

N°2200424

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE CHALAIR AVIATION

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. François de Saint-Exupéry de Castillon
Juge des référés

Le juge des référés

Ordonnance du 21 mars 2022

39-08-015-01

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés le 28 février 2022 et le 17 mars 2022, la société Chalair aviation, représentée par Me Vève, avocat, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'enjoindre au syndicat mixte Pyrénia de lui communiquer le rapport d'analyse des offres, les notes préparatoires aux auditions et les procès-verbaux de négociation relatifs à l'appel d'offre lancé par cet établissement public en vue de la passation d'une convention de délégation de service public pour l'exploitation de services aériens réguliers entre les aéroports de Tarbes-Lourdes et Paris-Orly ;

2°) d'annuler la procédure de passation de ce contrat de délégation de service public ;

3°) de mettre à la charge du syndicat mixte Pyrénia une somme de 6000 € en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'offre présentée par la société Volotea était irrégulière, en application de l'article L. 3123-4 du code de la commande publique ;
- elle était également irrégulière, faute de respecter les articles 5 et 7 du règlement de consultation ;
- le règlement de consultation ne prévoyait pas une hiérarchie des critères d'attribution de la délégation de service public par ordre décroissant d'importance, en méconnaissance de l'article R. 3124-5 du code de la commande publique ;
- le syndicat mixte Pyrénia a hiérarchisé les critères d'attribution de la délégation de service public dans son analyse des offres alors que le règlement de consultation n'en prévoyait pas ;

- l'offre de la société Volotea ne pouvait être sélectionnée sans tenir compte de plusieurs critères sur lesquels son offre était plus avantageuse ;
- le critère relatif au prix proposé aux usagers n'était pas suffisamment précis et aurait dû exiger de faire apparaître le prix des services accompagnant celui du vol lui-même ;
- le tarif moyen par trajet contenu dans l'offre de la société Volotea ne correspond pas aux tarifs pratiqués par cette société, et ne pouvait être proposé sans qu'il soit financé par le biais de la compensation financière prévue par l'article 5 du décret du 16 mai 2005 et l'article 17 du règlement (CE) n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 ;
- le syndicat mixte Pyrénia n'a pas pleinement pris en compte son offre définitive ;
- il a méconnu l'article 4 du règlement de consultation dès lors qu'il n'a pas déterminé les modalités d'organisation des négociations dans un délai de prévenance suffisant, et qu'il n'a pas précisé les modalités pratiques du déroulé des négociations.

Par un mémoire en défense, enregistré le 14 mars 2022, le syndicat mixte Pyrénia, représenté par Me Briec, avocat, conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société requérante une somme de 1500 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que les moyens soulevés par la société Chalais aviation ne sont pas fondés.

Par un mémoire en défense, enregistré le 15 mars 2022, la société Volotea, représentée par Me Aguila, Me Perez et Me Léonard, avocats, conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société requérante une somme de 10 000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le moyen tiré de ce que le règlement de consultation ne prévoyait pas une hiérarchie des critères d'attribution de la délégation de service public par ordre décroissant d'importance est inopérant dès lors que son offre a été classée en première position sur les trois premiers critères, et que la procédure de passation du présent contrat de délégation de service public n'entre pas dans le champ d'application de l'article R. 3124-5 du code de la commande publique ;
- les moyens tirés de ce que le syndicat mixte Pyrénia a hiérarchisé les critères d'attribution de la délégation de service public dans son analyse des offres alors que le règlement de consultation n'en prévoyait pas, et de ce que l'offre de la société Volotea ne pouvait être sélectionnée sans tenir compte de plusieurs critères sur lesquels son offre était plus avantageuse sont inopérants dès lors que son offre a été classée en première position sur les trois premiers critères ;
- les autres moyens soulevés par la société Chalais aviation ne sont pas fondés.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le règlement (CE) n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 ;
- la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 ;
- le code des marchés publics ;
- le décret n° 2005-473 du 16 mai 2005 ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné M. de Saint-Exupéry de Castillon comme juge des référés.

