

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALÉDONIE**

N° 11279

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Société VIGIFONDS

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Fraisse
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Le tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Audience du 10 mai 2012
Lecture du 24 mai 2012

Vu la requête, enregistrée le 22 juillet 2011, présentée pour la société VIGIFONDS, dont le siège a pour adresse postale (...), par la SELARL Descombes et Salans ; la société VIGIFONDS demande au tribunal :

- d’annuler le lot n° 1 du marché public, portant sur des prestations de service de surveillance et de collecte du parking le Banian, passé par la commune de Nouméa ;
- à défaut, de prononcer la résiliation du lot n° 1 du marché litigieux dans un délai maximum de six semaines à compter de la notification du jugement à intervenir ;
- à défaut, condamner la commune de Nouméa à lui verser la somme de 8 903 196 francs CFP à titre de remboursement des frais engagés pour sa candidature et à l’indemnisation de son manque à gagner ;
- ordonner la capitalisation des intérêts à valoir sur cette somme ;
- condamner la commune de Nouméa à lui verser la somme de 900 000 francs CFP sur le fondement de l’article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société VIGIFONDS fait valoir que :

- le transport de fonds est une activité réglementée par la loi n° 83-629 modifiée du 12 juillet 1983 relative aux activités privées de sécurité ;
- VIGIFONDS est la seule société en Nouvelle-Calédonie spécialisée dans les activités de sécurité privée, de transport de fonds et d’assistance des opérateurs économiques dans la gestion (collecte et transport) de fonds et/ou valeurs reçus de la clientèle ;
- VIGIFONDS a déposé une offre pour l’attribution du lot n° 1 relatif à la surveillance et la collecte (surveillance, collecte, transport de fonds et comptage) le 31 mars 2011 ;
- par un courrier du 3 mai 2011, la commune a informé la requérante du rejet de son offre ;
- le lot n° 1 du marché méconnaît l’article 7 de la délibération de 1967 qui oblige le service intéressé à déterminer aussi exactement que possible les spécifications et la consistance de ces prestations avant tout appel à la concurrence ou toute négociation ; or, en l’espèce, la commune

s'est abstenue de préciser suffisamment ses besoins et de fixer les critères permettant d'apprécier les offres au regard de ces besoins ;

- ni l'avis d'appel d'offres ni le dossier de consultation ne mentionnent le recours au fractionnement et ne contiennent de précisions à ce sujet en méconnaissance de l'article 8 de la délibération de 1967 ;
- l'obligation de motiver les notifications de rejet des offres des candidats découle nécessairement de la procédure du référé précontractuel ; or, en l'espèce, cette motivation est inexistante ;
- les critères fixés par l'article 27-2 de la délibération de 1967 doivent nécessairement être précis, en lien et proportionnés à l'objet du marché, opérationnels, c'est-à-dire permettre une comparaison effective des offres et fondés sur des données vérifiables ; or, ce n'est pas le cas de l'article 1.1.2. du CCTP du lot n° 1 qui prévoit que le « titulaire procède à la collecte des fonds contenus dans la caisse automatique et la caisse manuelle par une entreprise agréée » ;
- la commune de Nouméa ne pouvait valablement avoir recours au marché de clientèle visé à l'article 12-1 de la délibération de 1967 précitée dès lors que les quantités de prestations étaient clairement mentionnées ;
- il est incohérent de ne pas exiger, pour un marché dont l'essentiel consiste à manipuler, compter et transporter des deniers publics, que le titulaire présente l'ensemble des garanties administratives, juridiques, techniques, d'assurances exigées pour une telle activité ;
- le principe de bon emploi des deniers publics devrait exiger que le titulaire du marché effectue lui-même l'ensemble des missions prévues par le marché ;
- aucun intérêt public ne s'attache à la poursuite du marché litigieux ;

Vu la réclamation préalable ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 24 août 2011, présenté par la commune de Nouméa qui demande le rejet de la requête par les motifs que :

