

N°2400616

---

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Société KEOLIS

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. François de Saint-Exupéry de Castillon  
Juge des référés

---

Le juge des référés

Audience du 28 mars 2024  
Ordonnance du 29 mars 2024

---

39-08-015-01

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires, enregistrés le 8 mars 2024, le 25 mars 2024 et le 28 mars 2024, la société anonyme Keolis, représentée par Me Gaudemet et Me Mallet, avocats, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) à titre principal, d'ordonner au syndicat des mobilités du Pays basque-Adour de reprendre la procédure de passation du contrat de délégation de service public pour l'exploitation des services de mobilité Txik txak sur la zone littorale au stade de l'analyse des offres ; à titre subsidiaire, d'annuler cette procédure ;

2°) de mettre à la charge du syndicat des mobilités du Pays basque-Adour une somme de 5000 € en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'offre de la société RATP Développement est irrégulière dès lors que le coût des effectifs correspondant à la reprise des personnels qu'elle a intégré n'est pas le résultat des dernières négociations annuelles obligatoires pour l'année 2023, ce qui a pour conséquence de diminuer sensiblement le forfait de charges facturé au syndicat adjudicateur ;
- son offre a été dénaturée en ce qui concerne le sous-critère 1.3 relatif à l'engagement juridique et le sous-critère 2.1 relatif à la conception de l'offre ;
- l'offre de la société RATP développement a été dénaturée en ce qui concerne le sous-critère 1.3 et le sous-critère 2.1 ;
- la phase de négociation n'a pas porté sur ces sous-critères sur lesquels son offre a été jugée moindre, ce qui l'a privée d'y apporter des améliorations.

Par des mémoires en défense, enregistré le 20 mars 2024 et le 27 mars 2024, le syndicat des mobilités du Pays basque-Adour, représenté par Me Mestres, avocat, conclut au rejet de la

requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société requérante une somme de 5000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- le moyen tiré de l'irrégularité de l'offre de la société RATP Développement est inopérant compte tenu que le prix de l'offre ne doit pas nécessairement assurer la couverture intégrale de ce coût ;
- les autres moyens soulevés par la société Keolis ne sont pas fondés.

Par un mémoire en défense, enregistré le 27 mars 2024, la société anonyme RATP Développement, représentée par Me Delelis, avocat, conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Keolis une somme de 5000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que les moyens soulevés par la société Keolis ne sont pas fondés.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

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

Le président du tribunal a désigné M. de Saint-Exupéry de Castillon comme juge des référés.

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

Au cours de l'audience publique tenue le 28 mars 2024 en présence de Mme Caloone, greffière d'audience, M. de Saint-Exupéry de Castillon a lu son rapport et entendu les observations de :

- Me Gaudemet, représentant la société Keolis ;
- Me Mestres, représentant le syndicat des mobilités du Pays basque-Adour, qui soutient en outre que le coût unitaire d'« emploi temps plein » sur la base de laquelle la société RATP Développement a défini un forfait de charges est un coût moyen annuel calculé sur la durée du contrat, et que la modification de l'adaptation de l'offre de référence contenue dans le projet de contrat proposé par la société Keolis constitue un inconvénient non négligeable pour le syndicat ;
- et de Me Delelis, représentant la société RATP Développement, qui soutient en outre qu'elle a pris en compte, pour le calcul des charges d'exploitation, le coût unitaire par « emploi temps plein » du personnel qu'il devra reprendre en tenant compte des dernières négociations annuelles obligatoires sur les salaires.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis publié au bulletin officiel des annonces des marchés publics du 28 février 2023, le syndicat des mobilités du Pays basque-Adour a engagé une procédure de mise en concurrence en vue de l'attribution d'un contrat de concession portant sur la délégation du service public du transport urbain et non urbain dans la zone littorale du Pays basque. Par lettre 1<sup>er</sup> mars 2024, le président de ce syndicat a informé la société Keolis de ce que son offre n'avait pas été retenue et de ce que l'attributaire du contrat de concession était la société RATP

Développement. La société Keolis demande à titre principal à ce qu'il soit ordonné au syndicat des mobilités du Pays basque-Adour de reprendre la procédure de passation du contrat de délégation de service public au stade de l'analyse des offres, et à titre subsidiaire, d'annuler cette procédure.

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 (...). / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.* ». L'article L. 551-2 du même code dispose : « *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. (...)* ».

3. 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. 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.

4. En premier lieu, aux termes de l'article L. 3124-2 du code de la commande publique : « *L'autorité concédante écarte les offres irrégulières ou inappropriées.* ». Aux termes de l'article L. 3124-3 du même code : « *Une offre est irrégulière lorsqu'elle ne respecte pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation.* ».

5. Il résulte de ces dispositions que l'autorité concédante doit éliminer les offres qui ne respectent pas les exigences formulées dans les documents de la consultation.

