

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 1900345

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SARL ALPHA-BIOLOGIE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Pilven
Rapporteur

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Mme Peuvrel
Rapporteur public

Audience du 12 décembre 2019
Lecture du 16 janvier 2020

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire complémentaire, enregistrés les 9 août et 7 novembre 2019, la Sarl Alpha-Biologie, représentée par Me Claveleau, avocat, demande au tribunal :

1°) d'annuler les contrats, conclus le 3 mai 2019 au titre du lot n° 1 et du lot n° 2 d'un marché à bons de commande, passés entre la Province des Iles Loyauté et les sociétés Biocal et Caledobio pour la réalisation de prestations d'analyses et de prélèvements biologiques effectués dans les centres médicaux sociaux au profit des bénéficiaires de l'aide médicale et de prestations de transport ;

2°) d'enjoindre au président de la province des Iles Loyauté de communiquer dans la présente instance les documents relatifs à ce marché et notamment le rapport d'analyse des offres, le procès-verbal de la commission d'appel d'offres et les contrats signés ;

3°) de mettre à la charge de la province des Iles Loyauté la somme de 400 000 francs CFP en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- sa requête est recevable dès lors qu'elle a formé un recours le 9 août 2019 alors que l'avis d'attribution était publié le 8 juin 2019, les délais de recours étant francs ;
- les irrégularités commises par la Province des Iles lors de la procédure de passation de l'appel d'offres et l'illégalité de la décision d'attribution du marché sont de nature à avoir pour effet la nullité des contrats passés pour les deux lots du marché ;

- la province des Iles Loyauté a ainsi méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats et de transparence pour les prestations relatives au lot n° 1 dès lors que les candidats n'ont pas tous reçu les mêmes informations, nécessaires à l'établissement d'une offre satisfaisante ; de nombreuses informations n'ont pas été communiquées aux candidats, notamment en ce qui concerne le document « décomposition du prix global et forfaitaire » ;

- la tarification des actes réalisés au titre de l'aide médicale résulte en principe de l'application d'une convention signée le 5 juillet 2012 entre le syndicat des biologistes de Nouvelle-Calédonie et les organismes payeurs ainsi que la province Sud et celle des Iles Loyauté ; elle repose ainsi sur la base de nomenclature des actes de biologie médicale citée en nombre B par acte référencé, au prix unitaire de 52 francs, sauf dans le cas où des accords particuliers seraient intervenus et auraient été annexés à la convention du 5 juillet 2012 ; or aucun accord concernant la province des Iles n'a été annexé à cette convention bien que par une convention signée en 2006, le tarif de cotation du B ait été fixé à 48 francs ; par ailleurs, aucune liberté tarifaire n'existe en la matière permettant aux sociétés attributaires de proposer un tarif plus avantageux et aucune remise n'est autorisée ; la province a été interrogée sur le prix de la cotation B et s'est bornée à renvoyer à la convention de 2012 sans plus de précisions, ce qui est constitutif d'un manque de transparence, dès lors qu'une incertitude existait sur ce tarif et que dans la convention signée en mai 2017 entre la province et la société Caledobio, le prix retenu était de 48 francs et que de surcroît cette dernière société avait annoncé proposer une remise tarifaire, pratique interdite par la convention de 2012 ; en ne répondant pas clairement à la demande d'information sur le tarif applicable, la province a faussé les conditions de mise en concurrence, la société Biocal étant mieux informée sur ce point sur les pratiques en cours avec la province des Iles ; en outre la province des Iles reconnaît dans ses écritures que la valeur du B était fixé à 52 francs et qu'il convenait d'appliquer ce tarif qui ne peut être fixé librement ; dès lors en acceptant des offres prenant en compte un tarif de 48 francs, elle a entaché le marché d'illégalité ; enfin, si le tarif conventionnel s'imposait aux candidats, le critère du prix n'aurait pas dû être un critère d'évaluation des offres d'autant plus qu'il a été pris en compte à hauteur de 40% , ce critère n'étant pas pertinent, et étant disproportionné pour départager les offres ;

