

N° 386912 - 385617
Centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie

Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie

N° 386920
Société Hélicocéan

7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies
Séance du 25 mars 2015
Lecture du 10 avril 2015

CONCLUSIONS

M. Bertrand DACOSTA, rapporteur public

Vous êtes saisis, d'une part, d'un pourvoi formé par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie contre une ordonnance annulant la procédure de passation d'un marché relatif à des prestations aériennes de sécurité civile et, d'autre part, de deux pourvois, formés par le centre hospitalier territorial de la Nouvelle-Calédonie et la société Hélicocéan contre une autre ordonnance, annulant, elle, la procédure de passation d'un marché relatif à l'exécution de missions médicales d'urgence par hélicoptère.

Nous prononcerons des conclusions communes sur ces affaires, non pas parce qu'elles portent sur des prestations aériennes, pas davantage parce que les litiges se situent en Nouvelle-Calédonie, mais parce que, dans les deux cas, le juge du référé précontractuel a fondé sa décision sur le même raisonnement juridique.

Commençons par le pourvoi n° 385617

La Nouvelle-Calédonie est compétente, depuis le 1^{er} janvier 2014, en matière de sécurité civile. Afin d'exercer cette nouvelle mission, elle a lancé, à l'été 2014, une procédure d'appel d'offres ouvert ayant pour objet des prestations aériennes ; il devait s'agir d'un marché à bons de commande conclu pour une période de trois ans, avec un minimum et un maximum. L'avis d'appel public à la concurrence, mis en ligne le 20 août, et publié le 16 septembre dans « Les Nouvelles calédoniennes », journal d'annonces légales, prévoyait une date limite de remise des offres au 3 octobre et une prise d'effet du contrat à la date de sa notification et au plus tard le 1^{er} novembre.

Trois sociétés ont déposé une offre : Hélicocéan, Héli Lift et Inaer. Estimant pour sa part, compte tenu de la brièveté des délais, être dans l'impossibilité de présenter une offre régulière en temps utile, la société TAT a saisi le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, le 3 octobre 2014, de conclusions tendant à l'annulation de la procédure.

Le juge des référés a pris immédiatement une première ordonnance enjoignant au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie de suspendre la signature du marché (aux termes de l'article L. 551-24 du code de justice administrative, en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna, l'introduction de la demande n'a pas d'effet suspensif de plein droit : le nouveau mécanisme issu de l'ordonnance du 7 mai 2009, elle-même prise pour la transposition de la directive « recours » du 11 décembre 2007, n'a pas été étendu à ces collectivités).

Puis, par une seconde ordonnance, en date du 23 octobre 2014, il a fait droit aux conclusions de la société.

Il a relevé que, pour pouvoir être retenu, un candidat devait être à même de mettre en œuvre les moyens techniques nécessaires à l'exercice des prestations dans des délais extrêmement courts et qu'en pratique, seules les entreprises implantées localement disposaient d'une telle capacité, car seules elles détenaient des aéronefs agréés et équipés conformes aux prescriptions techniques. Le juge du référé précontractuel en a déduit qu'en lançant tardivement son appel d'offres, sans prévoir de période de préparation suffisante pour permettre à de nouveaux candidats de soumissionner utilement, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie avait commis un manquement à ses obligations de mise en concurrence.

Celui-ci se pourvoit donc en cassation contre cette ordonnance et invoque un moyen d'erreur de droit que nous vous invitons à accueillir.

