

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALÉDONIE**

N° 1200072

Société Air Alizé

M. Briseul
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Audience du 20 septembre 2012
Lecture du 4 octobre 2012

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie,

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 29 février et 4 avril 2012, présentés pour la société Air Alizé, dont le siège est (...), par la SELARL Dumons & associés ; la société Air Alizé demande au tribunal :

- d'annuler la décision implicite rejetant sa demande indemnitaire ;
- de condamner le centre hospitalier territorial à verser à la requérante la somme de 170 674 565 francs CFP à titre de dommages-intérêts, assortie des intérêts légaux courant à compter de la présentation de la demande indemnitaire ;
- d'ordonner la capitalisation des intérêts à valoir sur cette somme ;
- de condamner le centre hospitalier territorial à verser la somme de 900 000 francs CFP à la requérante sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société fait valoir que :

- le centre hospitalier territorial a commis des fautes lors de la passation du marché ; en raison du non-respect de la limitation réglementaire de la durée des marchés à commandes ; du caractère insuffisamment précis des critères et éléments du dossier de consultation ; du fait qu'Air Loyauté ne disposait d'aucun avion sur sa liste de flotte ; que son offre reposait sur des modifications structurales et la mise en place d'équipements particuliers sur ces appareils qui n'ont d'ailleurs pas été réalisés en totalité ; de l'erreur manifeste d'appréciation de l'offre d'Air Loyauté ; de la méconnaissance du principe de liberté du commerce et de l'industrie ; de l'octroi d'une subvention par la province des îles Loyauté ;
- le centre hospitalier a également commis des fautes dans le cadre de l'exécution du marché ;
- Air Alizé justifiait de chances sérieuses d'obtenir le marché en 2010 et son préjudice est établi ;

Vu la réclamation préalable ;

Vu la mise en demeure adressée le 5 mars 2012 à la SELARL Dumons & associés, en application de l'article R. 612-5 du code de justice administrative, et l'avis de réception de cette mise en demeure ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 7 juin 2012, présenté pour le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie tendant au rejet de la requête et à la condamnation de la société à lui verser la somme de 250 000 francs CFP ; il fait valoir qu'aucun des moyens présentés n'est fondé ; que la société n'avait pas de chances sérieuses d'obtenir le marché et que le calcul éventuel de son préjudice nécessiterait une expertise ;

Vu le mémoire, enregistré le 27 juillet 2012, présenté pour la société Air Alizé demandant la production de pièces et maintenant ses autres prétentions, en faisant valoir, en outre, que le centre hospitalier a commis une faute en ne recherchant pas si Air Loyauté intervenait dans la consultation dans des conditions garantissant l'égalité avec les autres candidats ; que le formalisme de la sous-traitance n'a pas été respecté ;

Vu l'ordonnance en date du 30 juillet 2012 fixant la clôture d'instruction au 28 août 2011, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu les pièces produites à la demande du rapporteur pour le centre hospitalier territorial, enregistrées le 28 août 2012, lesdites pièces ayant été communiquées à la partie adverse avec un délai de réponse ;

Vu la note en délibéré produite par le centre hospitalier de Nouvelle-Calédonie le 20 septembre 2012 et celle produite par la société Alizé le 25 septembre 2012 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la délibération n°136 du 1er mars 1967 portant réglementation des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 20 septembre 2012 :

- le rapport de M. Briseul, premier conseiller ;
- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public ;
- et les observations de Me Dumons, avocat de la société Air Alizé et de Me Louzier, avocat du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie ;

1. Considérant qu'un marché a été passé le 21 mars 2011 entre le centre hospitalier de Nouvelle-Calédonie et la société Air Loyauté, pour un montant de 655 000 000 de francs CFP et pour une durée de 5 ans ; que ce marché a pour but d'assurer les prestations sanitaires par avion pour les besoins du SAMU ; que la société Air Alizé, titulaire du marché précédent, qui s'était portée candidate à l'attribution de ce marché et dont l'offre n'a pas été retenue a la qualité de concurrent évincé ;

