

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALÉDONIE**

N° 11136

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SARL TAT

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Desramé
Juge des référés

Le président juge des référés,

Ordonnance du 24 mai 2011

Vu la requête, enregistrée le 27 avril 2011, présentée pour la SARL TAT, dont le siège est (...) à Nouméa (98803), représentée par son gérant en exercice, par le cabinet Palmier Associés ; la SOCIETE TAT demande au juge des référés :

- sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-17 du code de justice administrative, de prononcer la suspension de l'exécution du contrat conclu par le centre hospitalier territorial de la Nouvelle-Calédonie avec la société Air Loyauté ;

à titre principal, d'annuler le marché conclu par le centre hospitalier territorial de la Nouvelle-Calédonie avec la société Air Loyauté et à titre subsidiaire, de prononcer sa résiliation ;

- d'appliquer au centre hospitalier territorial de la Nouvelle-Calédonie une pénalité de 20 % du montant du marché ;

- de mettre à la charge du centre hospitalier territorial de la Nouvelle-Calédonie une somme de 500 000 francs CFP au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La SARL TAT soutient :

- *qu'elle a participé à la procédure d'appel d'offres ouverte par le centre hospitalier territorial en vue d'assurer des prestations de transports sanitaires par avion du SAMU ;*
- *que par courrier du 23 mars 2011, le centre hospitalier l'a informé du rejet de son offre ;*
- *que le marché a été attribué à la société Air Loyauté le 21 mars 2011 ;*
- *que le marché a été conclu au terme d'une procédure manifestement irrégulière en fait et en droit ;*
- *qu'elle est recevable à présenter une requête à fin d'annulation sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-13 du code de justice administrative ;*

- que le délai prévu par les dispositions de l'article 2 bis de la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 entre la notification de la décision d'éviction et la signature du marché a été méconnu ;
- que les dispositions du code de justice administrative prescrivent un délai raisonnable minimal d'au moins 11 jours à respecter ;
- que le marché a été signé avant la réception du courrier d'éviction qui lui était destiné ;
- que de défaut d'observation de ce délai l'a privé de la possibilité d'exercer un recours en référé précontractuel ;
- qu'en outre, l'obligation de publicité et de mise en concurrence à laquelle la passation du marché était soumise a été méconnue d'une manière affectant ses chances d'obtenir le contrat ;
- que les principes de transparence des procédures et d'égalité entre les candidats ont été méconnus ;
- que le centre hospitalier territorial n'a donné aucune indication sur la pondération des différents critères de jugement des offres, sur leur hiérarchisation et sur les modalités de mise en œuvre des différents critères de jugement ;
- que le centre hospitalier territorial s'est réservé une liberté d'appréciation totale des variantes possibles ;
- qu'elle est fondée à solliciter l'annulation du marché litigieux ;
- que les vices affectant le contrat et sa procédure sont d'une gravité particulière en ce qu'ils touchent directement au choix de l'entreprise attributaire du marché, ainsi qu'à l'objet du contrat ;
- qu'aucune atteinte excessive à l'intérêt général ne peut être invoquée en l'espèce ;
- qu'en cas d'annulation du marché, le centre hospitalier territorial dispose d'un délai suffisant pour lancer une nouvelle procédure de passation visant à réattribuer le marché conformément aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 12 mai 2011, présenté pour le centre hospitalier territorial de la Nouvelle-Calédonie par la SELARL Louzier - Fauche - Cauchois ; il conclut, à titre principal, à l'irrecevabilité de la requête, à titre subsidiaire, à son rejet et à la condamnation de la SARL TAT à lui verser une somme de 300 000 francs CFP au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Le centre hospitalier territorial de la Nouvelle-Calédonie fait valoir :

- que le marché passé avec la société Air Loyauté a été notifié le 31 mars 2011 ;
- que le référé contractuel a été créé par l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 ;
- qu'aucune disposition de cette ordonnance ne rend applicable la procédure du référé contractuel en Nouvelle-Calédonie ;
- que la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie ne dispose que pour l'avenir ;
- qu'ainsi, cette loi n'a pas pu rendre applicable en Nouvelle-Calédonie l'ordonnance n° 2009-515 instituant la procédure du référé contractuel ;
- que les dispositions du décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 applicable de plein droit en Nouvelle-Calédonie ne concernent pas les marchés publics passés par les établissements publics de la Nouvelle-Calédonie ;
- que la requête de la SARL TAT est ainsi irrecevable ;
- que le droit communautaire et notamment la directive n° 2007/66/CE ne trouve aucune application en Nouvelle-Calédonie, en sa qualité de territoire d'outre-mer ;
- que l'Etat français ne possède aucune compétence dans le domaine des marchés publics de la Nouvelle-Calédonie et de ses établissements publics ;
- que le moyen tiré de la violation de la directive n° 2007/66/CE est donc inopérant ;

