

TA106  
Tribunal Administratif de la Guyane  
2201633  
2022-12-15  
LE PORT - AWEN AVOCATS  
Ordonnance  
Plein contentieux  
C  
Satisfaction partielle

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires complémentaires, enregistrés les 14 novembre, 29 novembre et 9 décembre 2022, la société HELI-COJYP, représentée par Me Le Port, demande au juge des référés :

1°) sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation du lot n° 3 portant transport de passagers et de fret par hélicoptère de l'accord-cadre ayant pour objet l'affrètement d'aéronefs au profit des services de l'Etat en Guyane et en particulier, la décision par laquelle le préfet de la Guyane n'a retenu son offre qu'en qualité d'attributaire de second rang, d'une part et d'annuler la décision par laquelle le préfet de la Guyane a retenu l'offre de la société HBG en qualité d'attributaire de premier rang, d'autre part ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société HELI-COJYP soutient que :

- sa requête est recevable dès lors qu'elle justifie d'un intérêt lui donnant qualité à agir, en sa qualité d'attributaire de second rang qui lui donne vocation à exécuter des bons de commandes dans l'unique hypothèse où l'attributaire de premier rang serait en incapacité de répondre aux commandes ;
- dès le rejet de l'offre, l'acheteur doit communiquer au concurrent évincé le détail des notes, lesquels constituent les motifs du rejet, en application de l'article R. 2181-3 du code de la commande publique ; la méconnaissance des dispositions régissant l'information du candidat évincé à l'issue d'une procédure de passation constitue une atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence dont il appartient au juge administratif de tirer les conséquences ; la motivation du choix de l'offre doit permettre au candidat évincé de comprendre les raisons pour lesquelles son offre a été considérée comme économiquement moins avantageuse et lui permettre de contester utilement son éviction ; elle s'est simplement vu informer de ce qu'elle était attributaire de deuxième rang pour le lot n° 3, ce qui signifie implicitement mais nécessairement que son offre a été rejetée au titre du premier rang ; dans ces conditions, l'Etat devait l'informer des motifs pour lesquels son offre a été rejetée au premier rang et déclarée seconde ; l'Etat ne lui a pas indiqué l'identité de la société dont l'offre a été classée première, en méconnaissance des dispositions du code de la commande publique ; le délai de standstill n'a pas été mentionné dans l'information qui lui a été faite ; ces divers manquements ne lui permettent pas de comprendre les raisons pour lesquelles son offre a été considérée comme économiquement la moins avantageuse ni de contester utilement son éviction ; elle se trouve dans l'incapacité de vérifier si la formule de notation a été régulièrement appliquée, s'agissant du critère du prix ;
- le sous-critère technique tiré de la politique environnementale de la société, pondéré de 5 sur 50, n'était défini par aucun élément du règlement de consultation ; le critère est imprécis et dépourvu de lien avec l'objet du marché et l'exécution des prestations objets du lot n° 3, en méconnaissance des dispositions des articles L. 2152-7 et R. 2152-7 du code de la commande publique ; la notation attribuée à un sous-critère illégal a nécessairement eu une incidence sur le classement général des offres ;
- les documents de la consultation étaient entachés de plusieurs ambiguïtés et même d'une contradiction concernant les montants maximaux des accords-cadres dès lors qu'ils ne