2. Considérant que, par sa requête, la société Air Alizé demande au tribunal de condamner le centre hospitalier à lui verser la somme de 176 000 000 francs CFP au titre du préjudice subi, majorée des intérêts de droit à compter de la date de la demande préalable ;

Sur les conclusions tendant à indemnisation :

En ce qui concerne le non-respect de la limitation de la durée des marchés à commande :

3. Considérant qu'aux termes de l'article 33 de la délibération du 1er mars 1967 modifié : « Certains marchés peuvent ne fixer que le minimum et le maximum des prestations arrêtées en valeur ou en quantité, susceptibles d'être commandées au cours d'une période déterminée n'excédant pas celle d'utilisation des crédits ouverts, les quantités de prestations à exécuter étant précisées, pour chaque commande, par l'administration, en fonction des besoins à satisfaire. Ces marchés, dits « marchés à commandes », doivent indiquer la durée pour laquelle ils sont conclus. Ils peuvent comporter une clause de tacite reconduction, sans toutefois que la durée totale du contrat puisse excéder trois années... Pour les établissements hospitaliers de la Nouvelle-Calédonie, cette durée peut être fixée à cinq années au plus lorsque le coût unitaire de la prestation s'avérerait diminué de plus de 25 % par rapport à celui proposé pour une durée maximum de trois années » ;

4. Considérant, en premier lieu, que la société requérante estime contraire au principe d'égalité la possibilité donnée aux établissements hospitaliers de la Nouvelle-Calédonie de passer des marchés à commandes pour une durée de cinq années au plus lorsque le coût unitaire de la prestation est diminué de plus de 25 % par rapport à celui proposé pour une durée maximum de trois années ; que, toutefois, les établissements hospitaliers ne sont pas dans la même situation que les collectivités ou les autres établissements publics dès lors que les matériels qu'ils utilisent et les prestations qu'ils assurent ont un coût financier élevé et que ce coût peut être atténué par un amortissement sur cinq ans plutôt que sur trois ans ;

5. Considérant que, si les soumissionnaires devaient proposer un acte d'engagement pour une durée d'exploitation de trois ans et une durée d'exploitation de cinq ans, l'article 5 du cahier des clauses administratives particulières précisait que le marché devait être conclu pour une période de cinq ans si étaient respectées les conditions prévues par l'article 33 précité et qu'à défaut, le marché serait conclu pour une durée de trois années ;

6. Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'offre de la société Air Loyauté pour une durée de cinq ans était inférieure de plus de 25 % à celle présentée pour une durée de trois ans ; que, le centre hospitalier territorial ayant retenu cette offre, la société Air Alizé n'est pas fondée à soutenir que le marché ne pouvait pas être passé pour une durée de cinq ans ;

En ce qui concerne les critères de sélection des offres :

7. Considérant que la société requérante fait valoir que les critères définis par l'article 27-2 de la délibération du 1er mars 1967 ne sont pas identiques à ceux fixés par le règlement du marché ;

8. Considérant qu'aux termes de l'article 27-2 de la délibération du 1er mars 1967 : « La commission d'appel d'offres arrête la liste des soumissionnaires admis à concourir, élimine les offres non conformes à l'objet du marché et propose d'attribuer le marché au candidat dont

l'offre correspond le mieux aux besoins exprimés, en tenant compte des critères suivants : – prix des prestations, – coût d'utilisation, – valeur technique, – références et garanties professionnelles et financières du candidat, – délai d'exécution, – conditions du recours à la sous-traitance, et ceux stipulés dans le règlement particulier d'appel d'offres » ;

