

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALÉDONIE**

N° 1600193

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIÉTÉ VIVA ENVIRONNEMENT

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Schnoering
Rapporteur

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Audience du 26 janvier 2017
Lecture du 16 février 2017

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 7 juin 2016 et des mémoires complémentaires enregistrés les 26 septembre, 10 novembre 2016 et 13 janvier 2017, la société Viva Environnement, représentée par la SELARL d'avocats D&S Legal demande au tribunal :

1°) de juger irrecevables les écritures du syndicat intercommunal à vocation multiple du Sud (SIVM SUD) ;

2°) d'enjoindre au SIVM SUD de produire le rapport et le procès-verbal d'analyse des offres ;

3°) à titre principal d'annuler le lot n° 2 du marché litigieux ;

4°) à titre subsidiaire de prononcer la résiliation du lot n° 2 du marché litigieux en laissant le temps matériel au SIVM Sud d'organiser un nouvel appel d'offres, ladite date ne pouvant toutefois être postérieure à un délai de six semaines à compter du jugement à intervenir ;

5°) en tout état de cause d'ordonner au SIVM Sud de reprendre la procédure d'appel d'offres relative au lot n° 3 au stade de l'analyse des offres ;

6°) de condamner le SIVM Sud à lui verser la somme de 500 000 F CFP sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- elle a intérêt pour agir et son recours est recevable ;
- les besoins du SIVM Sud ont été insuffisamment définis, ce qui méconnaît l'article 7 de la délibération n° 136/CP ;
- le RPAO méconnaît la nécessaire séparation entre la phase d'examen des candidatures et celles d'examen des offres, ce qui a été de nature à conduire les soumissionnaires à confondre les phases successives de la consultation : à cet égard, des considérations relatives aux capacités des candidats ne peuvent être appréciées qu'au stade de l'examen des candidatures et ne peuvent constituer des critères de sélection des offres ;
- l'offre de Star Pacifique était anormalement basse de plus de 25 % ;
- le marché a été attribué à une offre inappropriée ;
- le SIVM Sud n'a pas délivré de certificat de visite des lieux ce qui entache la consultation d'une violation manifeste des principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats ;
- elle conteste la présence de l'attributaire du lot n° 2 lors de la visite des lieux ce qui aurait dû conduire à rejeter l'offre de ladite entreprise comme non-conforme au RPAO et au CCTP ;
- ayant déposé une offre pour le lot n° 3, elle dispose d'un intérêt pour agir pour soutenir que la déclaration d'infructuosité de ce lot est irrégulière ;
- le SIVM n'était pas en situation de qualifier d'inacceptable son offre pour le lot n° 3 ;
- la variante proposée par Star Pacifique n'était pas conforme aux exigences exprimées et devait être rejetée ;
- l'attributaire ne s'est pas présenté à la visite obligatoire ce qui devrait entraîner le rejet de son offre ;
- le critère prix a été irrégulièrement analysé ;
- les sous-critères figurant dans l'annexe 2 n'ont pas été pondérés ;
- le défendeur n'a pas justifié que son président avait été valablement habilité à le représenter dans la présente instance.

Par des mémoires enregistrés les 4 août, 20 octobre 2016 et 17 janvier 2017, le syndicat intercommunal à vocation multiple du Sud (SIVM SUD), représenté par Me Charlier, avocat, conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société Viva Environnement à lui payer la somme de 200 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que la requête est mal fondée en tous ses moyens s'agissant du lot n° 2 et que, s'agissant du lot n° 3, elle est irrecevable et mal fondée.

Par des mémoires enregistrés les 4 août et 18 octobre 2016, la société Star Pacifique, représentée par la SELARL d'avocats Louzier Fauche Cauchois, conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société Viva Environnement à lui payer la somme de 315 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient qu'aucun des moyens soulevés n'est fondé.

