

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALÉDONIE**

N° 1400338

SAS Le Vigilant

M. Levasseur
Juge des référés

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie

Ordonnance du 24 octobre 2014

Vu la requête, enregistrée le 14 octobre 2014, présentée pour la SAS Le Vigilant, dont le siège est sis (...), par la SELARL d'avocats Descombes & Salans ; la SAS Le Vigilant demande au juge des référés :

- d'enjoindre immédiatement à la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie (CCI NC) de différer la signature de tout marché se rapportant à la procédure d'appel d'offres relative aux prestations de service de sûreté sur l'aéroport de Tontouta, de suspendre la passation de tout marché y afférant et de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à cette passation jusqu'au terme de l'instance ;
- de constater l'irrégularité du dossier de consultation des entreprises et de la procédure de passation du marché ;
- d'annuler la procédure de passation du marché en litige ;
- d'ordonner à la CCI NC de régulariser les éléments du dossier de consultation des entreprises et de reprendre l'ensemble de la procédure (l'appel d'offres ;
- de condamner la CCI NC à lui verser la somme de 700 000 francs CFP sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir que :

- à la lecture du RPAO, du CCAP et de ses annexes, il est apparu que certaines exigences de la CCI NC n'étaient pas justifiées par l'objet du marché ni même justifiables de manière générale ;
- les candidats « entrants », au premier rang desquels elle figure, sont placés dans une situation doublement pénalisante : d'une part, ils ne sont pas en mesure d'établir une offre faute de disposer des éléments d'information suffisants, d'autre part, ils sont expressément menacés de sanctions extrêmement sévères en cas d'attribution du marché mais d'impossibilité de produire des documents qui ne peuvent être obtenus dans le délai imparti ;
- la CCI NC ne peut être regardée comme ayant assuré une égalité de traitement des candidats, faute d'avoir communiqué des informations complètes sur la question de la reprise du personnel ;

- il y a eu modification déguisée du dossier de consultation des entreprises en raison du contenu des nouvelles « attestations » établies par les titulaires « sortants » ;
- la CCI NC menace les candidats d'une interdiction de soumissionner d'une durée de quinze ans (cinq consultations pour des marchés sûreté qui ont une durée de trois ans) et de leur réclamer des dommages-intérêts s'ils ne sont pas en mesure de produire des autorisations et agréments dans un délai de quatre semaines à compter de l'attribution du marché, ce qui constitue une irrégularité flagrante et dirimante, aucune règle ni aucun principe ne permettant au pouvoir adjudicateur d'insérer dans la procédure d'appel d'offres un mécanisme de notification conditionnelle du marché, seule l'attribution du marché étant conditionnée à la production de certains certificats, la notification d'un marché ne pouvant dépendre d'une condition non prévue par la délibération n° 136/CP ;
- le délai de quatre semaines pour production des autorisations et agréments n'est pas justifié par l'objet du marché ;
- l'obligation de produire des autorisations et agréments ne pèse que sur les candidats qui ne sont pas « titulaires sortants » ;
- la CCI NC ne peut ignorer qu'en l'état actuel de la réglementation en Nouvelle-Calédonie, il sera difficile pour les candidats n'étant pas en place, d'obtenir les autorisations dans le délai imparti, la réglementation nationale n'ayant pas fait l'objet des adaptations nécessaires au contexte institutionnel calédonien : à ce jour, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n'a pas défini de certification et le haut-commissaire n'a agréé aucun CQP local ;
- la CCI NC ne peut ignorer que les « titulaires sortants » sont dans une position plus favorable que les autres candidats ;
- le fait de prévoir une sanction pour les candidats ne pouvant se conformer à une réglementation dont l'application locale est assujettie à des décisions non encore intervenues constitue une violation des principes généraux de la commande publique ;
- la certification de qualification professionnelle des employés qu'elle pourrait affecter au marché, personnel des « titulaires sortants » et personnel propre, soulève une difficulté substantielle ;
- les mécanismes « sur mesure » mis en place par la CCI NC constituent une violation grave des principes généraux de la commande publique et de la délibération n° 136/CP et avantagent indûment les « titulaires sortants » alors même que les deux marchés précédents ont été annulés en raison de l'illégalité des consultations ;
- dans la présente consultation, le critère de la valeur technique a un poids supérieur de 50 % au critère prix alors qu'aucun élément du marché ne justifie une telle pondération discriminatoire ;
- les critères techniques favorisent indûment les « titulaires sortants » qui sont mieux à même de proposer des éléments sur le plan technique et lèsent les autres candidats qui ne peuvent utilement mettre en avant des offres de prix concurrentielles ;
- la CCI NC ne peut profiter d'économies dans la mesure où les « titulaires sortants » ne sont pas invités à consentir d'efforts sur le plan financier ;
- l'écart de poids entre les deux critères retenus suffit à démontrer que la consultation méconnaît les règles et principes élémentaires de la commande publique ;
- les sous-critères du critère technique sont discriminatoires ;
- par exemple, le sous-critère « organisation interne » qui porte sur le nombre d'effectifs opérationnels ;
- le sous-critère « politique du candidat quant à l'obtention de l'ensemble des autorisations administratives énumérées à l'article 2.2.3. du CCAP » est dépourvu de pertinence ;
- la politique d'obtention d'autorisations obligatoires n'a pas de sens et, en tout état de cause, est considérée comme remplie pour les « titulaires sortants » disposant des autorisations ;
- le sous-critère relatif aux moyens matériels est tout aussi irrégulier car le service est effectué dans l'enceinte de l'aéroport et avec les moyens de la CCI NC qui, interrogée sur les moyens

techniques de ce type pouvant être mis à disposition, a simplement répondu le 6 octobre qu'un local pourrait être loué ;

