

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE CALEDONIE**

N°1700332

SOCIETE STAR PACIFIQUE

M. Gueguein
Rapporteur

M. Schnoering
Rapporteur public

Audience du 15 février 2018

Lecture du 27 février 2018

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Par une requête, enregistrée le 25 septembre 2017 et des mémoires complémentaires enregistrés les 6 et 11 octobre et 11 décembre 2017, la société Star Pacifique, représentée par la SELARL LFC, demande au tribunal :

1°) d'annuler les marchés publics d'enlèvement des ordures ménagères attribués à la société Pacifique Environnement par les communes de Bourail, Boulouparis, La Foa, Farino, Moindou et Sarraméa ;

2°) à titre subsidiaire, de résilier lesdits marchés ;

3°) de mettre la somme de 500 000 francs CFP à la charge solidaire des communes de Bourail, Boulouparis, La Foa, Farino, Moindou et Sarraméa au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

La société Star Pacifique soutient que :

- les principes fondamentaux de la commande publique ont été méconnus ;
- la procédure est irrégulière en ce que l'article 2.6.1 autorisait les candidats à présenter des variantes permettant l'optimisation de la collecte, la modification des prestations de base et la proposition de prestations supplémentaires ; autrement dit les documents de la consultation n'ont pas suffisamment encadré les possibilités de déposer une offre ; comment proposer des travaux supplémentaires alors qu'il était indiqué que le marché était au forfait ; ces imprécisions ne lui ont pas permis de déposer la meilleure offre possible ;
- elle a présenté une variante n°1 fondée sur l'utilisation non de deux BOM de 19 tonnes d'une ancienneté inférieure à 12 mois mais de deux BOM de 19 tonnes d'une ancienneté supérieure à 12 mois et d'une BOM de 26 tonnes ; cette offre permettait de présenter une offre de prix inférieure de 5 % à celle de la société Pacifique Environnement, rabais inclus ; mais cette variante a été écartée pour non-conformité avec les spécifications techniques du marché ; le RPAO n'indiquait pas les exigences minimales du CCTP ;

- la variante de la société Pacifique Environnement a été retenue alors qu'il ne s'agit pas d'une réelle variante mais d'une proposition de rabais si elle est retenue attributaire de tous les lots ; cette possibilité de rabais n'a pas été annoncée ;

- la notation du critère "répartition équitable du montant entre les lots 2 à 6" est irrégulière ; le RPAO était imprécis sur les documents devant être joints à l'offre ; dans le cadre du critère prix, pondéré à 70 %, l'article 4 du RPAO indique qu'il y a 60 % pour le prix et 10 % pour la "répartition équitable du montant entre les lots"; cet article indique qu'une fiche en annexe doit être remplie ; toutefois, elle n'a pas compris comment devait être satisfaite cette présentation ; la fiche en annexe n'est ni intitulée, ni indiquée dans la liste des pièces à joindre ; sur les 3 candidats, un seul a compris qu'il fallait la remplir ; pour sa part, elle a présenté une offre indiquant tous les éléments figurant dans la fiche sur chaque offre de prix ; elle a reçu une note de 0 qui l'a disqualifiée pour l'obtention du marché ; de plus si les lots 2 à 6 ont été présentés comme indissociables, la forme du groupement de commande et donc la passation de 5 marchés distincts empêchait de présenter une offre globale décomposée par lot ; il fallait nécessairement établir une offre pour les 5 lots ;

- elle ne pouvait recevoir une note de 0 sur ce critère sous le seul prétexte que le document prévu n'était pas joint ; il appartient à l'acheteur de faire l'analyse de l'offre et de minorer la note si tous les éléments ne sont pas mentionnés ;

- la fiche demandée était irrégulière en ce qu'elle demandait au candidat de préciser le taux de marge par lot ; cette information peut être déduite des différents éléments de l'offre mais relève du secret industriel et commercial ;

