

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 1400190

Société calédonienne de transports (SCT)

M. Schnoering
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Audience du 11 décembre 2014
Lecture du 16 décembre 2014

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la requête enregistrée le 21 mai 2014, présentée pour la société calédonienne de transports (SCT) dont le siège social est (...), représentée par son représentant légal en exercice, par la SELARL Descombes & Salans, avocats ; La société calédonienne de transports demande au Tribunal :

- à titre principal d'annuler le marché litigieux, dire et juger que cette annulation interviendra à une date laissant le temps matériel au SMTU d'organiser un nouvel appel d'offres ;

- à titre subsidiaire de prononcer la résiliation du marché litigieux, dire et juger que cette résiliation interviendra à une date laissant le temps matériel au SMTU d'organiser un nouvel appel d'offres;

- en tout état de cause de condamner le SMTU à lui verser la somme de 800 000 francs CFP sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative;

Elle soutient que :

- la décision de rejet de sa candidature est illégale, faute de reposer sur des dispositions réglementaires et faute d'avoir été précédée d'une invitation à régulariser le dossier ;

- elle est recevable et fondée à contester la validité du marché attribué à la société Carsud à l'issue de la consultation ;

- cette consultation est irrégulière, notamment en tant que les critères de sélection des offres méconnaissent tant les dispositions de l'article 27-2 de la délibération n° 136/CP que les principes fondamentaux de la commande publique ;

- le marché est lui-même irrégulier en plusieurs stipulations contractuelles (CCAP, CCTP) ;

- le choix de l'offre de Carsud est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation dès lors que cette société ne dispose pas des moyens humains et techniques nécessaires à l'exécution du marché ;

- elle a été privée d'une chance très sérieuse de se voir attribuer le marché ;
- elle se réserve la faculté de présenter des conclusions indemnitaires en cours d'instance ;

Vu, enregistrée le 3 juin 2014, la mise en demeure adressée au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et l'avis de réception de cette mise en demeure ;

Vu le mémoire enregistré le 19 juin 2014, présenté pour la société calédonienne de transports par la SELARL Descombes & Salans, avocats ;

Elle ajoute que :

- la délibération n° 136/CP, qui s'inspire de l'ancienne réglementation française (avant 2006), prévoit la possibilité de compléter le dossier d'offre (article 28) ;

- si la réglementation permet de compléter une offre, il ne découle d'aucune règle ni d'aucun principe que la candidature ne pourrait pas également être complétée ;

- la délibération n'interdit d'ailleurs pas au pouvoir adjudicateur d'inviter à régulariser une candidature ;

- en conséquence, le pouvoir adjudicateur peut soit exclure la possibilité de régulariser une candidature dans le RPAO, soit utiliser cette faculté en respectant l'égalité de traitement ;

- en l'espèce, le RPAO dresse la liste des documents demandés au stade de la candidature (article 4.1.), précise qu'il « sera vérifié la conformité des pièces demandées à l'article 4.1. » (article 5) et renvoie ensuite à la délibération n° 136/CP en ce qui concerne les règles générales de formalisme des soumissions ;

- en conséquence, le RPAO n'interdisait pas expressément à la Commission d'Appel d'Offres d'inviter les candidats à compléter leur dossier de candidature ;

- la Commission était donc tenue de l'inviter à compléter sa candidature ;

- il est nécessairement question d'obligation en l'espèce eu égard aux circonstances de l'appel d'offres (la requérante exploite le service depuis de longues années, annulation du précédent appel d'offres sur requête de la SCT, concurrence extrêmement faible - deux candidats - et marché portant sur des prestations particulières nécessitant un véritable savoir-faire), le SMTU ne pouvait décider de rejeter sa soumission de la requérante sans l'avoir au préalable invitée à régulariser son dossier ;

- elle conteste la matérialité de l'incomplétude qui lui a été reprochée ;

- le rejet de sa soumission est donc intervenu illégalement ;

- le SMTU a utilisé, en leur attachant une importance substantielle, les critères de « références et garanties professionnelles » et de « recours à la sous-traitance » alors même que ces critères ont été jugés irréguliers (CE, 29 décembre 2006, société Berteles SNC : CE, 9 juillet 2007, n° 29711) : la procédure est entachée d'une irrégularité dirimante ;

- la pondération des critères et sous-critères n'est pas justifiée par l'objet du marché : leur appréciation ne permet pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse ;

- ces irrégularités ont été de nature à avantager Carsud ;

- dès le stade de la candidature, le SMTU a entendu commencer à examiner les qualités des candidats sur le plan technique (plan de charge, effectifs, matériels) : les phases de sélection des candidatures et des offres n'ont pas été clairement distinguées dans chaque appel d'offres ;