Vu :

- la décision attaquée ;
- les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 99-209 et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999, relatives à la Nouvelle-Calédonie ;
- la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics ;
- la délibération de la commission permanente du congrès n° 64/CP du 10 mai 1989 fixant les cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux et aux marchés publics de fournitures courantes et de services passés en application de la délibération modifiée n° 136 du 1^{er} mars 1967 ;
- l'annexe 1 à la délibération n° 64/CP du 10 mai 1989 ;
- 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. Schnoering, rapporteur,
- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public,
- et les observations de Me Pieux, avocat de la société requérante, de Me Charlier, avocat du syndicat intercommunal à vocation multiple du Sud (SIVM Sud), de Me Louzier, avocat de la Star Pacifique, de M. Banfi, représentant la société Pacifique Environnement, et de Me Million, avocat de la société Caleco Environnement.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à la concurrence publié le 1^{er} février 2016, le syndicat intercommunal à vocation multiple du Sud (SIVM Sud) a lancé une procédure d'appel d'offre relative à la gestion et l'exploitation des déchetteries de Boulouparis, Bourail, La Foa et Thio.

2. Le marché, passé après appel d'offres ouvert en application des articles 24 à 28 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics, est composé de 3 lots. Le premier de ces lots portait sur la gestion des déchetteries, le deuxième sur l'évacuation des ordures ménagères, des déchets de type tout venant et des gravats inertes et le troisième sur l'évacuation, le traitement et le rachat des métaux ferreux et non ferreux ainsi que sur la mise à disposition de contenants pour les métaux non ferreux.

3. L'analyse des offres a été confiée à Calédonie Bureau d'Etudes. A la suite de la réunion de la commission d'examen des offres, le SIVM Sud a décidé de retenir l'offre de la société Star Pacifique s'agissant du lot n° 2 et a déclaré le lot n° 3 infructueux. L'attribution du lot n° 2 et l'infructuosité du lot n° 3 ont fait l'objet, le 14 avril 2016, d'une publication dans le journal « Les Nouvelles calédoniennes ».

4. En sa qualité de concurrent évincé, la société Viva Environnement demande au tribunal, à titre principal, d'annuler le lot n°2 du marché, et à titre subsidiaire, d'en prononcer la résiliation et, en tout état de cause, d'ordonner au SIVM Sud de reprendre la procédure relative au lot n°3 au stade de l'analyse des offres.

5. Dans son mémoire enregistré le 13 janvier 2017, la requérante entend solliciter le rejet des débats des écritures présentées par le SIVM Sud. Elle soutient, en effet, que le

défendeur n'a pas justifié que son président aurait été valablement habilité à le représenter dans la présente instance alors même que l'article 8 de ses statuts prévoit expressément que le président ne peut intenter et soutenir les actions en justice qu'en vertu d'un avis du comité syndical.

6. Il ressort toutefois des pièces du dossier qu'aux termes d'une délibération en date du 22 juillet 2016, le comité syndical a autorisé le président du SIVM Sud à défendre en justice les intérêts dudit syndicat dans l'affaire qui l'oppose à la société Viva Environnement. Le moyen tiré de ce que le président du SIVM Sud n'aurait pas été habilité à représenter le syndicat dans la présente instance manque donc en fait. Il n'y a, par suite, pas lieu d'écarter des débats les écritures du SIVM Sud.

7. Par ailleurs, à la demande de la société requérante, le SIVM Sud lui a communiqué par courrier en date du 16 juin 2016 le rapport d'analyse des offres, occulté de manière à assurer le respect du secret industriel et commercial. Les conclusions injonctives tendant à la communication de ce rapport sont donc devenues sans objet.

8. 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. 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. Les tiers au contrat, autres que 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, 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.

9. Saisi 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. 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.

10. La société requérante soutient, tout d'abord, que le SIVM Sud n'aurait pas suffisamment défini son besoin dans les pièces de la consultation et dans les informations apportées par les candidats en cours de procédure. Mais le cahier des clauses techniques particulières (C.C.T.P.) comporte des prescriptions particulièrement précises et détaillées sur les besoins du SIVM Sud.