- la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 relative aux activités privées de sécurité n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie ;
- de même, aucune disposition de l'ordonnance n° 2009-537 du 14 mai 2009 n'impose les conditions cumulatives dont se prévaut la requérante pour exercer le métier de convoyeur de fonds ;
- à défaut d'une décision préalable de l'administration communale à la demande indemnitaire qui lui a été adressée, la requête est irrecevable ;
- les règles de publicité et de mise en concurrence prévues par les articles 24 et suivants de la délibération de 1967, afférents aux marchés sur appel d'offre, ont été respectées ;
- le haut-commissariat peut accorder des autorisations spéciales aux entreprises privées de transport de fonds pour l'acquisition et la détention d'armes de quatrième catégorie ; il agréé le personnel autorisé au transport et au port de ces armes dans l'exercice de ces fonctions ; de plus, un candidat peut parfaitement acquérir des moyens seulement après la signature d'un marché ;
- l'avis renvoie au règlement particulier d'appel d'offre (RPAO) qui précise en son article 2 qu'il s'agit d'un marché de clientèle décomposé en deux lots et leurs dénominations ; si la commune n'a pas à justifier son choix pour le recours au fractionnement, la décomposition du marché s'est faite en toute logique puisque la maintenance du matériel est un métier distinct de la tenue de caisse ;
- en Nouvelle-Calédonie, le rejet des offres n'a pas à être motivé ; en tout état de cause, le rejet était motivé ;
- la commune n'a pas méconnu le principe de la commande publique relative à la mise en concurrence puisque trois entreprises y compris la société VIGIFONDS ont pu soumissionner audit marché après avoir eu les mêmes documents nécessaires pour la formulation de leur offre ;

- le choix d'un marché à clientèle s'explique par le fait que la prestation objet du marché est susceptible d'évolution au cours de l'exécution de celui-ci ; le détail estimatif ne constituait pas une pièce contractuelle ;
- les véhicules blindés ne sont pas demandés dans l'appel d'offre et ne sont également pas nécessaires ;

Vu l'ordonnance en date du 25 août 2011 fixant la clôture d'instruction au 26 septembre 2011, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire, enregistré le 26 septembre 2011, présenté pour la société VIGIFONDS qui maintient ses conclusions et fait valoir, en outre, que :

- une décision implicite de rejet de sa réclamation est née en cours d'instance ;
- l'obligation de motivation des décisions de rejet d'offres découle du principe constitutionnel de transparence comme l'a jugé le Conseil d'État ;
- la plupart des articles de la loi précitée du 12 juillet 1983 sont applicables en Nouvelle-Calédonie et ne renvoient pas à des règlements d'application ;
- en particulier, son article 10 prévoit que les fonds sont transportés dans des véhicules blindés ou des véhicules banalisés équipés d'un dispositif permettant de détruire les fonds ou les rendre impropres à leur destination ;
- son article 17 prévoit l'obligation de disposer d'assurances spécifiques avant le commencement de l'activité ;

Vu le mémoire, enregistré le 14 octobre 2011, présenté par la commune de Nouméa, qui persiste à demander le rejet de la requête ; Vu l'ordonnance en date du 2 décembre 2011 fixant la réouverture de l'instruction, en application de l'article R. 613-4 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire, enregistré le 13 décembre 2011, présenté pour la société VIGIFONDS qui maintient ses conclusions ; Vu le mémoire, enregistré le 22 décembre 2011, présenté par la commune de Nouméa ; Vu le mémoire, enregistré le 9 janvier 2012, présenté pour la société VIGIFONDS ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 13 mars 2012, présentée par la commune de Nouméa et faisant valoir que les décrets d'application de la loi du 12 juillet 1983 ne sont pas encore applicables en Nouvelle-Calédonie ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 14 mars 2012, présenté pour la société VIGIFONDS et précisant qu'elle a pour objet « toutes opérations de sécurité et de gardiennage » ;

Vu la radiation du rôle du 8 mars 2012 ;

Vu le mémoire, enregistré le 23 mars 2012, présenté pour la société VIGIFONDS qui maintient ses prétentions ;

Vu le mémoire, enregistré le 7 mai 2012, soit après la clôture de l'instruction, présenté par la commune de Nouméa ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 modifiée réglementant les activités privées de sécurité ;