- que la délibération n° 136/CP ne fixe aucun délai entre la date de la décision attributive du marché et la date de la signature du marché ;
- qu'en tout état de cause, le délai de 11 jours prévu à l'article L. 551-15 du code de justice administrative n'est pas applicable en l'espèce ;
- que le marché litigieux était soumis à une obligation de publicité préalable ;
- qu'il n'était aucunement dans l'obligation de rendre public par un avis spécial son intention de signer un tel marché dans le délai de 11 jours ;
- qu'aucune disposition de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 ne prévoit une obligation de hiérarchisation ou de pondération des critères de jugement des offres ;
- que la liberté laissée aux candidats de proposer des variantes est totale, aucune exigence minimale ne s'imposant en la matière ;
- qu'ainsi, aucune violation de principe d'égalité des candidats ne peut être invoquée par la société requérante
- que la requête de la SOCIETE TAT doit ainsi, être rejetée comme non fondée ;

Vu le mémoire, enregistré le 13 mai 2011, présenté par la société Air Loyauté ; elle conclut à titre principal, à l'irrecevabilité de la requête et à titre subsidiaire, à son rejet ;

La société Air Loyauté fait valoir :

- qu'elle a été désignée titulaire du marché n° 2011/175, signé le 21 mars 2011 et notifié le 31 mars 2011 ;
- que les dispositions des articles L. 551-1 à L. 551-18 ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie ;
- que la requête de la SARL TAT est ainsi, irrecevable ;
- que la directive communautaire n° 2007/66/CE n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie ;
- que la loi organique du 19 mars 1999 précise que la Nouvelle-Calédonie est compétente pour les 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 ;
- que les dispositions des alinéas 1^{er} et 2^{ème} de l'article 28 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 ont été respectées ;
- que l'article 27 § 2 de la délibération susvisée ne fixe aucune obligation spécifique concernant une éventuelle hiérarchisation ou pondération des critères de jugement des offres ;
- qu'en outre, les principes de transparence et d'égalité des candidats n'ont pas été méconnus en l'espèce ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 23 mai 2011, présenté pour la SARL TAT qui maintient ses précédentes conclusions par les moyens que : la procédure contentieuse s'applique par principe en Nouvelle-Calédonie ; la directive recours s'applique également en Nouvelle-Calédonie ;

Vu les autres pièces du dossier ;

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

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

Sur la recevabilité :

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article L. 551-13 du code de justice administrative dans sa rédaction issue de l'article 1^{er} de l'ordonnance 2009-515 du 7 mai 2009 : *« Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section. »* ;

Considérant d'une part, que l'article 25 de l'ordonnance n° 2009-515 dispose que : *« Les dispositions de la présente ordonnance sont applicables aux contrats pour lesquels une consultation est engagée à partir du 1^{er} décembre 2009. »* ; qu'elle ne comporte aucune mention expresse prévoyant l'applicabilité en Nouvelle-Calédonie de l'article L. 551-13 précité ;

Considérant d'autre part, que l'article 16 de l'ordonnance n° 2009-536 du 14 mai 2009 portant diverses dispositions d'adaptation du droit outre-mer ne comporte aucune mention expresse prévoyant l'applicabilité en Nouvelle-Calédonie de l'article L. 551-13 précité ;

Considérant enfin, que l'article 18 de la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte a rajouté un article 6 alinéa 2 à la loi organique du 19 mars 1999 ; que le deuxième alinéa de l'article 6 dispose que : *« Dans les matières qui relèvent de la compétence de l'Etat, sont applicables en Nouvelle-Calédonie les dispositions législatives et réglementaires qui comportent une mention expresse à cette fin. Par dérogation au premier alinéa, sont applicables de plein droit en Nouvelle-Calédonie, sans préjudice des dispositions les adaptant à son organisation particulière, les dispositions législatives et réglementaires qui sont relatives : (...) 6°: A la procédure administrative contentieuse (...) »* ; que, toutefois, en application du principe de non rétroactivité de la loi dans le temps, les dispositions de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 instituant la procédure du référé contractuel devant le juge administratif n'ont pas pu être rendues applicables en Nouvelle-Calédonie, en absence de toute mention expresse dans ce texte, par le seul effet de l'entrée en vigueur des dispositions précitées de la loi organique n° 2009-969 qui lui est postérieure ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, que la procédure du référé contractuel prévue à l'article L. 551-13 du code de justice administrative n'est pas applicable devant le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie ;

Considérant qu'aux termes de l'article R. 222-1 du code de justice administrative : *« Les présidents de tribunal administratif (...) peuvent, par ordonnance : (...) 4° Rejeter les requêtes irrecevables pour défaut d'avocat, pour défaut de production de la décision attaquée ainsi que celles qui sont entachées d'une irrecevabilité manifeste non susceptible d'être couverte en cours d'instance ... »* ; que l'irrecevabilité de la requête, qui découle de la non applicabilité de la procédure du référé contractuel en Nouvelle-Calédonie, est manifeste et n'est pas susceptible d'être couverte en cours d'instance ; que, par suite, il y a lieu de rejeter ladite requête sur le fondement des dispositions précitées de l'article R. 222-1 du code de justice administrative ;

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

Considérant qu'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. » ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que le centre hospitalier territorial de la Nouvelle-Calédonie, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, soit condamné à verser à la SARL TAT une somme quelconque au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le centre hospitalier territorial de la Nouvelle-Calédonie ait engagé pour sa défense devant le juge des référés des frais justifiant que la SARL TAT soit condamnée à les lui rembourser sur le fondement des dispositions précitées ;

ORDONNE:

Article 1^{er} : La requête susvisée de la SARL TAT est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SARL TAT, au centre hospitalier territorial de la Nouvelle-Calédonie, et à Air Loyauté SARL.