

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE TOULON**

N° 1201487

**SOCIETE SEATEAM
AVIATION**

Mme Thielen
Rapporteure

Mme Schaegis
Rapporteure publique

Audience du 19 septembre 2014
Lecture du 17 octobre 2014

39-08-01-03
54-01
54-01-02
C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Toulon

(2ème chambre)

Vu la requête enregistrée le 4 juin 2012, présentée pour la société SeaTeam Aviation, SAS dont le siège social est situé Hôtel Technologique, Technopôle Château Gombert à Marseille (13382) Cedex 13, prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège, par Me Lewisch ;

La société SeaTeam Aviation demande au Tribunal :

1°) d'annuler le marché AERO 93003 ayant pour objet la fourniture d'heures de vol d'aéronef pour assurer des essais de matériel et l'entraînement des bâtiments de la Marine nationale ;

2°) de condamner l'Etat à lui verser la somme de 17 158 000 euros en réparation du préjudice subi du fait de son éviction irrégulière de la procédure de passation ;

3°) de mettre à sa charge la somme de 20 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient :

- que le cahier des clauses techniques particulières a été modifié au cours de la procédure, s'agissant des caractéristiques techniques de certaines prestations primordiales du lot n° 2, notamment vitesse de certains avions et caractéristiques des radars, sans publicité adéquate au bulletin officiel des annonces des marchés publics ; que ces modifications, qui ont porté sur

des éléments substantiels de l'objet du marché, ont ainsi permis de ne pas écarter comme inappropriée l'offre de la société finalement déclarée attributaire ;

- qu'elles ont généré la passation d'un autre marché, hors de toute procédure régulière de création, publication et mise en concurrence ; qu'un tel marché est nécessairement nul et non avenu ;

- que le pouvoir adjudicateur a méconnu l'égalité de traitement des candidats dans son appréciation du critère prix pour les lots n° 1 et 2 ; que l'attributaire a en effet obtenu la note maximale de 20 sur le critère prix, pour chaque lot, notamment car il a proposé un tarif différencié entre heure de vol et heure de transit, en contradiction avec les documents de consultation qui prévoyait l'obligation pour les candidats de proposer un prix unique ; que c'est d'ailleurs du fait de cette rupture de l'égalité de traitement entre les candidats que le lot n° 3 avait été déclaré sans suite, en prévision du risque d'annulation contentieuse sur ce motif ;

- qu'il a commis une erreur manifeste d'appréciation dans le choix de la société attributaire, dont l'offre ne comporte pas les prestations idoines pour que soient respectées les exigences fixées dans les documents de consultation, s'agissant notamment de la fourniture de plastrons pourvus d'un système d'identification *friend or foe* ;

- qu'il a ajouté un sous-critère non spécifié, en tenant compte d'une localisation en Bretagne ;

- qu'il a omis d'informer les candidats sur les volumes de prestations attendues, permettant d'apprécier l'étendue du marché et d'adapter l'offre en conséquence ;

- qu'il a commis une erreur manifeste d'appréciation sur l'allotissement ; que le premier présente un solde net d'exploitation tendanciellement négatif, ce qui fait obstacle à la concurrence ;

- qu'elle a été informée, en cours de procédure, par le pouvoir adjudicateur, que son fournisseur d'avions pour les lots n° 4 et 5, assurant en outre leur maintenance, avait signé un contrat d'exclusivité avec la société finalement déclarée attributaire, ce qui l'a empêché de finaliser son offre s'agissant de ces deux lots ; que la méconnaissance par son pouvoir adjudicateur de son obligation de neutralité est caractérisée ;

- que la société attributaire bénéficie depuis 2006 de la jouissance de bases et d'infrastructures aéronautiques de la Marine nationale ; qu'elle a ainsi été avantagée par rapport aux autres candidats ; que ceci caractérise un abus de position dominante ; que cette jouissance a en outre été permise jusqu'en 2009 hors de toute convention d'occupation domaniale ; que cette occupation était ainsi illégale ; que l'administration ne peut par ailleurs délivrer d'autorisation d'occupation du domaine public sans mise en concurrence ;

- qu'elle a demandé à bénéficier des mêmes avantages, qui lui ont été refusés ; que ceci caractérise une collusion entre le pouvoir adjudicateur gestionnaire du domaine public militaire et la société attributaire ;

- qu'elle a donc droit à être indemnisée du préjudice né de son éviction irrégulière, dès lors qu'elle a investi en pure perte en recherche et développement, pour la présentation de son offre ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 29 octobre 2012, présenté par le ministre de la défense, qui conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société SeaTeam Aviation la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il fait valoir :

- à titre principal, que la requête est irrecevable en tant qu'elle est tardive, dès lors qu'elle a été enregistrée le 4 juin 2012, après l'expiration du délai de deux mois à compter de la date de publication de l'avis d'attribution au bulletin officiel des annonces des marchés publics, le 9 octobre 2010 ;