mentionnaient pas le montant maximal, se bornant à mentionner un montant total estimé ; les cahiers des clauses particulières de chaque lot prévoient des montants maximums sur la durée totale du marché qui diffèrent dès lors que les montants indiqués pour les lots 1, 3 et 4 ne correspondent pas à la règle de l'article 2 du règlement de consultation, lequel prévoit que pour chaque lot, le montant maximal de l'accord-cadre est de trois fois le montant estimé ; le CCP du lot 3 est entaché d'une inexactitude, mentionnant un montant de 2 700 000 euros alors que le montant maximal du marché sur sa durée totale aurait dû être de 3 600 000 euros, correspondant à 900 000 euros comme maximum annuel sur une durée de quatre années ; ce flou a eu des conséquences importantes et a lésé la requérante ; la connaissance claire et précise du montant de l'accord cadre est nécessaire pour que le candidat prépare en connaissance de cause les termes de son offre ; les lacunes des documents de la consultations ont favorisé le prestataire en place qui, en sa qualité de titulaire sortant, disposait d'une connaissance parfaite et exhaustive des besoins des services préfectoraux au service desquels il exerce ses activités depuis de nombreuses années et pouvait ainsi, sans difficulté et sans risque technique ni financier, dimensionner ses offres et ses prix afin de répondre au mieux aux besoins du pouvoir adjudicateur ;

- les besoins ont été insuffisamment déterminés par le pouvoir adjudicateur, en méconnaissance de l'article L. 2111-1 du code de la commande publique ; le montant maximum comme le montant estimé par le pouvoir adjudicateur doit procéder d'une appréciation des besoins suffisamment précise, réaliste et vraisemblable ; elle a nécessairement été lésée par la circonstance que les documents de la consultation ne mentionnaient pas clairement le montant maximum des prestations pouvant être exigées par les attributaires, dès lors qu'elle a préparé son offre sur la base du seul montant estimé ; la disproportion qui existe entre le montant maximum et le montant estimé, correspondant à une différence de 300 %, reflète une mauvaise estimation des besoins et une erreur manifeste d'appréciation, alors même que le pouvoir adjudicateur connaît nécessairement l'importance des besoins dès lors qu'il confie depuis plus de quinze ans au prestataire HBG les prestations du lot n° 3.

Le préfet fait valoir que :

- la société requérante a déjà été attributaire de marchés signés par ses services, notamment dans le cadre des élections municipales de 2020 et des élections à la collectivité territoriale de Guyane en 2021 ; il n'existe donc pas de monopole pour l'autre société attributaire ;  
- à titre principal, la requête de la société HELI-COJYP est irrecevable, son intérêt à agir n'étant pas établi, dès lors qu'elle ne saurait se prévaloir d'être lésée par son classement en position d'attributaire de second rang ;  
- à titre subsidiaire, la notification du 4 novembre 2022 informait la société requérante de ce qu'elle était attributaire ; dans ces conditions, les articles R. 2181-1 à R. 2181-4 de la commande publique n'ont pas vocation à s'appliquer ;  
- l'illégalité alléguée du sous-critère relatif à la politique environnementale de la société n'a pas empêché la société HELI-COJYP de présenter une offre et n'a donc pas pu exercer d'influence sur la régularité de la procédure suivie ; l'objectif de ce sous-critère n'était pas de noter la politique environnementale des sociétés mais d'apprécier les performances des sociétés candidates dans le cadre de l'exécution du marché en matière de protection de l'environnement ; la faible valeur de pondération de ce sous-critère, correspondant à 5 % sur 50 % ne saurait avoir créé un écart de points important entre les deux soumissionnaires ; en tout état de cause, les deux candidats ont obtenu la même note sur ce sous-critère ; ainsi, à la supposer établie, l'illégalité alléguée du sous-critère n'a eu aucune incidence sur le classement des offres ; par ailleurs, la société requérante n'a, à aucun moment, fait usage de la faculté ouverte par l'article 4.3 du règlement de la consultation de solliciter des éclaircissements sur les éventuelles imprécisions des documents de la consultation. Un mémoire en défense du préfet de la Guyane, identique au premier mémoire en défense, a été enregistré le 12 décembre 2022 mais n'a pas été communiqué.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code des marchés publics ;  
- le code de justice administrative.

