

**CAA de PARIS, 4ème chambre, 05/02/2021, 20PA00908, Inédit au recueil Lebon**

CAA de PARIS - 4ème chambre

Lecture du vendredi 05 février 2021

N° 20PA00908

Inédit au recueil Lebon

Président
Mme HEERSRapporteur public
M. BARONNETRapporteur
Mme Mireille HEERSAvocat(s)
DS LEGAL

Texte intégral

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La SARL Alpha-Biologie a demandé au Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie d'annuler les contrats, conclus le 3 mai 2019 au titre du lot n° 1 et du lot n° 2 d'un marché à bons de commande, passés entre la Province des Iles Loyauté et les sociétés Biocal et Calédobio pour la réalisation de prestations d'analyses et de prélèvements biologiques effectués dans les centres médicaux sociaux au profit des bénéficiaires de l'aide médicale et de prestations de transport.

Par un jugement n° 1900345 du 16 janvier 2020, le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a résilié le marché conclu le 3 mai 2019 par la Province des Iles Loyauté avec la société Biocal au titre du lot n° 1 et la société Calédobio au titre du lot n° 2 avec effet différé de six mois.

Procédure devant la Cour :

Par une requête enregistrée le 10 mars 2020 et deux mémoires enregistrés le 20 mai et le 16 septembre 2020, les sociétés Biocal et Calédobio, représentées par la SELARL DetS LEGAL, demandent à la Cour :

1°) d'annuler le jugement du 16 janvier 2020 du Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie ;

2°) de rejeter la demande présentée par la SARL Alpha-Biologie devant le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie ;

3°) de mettre à la charge de la SARL Alpha-Biologie la somme de 450 000 francs CFP à verser à chacune d'elles, sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent, dans le dernier état de leurs écritures, que :

S'agissant du lot n° 1 :

- aucune lésion de la société Alpha-Biologie n'est établie en ce qui concerne le critère du prix dont le tribunal a jugé qu'il n'était pas pertinent et qu'il avait été mis irrégulièrement en oeuvre ; d'une part, la société a proposé le même prix que Biocal, a eu la même lecture du dossier de consultation, et, d'autre part, l'écart des notes attribuées aux candidats est infinitésimal ; l'écart de notation sur le critère technique suffit à lui seul à justifier le rejet de l'offre de la société Alpha-Biologie ; le critère financier n'est donc pas en rapport direct avec l'éviction d'Alpha-Biologie ; cette absence de lésion par le critère du prix devait entraîner le rejet de tous les moyens dirigés contre ce critère ;
- à titre subsidiaire, la Province des Iles Loyauté était libre de fixer dans un accord conclu avec un prestataire un tarif différent de celui prévu à l'annexe de la convention du 5 juillet 2012 signée entre le syndicat des biologistes de Nouvelle-Calédonie et les organismes sociaux et elle en a informé en toute transparence Alpha-Biologie ; les propositions tarifaires des candidats à ce lot étaient donc régulières ; le critère prix était pertinent dès lors qu'il était justifié par l'objet du marché et avait pour but d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, et sa valeur n'était pas excessive ;
- à supposer même que le tarif prévu à l'annexe de la convention du 5 juillet 2012 s'impose en l'espèce, l'offre présentée par la société Alpha-Biologie, qui ne respectait pas ce tarif, était irrégulière, et cette dernière n'est donc pas recevable à contester la validité du marché ;
- le moyen tiré de l'insuffisance d'informations sur le critère technique n'est pas assorti des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé ; en tout état de cause, les pièces contractuelles étaient suffisamment précises pour évaluer la technicité des candidats ;

S'agissant du lot n° 2 :

- la province a donné toutes les informations nécessaires à la société Alpha-Biologie ;
- la visite du centre médicosocial de Lifou n'était pas prévue dans les documents contractuels et n'était pas nécessaire ;

S'agissant de l'ensemble du marché :

- l'abus de position dominante n'est pas caractérisé ; l'appréciation des offres a été effectuée sur la base de critères objectifs ;
- le moyen tiré de la violation des principes d'efficacité de la commande publique et du bon emploi des deniers publics est inopérant dès lors qu'il ne se rattache à aucune lésion.

