

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N°1300409

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Société calédonienne de transports (SCT)

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Schnoering
Juge des référés

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Ordonnance du 4 janvier 2014

Le juge des référés,

Vu la requête, enregistrée le 24 décembre 2013, présentée pour la société calédonienne de transports (SCT), dont le siège est (...), par la SELARL d'avocats Descombes & Salans ; la société calédonienne de transports demande au juge des référés :

- d'enjoindre au syndicat mixte des transports urbains du Grand Nouméa (SMTU), à titre conservatoire et dès la réception de la requête, de différer la signature du marché d'exploitation de services de transports scolaires du secondaire sur le territoire du Grand Nouméa en application du troisième alinéa de l'article L. 551-24 du code de justice administrative ;

- d'ordonner au SMTU de produire le procès-verbal d'analyse des offres ;

- de constater l'illégalité du marché, notamment au motif que ses éléments techniques autorisent le transport debout des élèves ;

- d'annuler la procédure de passation litigieuse ;

- d'ordonner au SMTU de régulariser les éléments du dossier de consultation des entreprises et de reprendre l'ensemble de la procédure d'appel d'offres ;

- de condamner le SMTU à lui payer la somme de 700 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société calédonienne de transports fait valoir que :

- elle a déposé une offre dans le cadre de la consultation litigieuse et a donc un intérêt à conclure le contrat concerné ;

- le SMTU a admis de façon équivalente le transport assis et le transport debout ;

- le SMTU a exigé des candidats qu'ils éditent des factures sans TSS ;

- l'organisation retenue ne respecte pas l'égalité de traitement ;

- le SMTU ne justifie pas dans le DCE attendre un avantage économique, technique ou financier particulier de l'allotissement ;

- en mélangeant les phases d'examen des candidatures et des offres, le SMTU a porté une atteinte substantielle aux principes de la commande publique et aux dispositions de la délibération n° 136/CP ;

- le RPAO ne fait pas référence à la liste réglementaire des critères de l'article 27-2 ;
- les critères de sélection des offres étaient imprécis ;
- les principes de transparence et d'égalité de traitement ont été méconnus ;
- en posant une prescription illégale sur les clauses essentielles du marché, le CCAP entache le marché d'une irrégularité dirimante ;
- la modification du CCTP qui autorise le transport debout soulève une difficulté majeure ;
- l'objet du marché, en autorisant le transport debout, se trouverait contraire à la réglementation et serait donc illégal ;

Vu, enregistré le 3 janvier 2014, le mémoire présenté pour le syndicat mixte des transports urbains du Grand Nouméa (SMTU) par la SELARL d'avocats Franck Royanez, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société calédonienne de transports à lui verser la somme de - 600 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient que :

- la demande d'annulation du marché ne permet pas de déterminer quel est l'acte visé par la requérante ;
- sa demande ne précise pas quels marchés doivent être annulés ;
- la SCT ayant obtenu un des lots, l'annulation du marché telle qu'elle est sollicitée ne permet pas de constater la lésion susceptible de rendre la requête recevable ;
- plusieurs moyens de droit sont inopérants ;
- la requérante ne démontre pas de quelles façons le fait que l'administration prise en la personne responsable du marché puisse se faire communiquer par les soumissionnaires tous détails techniques et financiers nécessaires à une bonne compréhension du contenu de leur offre obérerait le pouvoir de la commission d'appel d'offres de discuter avec les candidats pour leur faire préciser ou compléter la teneur de leurs offres, en l'espèce ces précisions n'ayant pas été demandées le moyen est inopérant ;
- aucun des titulaires retenus n'a proposé de transport debout ;
- l'allotissement permet à des candidats disposant d'une capacité financière et technique restreinte de soumissionner à des marchés auxquels ils ne pourraient pas accéder s'il s'agissait d'un lot unique ;
- il n'a pas confondu les critères de recevabilité et de jugement des offres ;
- l'article 5 est conforme à la réglementation des marchés publics qui indique que l'appréciation de la capacité se fait à l'ouverture de l'enveloppe extérieure ;
- l'article 13.3. de la délibération n° 136/CP dispose que l'exécution des marchés ne peut être confiée qu'aux entreprises ayant les capacités juridiques, techniques et financières nécessaires ;
- l'analyse de la capacité n'est pas une faculté mais une obligation pour la personne publique ;
- aucun des termes de la réglementation locale ne prohibe l'usage de certains des six critères fixés à l'article 27.2 à l'occasion de l'examen des candidatures ;
- c'est conformément aux règles qui s'imposent à lui que le SMTU a examiné les capacités des soumissionnaires et, ce faisant, il ne pouvait plus utiliser les critères d'appréciation de la capacité à l'occasion de l'examen des offres ;
- la séparation hermétique entre l'examen des candidatures et celui des offres a bien été respectée ;
- le RPAO a permis à la société requérante et aux autres candidats de connaître les conditions de mise en œuvre desdits critères d'attribution ;

