

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE BASTIA**

N° 2200574

SOCIETE OYONNAIR

M. Pierre Monnier
Juge des référés

Ordonnance du 20 mai 2022

39-08-015-01
C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés,

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 5 et 20 mai 2022, la SAS Oyonnair, représentée par Me Antoniotti, doit être regardée comme demandant au juge des référés, en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure de passation du marché de prestations de transports aériens, y compris la décision du 25 avril 2022 rejetant son offre ;

2°) d'enjoindre au centre hospitalier d'Ajaccio de reprendre la procédure à compter de la phase de publicité ou au stade de l'analyse des offres ;

3°) de mettre à la charge solidaire des centres hospitaliers d'Ajaccio et de Bastia une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société requérante soutient que :

- son offre est régulière ;
- le recours à la procédure de négociation prévue à l'article L. 2124-3 du code de la commande publique est illégal ;
- le centre hospitalier d'Ajaccio a dénaturé son offre comme le révèle son analyse des sous-critères « maintenance » et « suivi de prestation et sécurité des vols » ;
- enfin, les manquements qu'elle invoque l'ont lésée.

Par un mémoire en défense, enregistré le 17 mai 2022, le centre hospitalier d'Ajaccio, représentée par Me Rayssac, conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société requérante à lui verser la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Le centre hospitalier soutient que :

- les moyens de la requête sont inopérants dès lors que l'offre de la société requérante est irrégulière ;
- les moyens de la requête ne sont pas fondés ;
- la société Oyonnair n'a pas été lésée par les moyens qu'elle invoque.

Par un mémoire en défense, enregistré le 18 mai 2022, la SAS Altagna, représentée par son

président, conclut au rejet de la requête. Elle soutient que :

- le recours à la procédure avec négociation était fondé ;
- le moyen de la requête tiré de la dénaturation de l'offre n'est pas fondé ;
- l'offre technique de la société Oyonnair a été en réalité surestimée ;
- l'offre de la société Oyonnair aurait dû être éliminée comme non conforme.

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. Pierre Monnier, vice-président, pour statuer sur les demandes de référé.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique, à l'issue de laquelle l'instruction a été close :

- le rapport de M. Pierre Monnier, magistrat désigné ;
- et les observations de Me Antoniotti, avocate de la SAS Oyonnair, celles de Me Didier, substituant Me Rayssac, avocat du centre hospitalier d'Ajaccio, ainsi que celles de Mme Dussol pour le centre hospitalier de Bastia.

Une note en délibéré de la SAS Altagna, a été enregistrée le 20 mai 2022.

Considérant ce qui suit :

1. 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* ». Aux termes de son article L. 551-3 du même code : « *Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés* ». En vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 dudit code, 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 à laquelle ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte, en avantageant une entreprise concurrente.

2. Par un avis de marché publié au JOUE le 24 décembre 2021, les centres hospitaliers d'Ajaccio et de Bastia ont lancé, selon la procédure concurrentielle avec négociation, un appel d'offre ouvert relatif à un accord-cadre de prestations de transports aériens liées aux évacuations sanitaires de patients hospitalisés en Corse. Par un courrier en date du 25 avril 2022, le centre hospitalier d'Ajaccio a informé la société Oyonnair que son offre n'avait pas été retenue et que le marché était attribué à la société Altagna. Par la présente requête, la société Oyonnair saisit le juge du référé précontractuel, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

Sur le moyen de défense tiré de l'irrégularité de l'offre de la société requérante :

3. Aux termes de l'article L. 2152-1 du code de la commande publique : « *L'acheteur écarte les offres irrégulières (...)* ». Aux termes de l'article L. 2152-2 du même code : « *Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale* ».

4. A l'appui de son moyen tiré de l'irrégularité de l'offre de la SAS Oyonnair, le centre hospitalier d'Ajaccio soutient que son offre finale ne permet pas de garantir qu'elle disposera, d'une part, d'un certificat de maintenance pour les appareils définitifs qu'elle propose, d'autre part, de l'atelier nécessaire pour la maintenance de ces appareils.

