

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALÉDONIE**

N° 1500466

SOCIETE AIR ALIZE

M. Schnoering
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Audience du 20 octobre 2016
Lecture du 3 novembre 2016

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 22 décembre 2015 et des mémoires complémentaires enregistrés les 25 avril, 9 mai, 19 juillet et 9 septembre 2016, la société Air Alizé, représentée par Me Claveleau, avocat, demande au tribunal :

1°) d'annuler le marché de « Prestations de transport sanitaires par avion du SAMU » conclu par le centre hospitalier territorial (CHT) avec la société Air Loyauté ;

2°) de condamner le centre hospitalier territorial à lui payer la somme de 4000 euros sur le fondement de l'article L. 761- 1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- sa qualité de concurrent évincé lui donne qualité pour agir contre le contrat ;
- le CHT a violé l'article 25 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics en modifiant irrégulièrement le cahier des charges en cours de procédure ;
- le CHT a violé l'article 33 de la délibération n°136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics, le principe d'égalité de traitement des candidats et le principe de libre concurrence en ne respectant pas les règles relatives à la durée du marché ;
- le CHT a violé l'article 13-3 de la délibération n°136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics et le principe d'égalité de traitement des candidats en ne contrôlant pas les capacités des candidats ;
- le CHT a violé le principe d'égalité de traitement des candidats, en attribuant le marché à une entreprise ne disposant pas de la compétence pour exercer des «missions de prestations de transport sanitaire par avion » ;

- les irrégularités commises par le CHT ont gravement affecté le processus de choix des offres ;
- s'agissant du critère de la qualité opérationnelle de l'offre, le CHT a commis une erreur de fait dans l'analyse des offres qui lui a fait perdre 8,8 points sur sa note totale ;
- sur le premier sous-critère du critère prix, elle aurait dû obtenir la note de 89/100 au lieu de 88/100 ;
- pour le second sous-critère du critère prix, elle aurait dû obtenir la note de 91/100 au lieu de 85/100.

Par des mémoires enregistrés les 1^{er} avril et 19 juillet 2016, la société Air Loyauté, représentée par Me Charlier, avocat, conclut à titre principal au rejet de la requête, à titre subsidiaire à ce que les parties au contrat soient invitées à procéder à une mesure de régularisation et, en tout état de cause, à la condamnation de la société Air Alizé à lui payer la somme de 450 000 F CFP sur le fondement de l'article L. 761- 1 du code de justice administrative.

Elle soutient qu'aucun des moyens soulevés n'est fondé et que si, par extraordinaire, le tribunal considérerait fondé l'un des vices invoqués, il pourrait inviter le CHT et son cocontractant à procéder à la régularisation du contrat.

Par des mémoires enregistrés les 6 mai et 20 juillet 2016, le centre hospitalier territorial de Nouméa, représenté par la société d'avocats Juriscal, conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société Air Alizé à lui payer la somme de 1 000 000 de francs CFP au titre du caractère abusif dudit recours et 550 000 francs CFP sur le fondement de l'article L. 761- 1 du code de justice administrative.

Elle soutient qu'aucun des moyens soulevés n'est fondé et que le CHT qui subit un troisième recours entend voir reconnaître le caractère abusif de ce recours.

A la suite d'une première audience collégiale tenue le 15 septembre 2016, le CHT a produit une note en délibéré enregistrée le 16 septembre 2016. Dans le respect du principe du caractère contradictoire de la procédure administrative contentieuse, l'instruction a été rouverte pour permettre aux sociétés Air Alizé et Air Loyauté de produire leurs observations sur cette note en délibéré.

Le CHT a produit un mémoire, enregistré le 14 octobre 2016.

La société Air Alizé a produit un mémoire, enregistré le 14 octobre 2016.

Vu :

- la décision attaquée ;
- les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999, relatives à la Nouvelle-Calédonie ;
- la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics ;
- la délibération de la commission permanente du congrès n° 64/CP du 10 mai 1989 fixant les cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de

travaux et aux marchés publics de fournitures courantes et de services passés en application de la délibération modifiée n° 136 du 1^{er} mars 1967 ;

- le code de justice administrative dans sa rédaction applicable en Nouvelle-Calédonie.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Schnoering, rapporteur,
- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public,
- et les observations de Me Claveleau, avocat de la SARL Air Alizé, de Me Loste, avocat du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie, et de Me Charlier, avocat de la SARL Air Loyauté.

