



**RÉPUBLIQUE
FRANÇAISE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

Légifrance

Le service public de la diffusion du droit

Références

CAA de PARIS

N° 17PA03812

Inédit au recueil Lebon

6ème chambre

Mme FUCHS TAUGOURDEAU, président
M. Jean-Christophe NIOUET, rapporteur
M. BAFFRAY, rapporteur public
SELARL RAPHAËLE CHARLIER, avocat

lecture du mardi 9 juin 2020

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société Le Vigilant a demandé au Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie d'annuler les marchés conclus par le centre hospitalier territorial (CHT) de Nouvelle-Calédonie avec la société Espace Surveillance en vue des prestations de sécurité des personnes et des biens et de sécurité incendie du Médipôle et du Logipôle de Koutio.

Par un jugement n°1700087 du 14 septembre 2017, le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a prononcé la résiliation de ces marchés avec effet trois mois après la notification du jugement.

Procédure devant la Cour :

Par une requête, enregistrée le 15 décembre 2017, le CHT de Nouvelle-Calédonie, représenté par Me A..., demande à la Cour :

1°) d'annuler ce jugement du Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie du 14 septembre 2017 ;

2°) de rejeter la demande présentée par la société Le Vigilant devant le tribunal administratif ;

3°) de mettre à la charge de la société Le Vigilant le versement de la somme de 500 000 francs CFP sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- le marché en litige n'était pas un marché de clientèle, ainsi ce que le jugement attaqué l'a retenu à tort, mais, selon l'article 2 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP), un marché à commandes et indiquait à l'article 9 du même cahier un montant minimal et un montant maximal de commandes ;
- les révisions de prix prévues à l'article 11 du CCAP étaient régulières ;
- le jugement n'a pas répondu aux moyens soulevés en défense selon lesquels les griefs formulés par la société Le Vigilant n'avaient pu léser ses intérêts ; il est insuffisamment motivé ;
- les irrégularités qu'il a relevées sont en tout état de cause sans rapport avec l'éviction de la société Le Vigilant.

Par deux mémoires en défense, enregistrés le 23 février et le 21 septembre 2018, la société Le Vigilant, représentée par Me C..., conclut au rejet de la requête et à ce que soit mis à la charge du CHT de Nouvelle-Calédonie le versement de la somme de 4 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les moyens de la requête ne sont pas fondés ;
- à titre subsidiaire, le CHT de Nouvelle-Calédonie a méconnu ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence en omettant d'informer les candidats de l'obligation pour l'attributaire de reprendre les personnels du précédent titulaire du marché en application de l'avenant n° 12 de l'accord collectif des activités de gardiennage ; elle peut soulever ce moyen dès lors que l'absence de cette information a peut-être conduit la société attributaire à minorer le prix de son offre et donc à obtenir le marché à son détriment ;
- le CHT de Nouvelle-Calédonie n'a pas permis de s'assurer du respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats, en s'abstenant d'organiser une visite du site commune à tous ces candidats ;
- le règlement de la consultation a méconnu les dispositions des articles 27 et suivants de la délibération n° 136/CP du 1er mars 1967, en confondant les critères de sélection des candidatures et les critères de choix des candidatures, en prévoyant, au sein du critère tiré de la valeur technique des offres, un sous-critère tenant à la " présentation globale de l'entreprise " ;
- le CHT de Nouvelle-Calédonie a méconnu les dispositions des articles 26 et 27 de cette délibération, relatives à la " double enveloppe ", en demandant aux candidats de présenter leur " plan prévisionnel d'intervention " dans l'enveloppe contenant les éléments liés à la candidature ;
- il n'a, contrairement à l'article 9 de cette délibération, pas prévu de clause organisant la révision du prix ;
- il n'a, contrairement aux articles 7 et 33 de la même délibération, pas suffisamment informé les candidats de l'importance des prestations à réaliser ;
- l'offre de la société Espace Surveillance était irrégulière au regard du CCTP et de l'article 3.1.1 du règlement de la consultation prévoyant une information sur le nombre de salariés disponibles, et aurait dû être éliminée ;
- le choix de cette entreprise est entaché d'erreur manifeste d'appréciation, ses effectifs étant insuffisants ;
- le CHT de Nouvelle-Calédonie n'a pas respecté son obligation de communiquer aux candidats les sous-critères se rapportant à la valeur économique des offres et à leur pondération.

Par un mémoire en réplique, enregistré le 27 août 2018, le CHT de Nouvelle-Calédonie conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens.

Il soutient que les moyens invoqués à titre subsidiaire par la société Le Vigilant ne sont pas fondés.

Par une ordonnance du 11 septembre 2018, la clôture de l'instruction a été fixée au 25 septembre 2018.

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.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. B...,
- et les conclusions de M. Baffray, rapporteur public.

