

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MONTPELLIER

N°1201583

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Société MIDAIR

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Alfonsi
Juge des référés

Le Tribunal administratif de Montpellier,

Audience du 17 avril 2012
Ordonnance du 19 avril 2012

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 2 avril 2012 sous le n° 1201583, présentée pour la Société MIDAIR, dont le siège est sis Aéroport de Montpellier l'Or, 34130 Candelargues, par Me Bonniou, avocat ;

La Société MIDAIR demande au juge des référés précontractuels :

1°) d'annuler la procédure de passation du marché public de fournitures courantes et de services relatif à la mise à disposition d'une cellule aérienne de première intervention de lutte contre les feux de forêt mise en œuvre par le Service départemental d'incendie et de secours (SDIS) de l'Hérault ;

2°) de condamner le SDIS de l'Hérault à lui payer une somme de 2.000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient :

- qu'elle a été classée 2^{ème} avec un écart de seulement 0,2 points avec la société attributaire du marché ;

- que le marché en cause a été attribué à la société Avialsa, dont l'offre a été proposée à un prix supérieur de 40% à celui qu'elle a proposé ;

- que si le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier la méthode de notation des offres, il ne lui est pas permis d'appliquer une méthode qui aurait pour effet de rompre l'égalité entre les candidats ; qu'aucune méthode de notation ne permet de justifier l'attribution d'une note globale inférieure à l'offre proposée à un prix inférieur de 40% à celui de l'offre la mieux classée ;

- qu'en sa qualité de précédent titulaire du marché, elle avait affecté des éléments corporels significatifs, soit 8 bombardiers d'eau et 2 hélicoptères, amis également 6 pilotes professionnels, 4 mécaniciens permanents et 3 mécaniciens saisonniers agréés GSAC ;

- que cet ensemble organisé permettait l'exercice d'une activité économique poursuivant un objectif propre, qui sera poursuivie dans les mêmes conditions par le nouvel attributaire du marché, de sorte que l'article L.1224-1 du code du travail lui fait obligation de poursuivre les contrats de travail du candidat sortant ; que l'absence d'obligation de reprise du personnel constitue une violation manifeste des obligations sociales ;

- qu'il revenait donc au SDIS de l'Hérault d'imposer aux candidats la reprise du personnel de son précédent cocontractant, plutôt que de prévoir un sous critère relatif à l'hébergement et la restauration des pilotes, sans réel rapport avec l'objet du marché ;

- que l'attribution du marché à une société implantée en Espagne pour un prix presque deux fois plus élevé sans aucun souci de préserver l'emploi constitue une atteinte grave aux principes fondamentaux de la commande publique ;

Vu, enregistré le 12 avril 2012, le mémoire complémentaire présenté pour la Société MIDAIR, qui persiste dans ses conclusions par les mêmes moyens ;

