

N° 17PA00023

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Inédit au recueil Lebon

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. EVEN, président
Mme Lorraine D'ARGENLIEU, rapporteur
Mme ORIOL, rapporteur public

CABINET PALMIER & ASSOCIÉS, avocat

4ème chambre

lecture du lundi 13 mai 2019

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société Air Alizé a demandé au Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie d'annuler le marché de " Prestations de transports sanitaires par avion du SAMU " conclu par le centre hospitalier territorial de Nouméa (CHT) avec la société Air Loyauté, et de condamner le CHT à lui verser une somme de 4 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Par un jugement n° 1500466-1 du 3 novembre 2016, le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a rejeté cette demande.

Procédure devant la Cour :

Par une requête enregistrée le 3 janvier 2017, la SARL Air Alizé, représentée par MeB..., demande à la Cour :

1°) d'annuler le jugement du Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie n° 1500466 du 3 novembre 2016 ;

2°) d'annuler le marché de " Prestations de transports sanitaires par avion du SAMU " conclu, le 23 septembre 2015, entre le CHT de Nouméa et la société Air Loyauté ;

3°) de mettre à la charge du CHT de Nouméa une somme de 4 000 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 litigieux ;

- le CHT a violé l'article 13-3 de la délibération n° 136/CP du 1er 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 l'article 25 de la délibération n° 136/CP du 1er mars 1967 portant réglementation des marchés publics dès lors qu'il a modifié irrégulièrement le cahier des charges en cours de procédure ;
- le CHT a violé l'article 33 de la délibération n° 136/CP du 1er mars 1967 portant réglementation des marchés publics, le principe d'égalité de traitement des candidats et le principe de libre concurrence dès lors qu'il n'a pas respecté les règles relatives à la durée du marché ;
- le CHT a violé le principe d'égalité de traitement des candidats, en attribuant le marché à une entreprise qui n'était pas en droit d'exercer des " missions de prestations de transport sanitaire par avion ", dans la mesure où elle était filiale à 100 % d'une SEM provinciale qui n'était pas elle-même compétente pour intervenir en matière de desserte aérienne ;
- les irrégularités commises dans l'appréciation des offres par le CHT ont gravement affecté le processus de choix des offres ;
- le CHT a commis une erreur de calcul dans l'analyse des offres en pondérant à 30 % et non 40 % la note relative à la qualité opérationnelle de son offre ;
- elle aurait dû obtenir la note de 89/100 au lieu de 88/100 sur le premier sous-critère du critère prix ;
- elle aurait dû obtenir la note de 91/100 au lieu de 85/100 pour le second sous-critère du critère prix.

Par un mémoire en défense, enregistré le 12 avril 2017, la société Air Loyauté représentée par MeC..., conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 2 500 euros soit mise à la charge de la société Air Alizé en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient qu'aucun des moyens soulevés dans la requête n'est fondé.

Par un mémoire en défense, enregistré le 03 octobre 2017, le CHT de Nouméa, représenté par MeA..., conclut au rejet de la requête.

Il soutient qu'aucun des moyens soulevés dans la requête n'est fondé.

Vu 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 1er 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 1er 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 MmeD...,
- les conclusions de Mme Oriol, rapporteur public,

- et les observations de MeB..., pour la société Air Alizé.

1. La Cour de céans a, par un arrêt n° 13PA00041 du 6 octobre 2014, annulé, avec effet différé au 1er octobre 2015, le marché de " Prestations de transports sanitaires par avion du SAMU " conclu le 21 mars 2011 pour une durée de 5 ans entre la société Air Loyauté et le centre hospitalier territorial (CHT) de Nouméa. Le CHT de Nouméa a lancé une nouvelle procédure d'attribution de ce contrat le 11 mai 2015. La société Air Alizé a déposé une offre le 3 juillet 2015. Le marché a été attribué le 23 septembre 2015 à la société sortante Air Loyauté, pour une durée de six ans, à compter du 1er octobre 2015. La société Air Alizé, candidate évincée, fait appel du jugement du

3 novembre 2016 par lequel le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a rejeté sa demande tendant à l'annulation de ce nouveau marché.