9. Considérant que le paragraphe E du règlement particulier d'appel d'offres comportant les dispositions relatives à l'ouverture des dossiers de candidature et des offres prévoit que, « lors de l'ouverture de l'enveloppe extérieure, le critère d'élimination sera le suivant : – Offre incomplète : candidats n'ayant pas fourni l'ensemble des déclarations. certificats ou attestations. dûment remplis et signés ou – Capacité insuffisante : candidats dont les garanties professionnelles et financières par rapport à la prestation, objet du marché, sont insuffisantes » ; qu'il prévoit également que, « lors de l'ouverture de la seconde enveloppe, les critères de sélection seront les suivants : – prix des prestations de l'appareil principal ; – prix des prestations de l'appareil de remplacement ; – la fonctionnalité de l'appareil principal et de l'appareil de remplacement dans le cadre des missions du SAMU ; – les moyens mis en œuvre pour assurer la disponibilité de l'appareil principal (organisation proposée en matière de maintenance, contrats éventuels d'assistance technique) ; – registre d'immatriculation de l'appareil principal et de l'appareil de remplacement : français ou européen ; – les performances et caractéristiques générales de l'appareil principal et de l'appareil de remplacement » ; qu'il précise également que « ces critères ne sont pas hiérarchisés » ;

10. Considérant que, si le règlement ne reproduit pas à l'identique les critères définis par l'article 27-2 de la délibération du 1er mars 1967, la société n'établit pas que cette circonstance lui a causé un préjudice dès lors que, d'une part, la plupart de ces critères sont repris par le règlement et que, d'autre part, les deux critères non expressément repris n'ont pu avoir un effet sur le choix du candidat ; que le premier relatif au « délai d'exécution » du marché est sans effet dans un marché à bons de commandes dès lors que, pour l'exécution d'un tel marché, le délai d'exécution de chaque commande part de la date de notification du bon de commande correspondant et qu'il est dépendant, s'agissant d'un transport sanitaire, des « moyens mis en œuvre pour assurer la disponibilité de l'appareil principal » ; que le second relatif aux conditions du recours à la sous-traitance n'a pu également avoir un effet dès lors que la sous-traitance était prévue par les pièces de l'appel d'offres et qu'au demeurant, aucune des quatre offres ne prévoyait de recourir à la sous-traitance telle que définie à l'article 3 de la délibération du 1er mars 1967 ;

11. Considérant que la société Air Alizé, qui avait obtenu le marché précédent et connaissait donc les besoins à satisfaire, n'est pas fondée à invoquer le caractère insuffisamment précis des critères de sélection et des éléments du dossier de consultation ; que la circonstance que les offres aient été classées ex aequo sur le plan technique ne saurait à elle seule établir que ces critères étaient inadaptés au marché en cause ;

En ce qui concerne le personnel et les pilotes :

12. Considérant que la société requérante fait valoir que l'offre de la société Air Loyauté n'aurait pas dû être choisie faute pour ses pilotes d'avoir une très bonne connaissance du territoire et, faute pour elle, de ne pouvoir s'engager à ne recourir qu'à son propre personnel pour l'exécution du marché ; que, toutefois, d'une part, le procès-verbal de la commission d'appel d'offres précise que « la société Air Loyauté indique dans son offre engager en priorité localement des pilotes ayant la qualification sur appareil BEECH 200 » et que, d'autre part, le paragraphe D du règlement particulier d'appel d'offres comportant les dispositions relatives à la présentation des soumissions autorise le soumissionnaire à recourir à « d'éventuels partenariats

d'assistance technique avec une société référente » ; que, dans ces conditions, il n'est pas établi de faute du centre hospitalier territorial sur ce point ;

En ce qui concerne le respect de la réglementation relative au transport aérien :