- s'il y a transfert des contrats de travail les avantages en nature devront être maintenus de sorte que la situation ne dépend pas du candidat mais du « titulaire sortant » ;
- le programme de continuité opérationnelle fait redondance avec le premier sous-critère relatif ou remplacement des salariés absents, notamment pour cause de mouvement social ;
- la réitération d'une disposition ou d'un acte illégal constitue en droit administratif un motif dirimant d'illégalité ;
- en matière de référé, la réitération d'une pratique illégale caractérise à elle seule la situation d'urgence ;
- le présent appel d'offres est incontestablement favorable aux « titulaires sortants » et défavorable aux nouveaux candidats ;
- la CCI NC a dès l'origine élaboré le dossier de consultation des entreprises en la plaçant dans une situation inégalitaire ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu l'ordonnance en date du 16 octobre 2014 par laquelle le juge de référés a enjoint à la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie (CCI NC)), de différer la signature du marché se rapportant à la procédure d'appel d'offres relative aux prestations de service de sûreté sur l'aéroport de Tontouta jusqu'au 10 novembre 2014 ;

Vu, enregistré le 23 octobre 2014, le mémoire présenté pour la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie par Richer & Associés Droit public, avocats ; la chambre de commerce et d'industrie demande au tribunal de prononcer un non lieu à statuer sur la requête de la société Le Vigila et de rejeter les conclusions présentées par cette dernière au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; elle fait valoir que :

- elle a décidé de relancer une consultation prévoyant un délai plus long ;
- les candidats ayant présenté une offre se sont vu notifier le classement sans suite de la procédure et ont été invités à participer, à l'instar de la société Le Vigilant, à la prochaine consultation ;
- il n'y a donc plus d'intérêt à statuer sur la requête ;

Vu, enregistré le 24 octobre 2014, le mémoire présenté pour la société Le Vigilant qui demande au juge des référés :

- de surseoir à statuer dans l'attente de la production de la décision (le déclaration sans suite de l'appel d'offres litigieux ;
- de la condamner la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie à lui verser la somme de 700.000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

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

Après avoir convoqué à une audience publique :

- la SELARL d'avocats D&S Legal, avocat de la SAS Le Vigilant ;
- le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ;
- la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie (CCI NC) ;

Vu le procès-verbal de l'audience publique du 24 octobre 2014 à 10 heures 00 au cours de laquelle ont été entendus :

- le rapport de M. Levasseur, juge des référés ;
- Me Ranson, de la SELARL d'avocats D&S Legal, avocat de la SAS Le Vigilant ;

Après avoir prononcé, à l'issue de l'audience à 10 heures 20, la clôture de l'instruction ;
Sur l'objet du litige :

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 que la société Le Vigilant a porté devant le juge des référés le litige qui l'opposait à la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie au sujet de la régularité de l'appel d'offres lancé en vue de l'attribution d'un marché comportant deux lots ayant pour objet des prestations de service de sécurité sur l'aéroport de la Tontouta ; qu'à la suite de la communication de cette requête, la chambre de commerce et d'industrie a informé le tribunal de ce qu'elle avait décidé de relancer une consultation prévoyant un délai plus long et avait notifié, aux candidats ayant présenté une offre, le classement sans suite de la procédure tout en les invitant, ainsi que la société Le Vigilant, à participer à la prochaine consultation ; qu'elle produit, à l'appui de ces observations, la copie des courriers qu'elle a adressés en ce sens au gérant de la société Guard-NC et au directeur général de la société Espace Surveillance ; qu'il y a lieu de donner acte à la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie de sa décision d'abandonner la procédure d'appel d'offres dont l'avis a été publié le 22 septembre 2014 dans le quotidien « Les nouvelles calédoniennes » ; que, par suite, sans qu'il soit besoin de faire droit à la demande de sursis à statuer présentée pour la société Le Vigilant, les conclusions de la requête dirigées contre la procédure d'appel d'offres n'ont plus d'objet ; qu'il n'y a, en conséquence, plus lieu d'y statuer ;

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

3. 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. » ;

4. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, le retrait de la procédure étant la conséquence de la communication de la requête en référé, il y a lieu de condamner la chambre de

commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie à verser à la société Le Vigilant une somme de 100.000 F CFP au titre des frais exposés par elle à l'occasion de la présente instance ;

ORDONNE

Article 1^{er} : Il est donné acte à la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie de sa décision d'abandonner la procédure (l'appel d'offres faisant l'objet de la présente requête et dont l'avis a été publié le 22 septembre 2014 dans le quotidien « Les nouvelles calédoniennes »).

Article 2 : La chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie versera à la société Le Vigilant une somme de 100.000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Il n'y a pas lieu de statuer sur le surplus des conclusions de la requête présentée pour la société Le Vigilant.