6. L'article 4 du règlement de consultation relatif à la procédure d'attribution du contrat de concession prévoit que le dossier de consultation des entreprises, dont fait partie le projet de contrat, comporte des conditions et des caractéristiques minimales qui sont matérialisées par un surlignage bleu, et l'article 3 de ce projet de contrat, relatif à son objet, lequel est surligné en bleu, prévoit que le délégataire aura notamment en charge la gestion du personnel et la reprise du personnel affecté au service public dans les conditions prévues par la loi et la convention collective applicable. Ainsi, contrairement à ce que soutient la société RATP Développement, cette mission est au nombre des conditions et caractéristiques minimales de la délégation de service public.

7. Il résulte toutefois de l'instruction, notamment du rapport du président du syndicat des mobilités du Pays basque-Adour sur le choix du délégataire, que la société RATP Développement s'est engagée sur un niveau de charges d'exploitation d'un montant de 388 721

K€ sur la durée du contrat, soit 8 ans et 4 mois, et que le coût pour la collectivité s'élève ainsi à 300 432 K€, tandis que la société Keolis s'est engagée sur un niveau de charges d'exploitation d'un montant de 391 420 K€ sur la durée du contrat, et que le coût pour la collectivité s'élève dans ce cas à 303 111 K€. Ce niveau de charges d'exploitation résulte principalement du coût unitaire par « emploi temps plein » (ETP) du personnel, selon qu'il est ou non chargé de la conduite des engins de transport. La société RATP Développement s'est ainsi basée sur un coût unitaire par ETP du personnel chargé de la conduite des engins de transport de 52,95 K€, lequel représente 42 % du montant des charges, et un coût unitaire par ETP des autres personnels de 59,60 K€, lequel représente 17 % du montant des charges, alors que la société Keolis s'est basée sur un coût unitaire par ETP du personnel chargé de la conduite des engins de transport de 54,87K€, lequel représente 43 % du montant des charges, et sur un coût unitaire par ETP des autres personnels de 66,09 K€, lequel représente 17 % du montant des charges. Si la société Keolis soutient que pour le calcul du niveau de charges d'exploitation, la société RATP Développement n'a pas pris en compte le coût réel correspondant à la reprise des salariés actuellement employés pour le service du transport urbain et non urbain imposée par les dispositions du code du travail, la société RATP Développement soutient fermement que son offre a pris en compte ce coût réel, et que les coûts unitaires par ETP qu'elle a évalués constituent une moyenne sur la durée totale du contrat, ce qui prend en compte ses orientations en matière de gestion du personnel. Il n'est en outre pas établi que cette société ne disposerait pas sur la durée de ce contrat de marge de manœuvre sur la masse salariale du personnel qu'elle devra reprendre pour l'exploitation du service. La société Keolis ne démontre donc pas que l'offre de la société RATP Développement n'a pas respecté la caractéristique minimale du contrat rappelée au point 6, tenant à la reprise du personnel affecté au service public. Par suite, cette offre n'est pas irrégulière.

8. En deuxième lieu, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats.

9. Tout d'abord, l'article 9 du règlement de consultation prévoit que les offres des candidats sont notamment jugées en fonction du critère relatif à la qualité des engagements juridiques et financiers, lequel est assorti d'un sous-critère relatif à l'engagement juridique dans le sens des intérêts de l'autorité organisatrice. L'article 7 du même règlement prévoit que le projet de contrat doit être complété avec les éventuelles remarques et propositions formulées par le candidat. Il résulte de l'instruction que si la société RATP Développement a rajouté à l'article 42 du projet de contrat relatif à la clause de rencontre, que les parties conviennent de se rencontrer également en cas d'augmentation majeure du coût des assurances souscrites par le délégataire dans le cadre de ses missions, en vue de définir les coûts d'entretien et de maintenance après validation du projet relatif aux infrastructures du « centre d'entretien et de maintenance sud », ainsi que dans le cas de présence de traces de pollution, à l'article 46 relatif aux pénalités, que le montant annuel des pénalités prévues à l'annexe 26 est plafonné à 1 % du forfait de charges de l'année considérée, et à l'article 49 relatif aux clauses exonératoires des sanctions, la cause légitime consistant en la survenance de tout événement climatique extrême affectant la capacité du délégataire à assurer l'exécution du service dans des conditions normales, cette même société a minoré à l'article 32 du projet de contrat le montant de l'intéressement à son profit en cas de résultats de fréquentation supérieurs aux prévisions et a

introduit un nouveau mécanisme du partage des résultats en cas de dépassement de certains pourcentages. Si la société Keolis soutient que la modification de l'article 46 du projet de contrat emporte des incidences non négligeables au détriment du délégant, les pénalités en cause, définies à l'annexe 26 de ce projet sont applicables essentiellement en cas de défaut de communication ou de mise à jour de documents. Par suite, eu égard aux modifications du projet de contrat favorables au délégant, la société Keolis n'est pas fondée à soutenir qu'en accordant la note jugée satisfaisante de 3,75 sur 5 à l'offre de la société RATP Développement sur le sous-critère rappelé précédemment, le pouvoir adjudicateur a dénaturé cette offre en en altérant manifestement les termes.