Une note en délibéré présentée par Me Claveleau, pour la SARL Air Alizé, a été enregistrée le 25 octobre 2016.

Considérant ce qui suit :

1. Le centre hospitalier territorial (CHT) de Nouméa a lancé le 11 mai 2015 une procédure d'appel d'offres ouverte, en application de l'article 24 de la délibération susvisée du 1^{er} mars 1967, en vue de la passation d'un marché de « prestations de transports sanitaires par avion du SAMU ». La société Air Alizé demande au tribunal d'annuler ce marché conclu par le centre hospitalier territorial (CHT) avec la société Air Loyauté ainsi qu'en atteste l'avis d'attribution publié le 24 octobre 2015.

2. La société Air Alizé soutient, tout d'abord, que le CHT a violé l'article 25 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics en modifiant irrégulièrement le cahier des charges en cours de procédure.

3. Aux termes de cet article : « *L'avis d'appel d'offres est publié vingt jours au moins avant la date limite fixée pour la réception des soumissions. (...) L'avis d'appel d'offres fait connaître : 1°) - l'objet du marché ; 2°) - le lieu où tout intéressé peut prendre connaissance des cahiers des charges et de toute documentation technique susceptible de l'éclairer dans l'établissement de son offre ; 3°) – les conditions auxquelles doivent répondre les offres et notamment le modèle suivant lequel elles doivent être présentées ;(...).* ».

4. La société requérante soutient qu'en méconnaissance de ces dispositions, le centre hospitalier territorial a modifié le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) du marché de transport sanitaire par avion du SAMU, le 25 juin 2015, soit 8 jours avant la date limite de remise des offres, et ce, sans avoir respecté un nouveau délai de 20 jours à compter de l'envoi à publication d'un avis d'appel public à la concurrence rectificatif. Selon Air Alizé, cette circonstance aurait dissuadé certaines entreprises de présenter leurs candidatures par rapport aux nouvelles conditions posées.

5. A cet égard, il ressort des pièces du dossier que le CHT, dans le cadre du CCTP du 11 mai 2015, avait imposé des contraintes d'âge concernant l'appareil principal et l'appareil de remplacement. En effet, l'article 6.3 « *Caractéristiques générales et particulières de l'appareil principal et de l'appareil de remplacement* » précisait que : « *L'appareil principal devra être âgé de dix ans (10) ans à la date de remise de l'offre. L'appareil de remplacement devra être âgé de moins de quinze (15) ans à la date de remise de l'offre.* ».

6. En revanche, l'article 6.3 du cahier des clauses techniques particulières du 25 juin 2015 ne comporte pas de contraintes d'âge concernant l'appareil principal et l'appareil de remplacement. Cette modification a été apportée à la suite d'une demande formulée par la société requérante qui, ainsi qu'elle le soutient à la page 16 de sa requête enregistrée le 22 décembre 2015, disposait dès le 1^{er} octobre 2015 des moyens aériens nécessaires. Les modifications apportées par le CCTP du 25 juin 2015, qui ont placé les autres candidats devant la même urgence, ne sont dès lors pas susceptibles d'avoir lésé la société Air Alizé, les autres candidats n'ayant pas plus qu'elle, disposé de la possibilité d'optimiser leurs offres. Le moyen tiré de la violation des dispositions de l'article 25 de la délibération n° 136/CP susvisée ne peut qu'être écarté.

7. La société Air Alizé soutient, par ailleurs, que le CHT a violé l'article 33 de la délibération n°136/CP susvisée relatif à la durée des marchés « *A commandes* », « *de clientèle* ». Le centre hospitalier territorial soutient que le marché contesté, comporte une obligation prédominante de mise à disposition permanente des appareils, des salariés et de l'atelier d'un coût forfaitaire fixe et une obligation d'effectuer des transports sanitaires qui entraîne des coûts variables.

