

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 2100369

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SARL ESPACE VALEURS

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Jean-Edmond Pilven
Rapporteur

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Mme Nathalie Peuvrel
Rapporteuse publique

Audience du 5 mai 2022
Décision du 19 mai 2022

39-02-03
C

Vu la procédure suivante :

Par une requête et deux mémoires, enregistrés le 18 octobre 2021, le 17 mars 2022 et le 29 avril 2022, la société à responsabilité limitée (SARL) Espace Valeurs, représentée par Me Claveleau, demande au tribunal :

1°) d'annuler les lots n° 1 et 2 du marché public relatif au transport de fonds en agence et prestations associées, conclus par l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie avec la SAS Vigifonds ;

2°) de mettre à la charge de l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie la somme de 500 000 francs CFP en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- sa requête est recevable ;
- l'OPT-NC a confondu la phase d'examen des candidatures avec celles des offres ; en effet la capacité professionnelle et technique des candidats ne pouvait être prise en compte au stade d'examen des offres ;
- l'OPT-NC a eu recours au sous-critère de l'ancienneté moyenne des salariés, évalué à trois ans, qui constitue un sous-critère discriminatoire non justifié par l'objet du marché alors qu'en 2018 ce critère n'était pas retenu ; ce sous-critère a eu pour effet de favoriser la société attributaire de façon volontaire ;

- la commission d'appel d'offres a commis une erreur manifeste dans l'appréciation de la valeur technique de l'offre pour les deux lots en cause ; l'appréciation des offres n'a pas été faite conformément aux principes fixés par les articles 27-1 et 27-2 de la délibération n° 424 du 20 mars 2019 portant réglementation des marchés publics en Nouvelle-Calédonie ;

- s'agissant du sous-critère relatif aux moyens humains, elle présentait des effectifs suffisamment qualifiés et expérimentés ayant suivi une formation adéquate, comme cela existe déjà pour les agences bancaires de la province Nord et aurait donc dû obtenir une très bonne note ;

- s'agissant du sous-critère relatif aux moyens techniques, elle disposait de tous les moyens matériels permettant de répondre au cahier des charges et aux besoins exprimés ; elle aurait donc dû recevoir la note de 20/20 ; par ailleurs, l'unicité de la note technique sur les trois lots n'est pas pertinente et chaque lot aurait dû faire l'objet d'une note technique propre, notamment en ce qui concerne le lot n° 2 dès lors qu'elle possède un centre-fort à Pouembout avec un coffre-fort pour stocker les valeurs et du matériel de comptage et pour le transport de fonds et est ainsi la seule société disposant d'un tel matériel et qu'en retenant que ses moyens étaient inférieurs à ceux de la société concurrente, l'OPT-NC a commis une erreur manifeste d'appréciation ; sa note technique pour ce lot ne pouvait donc être identique à celle des autres lots et cette notation unitaire l'a défavorisée ; par ailleurs, le mémoire technique qu'elle a remis était très complet, contrairement à ce que soutient l'OPT-NC qui le confond avec la note technique relative à sa candidature ;

- la méthode de notation a par ailleurs introduit des valeurs de notation différentes de zéro, dix ou vingt points au lieu d'une notation fine qui a eu pour effet une perte de points ; cette méthode de notation du critère technique est entachée d'irrégularité et a permis d'avantager la société concurrente ; cette méthode de notation non proportionnelle et non justifiée par des considérations objectives a pour effet de priver de portée le critère de la valeur technique et de neutraliser la pondération des critères ; cette méthode de notation, qui a permis de retenir l'offre qui n'était pas économiquement la plus avantageuse, a été utilisée dans le but de favoriser la société attributaire du marché ;

- la commission d'appel d'offres a commis une erreur manifeste d'appréciation en jugeant que son offre présentait des moyens techniques insuffisants alors que des critères non pertinents ont été utilisés pour départager les offres ;

- la modification des critères retenus pour cet appel d'offres par rapport à celui de 2018 et la méthode de notation utilisée ont eu pour effet d'avantager la société attributaire qui a obtenu les lots n° 1 et 2 avec des prix de prestations plus élevés de 20 % et 40 % pour chacun de ces lots.

Par un mémoire en défense, enregistré le 17 novembre 2021, la société par actions simplifiée (SAS) Vigifonds, représentée par la SELARL D&S Legal, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 450 000 francs CFP soit mise à la charge de la SARL Espace Valeurs.

Elle soutient que :

- la requête est irrecevable en l'absence de production du marché contesté ;
- les moyens soulevés par la société requérante ne sont pas fondés.

Par deux mémoires en défense, enregistrés les 3 mars et 14 avril 2022, l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie (OPT-NC) conclut, à titre principal, au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 300 000 francs CFP soit mise à la charge de la SARL Espace Valeurs en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et, à titre subsidiaire, que la résiliation, si celle-ci est décidée par le tribunal, soit prononcée avec un effet différé de six mois à compter de la notification du jugement à intervenir.