Vu l'ordonnance n° 2009-537 du 14 mai 2009 portant extension et adaptation à Mayotte, dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française, dans les Terres australes et antarctiques françaises et en Nouvelle-Calédonie de diverses dispositions de nature législative ;

Vu la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, notamment le 17° du paragraphe I de son article 31 ;

Vu le décret n° 2011-1919 du 22 décembre 2011 relatif au Conseil national des activités privées de sécurité et modifiant certains décrets portant application de la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 ;

Vu la délibération modifiée n° 136 du 1er mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics ;

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 mai 2012 :

– le rapport de M. Fraisse ;

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

– les observations de Me Ranson pour la société VIGIFONDS et de Mme Nekoeng pour la mairie de Nouméa ;

Considérant que, par avis d'appel public à la concurrence publié le 14 mars 2011, la commune de Nouméa a lancé une procédure d'appel d'offres en vue de la signature d'un marché de clientèle ayant pour objet « la surveillance, la collecte et l'entretien du parking du Banian » ; que, par lettre du 3 mai 2011, la société VIGIFONDS, qui avait présenté un dossier de candidature au titre du lot n°1 « surveillance et collecte », a été avisée du rejet de son offre ; que, par avis publié le 23 mai 2011, la commune a fait savoir que le lot n° 1 avait été attribué à la SARL Le Gardien ; que la société VIGIFONDS demande à titre principal l'annulation du marché correspondant au lot n° 1, à titre subsidiaire la résiliation de ce lot dans un délai maximum de six semaines et à titre très subsidiaire l'indemnisation de ses préjudices ;

Sur la validité du contrat :

Considérant qu'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 former 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 ;

En ce qui concerne le moyen tiré du non-respect de la loi du 12 juillet 1983 :

Considérant que, si l'article 4 de l'ordonnance du 14 mai 2009 susvisée a rendu applicables en Nouvelle-Calédonie, en les adaptant, les dispositions du titre Ier de la loi du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de sécurité, les décrets d'application de cette loi n'ont été

rendus applicables que par le décret n° 2011-1919 du 22 décembre 2011 ; qu'ainsi, à la date de passation du marché, la loi du 12 juillet 1983 n'était pas entrée en vigueur en Nouvelle-Calédonie ; qu'il s'ensuit que l'ensemble des moyens tirés de la méconnaissance des dispositions de cette loi ou de ses décrets d'application doivent être écartés ;

En ce qui concerne l'inadaptation des critères du marché à l'objet de celui-ci :

Considérant qu'aux termes de l'article 7 de la délibération du 1er mars 1967 susvisée : « Les prestations qui font l'objet des marchés doivent répondre exclusivement à la nature et à l'étendue des besoins à satisfaire. Le service intéressé est tenu de déterminer aussi exactement que possible les spécifications et la consistance de ces prestations avant tout appel à la concurrence ou toute négociation » ;

Considérant que le cahier des clauses techniques particulières du marché litigieux définit de façon précise les prestations en matière de surveillance du parking et de collecte des fonds ; que, s'il indique que le titulaire du marché devra procéder à la collecte des fonds « par une entreprise agréée » et que « les véhicules de collecte devront être agréés pour le transport de fonds » alors que, comme il a été dit ci-dessus, les textes d'application de la loi du 12 juillet 1983 prévoyant de tels agréments n'étaient pas en vigueur lors de la passation du marché, ces informations erronées n'ont pu préjudicier aux droits de la société requérante ; qu'elles n'ont pas non plus été de nature, pour regrettables qu'elles soient, à empêcher les candidats d'être complètement informés de l'objet et de l'étendue réelle de la mission dont ils seraient chargés en application du marché projeté ;

En ce qui concerne le moyen tiré du recours irrégulier au fractionnement :

Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la délibération du 1er mars 1967 : « Lorsque le fractionnement est susceptible de présenter des avantages économiques, techniques ou financiers, les travaux, fournitures ou services sont répartis en lots pouvant donner lieu chacun à un marché distinct. Le règlement de la consultation fixe le nombre, la nature et l'importance des lots ainsi que les conditions imposées au soumissionnaire pour souscrire à un ou plusieurs lots et les modalités de leur attribution. L'avis d'appel à la concurrence doit comporter à cet égard toutes précisions utiles » ;