- le SMTU a nécessairement commis une erreur manifeste d'appréciation en attribuant le marché à Carsud dans la mesure où cette société ne disposait pas des moyens techniques et humains nécessaires à l'exécution du marché et n'avait pas pris, au moment de sa soumission, les dispositions qui s'imposaient pour garantir qu'elle disposerait de ces moyens en temps utile ;

- il est aujourd'hui établi que Carsud est défaillante dans la mise en place des moyens, ce qui confirme le caractère irrégulier de l'attribution du marché à son profit ;

Vu, enregistré le 22 juillet 2014, le mémoire présenté pour le Syndicat Mixte des Transports Urbain du Grand Nouméa (SMTU) par la SELARL d'avocat Franck Royanez qui conclut au rejet de la requête, à titre subsidiaire à la confirmation de la résiliation du marché discuté et, en tout état de cause, à la condamnation de la société calédonienne de transports à lui verser la somme de 500 000 francs CFP sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative;

Il soutient que :

- la candidature de la SCT a été rejetée, 6 pièces manquant pour que celle-ci soit considérée comme complète, la seconde enveloppe contenant l'offre de la SCT n'était donc pas ouverte et lui était retournée, attachée au courrier d'irrecevabilité ;

- le 20 mars 2014, un avis d'attribution a été publié pour 4 lots sur 5 au bénéfice de la société Carsud ;

- par courriers en date des 10 et 18 juin 2014, l'entreprise Carsud a informé le SMTU de son incapacité à exécuter le marché qui lui avait été notifié ;

- par ordre de service du 20 juin 2014, le SMTU a notifié à la société Carsud la résiliation du marché à ses torts ;

- en raison de l'impossibilité de lancer dans des délais raisonnables un nouvel appel d'offres et en vue d'assurer la continuité du service public de transport scolaire sur le territoire du Grand Nouméa dès le 23 juin 2014, le SMTU a proposé à la SCT de prolonger une seconde fois la délégation de service public jusqu'au terme de l'année scolaire 2014 ;

- sur le fondement de l'article 1411-2 du Code général des collectivités territoriales, le Syndicat a adressé un ordre de service de prolongation, accepté par la SCT ;

- l'intérêt du maintien d'un recours en annulation et a fortiori de la demande en résiliation demeure très limité, dès lors que la requérante a été informée de la résiliation du marché par courrier du 12 juin 2014 ;

- en outre, ledit marché n'a jamais reçu de commencement d'exécution technique ou financière et la requérante a d'ores et déjà obtenu ce qu'elle souhaitait à savoir une nouvelle prolongation de son contrat de délégation de service public ;

- la SCT ne conteste nullement avoir remis une soumission incomplète ;

- le premier alinéa du 1 de l'article 52 du Code des marchés publics applicable en métropole offre seulement une faculté au pouvoir adjudicateur d'inviter tous les candidats concernés à compléter leur offre ;

- ni celui-ci, ni la commission d'appel d'offres ne se trouvent dans l'obligation de procéder à une telle invitation ;

- s'il est exact d'affirmer comme le fait la requérante que la délibération n° 136 prévoit la possibilité de compléter le dossier d'appel d'offres (article 28), il est tout à fait erroné d'en conclure que cette possibilité est étendue à la phase d'examen des candidatures : il s'agit-là de deux phases distinctes et qui suivent des règles différentes ;

- s'agissant des compléments que peuvent apporter sur invitations du pouvoir adjudicateur, le Conseil d'Etat a expressément rappelé cette frontière dans un arrêt du 4 mars 2011 n° 344197 ;

- en Nouvelle-Calédonie si la délibération 136/CP permet au pouvoir adjudicateur et en particulier à la commission d'appel d'offres d'engager les discussions avec les soumissionnaires, aucune disposition ne permet de le faire au niveau de l'examen des candidatures ;

- la requérante ne craint pas de lui faire grief d'avoir utilisé les critères de référence et garantie professionnelle d'une part, et de recours à la sous-traitance d'autre part, ce qui affecterait

la régularité de la procédure dès lors que ces critères ont été jugés irréguliers par le Conseil d'Etat alors que dans son référé précontractuel enregistré le 24 décembre 2013, la requérante exposait en page 8 de ses écritures que le RPAO souffrait d'une irrégularité : « *Ils n'ont pas fait référence à la liste réglementaire des critères de l'article 27-2, lequel prévoit pourtant que les 6 critères doivent être pris en compte..* » ;