Il soutient qu'aucun des moyens de la requête n'est fondé.
Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999 ;
- la délibération n° 424 du 20 mars 2019 portant réglementation des marchés publics en Nouvelle-Calédonie ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Pilven, premier conseiller ;
- les conclusions de Mme Peuvrel, rapporteure publique ;
- et les observations de Me Claveleau, avocat de la SARL Espace Valeurs, de Mme Piras, représentant l'office des postes et télécommunication de Nouvelle-Calédonie (OPT-NC) et de Me Lecordier, avocat de la société Vigifonds.

Une note en délibéré présentée pour la SARL Espace Valeurs a été enregistrée le 16 mai 2022.

Considérant ce qui suit :

1. L'office des postes et télécommunication de Nouvelle-Calédonie (OPT-NC) a lancé, le 11 juin 2021, une procédure d'appel d'offres en vue de la conclusion d'un marché public à bons de commandes alloti relatif au transport de fonds pour les agences de l'OPT-NC et les prestations associées sur les guichets automatiques de la banque. La SAS Vigifonds s'est vu attribuer, le 2 août 2021, les lots n° 1 et 2 de ce marché. La SARL Espace Valeurs, attributaire du lot n° 3, qui avait également présenté une offre au titre des lots n° 1 et 2, demande au tribunal l'annulation du marché en ce qui concerne ces deux lots.

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. Les requérants peuvent éventuellement assortir leur recours d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution du contrat. 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. Le tiers agissant en qualité de concurrent

évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction.

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 SARL Espace Valeurs soutient, en premier lieu, que la commission d'appel d'offres a commis une erreur manifeste dans l'appréciation de la valeur technique de son offre pour les deux lots en cause, en méconnaissance des principes fixés par les articles 27-1 et 27-2 de la délibération n° 424 du 20 mars 2019 portant réglementation des marchés publics en Nouvelle-Calédonie. Elle soutient aussi que l'OPT-NC a confondu la phase d'examen des candidatures de celle des offres en prenant en compte la capacité professionnelle et technique de chaque candidat qui ne pouvait être examinée qu'au stade de la sélection des candidatures. S'agissant du sous-critère relatif aux moyens humains, elle fait valoir qu'elle présentait des effectifs suffisamment qualifiés et expérimentés ayant suivi une formation adéquate, ce qui ne justifiait aucunement la note de 10/20 obtenue. S'agissant du sous-critère relatif aux moyens techniques, elle précise qu'elle disposait de tous les moyens matériels permettant de répondre au cahier des charges et aux besoins exprimés et aurait donc dû recevoir la note de 20/20. Par ailleurs, le choix d'une note unique pour le critère technique sur les trois lots n'est selon elle pas pertinent, notamment en ce qui concerne le lot n° 2 pour lequel elle dispose d'un excellent matériel à Pouembout avec un coffre-fort pour stocker les valeurs et du matériel de comptage et pour le transport de fonds.

5. Il ressort du règlement de la consultation que le critère du prix était pondéré à 60 % et celui de la valeur technique à 40 %, ce dernier critère étant décomposé en deux sous-critères affectés d'une pondération respective de 20 % relatifs, d'une part, aux moyens humains, appréciés au regard des qualifications et de l'expérience des effectifs affectés aux prestations et, d'autre part, aux moyens techniques affectés aux prestations à exécuter. Si la SARL Espace Valeurs fait valoir que l'OPT-NC aurait commis une erreur manifeste dans l'appréciation des qualités respectives de la valeur technique des offres, elle n'apporte toutefois, en se prévalant du fait qu'elle dispose, dans la province Nord, d'un personnel dédié pour assurer le transport, le comptage et le stockage des valeurs des agences et qu'elle proposait des moyens matériels de transport, de comptage et de stockage conformes au code de la sécurité intérieure applicable en Nouvelle-Calédonie, aucun élément suffisamment probant de nature à établir la supériorité de la

valeur technique de son offre, alors qu'il ressort du rapport d'analyse des offres que la commission d'appel d'offres a dûment examiné et comparé les mérites respectifs des offres de chacune des deux sociétés et s'est fondée pour départager les offres sur des critères objectifs, tel le nombre de salariés affectés à l'exécution des prestations du marché et leur ancienneté. Il ressort du rapport d'analyse des offres que la société Espace Valeurs prévoyait des employés dont l'ancienneté professionnelle moyenne est inférieure à celle de la société Vigifonds et que ses moyens techniques ne sont que très sommairement décrits. Dans ces conditions, il ne résulte pas de l'instruction que la valeur technique de l'offre de la SARL Espace Valeurs aurait été supérieure à celle de la société attributaire ni qu'elle aurait été appréciée de manière erronée par le pouvoir adjudicateur.