- le délai d'exécution est un critère incontournable, lié à la rentrée scolaire du mois de février 2014 ;
- les critères des références et des garanties professionnelles et financières du candidat ainsi que des conditions de recours à la sous-traitance ont été utilisés au moment de l'ouverture de la première enveloppe, ils n'ont plus été mis en œuvre lors de l'examen des offres et n'avaient pas à être pondérés ou hiérarchisés pour différencier les offres;
- les critères prix, coût et valeur technique ont été parfaitement pondérés dans le RPAO puisque le critère « prix » a été fixé à 30%, que le critère « optimisation économique » incluant nécessairement le coût a également été fixé à 30% et que la « valeur technique » de l'offre a été fixée à 40% ;
- il a, conformément aux dispositions applicables, hiérarchisé ou pondéré les six critères prévus par la réglementation ;
- les candidats ont été parfaitement informés des mises en œuvre des six critères dans le respect de la lettre et de l'esprit de la loi organique et de la délibération n° 136/CP ;
- le fait qu'il dispose de la possibilité de se faire communiquer par les soumissionnaires tous détails techniques et financiers supplémentaires nécessaires à une bonne compréhension du contenu de leur offre est conforme à la jurisprudence ;
- cette possibilité n'interdit nullement à la Commission de « discuter avec le candidat » conformément aux prescriptions de la délibération n° 136/CP ;
- s'agissant de la gestion des services par le titulaire, le mode de rémunération, la police des usagers par l'administration ou encore les pouvoirs d'organisation et de contrôle qu'il exerce démontrent qu'il s'agit d'un marché public ;
- le délai de six mois offert au(x) titulaire(s) pour mettre le matériel en conformité permet d'accroître la valeur technique du service ;
- l'évolution du prix dans la limite de 15 % n'est qu'un rappel de la réglementation applicable ;
- en laissant aux candidats le soin de s'assurer des règles fiscales applicables à leur profession, il n'a pas imposé une prescription illégale ;
- la DITTT lui a bien confirmé que le transport en commun d'enfants scolarisés devait se faire exclusivement sur des places assises ;
- il n'entre pas dans l'office du juge des référés précontractuels d'ordonner la communication du procès-verbal de la commission d'appel d'offres, de l'offre présentée par l'attributaire du marché et de l'analyse des offres ainsi que l'a déjà jugé le Conseil d'Etat ;

Vu, enregistrée le 3 janvier 2014, la note en délibéré présentée pour le syndicat mixte des transports urbains du Grand Nouméa (SMTU) par la SELARL d'avocats Franck Royanez ;

Vu, enregistrée le 4 janvier 2014, la note en délibéré présentée pour la société calédonienne de transports (SCT) par la SELARL d'avocats Descombes & Salans ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu l'ordonnance en date du 24 décembre 2013 par laquelle le juge des référés a enjoint au syndicat mixte des transports urbains du Grand Nouméa (SMTU), de différer la signature du marché relatif aux transports scolaires du secondaire sur le territoire du Grand Nouméa jusqu'au 7 janvier 2014, tous droits et moyens des parties étant réservés pour qu'il y soit statué en fin d'instance ;

Vu la loi organique n° 99-209 et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999, relatives à la Nouvelle-

Calédonie ;

Vu la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics ;

Vu la délibération n° 64/CP du 10 mai 1989 fixant les cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de fournitures courantes et de services passés en application de la délibération modifiée n° 136 du 1^{er} mars 1967 (CCAGG FCS) ;

Vu le code de justice administrative dans sa rédaction applicable en Nouvelle-Calédonie ;

Après avoir convoqué à une audience publique :

- la SELARL d'avocats Descombes & Salans, représentant la société calédonienne de transports ;
- le syndicat mixte des transports urbains du Grand Nouméa ;

