

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALÉDONIE**

N° 1200345

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Société Piroubat

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Schnoering
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Audience du 10 octobre 2013
Lecture du 30 octobre 2013

Vu la requête, enregistrée le 4 décembre 2012 présentée pour la Société Piroubat dont le siège est (...), par Me Elmosnino, avocat ; la Société Piroubat demande au tribunal :

- d'annuler le lot n° 16 du marché public de service relatif au nettoyage des bureaux et des vitres des directions et services de la Nouvelle-Calédonie, ainsi que les locaux annexes, passé entre la Nouvelle-Calédonie et la société Sprint Pacifique ou, subsidiairement, le résilier ;
- de condamner le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie à lui verser la somme de 400 000 francs CFP en application des dispositions de L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- dans la procédure ayant conduit l'administration à attribuer le marché à la société Sprint Pacifique elle a été la moins-disante ;
- devant le refus de l'administration de remettre les documents administratifs d'analyse des offres, elle dû demander les documents conformément aux dispositions de la loi modifiée n°78-753 du 17 juillet 1978 ;
- elle a la qualité de candidat évincé ;
- les prestations ont débuté de sorte que le contrat a inéluctablement été signé ;
- le simple avis d'attribution ne mentionne aucune des mesures prescrites par la délibération 136/CP du 1^{er} mars 1967 et la jurisprudence « Tropic », savoir le prix de la prestation, la conclusion du contrat et les modalités de consultation de celui-ci, a été publié le 4 octobre 2012, elle est donc recevable à introduire une action en contestation de la validité du contrat litigieux ;
- tous les contrats conclus à l'issue d'une procédure de publicité et de mise en concurrence sont, en Nouvelle-Calédonie, soumis aux principes constants de la commande publique ;
- outre le mépris des dispositions de l'article 28-2 de la délibération n° 136 CP du 1^{er} mars 1967 dès lors que la collectivité n'a pas indiqué, dans son avis d'attribution par voie de presse, le montant des marchés attribués, le procès-verbal d'ouverture des offres, le procès-verbal de la commission d'appel d'offres, le rapport d'analyse des offres et candidatures et le rapport de présentation semblent inexistantes ce qui entache la procédure de passation ;

- par ailleurs, à supposer même que la procédure de passation ait été régulière en la (ointe, la Nouvelle-Calédonie a commis une erreur manifeste d'appréciation dans le choix de son attributaire compte tenu de l'écart de prix en sa faveur et de la parfaite conformité de son offre au du Règlement Particulier d'Appel d'Offres (RPAO) ;
- il ressort clairement du tableau fourni par l'administration qu'elle s'est fondée sur le nombre d'employés travaillant pour le compte de l'attributaire sans rechercher le nombre d'employés affectés à la prestation ;
- aucun des éléments du RPAO ne lui a permis de comprendre que seul le critère du nombre de personnes de la société et non celui du nombre d'employés affectés au chantier serait pris en compte ;
- ce faisant, l'administration a méconnu le principe de transparence des procédures ; - il serait manifestement inéquitable de laisser à sa charge les frais irrépétibles ;

Vu, enregistré le 27 mars 2013, le mémoire en défense présenté pour la Nouvelle-Calédonie par le président de son gouvernement en exercice qui conclut au rejet de la requête ;

Il soutient que :