Par deux mémoires en défense, enregistrés le 27 avril et le 20 août 2020, la SARL Alpha-Biologie, représentée par Me C..., conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 500 000 francs CFP soit mise à la charge de chacune des sociétés Biocal et Calédobio au titre des frais liés à l'instance.

Elle soutient, dans le dernier état de ses écritures, que :

- les requérantes sont dépourvues d'intérêt à agir pour relever appel du jugement attaqué dès lors qu'elles disposent de recours qui leur sont propres pour obtenir réparation des éventuels préjudices qui résulteraient des conséquences d'un jugement prononçant la résiliation d'un marché dont elles sont titulaires ;

S'agissant du lot n° 1 :

- elle a subi une lésion du fait des informations erronées relatives au critère prix et de l'opacité dans laquelle elle a été volontairement maintenue lors de la procédure de mise en concurrence ; elle a de ce fait été empêchée de remettre une offre conforme au tarif conventionnel ; les tarifs étant réglementés, les deux offres auraient dû être rejetées par la commission d'appel d'offre comme étant irrégulières ; ce manque de transparence et d'informations est à l'origine de l'éviction de son offre ;
- le tarif issu de la convention du 5 juillet 2012 signée entre le syndicat des biologistes de Nouvelle-Calédonie et les organismes sociaux était applicable, ainsi que l'a reconnu dans ses écritures de première instance la Province des Iles Loyauté ; si la convention laisse aux provinces la possibilité de signer des accords bilatéraux, cela ne les autorise pas à déroger aux tarifs fixés par la convention ; au surplus, les accords non annexés à cette convention ne sont pas opposables aux autres laboratoires ;
- les informations communiquées aux candidats concernant le critère prix étaient insuffisantes ; la Province des Iles Loyauté n'a pas indiqué, dans sa réponse à la question formulée par la société Alpha-Biologie en ce sens, quelle était la valeur de B à retenir pour formuler l'offre de prix ; la méconnaissance de cette obligation d'information constitue un manquement à une règle d'ordre public ; la Province a manqué à son obligation de transparence et d'égalité de traitement des candidats ce qui a faussé la mise en concurrence et permis d'avantager la société Biocal sur le plan technique ;
- l'absence de pertinence du critère du prix pondéré à 40% est avérée en présence d'un tarif réglementé ; le prix proposé par les candidats pour les actes relevant de la nomenclature devait être le même et ce critère ne pouvait donc départager ces derniers ;
- elle a également été lésée par un manque d'information tenant aux prestations à réaliser au titre du lot n° 1, et au nombre de prélèvements ainsi qu'à la fréquence de ces derniers, ce qui a affecté la notation de son offre quant au critère technique ; elle n'a pas pu recueillir d'informations par une visite du centre médical de Lifou, qui lui a été refusée ; elle s'en est trouvée désavantagée par rapport à la société Biocal, qui bénéficie de vingt ans d'ancienneté dans l'exécution de ce marché ;

S'agissant du lot n° 2 :

- la procédure d'appel d'offre a méconnu les principes d'égalité des candidats et de transparence ; elle est entachée d'une insuffisance d'information sur les quantités et volumes transportés au cours des années passées, le nombre de sachets par origine géographique, la fréquence des transports et le nombre de malles et glacières actuellement en circulation ; ce défaut d'information a empêché les candidats entrants de formuler une offre, tandis que la société Calédobio disposait nécessairement de ces informations ; la province aurait dû organiser une visite technique du centre médico-social de Lifou pour rétablir l'égalité de traitement ; ce défaut d'information l'a nécessairement lésée car c'est sur le critère technique que son offre a été rejetée ;

S'agissant de l'ensemble du marché :

- l'attribution du marché résulte d'un abus de position dominante de la part du groupe Calédobio, titulaire du marché depuis vingt ans ; cette situation de position dominante a été constatée par avis de l'autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie ; le groupe Calédobio a eu la possibilité d'accorder des remises tarifaires et n'a pas recherché d'accord entre le syndicat des biologistes et la province des Iles Loyauté, le directeur du groupe étant aussi président du syndicat des biologistes ;
- les principes d'efficacité de la commande publique et de bonne gestion des deniers publics ont été méconnus dès lors que le choix d'une installation d'un laboratoire d'analyses médicales à Lifou aurait été plus pertinent que celui d'un marché pour les intérêts de l'île de Lifou et des administrés.