Considérant que l'article 2 du règlement particulier d'appel d'offre (RPAO) précisait que le marché était composé de deux lots, le premier portant sur la surveillance et la collecte et le second sur l'entretien ; qu'en égard à la différence de nature de ces deux types d'activité et de la difficulté de trouver des entreprises aptes à les exercer, la commune de Nouméa ne peut être regardée comme ayant méconnu les prescriptions précitées ;

En ce qui concerne l'irrégularité de l'information de la requérante sur les motifs de rejet de son offre :

Considérant que ni les dispositions de l'article 28-2 de la délibération du 1er mars 1967, ni aucune autre disposition législative ou réglementaire n'imposent la motivation de la décision de rejet de l'offre d'un soumissionnaire ; que le principe de transparence dans les marchés publics n'a pas davantage été méconnu dès lors qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la commune n'aurait pas donné satisfaction aux demandes de communication des motifs de rejet de son offre présentée par la société requérante ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'inadaptation des critères à l'objet du marché :

Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la délibération du 1er 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 » ;

Considérant que la société requérante soutient que l'objet principal du marché est la collecte, le transport et le comptage de deniers publics alors qu'il ressort des pièces du marché et notamment cahier des clauses techniques particulières du marché que le lot surveillance est prédominant par rapport à celui de la collecte et du transport de fonds ; qu'en effet, si les collectes doivent en principe être déclenchées deux fois par semaine, les temps de surveillance, les jours où le parking est ouvert, sont de 12 h 30 par jour et de 5 h 30 par demi-journée ; que la société requérante, qui ne peut utilement invoquer la loi du 12 juillet 1983, n'est pas fondée à soutenir que la commune aurait retenu, dans son appel d'offres, des critères qui ne seraient pas opérationnels, vérifiables, objectivement comparables et proportionnés à la satisfaction de ses besoins ;

En ce qui concerne le moyen tiré du recours irrégulier à un marché de clientèle :

Considérant qu'aux termes de l'article 33 de la délibération n° 136 du 1er mars 1967 : « L'administration peut aussi passer des marchés par lesquels elle s'engage à confier à un entrepreneur ou fournisseur, pour trois ans au plus, l'exécution de tout ou partie de certaines catégories de prestations suivant commandes faites au fur et à mesure des besoins. Si ces marchés, dits "marchés de clientèle" le prévoient expressément, et à des dates fixées par eux, chacune des parties contractantes aura la faculté de demander qu'il soit procédé à une révision des conditions du marché et de dénoncer le marché au cas où un accord n'interviendrait pas sur cette révision sans avoir à payer ou à recevoir d'indemnité » ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la prestation objet du marché est susceptible d'évolution et que le parking n'a pas vocation à être ouvert en permanence ; que, si un détail estimatif était présent dans les pièces du marché, il n'avait pour objet que de donner une indication aux candidats ; que, dans ces conditions, le recours à un marché de clientèle ne peut être regardé comme irrégulier ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'illégalité des conditions exigées pour la réalisation des prestations :

Considérant que la société qui se borne à soutenir à nouveau que l'objet principal du marché serait la collecte, le transport et le comptage de deniers publics et que cette activité serait réglementée, alors que ce n'est pas le cas, n'établit pas que la commune aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en ne lui confiant pas le lot litigieux en sa qualité d'unique société spécialisée dans le transport de fonds ;

Considérant qu'il s'ensuit que la société requérante n'est fondée ni à demander l'annulation ou la résiliation du lot n° 1 du marché public, portant sur des prestations de service de surveillance et de collecte du parking le Banian, passé par la commune de Nouméa avec la SARL Le Gardien, ni à demander la condamnation de la commune à l'indemniser de ses préjudices ;

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

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative s'opposent à ce que la commune de Nouméa, qui n'est pas la partie perdante, verse à la société VIGIFONDS la somme réclamée par celle-ci ;

D É C I D E_:

Article 1er : La requête de la société VIGIFONDS est rejetée.