Considérant ce qui suit :

1. Par son jugement du 14 septembre 2017, le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a prononcé la résiliation du marché conclu par le centre hospitalier territorial (CHT) de Nouvelle-Calédonie et la société Espace Surveillance en vue des prestations de sécurité des personnes et des biens et de sécurité incendie du Médipôle et du Logipôle de Koutio, avec effet trois mois après la notification du jugement. Le CHT de Nouvelle-Calédonie fait appel de ce jugement.

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. Un concurrent évincé ne peut ainsi invoquer, outre les vices d'ordre public dont serait entaché le contrat, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction.

3. 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.

Sur la requête du CHT de Nouvelle-Calédonie :

4. Aux termes de l'article 7 de la délibération du 1er mars 1967 visée ci-dessus : " Les prestations qui font l'objet des marchés doivent répondre exclusivement à la nature et à l'étendue des besoins à satisfaire. Le service intéressé est tenu de déterminer aussi exactement que possible les spécifications et la consistance de ces prestations avant tout appel à la concurrence ou toute négociation ". Aux termes de l'article 33 de la même délibération : " Certains marchés peuvent ne fixer que le minimum et le maximum des prestations arrêtées en valeur ou en quantité, susceptibles d'être commandées au cours d'une période déterminée n'excédant pas celle d'utilisation des crédits ouverts, les quantités de prestations à exécuter étant précisées, pour chaque commande, par l'administration, en fonction des besoins à satisfaire. Ces marchés, dits "marchés à commandes", doivent indiquer la durée pour laquelle ils sont conclus. Ils peuvent comporter une clause de tacite reconduction, sans toutefois que la durée totale du contrat puisse excéder trois années. / L'administration peut aussi passer des marchés par lesquels elle s'engage à confier à un entrepreneur ou fournisseur, pour trois ans au plus, l'exécution de tout ou partie de certaines catégories de prestations suivant commandes faites au fur et à mesure des besoins. Si ces marchés, dits "marchés de clientèle" le prévoient expressément, et à des dates fixées par eux, chacune des parties contractantes aura la faculté de demander qu'il soit procédé à une révision des conditions du marché et de dénoncer le marché au cas où un accord n'interviendrait pas sur cette révision sans avoir à payer ou à recevoir d'indemnité (...) ".

5. Il résulte des termes mêmes de l'article 2.2 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) du marché en litige que ce marché était un marché à commandes, et non un marché de clientèle ainsi que le tribunal administratif l'a qualifié à tort. Il résulte en outre de l'article 9 du même cahier qu'il prévoyait un " montant prévisionnel du marché (...) établi entre un minimum et un maximum " de prestations, à partir des quantités prévisionnelles moyennes définies à l'article 1er du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) et des prix proposés, avec une marge de variation de plus ou de moins 20 %, des agents supplémentaires en poste fixe et des ronds pouvant, selon les articles 2.1 du CCAP et 2.6 du CCTP, être demandés en dehors des prestations énoncées au marché. Ainsi, même si l'article 9 du CCAP prévoit que " le montant du marché est donné à titre indicatif ", le CHT est fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif s'est pour partie fondé sur l'irrégularité du marché au regard des dispositions citées ci-dessus de l'article 33 de la délibération du 1er mars 1967, relatives aux marchés à commande.

6. Si le tribunal administratif a également relevé que l'article 11 du CCAP prévoit, sans fixer de date déterminée pour ce faire, que les prix pourront être révisés pour tenir compte de certaines variations économiques significatives, et ne respecte donc pas les dispositions de l'article 10 de la délibération du 1er mars 1967 qui prévoient que lorsque le prix est révisable, il doit indiquer les modalités précises de révision de ce prix, cette irrégularité est sans rapport avec les règles applicables à la passation du contrat et avec l'éviction de la société Le Vigilant, et ne figure pas au nombre des vices d'ordre public que le juge doit relever d'office.

7. Il résulte de ce qui précède que le CHT de Nouvelle-Calédonie est fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif s'est fondé sur les motifs rappelés ci-dessus pour prononcer la résiliation du marché en litige.

8. Il appartient toutefois à la Cour, saisie de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés par la société Le Vigilant devant le tribunal administratif et en appel.

Sur les autres moyens soulevés par la société Le Vigilant :

9. En premier lieu, si la société Le Vigilant soutient que la procédure de passation serait irrégulière du fait de l'absence de mention dans les documents de la consultation, de l'obligation faite au futur attributaire du marché de procéder à la reprise des personnels du précédent titulaire, par l'avenant n° 12 à l'accord collectif

des activités de gardiennage, il résulte de l'instruction qu'elle assurait jusqu'alors les prestations objet de la consultation, de sorte que cette insuffisance d'information n'a eu d'incidence ni sur sa capacité à déposer une offre, ni sur le contenu de cette offre. Elle n'établit par ailleurs pas qu'ainsi qu'elle le soutient, la société attributaire aurait pu ignorer cette même obligation, connue en principe de tous les acteurs de ce secteur d'activités, et proposer en conséquence, une offre financière trop basse pour couvrir ses frais.