Elle soutient, en outre, que la société attributaire a proposé des avions "Air Tractor" dont la capacité d'emport n'excède pas 3.000 litres qui sont totalement incapables, une fois chargés, de décoller depuis les pistes sommaires mises à leur disposition ; qu'en attribuant le marché à cette société, le pouvoir adjudicateur a manifestement avantagé cette société à son détriment alors qu'elle s'est efforcée de respecter scrupuleusement le CCTP ; qu'en égard aux prestations proposées, l'offre de la société Avialsa aurait dû être écartée ou, à tout le moins, recevoir une note inférieure quant à la valeur technique ; que l'offre de la société attributaire n'est pas conforme en ce qui concerne les qualifications exigées des pilotes, qui doivent détenir, notamment, la qualification "DNC lutte incendie", alors que cette société, basée en Espagne, n'a manifestement pas intégré ces conditions particulières d'exécution du marché ; que le sous critère relatif aux conditions de travail (hébergement, restauration et régime horaire des pilotes), sans rapport avec l'objet du marché, est en totale contradiction avec le CCTP qui exclut expressément la logistique des pilotes du périmètre du marché ; que, compte-tenu de la pondération, la présence de ce sous critère a nécessairement faussé les ratios et a eu un effet sur le prix de l'ordre de 10% ; que les critères mis en œuvre par le SDIS, qui ne permettent manifestement pas de départager les offres au regard de la capacité d'attaque de feu des appareils, sont dépourvus de tout caractère opérationnel ; que la procédure mise en œuvre par le SDIS témoigne d'un manque flagrant de définition de ses besoins au regard des exigences de l'article 5 du code des marchés publics ; qu'en effet, la capacité des bombardiers à se ravitailler au plus près des incendies et d'effectuer un grand nombre de rotations en un minimum de temps, qui est cruciale, n'a pas été suffisamment prise en compte ; que, contrairement à ce qui a été indiqué à l'origine, son offre a été proposée à un prix inférieur de près de 50% (et non 40%) à celle de la société attributaire ; que la différence de note en ce qui concerne le sous critère relatif à la vitesse de déplacement constituant chaque module conduit à considérer que les avions de la société Avialsa se déplacent, à peine charge, à 600 km/h, soit la vitesse d'un Airbus ; que la désignation du président du SDIS par le président du conseil général n'a pas été publiée au recueil des actes du département, de sorte que les décisions en ce qui concerne le marché en cause ont été prises par une autorité incompétente ; qu'en

autre et en tout état de cause, le président du SDIS ne justifie pas d'une habilitation régulière du conseil d'administration pour attribuer le marché en cause ;

Vu, enregistré le 13 avril 2012, le mémoire présenté pour la société Avialsa par la SELARL d'avocats Symchowicz, Weissberg et associés, qui conclut au rejet de la requête, subsidiairement à ce qu'aucune annulation ne soit prononcée et à la condamnation de la Société MIDAIR à lui payer une somme de 6.000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir que le moyen tiré de la rupture d'égalité en ce qui concerne le prix des offres, qui n'est ni explicité ni motivé, devra être écarté ; que la seule circonstance qu'elle ait été classée 2^{ème} alors que son offre était proposée à un prix inférieur ne saurait démontrer la rupture d'égalité alléguée dès lors que le choix ne doit plus nécessairement se porter sur l'offre la moins disante ; qu'en l'espèce, elle a parfaitement assumé le prix qu'elle a proposé, ce qui lui a permis d'affiner les caractéristiques techniques de son offre ; que le moyen tiré de l'absence d'obligation de reprise du personnel est inopérant, faute pour la requérante de démontrer la lésion qui en aurait résulté pour elle, alors qu'elle disposait, en sa qualité de candidat sortant, de toutes les informations nécessaires ; qu'en outre, l'appréciation d'un tel moyen excède l'office du juge des référés précontractuels ; que le moyen est en tout état de cause mal fondé puisque la perte d'un marché n'implique pas, en principe, le transfert significatif de biens corporels ou incorporels, de sorte que le transfert de personnels n'a pas vocation à intervenir, sauf convention collective contraire ; qu'au contraire, l'imposition du transfert du personnel aurait caractérisé une véritable rupture d'égalité ; que le SDIS n'avait pas à substituer le sous élément d'appréciation lié à l'hébergement et à la restauration des pilotes, parfaitement lié à l'objet du marché puisque se rapportant aux conditions de travail, par un critère relatif à la formation du personnel, une telle démarche relevant de la seule compétence du pouvoir adjudicateur, alors que le CCTP imposaient des conditions d'exécution et de qualification précises des pilotes tout en mettant à la charge du titulaire la responsabilité des formations et entraînements des personnels ; qu'en l'espèce, eu égard à la durée prévisible du marché, limitée à 3 mois, et à la nature du risque, l'intérêt général s'oppose à l'annulation de la procédure ;