11. Il était, par ailleurs, loisible à la société requérante de poser au SIVM Sud toutes les questions lui permettant d'affiner son offre. Par courrier en date du 16 février 2016, le SIVM a apporté des réponses à une série de 16 questions. Contrairement à ce que soutient la société requérante, la formulation employée par le SIVM Sud dans ses réponses n'est pas d'une totale opacité. En tout état de cause, en cas de réponse jugée insuffisamment précise de la part du SIVM Sud, il appartenait à la société requérante d'insister auprès de ce dernier afin d'obtenir les éclaircissements nécessaires. Par suite, le moyen tiré de ce que le syndicat aurait insuffisamment défini son besoin dans les pièces de la consultation et dans les informations apportées par les candidats en cours de procédure doit être écarté.

12. La société Viva Environnement soutient aussi que le règlement particulier d'appel d'offres (RPAO) méconnaît la nécessaire séparation entre la phase de sélection des candidatures et celles de jugement des offres, ce qui a été de nature à conduire les soumissionnaires à confondre les phases successives de la consultation. Mais l'article 3.1 du RPAO relatif à l'enveloppe extérieure et l'article 3.2 du même règlement, qui concerne l'enveloppe intérieure, permettent d'éviter toute confusion entre les deux phases. Est ainsi distinguée la liste du personnel et du matériel dont dispose l'entreprise à la date de la réponse, qui doit figurer dans la première enveloppe, et la liste des moyens humains et matériels susceptibles d'être utilisés pour les prestations objet du présent marché qui est contenue dans l'enveloppe intérieure. Le moyen tiré de la confusion entre les deux phases de la consultation ne peut qu'être écarté.

13. La société Viva Environnement soutient également que l'offre de Star Pacifique était anormalement basse de plus de 25 %, ce qui porte atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public.

14. Aux termes de l'article 27 de la délibération susvisée n° 136 : « (...) *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. (...) ».*

15. Or, en prenant en compte coût des prestations de tassage, soit 47,5 millions de F CFP dans le montant de l'offre, ainsi que la société requérante l'estime elle-même pertinent dans ses écritures enregistrées le 26 septembre 2016, le montant de l'offre retenue s'élève à 197 847 350 F CFP. Ce coût est supérieur à l'estimation du SIVM Sud après abattement de 25 %, à savoir la somme de 158 999 122 F CFP. La deuxième condition posée par l'article 27 précité n'étant pas satisfaite, l'offre de la société Star Pacifique ne peut, pour ce seul motif,

par application des dispositions précitées de l'article 27 de la délibération susvisée n° 136 être regardée comme une offre anormalement basse. Contrairement à ce qui est soutenu par la requérante, il n'appartenait pas au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre de cette société.

16. La société Viva Environnement soutient, par ailleurs, que la variante proposée par Star Pacifique n'était pas conforme aux exigences exprimées et devait être rejetée.

17. Mais aucune disposition des pièces du marché ne fait obstacle à ce que les candidats envisagent le tassage des déchets. Ce point a d'ailleurs été envisagé dans la réponse n° 7 fournie dans le questionnaire susvisé en date du 16 février 2016. Le point 3 Méthodologie de l'annexe 2 du RPAO prévoit, s'agissant du lot n° 2, le transport et le vidage des déchets sur les sites de valorisation et de traitement. La préconisation tenant au tassage des déchets n'est qu'une suite logique et classique dans la méthodologie de traitement des déchets.

18. Le rapport d'analyse des offres indique que la variante de Star Pacifique occasionnera un surcoût annuel de 9,5 millions en raison du tassage des bennes à prendre en charge par le SIVM Sud (47,5 millions sur la durée du marché). Mais, au vu du rapport d'analyse des offres, ce surcoût de 47,5 millions est sans influence sur le choix du pouvoir adjudicateur dès lors que pour le lot n° 2 l'offre de Star Pacifique était classée première que ce surcoût soit inclus ou qu'il ne le soit pas. En effet, la variante proposée par la société Star Pacifique s'élève à 150 347 350 F CFP sans le surcoût et à 197 847 350 F CFP alors que l'offre de base de la société Viva Environnement atteint 274 320 000 F CFP et que sa variante s'établit à 244 138 000 F CFP. La société Viva Environnement ne peut donc soutenir que son intérêt aurait été lésé ou risqué d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine pour entacher la validité du contrat.

