisagé devait être regardé comme un marché public dont les règles de passation étaient soumises aux règles du code des marchés publics et, d'autre part, que le défaut d'allotissement avait eu pour effet de restreindre l'accès de la société requérante au marché et de la placer dans une situation moins favorable que celle d'entreprises de taille supérieure. Une deuxième procédure de publicité et de mise en concurrence a été lancée le 4 juillet 2016 mais a été déclarée sans suite. Le département de la Charente-Maritime a, par un avis d'appel public à la concurrence du 4 octobre 2016, lancé une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence prévue par les dispositions précitées du code général des collectivités territoriales en vue de la passation d'une convention de délégation de service public relative à la gestion et l'exploitation du réseau de transport public départemental. Par les présentes requêtes, les sociétés Voyages Goujeau et Transhorizon demandent au juge des référés d'annuler la procédure de passation de cette convention.

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

5. 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'utilisateur. / 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 ».

6. 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.

7. Il est constant 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 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 tarifaires commerciales, des recettes scolaires, des recettes annexes et d'une participation financière variable versée par le département et déterminée en fonction de l'atteinte des objectifs du délégataire en termes de recettes commerciales et scolaires. Il résulte de l'instruction que, quelles que soient les hypothèses retenues quant à la fréquentation attendue du réseau et sur la base des données mêmes du conseil départemental, la participation totale du département est de nature à couvrir au moins 88% des charges de l'exploitation, en l'absence totalement improbable de toute recette commerciale. S'agissant des 12% de la rémunération restant alors à percevoir, celle-ci est composée pour près de la 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. Les 7% restant sont composés en majeure partie des recettes perçues sur les usagers commerciaux et, dans une moindre mesure, des recettes annexes, alors qu'une baisse de 10 % des recettes commerciales conduit à une couverture à hauteur de 91% par la participation et un résultat positif. Par ailleurs, dans l'hypothèse possible une baisse de 10% des recettes tarifaires perçues tant sur les usagers commerciaux que sur les usagers scolaires, les mécanismes de rémunération prévus par le contrat permettraient, ensemble, au futur délégataire de couvrir 99,70% de ses charges d'exploitations. Dans ces conditions, dès lors que l'éventuel déficit d'exploitation ne peut prendre que des proportions qui restent très modestes, même si elles sont un peu plus importantes que dans le cadre du premier litige, 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.

8. 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 relatives aux marchés publics et non, comme le soutient le département de la Charente-Maritime, comme une délégation de service public.

9. Aux termes de l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : « I. - *Sous réserve des marchés publics globaux mentionnés à la section 4, les marchés publics autres que les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. (...) II. - Lorsqu'un acheteur décide de ne pas allouer un marché public, il motive son choix selon des modalités fixées par voie réglementaire.* ». Aux termes de l'article 12 du décret du 25 mars 2016 : « I. - *L'acheteur qui décide de ne pas allouer un marché public répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée motive ce choix : 1° Dans les documents de la consultation ou le rapport de présentation mentionné à l'article 105, lorsqu'il agit en tant que pouvoir adjudicateur (...).* ». 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.

10. 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 des dispositions de l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 citées ci-dessus, peuvent faire exception au principe de l'allotissement pour des motifs développés dans les documents de la consultation ou le rapport de présentation, la passation d'un contrat global de transport, nécessitant pour sa mise en œuvre la disposition d'une flotte de plusieurs centaines de véhicules, constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

11. Les sociétés Voyages Goujeau et Transhorizon, dont il n'est pas contesté qu'elles sont des sociétés de taille moyenne ne disposant chacune que de soixante véhicules environ, sont ainsi susceptibles d'avoir été lésées par ce manquement dès lors que le défaut d'allotissement a pour effet de restreindre leur accès au marché et de les placer dans une situation moins favorable que celle d'entreprises de taille supérieure.

12. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des requêtes, que les sociétés Voyages Goujeau et Transhorizon sont fondées 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 :

13. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge des sociétés Voyages Goujeau et Transhorizon, qui ne sont pas les parties perdantes 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. Dans les circonstances particulières de l'espèce, il n'apparaît pas inéquitable de laisser à la charge des sociétés Voyages Goujeau et Transhorizon les sommes qu'elles demandent sur le même fondement.

ORDONNE

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

Article 2 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SAS Voyages Goujeau et à la SARL Transhorizon ainsi qu'au département de la Charente-Maritime.

Fait à Poitiers, le 8 décembre 2016.

Le juge des référés,

Signé

F. LAMONTAGNE

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,
Pour le greffier en chef,
le greffier,



D. GERVIER