

Cour administrative d'appel de Paris

N° 14PA03697

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Inédit au recueil Lebon

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. EVEN, président
Mme Lorraine D'ARGENLIEU, rapporteur
M. CANTIE, rapporteur public

SCP RICHER ET ASSOCIES, avocat

lecture du vendredi 8 juillet 2016

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La SAS Le Vigilant a demandé au Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, à titre principal, d'annuler le marché par lequel la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie (CCI - NC) a attribué à la société Espace Surveillance le lot n° 1 du service de sûreté aéroportuaire de l'aéroport de la Tontouta à Nouméa destiné à assurer l'inspection et le filtrage des bagages de soute et des passagers et bagages de cabine dans l'aérogare et à la société Guard NC le lot n° 2 portant sur l'inspection et le filtrage des personnels, des marchandises et des véhicules dans l'aérogare, à titre subsidiaire de résilier le marché, et à titre infiniment subsidiaire de condamner la CCI - NC à lui verser la somme de 194 245 992 F CFP en remboursement des frais engagés pour sa candidature à l'attribution du marché litigieux et l'indemnisation de son manque à gagner, d'ordonner la capitalisation des intérêts à valoir sur cette somme à compter de la demande préalable d'indemnisation et de condamner la CCI - NC à lui verser la somme de 800 000 F CFP sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Par un jugement n° 1300348/1 du 26 juin 2014, le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a annulé le marché relatif aux prestations de services de sûreté aéroportuaire de l'aéroport international de Nouméa la Tontouta, a condamné la CCI-NC à verser à la SAS le Vigilant une indemnité de 67 841 265 F CFP, cette somme devant porter intérêt au taux légal à compter du 4 novembre 2013, date de la réception de la demande préalable en date du 31 octobre 2013, et la somme de 150 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Procédure devant la Cour :

I - Par une requête, enregistrée sous le numéro 14PA03697, un mémoire en réplique et un mémoire récapitulatif, enregistrés les 13 août 2014, 27 janvier 2015 et 10 juin 2016, la CCI-NC, représentée par Me B..., puis Me A..., demande à la Cour :

1°) d'annuler le jugement du Tribunal administratif de Nouvelle Calédonie n° 1300348 du 26 juin 2014 ;

2°) de rejeter la demande présentée par la SAS le Vigilant devant le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie ;

3°) d'annuler le marché, avec un effet différé de six mois à compter de l'arrêt à intervenir, et de rejeter la requête en indemnisation déposée par la SAS le Vigilant ;

4°) à titre subsidiaire, d'ordonner une expertise pour déterminer la marge bénéficiaire à laquelle la SAS le Vigilant aurait pu prétendre si elle avait été attributaire du marché ;

5°) de mettre à la charge de la SAS le Vigilant la somme de 600 000 francs CFP sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les premiers juges ont entaché leur jugement d'irrégularité en se fondant sur un mémoire qui n'a pas été communiqué préalablement aux parties ;
- les premiers juges ont commis une erreur manifeste d'appréciation en ne différant pas de six mois les effets de leur jugement ;
- les premiers juges ont commis une erreur d'appréciation en considérant que la SAS le Vigilant disposait d'une chance sérieuse d'obtenir le marché ;
- la somme à laquelle la CCI - NC a été condamnée n'est pas établie par les pièces du dossier et notamment pas par l'attestation du cabinet Auclair Dupont qui est dépourvue de valeur probante ;
- les principes de la commande publique n'ont pas été méconnus lors de la passation et de l'attribution du marché litigieux.

Par un mémoire en défense et deux mémoires complémentaires, enregistrés le 11 décembre 2014 et les 16 juin et 28 août 2015, la SAS Le Vigilant, représentée par Me C..., demande à la Cour :

- de joindre les requêtes n° 14PA04117 et n° 14PA04697 ;
- à titre d'appel incident partiel, de réformer l'article 2 du jugement du Tribunal administratif de Nouvelle Calédonie n° 1300348 du 26 juin 2014 en ce qu'il ne lui a pas alloué la somme de 194 645 922 francs CFP assortie des intérêts à compter de la réclamation préalable ;
- de rejeter la requête en appel présentée par la CCI - NC ;
- de condamner la CCI-NC à lui verser la somme de 7 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- s'agissant de l'appel partiel incident, les premiers juges se sont mépris sur l'étendue du litige, statuant infra petita, en considérant qu'elle avait entendu minorer ses prétentions financières à hauteur de 67 841 266 F CFP par un mémoire du 24 février 2014, alors qu'en réalité elle n'a jamais entendu revenir sur ses prétentions indemnitaires initiales qui s'élevaient à 194 645 992 francs CFP ;
- s'agissant de l'appel principal introduit par la CCI - NC qu'aucun des moyens soulevés dans la requête n'est fondé.

Un mémoire a été enregistré le 24 juin 2016, présenté pour la SAS le Vigilant, représentée par Me C....