13. Considérant que l'attribution du marché à la société Air Loyauté ne la dispense pas de respecter la réglementation relative au transport aérien telle qu'applicable en Nouvelle-Calédonie, qu'elle relève de l'Etat pour y avoir été expressément rendue applicable ou de la Nouvelle-Calédonie ; que le centre hospitalier n'avait pas à vérifier le respect de cette réglementation dès lors que la société Air Loyauté disposait d'une licence d'exploitation de transport aérien public qui avait renouvelée le 26 octobre 2010 par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie en application de la délibération n° 143/CP du 26 mars 2004 fixant les conditions relatives à l'exercice des compétences de la Nouvelle-Calédonie en matière d'aviation civile et de desserte aérienne ;

En ce qui concerne la circonstance que la société Air Loyauté ne possédait pas d'appareils BEECH 200 équipés en liste de flotte lors de l'attribution du marché :

14. Considérant qu'aux termes de l'article 3 du cahier des clauses administratives particulières : « La date de mise à disposition de l'appareil principal sera contractualisée d'accord partie avec le directeur du CHT -Nouméa. Cet appareil sera mis à disposition dans un délai maximum de 8 mois après la notification du marché ; un délai de 6 mois serait apprécié » ; qu'il s'ensuit qu'il n'était pas exigé pour soumissionner au marché de disposer des avions conformes au cahier des clauses techniques particulières à la date de la signature du marché ; qu'une telle exigence serait d'ailleurs contraire au principe d'égalité au motif qu'elle favoriserait l'entreprise titulaire du marché à renouveler et qu'elle favoriserait les situations monopolistiques liées à l'insularité et à la faible population desservie ;

15. Considérant que, si la société requérante allègue que les avions présentés par la société Air Loyauté n'étaient pas équipés de porte cargo et ne pouvaient l'être dans le délai de quatre mois, il est constant que la société Air Loyauté s'était engagée à procéder à cet équipement et qu'elle devait être opérationnelle dans un délai maximum de huit mois ; que des pénalités étaient prévues en cas de non-respect de ce délai, sans préjudice d'une éventuelle résiliation du marché ; que, dans ces conditions, le centre hospitalier territorial ne peut être regardé comme ayant commis une faute en ayant accepté cette offre ;

En ce qui concerne l'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie :

16. Considérant que la société requérante fait valoir que l'assemblée de la province des Iles Loyauté a attribué à la SODIL, société d'économie mixte, une subvention globale de 237 millions de francs CFP dont 170 millions destinés à financer l'achat d'un avion pour la société Air Loyauté ; qu'il s'en est suivi, selon elle, une atteinte à la libre concurrence et une offre anormalement basse ;

17. Considérant, en premier lieu, que la société Air Loyauté, a le statut d'une société par actions simplifiée ; que le capital de cette société appartient à la société d'économie mixte de développement et d'investissement des îles Loyauté, la SODIL, créée par une délibération du 30 janvier 1991 de l'assemblée de la province des îles Loyauté ; que les provinces de Nouvelle-Calédonie peuvent, en vertu de l'article 53 de la loi organique du 19 mars 1999, « créer des sociétés d'économie mixte qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour réaliser les opérations d'aménagement, de

construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel et commercial ou pour toute autre activité d'intérêt général » ; qu'elles peuvent également participer au capital de sociétés privées gérant un service public ou d'intérêt général ; qu'en vertu des articles 183-3 et 212 de la même loi organique, elles peuvent « aider les entreprises à s'implanter, à développer ou à reconverter leurs activités sur son territoire par des subventions, prêts, avances ou bonifications d'intérêts » ; que, si cette intervention économique des provinces, autorisée par le législateur organique, est justifiée par les objectifs de rééquilibrage et de développement économique de l'ensemble de la Nouvelle-Calédonie, elle ne doit pas cependant porter une atteinte disproportionnée à la liberté du commerce et de l'industrie ;

18. Considérant, en l'espèce, qu'aucune règle n'interdisait à la société Air Loyauté de soumissionner au marché ouvert par le centre hospitalier territorial ; que, si une subvention lui a été versée, ce versement est intervenu après la signature du marché en vue de l'achat d'un avion qui n'était pas prévu dans le cadre de ce marché ; que le centre hospitalier territorial n'a donc pas commis de faute à ce sujet en accueillant l'offre de la société Air Loyauté ;