Le droit de la commande publique est gouverné par des règles écrites et, au-delà, par des principes généraux que se borne à rappeler, en métropole, le code des marchés : liberté d'accès, égalité de traitement, transparence des procédures. Il est généralement de l'intérêt même des personnes publiques de susciter la plus large concurrence possible, quitte à mettre en œuvre des mécanismes évitant que l'afflux des candidats ne les submerge (par exemple, l'appel d'offres restreint). Mais une collectivité n'est pas tenue, lorsqu'elle procède à la définition de ses besoins, de se fixer pour objectif de susciter le plus grand nombre de candidatures. Ainsi, vous avez déjà jugé qu'il était loisible à un pouvoir adjudicateur de choisir de conserver un espace numérique de travail précédemment mis en place et de lancer une procédure de passation d'un marché public afin de répondre au besoin d'assurer son exploitation et sa maintenance, plutôt que de changer de dispositif et de passer un marché pour en acquérir un nouveau (cf. CE, 2 octobre 2013, Département de l'Oise, T.). Et pourtant, dans cette affaire, le choix effectué par le département l'avait conduit à conclure un marché négocié sans mise en concurrence avec l'opérateur disposant de droits d'exclusivité sur le logiciel, alors que le recours à un nouvel espace numérique de travail aurait permis une large mise en concurrence. Votre contrôle, s'agissant de la définition par une personne publique de ses propres besoins, se limite à celui de l'erreur manifeste d'appréciation. Cette problématique doit être distinguée de celle des spécifications techniques, dont le régime est fixé par l'article 6 du code des marchés publics : il y a lieu d'examiner si la spécification a ou non pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques puis, dans l'hypothèse seulement d'une telle atteinte à la concurrence, si cette spécification est justifiée par l'objet du marché (CE, 30 septembre 2011, Région Picardie, p. 447). De même, le juge du référé précontractuel exerce un contrôle normal sur l'atteinte que sont susceptibles de porter aux principes et règles de la commande publique les obligations imposées par le pouvoir adjudicateur aux candidats (CE, 2 octobre 2013, Département de Lot-et-Garonne, T.). Mais les spécifications techniques ou les obligations imposées aux candidats se situent en aval de la définition des besoins.

Participe, à notre sens, de la définition des besoins du pouvoir adjudicateur le calendrier d'exécution des prestations, du moins le choix du moment où celles-ci doivent être délivrées. Si une collectivité estime avoir besoin à une certaine date de travaux, de services ou de fournitures, elle est parfaitement légitime à imposer cette contrainte aux entreprises soumissionnaires, quand bien même un calendrier plus relâché aurait permis à d'autres candidats de se manifester.

Vous avez, il est vrai, retenu une logique un peu différente dans votre décision Société Corsica Ferries du 5 juin 2007 (aux tables sur un autre point). Dans cette affaire, la collectivité territoriale de Corse avait fixé au 1er mai 2007 la date de mise en service de la nouvelle délégation du service public de la desserte maritime de la Corse à partir du port de Marseille. La société Corsica Ferries avait allégué un manquement aux obligations de mise en concurrence, au motif qu'une date aussi rapprochée pénalisait l'ensemble des entreprises candidates, à l'exception du délégataire sortant. Vous avez jugé qu'ayant souverainement estimé « *qu'il n'était pas établi que les difficultés liées à cette date de mise en service affectaient uniquement les candidats autres que l'actuel titulaire de la délégation, le juge des référés (...) n'avait pas commis d'erreur de droit en en déduisant que la fixation au 1er mai 2007 de la date d'entrée en vigueur de la délégation n'avait pas porté atteinte au principe d'égalité entre les candidats.* » Votre décision pourrait être lue, a contrario, comme impliquant que le manquement aurait été constitué du simple fait que le choix de la date aurait affecté certains candidats plus que d'autres.

On ne saurait, toutefois, s'en tenir à une telle analyse : la seule circonstance que la date retenue pour le début de l'exécution d'un contrat empêche de présenter leur candidature des entreprises qui auraient été à même de le faire avec une contrainte moins resserrée ne peut, par elle-même, être assimilée à un manquement de la collectivité à ses obligations de mise en concurrence. Il ne peut en aller ainsi que si son choix est manifestement dépourvu de justification, ou s'il apparaît qu'il ne procède que de la volonté d'évincer un candidat ou d'en favoriser un autre, ce qui serait constitutif d'un détournement de pouvoir.

Revenons à la présente affaire. Le juge du référé précontractuel a reproché au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie d'avoir lancé tardivement son appel d'offres et, corrélativement, de ne pas avoir laissé une période d'une durée suffisante entre la date limite de remise des offres, le 3 octobre, et la prise d'effet du marché, au plus tard le 1^{er} novembre, évinçant ainsi les candidats ne détenant pas déjà les équipements requis.