10. Ensuite, il résulte de l'instruction, que si la société Keolis a rajouté au projet de contrat un mécanisme de partage de la performance favorable au syndicat des mobilités du Pays basque-Adour, lequel est toutefois subordonné à l'atteinte d'un niveau important de recettes, il a également rajouté à l'article 12.2 relatif aux adaptations de l'offre de référence, la mise en application de l'article 42 rappelé au point 9 dans le cas où la marge de variation comprise entre 1 et 5 % par rapport à l'offre kilométrique prévisionnelle est atteinte et où le parc existant de véhicules du délégataire serait insuffisant pour absorber cette augmentation. Cette modification, dont le rapport du président du syndicat des mobilités du Pays basque-Adour sur le choix du délégataire, qui n'est pas contredit sur ce point, indique qu'elle n'est pas de nature à faciliter l'exécution courante du contrat, est susceptible de multiplier les rencontres entre le délégant et le délégataire, ainsi que les avenants potentiels. Par suite, eu égard à ces modifications, la société Keolis n'est pas davantage fondée à soutenir qu'en accordant la note jugée moyenne de 2,5 sur 5 à son offre sur le sous-critère rappelé au point 9, le pouvoir adjudicateur a dénaturé cette offre en en altérant manifestement les termes.

11. Enfin, si la société Keolis soutient que le pouvoir adjudicateur a également dénaturé l'offre de la société RATP Développement sur le critère relatif à la qualité du service, lequel est assorti d'un sous-critère relatif à la conception de l'offre au regard des objectifs définis par l'autorité organisatrice, en indiquant que cette offre propose un total de 79 508 000 kms commerciaux sur la durée du contrat, soit 10 % de plus que son offre, sans toutefois que cette différence se traduise par un gain de productivité pour le syndicat des mobilités du Pays basque-Adour et des recettes complémentaires, alors que son offre présente un coefficient de recettes par kilomètre supérieur, ainsi qu'il a été dit au point 8, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre.

12. En dernier lieu, aux termes de l'article L. 3124-1 du code de la commande publique : *« Lorsque l'autorité concédante recourt à la négociation pour attribuer le contrat de concession, elle organise librement la négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. / La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation. ».*

13. Si la société Keolis soutient qu'elle a pu déduire de la note de cadrage reçue à la suite de la séance de négociation qui s'est tenue les 15 et 16 novembre 2023 que son offre technique répondait aux attentes du pouvoir adjudicateur, que ce document ne l'invitait à présenter des modifications au projet de contrat que sur les hypothèses d'adaptation temporaire du service conduisant à une variation du montant du forfait de charges, sur l'impact de l'évolution des tarifs sur l'exécution, notamment financière, du contrat, et sur la temporalité du règlement du forfait de charges, sans évoquer les insuffisances de son offre appelée à être jugée sur les sous-critères rappelés aux points 9 et 11, il ne résulte pas de l'article L. 3124-1 du code de la commande publique que le pouvoir adjudicateur soit tenu d'organiser la négociation avec les

candidats en les invitant à améliorer leurs offres sur l'ensemble des points qu'il estime perfectibles. Par ailleurs, le syndicat des mobilités du Pays basque-Adour soutient sans être contesté qu'il n'a jamais indiqué à la société requérante, à l'occasion des séances de négociation de son offre, que le contenu de cette dernière était validé. Il résulte enfin de l'instruction que le syndicat a adressé à chacun des candidats admis à présenter une offre la même note de cadrage, laquelle mentionnait que les modifications proposées au projet de contrat seraient appréciées au regard des critères et des sous-critères de jugement des offres, notamment celui relatif à l'engagement juridique dans le sens des intérêts de l'autorité organisatrice. Par suite, le pouvoir adjudicateur n'a pas porté atteinte à l'égalité de traitement des candidats.

14. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de la requête de la société Keolis présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative doivent être rejetées.

Sur les frais liés à l'instance :

15. Aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « *Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Les parties peuvent produire les justificatifs des sommes qu'elles demandent et le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation.* ».

16. En vertu des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le juge des référés ne peut pas faire bénéficier la partie tenue aux dépens ou la partie perdante du paiement par l'autre partie des frais qu'elle a exposés à l'occasion du litige soumis au juge. Les conclusions présentées à ce titre par la société Keolis doivent dès lors être rejetées. En revanche, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de cette dernière des sommes de 1500 € au titre des frais exposés respectivement par le syndicat des mobilités du Pays basque-Adour et par la société RATP Développement, et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

Article 1<sup>er</sup> : La requête de la société Keolis est rejetée.

Article 2 : La société Keolis versera respectivement au syndicat des mobilités Pays basque-Adour et à la société RATP Développement une somme de 1500 (mille cinq cents) euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société anonyme Keolis, au syndicat des mobilités du Pays basque-Adour et à la société anonyme RATP Développement.

Fait à Pau, le 29 mars 2024.

Le juge des référés,

La greffière

Signé

Signé

F. DE SAINT-EXUPERY DE CASTILLON

M. CALOONE

La République mande et ordonne au préfet des Pyrénées-Atlantiques 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 ordonnance.

Pour expédition conforme :

La greffière :

Signé