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

Au cours de l'audience publique tenue le 17 mars 2022 en présence de Mme Caloone, greffière d'audience, M. de Saint-Exupéry de Castillon a lu son rapport et entendu les observations de :

- Me Vève, représentant la société Chalair aviation, qui abandonne le moyen tiré de ce que le syndicat mixte Pyrénia n'a pas pleinement pris en compte son offre définitive, et soutient en outre qu'il n'est pas démontré que son offre n'était pas en première position en ce qui concerne l'application des critères relatifs à l'organisation des liaisons aériennes proposée pour satisfaire aux obligations de service public, aux prix proposés aux usagers et au coût de la compensation financière requise ;

- Me Allal-Azelarab, représentant le syndicat mixte Pyrénia, qui soutient en outre que le prix moyen proposé aux usagers contenus dans l'offre de la société Volotea s'élève à 39 €, dont 19 € correspondant au prix de base d'une place dans la classe économique et 20 € correspondant au montant des prestations couramment utilisées par les usagers de cette compagnie aérienne ;

- Me Aguila, représentant la société Volotea, qui confirme les informations données par Me Allal-Azelarab relative au prix moyen proposé aux usagers ;

- Me Léonard, représentant la société Volotea.

M. de Saint-Exupéry de Castillon a demandé au syndicat mixte Pyrénia et à la société Volotea de produire avant 18 mars 2022 à 9 heures la copie de l'offre présentée par la société Volotea, expurgée le cas échéant d'informations relatives au secret industriel ou commercial, celle du procès-verbal de la synthèse des négociations engagées avec les sociétés Volotea et Chalair aviation, et celle de la délibération par laquelle le comité syndical du syndicat mixte Pyrénia a approuvé la décision d'attribuer la délégation de service public à la société Volotea. Les parties ont par ailleurs été informées que la clôture d'instruction était différée au 18 mars 2022 à 15 heures.

Un mémoire en production de pièces présenté par le syndicat mixte Pyrénia a été enregistré le 17 mars 2022.

Un mémoire en production de pièces présenté pour la société Volotea a été enregistré le 18 mars 2022.

Par un mémoire, enregistré le 18 mars 2022, la société Chalair aviation conclut aux mêmes fins que la requête.

Elle soutient en outre que, pour retenir l'offre de la société Volotea, l'autorité concédante s'est basée sur des critères qui ne figuraient pas dans le règlement de consultation.

Par un mémoire en défense, la société Volotea conclut aux mêmes fins que son précédent mémoire.

Elle soutient en outre que les nouveaux moyens soulevés par la société Chalair aviation ne sont pas fondés.

Considérant ce qui suit :

1. Le syndicat mixte Pyrénia a lancé, sur le fondement du règlement (CE) du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté et du décret du 16 mai 2005 relatif aux règles d'attribution par l'Etat de compensations financières aux transporteurs aériens et aux exploitants d'aéroports pour leurs missions relatives au sauvetage et à la lutte contre les incendies d'aéronefs, à la sûreté, à la lutte contre le péril aviaire et aux mesures effectuées dans le cadre des contrôles environnementaux et modifiant le code de l'aviation civile, une procédure de passation en vue de la conclusion d'une convention entre l'Etat, le syndicat mixte et le transporteur aérien retenu ayant pour objet l'exploitation, en exclusivité, de la liaison aérienne entre les aéroports de Tarbes-Lourdes et Paris-Orly et comportant une compensation versée par l'État en contrepartie du respect des obligations de service public grevant cette ligne. Par lettre du 21 février 2022, le président du syndicat mixte Pyrénia a informé la société Chalais aviation du rejet de son offre et de ce que le délégataire retenu était la société Volotea. La société Chalais aviation demande, d'une part, la communication du rapport d'analyse des offres, des notes préparatoires aux auditions faites dans le cadre des négociations et les procès-verbaux des négociations engagées avec les candidats, d'autre part, l'annulation de la procédure de passation de ce contrat de délégation de service public.

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 (...)* ».

Sur la demande de communication de documents relatifs à l'appel d'offres :

3. D'une part, il a été demandé au syndicat mixte Pyrénia et à la société Volotea au cours de l'audience de produire notamment le procès-verbal de synthèse des négociations engagées par le syndicat mixte avec les sociétés Volotea et Chalais aviation sur leurs offres. La demande présentée sur ce point par la société Chalais aviation est donc devenue sans objet. D'autre part, il n'entre pas dans l'office du juge des référés précontractuels tel que défini par l'article L. 551-1 du code de justice administrative d'ordonner la communication des notes préparatoires aux auditions faites dans le cadre de ces négociations, ainsi que du rapport d'analyse des offres. Dès lors, il y a lieu de rejeter dans cette mesure la demande présentée par la société Chalais aviation.

Sur les conclusions aux fins d'annulation de la procédure de passation de la convention de délégation de service public :

4. 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.