- la procédure est irrégulière en ce que l'exigence de deux BOM de 19 tonnes d'une ancienneté inférieure à 12 mois a influé sur la possibilité de présenter une offre et n'est pas justifiée par les caractéristiques techniques du marché ; la durée de vie d'une benne est de 11 ans et elle peut faire l'objet de revampage pour allonger sa durée de vie ; cette exigence ne cadre pas avec le principe de bonne utilisation des deniers publics ; elle est à l'origine d'une discrimination entre les candidats ; elle aurait pu faire une offre plus avantageuse avec le matériel à sa disposition ;

- le principe d'égalité de traitement des candidats a été méconnu ; l'offre de la société Pacifique Environnement a reçu une note de 4 au titre du mémoire technique alors qu'elle propose l'acquisition de 2 BOM de 17 tonnes ; cette offre n'est donc pas conforme aux prescriptions du marché ;

- elle ne peut s'abstenir de retenir que le rapport d'analyse des offres est complaisant à son endroit ; il a omis de préciser qu'elle justifie d'une solide expérience dans les départements de La Réunion et de Mayotte.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 8 novembre et 21 décembre 2017, la commune de Boulouparis conclut au rejet de la requête et demande que la somme de 400 000 francs CFP soit mise à la charge de la société Star Pacifique au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

Elle soutient que :

- les conclusions sont irrecevables en tant qu'elles sont dirigées contre les lots 2 à 6 ; la société requérante ayant présenté des offres incomplètes et donc irrégulières ; elle ne présente aucun intérêt à agir contre les marchés passés au titre de ces lots ; le document manquant était clairement demandé par les documents de la consultation ; les informations devant y figurer ne pouvaient être extrapolées des documents de l'offre ; le secret industriel et commercial ne peut être opposé dans le cadre d'une offre à un marché public ; les informations couvertes par le secret ne sont pas communicables au public ;

- les griefs liés à l'absence d'indications quant aux éléments minimum du CCTP devant être respectés au titre des variantes n'est pas en lien avec l'éviction de la société requérante ; il en

va de même du grief tiré de l'irrégularité de la variante n°1 de la société Pacifique Environnement et de la prétendue complaisance dont aurait fait l'objet la société Star Pacifique ;
- les autres griefs soulevés par la société ne sont pas fondés.

Un mémoire présenté pour la société Pacific Environnement a été enregistré le 13 février 2018, postérieurement à la clôture de l'instruction.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie ;
- la délibération n° 136/CP du 1er mars 1967 portant réglementation des marchés publics ;
- le code de justice administrative dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Gueguein, rapporteur,
- les conclusions de M. Schnoering, rapporteur public,
- et les observations de Me Louzier, avocat de la société Star Pacifique, de Me Charlier, avocate de la commune de Boulouparis, et de Me Elmosnino, avocat de la société Pacifique Environnement.

Considérant ce qui suit :

1. Les communes de Bourail, Boulouparis, La Foa, Farino, Moindou et Sarraméa ont formé un groupement de commandes pour la passation de leurs marchés publics d'enlèvement des ordures ménagères. Ces six marchés ont été séparés en six lots, le lot 1 pour la commune de Bourail, traité à part, et les lots 2 à 6 pour les cinq autres communes annoncés comme étant indissociables. Un avis d'attribution publié dans l'édition du 3 août 2017 du quotidien « Les Nouvelles de Calédonie » annonce que les 6 lots ont été attribués à la société Pacifique Environnement. La société Star Pacifique demande au tribunal d'annuler ces six marchés publics et, à titre subsidiaire, de les résilier.

2. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité. Si le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont

ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office.

3. Saisi ainsi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

Sur la fin de non-recevoir :

4. La commune de Boulouparis, mandataire du groupement de commandes, soutient que les offres déposées par la société Star Pacifique au titre des lots 2 à 6 étaient irrégulières et partant, que cette société n'est pas recevable pour présenter des conclusions contestant la validité des marchés correspondants.