S'agissant de la date du 1^{er} novembre, nul ne conteste en réalité son bien-fondé, dès lors que, comme l'a relevé l'auteur de l'ordonnance, la saison cyclonique débute aux alentours du 27 novembre pour se clore vers le 20 avril. Ce que critique indirectement la société TAT, c'est la date à laquelle a été lancée la procédure d'appel d'offres, date qui, selon elle, lui interdisait d'être opérationnelle au 1^{er} novembre, et donc de déposer une offre régulière. Le juge des référés s'est réapproprié ce raisonnement.

Nous pensons qu'il est entaché d'erreur de droit, pour la raison que nous venons d'indiquer : à supposer qu'une publication plus précoce de l'avis d'appel public à la concurrence ait permis à la société TAT, ou à d'autres candidats, de présenter plus facilement une offre régulière, ceci ne suffit pas à établir un manquement aux obligations pesant sur la collectivité.

Vous annulerez pour ce motif l'ordonnance.

Vous retrouverez le moyen après cassation et vous l'écarterez. Sans doute, comme le relève la société TAT, les sociétés qui disposent déjà en Nouvelle-Calédonie d'un hélicoptère agréé et conforme aux spécifications techniques attendues bénéficient d'un avantage par rapport à leurs concurrentes. Celles-ci doivent conclure avec un fournisseur un contrat d'achat ou de location, avec la condition suspensive d'obtention du marché ; puis il leur faut acheminer l'appareil, l'équiper, obtenir les autorisations nécessaires... Nous n'en disconvenons pas. Mais le droit de la commande publique n'a pas pour mission d'établir une égalité réelle entre l'ensemble des candidats possibles à l'attribution d'un contrat. Il ne résulte pas de l'instruction, et il n'est d'ailleurs pas réellement allégué, que le calendrier retenu par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie aurait eu pour objet de favoriser les entreprises locales ou de défavoriser la société TAT. Dans un univers idéal, il eût été souhaitable que l'appel d'offres soit lancé au cours du premier semestre 2014 ; mais que cet idéal n'ait pas été atteint ne suffit pas à caractériser un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Vous écarterez également le moyen tiré de ce que le cahier des charges aurait comporté des imprécisions et des ambiguïtés. En ce qui concerne le montant de l'avance, le cahier des clauses administratives particulières indique qu'il est plafonné à 15 % du montant du marché ; rien n'imposait à la collectivité de fixer un montant en valeur absolue et il était loisible à la société TAT d'interroger celle-ci. S'agissant du cahier des clauses techniques particulières, celui-ci définit clairement les prestations attendues. La société TAT soutient qu'il n'a pas été répondu aux questions qu'elle a posées, mais le bref courriel qu'elle produit en ce sens se limitait, pour l'essentiel, à formuler des critiques sur la procédure et les réponses à ses quelques interrogations figuraient dans les documents de la consultation

Vous rejetterez ainsi sa demande, sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir soulevée par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

* * *

Venons-en aux pourvois n° 386912 et 386920.

Le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie a lancé, à l'été 2014, une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un marché relatif à l'exécution de missions médicales d'urgence par hélicoptère. Aux termes du cahier des clauses techniques particulières, le prestataire doit mettre à la disposition du centre hospitalier un hélicoptère destiné à assurer exclusivement ces missions médicales, et, en cas de défaillance, un appareil de remplacement dans un délai maximum de deux heures. S'agissant de cet appareil de remplacement, il est prévu que le prestataire pourra l'affecter à d'autres usages. Le règlement de la consultation ouvre également aux candidats la possibilité de proposer une variante avec un délai de mise à disposition différent, mais inférieur à 4 heures. La possibilité, dans l'offre de base comme dans la variante, d'affecter l'hélicoptère de remplacement à d'autres missions, et notamment à des missions commerciales, est évidemment de nature à permettre aux sociétés candidates de présenter des offres financièrement plus attractives.