5. Il résulte de l'instruction que les documents du marché n'exigeaient pas des candidats qu'ils présentent des garanties concernant les certificats de maintenance pour les appareils ou l'atelier nécessaire pour leur entretien. Si le point 12.1 du règlement de consultation, intitulé « documents de l'offre » imposait aux candidats de fournir un agrément « PART 145 ou équivalent (agrément de la société qui maintiendra les appareils si absence de PART 145 en interne) », il résulte de l'instruction que la société Oyonnair a produit à l'appui de son offre le certificat d'organisme de maintenance de la société DV Technik, entité de la holding Oyonnair. La double circonstance que cette société soit basée à Lyon et que le certificat ne portait que sur l'aéronef Piaggio alors que la SAS Oyonnair n'emploierait cet avion que pendant les dix premiers mois du marché, n'est pas de nature à entacher l'offre de la société requérante d'irrégularité dès lors les documents du marché n'exigeaient ni que l'agrément « PART 145 » émane d'une société basée en Corse ni qu'il porte sur des appareils que les candidats ne possédaient pas encore. De même, contrairement à ce que soutient la société Altagna, la circonstance que la SAS Oyonnair n'aurait pas pris de disposition pour réaliser le hangar de maintenance n'entache pas son offre d'irrégularité nonobstant la circonstance que l'article 6 du cahier des clauses techniques particulières prévoyait que le titulaire devrait disposer, s'il optait pour le hangar comme moyen de mise à l'abri, jusqu'au 1^{er} septembre 2023 pour disposer de cette modalité. Enfin, contrairement à ce que soutient la SARL Altagna, il ne résulte pas de l'instruction que la SAS Oyonnair se trouverait dans l'impossibilité de disposer des avions qu'elle propose ou des personnels navigants pour les faire voler.

6. Il résulte de ce qui précède que le moyen de défense susvisé doit être écarté.

Sur le moyen tiré de l'illégalité du recours à la procédure de négociation :

7. Aux termes de l'article L. 2124-3 du code de la commande publique : « *La procédure avec négociation est la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques* ». Aux termes de l'article R. 2124-3 du même code : « *Le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure avec négociation dans les cas suivants : (...) 4° Lorsque le marché ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ; / 5° Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique, définis à la section 2 du chapitre 1^{er} du titre 1^{er} du présent livre (...)* ». Si la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 relative à la passation des marchés publics a entendu introduire davantage de souplesse dans la possibilité, pour les pouvoirs adjudicateurs, de recourir à une procédure de passation de marché prévoyant des négociations et a, à cette fin, créé la procédure concurrentielle avec négociation, placée au même niveau que les procédures ouvertes et restreintes,

et si, en conséquence, le code de la commande publique a fait de cette procédure l'une des procédures formalisées auxquelles peuvent avoir recours les acheteurs publics, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent néanmoins recourir à cette procédure que dans les cas limitativement énumérés à l'article R. 2124-3 du code de la commande publique.