Vu, enregistré le 16 avril 2012, le mémoire en défense présenté pour le SDIS de l'Hérault par Me Soland, avocat, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la Société MIDAIR à lui payer une somme de 5.000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Le SDIS de l'Hérault fait valoir que le juge des référés n'est pas compétent pour se prononcer sur le moyen tiré de la reprise du personnel par la violation prétendue de l'article L.1224-1 du code du travail qui, en tout état de cause, n'est pas applicable en l'espèce ; que le moyen tiré de la non conformité des appareils proposés par la société Avialsa se rapporte non aux conditions de passation du marché, mais à son exécution ; que l'offre de cette société est bien, sur ce point, conforme aux prescriptions du CCTP dès lors que ce document faisait obligation aux candidats non pas d'utiliser toutes les pistes, mais de préciser celles qu'ils entendaient utiliser, parmi celles qui étaient mises à leur disposition, pour l'exécution du contrat ; que la société Avialsa a bien précisé qu'elle serait en mesure d'utiliser toutes les pistes mises à sa disposition, en précisant, pour chacune d'elle, la quantité d'eau qui pourrait être emportée, alors que la Société MIDAIR ne peut, sur certaines de ces pistes, faire décoller ses appareils avec une charge pleine ; que les obligations relatives aux qualifications des pilotes se rapportent à l'exécution du contrat ; qu'en tout état de cause, les pilotes proposés par la société Avialsa sont titulaires des qualifications requises ; que le

critère relatif aux conditions de restauration, d'hébergement et de rotations horaires des pilotes, qui permet d'apprécier les conditions de travail de ces derniers et, par là-même, de s'assurer qu'ils pourront effectuer leurs missions en toute sécurité, n'est pas étranger à l'objet du marché ; qu'au demeurant les mauvaises conditions de travail des pilotes, plusieurs fois critiquées par l'inspection du travail, a été relevée par la Chambre régionale des comptes dans son rapport du 7 février 2011, qui l'a incité fortement à se doter des instruments juridiques et matériels pour contrôler ces conditions de travail, d'autant que, durant l'exécution du précédent contrat confié à la société requérante, il y a eu deux crashes d'avions et un atterrissage forcé sur une route départementale ; que l'article 13-1 du CCTP, qui se borne à préciser que les "frais de déplacement, d'hébergement et de restauration des pilotes ne sont pas pris en compte par le SDIS" n'est pas en contradiction avec les autres documents de la consultation ; que s'il appartient au juge des référés de vérifier la légalité d'un critère, il ne peut, en revanche, substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur en ce qui concerne le choix des critères afin d'identifier l'offre la plus avantageuse ; que le moyen tiré de la prétendue insuffisante définition des besoins, qui tend, en réalité, à la censure du choix de l'entreprise attributaire, échappe à l'office du juge des référés précontractuels ; que, contrairement à ce que soutient la Société MIDAIR, le pouvoir adjudicateur avait bien l'obligation de tenir compte de la tranche femme et des tranches conditionnelles pour apprécier le prix des offres ; que le sous critère relatif à la vitesse des appareils a été évalué non d'après leur vitesse de croisière, mais d'après leur vitesse en charge donnée par le constructeur ; que cette évaluation a été faite de façon relativement favorable pour la requérante puisque la vitesse retenue du plus lent de ses appareils a été de 200 km/h, alors qu'aurait pu être retenue celle de 180km/h ; que ce n'est pas le président du SDIS qui choisit l'offre à retenir, mais la commission d'appel d'offres ; qu'à supposer même que le président n'ait pas été dûment habilité, un tel manquement ne serait pas susceptible de léser la société requérante ; que l'annulation du marché le contraindrait à relancer une procédure complète de mise en concurrence, ce qui aurait pour effet de le priver de moyens de lutte aériens contre l'incendie en période estivale ; que l'intérêt général s'oppose donc à une annulation totale de la procédure ;

Vu, enregistré par télécopie le 17 avril 2012, le mémoire complémentaire présenté pour la société Avialsa, qui persiste, par les mêmes moyens, dans ses précédentes conclusions ;