- elle a noté une différence entre les chiffres mentionnés dans le règlement particulier d'appel d'offres (RPAO) et le document portant décomposition du prix global et forfaitaire (DGPFF), le RPAO faisant état de six fois plus d'actes que le DGPFF ;

- enfin elle relève que des erreurs et imprécisions figurent dans la liste des actes du document portant décomposition du prix global et forfaitaire ;

- en ce qui concerne le lot n° 2, elle constate une méconnaissance du principe d'égalité des candidats et de transparence ;

- elle n'a pas eu d'information sur les quantités et volumes transportés au cours des années passées ni sur le nombre de sachets par origine géographique ni sur la fréquence des transports, ni sur le nombre de malles et glacières actuellement en circulation ; si la province des Iles a apporté une réponse par courrier du 29 janvier 2019, cette réponse était imprécise et peu claire ; elle n'a pas pu non plus recueillir d'informations par une visite du centre médical de Lifou, qui lui a été refusée ;

- enfin le marché à bons de commande est entaché d'irrégularités dès lors qu'il ne comportait pas de montants minimum ou maximum ; l'attribution du marché résulte en outre d'un abus de position dominante de la part du groupe Calédobio, titulaire du marché depuis 20 ans, ayant eu la possibilité d'accorder des remises pourtant interdites et n'ayant pas recherché d'accord entre le syndicat des biologistes et la province des Iles, le directeur du groupe étant aussi président du syndicat des biologistes ;

- le principe d'efficacité de la commande publique a aussi été méconnu dès lors que le choix d'une installation d'un laboratoire d'analyses médicales à Lifou aurait été plus pertinent que celui d'un marché pour les intérêts de l'île de Lifou et des administrés ;

- il est nécessaire d'obtenir la communication du rapport d'analyse des offres, du procès-verbal de la commission d'appel d'offres, du bordereau des prix des sociétés attributaires et des contrats signés ;

Par un mémoire en défense, enregistré le 12 septembre 2019, la province des Iles Loyauté conclut au rejet de la requête ;

Elle soutient à titre principal que la requête est tardive et à titre subsidiaire qu'aucun des moyens de la requête n'est fondé.

Par deux mémoires, enregistrés le 15 octobre et le 5 décembre 2019, les sociétés Biocal et Caledobio, représentées par la SELARL D&S LEGAL concluent à titre principal au rejet de la requête, à titre subsidiaire à la résiliation du marché avec effet différé de six mois et demandent que la somme de 450 000 francs soit mise à la charge de la société requérante sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent qu'aucun des moyens de la requête n'est fondé.

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 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics ;
- la convention du 5 juillet 2012 signée entre le syndicat des biologistes de Nouvelle-Calédonie, les organismes payeurs, la province sud et la province des Iles Loyauté ;
- la convention du 18 mai 2017 conclue entre la province des Iles Loyauté et la société Biocal ;
- 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. Pilven, rapporteur ;
- les conclusions de Mme Peuvrel, rapporteur public ;
- et les observations de Me Claveleau, avocat de la SARL Alpha-Biologie, de Mme Carawiane, représentant la province des îles Loyauté, et de Me Fraigne, avocat de la SELARL Biocal et de la SARL Calébio.

Considérant ce qui suit :

1. Par un marché à bon de commandes en date du 3 mai 2019, la province des Iles Loyauté a confié, à la suite d'une procédure d'appel d'offres, aux sociétés Biocal et Caledobio la réalisation de prestations portant sur des analyses et des prélèvements biologiques dans les centres médicaux sociaux de la province au profit des bénéficiaires de l'aide médicale des îles ainsi que de prestations de transport. Le lot n° 1 a été confié à la société Biocal et le lot n° 2 à la

société Calédobio. La Sarl Alpha-Biologie, concurrent évincé, demande l'annulation du contrat conclu avec la société Biocal au titre du lot n° 1 et avec la société Calédobio au titre du lot n° 2 ainsi que la communication des documents du marché, notamment le rapport d'analyse des offres, le procès-verbal de la commission d'appel d'offres et les contrats signés.