La requête a été communiquée à la Province des Iles Loyauté qui n'a pas présenté de mémoire en défense.

Par une ordonnance du 26 août 2020, la date de clôture de l'instruction a été fixée au 17 septembre 2020 à 12h00.

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 modifiée portant réglementation des marchés publics ;
- le décret n° 2020-1404 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre administratif ;
- le code de justice administrative.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme A...,
- les conclusions de M. Baronnet, rapporteur public,
- les observations de Me D... pour les sociétés Biocal et Calédobio,
- et les observations de Me B... pour la société Alpha Biologie.

Une note en délibéré a été enregistrée le 22 décembre 2020, présentée pour la société Alpha-Biologie.

Considérant ce qui suit :

1. Par un marché à bon de commandes conclu le 3 mai 2019, la province des Iles Loyauté a confié, à la suite d'une procédure d'appel d'offres, aux sociétés Biocal et Calédobio la réalisation de prestations portant sur des analyses et des prélèvements biologiques dans les centres médicaux sociaux de la province au profit des bénéficiaires de l'aide médicale des îles par un lot n° 1 ainsi que des prestations de transport par un lot n° 2. Les sociétés Biocal et Calédobio relèvent appel du jugement du 16 janvier 2020 par lequel le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a prononcé la résiliation des deux lots de ce marché avec effet différé de six mois.

Sur la recevabilité de la requête d'appel :

2. La faculté dont disposent les sociétés requérantes d'introduire un recours aux fins d'indemnisation des éventuels préjudices qui résulteraient pour elles des conséquences du jugement prononçant la résiliation du marché dont elles sont titulaires ne fait pas obstacle à la recevabilité de la présente action tendant à l'annulation de ce jugement. La société Alpha-Biologie n'est donc pas fondée à invoquer l'absence d'intérêt à agir des sociétés Biocal et Calédobio.

Sur le bien-fondé du jugement :

3. 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. La légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini. Les tiers au contrat, autres que 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, 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.

4. Saisi 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.

En ce qui concerne le lot n° 1 :

5. Ainsi qu'il a été rappelé au point 3, la société Alpha-Biologie, tiers au contrat et concurrent évincé, ne peut utilement invoquer à l'encontre du contrat conclu entre la Province des Iles Loyauté et la société Biocal que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office.

6. La société Alpha-Biologie soutient que la Province des Iles Loyauté n'a pas donné aux candidats une définition suffisante du critère prix et que ce critère n'était pas pertinent en présence d'un tarif réglementé. Elle se prévaut notamment de cet égard de ce que la Province n'a pas indiqué, dans sa réponse à la question formulée par elle, quelle était la valeur de B à retenir pour formuler l'offre de prix et soutient que la méconnaissance de cette obligation d'information constitue un manquement à une règle d'ordre public. Toutefois, d'une part, la méconnaissance, à la supposer établie, aux règles et principes ainsi invoqués ne présente pas le caractère de vices d'ordre public d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. D'autre part, il résulte de l'instruction que la société Alpha-Biologie a obtenu la note de 39,98/40 pour le critère du prix et de 52,5/60 pour le critère technique. Dans ces conditions, les vices qu'elle invoque à l'encontre du critère du prix tel que fixé par la Province des Iles Loyauté ne peuvent être à l'origine de son éviction et ne sont donc pas en rapport direct avec cette éviction, laquelle résulte de sa note technique dès lors que l'obtention de la note maximale sur le prix ne lui aurait pas permis de remporter le lot n° 1. Ainsi, les sociétés Biocal et Calédobio sont fondées à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie s'est fondé sur les motifs rappelés ci-dessus pour prononcer la résiliation du lot n° 1 du marché en litige.

7. Toutefois, il appartient à la Cour, saisie de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens dirigés contre le contrat conclu pour le lot n° 1 invoqués par la société Alpha-Biologie devant le tribunal administratif et devant la Cour.

8. En premier lieu, les critiques de la société Alpha-Biologie dirigées contre le critère du prix, sont, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, inopérantes et le moyen tiré de la méconnaissance des prix fixés par la convention CAFAT n'est pas d'ordre public.

