

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE CALEDONIE**

N° 1700087

SAS LE VIGILANT

M. Gueguein
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Audience du 31 août 2017
Lecture du 14 septembre 2017

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 10 mars 2017 et des mémoires complémentaires des 19 juin et 7 et 8 août 2017, la SAS Le Vigilant, représentée par la SELARL Raphaële Charlier, demande au tribunal :

1°) d'annuler les marchés conclus par le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie avec la société Espace Surveillance au titre des trois lots relatifs aux prestations de sécurité des personnes et des biens et de sécurité incendie du Médipôle et Logipôle de Koutio ;

2°) de mettre la somme de 300 000 F CFP à la charge du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

La SAS Le Vigilant soutient que :

- le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie a méconnu ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence en omettant d'informer les candidats de l'obligation pour l'attributaire de reprendre les personnes du précédent titulaire du marché en application de l'avenant n° 12 de l'accord collectif des activités de gardiennage ; elle peut soulever ce moyen dès lors que l'absence de cette information a peut être conduit la société attributaire à minorer le prix de son offre et donc obtenir le marché à son détriment ;

- la SAS Le Vigilant n'ayant pas participé à la visite obligatoire du site, le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie a méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats soit en autorisant la SAS Le Vigilant à remettre une offre sans avoir visité le site soit en organisant une visite particulière pour cette entreprise ;

- la société Espace Surveillance a été retenue alors qu'elle ne justifiait pas d'un nombre de salariés suffisant pour exécuter le marché concerné ; son offre ne respectait donc pas le cahier des charges en matière de moyens humains d'autant qu'initialement le CCAP prévoyait que

l'exécution devait débiter dès l'attribution du marché ; le centre hospitalier territorial a été contraint de proroger le précédent marché de trois mois pour que le nouvel attributaire puisse s'organiser et recruter le personnel nécessaire ;

- la procédure d'attribution est irrégulière dès lors qu'un sous-critère « présentation globale de l'entreprise », et donc afférent à la candidature, a été mis en œuvre pour évaluer la valeur technique des offres ; la société attributaire ayant été mieux notée sur ce sous-critère, elle peut utilement soulever le moyen ;

- en l'absence de clause organisant la révision du prix, les conditions de mise en concurrence ont été faussées ;

- les conditions de la mise en concurrence ont également été faussées par l'insuffisante précision de la détermination du besoin objet du marché ; l'acheteur aurait dû arrêter *a minima* un montant minimum et maximum des prestations demandées pour permettre une réelle mise en concurrence.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 1^{er} juin et le 20 juillet 2017, la société Espace Surveillance, représentée par la SELARL Sophie Briant, conclut au rejet de la requête et demande que la somme de 500 000 francs soit mise à la charge de la SAS Le Vigilant au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société Espace Surveillance soutient que :

- les griefs ne sont pas fondés ;
- la résiliation ou l'annulation du marché aurait de grosses répercussions tant sur la nécessité de ne pas laisser les sites en question sans surveillance que sur la situation des personnels qui risqueraient de ne plus bénéficier de la possibilité de voir leur contrat repris par le nouveau titulaire s'ils n'exercent pas leurs fonctions pendant au moins six mois.

Par un mémoire en défense enregistré le 8 août 2017, le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie, représenté par la société d'avocats Juriscal, conclut au rejet de la requête et demande que la somme de 500 000 francs CFP soit mise à la charge de la société Le Vigilant au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Le centre hospitalier territorial soutient que les griefs ne sont pas fondés.

Un mémoire présenté pour la société Espace Surveillance a été enregistré le 26 août 2017.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie ;
- la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics ;
- 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. Gueguein, rapporteur,
- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public,
- et les observations de Me Charlier, avocat de la SAS Le Vigilant, Me Loste, avocat du centre hospitalier territorial Gaston Bourret de Nouvelle-Calédonie et de Me Claveleau, substituant la SELARL Sophie Briant, avocat de la société espace surveillance.

Une note en délibéré présentée pour le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie a été enregistrée le 8 septembre 2017.

Une note en délibéré présentée pour la société Espace Surveillance a été enregistrée le 8 septembre 2017.

Considérant ce qui suit :

1. La SAS Le Vigilant conteste la validité des trois marchés publics conclus par le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie avec la société Espace Surveillance relatifs aux prestations de sécurité des personnes et des biens et de sécurité incendie du Médipôle et Logipôle de Koutio et demande que le tribunal en prononce l'annulation.

Sur le fond :

2. 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. 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. Si 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, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, les autres tiers 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.

3. 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. 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. 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.