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. Ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi. La légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini.

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 opposée par la province des Iles Loyauté :

4. Il résulte de l'instruction que la province des Iles Loyauté a, après la conclusion du marché contesté, accompli les formalités de publicité appropriées, le 8 juin 2019. A la date d'enregistrement de la demande de la société requérante au greffe du tribunal, soit le 9 août 2019, le délai de deux mois ouvert aux tiers pour former le recours prévu au point 2 ci-dessus, n'était pas expiré, dès lors qu'il s'agit d'un délai franc. La fin de non recevoir opposée par la province sud et tirée de la tardiveté de la demande de la société Alpha-Biologie doit ainsi être écartée.

Sur la demande de résiliation du marché conclu le 3 mai 2019 :

En ce qui concerne le lot n° 1 :

5. La Sarl Alpha-Biologie soutient que la province des Iles Loyauté n'a pas fait clairement connaître le critère financier du marché et plus particulièrement la valeur de la cotation B applicable aux prestations réalisées au titre de l'aide médicale. Il résulte de l'instruction que la société requérante a eu communication en février 2018 de la convention passée entre la province des Iles Loyauté et la société Biocal le 18 mai 2017 dans laquelle la facturation des examens cotés en B était fixée à 46 francs dans le cadre d'une hospitalisation dans un centre médico-social et à 48 francs pour les examens à titre externe. A la suite d'une demande de renseignements par la société requérante, notamment sur la valeur à retenir pour les actes cotés en B, la province des Iles Loyauté s'est bornée à indiquer, par courrier du 29 janvier 2019, qu'il convenait de « retenir le nombre de point B conformément à la convention du 5 juillet 2012 », ce qui ne permettait pas de comprendre clairement qu'il convenait de retenir le prix de 52 francs mentionné en annexe de cette convention alors que les usages pour les examens pratiqués dans le cadre des précédentes conventions retenaient au plus un tarif de 48 francs. Par ailleurs, les sociétés attributaires du marché ont, dans leurs écritures, mentionné que la province n'était nullement tenue par le prix de 52 francs prévu pour les actes cotés en B dans la convention du 5 juillet 2012 et que les sociétés candidates étaient libres de proposer le prix qu'elles souhaitaient. Or la province des Iles Loyauté précise, pour sa part, dans ses écritures que la « formulation de la proposition de prix doit se faire conformément à la convention de 2012 et non à la convention conclue avec Biocal » en 2017, ce qui sous-entend qu'il convenait de retenir le prix de 52 francs pour les actes cotés en B. En outre, il est constant que la société requérante a proposé pour les actes cotés en B un prix de 48 francs sans que la province des Iles Loyauté ne rejette son offre comme irrégulière au regard du prix réglementé fixé par la convention du 5 juillet 2012 et il n'est pas contesté que les sociétés attributaires ont aussi proposé un prix de 48 francs par acte coté en B.

6. Au demeurant, les sociétés candidates étant tenues de proposer, en application de la convention du 5 juillet 2012, un tarif fixe, sans aucune possibilité de remise, le critère du prix qui représentait 40 % de la note finale, était manifestement excessif et n'était pas pertinent pour départager les offres.

7. Il résulte de tout ce qui précède que la société requérante est fondée à soutenir que la province des Iles a méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats et de transparence pour les prestations relatives au lot n° 1.