La société TAT, candidate à l'obtention du marché, a saisi le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie d'une demande d'annulation de la procédure, avant même l'examen des offres. Elle a obtenu gain de cause. Le centre hospitalier et la société Hélicocéan, autre candidat, se pourvoient en cassation contre cette ordonnance

Le juge des référés a relevé que la société Hélicocéan était la seule à détenir une licence d'exploitation pour du transport public de personnes, et donc la seule à pouvoir affecter l'hélicoptère de remplacement à des activités commerciales. Il en a déduit que le règlement de la consultation présentait un caractère discriminatoire.

Contrairement à ce que soutient la société TAT, le pourvoi n'a pas perdu son objet. Pour tenter de vous en convaincre, elle prend appui sur le fait que le délai de validité des offres, fixé à 120 jours par le règlement de la consultation, a expiré le 10 février 2015. Les offres seraient donc caduques. Le raisonnement est ingénieux, mais vous n'y ferez pas droit. Il ressort effectivement de votre jurisprudence que le marché doit, en principe, être attribué avant l'expiration du délai de validité des offres, étant rappelé que la durée de validité des offres n'est pas une exigence explicite du code des marchés publics ou de ses textes d'application, mais une obligation généralement imposée par le pouvoir adjudicateur aux candidats dans les documents de consultation (ici elle résulte de la délibération portant règlement des marchés publics en Nouvelle-Calédonie). La question se pose, en l'espèce, parce qu'à la date à laquelle est intervenue l'ordonnance du juge du référé précontractuel, le choix de l'attributaire n'avait pas encore été effectué. Elle peut se poser également lorsque le juge annule une phase de la procédure postérieure à la remise des offres. Il nous semblerait hasardeux de poser le principe selon lequel la saisine du juge du référé précontractuel aurait pour effet de suspendre la durée de validité des offres, car ceci risquerait d'être préjudiciable aux candidats. Il nous semblerait également délicat d'appliquer, dans une telle configuration, la jurisprudence qui veut que le délai de validité des offres puisse être prorogé, mais avec l'accord unanime des candidats (cf. CE, 13 décembre 1996, Syndicat intercommunal pour la revalorisation des déchets du secteur Cannes-Grasse et autres, p. 488, à propos d'une délégation de service public) ; exiger cet accord reviendrait en effet à permettre à celui qui a saisi le juge d'y faire obstacle. Nous vous invitons donc à adopter ce qui nous paraît être la moins mauvaise des solutions : lorsque le délai est arrivé à expiration avant l'examen des offres en raison de l'engagement d'une procédure devant le juge du référé précontractuel, la collectivité peut poursuivre la procédure de passation du marché avec les candidats qui acceptent le renouvellement du délai de validité de leur offre. Si vous nous suivez, vous jugerez donc que le litige n'est pas devenu sans objet du seul fait de l'expiration du délai de validité des offres après l'intervention de l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif annulant la procédure de passation du marché.

Après avoir écarté le non-lieu, vous censurerez l'ordonnance pour erreur de droit.

De même que dans la précédente affaire, la seule circonstance qu'une personne publique définisse ses besoins de telle sorte que certaines entreprises ne puissent pas les satisfaire, ou du moins soient défavorisées, ne suffit pas à caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats à la commande publique. Nul ne conteste la nécessité pour le centre hospitalier qu'un hélicoptère de remplacement soit disponible, au cas où l'hélicoptère principal ne serait plus opérationnel. Nul ne conteste également qu'en laissant le prestataire libre de définir l'usage de cet hélicoptère, sous réserve qu'il soit rapidement

mobilisable, le centre hospitalier peut obtenir des prix plus avantageux. Juger, comme l'a fait le tribunal administratif, que ces règles sont discriminatoires, revient à contraindre la personne publique à interdire tout usage commercial de l'appareil de remplacement, et donc à égaliser la concurrence aux frais du service public hospitalier ! Encore une fois, les principes généraux du droit de la commande publique ne sauraient être regardés comme impliquant de telles conséquences.