Sur la validité du contrat :

2. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité. Si le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. Le tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction.

3. Aux termes de l'article 13-3 de la délibération susvisée du 1er mars 1967 : " 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 (...) ". L'article 5 du règlement de la consultation dispose quant à lui que : " 5. Ouverture de la première enveloppe : dossier administratif et technique (...) c) offre inacceptable : sera jugée comme inacceptable toute offre (...) qui montre que le candidat ne présente manifestement pas les garanties professionnelles et financières suffisantes en rapport avec la prestation objet du marché (...) ".

4. Il résulte de l'instruction que les états financiers de la société Air Loyauté sont gravement déficitaires depuis l'année 2012, ces déficits allant de 2,2 millions d'euros en 2012 et 2013 à 3,8 millions d'euros en 2015. Si, pour leur défense, les intimés soutiennent que la société Air Loyauté détenait en 2014 d'importants actifs à son bilan, il apparaît toutefois au vu du rapport du commissaire aux comptes établi en 2015, qu'à cette date, cette société ne devait sa survie qu'à des apports en compte courants versés par son actionnaire majoritaire la SODIL, qui est une société d'économie mixte, elle-même déficitaire, détenue par la province des îles Loyauté. Le directeur de la SODIL atteste de la situation déficitaire de sa filiale au 31 mars 2015, en indiquant qu'il

sera procédé à un abandon de créance et à une augmentation de capital d'environ 60 000 000 francs CFP d'ici la fin de l'année. Il apparaît donc qu'à la date du dépôt de son offre, la société Air Loyauté ne disposait pas des garanties financières suffisantes pour se voir attribuer le marché. Par suite, son offre aurait dû être écartée, en application de l'article 5 précité du règlement de la consultation, dès le stade de la première enveloppe, ce qui n'a pas été fait. Le CHT de Nouméa a donc commis une erreur manifeste dans l'appréciation des capacités financières de la société Air Loyauté en lui attribuant le marché, cette erreur ayant eu pour effet de léser directement l'intérêt poursuivi par la société Air Alizé.

Sur les conséquences à tirer du vice opérant affectant la validité du contrat :

5. Il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences. Il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

6. L'absence de prise en compte des capacités financières de la société Air Loyauté, retenu au point 4, a eu une influence déterminante dans le choix de l'attributaire et constitue une irrégularité grave, de nature à porter atteinte aux règles de liberté de la concurrence et d'égal accès à la commande publique imposant l'annulation totale de ce marché. Toutefois, l'effet rétroactif de cette annulation étant de nature à emporter des conséquences manifestement excessives, en raison de l'intérêt général s'attachant au maintien des missions d'évacuation sanitaire par avion du SAMU, il y a lieu de différer les effets de son annulation au 1er novembre 2019 pour permettre au CHT de Nouméa de relancer la procédure de passation du marché annulé.

7. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la régularité du jugement attaqué, que la société Air Alizé est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a rejeté sa demande tendant à l'annulation du marché de " Prestations de transports sanitaires par avion du SAMU ".

Sur les frais de justice :

8. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soient mises à la charge de la société Air Alizé, qui n'est pas la partie perdante, les sommes réclamées par le CHT de Nouméa et la société Air Loyauté en application des dispositions de l'article 761-1 du code de justice administrative. Il y a en revanche lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du CHT de Nouméa une somme de 2 000 euros au titre des frais exposés par la société Air Alizé et non compris dans les dépens.

DECIDE :

Article 1er : Le jugement du Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie n° 1500466 du 3 novembre 2016 et le marché de " Prestations de transports sanitaires par avion du SAMU " attribué par le centre hospitalier territorial de Nouméa (CHT) à la société Air Loyauté le 23 septembre 2015 sont annulés avec effet au 1er novembre 2019.

Article 2 : Le CHT de Nouméa versera à la société Air Alizé une somme de 2 000 (deux mille) euros en application de l'article L. 761- du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions des sociétés intimées présentées sur ce même fondement sont rejetées.