

Cour administrative d'appel de Paris

N° 11PA01631;12PA04679

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Inédit au recueil Lebon

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme HERBELIN, président
M. Brice AUVRAY, rapporteur
M. DEWAILLY, rapporteur public

SELARL DESCOMBES & SALANS, avocat

6ème Chambre

lecture du lundi 3 mars 2014

Vu, I, la requête, enregistrée le 1er avril 2011 sous le n° 11PA01631, présentée pour la société anonyme VHP Le Vigilant, dont le siège est 6, rue Jean Chaliar, P. K. 4, BP 2956 à Nouméa cedex (98848), par la SELARL Descombes et Salans ; la société VHP Le Vigilant demande à la Cour :

1°) d'annuler le jugement n°1000166-1 du 23 juin 2010 par lequel le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a rejeté sa demande tendant, d'une part, à l'annulation du marché conclu par la chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie, relatif à l'exécution des mesures de sûreté sur l'aéroport international de Nouméa La Tontouta, attribuant le lot n° 1, portant sur l'inspection et le filtrage des bagages de soute, et le lot n° 2, portant sur l'inspection et le filtrage des passagers et des bagages en cabines, pour des montants respectifs de 356 272 883 francs CFP et 312 356 284 francs CFP, à la société Espace Surveillance, par avis d'attribution publié le 11 mai 2010, d'autre part, de condamner la chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie à lui verser la somme de 67 541 265 francs CFP en indemnisation du préjudice résultant de la non-attribution du marché à son profit ;

2°) de prononcer la résiliation du marché conclu entre la chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie et la société Espace Surveillance ;

3°) de condamner la chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie à lui verser la somme de 67 841 265 francs CFP au titre des frais qu'elle a engagés pour sa candidature à l'attribution du marché litigieux et en réparation du préjudice résultant de son manque à gagner, avec capitalisation des intérêts dus à compter de sa demande préalable ;

4°) de mettre à la charge de la chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie la somme de 800 000 francs CFP sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....
Vu les autres pièces des dossiers ;

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 ;

Vu la délibération n° 136 du 1er mars 1967 portant réglementation des marchés publics en Nouvelle-Calédonie ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu l'ordonnance du 17 décembre 2013, prévue à l'article R. 613-1 du code de justice administrative, fixant la clôture d'instruction au 16 janvier 2014 ;

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

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 10 février 2014 :

- le rapport de M. Auvray, président-assesseur,
- les conclusions de M. Dewailly, rapporteur public,
- les observations de Me A...de la SELARL Descombes et Salans, pour la société VHP Le Vigilant ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 11 février 2014, présentée pour la chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie, par Me B...;

1. Considérant que les requêtes n° 11PA01631 et 12PA04679, présentées par la société VHP Le Vigilant, 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 ;

En ce qui concerne la requête n° 11PA01631 :

2. Considérant que, par un avis d'appel public à la concurrence du 5 février 2010, la chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie, qui gère l'aéroport international de Nouméa-La Tontouta en qualité de concessionnaire de l'Etat, a engagé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un marché relatif à des missions de sûreté aéroportuaire se composant d'un lot n°1, portant sur l'inspection et le filtrage des bagages de soute, et d'un lot n°2, portant sur l'inspection et le filtrage des passagers et des bagages de cabine ; que l'offre de la société VHP Le Vigilant a été rejetée par la commission d'appel d'offres, réunie le 19 mars 2010, au profit de celle de la société Espace Surveillance, par un avis d'attribution paru le 11 mai 2010 ; que la société VHP Le Vigilant relève régulièrement appel du jugement du 9 décembre 2010 par lequel le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a rejeté sa requête tendant, d'une part, à l'annulation du marché contesté, d'autre part, à la condamnation du pouvoir adjudicateur à lui verser la somme de 67 841 265 francs CFP en réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi à raison des frais engagés pour sa candidature et du manque à gagner résultant de son éviction irrégulière ;

Sur la régularité du jugement attaqué du 9 décembre 2010 :

3. Considérant que la société VHP Le Vigilant fait grief aux premiers juges d'avoir omis de statuer sur le moyen tiré de ce que son offre, au regard de l'ensemble des critères prévus par le règlement particulier d'appel d'offres, était la mieux adaptée ; qu'il ressort des termes mêmes du

jugement attaqué que ce dernier énonce que " la chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie a apprécié la valeur des offres au regard de l'ensemble des critères énoncés dans le règlement particulier " ; que la société VHP le Vigilant n'est par suite pas fondée à soutenir, par le moyen qu'elle invoque, que le jugement attaqué serait entaché d'une omission à statuer ;

Sur les conclusions à fin de résiliation du marché contesté :

4. Considérant qu'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 ses 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 indemnisations en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ;

5. Considérant que, s'agissant d'un recours de plein contentieux, la fin de non-recevoir, opposée par la chambre de commerce et d'industrie intimée, tirée de ce que les moyens ayant trait à la régularité de la passation du marché litigieux seraient nouveaux en appel, ne peut, en tout état de cause, qu'être rejetée ;

6. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 27-2 de la délibération n° 136 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 " ;

