

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE CALEDONIE**

N° 1600304

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

GIE - CHEQUE SERVICES CALÉDONIEN

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Gueguein

Rapporteur

M. Arruebo-Mannier

Rapporteur public

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Audience du 3 novembre 2016

Lecture du 24 novembre 2016

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée 18 août 2016, et des mémoires complémentaires, enregistrés les 6, 7 et 25 octobre 2016, le GIE - Chèque Services Calédonien, représenté par la Selarl Calaxis, demande au tribunal, dans le dernier état de ses écritures :

1°) d'annuler la décision de la commission d'appel d'offres de l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie du 26 avril 2016 attribuant le marché public ayant pour objet l'émission et la livraison de titres-repas ;

2°) de résilier le marché public ayant pour objet l'émission et la livraison de titres-repas pour les agents de l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie ;

3°) d'ordonner la réorganisation d'une nouvelle procédure d'appel d'offres ;

4°) de mettre la somme de 500 000 F CFP à la charge de l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Le GIE - Chèque Services Calédonien soutient que :

- la commission d'appel d'offres était irrégulièrement composée ; aucun élément ne permet d'établir que le directeur général ou son représentant ont été régulièrement convoqués ;
- des erreurs matérielles ont été commises ; le point III.2.1 du rapport d'analyse des offres indique à tort que seuls les établissements comptant une majorité de salariés permanents se verront proposer une solution dématérialisée alors que le mémoire technique indique qu'il ne s'agit que d'une recommandation ;

- une erreur a été commise dans l'appréciation du critère prix ; les frais de 5 F CFP, qui ne sont pas automatiquement appliqués, ont été inclus à tort dans le prix de l'offre papier ; la prise en compte des frais de mise sous pli ne pouvait, en tout état de cause, intervenir sur le prix unitaire du titre repas, ces frais sont appliqués par envoi de carnets de titres-repas ;

- une erreur a été commise dans l'appréciation de sa capacité ; le rapport d'analyse des offres indique que son agrément prévoit deux conditions suspensives alors qu'il ne s'agit que des conditions prévues par la réglementation ; l'office soutient que cela n'a pas influé sur le sens de sa décision mais la mention figure dans le rapport d'analyse des offres ;

- une erreur a été commise dans le report des notes du critère prix ;

- l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie a commis une erreur dans l'évaluation du critère de la valeur technique ; il a estimé que son offre dématérialisée ne pouvait être évaluée en raison de son déploiement prévu au 2^e semestre 2016 alors que son offre est nettement plus crédible que celle de son concurrent ; elle dispose d'un réseau de 320 établissements acceptant ses titres papier sur tout le territoire et la mise à disposition de terminaux de paiement électronique se fera gratuitement ; le titulaire du marché propose un réseau de 147 établissements pour lesquels les terminaux de paiement électroniques standards supporteront la carte proposée mais cette offre n'indique pas que ces terminaux n'accepteront la carte proposée qu'à condition de souscrire à un abonnement additionnel d'un montant mensuel de 30 000 F CFP ; son offre est donc plus avantageuse pour ce qui concerne le réseau d'établissements ; l'offre dématérialisée de son concurrent n'apporte pas plus de garantie que la sienne ;

- l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie a mis en œuvre un sous-critère lié à la capacité technique et à l'expérience non-prévu et discriminatoire ; ce type de sous-critère, en principe lié à la capacité à exécuter le marché est irrégulier ; il n'a pas été pondéré ni annoncé ;

- si la mise en œuvre de ce critère, particulièrement discriminant pour une société lançant un nouveau produit, avait été annoncée, elle ne se serait pas portée candidate ;

- elle a subi un manque à gagner d'un montant de 4 434 433 F CFP ;

- les frais d'établissement de son offre sont de 850 000 F CFP.

Par un mémoire en défense, enregistré le 22 septembre 2016, l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie conclut au rejet de la requête.

L'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie soutient que :

- les griefs ne sont pas fondés ; le GIE - Chèque Services Calédonien n'avait aucune chance de se voir attribuer le marché ;

- les conclusions indemnitaires sont irrecevables à défaut de réclamation préalable.

Les parties ont été informées, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, de ce que le jugement était susceptible d'être fondé sur un moyen relevé d'office, tiré de ce que les conclusions tendant à l'annulation de la décision de la commission d'appel d'offres du 26 avril 2016 sont irrecevables.

Vu :

- les autres pièces du dossier ;

Vu :

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

- La loi du pays n° 2013-9 du 22 novembre 2013 relative aux titres-repas ;

- la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics ;
- la délibération n° 108/CP du 25 novembre 2013 relative aux titres-repas ;
- le code du travail de Nouvelle-Calédonie ;
- 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 ;
- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public ;
- et les observations de Me Marie de la SELARL d'avocats Calexis et de M. Levy représentant l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie.

Une note en délibéré présentée par Me Marie de la SELARL d'avocats Calexis avocat du GIE - Chèque Services Calédonien a été enregistrée le 8 novembre 2016.