En ce qui concerne le lot n° 2 :

8. La société requérante soutient qu'elle n'a obtenu que des informations partielles ou insuffisantes concernant les prestations de transport et que malgré ses demandes, elle n'a pas pu obtenir de précisions sur les quantités ou volumes transportés par an, avec le nombre de sachets par île, le poids transporté et la fréquence des transports. Si la province des Iles Loyauté fait valoir qu'elle a apporté les précisions demandées, par courrier du 29 janvier 2019, il ressort de ce courrier qu'elle s'est bornée à indiquer que « les volumes à considérer sont estimés de 5 à 10 litres mais dépendent de l'activité de chacun des sites, que les poids peuvent varier d'une expédition à l'autre, que le nombre de malles ou caisse de transport sont à déterminer par le candidat pour s'assurer que les sites de départ ne sont jamais en rupture de conditionnement », ce

qui ne permettait pas à la société requérante d'avoir suffisamment d'informations sur le volume et la fréquence des transports attendus alors que la société Calédobio pouvait bénéficier de l'expérience de la société Biocal, cette dernière faisant partie du même groupe qu'elle. Par ailleurs, il est constant que la société requérante n'a pas été autorisée à procéder à une visite du centre médico social de Lifou, dans le but de connaître plus précisément les besoins en terme de transports. Dès lors la société requérante est fondée à soutenir que la province des Iles Loyauté a méconnu le principe de transparence et d'égalité de traitement entre les candidats pour le lot n°2.

9. Il résulte de tout ce qui précède que la procédure de passation des deux lots du marché en litige a été entachée d'irrégularités, sans que celles-ci ne portent sur un contenu illicite ou que le marché ne se trouve affecté d'un vice du consentement. Ces irrégularités ne peuvent toutefois pas faire l'objet d'une régularisation. Par suite, et eu égard à l'intérêt général s'attachant à la continuité du service public d'analyses et de prélèvements biologiques dans les centres médicaux sociaux de la province au profit des bénéficiaires de l'aide médicale des îles, il y a lieu de retenir que le marché, en ses deux lots, soit résilié avec effet différé, six mois après la notification du présent jugement.

Sur les conclusions tendant à la communication de documents du marché :

10. Il appartient au juge administratif, dans l'exercice de ses pouvoirs généraux de direction de la procédure, d'ordonner toutes les mesures d'instruction qu'il estime nécessaires à la solution des litiges qui lui sont soumis, et notamment de requérir des parties ainsi que, le cas échéant, de tiers, en particulier des administrations compétentes, la communication des documents qui lui permettent de vérifier les allégations des requérants et d'établir sa conviction. Il lui incombe, dans la mise en œuvre de ses pouvoirs d'instruction, de veiller au respect des droits des parties, d'assurer l'égalité des armes entre elles et de garantir, selon les modalités propres à chacun d'entre eux, les secrets protégés par la loi. Le caractère contradictoire de la procédure fait en principe obstacle à ce que le juge se fonde sur des pièces produites au cours de l'instance qui n'auraient pas été préalablement communiquées à chacune des parties.

11. Dès lors qu'il apparaît que les pièces présentes au dossier étaient suffisantes pour faire droit à la demande d'annulation des lots n° 1 et 2 du marché en litige, les conclusions de la société requérante tendant à la communication de pièces du marché dans la présente instance, telles que le rapport d'analyse des offres, le procès-verbal de la commission d'appel d'offres, le bordereau des prix des sociétés attributaires et les contrats signés entre la province et les attributaires, doivent être rejetées.

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

12. La société requérante n'étant pas dans la présente instance la partie perdante, les conclusions des sociétés Biocal et Calédobio tendant à mettre à sa charge une somme en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative doivent être rejetées. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la Province des Iles Loyauté la somme de 150 000 francs CFP à verser à la société requérante en application de ces dispositions.

D E C I D E :

Article 1^{er} : Le marché conclu le 3 mai 2019 par la province des Iles Loyauté avec la société Biocal et la société Caledobio au titre des lots n° 1 et n° 2 de ce marché est résilié avec effet différé six mois après la notification du présent jugement.

Article 2 : La province des Iles Loyauté versera la somme de 150 000 francs CFP à la Sarl Alpha-Biologie en l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la SARL Alpha-Biologie et les conclusions des sociétés Biocal et Caledobio sont rejetés.