

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE CALEDONIE**

N° 1700122

**HAUT-COMMISSAIRE DE LA REPUBLIQUE EN
NOUVELLE-CALEDONIE**

**M. Gueguein
Rapporteur**

**M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public**

**Audience du 15 juin 2017
Lecture du 20 juillet 2017**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie**

Vu la procédure suivante :

Par un déféré enregistré le 29 mars 2017 et un mémoire complémentaire enregistré le 9 juin 2017, le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie demande au tribunal d'annuler les marchés publics conclus le 8 novembre 2017 par le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie avec les sociétés (...) et (...) au titre, respectivement, des lots 5 et 14 de la consultation ayant pour objet les fournitures générales et les produits d'entretien pour l'année 2017.

Le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie soutient que :

- il est recevable à introduire le présent recours nonobstant la qualification d'offres inappropriées ou d'offres anormalement basses que pourraient recevoir les offres arrivées en première position des classements établis par le centre hospitalier ;
- ces deux marchés sont irréguliers en ce que le centre hospitalier ne les a pas attribués à l'opérateur économique ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse ;
- l'acheteur public doit attribuer le marché à l'offre arrivée en première position du classement ; si les offres ainsi classées pour les deux lots en litige étaient inappropriées ou anormalement basse, il appartenait au centre hospitalier de les éliminer selon les procédures prévues ; la méconnaissance de ces procédures vient vicier la régularité des marchés conclus.

Par deux mémoires en défense enregistrés les 29 mai et 9 juin 2017, le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie, représenté par la SELARL D&S Legal, conclut au rejet de la requête et demande que la somme de 500 000 francs CFP soit mise à la charge de l'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie soutient que :

- on peut douter de l'intérêt à agir du représentant de l'Etat dès lors qu'il lui reproche de ne pas avoir attribué le marché à un candidat dont l'offre était destinée au rejet ;
- il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions dirigées contre le marché attribué au titre du lot 5 car ce marché a été déclaré sans suite ;
- le grief soulevé par l'Etat sera rejeté pour ce qui concerne le lot 14 car l'offre la mieux classée était inappropriée et relevait de la catégorie des offres anormalement basses ;
- il ne sera pas fait droit aux conclusions tendant à l'annulation du marché eu égard à l'intérêt général s'attachant à la continuité de l'approvisionnement de l'établissement en alèse absorbante.

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 1er 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.

Après avoir entendu au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Gueguein, rapporteur,
- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public,
- et les observations de M. Latouche, représentant le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie, et de Me Descombe, avocat du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie.

Considérant ce qui suit :

1. Le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie demande l'annulation des marchés publics conclus le 8 novembre 2017 par le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie avec les sociétés (...) et (...) au titre des lots 5 et 14 de la consultation ayant pour objet les fournitures générales et les produits d'entretien pour l'année 2017.

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.

Sur le non-lieu à statuer et la recevabilité :

4. Le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie soutient qu'il n'y a plus lieu de statuer sur les conclusions tendant à l'annulation du marché conclu au titre du lot 5 « sacs plastiques » au motif que nonobstant l'envoi d'un acte d'engagement signé au service chargé du contrôle de légalité le 24 novembre 2016, la procédure d'attribution de ce lot aurait été déclarée sans suite.

5. Il résulte de l'instruction, et notamment du procès-verbal de la séance de la commission d'appel d'offres du 4 novembre 2017, lequel ne comporte que peu de mentions utiles, que cette commission a proposé la passation des marchés objet de la procédure, sans indiquer les lots concernés ni leurs attributaires, sauf pour lot 5 pour lequel elle déclare la procédure d'attribution sans suite.

6. L'acte d'engagement de la société (...) transmis au service chargé du contrôle de légalité indiquait le montant total des marchés attribués, soit 25 309 292 francs CFP, sans préciser les lots correspondants. Toutefois, il n'est pas contesté que ce montant de commande correspond à l'attribution des seuls lots 6 et 8. Aucun marché n'a donc été signé pour le lot 5.

7. Il résulte de ce qui précède que les conclusions précitées du haut-commissaire de la République contre le marché signé au titre du lot 5 sont irrecevables en tant qu'elles sont dirigées contre un marché qui n'existe pas.

Sur le fond :

8. Aux termes de l'article 27-2 de la délibération n° 136/CP susvisée dans sa rédaction applicable au litige dont s'agit : « *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. / La commission peut également éliminer toute offre considérée comme anormalement basse selon les critères suivants. / Une offre est considérée comme telle si cumulativement elle est : - inférieure à la moyenne arithmétique de l'ensemble des offres des candidats agréés à concourir dans le cadre d'une consultation, après application d'un abattement à cette moyenne d'un coefficient de 25%, - inférieure à l'estimation retenue par le maître d'ouvrage après abattement par application du même coefficient fixé ci-dessus. / Toutefois, la commission doit, avant d'éliminer cette offre, interroger par écrit le candidat afin de lui faire préciser le contenu de sa proposition, justifier son prix, dans le respect de la confidentialité. L'intéressé dispose d'un délai de quinze jours pour y répondre. / Si à la suite de sa réponse, la commission propose de lui attribuer le marché, sa proposition devra expliciter les raisons de son choix qui seront consignées au procès-verbal. / 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 ».*

9. Le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie soutient que le marché correspondant au lot 14 'alèse absorbante' est irrégulier en tant qu'il a été attribué à la société (...) alors que selon les documents transmis au service charge du contrôle de la légalité, la société (...) avait déposé l'offre économiquement la plus avantageuse.