- que la société requérante est en tout état de cause irrecevable à demander l'annulation de la totalité du marché, dès lors qu'elle n'a présenté une offre que pour les lots n° 1 et 2 ; qu'elle n'a la qualité de candidat évincé que pour ces deux lots, et non pour le lot n° 3, pour lequel elle n'a pas candidaté, ni pour les lots n° 4 et 5, pour lesquels elle n'a pas, de sa propre initiative, finalisé son offre ;

- à titre subsidiaire, que les adaptations qui ont été apportées aux prestations prévues et requises par le pouvoir adjudicateur sont tout à fait régulières dans le cadre d'une procédure négociée ; qu'elles n'ont pas consisté en une modification substantielle ni des besoins, ni de l'objet du marché, ni du volume et de l'étendue des prestations ;

- que ces adaptations ont été faites et portées à la connaissance des candidats avant même la remise des offres initiales ; que la société requérante ne peut ainsi utilement soutenir que le cahier des clauses techniques particulières aurait été adapté pour rendre appropriée l'offre de la société finalement déclarée attributaire ; qu'il est à cet égard à relever que cette adaptation a aussi permis à la société requérante de présenter une offre appropriée ;

- que le moyen tiré de l'erreur d'appréciation du critère prix manque en fait ; que la société attributaire a proposé le même prix pour les deux prestations, heure de vol et transit ; que le pouvoir adjudicateur n'a donc pu lui attribuer une meilleure note en prenant en considération des prix différenciés ; que la société attributaire ne facturait pas d'heures de transit, son offre devenait nécessairement plus avantageuse financièrement, nonobstant un tarif horaire plus élevé ; que le motif de déclaration sans suite du lot n° 3 ne saurait être utilement soulevé dans la présente procédure ;

- qu'une localisation en Bretagne n'a aucunement constitué un critère de notation ou d'appréciation des offres ; qu'une telle localisation serait en tout état de cause entachée d'irrégularité ; que la société requérante met sur le compte de ne pas avoir disposé de plusieurs bases, dont une en Bretagne, le fait d'avoir obtenu une faible note sur le sous-critère portant sur la capacité à mettre à disposition simultanée plusieurs aéronefs, alors même que les éléments sont totalement indépendants ;

- que l'offre de la société attributaire était régulière et appropriée ;

- que le volume minimum et maximum des heures de vol a été porté à la connaissance des candidats dès le lancement de la procédure ;

- que la société requérante ne peut utilement contester l'appréciation du pouvoir adjudicateur sur l'allotissement ;

- que le pouvoir adjudicateur n'a aucunement méconnu son obligation de neutralité en informant la société requérante de ce que son fournisseur allégué avait un contrat d'exclusivité avec une autre société ; qu'il lui appartenait de contrôler la validité des offres qui lui étaient soumises et d'inviter l'intéressée à adapter son offre, en fonction de cette donnée ; qu'elle est à cet égard malvenue à contester la procédure, dès lors que ceci établit qu'elle avait présenté une offre non valide, en se prévalant de moyens dont elle ne disposait pas et qu'elle aurait donc été incapable d'assumer ;

- que le pouvoir adjudicateur n'est pas responsable des autorisations d'occupation domaniale accordées à un candidat à un marché public ; que la situation a été régularisée depuis juillet 2006 ; que les autorisations d'occupation du domaine public ne donnent pas lieu à mise en concurrence ; que la décision de délivrer une telle autorisation n'est pas susceptible par elle-même de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ;

- que les allégations de collusion, au demeurant très graves et qui en d'autres circonstances pourraient être constitutives du délit de diffamation, ne sont étayées d'aucune justification sérieuse ;

- à titre infiniment subsidiaire, que l'éviction de la société SeaTeam Aviation étant régulière, elle ne peut prétendre à indemnisation ; qu'en tout état de cause, à admettre même l'existence d'un droit à indemnisation et la valeur probante des chiffres avancés, si la société SeaTeam Aviation devait être regardée comme non dépourvue de toute chance de remporter le

marché, elle ne pourrait prétendre qu'à la somme de 159 400 euros au titre des frais de candidature ; que toutefois, ce préjudice n'est pas établi dans son quantum et ne peut donner lieu à indemnisation ; que pour être indemnisée du manque à gagner, la société SeaTeam Aviation doit, en outre, démontrer avoir eu une chance sérieuse de remporter le marché ; qu'elle ne justifie toutefois aucunement de son taux de marge brute ; que certains chefs de préjudices commerciaux ne sont pas indemnisables ; que ses prétentions, si elles devaient être accueillies par le Tribunal, devront être réduites ;