II - Par une requête, enregistrée sous le numéro 14PA04117, et un mémoire en réplique enregistrés le 30 septembre 2014 et 17 février 2015, la société Espace Surveillance, représentée par Me E..., demande à la Cour :

1°) d'annuler le jugement du Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie n° 1300348 du 26 juin 2014 ;

2°) de condamner la société Le Vigilant au versement de la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que les règles de la commande publique n'ont pas été méconnues lors de l'établissement des documents de la consultation ayant conduit au marché en litige et de la procédure de passation subséquente.

Par un mémoire en défense enregistré le 11 décembre 2014, la SAS le Vigilant, représentée par Me C..., conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société Espace Surveillance à lui verser la somme de 4 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient qu'aucun des moyens de la requête d'appel n'est fondé.

Un mémoire a été enregistré le 24 juin 2016, présenté pour la SAS le Vigilant, représentée par Me C....

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999 relatives à la Nouvelle-Calédonie ;
- la délibération n° 136 du 1er mars 1967 portant réglementation des marchés publics en Nouvelle-Calédonie ;
- le code des marchés publics ;
- le code de justice administrative.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme D...,
- les conclusions de M. Cantié, rapporteur public,
- les observations de Me Louis, avocat de la CCI-NC,
- et les observations de Me Especel, avocat de la SAS le Vigilant.

Une note en délibéré présentée par la société Le Vigilant a été enregistrée le 30 juin 2016.

1. Considérant que, par un avis du 11 octobre 2013, la chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie (CCI-NC), a attribué à la société Espace Surveillance, le lot n° 1 portant sur

l'inspection et le filtrage des bagages de soute, des passagers et des bagages de cabine dans l'aérogare du marché public relatif au service de sûreté aéroportuaire de l'aéroport de la Tontouta à Nouméa, et à la société Guard NC le lot n° 2 portant sur l'inspection et le filtrage des personnels, des marchandises et des véhicules ; que, par une lettre du 30 septembre 2013, la CCI-NC a informé la SAS Le vigilant que son offre présentée pour les deux lots n'était pas retenue au motif que sa proposition n'avait pas été qualifiée de mieux disante ; que, par un jugement n° 1300348 du 26 juin 2014, le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a annulé ce marché relatif aux prestations de services de sûreté aéroportuaire de l'aéroport international de Nouméa la Tontouta et a condamné la CCI-NC à verser à la SAS le Vigilant la somme de 67 841 265 F CFP, assortie des intérêts au taux légal à compter du 4 novembre 2013, date de la réception de la demande préalable en date du 31 octobre 2013, et la somme de 150 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; que la CCI-NC et la société Espace surveillance relèvent appel de ce jugement ; que, la SAS Le vigilant demande, par la voie de l'appel incident partiel, l'annulation de l'article 2 de ce jugement en tant qu'il a limité la condamnation de la CCI-NC à 67 841 265 F CFP, alors qu'elle avait chiffré ses prétentions indemnitaires à hauteur de 194 645 992 francs CFP ;

Sur la jonction :

2. Considérant que les requêtes susvisées n° 14PA03697 et 14PA04117 présentées respectivement par la CCI - NC et par la société Espace Surveillance concernent le même marché et ont fait l'objet d'une instruction commune ; qu'il y a lieu de les joindre pour y statuer par un même arrêt ;

Sur la régularité du jugement attaqué :

3. Considérant que le mémoire du 11 février 2013 produit par la SAS le Vigilant devant la Cour administrative d'appel de Paris dans le cadre de l'instance n° 11PA01631 sur lequel les premiers juges se sont fondés pour réduire les prétentions indemnitaires de cette société à hauteur de 67 841 265 euros, a été communiqué aux parties au titre du présent litige, le 24 février 2014 ; que, par suite, les premiers juges n'ont pas entaché leur jugement d'une méconnaissance du principe du contradictoire ;

Sur la validité du contrat litigieux :

4. Considérant qu'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 ; que 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 ; que les requérants peuvent éventuellement assortir leur recours d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution du contrat ; que 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 ; que 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 ; que, toutefois, dans le cadre du contrôle de légalité, le représentant de l'Etat dans le département est recevable à contester la légalité de ces actes devant le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la conclusion du contrat, date à laquelle les recours déjà engagés et non encore jugés perdent leur objet ;

5. Considérant qu'aux termes de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 : " 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 (...) ", qu'aux termes de l'article 27-2 de la délibération n° 136/CP du 1er mars 1967 : " La commission d'appel d'offres arrête la liste des soumissionnaires admis à concourir, élimine les offres inappropriées 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'offre " ;

6. Considérant que pour assurer le respect des dispositions précitées et des principes qui en sont issus, 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 la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; qu'en Nouvelle-Calédonie, où les dispositions en vigueur prévoient l'application d'au moins six critères, énumérés à l'article 27-2 précité de la délibération susvisée n° 136/CP, 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 loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie ne sont pas complétés par d'autres critères spécifiques au marché en cause, en indiquant la hiérarchisation ou la pondération des critères, même lorsque leur est attribuée une égale importance ;