10. En deuxième lieu, la société Le Vigilant n'est pas fondée à soutenir, ainsi qu'elle le fait dans le dernier état de ses écritures, que le principe d'égalité entre les candidats aurait été méconnu en l'absence de visite du site, commune à tous ces candidats, une visite commune, organisée en plusieurs groupes pour des raisons de sécurité, s'étant tenue le 24 novembre 2016.

11. En troisième lieu, la société Le Vigilant ne saurait utilement soutenir que le CHT de Nouvelle-Calédonie aurait méconnu les dispositions des articles 26 et 27 de la délibération du 1er mars 1967 visée ci-dessus, en demandant aux candidats d'inclure leur plan prévisionnel d'intervention, dans l'enveloppe contenant les éléments liés à leur candidature, son offre ayant comme celle de la société Espace Sécurité respecté cette prescription du règlement particulier de l'appel d'offres, et les deux candidatures ayant été acceptées dans les mêmes conditions.

12. En quatrième lieu, la société Le Vigilant ne saurait plus utilement contester la prise en compte, au sein du critère lié à la valeur technique des offres, d'un sous-critère tiré de " présentation globale de l'entreprise ", les deux sociétés ayant obtenu les mêmes notes sur ce critère et sur ce sous-critère qui n'a donc exercé aucune influence sur le classement final des offres.

13. En cinquième lieu, il ne résulte pas de l'instruction que la société Espace Sécurité n'aurait pas fourni à l'appui de sa candidature l'état des effectifs exigé par l'article 3.1.1 du règlement particulier de l'appel d'offres. La société Le Vigilant ne saurait utilement soutenir qu'elle ne disposait alors pas de l'effectif nécessaire pour exécuter les prestations du marché, un candidat à l'attribution d'un marché public n'étant pas tenu de disposer d'un tel effectif préalablement à l'attribution du marché.

14. En sixième lieu, la circonstance que la société Espace Sécurité ne disposait pas de l'effectif nécessaire pour exécuter les prestations du marché lorsque celui-ci a été attribué, ne peut suffire à faire regarder le choix de cette entreprise comme entaché d'erreur manifeste d'appréciation.

15. La société Le Vigilant soutient, en dernier lieu, que le CHT de Nouvelle-Calédonie n'aurait pas communiqué aux candidats les sous-critères compris dans le critère tiré de la valeur économique des offres, et tenant selon la société Le Vigilant, pour le lot n° 1, au prix de la " prestation opérateur sur PC ", au prix de la " prestation de sûreté générale des sites " et au prix de la " prestation de sûreté du plateau technique ", et, pour le lot n°3, aux prix de revient des agents en fonction de leur qualification, dans l'offre de base et dans la variante obligatoire. Ce moyen est dépourvu de sérieux, la " prestation opérateur sur PC ", la " prestation de sûreté générale des sites " et la " prestation de sûreté du plateau technique " étant, non des sous-critères compris dans le critère tiré de la valeur économique des offres, mais les sous-lots compris dans le lot n° 1, qui faisait l'objet de l'appel d'offres, et dont la société avait nécessairement connaissance pour présenter son offre, comme elle avait connaissance des prestations comprises dans l'offre de base et dans la variante obligatoire du lot n°3.

16. Il résulte de tout ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de statuer sur la régularité du jugement attaqué, le CHT de Nouvelle-Calédonie est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a prononcé la résiliation du marché en litige.
Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

17. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge du CHT de Nouvelle-Calédonie qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, le versement de la somme que la société Le Vigilant demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens. Il y a lieu, en revanche, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de la société Le Vigilant une somme de 1 500 euros au titre des frais exposés par le CHT de Nouvelle-Calédonie et non compris dans les dépens.

DÉCIDE :

Article 1er : Le jugement n°1700087 du Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie du 14 septembre 2017 est annulé.

Article 2 : La demande présentée par la société Le Vigilant devant le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie et ses conclusions présentées devant la Cour sont rejetées.

Article 3 : La société Le Vigilant versera au CHT de Nouvelle-Calédonie une somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le présent arrêt sera notifié au CHT de Nouvelle-Calédonie et à la société Le Vigilant.

Copie en sera adressée pour information au ministre des outre-mer ainsi qu'au haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie.

Délibéré après l'audience du 26 mai 2020, à laquelle siégeaient :

- Mme Fuchs Taugourdeau, président de chambre,
- M. B..., président-assesseur,
- Mme Labetoulle, premier conseiller.

Lu en audience publique, le 9 juin 2020.

Le rapporteur,
J-C. B...Le président,
O. FUCHS TAUGOURDEAU
Le greffier,
P. TISSERAND

La République mande et ordonne au ministre de l'intérieur 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.

2

N° 17PA03812

Analyse

Abstrats : 39-08 Marchés et contrats administratifs. Règles de procédure contentieuse spéciales.