Vu la lettre, en date du 27 novembre 2013, par laquelle le Tribunal a informé les parties de ce qu'il était susceptible de fonder sa décision sur un moyen relevé d'office en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 23 décembre 2013, présenté pour la société Apache Aviation, qui conclut au rejet de la requête ;

Elle fait valoir :

- qu'elle n'occupe pas gratuitement le domaine public du ministère de la défense et que cette autorisation ne lui est pas délivrée par la Marine nationale mais par la Base de défense ;
- que l'offre de la société requérante n'était pas économiquement la plus avantageuse ;
- que l'aéronef que la société requérante proposait était techniquement insuffisant, dès lors que ses performances dépendent des conditions météorologiques ;

Vu la lettre, en date du 13 août 2014, par laquelle le Tribunal a informé les parties de ce qu'il était susceptible de fonder sa décision sur un second moyen relevé d'office en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 pris en application de l'article 4 du code des marchés publics et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense ;

Vu le code de justice administrative ;

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

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 19 septembre 2014 :

- le rapport de Mme Thielen ;
- les conclusions de Mme Schaegis, rapporteure publique ;
- et les observations de Me Ferri pour la société SeaTeam Aviation ;

1. Considérant que par avis d'appel public à la concurrence n° 09-255218 publié le 3 décembre 2009 au bulletin officiel des annonces des marchés publics, le ministre de la défense a lancé la procédure de passation du marché AERO 09003, ayant pour objet la fourniture d'heures de vol d'aéronef pour assurer des essais de matériel et l'entraînement des forces de la Marine nationale ; que ce marché public à bons de commande, passé selon la procédure négociée prévue par le décret n° 2004-16 relatif à certains marchés de la défense, était divisé en cinq lots, ayant respectivement pour objet : s'agissant du lot n° 1 : missions de plastron très lent ; s'agissant du lot n° 2 : missions élémentaires de plastron lent ; s'agissant du lot n° 3 : missions

techniques de plastron lent ; s'agissant du lot n° 4 : missions de plastron rapide zone atlantique ; s'agissant du lot n° 5 : missions de plastron rapide zone méditerranée ; que la procédure de passation pour le lot n° 3 a été déclarée sans suite ; que la société SeaTeam Aviation a déposé une offre pour les lots n° 1 et 2, après avoir renoncé finaliser ses offres pour les lots n° 4 et 5 ; que ses offres ont été rejetées par décision en date du 19 août 2010 ; que le marché a été attribué à la société Apache Aviation ; que, par la présente requête, la société SeaTeam Aviation demande l'annulation du marché AERO 09003 et l'indemnisation du préjudice subi du fait de son éviction de la procédure de passation, qu'elle estime irrégulière ;

Sur la fin de non-recevoir opposée par le ministre de la défense tirée de la tardiveté de la requête :

2. Considérant que tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; qu'en vue d'obtenir réparation de ses droits lésés, le concurrent évincé a la possibilité de présenter devant le juge du contrat des conclusions indemnitaires, à titre accessoire ou complémentaire à ses conclusions à fin de résiliation ou d'annulation du contrat ; que la présentation de conclusions indemnitaires par le concurrent évincé n'est pas soumise au délai de deux mois suivant l'accomplissement des mesures de publicité du contrat, applicable aux seules conclusions tendant à sa résiliation ou à son annulation ;

3. Considérant qu'il résulte de l'instruction que si l'avis d'attribution du contrat attaqué, publié par ministère de la défense au Bulletin officiel des annonces des marchés publics n° 197C, annonce n° 65, le 9 octobre 2010 sous le n° 10-215593, comporte une rubrique intitulée « nom et adresse officiels de l'organisme acheteur », dûment complétée, et précise le nom d'un « correspondant », il ne mentionne pas les modalités de consultation du contrat ni sa date de conclusion ; que ces modalités n'ont pas davantage été portées à la connaissance de la société SeaTeam Aviation par les courriers en date du 10 août et du 14 octobre 2010 qui lui ont été adressés par le ministre de la défense ; que, dans ces conditions, les délais de recours à l'encontre du contrat n'avaient pas commencé à courir à la date d'introduction de la requête ; que, dès lors, les conclusions tendant à la contestation de la validité du contrat ainsi, en tout état de cause, qu'à la réparation des préjudices subis du fait de la passation de ce contrat, ne sont pas tardives ;

Sur la recevabilité de la requête :

En ce qui concerne les conclusions en contestation de validité de contrat :

4. Considérant qu'aux termes de l'article R. 412-1 du code de justice administrative : « La requête doit, à peine d'irrecevabilité, être accompagnée, sauf impossibilité justifiée, de la décision attaquée ou, dans le cas mentionné à l'article R. 421-2, de la pièce justifiant de la date de dépôt de la réclamation (...) » ; que ces dispositions sont applicables au recours intenté par un concurrent évincé pour contester la validité d'un contrat administratif ; que, s'agissant des contrats conclus par écrit, cette obligation doit être regardée comme satisfaite lorsqu'est produit l'acte d'engagement, signé par les parties au contrat, dont le concurrent évincé peut obtenir communication, après occultation éventuelle de certaines données ;

5. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la société SeaTeam Aviation n'a produit, à l'appui de sa requête, que l'avis d'attribution du marché en litige ; que la production de ce document ne pouvant être regardée comme valant production du marché attaqué, le greffier du Tribunal administratif a adressé au conseil de la société requérante, par courrier du 11 juillet 2013, une première demande de régularisation de la requête tendant à la production du contrat contesté ; que par courrier du 12 juillet 2013, celui-ci s'est borné à répondre que sa cliente « ne dispose pas du contrat avec la société qui a obtenu le marché contesté, car ce contrat n'est pas public » ; que par courrier recommandé du 13 août 2014, reçu le 20 août 2014, le greffier du Tribunal administratif a adressé au conseil de la société requérante une seconde demande de régularisation de la requête tendant à la production du contrat contesté, dans le délai de 8 jours et l'avertissant du risque de voir son recours rejeté pour irrecevabilité ; que par courrier du même jour, reçu le 20 août 2014, le Tribunal a informé les parties de ce qu'il était susceptible de soulever d'office le moyen tiré de l'irrecevabilité de la requête pour méconnaissance des dispositions de l'article R. 412-1 précité ; que, malgré ces deux courriers, la société SeaTeam Aviation n'a, dans le délai imparti, ni produit l'acte d'engagement signé par le ministre de la défense et l'attributaire du marché, ni justifié d'une impossibilité d'obtenir ce document ; que la preuve requise de cette impossibilité ne saurait, à cet égard, être rapportée par le seul courrier non signé, daté du 13 avril 2012 et versé au débat le 8 septembre 2014, par lequel le conseil de la société requérante aurait demandé au chef d'Etat-major de la marine communication de « tous documents relatifs au marché Aero 09003, notamment son lancement, son déroulement et les motivations relatives à la pertinence des zones d'implantation relativement au zonex », dès lors qu'il n'est pas établi que le pouvoir adjudicateur a bien eu notification de cette demande et a, par son silence, refusé d'y faire droit, ni davantage par le courrier du 12 juillet 2013 susmentionné, n'attestant par lui-même d'aucune demande de communication du contrat par la société requérante ; que l'acte d'engagement signé n'a pas davantage été produit par le ministre de la défense et la société attributaire ; que, dans ces conditions, les conclusions de la société requérante tendant à l'annulation du marché litigieux sont irrecevables et doivent, par suite, être rejetées ;

En ce qui concerne les conclusions indemnitaires :

6. Considérant qu'aux termes de l'article R. 421-1 du code de justice administrative : « Sauf en matière de travaux publics, la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision (...) » ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que la société SeaTeam Aviation, ni avant de saisir le Tribunal, ni à la date du présent jugement, ait adressé au ministre de la défense une demande indemnitaire préalable visant à la réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi de son éviction prétendument irrégulière de la passation du marché AERO 09003, qui ne relève pas de la matière des travaux publics ; que, dans son mémoire en défense enregistré le 29 octobre 2012, le ministre de la défense n'a conclu au fond qu'à titre subsidiaire ; que, par suite, et alors même que la fin de non-recevoir opposée par le ministre de la défense n'avait pas trait à l'absence de liaison du contentieux, les conclusions indemnitaires présentées par la société SeaTeam Aviation sont, faute de décision préalable, irrecevables ;

7. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions de la société SeaTeam Aviation à fin d'annulation du marché AERO 93003 et d'indemnisation du préjudice subi de son éviction de la procédure de passation doivent être rejetées ;

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

8. Considérant, d'une part, que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'Etat, qui n'est pas partie perdante dans la présente instance, la somme que la société SeaTeam Aviation demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

9. Considérant, d'autre part, que le ministre de la défense n'ayant pas eu recours au ministère d'avocat dans la présente instance et ne justifiant d'aucun frais particulier, il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société SeaTeam Aviation la somme qu'il demande au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1^{er} : La requête de la société SeaTeam Aviation est rejetée.

Article 2 : Les conclusions du ministre de la défense présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Le présent jugement sera notifié à la société SeaTeam Aviation, au ministre de la défense et à la société Apache Aviation.

Délibéré après l'audience du 19 septembre 2014, à laquelle siégeaient :

Mme Steck-Andrez, présidente,
Mme Boyer, première conseillère,
Mme Thielen, conseillère.

Lu en audience publique le 17 octobre 2014.

La rapporteure,

signé

O. Thielen

La présidente,

signé

F. Steck-Andrez

Le greffier,

signé

P. Bérenger

La République mande et ordonne au préfet du Var 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.

Le greffier,
Pour expédition conforme.