19. La société requérante soutient encore que le marché a été attribué à une offre inappropriée, c'est-à-dire à une offre qui ne permet pas de répondre au besoin formalisé dans le dossier de consultation. Or, en application de l'article 4 « jugement de l'offre » du règlement de la consultation du marché litigieux, les offres inappropriées sont éliminées.

20. La société Viva Environnement soutient, à cet égard, que l'attributaire ne se conformera pas à l'obligation qui lui est faite d'assurer la continuité du service public en mettant en permanence à disposition des utilisateurs des bennes non saturées pour décharger leurs véhicules. Mais elle ne le démontre pas alors même que l'entreprise attributaire du marché soutient qu'elle dispose d'un nombre de bennes d'ordures ménagères plus important que celui des bennes tout-venant et que, pour l'exécution du marché, elle mutualise les moyens dont elle dispose entre les déchetteries et les types de déchets à transporter. Le moyen tiré de la présentation d'une offre inappropriée ne peut être retenu.

21. La société requérante soutient, par ailleurs, que le SIVM Sud n'a pas délivré de certificat de visite des lieux ce qui entache la consultation d'une violation manifeste des principes de transparence et d'égalité de traitement des candidat et que la société Star Pacifique ne s'est pas rendue à la visite ce qui rend l'offre de cette dernière irrégulière.

22. Aux termes de l'article 2.4 du règlement particulier d'appel d'offres : « Une visite des lieux est obligatoire pour tout candidat répondant au présent appel d'offres ».

23. Le règlement de la consultation d'un marché est obligatoire dans toutes ses mentions et l'administration ne peut, dès lors, attribuer le marché à un candidat qui ne respecterait pas une des prescriptions imposées par ce règlement. Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut s'affranchir des exigences du règlement de la consultation quand la fourniture des éléments demandés ne présente pas d'utilité pour l'appréciation de l'offre et il appartient alors à la juridiction saisie d'une contestation du marché de rechercher si le défaut de production d'une pièce pouvait justifier le rejet de l'offre en prenant en compte l'utilité de cette pièce pour l'appréciation de l'offre.

24. Il ne résulte pas de l'instruction et il n'est pas démontré par la société requérante que l'absence de visite des déchetteries par la société Star Pacifique et, plus généralement, l'absence de délivrance d'un certificat de visite par le SIVM Sud aurait eu une incidence sur le contenu des offres et sur la bonne appréhension des besoins du pouvoir adjudicateur par les candidats. La société Viva Environnement ne démontre pas que l'offre de prix proposée par la société Star Pacifique, moins élevée que celles des autres candidats, soit la conséquence de l'absence de visite du site.

25. Il ne résulte pas davantage de l'instruction que l'obligation de visite du site imposée par le règlement de consultation ait eu un autre objet que celui de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer que l'ensemble des candidats connaissent le lieu d'exécution du marché et les contraintes qui en découlent. Au surplus, la société Star Pacifique a fait état de sa connaissance approfondie du site. Dans ces conditions, malgré l'absence de visite du site et l'absence de récépissé, le pouvoir adjudicateur a pu procéder à un examen régulier des offres des candidats.

26. La société Viva Environnement soutient, par ailleurs, que le critère prix a été irrégulièrement analysé, les prestations de tassage n'étant pas prises en compte. Mais la société requérante ne démontre pas que cette prise en compte serait de nature à modifier le classement des offres.

27. La société requérante excipe encore de la circonstance que le critère prix n'a pas été examiné au regard de l'usure des bennes qui résulterait du tassage et qu'ainsi le critère prix a aussi été minoré puisqu'il ne prend pas en compte le renouvellement des bennes. Mais le SIVM Sud soutient, sans être sérieusement contesté, que les opérations de tassage peuvent être réalisées de manière à respecter l'intégrité des bennes. Dans ces conditions, l'existence même de ce surcoût n'est pas démontrée par la société Viva Environnement. Le moyen tiré de ce que le critère prix aurait été irrégulièrement analysé doit être écarté.