4. La SAS Le Vigilant soutient que la procédure de passation est entachée d'irrégularités du fait de l'absence de mention dans les documents de la consultation de l'obligation faite au futur attributaire du ou des marchés de procéder à la reprise des personnels du précédent titulaire des marchés dans les conditions prévues par l'avenant n° 12 à l'accord collectif des activités de gardiennage.

5. Toutefois la société requérante étant celle qui assurait jusque là les prestations objet de la consultation, cette insuffisance d'informations n'a eu aucun impact ni sur sa capacité à déposer une offre ni sur le contenu de son offre. La circonstance que la société attributaire aurait pu ignorer cette obligation, connue en principe de tous les acteurs de ce secteur d'activités, et aurait ainsi proposé une offre financière trop basse pour couvrir ses frais n'est pas de nature à établir que les intérêts de la SAS Le Vigilant auraient été lésés. Cette société ne peut donc utilement soulever ce grief.

6. La SAS Le Vigilant soutient que le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie n'a pas respecté le principe de la double-enveloppe prévu par les dispositions des articles 26 et 27 de la délibération du 1^{er} mars 1967 susvisée en ce qu'elle a demandé au candidat d'inclure leur 'plan prévisionnel d'intervention, élément déterminant pour apprécier leur offre, dans l'enveloppe contenant les éléments liés à la candidature.

7. Si, dans la procédure d'appel d'offres ouvert, la séparation de l'examen des candidatures de celui des offres garantit l'objectivité de l'attribution du marché public, il demeure que les offres de la SAS Le Vigilant et de la société Espace Sécurité ont respecté les prescriptions critiquées du règlement de la consultation et que leurs deux candidatures ont été acceptées dans les mêmes conditions. En l'absence d'élément de nature à établir que l'irrégularité mise en cause aurait eu un quelconque impact sur le résultat de l'attribution des marchés, la SAS Le Vigilant ne peut utilement soulever ce grief.

8. La SAS Le Vigilant soutient que l'offre de la société Espace Sécurité, attributaire des trois lots, n'aurait pas dû être examinée compte tenu du fait que cette société n'a pas participé à la visite obligatoire du site. Elle soutient que soit l'offre de cette société était irrégulière en l'absence de visite du site, soit cette société a bénéficié d'une visite particulière et le principe d'égalité de traitement des candidats a été méconnu. Toutefois, il résulte de l'instruction qu'un représentant de la société Espace Sécurité a participé à la visite obligatoire commune, laquelle a été organisée en plusieurs groupes. Le grief manque en fait.

9. La SAS Le Vigilant soutient que la procédure est irrégulière en ce que la société Espace Sécurité a obtenu une meilleure note sur le critère lié à la valeur technique alors que le sous-critère « présentation globale de l'entreprise » qui se rapporte plutôt à la capacité à exécuter le marché, était irrégulier. Toutefois, nonobstant le caractère irrégulier du sous-critère en litige, il ressort des pièces du marché que les deux sociétés ont obtenu toutes les deux la note maximale sur le critère lié à la valeur technique, cette irrégularité n'est donc pas susceptible d'avoir influencé le classement final des offres.

10. La société requérante soutient que l'offre de la société Espaces Surveillance était irrégulière en raison de l'insuffisance de personnel à sa disposition pour exécuter la prestation demandée. Elle soutient que le centre hospitalier territorial a dû prolonger de trois mois le marché précédent pour lui laisser le temps de s'organiser et de recruter le personnel nécessaire. Toutefois, un candidat à l'attribution d'un marché public n'a pas à disposer d'un effectif suffisant pour assurer la prestation demandée préalablement à l'attribution du marché. L'offre de la société Espace Surveillance n'était donc pas irrégulière dès lors que cette société a justifié, au stade de l'examen des candidatures, réunir les conditions nécessaires pour réaliser la prestation présentée dans son offre.

11. La SAS Le Vigilant soutient enfin que le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie a procédé à une définition insuffisante de son besoin et n'a ainsi pas permis la mise en œuvre d'une mise en concurrence régulière au regard des dispositions combinées des articles 7 et 33 de la délibération du 1^{er} mars 1967 et aurait dû, au moins, se placer dans le cadre d'un marché à commandes en fixant les montants minimum et maximum, exprimés en valeur ou en quantité, des prestations demandées.

12. Aux termes de l'article 22 de la loi organique statutaire 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 ...* ».