6. Si le pouvoir adjudicateur ne peut en principe se fonder sur des critères portant sur les capacités générales de l'entreprise qu'au stade de l'examen des candidatures, il lui est en revanche loisible de retenir au stade de l'examen de la valeur intrinsèque des offres, à la condition qu'ils soient non discriminatoires et liés à l'objet du marché, des critères relatifs aux moyens en personnel et en matériel affectés par le candidat à l'exécution des prestations mêmes qui font l'objet du marché, afin d'en garantir la qualité technique. Ainsi, contrairement à ce que soutient la SARL Espace Valeurs, il était loisible à l'OPT-NC de prévoir au stade de l'examen des offres la prise en compte de l'expérience et de la qualification du personnel.

7. Si le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics, ces méthodes de notation sont toutefois entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie. Par ailleurs, les personnes publiques peuvent, sans méconnaître le principe d'égalité entre les candidats ni les obligations de publicité et de mise en concurrence, choisir une méthode de notation non-linéaire, conduisant à un important écart de notes entre les offres.

8. La SARL Espace Valeurs soutient, en comparant sa note avec celle obtenue lors d'une précédente consultation en 2018, que la méthode de notation du critère technique, retenant des notations de zéro, dix ou vingt points pour chacun des deux sous-critères au lieu d'une notation au point près, constitue une méthode de notation non proportionnelle et non justifiée par des considérations objectives ce qui a eu pour effet d'avantager la société concurrente, en privant de portée le critère de la valeur technique et en neutralisant la pondération des critères de telle sorte que son offre, économiquement la plus avantageuse, n'a pas été retenue. Toutefois, il résulte de l'instruction que cette méthode de notation a eu tout au plus comme effet d'accroître les écarts entre les notes sans toutefois produire une distorsion disproportionnée entre les offres et ne porte au demeurant que sur le critère de la valeur technique n'entrant que pour 40 % dans le calcul de la notation. Cette méthode de notation n'a donc pas eu pour effet de priver de leur portée les critères de sélection ou de neutraliser leur pondération ni d'écarter l'offre économiquement la plus avantageuse. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur définissant librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics, la circonstance que cette méthode ait évolué par rapport à la consultation de 2018 n'est pas, en tant que telle, de nature à l'entacher d'irrégularité, alors qu'il n'est pas établi que, comme le soutient la société requérante, des éléments essentiels d'appréciation de la valeur technique de l'offre auraient disparu entre 2018 et 2021. Enfin, à supposer même que cette méthode de notation puisse être regardée comme irrégulière, cette irrégularité ne pourrait

s'analyser en un vice d'une particulière gravité justifiant l'annulation du contrat. La méthode de notation retenue n'a, ainsi, pas méconnu les principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

9. Si la SARL Espace Valeurs fait valoir qu'en modifiant les critères d'appréciation de la valeur technique de l'offre par rapport au précédent d'appel d'offres ainsi que la méthode de notation de la seule valeur technique des offres elle entendait retenir l'offre qui n'était pas économiquement la plus avantageuse dès lors que l'offre de la société Vigifonds pour les lots n° 1 et 2 proposait un prix respectivement plus élevé de 20 % et de 40 %, il ne résulte toutefois pas de l'instruction que l'OPT-NC aurait fait preuve d'une intention délibérée de favoriser la société Vigifonds.

10. Il résulte de ce qui précède que les manquements aux règles de passation invoqués par la SARL Espace Valeurs, à les supposer même établis et à les regarder même comme ayant eu une incidence sur le classement des offres, ne peuvent, à eux seuls, et notamment dès lors qu'ils ne révèlent pas une intention de l'OPT-NC de Nouvelle-Calédonie de favoriser un candidat, être regardés comme caractérisant des vices d'une particulière gravité justifiant l'annulation ou même la résiliation des deux lots contestés marché litigieux.

11. Il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'examiner la fin de non-recevoir opposée en défense, que la SARL Espace Valeurs n'est pas fondée à demander l'annulation des lots n° 1 et 2 du marché à bons de commandes relatif au transport de fonds pour les agences de l'OPT-NC et les prestations associées sur les guichets automatiques de la banque conclu par l'OPT-NC avec la société Vigifonds. Doivent être rejetées, par voie de conséquence, ses conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

12. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre la somme de 150 000 francs CFP à la charge de la SARL Espace Valeurs à verser à la société Vigifonds en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions tendant à l'application des mêmes dispositions présentées par l'OPT-NC qui, au demeurant, n'a pas eu recours au ministère d'un avocat

DECIDE :

Article 1^{er} : La requête de la SARL Espace Valeurs est rejetée.

Article 2 : La SARL Espace Valeurs versera la somme de 150 000 francs CFP à la société Vigifonds en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions de l'OPT-NC tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.