8. En vertu de l'article 1.6 de l'acte d'engagement signé le 2 juillet 2015 par le centre hospitalier territorial et la société Air Loyauté, le prix forfaitaire mensuel de mise à disposition des avions est fixé à 12 760 000 F CFP et le coût de la minute de vol qui permet de calculer le montant des prestations fournies est fixé à 1 692 F CFP. Aucun élément du dossier ne permet d'écarter les estimations du centre hospitalier qui chiffre à 71 % du prix du marché l'obligation prédominante et à 29 % le coût des transports sanitaires. Dans ces conditions, le marché litigieux ne peut être regardé comme un marché soumis aux dispositions de l'article 33 de la délibération n° 136/CP susvisée.

9. En tout état de cause, en prévoyant une durée de six ans pour le marché contesté, le centre hospitalier territorial a permis aux candidats de mieux amortir les matériels de transport objets du marché. Dans ces conditions, la société Air Alizé n'est pas fondée à se plaindre d'un quelconque manquement au principe d'égalité de traitement des candidats et au principe de libre concurrence. Le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 33 de la délibération n° 136/CP susvisée ne peut être accueilli.

10. La société Air Alizé fait encore valoir que le CHT a violé l'article 13-3 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics et le principe d'égalité de traitement des candidats en n'appréciant pas correctement les capacités financières de la société Air Loyauté.

11. Aux termes de l'article 13-3 de la délibération n° 136/CP susvisée : « *L'exécution des marchés ne peut être confiée qu'aux entreprises ayant les capacités juridiques, techniques et financières nécessaires. L'administration apprécie souverainement ces capacités.* ».

12. La société Air Alizé relève les résultats d'exploitation déficitaires sur les trois derniers exercices de sa concurrente Air Loyauté. La société requérante soutient que la société Air Loyauté ne dispose manifestement pas des capacités financières nécessaires à l'exécution du marché. Elle soutient que, sans les apports en compte courant de la Sodil (Société d'Investissement des îles Loyauté), Air Loyauté n'aurait pas réussi à assurer sa pérennité. La société Air Alizé s'appuie aussi sur un rapport de la Chambre territoriale des comptes de la Nouvelle-Calédonie de 2010, très critique pour la gestion de la société Air Loyauté.

13. Les circonstances énoncées au point précédent ne permettent pas d'établir que les capacités financières d'Air Loyauté seraient insuffisantes dès lors qu'il est constant que la société dont s'agit a assuré sans difficulté, malgré des résultats déficitaires l'exécution du marché concerné de prestations de transports sanitaires par avion. Le CHT de Nouméa ne pouvait écarter la candidature d'Air Loyauté en considérant que cette société ne disposait pas des capacités financières nécessaires. Il s'ensuit que le moyen tiré de la violation des dispositions précitées de l'article 13-3 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 doit être écarté.

14. La société Air Alizé soutient, par ailleurs, que le CHT a violé le principe d'égalité de traitement des candidats, en attribuant le marché à une entreprise ne disposant pas de la compétence pour exercer des «missions de prestations de transport sanitaire par avion ». La société Air Alizé fait valoir que le pouvoir adjudicateur ne peut, sauf à violer ce principe d'égalité de traitement, attribuer un marché à une personne ne pouvant légalement exercer une activité sur un marché. Or, sa concurrente, Air Loyauté, bénéficie de l'appui constant de la Province des îles Loyauté, qui, via la Sodil, lui abandonne tous les ans ses apports en comptes courants, alors même que la province n'a pas compétence pour intervenir dans la desserte aérienne qui dépend uniquement de la compétence de la Nouvelle-Calédonie et de l'Etat selon les dispositions de l'article 53 de la loi organique du 19 mars 1999.

15. Aux termes de l'article 53 III de la loi organique du 19 mars 1999 : « *Les provinces peuvent, dans le cadre de leurs compétences et dans le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, créer des sociétés d'économie mixte qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour la mise en œuvre d'opérations concourant au développement économique.* ».

16. La province des îles Loyauté a donné mandat à la Société d'investissement des îles Loyauté pour les opérations et actions liées au développement de son économie. Cette action s'inscrit dans le cadre de la mise en œuvre des dispositions susvisées de la loi organique.

17. La Sodil intervient, en vertu du mandat qui lui a été confié, notamment par le biais de prises de participations et d'avances en compte courant destinées à promouvoir le renforcement de la situation financière et, en particulier, les fonds propres des entreprises industrielles, touristiques, artisanales et autres exerçant leurs activités dans la province des îles Loyauté.