13. Aux termes de l'article 7 de la délibération du 1^{er} 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* ». Aux termes de l'article 33 de cette même délibération : « *Certains marchés peuvent ne fixer que le minimum et le maximum des prestations arrêtées en valeur ou en quantité, susceptibles d'être commandées au cours d'une période déterminée n'excédant pas celle d'utilisation des crédits ouverts, les quantités de prestations à exécuter étant précisées, pour chaque commande, par l'administration, en fonction des besoins à satisfaire. Ces marchés, dits "marchés à commandes", doivent indiquer la durée pour laquelle ils sont conclus. Ils peuvent comporter une clause de tacite reconduction, sans toutefois que la durée totale du contrat puisse excéder trois années. / 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...* ».

14. Il résulte de ces dispositions combinées, dont la lecture doit impérativement prendre en compte la prééminence 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 nonobstant les termes de l'article 33 de la délibération du 1^{er} mars 1967, le recours aux marchés à commandes est nécessairement restreint aux marchés pour lesquels l'acheteur public n'est pas en mesure, pour des raisons économiques, techniques ou financières, d'établir avec suffisamment de précision le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire. Il peut alors limiter la définition de son besoin, et donc le cadre et l'efficacité de la mise en concurrence,

en fixant le minimum et le maximum des prestations arrêtées en valeur ou en quantité, susceptibles d'être commandées au cours d'une période déterminée. De même, le recours au marché de clientèle, qui ne permet pas une mise en concurrence optimale des opérateurs économiques, est limité aux seules hypothèses pour lesquelles l'acheteur se trouve dans l'incapacité d'apprécier a priori le volume du besoin et sa survenance.

15. Il résulte de l'instruction, et notamment du CCAP et du CCTP de la consultation, que le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie a parfaitement identifié ses besoins en termes d'agents et d'horaires de présence pour les trois lots. Cette connaissance était suffisamment précise pour que les documents de la consultation obligent les candidats à présenter une variante obligatoire sur le lot 3. La seule inconnue dans la détermination des besoins réside dans la possibilité pour le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie de requérir des agents en poste fixe ou ronds « *en dehors des prestations prévues dans le cadre du présent marché* » prévue à l'article 2 du CCAP. Les stipulations de l'article 9 de CCAP permettent d'établir que l'acheteur anticipait la possibilité de recourir à ces prestations non régulières dans une limite de 20% du volume décrit dans les documents du marché.

16. La SAS Le Vigilant est par conséquent fondée à soutenir que le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie ne pouvait recourir régulièrement à un marché de clientèle et aurait dû, à tout le moins, recourir à un marché à bons de commande en indiquant un volume minimum et maximum de commandes.

17. Dans ces conditions, la SAS Le Vigilant est également fondée à soutenir que les caractéristiques contractuelles afférentes aux prix des marchés en litige, spécifiques aux marchés de clientèle, sont irrégulières. Les stipulations de l'article 9 du CCAP prévoient ainsi que le « *montant du marché est donné à titre indicatif* » et les stipulations de l'article 11 du même CCAP prévoient, sans fixer de date déterminée pour ce faire, que les prix pourront être révisés pour tenir compte de variations économiques importantes dans ce secteur d'activités.

18. Ces stipulations ne respectent pas les dispositions des articles 9 et 10 de la délibération du 1^{er} mars 1967 lesquelles prévoient que lorsque le prix est révisable, il doit indiquer les modalités précises de révision de ce prix.

19. Il résulte de ce qui précède, des irrégularités constatées et de la circonstance que les marchés de clientèles conclus ne comportent aucun engagement réel du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie sur un montant minimum de commande, que la procédure d'attribution critiquée ne permettait une réelle mise en concurrence des opérateurs économiques. Il y a lieu de remettre en cause l'existence des marchés en litige.

20. Compte tenu de l'intérêt général lié à la continuité des prestations assurées par la société Espace Sécurité, il y a lieu de prononcer la résiliation des marchés conclus par le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie avec cette société au titre des trois lots relatifs aux prestations de sécurité des personnes et des biens et de sécurité incendie du Médipôle et Logipôle de Koutio dans un délai de trois mois à compter de la notification du présent jugement.

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

21. Aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « *Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il*

peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ».

22. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre la somme de 150 000 F. CFP à la charge du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie au titre des frais exposés par la SAS Le Vigilant dans la présente instance et non compris dans les dépens.

23. Les conclusions dirigées contre la SAS Le Vigilant, qui n'est pas la partie perdante, doivent être rejetées.

DECIDE :

Article 1^{er} : Les marchés conclus par le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie avec la société Espace Surveillance ayant pour objet des prestations de sécurité des personnes et des biens et de sécurité incendie du Médipôle et Logipôle de Koutio sont résiliés dans un délai de trois mois à compter de la notification du présent jugement.

Article 2 : Le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie versera une somme de 150 000 F. CFP à la SAS Le Vigilant au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.