5. Aux termes de l'article 30 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession : « (...) 3. *Les États membres prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des contrats de concession, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe X. (...)* ». Aux termes de l'article 38 de la même directive : « (...) 7. *Les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent exclure ou être obligés par les États membres d'exclure un opérateur économique de la participation à une procédure d'attribution de concession si l'une des conditions suivantes est remplie: a) lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, tout manquement aux obligations applicables visées à l'article 30, paragraphe 3 ; (...) 9. Tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées aux paragraphes 4 et 7 peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence du motif d'exclusion invoqué. Si ces preuves sont jugées suffisantes, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure. / À cette fin, l'opérateur économique prouve qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute. Les mesures prises par les opérateurs économiques sont évaluées en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision en question est transmise à l'opérateur économique concerné. (...) 10. Par disposition législative, réglementaire ou administrative, et dans le respect du droit de l'Union, les États membres arrêtent les conditions d'application du présent article. Ils déterminent notamment la durée maximale de la période d'exclusion si aucune des mesures visées au paragraphe 9 n'a été prise par l'opérateur économique pour démontrer sa fiabilité. Lorsque la durée de la période d'exclusion n'a pas été fixée par jugement définitif, elle ne peut dépasser cinq ans à compter de la date de la condamnation par jugement définitif dans les cas visés au paragraphe 4 et trois ans à compter de la date de l'événement concerné dans les cas visés au paragraphe 7. ». Aux termes de l'article L. 3123-4 du code de la commande publique : « *Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession les personnes qui : 1° Ont été sanctionnées pour méconnaissance des obligations prévues aux articles L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1, L. 8251-1 et L. 8251-2 du code du travail ou qui ont été condamnées au titre de l'article L. 1146-1 du même code ou de l'article 225-1 du code pénal ; (...) / Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés publics a été prononcée pour une durée différente fixée par une décision de justice définitive, l'exclusion prévue au présent article s'applique pour une durée de trois ans à compter de la date de la décision ou du jugement ayant constaté la commission de l'infraction. / Cette exclusion n'est pas applicable à la personne qui établit (...) qu'elle a régularisé sa situation, qu'elle a réglé l'ensemble des amendes et indemnités dues, qu'elle a collaboré activement avec les autorités chargées de l'enquête, (...) et, enfin, qu'elle a pris des mesures concrètes de nature à prévenir la commission d'une nouvelle infraction pénale ou d'une nouvelle faute. / Cette exclusion n'est pas non plus applicable en cas d'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du code pénal, (...)* ». Aux termes de l'article L. 3124-2 du même code : « *L'autorité concédante écarte les offres irrégulières ou inappropriées.* ». Aux termes de l'article L. 3212-4 du même code : « *Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession suivants : (...) 10° Les services de transport aérien basés sur l'octroi d'une licence d'exploitation au sens de l'article L. 6412-2 du code des transports ; (...)* ». Aux termes de l'article L. 3221-1 du même code : « *Les contrats de concessions mentionnés au présent livre ne sont pas soumis aux titres I et II du livre Ier de la présente partie.* ».*

6. Il résulte des dispositions précitées du code de la commande publique que les dispositions des articles L. 3120 et suivants du même code ne sont pas applicables aux contrats de concession relatifs aux services de transport aérien basé sur l'octroi d'une licence d'exploitation. Par suite, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 3124-2 du code de la commande publique est inopérant.

7. Il résulte toutefois de l'article 5 du règlement particulier de consultation, relatif à la présentation et à l'envoi des candidatures et des offres, que le dossier de candidature doit notamment comporter « une attestation sur l'honneur, datée et signée, que le soumissionnaire ne fait l'objet d'aucune des exclusions de la participation à la présente procédure prévue aux articles L. 3123-1 à L. 3123-5 du code de la commande publique ». En application de ces dispositions, la candidature de la société Volotea est donc soumise aux dispositions précitées de l'article L. 3123-4 du code de la commande publique.