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

Au cours de l'audience publique tenue le 12 décembre 2022 en présence de Mme Pauillac, greffière d'audience, M. C a lu son rapport et entendu :

- les observations de Me Le Port, représentant la société Heli-Cojyp, qui s'agissant de la présente requête relève que le fait de n'avoir été retenue qu'en second rang lui fait nécessairement grief, que le sous-critère " politique environnementale de la société " est imprécis, sans lien avec l'objet du marché et sans aucun rapport avec l'exécution du marché, que les critères de choix sont

insuffisamment précis, que le montant maximal du marché aurait dû être précisé ainsi que l'a jugé le conseil d'Etat dans l'affaire " communauté de communes Convergence Garonne " venant à la suite d'un arrêt récent de la CJUE Simonsen et Weel, que les pilotes de la société HBG ne disposant pas de la qualification Heslo 2 élingage, l'offre de HBG est irrégulière, que la clause relative à la formation militaire des pilotes est discriminatoire, que plusieurs dénaturations des offres doivent être relevées, que l'offre de HBG est irrégulière faute de domiciliation effective des pilotes en Guyane ;

- celles de Mme D pour la société Heli-Cojyp ;

- celles de M. A pour le préfet de la Guyane qui soutient que les concurrents pouvaient reconstituer le montant maximal du marché avec les éléments portés à leur connaissance, que la formation militaire des pilotes exigée est justifiée en phase d'exécution du marché, que la domiciliation des pilotes en Guyane ne vaut que pour l'exécution du marché mais n'était pas exigée pour la passation, enfin admet que le sous-critère " politique environnementale de la société " est en effet imprécis ;

- et celles de M. B pour la société HBG qui précise que deux pilotes sont domiciliés en Guyane et qu'un troisième le sera en alternance, que des pilotes avec formation militaire seront recrutés postérieurement à la notification du marché.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

Considérant ce qui suit :

1. Le préfet de la Guyane a lancé une appel d'offres en vue de l'attribution d'un accord-cadre pour l'affrètement d'aéronefs au bénéfice des services de l'Etat en Guyane, divisé en cinq lots. La procédure du lot n° 5 a été déclarée sans suite en raison de l'absence de candidature sur ce lot. Les lots 1, 2 et 4 étaient mono-attributaires tandis que le lot 3 était multi-attributaire. La société HELI-COJYP a déposé des offres pour les lots 1 à 4. Le 4 novembre 2022, le préfet de la Guyane a informé la société HELI-COJYP de ce que son offre présentée au titre du lot n° 3 a été retenue en qualité d'attributaire de second rang. Par la présente requête, la société HELI-COJYP demande au juge du référé précontractuel d'annuler, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, la procédure de passation du lot n°3 portant transport de passagers et de fret par hélicoptère de l'accord-cadre ayant pour objet l'affrètement d'aéronefs au profit des services de l'Etat en Guyane et en particulier, la décision par laquelle le préfet de la Guyane n'a retenu son offre qu'en qualité d'attributaire de second rang, d'une part et d'annuler la décision par laquelle le préfet de la Guyane a retenu l'offre de la société HBG en qualité d'attributaire de premier rang.

2. 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, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. ". L'article L. 551-2 du même code dispose que : " Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations ".

3. Il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration. En vertu de cet article, 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 qui sont susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient, dès lors, au juge des référés précontractuels de rechercher si l'opérateur économique 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 lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur économique concurrent.

Sur la recevabilité de la requête :

4. L'entreprise déclarée attributaire d'un contrat à l'issue de la procédure de passation n'est en principe pas susceptible d'être lésée par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumis ce contrat. Elle n'a ainsi pas intérêt à agir à l'encontre de cette procédure de passation du contrat et n'est donc pas habilitée à en demander l'annulation sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative. Cette entreprise

peut seulement, le cas échéant, si la procédure de passation est entachée d'une irrégularité susceptible de conduire à l'annulation du contrat, retirer son offre avant la conclusion du contrat.