- les marchés publics en Nouvelle-Calédonie ne sont régis que par les règles énoncées par la délibération n° 136/CP et, en matière d'appel d'offres ouvert, ce sont les règles générales qui s'appliquent et notai, ment dans ce cas les dispositions de l'article 28-2, la Nouvelle-Calédonie s'est insuffisamment pliée aux formalités de publication de l'attribution des lots dudit marché en omettant de faire figurer les montants des différents attributaires, néanmoins, cette absence de publication ne présente pas un caractère de gravité suffisant pouvant engendrer une sanction à son encontre ;
- la procédure suivie est conforme aux dispositions des articles 27, 27-1 et 27-2 de la délibération modifiée n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 ;
- les moyens tirés de l'absence de transparence des procédures, de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats ainsi que l'absence des documents administratifs sont inopérants ;
- le critère prix ne peut être le seul critère d'attribution d'un marché ;
- conformément à la réglementation, la valeur des offres a été appréciée au regard de l'ensemble des critères énoncés dans le règlement de consultation ;
- les lots du marché ont été attribués aux candidats présentant les offres économiquement les plus avantageuses en s'appuyant sur une pluralité de critères précis, non discriminatoires, mais liés à l'objet du marché, énoncés en amont de la procédure et pondérés ;
- le moyen tiré d'une offre largement moins-disante et parfaitement conforme au RPAO ne saurait prospérer ;
- ce n'est pas le nombre d'employés travaillant dans la société qui a été pris en compte, mais compte tenu de la nature du lot, le nombre affecté aux prestations demandées ;
- la société requérante avait obtenu les marchés précédents et connaissait donc les besoins à satisfaire ;
- les critères choisis n'étaient pas inadaptés au marché en cause ;
- la valeur des offres a bien été appréciée au regard de l'ensemble des critères énoncés dans le règlement de consultation des soumissionnaires ;
- l'offre de la société Sprint Pacifique pour le lot n° 16 correspondait le mieux aux besoins exprimés et s'avérait être la plus économiquement avantageuse ;

Vu, enregistré le 22 avril 2013, le mémoire présenté pour la Société Piroubat par Me Elmosnino qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens ;

Elle soutient, en outre, que :

- aux termes du 17 de l'article 22 de la loi organique statutaire, la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de 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 ;
- en l'absence de mention dans les procès-verbaux sur les raisons qui ont présidé aux choix des commissions d'appel d'offres, la procédure entreprise est irrégulière ;
- les rapports de présentation ne sont pas signés et ont été rédigés les 12 et 22 octobre 2012 soit postérieurement à l'ensemble de la procédure de passation, ce qui constitue une grave irrégularité qui emportera nécessairement la résiliation ou l'annulation du marché querellé ;
- la commission technique de dépouillement n'a pas été constituée selon les prescriptions de l'article 27 de la délibération n° 136/CP ;
- aucune disposition législative ou réglementaire ne permet au maître d'œuvre de procéder à l'analyse technique d'une commission d'appel d'offres ayant renvoyé l'analyse à la commission de dépouillement ;
- à l'issue de la procédure de passation, le maître d'œuvre a totalement disparu ;
- la commission technique de dépouillement s'est directement réunie en parfaite méconnaissance des dispositions de l'article 27 de la délibération n° 136/CP ;
- s'agissant du lot 16, c'est nécessairement le nombre de personnes que totalisait la société qui a été pris en compte alors que l'administration aurait dû retenir les personnes directement affectées à l'exécution des prestations ;
- la société Sprint Pacifique, attributaire du lot ne pouvait être retenue dès lors qu'elle s'est abstenue de préciser le nombre en personnel directement affecté au lot 16 du marché critiqué ;

Vu l'ordonnance du 18 mars 2013 fixant la clôture d'instruction au 22 avril 2013, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu le marché attaqué ;

Vu 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 ;

Vu la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics ;

Vu la délibération n° 64/CP du 10 mai 1989 modifiée 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 ;

Vu le code de justice administrative dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 10 octobre 2013 : - le rapport de M. Schnoering, rapporteur ;

- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public ;

- et les observations de Me Elmosnino, avocat de la Société Piroubat, et de Mme Pujalte-Deuve, représentant le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ;

1. Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à fourrier devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; 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 ; qu'à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ;

2. Considérant que la Société Piroubat demande l'annulation du lot n° 16 du marché public de service relatif au nettoyage des bureaux et des vitres des directions et services de la Nouvelle-Calédonie, ainsi que les locaux annexes, passé entre la Nouvelle-Calédonie et la société Sprint Pacifique ou, subsidiairement, sa résiliation; que la société requérante a été avisée le 4 octobre 2012, par annonce publique effectuée par la Nouvelle-Calédonie, de l'attribution du lot concerné à sa concurrente ; que la Société Piroubat qui s'était portée candidate à l'attribution du lot de ce marché et dont l'offre n'a pas été retenue à la qualité de concurrent évincé ;

3. Considérant que, ainsi saisi de telles conclusions par un concurrent évincé, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ces clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ;