Vu le procès-verbal de l'audience publique du 3 janvier 2014 à 9 heures 30 au cours de laquelle ont été entendus :

- le rapport de M. Schnoering, juge des référés ;
- et les observations de Me Ranson, avocat de la société calédonienne de transports, et de Me Royanez, avocat du syndicat mixte des transports urbains du Grand Nouméa (SMTU) ;

Après avoir prononcé, à l'issue de l'audience à 10 heures 25, la clôture de l'instruction au samedi 4 janvier 2014 à 10 heures ;

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-24 du code de justice administrative, applicable en Nouvelle-Calédonie: « *En Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna, 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 des marchés et contrats publics en vertu de dispositions applicables localement. (...) Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours. Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.* » ;

2. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que le syndicat mixte des transports urbains du Grand Nouméa (SMTU) a engagé une procédure d'appel d'offres ouvert en application notamment des articles 24 à 28-2 de la délibération susvisée du 1^{er} mars 1967 en vue de la passation d'un marché relatif à l'exploitation de transports scolaires du secondaire sur le territoire du Grand Nouméa ; que le marché a, comme le précise notamment l'article 2.2.2. du règlement particulier de l'appel d'offres (RPAO), été décomposé en 5 lots géographiques pouvant être attribués ensemble ou séparément ; que la société calédonienne de transports (SCT) a élaboré une offre portant sur les cinq lots géographiques ; qu'en cours de procédure, le 22 novembre 2013, le SMTU a modifié les documents initiaux, règlement particulier de l'appel d'offres (RPAO), cahier

des clauses techniques particulières (CCTP), cahier des clauses administratives particulières (CCAP) et actes d'engagement ; que cette reprise du dossier de consultation des entreprises a été éclairée par un courrier du SMTU en date du 29 novembre 2013 qui appelle l'attention des candidats sur les principales modifications apportées ; qu'avant la signature du contrat, la société calédonienne de transports porte le litige devant le juge des référés sur le fondement de l'article L. 551-24 du code de justice administrative ; que sa demande ne peut être regardée, compte tenu de la définition du marché donnée par l'article 2.2.2. du Règlement particulier de l'appel d'offres susvisé, que comme portant sur l'ensemble des cinq lots géographiques concernés ;

3. Considérant, qu'aux termes de l'article 27-2 de la délibération susvisée du 1^{er} mars 1967, dans sa rédaction issue de la délibération n°250 du 10 janvier 2013 : *« La commission d'appel d'offres arrête la liste des soumissionnaires admis à concourir, élimine les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables, procède au classement des offres par ordre décroissant et propose d'attribuer le marché au candidat dont l'offre correspond le mieux aux besoins exprimés, en tenant compte des critères suivants : /- prix des prestations, / - coût d'utilisation, / - valeur technique, / - références et garanties professionnelles et financières du candidat, / - délai d'exécution, / - conditions du recours à la sous-traitance, / et ceux stipulés dans le règlement particulier d'appel d'offres. et ceux stipulés dans le règlement particulier d'appel d'offres. / Les enveloppes des soumissionnaires éliminés leur sont rendues sans avoir été ouvertes et, dans le cas d'une transmission par voie électronique, supprimées. / La commission peut également éliminer toute offre considérée comme anormalement basse selon les critères suivants. / Une offre est considérée comme telle si cumulativement elle est : / - inférieure à la moyenne arithmétique de l'ensemble des offres des candidats agréés à concourir dans le cadre d'une consultation, après application d'un abattement à cette moyenne d'un coefficient de 25%, / - inférieure à l'estimation retenue par le maître d'ouvrage après abattement par application du même coefficient fixé ci-dessus. / Toutefois, la commission doit, avant d'éliminer cette offre, interroger par écrit le candidat afin de lui faire préciser le contenu de sa proposition, justifier son prix, dans le respect de la confidentialité. L'intéressé dispose d'un délai de quinze jours pour y répondre. »* ;