8. Il résulte de l'instruction, en particulier de l'article 1.2 du règlement de consultation « Mode de passation », corroboré par les écritures en défense, que la procédure concurrentielle avec négociation attaquée a été mise en œuvre sur le fondement des dispositions précitées des 4° et 5° de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique, c'est-à-dire, d'une part, du fait de circonstances particulières liées à la nature du marché, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y attachent et, d'autre part, en raison de l'impossibilité de définir les spécificités techniques avec une précision suffisante. Le pouvoir adjudicateur fait plus précisément valoir quatre circonstances particulières qu'il rattache à la complexité du marché litigieux pour justifier le recours à la procédure de négociation : 1° la solution « porte cargo », qui avait été jugée impossible lors d'un premier appel d'offres déclaré sans suite ont été proposées dans le cadre de la procédure avec négociation, 2° les différentes compositions des kits sanitaires, qui n'étaient pas connues au moment du lancement de la procédure, 3° les modalités de mise à l'abri des intempéries permettant le chargement et le déchargement des patients, et 4° le fait que l'aéronautique n'est pas le cœur du métier de l'hôpital et relève d'une industrie complexe. Toutefois, le centre hospitalier ne saurait justifier son choix de recourir à la procédure avec négociation par le fait que la négociation a permis aux candidats d'améliorer leurs offres ou de dégager de nouvelles solutions dès lors que l'opportunité de ce choix doit être appréciée à la date à laquelle la procédure a été lancée. Au regard de l'expérience que les centres hospitaliers d'Ajaccio et de Bastia ont acquis de longue date en la matière, l'évacuation sanitaire par la voie aéronautique des patients ne saurait être regardée comme une particularité du marché liée à sa nature ou à sa complexité justifiant le recours à la procédure négociée. Quant aux questions de la « porte cargo », des kits sanitaires, ou des modalités de mise à l'abri, elles ne présentent pas davantage une complexité telle qu'elle rende nécessaire le recours à la procédure de négociation. En outre, ainsi que le relève la société requérante, il résulte de l'instruction que les centres hospitaliers avaient lancé, préalablement à la procédure de négociation attaquée, une procédure de mise en concurrence sous la forme d'un appel d'offres ouvert pour satisfaire des prestations plus complexes, incluant notamment l'option d'évacuations sanitaires par hélicoptères, et qu'ils ont décidé de déclarer cette procédure sans suite pour des motifs qui n'ont qu'un rapport lointain avec ceux avancés dans le cadre de la présente instance pour justifier le recours à la procédure de négociation. Le courrier du 23 novembre 2021, qui se borne à informer la SAS Oyonnair que « l'évolution des besoins des deux établissements impose certaines modifications d'ordre technique, qui justifieront la rédaction d'un cahier des charges modifié », ne fait état d'aucune circonstance particulière liée à la nature du marché ou à sa complexité. Enfin, si l'article 1.2 du règlement de consultation fonde aussi le recours à la procédure de négociation sur les dispositions du 5° de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique, visant les hypothèses dans lesquelles les spécifications techniques ne peuvent être définies avec une précision suffisante, il résulte de l'instruction que les centres hospitaliers de Bastia et d'Ajaccio, eu égard à l'expérience qu'ils ont acquise en la matière, étaient parfaitement capables de définir avec une précision suffisante les spécifications techniques dont ils avaient besoin pour des évacuations sanitaires par avion à destination du continent.

9. Il résulte de ce qui précède que le recours à la procédure concurrentielle avec négociation sur le fondement des dispositions des 4° et 5° de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique était irrégulier. Ce manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence étant susceptible d'avoir lésé la société Oyonnair, dont l'offre, ainsi qu'il a été dit aux points 3 à 6, n'était pas irrégulière, elle est fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen qu'elle soulève, à demander l'annulation de la procédure.

Sur les conclusions à fin d'injonction :

10. Le juge des référés précontractuels s'est vu conférer par les dispositions précitées des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative le pouvoir d'adresser des injonctions à l'administration, de suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte, d'annuler ces décisions et de supprimer des clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat. Dès lors qu'il est régulièrement saisi, il dispose – sans toutefois pouvoir faire obstacle à la faculté, pour l'auteur du manquement, de renoncer à passer le contrat – de l'intégralité des pouvoirs qui lui sont ainsi conférés pour mettre fin, s'il en constate l'existence, aux manquements de l'administration à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Eu égard à ce qui a été dit au point 9, il y a lieu de faire droit à la demande de la société requérante tendant à ce qu'il soit enjoint aux centres hospitaliers d'Ajaccio et de Bastia, s'ils souhaitent poursuivre la passation de leur marché, de la reprendre à compter de la phase de publicité.

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

11. D'une part, les dispositions de cet article font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société requérante, qui ne succombe pas à la présente instance, la somme dont le centre hospitalier d'Ajaccio demande le versement au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens. D'autre part, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du centre hospitalier d'Ajaccio, sur ce fondement, le versement d'une somme de 1 500 euros à la société requérante.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La procédure de passation du marché de prestations de transport aérien est annulée.

Article 2 : Il est enjoint aux centres hospitaliers d'Ajaccio et de Bastia, s'ils entendent poursuivre la procédure de passation, de la reprendre à compter de la phase de publicité.

Article 3 : Le centre hospitalier d'Ajaccio versera à la société Oyonnair la somme de 1 500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Oyonnair, à la société Altagna, au centre hospitalier de Bastia et au centre hospitalier d'Ajaccio.

Fait à Bastia, le 20 mai 2022.

Le juge des référés,

signé

P. MONNIER

La greffière,

signé

H. MANNONI

La République mande et ordonne au préfet de Corse en ce qui le concerne ou à tous 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
La greffière,

H. MANNONI