28. La société Viva Environnement soutient également que les sous-critères figurant dans l'annexe 2 n'ont pas été pondérés. Mais, l'annexe 2 du RPAO est relative au contenu minimum du mémoire technique. Elle mentionne de nombreux éléments. Ainsi, s'agissant des moyens humains on trouve les points suivants: « 1.1. *Organigramme/ Moyens humains dédiés à la prestation par type de poste (opérationnel, encadrement, direction, etc.), nombres d'agents en réserve, qualification du personnel.* / 1.2 *Politique d'emploi et de rémunération* / 1.3 *Politique formation* / 1.4 *Conditions de travail* ». En ce qui concerne les moyens matériels sont mentionnés : « 2. 1 *Locaux d'exploitation* / 2. 2 *Matériel d'exploitation* / 2.2.1 *Description du matériel prévu pour l'exécution du contrat (châssis, équipements, ...)* / Normes et niveau d'émissions (sonores, échappements, etc.) / 2.2.2 *Programme de maintenance, d'entretien* ». L'annexe 2 du RPAO reprend aussi les points relatifs à la méthodologie, à l'hygiène et à la sécurité et à la protection de l'environnement.

29. Les différents éléments repris à l'annexe 2 ont été mentionnés parce qu'ils ont été pris en compte par le pouvoir adjudicateur pour lui permettre de juger les offres. Pour le lot n° 2 les critères de pondération sont les suivants : « *Valeur technique de l'offre : 30 % / Montant de l'offre : 70 % Pour la valeur technique de l'offre les critères de jugement sont les suivants : - Références techniques et professionnels de l'entreprise (15 %)/-Moyens humains et matériels (15 %)* ». Ces critères de pondération respectent les principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats. Les éléments de l'annexe 2 sont de simples indications sur la méthode de notation qui n'ont pas à être pondérés. L'absence de pondération des sous-critères figurant dans l'annexe 2 n'a pas lésé ou risqué de léser les intérêts de la société requérante.

30. Il résulte de tout ce qui précède que la société Viva Environnement n'est pas fondée à contester la régularité de l'attribution du lot n° 2 du marché relatif à la gestion et l'exploitation des déchetteries de Boulouparis, Bourail, La Foa et Thio.

31. La société Viva Environnement soutient, enfin, qu'ayant déposé une offre pour le lot n° 3, elle dispose d'un intérêt pour agir pour soutenir que la déclaration d'infructuosité de ce lot est irrégulière et que le SIVM n'était pas en situation de qualifier d'inacceptable son offre pour le lot n° 3.

32. Le rapport d'analyse des offres propose au maître d'ouvrage de déclarer le lot n° 3 infructueux. Il s'appuie sur la circonstance que le coût des prestations des entreprises candidates est supérieur de 120 % à l'estimation réalisée. Pour ce seul motif, le SIVM pouvait qualifier d'inacceptables l'offre de la société requérante pour le lot n° 3 ainsi que celles de ses concurrentes et, par suite, déclarer infructueux le lot n° 3. Il suit de là, que, sans qu'il soit besoin de statuer sur leur recevabilité, les conclusions tendant à ce qu'il soit ordonné au SIVM Sud de reprendre la procédure d'appel d'offres relative au lot n° 3 au stade de l'analyse des offres doivent être rejetées.

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

33. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme quelconque soit mise à la charge du SIVM Sud qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance.

34. Il y a lieu de faire application de ces dispositions en condamnant la société Viva Environnement à payer la somme de 150 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative respectivement au SIVM Sud et à la société Star Pacifique.

D E C I D E :

Article 1^{er} : La requête susvisée est rejetée.

Article 2 : La société Viva Environnement versera la somme de cent cinquante mille francs CFP (150 000) au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative respectivement au SIVM Sud et à la société Star Pacifique.