4. Considérant qu'aux termes de l'article 22 de la loi organique susvisée du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie : *« La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes (...) 17° Règles relatives à la commande publique, dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics (...) »* ; que, pour assurer le respect de ces principes, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le règlement particulier de l'appel d'offres tenu à la disposition des candidats ; qu'en Nouvelle-Calédonie, où les dispositions en vigueur prévoient l'application d'au moins six critères énumérés par l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967, susceptibles d'être complétés par d'autres critères, le respect des principes fondamentaux de la commande publique implique, dans tous les cas, que le pouvoir adjudicateur fournisse aux candidats l'information appropriée sur les conditions de mise en œuvre des critères d'attribution, y compris lorsque les six critères prévus par la délibération applicable ne sont pas complétés par d'autres critères spécifiques au marché en cause, en indiquant la hiérarchisation ou la pondération de ces critères, même lorsque leur est attribuée une égale importance ;

5. Considérant que l'article 5 du règlement particulier de l'appel d'offres afférent au marché litigieux indique, s'agissant de la sélection des candidatures et du jugement des offres, que les critères intervenant au moment de l'ouverture de la première enveloppe extérieure sont les références et garanties professionnelles et financières du candidat et les conditions de recours à la sous-traitance

et, qu'à l'issue de l'ouverture de la seconde enveloppe intérieure, l'offre économiquement la plus avantageuse sera choisie en tenant compte des critères suivants ainsi pondérés : valeur économique de l'offre : 60 %, valeur technique de l'offre : 40 % ;

6. Considérant qu'aucun des documents de toute nature à la disposition de la société requérante ne fait référence, s'agissant de la mise en œuvre des critères d'attribution, à l'ensemble des critères de l'article 27-2, à savoir le prix des prestations, le coût d'utilisation, la valeur technique, les références et garanties professionnelles et financières du candidat, le délai d'exécution, les conditions du recours à la sous-traitance et ceux stipulés dans le règlement particulier d'appel d'offres ; que les dispositions l'article 5 du règlement particulier de l'appel d'offres ont ainsi méconnu les dispositions précitées de l'article 27-2 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 ; qu'en outre, les conditions dans lesquelles a été organisée la consultation ont pu conduire les soumissionnaires à confondre les phases successives d'examen de leur candidature et de sélection de leurs offres et que, dans ces conditions, la consultation en litige a été organisée sur des bases irrégulières méconnaissant les dispositions précitées de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics et ayant été de nature à fausser le libre jeu de la concurrence ;

7. Considérant que les manquements du syndicat mixte des transports urbains du Grand Nouméa à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, compte tenu de leur caractère substantiel et notamment de la confusion commise entre les critères de sélection des candidatures et ceux du choix des offres qui a eu des incidences directes sur la détermination du titulaire du contrat, sont susceptibles d'avoir lésé la société calédonienne de transports ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ; que cette lésion subsiste même si est prise en compte la circonstance avancée par le SMTU qu'un lot sur cinq a été attribué à la société requérante ; que cette dernière est dès lors fondée, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens du recours, à demander l'annulation de la procédure litigieuse ;

8. Considérant qu'il y a lieu d'inviter le syndicat mixte des transports urbains du Grand Nouméa, s'il souhaite poursuivre la procédure, à reprendre celle-ci au stade de la rédaction du règlement particulier de l'appel d'offres et de l'avis d'appel d'offres ;

9. Considérant que la société calédonienne de transports demande également que soit ordonnée au syndicat la production du procès-verbal d'analyse des offres ; qu'il n'entre pas dans l'office du juge des référés pré-contractuels tel que défini par l'article L. 551-24 du code de justice administrative, applicable en Nouvelle-Calédonie, d'ordonner la communication de ce document ; qu'il y a lieu dès lors de rejeter la demande ;

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

10. Considérant qu'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. 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 »* ;

11. Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le tribunal 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 ; que les conclusions présentées à ce titre par le syndicat mixte des transports urbains du Grand Nouméa (SMTU) doivent dès lors être rejetées ;

12. Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de condamner le syndicat mixte des transports urbains du Grand Nouméa (SMTU) à verser à la société requérante une somme de 400.000 F CFP au titre des frais exposés à l'occasion de la présente instance ;

O R D O N N E

Article 1^{er} : La procédure de passation du marché du syndicat mixte des transports urbains du Grand Nouméa (SMTU) portant l'exploitation de services de transports scolaires du secondaire sur le territoire du Grand Nouméa est annulée.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la société calédonienne de transports (SCT) est rejeté.

Article 3 : Le syndicat mixte des transports urbains du Grand Nouméa (SMTU) versera à la société calédonienne de transports (SCT) une somme de quatre cent mille francs CFP (400.000) sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions du syndicat mixte des transports urbains du Grand Nouméa (SMTU) tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.