- l'arrêt du Conseil d'Etat du 7 novembre 2012 (Polynésie Française n° 360252) a sanctionné l'autorité adjudicatrice pour ne pas avoir utilisé les 6 critères imposés par la réglementation ;

- cette jurisprudence a été étendue et appliquée à plusieurs reprises en Nouvelle-Calédonie et notamment à propos du premier marché du SMTU ;

- c'est donc dans le strict respect de la réglementation applicable au moment du lancement de l'appel d'offres que le SMTU a rappelé dans le règlement particulier d'appel d'offres les critères de référence et garantie professionnelle d'une part, et de recours en la sous-traitance d'autre part ;

- la requérante n'apporte aucune précision ou justification permettant d'apprécier le bien-fondé de ce que la pondération des critères et sous-critères ne serait pas justifiée par l'objet du marché ;

- en examinant les qualités des candidats sur le plan technique, il a parfaitement respecté la réglementation applicable ;

- aucun élément de l'offre de la société Carsud ne permettait d'envisager qu'elle serait défaillante dans l'exécution du marché, les retraits en cascade des sous-traitants pour l'exécution dudit marché ne pouvaient nullement être un élément déterminable a priori, dès lors que les ententes et autres pratiques anticoncurrentielles ne sont normalement pas autorisées par la loi ;

Vu l'ordonnance du 28 juillet 2014 fixant la clôture d'instruction au 4 septembre 2014, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi organique n° 99-209 et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999, relatives à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics ;

Vu la délibération de la commission permanente du congrès n° 64/CP du 10 mai 1989 fixant les cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux et aux marchés publics de fournitures courantes et de services passés en application de la délibération modifiée n° 136 du 1^{er} mars 1967 ;

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 11 décembre 2014 :

- le rapport de M. Schnoering, rapporteur ;

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

- et les observations de Me Descombes, avocat de la société calédonienne de transports (SCT), et de Me Levis-Etournaud, avocat du syndicat mixte des transports urbains (SMTU) ;

1. Considérant que le syndicat mixte des transports urbains (SMTU), établissement public créé le 1^{er} septembre 2010 regroupant les quatre communes du Grand Nouméa et la Province Sud, est, conformément à son objet qui figure à l'article 4 de ses statuts, notamment en charge de la gestion et de l'organisation du transport scolaire du secondaire sur la zone urbaine du Grand Nouméa ; que ledit syndicat mixte a lancé un appel d'offres sur la base d'un marché composé de cinq lots avec pour date limite de remise des offres le 11 février 2014 ;

2. Considérant que, par courrier du SMTU en date du 20 février 2014, la candidature de la société calédonienne de transports (SCT) a été rejetée ; que l'intéressée demande, à titre principal, l'annulation du marché litigieux, n° 14-M-03, relatif à l'exploitation de services de transport scolaire du secondaire sur le territoire du Grand Nouméa-périmètre des lots 1, 3, 4 et 5 et, à titre subsidiaire, sa résiliation ;

3. Considérant que le SMTU a notifié à l'attributaire du marché, la société Carsud, la résiliation du marché n° 14-M-03 à ses torts par ordre de service n° 2014-05-042 du 20 juin 2014; qu'il n'y a, par suite, pas lieu de statuer sur les conclusions tendant à la résiliation du marché dont s'agit ;

4. Considérant, par ailleurs, qu'en vertu de l'article 13-3 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée : « *L'exécution des marchés ne peut être confiée qu'aux entreprises ayant les capacités juridiques, techniques et financières nécessaires. L'administration apprécie souverainement ces capacités. A l'appui des candidatures, des soumissions ou des offres, il est exigé outre les pièces complémentaires indiquées au règlement de la consultation, les documents suivants : a) une déclaration indiquant son intention de soumissionner et faisant connaître son nom, prénoms, qualité et domicile et s'il agit au nom d'une société, le numéro d'immatriculation au registre de commerce ou au répertoire des métiers, la raison ou la dénomination sociale, l'adresse du siège social, la qualité en laquelle il agit et les pouvoirs qui lui sont conférés ; b) une note indiquant ses moyens techniques, le lieu, la date, la nature et l'importance des travaux qu'il a exécutés ou à l'exécution desquels il a concouru, l'emploi qu'il occupait dans chacune des entreprises auxquelles il a collaboré, ainsi que les noms, qualités et domiciles des hommes de l'art sous la direction desquels ces travaux ont été exécutés. Les certificats délivrés par ces hommes de l'art sont joints à la note ; c) un état des effectifs avec mention de la classification professionnelle du personnel salarié que l'entreprise projette d'occuper pour l'exécution des travaux, ainsi que la liste des sous-traitants éventuels ; d) une déclaration sur l'honneur indiquant que le soumissionnaire se trouve en situation régulière au regard des obligations fiscales et sociales. Le cas échéant la même déclaration doit être fournie par chaque sous-traitant ; e) Le plan de charge de l'entreprise. » ;*