Considérant ce qui suit :

1. Le GIE - Chèque Services Calédonien demande l'annulation de la décision de la commission d'appel d'offres de l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie du 26 avril 2016 attribuant le marché public ayant pour objet l'émission et la livraison de titres-repas et la résiliation de ce marché public.

Sur la recevabilité et les fins de non-recevoir ;

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. Il résulte de ce qui précède que les conclusions tendant à l'annulation de la décision de la commission d'appel d'offres du 26 avril 2016 sont dirigées contre un acte détachable et sont, par conséquent, irrecevables.

Sur le fond :

7. Le marché en litige est un marché à bons de commande par lequel l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie s'engage à acheter entre 50 et 132 000 titres-repas entre le second semestre 2016 et le 31 juillet 2017.

8. Le GIE - Chèque Services Calédonien soutient que le marché public en litige doit être résilié au regard de l'irrégularité de la composition de la commission d'appel d'offres lors de sa réunion du 26 avril 2016. Il n'apporte toutefois aucun élément de nature à établir que l'irrégularité alléguée, à savoir l'absence d'un membre à voix consultative, le directeur général de l'établissement public ou son représentant, aurait eu un impact quelconque sur le choix de l'offre titulaire.

9. Il soutient également qu'une erreur a été commise dans l'analyse de son offre au point III.2.1 du rapport d'analyse des offres en ce que ledit rapport indique que son offre dématérialisée ne « s'adressera qu'aux entreprises essentiellement composées de salariés permanents ». L'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie ne conteste pas cette erreur mais soutient, à bon droit, qu'elle n'a eu aucun impact sur la procédure. Le point III.2.1 du rapport est afférent à l'analyse du critère prix. De plus, l'offre dématérialisée du GIE requérant n'a pas été évaluée au stade de la valeur technique en raison de son caractère futur et incertain.

10. Le GIE - Chèque Services Calédonien soutient que l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie a commis une erreur dans l'analyse de son offre support papier en portant de 1 026 F CFP à 1 031 F CFP le coût d'un titre-repas. Il ne conteste pas avoir inclus dans le bordereau des prix unitaires un coût de 5 F CFP correspondant au frais de mise sous plis nominative, indispensables si tous les employés ne se voient pas remettre le même nombre de titre-repas. Compte tenu de la nécessaire comptabilisation des seuls jours travaillés, hors jours de congés payés ou de congés maladie, pour bénéficier de l'allocation d'un titre-repas, l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie pouvait inclure d'office le surcoût de 5 F CFP pour établir le prix réel de l'offre support papier du GIE requérant. Néanmoins, le GIE requérant est fondé à soutenir que ce surcoût s'applique par expédition, et donc selon le nombre d'agents concernés, et ne peut être appliqué au prix unitaire du titre-repas. Toutefois, la différence minime résultant de ce surcoût n'a eu aucun impact sur la procédure d'attribution.

11. Le GIE requérant soutient également qu'une erreur a été commise dans le report des notes du critère prix. Toutefois l'erreur ne porterait que sur 0,2 point et n'aurait eu aucun impact sur le classement des offres.

12. Le GIE - Chèque Services Calédonien soutient que l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie a également commis une erreur au point III.2.2.a) du rapport d'analyse des offres en soulignant que son agrément lui a été accordé sous réserve de deux conditions résolutoires et suspensives relatives, d'une part, au maintien de son capital social à 40 millions de francs CFP minimum et, d'autre part, à la conformité du niveau de référentiel de sécurité aux attendus des alinéas 1 et 2 de l'article R. 145-1 du code du travail de Nouvelle-Calédonie. S'il est vrai que les dispositions de l'article R. 145-1 du code du travail de Nouvelle-Calédonie prévoient que l'agrément pour émettre des titres-repas est retiré dès lors que l'entreprise agréée pour ce faire ne satisfait plus à une des deux conditions précitées, il demeure que l'agrément délivré à la société E-solutions.nc n'est pas assortie des mêmes précisions. En tout état de cause, cette précision n'a pas eu d'impact sur le classement des offres.

13. De même l'appréciation selon laquelle la durée de validité des titres de 14 mois proposée par le GIE - Chèque Services Calédonien est satisfaisante, ce qui correspond à la durée maximale autorisée par les dispositions de l'article R. 145-10 du code du travail de Nouvelle-Calédonie n'est pas révélateur d'une méconnaissance de la réglementation et n'a eu aucun impact sur le classement des offres.

14. Enfin l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie a refusé d'évaluer l'offre de support dématérialisé du GIE - Chèque Services Calédonien sur le critère de la valeur technique motif pris de ce que cette partie de l'offre ne sera mise en œuvre qu'à compter sur second semestre 2016, pour une offre déposée au plus tard le 21 mars 2016, et n'offre donc aucune garantie au 26 avril 2016, jour de réunion de la commission d'appel d'offres, quant à l'existence du service proposé tant sur la solution technique, aucune date précise de mise en service n'étant mentionné, que sur l'adhésion des commerçants au dispositif.