18. La compétence de la Nouvelle-Calédonie et de l'Etat dans le domaine de la desserte aérienne du territoire vise à organiser la navigation aérienne. Elle ne fait aucunement obstacle à l'intervention d'une province au soutien d'une entreprise dont l'objet est de fournir des prestations de desserte aérienne. La société requérante ne démontre pas que la volonté du législateur organique aurait été d'une quelconque manière méconnue. La province des îles ayant agi compétemment en apportant son aide à la société Air Loyauté la société requérante n'est pas fondée à soutenir que la société Air Loyauté aurait méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats.

19. Dans son mémoire enregistré le 9 mai 2016, la société Air Alizé soutient que les irrégularités commises par le CHT ont gravement affecté le processus de choix des offres. Des erreurs de fait et des erreurs manifestes d'appréciation auraient été commises. S'agissant du critère de la qualité opérationnelle de l'offre, elle fait valoir que le CHT a commis une erreur de fait dans l'analyse des offres qui lui a fait perdre 8,8 points sur sa note totale. Ayant obtenu la note de 88 sur le critère de la qualité opérationnelle de l'offre, et ce critère étant pondéré à 40 %, elle aurait dû être notée 35,2/40.

20. Le CHT reconnaît que la note relative à la qualité opérationnelle de l'offre a bien été pondérée à 30 % et non à 40 %. Mais, pour écarter le moyen tiré de ce que l'erreur de fait aurait eu une incidence sur le classement des offres, le CHT produit deux tableaux.

21. Le premier tableau reprend la notation d'origine, comportant l'erreur de pondération des notes opérationnelles. Le second tableau fait apparaître la notation d'origine corrigée de l'erreur de pondération des notes opérationnelles. Dans les deux tableaux, la société Air Loyauté se classe première en obtenant la meilleure note totale et en devançant sa concurrente de plusieurs points. Le CHT démontre que l'erreur commise, pour regrettable qu'elle soit, n'a pas affecté le rang de classement des offres des soumissionnaires. Au surplus, la société Air Loyauté a obtenu, s'agissant de la qualité opérationnelle des offres, offre de base et variante, et même si l'écart sur ce seul critère est faible, 35,2 contre 35,6, des meilleures notes que sa concurrente. Il résulte de ce qui a été dit que la société Air Alizé n'a pas été lésée par l'erreur commise.

22. Il résulte de tout ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de s'appuyer sur le mémoire du CHT enregistré le 14 octobre 2016, les conclusions à fin d'annulation du marché doivent être rejetées.

Sur les conclusions à fin de condamnation à une amende pour recours abusif:

23. Aux termes de l'article R. 741-12 du code de justice administrative : « *Le juge peut infliger à l'auteur d'une requête qu'il estime abusive une amende dont le montant ne peut excéder 3 000 euros* » ;

24. Les conclusions du centre hospitalier territorial de Nouméa tendant à ce que le tribunal administratif inflige une amende pour recours abusif à la société requérante ne sont pas recevables. Le pouvoir d'infliger une telle amende relève, en effet, du pouvoir propre du juge. En tout état de cause, ladite requête ne présente pas un caractère abusif et n'a pas été mise en œuvre dans des conditions qui excèdent la défense des intérêts légitimes de la requérante.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

25. 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. 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* ».

26. Ces dispositions font obstacle à ce que le centre hospitalier territorial de Nouméa soit condamné sur leur fondement au profit de la société Air Alizé qui succombe à l'instance.

27. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de la société Air Alizé la somme de 150 000 F CFP à verser au CHT au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Il y a également lieu de condamner la société Air Alizé à verser la même somme à la société Air Loyauté sur ce même fondement.

D E C I D E :

Article 1^{er} : La requête susvisée de la société Air Alizé est rejetée.

Article 2 : Les conclusions du centre hospitalier territorial de Nouméa tendant à ce que le tribunal administratif inflige une amende pour recours abusif à la société requérante sont rejetées.

Article 3 : La société Air Alizé versera la somme de cent cinquante mille francs CFP (150 000) respectivement au centre hospitalier territorial de Nouméa et à la société Air Loyauté au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.