5. Il n'est pas contesté que l'article 4 du RPAO demandait aux candidats de produire, à l'appui des offres concernant les lots 2 à 6, un document figurant à l'annexe 2 dudit règlement. Ce document ayant pour objet de permettre aux candidats de décomposer leurs offres financières en isolant les frais de personnels des autres composantes financières de sa proposition. Si l'article 3 du RPAO ne mentionne pas ce document, la société Star Pacifique n'est pour autant pas fondée à soutenir que le caractère obligatoire de ce document n'était pas clairement défini compte tenu des termes de l'article 4 dudit règlement indiquant que ce tableau servirait d'appui pour la mise en œuvre du sous-critère du critère prix afférent à la « Répartition équitable du montant de l'offre entre les lots ». En cas de doute sur le caractère obligatoire du document ou sur les modalités de son établissement, il appartenait à la société Star Pacifique de se rapprocher des services acheteurs comme elle n'a d'ailleurs pas hésité à le faire par ailleurs.

6. Toutefois, si la commune de Boulouparis est fondée à soutenir qu'en principe une offre incomplète doit être regardée comme une offre irrégulière au sens des dispositions de l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967 susvisée, il demeure que les informations permettant à l'acheteur de mettre en œuvre le sous-critère en question figuraient dans l'offre de la société requérante. Le document manquant facilitait la tâche de l'acheteur mais n'était pas réellement indispensable. La commune de Boulouparis n'est donc pas fondée à soutenir que les conclusions dirigées contre les marchés correspondants aux lots 2 à 6 sont irrecevables.

Sur le fond :

7. Premièrement, la société Star Pacifique soutient que le groupement ne pouvait rejeter sa variante sans l'évaluer. Elle soutient que les documents de la consultation n'indiquant pas les points sur lesquels le CCTP ne pouvait être modifié, sa variante pour les lots 2 à 6 ne pouvait être rejetée en raison du trop grand nombre de modifications apportées au document de la consultation et notamment parce qu'elle ne respectait pas les stipulations de l'article 2.6.4 du CCTP exigeant qu'au moins un véhicule immatriculé depuis moins de 12 mois soit mis en service lors de la 1^{ère} année de contrat.

8. Les dispositions de l'article 2.6.1 du RPAO prévoyaient que les candidats pouvaient « *proposer des optimisations de l'organisation des collectes. / Si le candidat souhaite modifier certaines prestations contenues dans l'offre de base ou proposer des prestations supplémentaires, il doit présenter une ou plusieurs variantes* ». Il ressort du rapport d'analyse des offres que cette variante n'a pas été évaluée car elle constituait une dérogation aux documents de la consultation et ne pouvait être prise en compte sans méconnaître le principe d'égalité de traitement des candidats.

9. Une variante déclarée "libre" ne peut avoir d'autre objet que d'aménager les conditions techniques et financières d'exécution du marché sans en modifier substantiellement ou en bouleverser l'économie. Elle ne saurait avoir pour effet de substituer au marché de base prévu, défini et imposé, un nouveau marché comportant de profondes modifications des prestations, des conditions d'exécution ou du coût du marché par rapport à son coût estimatif. La société Star Pacifique ne conteste pas que sa variante procédait à des modifications importantes des circuits de collecte et du profil des matériels. En conséquence, le groupement a écarté à raison la variante de la société Star Pacifique motif pris de l'impossibilité de la comparer aux autres offres. La circonstance que les documents de la consultation n'indiquaient pas les points ne pouvant être modifiés par les candidats est indifférente. Il appartenait à la société Star Pacifique de proposer une ou plusieurs variantes restant dans le cadre de la consultation.

10. Deuxièmement, elle soutient que les stipulations de l'article 2.6.4 du CCTP prévoyant que le titulaire du marché devra mettre en service un véhicule immatriculé depuis moins de 12 mois lors de la 1^{ère} année du contrat sont discriminatoires et injustifiées par les conditions d'exécution du marché. Elle soutient que cette condition a fortement impacté le contenu de son offre alors qu'elle dispose déjà d'un parc de véhicules conséquent.