15. Le GIE requérant soutient que l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie a méconnu le principe d'égalité en faisant application d'un sous-critère lié à la capacité technique et à l'expérience des candidat, à savoir l'existence d'un réseau de commerçants et de restaurateurs accessibles par le support proposé, qui n'a pas été annoncé au préalable ni hiérarchisé ni pondéré. Il estime que ce type de sous-critère, en principe lié à la capacité à exécuter le marché, ne peut être utilisé que de manière restrictive et sur la base d'une appréciation circonstanciée. Il soutient enfin que l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie ne pouvait prendre en compte les affiliés potentiels de la société E-solutions.nc et refuser de prendre en compte les siens sans méconnaître le principe d'égalité d'accès à la commande publique.

16. 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 (...)* ». Aux termes de l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967 susvisée : « *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. / Elle se fonde sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à*

l'objet du marché. / Ces critères peuvent porter notamment sur le prix des prestations, le coût d'utilisation, la valeur technique ou le délai d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché. / Chacun des critères retenus fait l'objet d'une pondération. / Les critères ainsi que leur pondération sont indiqués dans le règlement particulier d'appel d'offres. / Les enveloppes des soumissionnaires éliminés leur sont rendues sans avoir été ouvertes et, dans le cas d'une transmission par voie électronique, supprimées... / Les opérations de la commission font l'objet d'un procès-verbal qui ne peut être rendu public, ni communiqué à aucun concurrent. Ce procès-verbal est immédiatement transmis à l'autorité visée à l'article 4 ».

17. Pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, 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 concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces critères. Il doit également porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation des sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection. Il n'est, en revanche, pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres et donc des éventuels éléments de notation.

18. Les documents de la consultation indiquent que l'attribution du marché public en litige était déterminée par deux critères, le prix, pondéré à 40 %, et la valeur technique, pondérée à 60 %. Le rapport d'analyse des offres indique que le critère lié à la valeur technique a été évalué selon quatre sous-éléments : le réseau des commerçants et des restaurateurs accessibles par le support proposé, la praticité du support et l'utilisation optimale de la valeur faciale des titres, la réactivité pour l'émission et la livraison des supports suite à une perte, une détérioration ou un vol et la sécurisation des supports, des données personnelles et des accès au site du prestataire de service.

19. Il résulte de l'instruction que seules deux entreprises sont agréées sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie en tant qu'émetteurs spécialisés de titres-repas. Ces deux entreprises ont participé à la procédure en litige et le GIE requérant a déposé une offre à géométrie variable en proposant l'émission de titres-repas sur support papier et/ou sur support dématérialisé. Lors de l'évaluation des offres l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie a refusé de noter l'offre de support dématérialisé du GIE Chèque Services Calédonien au motif que ce support électronique ne sera mis en œuvre qu'au second semestre 2016 et n'offre donc « aucune garantie à ce jour du service proposé tant sur la solution technique que sur l'adhésion des commerçants au dispositif ».

20. Le GIE - Chèque Services Calédonien n'est ainsi pas fondé à soutenir que l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie aurait appliqué un sous-critère non prévu et non pondéré pour rejeter son offre de support dématérialisé dès lors que cette partie de son offre n'a pas été notée au regard du critère de la valeur technique.

21. Le GIE requérant ne conteste pas que la carte chèque-déjeuner qu'il proposait dans son offre n'était pas opérationnelle à la date de remise des offres et devrait être déployée au second semestre 2016. Ce candidat estimait toutefois à près de 300 le nombre d'établissements susceptible d'accepter la carte proposée à la fin de l'année 2016, soit six mois après le début d'un

marché d'une durée d'une année. Dans ces conditions, l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie a pu à bon droit estimer que l'offre de support électronique ne présentait pas une consistance permettant de l'évaluer au regard du critère de la valeur technique.

22. Le GIE requérant soutient enfin que l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie, en soulignant que la société E-solutions.nc propose une carte potentiellement utilisable sur tout le réseau des terminaux de paiement électronique « *installées dans quasiment tous les commerces du territoire* », ne pouvait prendre en compte les affiliés potentiels de la société E-solutions.nc et refuser de prendre en compte les siens sans méconnaître le principe d'égalité d'accès à la commande publique.

23. Il résulte du rapport d'analyse des offres que la société E-solutions.nc proposait la mise à disposition de titres-repas crédités sur une carte pouvant être utilisée chez 182 commerçants déjà affiliés. La mention susmentionnée de la circonstance que ladite carte pourrait être utilisée sur les terminaux de paiement électronique de Nouvelle-Calédonie avait pour seul objet de souligner les potentialités d'évolution d'un réseau déjà existant. Il n'y a donc pas eu méconnaissance du principe d'égalité de traitement.

24. Il résulte de tout ce qui précède que le GIE - Chèque Service Calédonien n'est pas fondé, par les moyens qu'il soulève, à demander la résiliation du marché public d'émission de titres-repas conclu entre l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie et le société E-solutions.nc.

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

25. 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* ».

26. Ces dispositions font obstacle aux conclusions de dirigées contre l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

D E C I D E :

Article 1^{er} : La requête du GIE - Chèque Services Calédonien est rejetée.