5. Il résulte cependant de l'instruction que la société HELI-COJYP a été déclarée attributaire de second rang du lot n° 3 tandis que la société HBG France a été classée attributaire de premier rang. Compte tenu des modalités d'émission des bons de commandes définies au cahier des clauses administratives particulières et rappelées précédemment, la société requérante ne pourra donc recevoir de commandes qu'en cas de défaillance de l'attributaire mieux classé qu'elle. La société requérante se trouve ainsi dans une situation moins favorable que l'attributaire de meilleur rang et est, dès lors, susceptible d'être lésée du fait de ce classement. La société HELI-COJYP justifie donc, dans les circonstances de l'espèce, d'un intérêt pour agir à l'encontre de la procédure de passation litigieuse. Par suite, la fin de non-recevoir soulevée par le préfet de la Guyane et tirée du défaut d'intérêt à agir de la société requérante doit être écartée.

Sur la régularité de la procédure :

6. Aux termes de l'article 5.2 du règlement de la consultation portant " conditions de participation " : "  L'acheteur fixe les niveaux minimums de capacité suivants :  / Capacités techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché public :  / Les pilotes et mécaniciens affectés à l'exécution de l'accord-cadre doivent être domiciliés de façon permanente en Guyane  ". Aux termes de l'article 5.5 du même document portant " examen des candidatures " : " L'acheteur examine les candidatures avant les offres : les documents concernant l'aptitude et les capacités sont fournis à la demande de l'acheteur et avant l'examen des offres.  Les candidatures ne justifiant pas de l'aptitude professionnelle ou qui n'atteignent pas les niveaux minimaux de capacités exigées pour cette consultation sont rejetées ". Aux termes de l'article 5.5.1 de ce texte : "  Les documents justificatifs concernant les aptitudes et capacités sont :  - Déclaration sur l'honneur de chaque pilote et mécanicien, affecté à l'exécution de l'accord-cadre, attestant de leur résidence permanente sur le territoire de la Guyane  ".

7. La société HELI-COJYP soutient que la candidature de la société HBG aurait dû être rejetée dès lors que cette dernière ne justifiait pas de la domiciliation de façon permanente en Guyane de l'ensemble des pilotes affectés à l'exécution du marché. Il résulte de l'instruction que deux des pilotes affectés à l'exécution du marché litigieux sont domiciliés de façon permanente en Guyane tandis qu'un troisième le sera en alternance et que des pilotes avec formation militaire seront recrutés postérieurement à la notification du marché. Il s'en infère qu'avant de procéder à l'examen des offres, l'acheteur ne s'est pas assuré que la candidature de la société HBG atteignait les niveaux minimaux de capacités exigées pour la consultation s'agissant de la domiciliation permanente en Guyane des pilotes affectés à l'exécution de l'accord-cadre. Dans ces conditions, la société HELI-COJYP est fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur a entaché la procédure d'un manquement aux obligations de mise en concurrence qui, eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte, est susceptible de l'avoir lésé en avantageant son concurrent.

8. Par suite et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête, il y a lieu d'annuler la décision par laquelle le préfet de la Guyane n'a retenu l'offre de la société HELI-COJYP qu'en qualité d'attributaire de second rang, d'une part, et d'annuler la décision par laquelle le préfet de la Guyane a retenu l'offre de la société HBG en qualité d'attributaire de premier rang, d'autre part.

Sur les frais d'instance :

9. Il y a lieu de mettre à la charge de l'Etat la somme de 1 200 euros à verser à la société HELI-COJYP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

**ORDONNE :**

Article 1er : La procédure de passation du lot n° 3 de l'accord-cadre ayant pour objet l'affrètement d'aéronefs au profit des services de l'Etat en Guyane est annulée.

Article 2 : L'Etat versera à la société HELI-COJYP la somme de 1 200 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société HELI-COJYP, au préfet de la Guyane et à la société HBG France.

Rendue publique par mise à disposition au greffe le 15 décembre 2022 Le juge des référés,

Signé

L. C

La République mande et ordonne au préfet de la Guyane en ce qui le concerne et à tous huissiers à ce requis en ce qui concerne les voies du droit commun contre les parties privées de pourvoir à l'exécution de la présente ordonnance.

Pour expédition conforme,  
La greffière en cheffe,  
Signé  
M-Y. METELLUS