7. Considérant que l'article 4 du règlement particulier d'appel d'offres correspondant au marché en cause dispose que : " Le jugement des offres s'effectuera au regard des critères suivants et conformément à l'article 27-2 de la délibération 136/CP du 1er mars 1967 modifiée : - références professionnelles et garanties financières du candidat ; - qualité des prestations jugée à partir du mémoire justificatif et de la simulation de la planification demandée à l'article 3-2 du présent RPAO ; - prix des prestations et notamment le rabais proposé en cas d'attribution des deux lots " ; que le règlement particulier d'appel d'offres, qui d'ailleurs ne pouvait ne retenir que trois des six critères posés à l'article 27-2 précité de la délibération susvisée n° 136/CP, ne précise pas la hiérarchisation ou la pondération de ces critères ; que, par suite, la procédure d'attribution du marché en cause n'a pas respecté les principes fondamentaux de la commande publique et est donc irrégulière ;

Sur les conséquences à tirer du vice affectant la validité du contrat :

8. Considérant que, 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 ; qu'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 ; qu'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 ; qu'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 ;

9. Considérant que l'absence de hiérarchisation dans le règlement public d'appel d'offre (RPAO) des critères de jugement des offres a été susceptible d'affecter les modalités d'élaboration et de présentation des offres des candidats ; qu'il ne résulte par ailleurs pas de l'instruction qu'eu égard à l'objet du marché, l'interruption de son exécution emporterait des conséquences excessives sur l'intérêt général ; que, dès lors, compte tenu du vice relevé au point 7 ci-dessus, dont la nature n'impose pas l'annulation du contrat, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de résilier ce marché à compter de la date du présent arrêt ;

Sur la demande indemnitaire de la SAS Le Vigilant :

10. Considérant, d'une part, que lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat, il appartient au juge de vérifier d'abord si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat ; que, dans l'affirmative, il n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre ; qu'il convient, d'autre part, de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat ; que, dans un tel cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre, lesquels n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique ; qu'en revanche, le candidat ne peut prétendre à une indemnisation de ce manque à gagner si la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général ;

11. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la société Le Vigilant n'était pas la " moins disante " s'agissant du prix proposé sur les deux lots, composants le marché litigieux étant deuxième sur le lot n° 1 et troisième sur le lot n° 2 ; qu'en outre, la société Le Vigilant admet avoir omis de fournir dans le cadre de son offre la simulation pratique de la tranche conditionnelle du lot n° 1 relative au contrôle des bagages " cabine ", pourtant prévue à l'article 2-2 portant sur la " décomposition en lots et en tranches " du règlement particulier d'appel d'offres ; qu'enfin, la société Le Vigilant ne conteste pas utilement le grief figurant dans le procès verbal du jugement des offres selon lequel, elle aurait sous dimensionné en effectif le poste de contrôle des bagages " cabine " de la tranche ferme du lot n° 1, tandis qu'elle aurait procédé à une planification trop importante du poste bagages " soute " du lot n° 1 ; qu'ainsi, la société Le Vigilant ne peut être regardée comme ayant perdu une chance sérieuse d'emporter ce marché ; qu'en revanche, eu égard tant au vice retenu pour résilier le marché litigieux qu'aux garanties

techniques élevées dont elle pouvait se prévaloir, étant la seule des trois sociétés candidates à bénéficier de la certification NF 241, qui lui permet de travailler dans le respect des normes AFNOR NFX 50-777 portant sur les métiers de la sécurité privée, et à avoir conclu un protocole de service minimum avec les partenaires sociaux permettant de répondre à l'exigence de continuité opérationnelle, la société Le Vigilant n'était pas dépourvue de toute chance de remporter le marché ; que, dans ces conditions, cette société était seulement fondée à demander le remboursement des frais qu'elle a exposés pour présenter son offre, soit la somme non contestée de 600 000 francs CFP, majorée des intérêts au taux légal à compter du 4 novembre 2013, date de la réception de la demande préalable en date du 31 octobre 2013 ;

12. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société Espace Surveillance et la CCI-NC sont fondées à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a prononcé l'annulation du marché en litige, et à demander l'annulation de ce jugement pour ce motif, et qu'il y a lieu de résilier ce marché à la date du présent arrêt et de condamner la CCI-NC à verser à la SAS Le Vigilant une somme de 600 000 francs CFP, majorée des intérêts au taux légal à compter du 4 novembre 2013, date de la réception de la demande préalable en date du 31 octobre 2013 ; qu'il y a lieu, par voie de conséquence, de rejeter l'appel incident de la SAS le Vigilant ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

13. Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions des parties tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

DÉCIDE :

Article 1er : Le jugement du Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie n° 1300348 du 26 juin 2014 est annulé.

Article 2 : Le marché relatif aux prestations de services de sureté aéroportuaire de l'aéroport international de Nouméa la Tontouta conclu le 11 octobre 2013 est résilié à compter de la date du présent arrêt.

Article 3 : La chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie est condamnée à verser à la SAS Le Vigilant la somme de 600 000 francs CFP. Cette somme portera intérêt au taux légal à compter du 4 novembre 2013.

Article 4 : Le surplus des conclusions présentées par les parties est rejeté.