7. Considérant, d'autre part, 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 (...) " ; que, pour assurer le respect de ces principes, 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 22-2 de la loi organique du 19 mars 1999, 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 ;

8. 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 " ; qu'il suit de là que le règlement particulier d'appel d'offres, qui, d'ailleurs, ne pouvait, contrairement à ce que soutient la chambre de commerce et d'industrie intimée, ne retenir que trois des six critères posés à l'article 22-2 de la loi organique du 19 mars 1999, ne précise pas la hiérarchisation ou la pondération de ces critères ; que, par suite, la procédure d'attribution du marché en cause ne respectait pas les principes fondamentaux de la commande publique et était, de ce fait, irrégulière, alors, surtout, qu'ainsi qu'il est dit au point suivant, le critère tenant à la qualité des prestations a été déterminant dans l'analyse des offres ;

9. Considérant, en outre, que, s'il résulte du procès-verbal de jugement des offres que tous les candidats évincés se sont vu reprocher un sous-dimensionnement des effectifs qu'ils proposaient par rapport aux besoins réels en termes de contrôle et de fluidité des bagages et des passagers de l'aéroport de Nouméa-La Tontouta, seule l'attributaire, la société Espace Surveillance, d'ailleurs titulaire du précédent marché, présentant une offre jugée satisfaisante, il résulte de l'instruction que les besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur dans les documents mis à la disposition des candidats et, notamment, le règlement particulier d'appel d'offres et le cahier des clauses techniques particulières ainsi que ses annexes, ne permettent pas de tenir pour établi le grief de sous-dimensionnement des offres concurrentes et, en particulier, de l'offre de la société appelante ;

10. Considérant, toutefois, que la société appelante demande seulement, en cause d'appel, la résiliation, et non plus l'annulation, du contrat contesté, dont il résulte de l'instruction que son exécution s'est achevée à la fin du mois d'octobre 2013, ainsi, d'ailleurs, que l'intéressée le reconnaît dans ses écritures ; que, dans ces conditions, la société VHP Le Vigilant n'est pas fondée à se plaindre que le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie n'a pas fait droit à ses conclusions à fin de résiliation du marché en cause ;

Sur les conclusions à fin d'indemnisation :

11. Considérant que, lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière, il appartient au juge de vérifier, d'abord, si l'entreprise était dépourvue de toute chance de remporter le marché ; que, dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, elle a droit, en principe, au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ; qu'il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché ; que, dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique ;

12. Considérant qu'il résulte de l'instruction et, notamment, du procès-verbal de jugement des plis, que l'offre présentée par la société VHP Le Vigilant était beaucoup moins onéreuse, sur chacun des deux lots, que celle émanant de l'attributaire du marché en cause, la société Espace Surveillance, que l'appelante présentait des références de longue date en surveillance et gardiennage et était, à ce titre, engagée dans une démarche de certification sur le point d'aboutir ; qu'en outre, l'intéressée était la seule à avoir conclu un protocole de service minimum avec les partenaires sociaux, élément permettant de répondre à l'exigence de continuité opérationnelle posée à l'article 1.9 du cahier des clauses techniques particulières ; que, si la chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie soutient, au contraire, que, pour chacun des deux

lots, l'offre de la société VHP Le Vigilant n'était pas la moins-disante au motif que le prix attractif était, en réalité, dû au sous-dimensionnement des prestations proposées, il ne résulte pas de l'instruction et, notamment, de la comparaison du mémoire justificatif produit par la société appelante avec le cahier des clauses techniques particulières annexes incluses, qu'un tel grief serait fondé du moins, ainsi qu'il a déjà été dit, au regard des besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur dans les documents mis à la disposition des candidats, les moyens humains proposés par la société VHP Le Vigilant étant ainsi, s'agissant tant de la situation actuelle de l'aéroport de Nouméa que de celle résultant de la mise en service de la nouvelle aérogare, conformes aux besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur, qu'il s'agisse du nombre d'agents de sûreté et d'agents de manutention de sûreté affectés aux postes d'inspection de filtrage des bagages en soute (lot n° 1) ou de celui affecté aux postes d'inspection de filtrage des passagers et bagages en cabine (lot n° 2) ; qu'il suit de là que, contrairement à ce soutient l'intimée, la société VHP Le Vigilant disposait d'une chance sérieuse de remporter les deux lots du marché en cause au vu des critères, d'ailleurs non hiérarchisés ni pondérés, énumérés à l'article 4 du règlement particulier d'appel d'offres ; que, dès lors, la société appelante, qui a introduit le 7 juin 2010 une réclamation préalable d'un montant de 67 841 265 francs FCP devant la chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie, est, sur le principe, fondée à demander à être indemnisée du manque à gagner correspondant à son éviction irrégulière ;

13. Considérant que, devant la Cour, la société VHP le Vigilant reprend les prétentions qu'elle avait déjà formulées dans sa réclamation préalable du 7 juin 2010, faisant état d'un préjudice de 300 000 francs CFP au titre des frais de présentation de son offre et d'un préjudice de 67 541 265 francs CFP au titre de son manque à gagner, soit un total de 67 841 265 francs CFP ;