4. Considérant que les marchés publics en Nouvelle-Calédonie ne sont régis que par les règles énoncées par la délibération n° 136/CP ; qu'en matière d'appel d'offres ouvert à la concurrence, procédure choisie par le maître d'ouvrage ainsi qu'il ressort de l'article 3 du règlement particulier d'appel d'offres, les règles générales énoncées par la délibération susvisée trouvent à s'appliquer ; que, s'agissant d'un marché de service, la délibération n° 64/CP du 10 mai 1989 modifiée 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 est également applicable ;

Sur les conclusions à fins d'annulation tirées des irrégularités qui entacheraient la procédure de passation :

5. Considérant en premier lieu, qu'en vertu de l'article 28-2 de la délibération n° 136/CP : « Dans un délai de trente jours à compter de la notification du marché, le représentant légal de la collectivité ou de l'établissement porte à la connaissance du public le nom du titulaire ainsi que le montant du marché par un avis d'attribution publié par voie de presse et/ou diffusé sur son profil acheteur. » ; que si la Nouvelle-Calédonie a procédé le 4 octobre 2012, aux formalités de publication de l'attribution des lots dudit marché en omettant de faire figurer les montants des

lots des différents attributaires, l'omission ainsi commise, pour regrettable qu'elle soit, n'a pas lésé la société requérante, laquelle a pu, en tout état de cause, connaître le montant du lot 16 et engager une action contentieuse ;

6. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux ternies de l'article 27 de la délibération du 1^{er} mars 1967 : « Les plis contenant les offres sont ouverts par la commission d'appel d'offres telle qu'elle est prévue à l'article 13-1 de la présente délibération.

Toutefois, à l'initiative du président de la commission, ces opérations peuvent être effectuées par une commission technique de dépouillement composée comme suit :

- le président de la commission d'appel d'offres ;
- le chef du service des finances ou le responsable du service équivalent, membre ou son représentant ;
- la personne responsable du marché, membre ou son représentant ;
- le comptable public de la collectivité, membre ou son représentant. » ; que si la société requérante soutient que la commission technique de dépouillement s'est directement réunie en parfaite méconnaissance des dispositions de l'article 27 de la délibération n° 136/CP, elle n'établit pas ni même n'allègue que les opérations d'ouverture des plis contenant les offres n'auraient pas été effectuées, comme le permettent les dispositions susdites, par la commission technique de dépouillement à l'initiative du président de la commission d'appel d'offres ; que, dès lors, le moyen tiré de la violation de l'article 27 de la délibération n° 136/CP ne peut être accueilli ;

7. Considérant, en troisième lieu, que la société requérante soutient que la commission technique de dépouillement n'a pas été constituée selon les prescriptions de l'article 27 de la délibération n° 136/CP ; qu'il résulte toutefois de l'instruction, qu'outre son président, la commission dont s'agit était composée, lors de sa réunion en date du 17 août 2012 à 15 heures, du payeur de la Nouvelle-Calédonie, de la directrice du budget et des affaires financières et de la responsable de la cellule des marchés publics ou de leurs représentants respectifs ; qu'ainsi, sa composition respectait les prescriptions de l'article 27 de la délibération n° 136/CP ; que le moyen susvisé ne peut qu'être écarté ;

8. Considérant, en quatrième lieu, que la société requérante soutient que le procès-verbal d'ouverture des offres, le procès-verbal de la commission d'appel d'offres, le rapport d'analyse des offres et candidatures et le rapport de présentation semblent inexistantes ce qui entache la procédure de passation ; que toutefois, le procès-verbal de la commission d'appel d'offres en date du 26 septembre 2012, le procès-verbal de la commission technique de dépouillement des offres du 17 août 2012, le rapport d'analyse pour la commission d'appel d'offres du 12 octobre 2012, le rapport d'analyse pour la commission d'appel d'offres du 22 octobre 2012, seconde lecture, ainsi que trois tableaux faisant apparaître un classement des offres/prix et pondération, un classement des offres (B) moyens en personnel et pondération et un classement des offres (C) moyens matériels et pondération figurent au nombre des pièces produites au dossier ; que la Nouvelle-Calédonie a également produit un tableau récapitulatif des offres avec les trois pondérations relatives aux prix ainsi qu'aux moyens humains et matériels ; que le moyen tiré de l'inexistence des documents requis en application des textes en vigueur doit être écarté ;