Elle fait valoir, en outre, que les moyens relatifs à la violation du cahier des charges et à la non-conformité de son offre, outre qu'ils sont affirmés de façon péremptoire, se rapportent à l'exécution du marché et non aux modalités de sa passation ; qu'en l'espèce, et dès lors qu'elle s'est formellement engagée à respecter l'ensemble des prescriptions légales, réglementaires et techniques ainsi que celles du CCTP, son offre doit être réputée conforme ; qu'en tout état de cause, les affirmations relatives à la non-conformité de son offre sont totalement erronées ; que, contrairement à ce qui est soutenu, la restauration et l'hébergement des pilotes n'ont pas été érigés en sous critères autonomes, mais comme des éléments d'appréciation de leurs conditions de travail qui est, lui, parfaitement régulier ; que les critères annoncés dans les documents de la consultation sont ceux qui ont été appliqués et qu'il n'appartient pas à la société requérante de tenter de leur substituer des critères qui, en l'avantageant, auraient permis que le marché lui soit attribué ; que l'affirmation selon laquelle la société requérante serait mieux à même d'exécuter les missions prévues par le marché est erronée car, si elle propose 6 appareils, elle-même en propose 4 et 4 autres en réserve en cas de problème soit, au total, 8 appareils identifiés ; que la requérante critique l'appréciation du critère prix en se limitant au coût de la prestation globale sans tenir compte de sous critère relatif au coût de l'heure de vol, qui comptait pour 15% ; que le moyen tiré de l'incompétence du président du SDIS est inopérant faute de lésion ;

Vu la décision du 1^{er} mars 2012 par laquelle le président du tribunal a désigné M. Alfonsi, vice-président, comme juge des référés ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code du travail ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement convoquées à l'audience ;

Après avoir présenté son rapport à l'audience publique du 17 avril 2012 et entendu :

- les observations de Me Bonniou et de M. Bories pour la société MIDAIR ;
- les observations de Me Soland et de M. Pierre Raynard pour le SDIS de l'Hérault ;
- et les observations de Me Letellier pour la société Avialsa ;

Considérant que la société MIDAIR demande l'annulation de la procédure de passation du marché public de fournitures courantes et de services relatif à la mise à disposition d'une cellule aérienne de première intervention de lutte contre les feux de forêt mise en œuvre par le Service départemental d'incendie et de secours (SDIS) de l'Hérault, à l'issue de laquelle la société Avialsa a été déclarée attributaire de ce marché ;

Considérant qu'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, ou la délégation d'un service public. // Le juge est saisi avant la conclusion du contrat." ; qu'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 ; qu'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

Considérant, en premier lieu, que la circonstance que l'arrêté par lequel le président du conseil général de l'Hérault a nommé le président du SDIS de l'Hérault n'a pas été régulièrement publié, à la supposer établie, constitue un moyen qui, sans rapport avec les règles de publicité et de mise en concurrence, n'est pas au nombre de ceux qui peuvent être utilement invoqués devant le juge des référés précontractuels ; qu'il en va de même en ce qui concerne le moyen tiré de son défaut d'habilitation par le conseil d'administration du SDIS ;

Considérant, en deuxième lieu, que ni l'article 53 du code des marchés publics, ni aucune autre disposition ne font obligation au pouvoir adjudicateur, auquel il est loisible d'attribuer un poids relatif différent à chacun des critères non discriminatoires liés à l'objet du marché qu'il a définis pour apprécier la valeur des offres qui lui sont proposées, de choisir nécessairement l'offre faite au coût le moins élevé ; qu'en se bornant à relever que son offre était faite à un prix inférieur d'environ 40 % à celui auquel était proposé celle de l'entreprise retenue sans critiquer utilement la manière dont les offres ont été notées à cet égard et sans expliquer en quoi cette seule circonstance serait de nature à établir qu'un manquement aux règles de publicité ou de mise en concurrence aurait été commis à son détriment, la société MIDAIR soulève un moyen qui est dépourvu de précisions permettant d'en apprécier la portée ;