5. Considérant aussi que l'article 4 –Présentation des offres- du règlement particulier de l'appel d'offres prévoit que : « *Les candidats auront à produire les pièces définies ci-dessous datées et signées par eux, rédigées en langue française, sous double enveloppe cachetée. 4.1 Dans la première enveloppe extérieure « candidatures» 1. une déclaration indiquant son intention de soumissionner (...) 2. une note indiquant les références à l'exécution de prestations similaires (...) 3. un état des effectifs de l'entreprise (...) 4. un état du matériel de l'entreprise (...) 5. le plan de charge de l'entreprise (...) 6. une attestation bancaire assurant de ses capacités financières (...) 7. une déclaration sur l'honneur indiquant que le soumissionnaire se trouve en*

situation régulière au regard des obligations fiscales et sociales(...) 8. une attestation de non-faillite ou K-BIS (...) 9.une attestation d'assurance responsabilité civile professionnelle (...) » ;

6. Considérant également qu'en vertu de l'article 27-2 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée : « *Seuls peuvent être ouverts les plis reçus dans les conditions fixées à l'article 26 de la présente délibération et au règlement particulier de l'appel d'offres; Après ouverture des enveloppes extérieures, la commission technique de dépouillement porte sur son procès-verbal la liste des concurrents qui manifestement présentent une offre incomplète ou dont les capacités paraissent insuffisantes. Les enveloppes intérieures de ces candidats ne sont pas ouvertes. Elles sont annexées au procès-verbal transmis à la commission d'appel d'offres.* », qu'en application de l'article 27-2 de la même délibération : « *(...) Les enveloppes des soumissionnaires éliminés leur sont rendues sans avoir été ouvertes (...)* » et qu'aux termes de l'article 28 dudit texte : « *Dans le cas où plusieurs offres seraient tenues pour équivalentes, tous éléments considérés, la commission de dépouillement pour départager les candidats, peut demander à ceux-ci de présenter de nouvelles offres. Hormis ce cas, la commission ne peut discuter avec les candidats que pour leur faire préciser ou compléter la teneur de leurs offres.(...)* » ;

7. Considérant que le courrier du SMTU en date du 20 février 2014 informe la société requérante de l'irrecevabilité de sa candidature et, par voie de conséquence de son élimination de la procédure d'appel d'offres concernée ; que ce même courrier précise que, conformément à l'article 13-3 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée, précisé par l'article 4.1 du Règlement Particulier d'Appel d'Offres, la candidature dont s'agit n'est pas conforme car incomplète ; qu'en effet, six pièces n'ont pas été fournies dans la première enveloppe extérieure de candidature à savoir une note indiquant les références à l'exécution de prestations similaires, un état des effectifs de l'entreprise, un état du matériel de l'entreprise, le plan de charge de l'entreprise, une attestation bancaire assurant de ses capacités financières et une attestation d'assurance responsabilité civile professionnelle ;

8. Considérant qu'il résulte de l'ensemble des textes applicables au marché contesté que le SMTU était en droit de considérer, après ouverture de l'enveloppe extérieure, que l'offre de la société requérante était irrecevable car incomplète ; que la commission d'appel d'offres n'était donc pas tenue d'inviter la requérante à compléter sa candidature ; que la société calédonienne de transports ne peut, à cet égard, invoquer les dispositions susénoncées de l'article 28 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée qui ne trouvent pas à s'appliquer à la phase d'ouverture des enveloppes extérieures des candidats au marché ; que la SCT ne peut davantage se prévaloir des circonstances particulières de l'appel d'offres pour soutenir que le SMTU ne pouvait décider de rejeter sa soumission sans l'avoir au préalable invitée à régulariser son dossier ; que, par suite, les conclusions tendant à l'annulation du marché litigieux ne peuvent qu'être rejetées ;

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

9. Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions des parties tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

D É C I D E :

Article 1^{er}: Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions tendant à la résiliation du marché n° 14-M-03, relatif à l'exploitation de services de transport scolaire du secondaire sur le territoire du Grand Nouméa-périmètre des lots 1, 3, 4 et 5.

Article 2: Le surplus des conclusions de la requête de la société calédonienne de transports (SCT) est rejeté.

Article 3: Les conclusions du syndicat mixte des transports urbains (SMTU) tendant à l'octroi de frais irrépétibles sont rejetées.