8. Il résulte de l'instruction que, par jugement du 13 septembre 2021, le tribunal correctionnel de Bordeaux a condamné la société Volotea à une peine d'amende de 200 000 € pour méconnaissance de ses obligations prévues par les articles L. 8221-3 et L. 8221-5 du code du travail du fait de travail dissimulé, faute d'avoir procédé en France, pour certains de ses pilotes, aux déclarations devant être faites aux organismes de protection sociale, ainsi qu'à verser à différentes personnes qui se sont constituées parties civiles des sommes à titre de dommages-intérêts. Si la société Volotea a interjeté appel de ce jugement le 17 septembre 2021, il résulte des dispositions précitées de l'article 38 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du conseil du 26 février 2014 et de l'article L. 3123-4 du code de la commande publique qu'un jugement sanctionnant la méconnaissance des obligations rappelées précédemment implique l'exclusion de la personne condamnée de la procédure de passation des contrats de concession pour une durée de trois ans à compter de la date de ce jugement, et que seule la durée de cette exclusion, lorsqu'une peine relative à cet objet a été prononcée pour une durée différente de celle de trois ans, doit être fixée par une décision de justice définitive. Dans ces conditions, outre le fait que le jugement du 13 septembre 2021 ne prévoit pas que la société Volotea est exclue de la procédure de passation des contrats de concession, cette dernière n'est pas fondée à soutenir que l'appel qu'elle a formé contre cette décision de justice a pour conséquence de suspendre les effets qui s'y attachent.

9. Il résulte enfin de l'instruction que le jugement du tribunal correctionnel de Bordeaux du 13 septembre 2021 rappelé au point 8 a ordonné l'exécution provisoire à hauteur de 50 % des sommes allouées à titre de dommages-intérêts aux parties civiles. D'une part, si la société Volotea soutient qu'elle s'est acquittée de ces sommes dans la limite ordonnée par ce jugement, elle reconnaît qu'elle n'a réglé ni l'intégralité de ces montants, ni l'amende à laquelle elle a été condamnée. D'autre part, ce jugement n'a assorti la condamnation de la société Volotea à une peine d'amende que d'un sursis portant sur la moitié de cette peine. Cette société ne remplit donc pas l'ensemble des conditions prévues par les dispositions précitées de l'article L. 3123-4 du code de la commande publique lui permettant de ne pas être exclue de la procédure de passation des contrats de concession. Dans ces conditions, la candidature présentée par la société Volotea doit être regardée comme ayant été retenue en méconnaissance des dispositions du règlement de consultation. Dès lors, en examinant l'offre de cette société, l'autorité concédante a manqué à ses obligations de mise en concurrence. Enfin, ce manquement est susceptible d'avoir lésé la société Chalais aviation dont l'offre a été classée en deuxième position.

10. Il résulte de tout ce qui précède que la procédure de passation de la convention de délégation de service public en litige doit être annulée à compter du stade de l'examen des candidatures par la commission de délégation de service public.

Sur les frais liés à l'instance :

11. Aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « *Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Les parties peuvent produire les justificatifs des sommes qu'elles demandent et le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation.* ».

12. En vertu des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le juge des référés ne peut pas faire bénéficier la partie tenue aux dépens ou la partie perdante du paiement par l'autre partie des frais qu'elle a exposés à l'occasion du litige soumis au juge. Les conclusions présentées à ce titre par le syndicat mixte Pyrénia et la société Volotea doivent dès lors être rejetées. En revanche, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge du syndicat mixte Pyrénia une somme de 1200 € au titre des frais exposés par la société Chalair aviation et non compris dans les dépens.

ORDONNE:

Article 1^{er} : Il n'y a pas lieu de statuer sur la demande de la société Chalair aviation tendant à la production du procès-verbal de synthèse des négociations engagées par le syndicat mixte Pyrénia avec elle et la société Volotea sur leurs offres.

Article 2 : La procédure de passation de la convention de délégation de service public ayant pour objet l'exploitation, en exclusivité, de la liaison aérienne entre les aéroports de Tarbes-Lourdes et Paris-Orly est annulée à compter du stade de l'examen des candidatures par la commission de délégation de service public du syndicat mixte Pyrénia.

Article 3 : Le syndicat mixte Pyrénia versera à la société Chalair aviation la somme de 1200 (mille deux cents) euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la société Chalair aviation est rejeté.

Article 5 : Les conclusions présentées par le syndicat mixte Pyrénia et la société Volotea sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Chalais aviation, au syndicat mixte Pyrénia et à la société Volotea.

Fait à Pau, le 21 mars 2022.

Le juge des référés,

La greffière

Signé

Signé

F. DE SAINT-EXUPERY DE CASTILLON

M. CALOONE

La République mande et ordonne au préfet des Hautes-Pyrénées, 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 ordonnance.

Pour expédition conforme :

La greffière,

Signé

M. Caloone