11. Toutefois, outre l'ancienneté du parc de véhicules de la société requérante, le groupement est fondé à soutenir que l'exigence que le titulaire d'un marché d'enlèvement d'ordures ménagères d'une durée de cinq années dispose, au titre du lot 1 et des lots 2 à 6, d'au moins un véhicule d'état neuf ou quasi neuf à compter de la 1^{ère} année de contrat n'est pas injustifiée compte tenu de l'intérêt général attaché à l'absence totale d'interruption du service rendu pendant toute la durée du marché et des délais nécessaires à l'acheminement de pièces détachées sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie.

12. Troisièmement, la société Star Pacifique soutient que la société Pacifique Environnement n'a pu se voir attribuer une note de 4 au titre des moyens humains et matériels dès lors qu'elle ne proposait que la mise en circulation d'une benne à ordures ménagères de 17 tonnes immatriculée depuis moins de 12 mois lors de la 1^{ère} année de contrat au lieu d'un véhicule d'une capacité de 19 tonnes.

13. Ainsi que le soutient le groupement, aucun document de la consultation n'imposant que le véhicule immatriculé depuis moins de 12 mois soit d'une capacité minimale de 19 tonnes, ce grief devra être écarté.

14. Quatrièmement, la société Star Pacifique soutient que le groupement ne pouvait accepter la variante n°3 de la société Pacifique Environnement en ce que cette société ne fait que proposer d'accorder un rabais à la condition d'être retenue pour les six lots.

15. S'il est vrai que la proposition de rabais ne peut être regardée comme une variante, aucune disposition applicable en Nouvelle-Calédonie ni aucun des principes à valeur constitutionnelle de la commande publique cités par les dispositions de l'article 22 17° de la loi organique statutaire du 19 mars 1999 susvisée ne fait obstacle à ce qu'un candidat propose de moduler le prix de ses offres selon le nombre de lots qui lui sont attribués. Toutefois, le principe d'égalité de traitement des candidats oblige les acheteurs à procéder à la comparaison des offres financières, et donc à attribuer les marchés correspondants, sans tenir compte du rabais proposé, ce dernier ne trouvant donc à s'appliquer qu'après attribution des lots concernés.

16. Cinquièmement, la société Star Pacifique soutient que les lots 2 à 6 ont été irrégulièrement attribués à la société Pacifique Environnement en raison de la mise en œuvre irrégulière du sous-critère lié à la « Répartition équitable du montant de l'offre entre les lots ». Elle soutient qu'elle n'a pas communiqué le document prévu pour l'application de ce sous-critère en raison de l'imprécision des documents de la consultation. Elle soutient également que les informations sollicitées sont irrégulières en ce que la marge commerciale retirée de la prestation relève du secret industriel et commercial. Elle soutient enfin qu'elle n'aurait jamais dû se voir attribuer une note de 0 sur 10 étant donné qu'une partie des informations nécessaires pour la mise en œuvre de ce sous-critère figuraient dans son offre.

17. Toutefois il résulte de l'instruction que dans l'hypothèse où la société requérante se serait vue attribuer la note maximale au sous-critère dont la mise en œuvre est contestée, son offre n'aurait tout de même pas été la plus avantageuse économiquement et ce quelle que soit la configuration retenue par la commission d'appel d'offres et avant la mise en œuvre du rabais correspondant à la variante 3 de la société Pacifique Environnement. Dans ces circonstances, les griefs précités doivent être rejetés.

18. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de la société Star Pacifique doivent être rejetées.

Sur les frais non compris dans les dépens :

19. 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* ».

20. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre la somme de 200 000 F CFP à la charge de la société Star Pacifique au titre des frais exposés par la commune de Boulouparis

dans la présente instance et non compris dans les dépens. Les conclusions de la société Star Pacifique sont rejetées.

D E C I D E :

Article 1^{er} : La requête de la société Star Pacifique est rejetée.

Article 2 : La société Star Pacifique versera la somme de cent cinquante mille francs CFP (150 000) à la commune de Boulouparis.