Peut-être existe-t-il un véritable problème juridique sous-jacent, lié au fait que le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie répugnerait à délivrer des licences d'exploitation à des transporteurs susceptibles de concurrencer les entreprises locales (c'est ce que sous-entend la société TAT) ; mais ce serait alors dans un autre cadre que ce problème devrait être réglé.

Après cassation, vous écarterez ce manquement, pour les raisons que nous venons d'indiquer. Et vous écarterez également comme inopérant le moyen tiré de ce que la possibilité laissée aux candidats d'exploiter le second appareil à des fins commerciales serait susceptible de placer la société Hélicocéan en situation d'abuser de sa position dominante. Il n'entre pas dans les pouvoirs du juge du référé précontractuel de sanctionner des atteintes, en tant que telles, au droit de la concurrence (cf. CE, 24 octobre 2001, Collectivité territoriale de Corse, p. 485).

La société TAT invoque enfin l'irrégularité de la méthode de notation retenue par le centre hospitalier.

Comme vous l'avez tout récemment précisé par votre décision Commune de Belleville-sur-Loire du 3 novembre 2014 (à publier au recueil), il appartient à la collectivité de définir librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres ; *« toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si (...) elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie ; il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publiques, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, de telles méthodes de notation. »*

Dans la présente affaire, le centre hospitalier a prévu que les prestations donneraient lieu à un prix forfaitaire mensuel et à un prix à la minute de vol, mais en distinguant, s'agissant du prix, deux tranches : les 350 premières heures d'exploitation, puis les 350 heures suivantes. Les documents de la consultation indiquent que le volume d'heures attendu est de 400 la première année. Selon la société TAT, ils auraient dû apporter des éléments d'estimation pour les cinq autres années d'exécution du contrat ; à défaut, le précédent titulaire du marché s'est retrouvé favorisé. Mais nous ne voyons pas en quoi l'incertitude qui affecte les années suivantes, et qui a conduit prudemment le centre hospitalier à s'en tenir à la première année, empêcherait les candidats d'élaborer une offre ou avantagerait l'ancien attributaire.

Est également critiquée la formule de notation des offres financières, au motif qu'aurait une incidence sur les propositions formulées par les candidats la date à compter de

laquelle la première tranche annuelle de 350 heures serait atteinte, date qui n'a pas été portée à leur connaissance. Toutefois, ce seul élément n'est pas de nature à faire regarder la méthode comme irrégulière. Il arrive fréquemment qu'une méthode de notation se fonde sur un scénario considéré par le pouvoir adjudicateur comme le plus probable, scénario qui, en l'état actuel de votre jurisprudence, ne fait pas partie des éléments qui devraient être rendus publics dès le début de la procédure. Nous pensons, en particulier, à votre décision du 2 août 2011, Syndicat mixte de la Vallée de l'Orge aval (T.), par laquelle vous avez jugé, à propos d'un marché portant sur l'entretien de groupes électrogènes, qu'en effectuant, pour évaluer le montant des offres qui lui étaient présentées, une simulation consistant à multiplier les prix unitaires proposés par les candidats par le nombre d'interventions envisagées, un pouvoir adjudicateur avait recours à une simple méthode de notation, dont il n'était pas tenu d'informer les candidats dans les documents de la consultation.

Vous rejetterez donc la demande présentée par la société TAT, sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non-recevoir opposées par le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie et la société Hélicocéan.

PCMNC :

- sous le n° 385617, à l'annulation de l'ordonnance attaquée, au rejet de la demande de la société TAT, à ce que soit mis à sa charge le versement à la Nouvelle-Calédonie d'une somme de 4500 euros en application de l'article L. 761-1 du CJA et au rejet des conclusions présentées au même titre par la société TAT ;
- sous les n° 386912 et 386920, à l'annulation de l'ordonnance attaquée, au rejet de la demande de la société TAT, à ce que soit mis à sa charge le versement au centre hospitalier territorial de la Nouvelle-Calédonie et à la société Hélicocéan d'une somme de 4500 euros chacun en application de l'article L. 761-1 du CJA et au rejet des conclusions présentées au même titre par la société TAT.