9. Considérant, en cinquième lieu, que la société requérante soutient, que les rapports de présentation ne sont pas signés et ont été rédigés les 12 et 22 octobre 2012 soit postérieurement à l'ensemble de la procédure de passation et à l'attribution du lot litigieux ; qu'il résulte toutefois de l'instruction que le rapport de présentation en date du 12 octobre 2012 rend compte d'une réunion de la commission d'appel d'offres tenue le 26 septembre 2012 ; que le rapport de présentation en

date du 22 octobre n'a pas concerné le lot 16, objet du présent recours mais les lots 8 et 11 et que les rapports des 12 et 22 octobre 2012, pris sous le timbre de la direction des affaires administratives, cellule des marchés publics, font apparaître le nom de leur rédacteur, qui est l'agent responsable de la remise des offres, tel qu'il est mentionné à l'article 5-4 du règlement particulier d'appel d'offres, aucune disposition applicable en Nouvelle-Calédonie ne prescrivant, à peine de nullité, la signature des rapports dont s'agit;

10. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société requérante n'est pas fondée à soutenir que la procédure de passation aurait été irrégulière en la forme ;

Sur les conclusions à fins d'annulation tirées de l'imprécision du critère « nombre en personnel », de l'erreur manifeste d'appréciation dans le choix de son attributaire et de la méconnaissance des principes énoncés par l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999:

11. Considérant, tout d'abord, que la société requérante avait obtenu le marché précédent et connaissait donc les besoins à satisfaire; qu'en tout état de cause, l'article 8 « Renseignements complémentaires » du règlement particulier d'appel d'offres offrait aux candidats la possibilité d'obtenir tous les renseignements complémentaires qui leur seraient utiles au cours de leur étude ; que la société requérante s'est abstenue d'utiliser cette possibilité alors même qu'il lui était parfaitement loisible d'interroger les services concernés de l'administration si, comme elle le soutient, elle avait un doute sur les conditions d'appréciation et la définition du critère « nombre en personnel » ; qu'il suit de là que la Société Piroubat NC n'est pas fondée à se plaindre du caractère insuffisamment précis des critères de sélection et des éléments du dossier de consultation ;

12. Considérant, par ailleurs, qu'aux termes de l'article 27-2 de la délibération du 1 mars 1967 :

« La commission d'appel d'offres arrête la liste des soumissionnaires admis à concourir, élimine les offres inappropriées, irrégulières 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'offres (...) » ;

13. Considérant qu'aux termes de l'article 6 du règlement particulier d'appel d'offres du marché de service relatif au nettoyage des bureaux et des vitres des directions et services de la Nouvelle-Calédonie, ainsi que les locaux annexes :

« L'examen comparatif des offres donnera lieu à une notation de chaque offre sur 100 points et composée :

1-du prix le plus avantageux économiquement 60 points pondérés de 60 % 2- des moyens pour exécuter la prestation 40 points pondérés selon :

- le critère « nombre en personnel » pondéré de 20 %

- le critère « moyens matériels » pondéré de 20 % » ;

14. Considérant que le rapport d'analyse relatif au marché litigieux fait apparaître que la société Sprint Pacifique obtient la première place avec une note totale de 17,65 points, la société requérante se classant deuxième ; que la société requérante a obtenu une note pondérée de 12 s'agissant du prix de la prestation, de 1 en ce qui concerne les moyens en personnel et de 4 s'agissant des moyens matériels soit une note totale de 17 alors que la société Sprint Pacifique obtenait les notes de 9,65, de 4 et de 4 ; qu'il suit de là que la décision d'attribution n'est entachée d'aucune erreur manifeste d'appréciation ;

15. Considérant, enfin, qu'il résulte de tout ce qui précède, que les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats ainsi que la règle de transparence des procédures qui en découle, lesquels sont rappelés par l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999, n'ont pas été méconnus ;

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

16. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de la Nouvelle-Calédonie, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, le versement des sommes que demande la Société Piroubat au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

DECIDE:

Article 1^{er} : La requête de la Société Piroubat est rejetée.