Considérant, en troisième lieu qu'en supposant même qu'il puisse être soutenu que l'activité en cause entre dans les prévisions de l'article L.1224-1 du code du travail, la société requérante, qui était titulaire du précédent marché ayant le même objet et qui, en tout état de cause, aurait conservé à son service le personnel qu'elle employait si elle avait été attributaire du marché litigieux, n'apporte aucun élément établissant qu'elle a été lésée ou susceptible d'être lésée par l'omission du pouvoir adjudicateur à imposer aux candidats la reprise du personnel du précédent attributaire ;

Considérant, en quatrième lieu, qu'il ne résulte ni des pièces du dossier, ni des éléments recueillis au cours de l'audience publique, que la société Avialsa, qui s'est expressément engagée à respecter l'ensemble des exigences contenues dans les documents de la consultation, serait susceptible de manquer à de tels engagements en mettant en œuvre des appareils incapables de décoller depuis les pistes mises à disposition par le SDIS, incapables de rejoindre les objectifs fixés dans les délais prescrits ou qui seraient pilotés par des personnels dépourvus des qualifications exigées ; qu'il y a lieu, par suite, d'écarter les moyens de la requête susvisée tirés de ce que le pouvoir adjudicateur aurait fait porter son choix sur une offre manifestement non conforme aux exigences de la consultation ou qu'il aurait, en appréciant les offres en compétition, délibérément favorisé une entreprise hors d'état d'assurer les prestations demandées ;

Considérant, en cinquième lieu, que le sous critère relatif aux conditions de travail des pilotes tel qu'il a été précisé dans le règlement de la consultation ne peut, contrairement à ce qui est soutenu, être réputé comporter une contradiction avec l'article 13-1 du CCTP, qui se borne à préciser que "les frais de déplacement, d'hébergement et de restauration des pilotes, et leur logistique en général, ne sont pas pris en compte par le SDIS" ; qu'un tel sous critère, qui a pour objet de vérifier que les candidats assurent à leur personnel navigant des conditions de travail et de repos compatibles avec la bonne exécution du service demandé, ne peut être regardé comme ne présentant pas de rapport suffisant avec l'objet du marché ;

Considérant, enfin, qu'en soutenant que le pouvoir adjudicateur aurait insuffisamment défini ses besoins au regard des exigences de l'article 5 du code des marchés publics sans critiquer utilement aucun des sous critères qui ont été mis en œuvre en ce qui concerne la valeur technique des offres, la société MIDAIR, qui affirme que son offre était mieux adaptée aux exigences du marché que celle de l'entreprise attributaire, soulève un moyen qui tend, en réalité, à faire sanctionner l'erreur d'appréciation qui, selon elle, aurait entaché le choix du SDIS de l'Hérault ; qu'un tel moyen, qui n'est pas au nombre de ceux qu'il est permis au juge des référés précontractuels d'examiner, doit être écarté comme inopérant ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la requête susvisée de la société MIDAIR doit être rejetée ;

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

Considérant que les dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que le SDIS de l'Hérault, qui n'est pas partie perdante, soit condamné à rembourser à la société MIDAIR les frais, non compris dans les dépens, qu'elle a exposés à l'occasion de la présente instance ;

Considérant qu'il y a lieu, en revanche, de condamner la société MIDAIR à payer au SDIS de l'Hérault et à la société AVIALSA une somme de 1.200 euros chacun au titre de ces mêmes dispositions ;

ORDONNE

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

Article 2 : La société MIDAIR est condamnée à payer au SDIS de l'Hérault et à la société Avialsa une somme de 1.200 euros chacun au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la Société MIDAIR, au Service départemental d'incendie et de secours (SDIS) de l'Hérault et à la société Avialsa.

Fait à Montpellier, le 19 avril 2012.

Le juge des référés,

J.-F. ALFONSI

Le greffier,

D. LE GALL

La République mande et ordonne au préfet de l'Hérault en ce qui le concerne et à tous les 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,
Montpellier, le 19 avril 2012.

Le greffier,

D. LE GALL