14. Considérant, en premier lieu, qu'ainsi qu'il a été dit au point n° 10, la société VHP Le Vigilant n'est pas fondée à obtenir, en sus de l'indemnisation représentant le bénéfice dont elle a été privée, le remboursement des dépenses de présentation de son offre ;

15. Considérant, en second lieu, que, pour justifier le montant du manque à gagner dont elle demande à être indemnisée, la société VHP Le Vigilant produit des éléments circonstanciés, fondés sur un chiffre d'affaires hors taxes de 483 654 792 francs CFP dont elle estime avoir été privée du fait de son éviction irrégulière, d'ailleurs légèrement inférieur à celui, égal à 486 760 000 francs CFP après déduction de la remise exceptionnelle, figurant dans son acte d'engagement du 23 février 2010, pour aboutir à un bénéfice qui, après prise en compte de l'impôt sur les sociétés contrairement à ce que prétend l'intimée, s'élève à 67 541 265 francs CFP, correspondant à une marge de 13,2%, et que cette analyse financière est confirmée par le cabinet Auclair Dupont, conseil en entreprises ; que, si la chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie conteste ce taux de marge qui, selon elle, serait brut et non pas net, il résulte de l'instruction et, notamment, de la note circonstanciée établie par le cabinet Auclair Dupont, que ce taux résulte de la prise en compte d'un poste " divers et imprévus " évalués sur la durée du contrat à 9,7 millions de F CFP, d'un taux de charges sociales de 37% alors, pourtant, que celui constaté au titre de 2009 n'est que de 35%, ce qui a pour effet de réduire la marge de 4 millions de F CFP et que, dans les produits, l'appelante n'a pas inclus les " surtemps potentiels ", liés à des retards de passagers ou à des problèmes techniques, qui sont contractuellement facturables au pouvoir adjudicateur et sont estimés à 32 millions de francs CFP ; que, dans ces conditions, les conclusions indemnitaires de la société VHP Le Vigilant, qui ne sont pas utilement contestées par l'intimée qui se borne à faire état d'une étude générale de l'INSEE mentionnant un taux de marge de 1% dans le secteur global des " activités de sécurité privée ", qui n'inclut pas, de surcroît, la sécurité aéroportuaire, doivent être accueillies dans la limite de 67 541 265 francs CFP, sans qu'il soit besoin d'ordonner l'expertise demandée, à titre subsidiaire, par la chambre de

commerce et d'industrie aux fins de déterminer le taux de marge réel de la société VHP Le Vigilant ;

16. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société VHP Le Vigilant est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué du 9 décembre 2010, le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a rejeté ses prétentions indemnitaires à hauteur de 67 541 265 francs CFP;

Sur les intérêts et la capitalisation des intérêts :

17. Considérant que la société VHP Le Vigilant a droit aux intérêts au taux légal sur la somme de 67 541 265 francs CFP à compter du 8 juin 2010, jour de réception par l'intimée de sa demande préalable datée du 7 juin 2010 ;

18. Considérant que la capitalisation des intérêts peut être demandée à tout moment devant le juge du fond, même si, à cette date, les intérêts sont dus depuis moins d'un an ; qu'en ce cas, cette demande ne prend toutefois effet qu'à la date à laquelle les intérêts sont dus pour une année entière ; que la capitalisation des intérêts ayant été demandée dès le 7 juin 2010, il y a lieu de faire droit à cette demande à compter du 8 juin 2011, date à laquelle était due, pour la première fois, une année d'intérêts, ainsi qu'à chaque échéance annuelle à compter de cette date ;

En ce qui concerne la requête n° 12PA04679 :

19. Considérant qu'il résulte du présent arrêt, qui se prononce sur le fond du litige, que les conclusions, présentées par la société VHP Le Vigilant, sur le fondement des dispositions de l'article R. 532-1 du code de justice administrative, sont, en tout état de cause, devenues sans objet, et qu'il n'y a, dès lors, pas lieu d'y statuer ;

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

20. 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 société VHP Le Vigilant, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, le versement des sommes que la chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie et la société Espace Surveillance demandent au titre des frais exposés par elles et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, de mettre à la charge de la chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie une somme de 3 000 euros à verser à la société VHP Le Vigilant sur le fondement des mêmes dispositions ;

DÉCIDE :

Article 1er : Le jugement n° 10166 du 9 décembre 2010 du Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie est annulé.

Article 2 : La chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie est condamnée à verser à la société VHP Le Vigilant la somme de 67 541 265 F CFP. Cette somme portera intérêts au taux légal à compter du 8 juin 2010. Les intérêts échus à compter du 8 juin 2011, ainsi qu'à chaque échéance annuelle à compter de cette date, seront capitalisés pour produire eux-mêmes intérêts.

Article 3 : La chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie versera à la société VHP Le Vigilant une somme de 3 000 (trois mille) euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions de la chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie et de la société Espace Surveillance, tendant au bénéfice des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, sont rejetées.

Article 5 : Le surplus des conclusions présentées par la société VHP Le Vigilant dans la requête n° 11PA01631 est rejeté.

Article 6 : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions à fin d'expertise de la requête n° 12PA04679.