10. Le centre hospitalier soutient tout d'abord que le représentant de l'Etat ne peut utilement soutenir que le marché aurait dû être attribué à la société (...) car l'offre de cette dernière était inappropriée et anormalement basse. Il soutient que seule la société (...) aurait présenté un intérêt à lui reprocher de ne pas avoir mis en œuvre les procédures concernant les offres inappropriées et les offres anormalement basses prévues par les dispositions précitées de l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967. Toutefois, ainsi qu'il a été dit au point 2 du présent jugement, le haut-commissaire de la République, compte tenu des intérêts dont il a la charge, peut invoquer tout moyen à l'appui des présentes conclusions.

12. Selon les documents de la consultation, l'attribution des lots du marché de fournitures générales et les produits d'entretien pour l'année 2017 devait s'effectuer selon deux critères, la valeur économique et la valeur technique, respectivement pondérés à 60 % et 40 %.

13. Selon le rapport d'analyse des offres, pour ce qui concerne le lot 14, l'offre déposée par la société (...) était effectivement la moins-disante, et s'est donc vue attribuer la note maximale sur le critère de la valeur économique équivalent à 60 points, pour une note finale de 60. La société (...) a reçu une note finale de 51, dont 19 points au titre de la valeur économique et 32 points au titre de la valeur technique.

14. Le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie soutient que l'offre de la société (...) était inappropriée, caractère illustré par la note de zéro qui lui a été attribuée au titre

du critère lié à la valeur technique, et notamment au titre du sous-critère lié au respect du cahier des charges. Il soutient également que cette offre était anormalement basse.

15. Tout d'abord, le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie ne peut utilement soutenir que l'offre de la société (...) était irrégulièrement basse dès lors qu'il n'a pas mis en œuvre la procédure contradictoire prévue par les dispositions précitées de l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967 et ignore si cette société pouvait justifier de la différence de prix existant entre son offre financière et celles de ses concurrents.

16. Ensuite, le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie est fondé à soutenir que le centre hospitalier territorial devait éliminer les offres qu'il estimait inappropriées préalablement à l'établissement du classement des offres.

17. Il résulte de ce qui précède que l'attribution du marché en litige est intervenue à l'issue d'une procédure irrégulière. Le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie demande en conséquence que le marché concerné soit annulé.

18. Il résulte de l'instruction, et en dépit de l'indigence des documents établis par le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie, que cet acheteur public a estimé, sans jamais le mentionner, que compte tenu de la note obtenue par les offres déposées par les sociétés (...) et (...) au titre du lot 14, soit 0 sur 60 notamment sur le critère 'Respect du cahier des charges', ces offres étaient inappropriées.

19. Et alors que les dispositions précitées de l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967 rappelées au point 8 prévoient que ces offres inappropriées doivent être éliminées avant leur classement, il a procédé à un classement desdites offres où, compte tenu de la pondération prévue, l'offre de la société (...), dont le prix proposé est inférieur de plus de 60 % à celui proposé par la moins-disante des offres appropriées, s'est retrouvée, en apparence, la mieux-disante malgré la note de zéro obtenue sur le critère de la valeur technique.

20. Dans ces circonstances, après correction des erreurs commises par l'acheteur dans le calcul des notes attribuées au titre de la valeur technique, et alors que le caractère inapproprié des offres déposées par les sociétés (...) et (...) pour le lot 14 n'est pas réellement contesté, les sociétés (...) Equipement, (...) et (...) auraient dû se voir attribuer respectivement les notes de 84 (soit 24 sur 40 points de valeur technique et 60 points au titre de la valeur économique), 81 (soit 24 points et 57 points) et 89 (soit 40 points et 49 points) sur 100. La société (...), à qui le marché a été attribué, était donc bien la mieux-disante.

21. Il résulte de tout ce qui précède que nonobstant les irrégularités précédemment soulevées, le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie n'est pas fondé à demander l'annulation du marché conclu au titre du lot 14 des fournitures générales du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie pour 2017.

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

22. 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 ».

23. Il n'y a pas lieu dans les circonstances de l'espèce de faire droit aux conclusions présentées par le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie au titre des dispositions susvisées de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

D E C I D E :

Article 1^{er} : Le déféré du haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie est rejeté.

Article 2 : Les conclusions du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie sont rejetées.