9. En deuxième lieu, si la société Alpha-Biologie affirme que l'attribution du marché résulte d'un abus de position dominante, elle n'assortit ce moyen d'aucune précision concernant les pratiques anticoncurrentielles dont elle entend se prévaloir. Au demeurant, la circonstance que l'entreprise qui a été retenue se trouve en position dominante dans le secteur de la biologie médicale et soit également titulaire sortant du marché ne constitue pas en soi un abus de position dominante.

10. En troisième lieu, si la société Alpha-Biologie soutient qu'il a été porté atteinte aux principes d'efficacité de la commande publique et de bonne gestion des deniers publics dès lors que le choix de l'installation d'un laboratoire d'analyses médicales à Lifou aurait été plus pertinent pour les intérêts de l'île de Lifou et des administrés, un tel moyen ne peut être utilement invoqué à l'encontre du marché litigieux dès lors qu'il est sans incidence sur la validité du contrat.

11. En dernier lieu, elle soutient également que la Province a manqué à son obligation de transparence et d'égalité de traitement des candidats ce qui a faussé la mise en concurrence et permis d'avantager la société Biocal sur le plan technique. Elle se prévaut à cet égard d'une définition insuffisante des besoins et de la discordance entre les quantités des prestations indiqués dans le règlement particulier d'appel d'offres et le document portant décomposition du prix global et forfaitaire. Il résulte toutefois de l'instruction que la Province a répondu le 29 janvier 2019, au sujet de l'incohérence relevée par Alpha-Biologie dans un courrier du 6 janvier, que les " quantitatifs " à retenir étaient ceux du DPGF et étaient donnés à titre indicatif. Dès lors qu'Alpha-Biologie n'a pas réagi à cette réponse, elle ne saurait se prévaloir d'un défaut d'information.

12. Il résulte de tout ce qui précède que les sociétés appelantes sont fondées à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a résilié le lot n°1 du marché en cause.

En ce qui concerne le lot n° 2 :

13. Il résulte de l'instruction que la société Alpha-Biologie, qui a obtenu une meilleure note financière que la société Calédobio, aurait pu remporter le marché avec seulement deux points supplémentaires à sa note technique. Comme l'ont relevé par ailleurs les premiers juges, le caractère partiel et imprécis des informations remises aux candidats sur les quantités et volumes transportés au cours des années passées, le nombre de sachets par origine géographique, la fréquence des transports et le nombre de mallettes et glacières actuellement en circulation, ne permettait pas à ceux-ci de faire une offre adaptée aux prestations attendues s'ils ne disposaient pas par ailleurs de données précises. De plus, si une visite du centre médico-social de Lifou n'était pas indispensable à la présentation des offres, la réponse apportée par la Province, le 29 mars 2019, aux demandes de précisions formulées le 6 janvier précédent par la société Alpha-Biologie ne permettait pas de pallier totalement l'insuffisance des informations initiales. Ainsi, et alors que l'aspect technique constituait le critère essentiel pour départager les candidats et que la société titulaire sortant du marché disposait nécessairement des informations adéquates, ce manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, notamment à l'égalité de traitement des candidats, a directement lésé la société Alpha-Biologie dont l'offre, qui reposait sur une estimation nécessairement approximative de la nature et l'étendue des prestations à réaliser, a été écartée sur le critère technique. Dès lors, les sociétés Biocal et Calédobio ne sont pas fondées à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a résilié le marché conclu le 3 mai 2019 par la Province des Iles Loyauté avec la société Biocal au titre du lot n° 2.

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

14. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions susvisées d'aucune des parties, présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

Article 1er : Le jugement du 16 janvier 2020 du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie est annulé en tant qu'il a prononcé la résiliation du marché conclu le 3 mai 2019 par la Province des Iles Loyauté avec la société Biocal au titre du lot n° 1.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête et les conclusions de la SARL Alpha-Biologie présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Le présent arrêt sera notifié aux sociétés Biocal et Calédobio, à la SARL Alpha-Biologie et à la Province des Iles Loyauté.

Copie en sera adressée au haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie.

Délibéré après l'audience du 11 décembre 2020, à laquelle siégeaient :

- Mme A..., président de chambre,
- M. Mantz, premier conseiller,
- Mme Portes, premier conseiller.

Rendu public par mise à disposition au greffe, le 5 février 2021.

Le président-rapporteur,

M. A...L'assesseur le plus ancien,

P. MANTZLe greffier,

A. BENZERGUA

La République mande et ordonne au haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

N° 20PA00908 2