19. Considérant, en second lieu, qu'en vertu de l'article 27-2 de la délibération du 1er mars 1967, une offre doit être considérée comme anormalement basse « si cumulativement elle est : - inférieure à la moyenne arithmétique de l'ensemble des offres des candidats agréés à concourir dans le cadre d'une consultation, après application d'un abattement à cette moyenne d'un coefficient de 25%, - inférieure à l'estimation retenue par le maître d'ouvrage après abattement par application du même coefficient fixé ci-dessus » ; qu'il résulte de l'instruction et notamment des pièces versées par les parties qu'après avoir additionné les tarifs horaires des quatre offres des trois candidats qui ont soumissionné pour un marché de cinq ans, avoir procédé au calcul de leur moyenne et avoir appliqué à cette dernière un abattement de 25 %, les résultats ainsi obtenus restent inférieurs aux tarifs horaires présentés par la société Air Loyauté ; qu'il s'ensuit que l'offre de cette dernière ne peut être considérée comme étant anormalement basse ;

En ce qui concerne le choix de l'attributaire :

20. Considérant qu'il résulte de l'instruction, et notamment du rapport d'analyse des offres, que la commission d'appel d'offres, lors de sa séance en date du 16 décembre 2010, a comparé les offres des candidats au regard de l'ensemble des critères mentionnés ; qu'elle n'a pas entaché son appréciation d'une erreur manifeste en considérant que « l'offre de base de la société Air Loyauté pour une durée de 5 ans apparaît la plus compétitive en étant la mieux disante et la moins disante avec deux appareils Beech 200 porte cargo, pressurisés, pour un coût annuel estimé à 130 564 800 francs CFP pour 600 heures de vols contre 157 212 000 francs CFP actuellement avec un avion de remplacement non pressurisé » et « en émettant un avis favorable relatif à l'offre de base sur 5 ans de la société Air Loyauté » ; qu'en particulier le tarif horaire proposé par cette société pour 600 heures de vol était de 2 980 francs CFP, alors que celui de la SARL TAT était de 4 000 francs CFP et ceux de la société Air Alizé de 4 200 francs pour ses deux offres ; que, si la commission d'appel d'offres n'était pas en mesure de connaître la date exacte de la mise à disposition des appareils de la société Air Loyauté, cette circonstance ne peut non plus être regardée comme une erreur manifeste d'appréciation dès lors que l'article 3 du cahier des clauses particulières prévoyait que « la date de mise à disposition de l'appareil principal sera contractualisée d'accord partie avec le directeur du CHT – Nouméa » ; qu'en outre, les allégations de la société requérante portant sur des faits qui seraient intervenus postérieurement à l'attribution du marché ne sauraient avoir d'influence sur la légalité de celle-ci qui doit s'apprécier à la date où elle est intervenue ;

En ce qui concerne les fautes commises par le centre hospitalier territorial dans le cadre de l'exécution du marché :

21. Considérant que ces fautes, à les supposer établies, sont sans lien avec le rejet de la candidature de la société Air Alizé ;

22. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Air Alizé, candidate à l'attribution du marché public de prestations sanitaires par avion pour les besoins du SAMU, ne saurait se prévaloir de son éviction irrégulière de ce marché pour demander la réparation du préjudice qui en serait la conséquence ; que les conclusions indemnitaires ainsi présentés ne peuvent qu'être rejetées ;

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

23. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, le versement des sommes que demande la société Air Alizé au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner la société Air Alizé à verser au centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie la somme de 150 000 francs CFP sur le fondement des mêmes dispositions ;

D É C I D E :

Article 1er : La requête de la société Air Alizé est rejetée.

Article 2 : La société Air Alizé est condamnée à payer au centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie la somme de cent cinquante mille francs CFP (150 000) au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.