



C O N S E I L
E C O N O M I Q U E
S O C I A L E T
E N V I R O N N E M E N T A L
D E L A N O U V E L L E C A L E D O N I E

RAPPORT & AVIS N°13/2014

Saisine en urgence concernant le projet de délibération modifiant la délibération modifiée n°136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics



Présentés par :

Le président de la commission :

M. Jean-Claude BRESIL,

Le rapporteur de la commission :

M. Jean-Louis VEYRET,

Dossier suivi par :

Melle Louise BOEUF, chargée d'études juridiques.

Adoptés en commission, le 24 avril 2014,
Adoptés en Bureau, le 28 avril 2014,
Adoptés en Séance Plénière, le 29 avril 2014.

RAPPORT N°13/2014

Le conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie, conformément à l'article 155 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie,

Vu la délibération modifiée n°03/CP du 05 novembre 1999 portant organisation et fonctionnement du conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie,

Vu la délibération n°04-CES/2010 du 28 mai 2010 portant règlement intérieur du conseil économique et social,

A été saisi par lettre en date du 15 avril 2014 du président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie du projet de délibération portant modification de la délibération modifiée n°136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics, selon la procédure d'urgence.

Le bureau du conseil économique, social et environnemental a confié à la commission du développement économique, de la fiscalité et du budget, le soin d'instruire ce dossier,

Elle s'est réunie à plusieurs reprises notamment pour auditionner les représentants des services et les professionnels concernés par ce sujet, à savoir :

DATES	LES INVITÉS AUDITIONNÉS
22/04/2014	<ul style="list-style-type: none">- Monsieur Xavier TIEDREZ, directeur adjoint du budget et des affaires financières (DBAF- NC),- Monsieur Sébastien JEGOUX, responsable de la cellule des marchés publics des affaires administratives (DAA-NC)- Madame Laurence BAUDIER BOUSSIÈRE, chef de la section technique au SELC de la Direction des affaires juridiques (DAJ-NC)- Madame Jennifer SEAGOE, vice-présidente de la chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie, accompagnée de Monsieur Yannick BOUILLER, responsable juridique de la CCI
<i>Lesquels ont apporté un précieux concours aux travaux du conseil économique, social et environnemental dont les conclusions vous sont présentées dans l'avis ci-joint.</i>	
24/04/2014	Réunion d'examen & d'approbation en commission
28/04/2014	BUREAU
29/04/2014	SÉANCE PLÉNIÈRE
6	5

Conformément à l'article 22-20° de la loi organique modifiée n°99-209 du 19 mars 1999, la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de « réglementation des prix et organisation des marchés ».

C'est dans ce contexte juridique que s'inscrit l'examen du présent projet de délibération.

I – PRÉSENTATION DE LA SAISINE

En Nouvelle-Calédonie les marchés publics sont règlementés par la délibération 136/CP du 1^{er} mars 1967. Celle-ci avait fait l'objet d'une première proposition de modification par délibération du congrès, ayant conduit à la saisine du CESE-NC sur le sujet en janvier 2014¹.

Plus précisément, l'article 27-2 de ladite délibération fixe les critères de sélection des offres déposées par les entreprises soumissionnaires, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offre. Il prévoit la prise en compte de six critères définis² et de « ceux stipulés dans le règlement particulier d'appel d'offres ».

A ce titre, par deux ordonnances récentes³, le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a remis en cause la pratique actuellement adoptée en la matière. En effet, conformément aux principes fondamentaux de la commande publique (égalité de traitement des candidats, etc.), ne sont retenus que les critères liés et justifiés par l'objet du marché. Or, les six critères énoncés dans l'article 27-2 revêtent un caractère obligatoire et doivent donc tous être systématiquement employés dans chaque appel d'offre. De plus, il rend obligatoire la hiérarchisation ou la pondération de ces éléments afin d'en informer les entreprises. A ce jour, les procédures engagées par les collectivités et les établissements publics n'appliquent pas toujours les règles énoncées par le tribunal. Cette nouveauté jurisprudentielle pourrait avoir des conséquences importantes du fait de l'annulation de nombreux marchés publics ainsi que le paiement de dommages et intérêts conséquents aux candidats évincés (lorsque l'ensemble des critères, notamment ceux qui ne sont pas en lien avec l'objet du marché, n'ont pas été analysés).

Compte tenu de l'insécurité juridique engendrée et par souci de bonne gestion des appels d'offre publics, il apparaissait indispensable de procéder à la modification de l'article 27-2 afin de clarifier et de sécuriser la procédure, conformément aux principes fondamentaux de la commande publique.

Tel est l'objet de la présente saisine soumise à l'avis du conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie.

¹ Avis CESE-NC n°09/2014 (La modification avait pour but l'insertion de clauses sociales dans la réglementation locale des marchés publics afin d'encourager les Structures d'insertion par le travail)

² Prix des prestations, coût d'utilisation, valeur technique, références et garanties professionnelles et financières du candidat, délai d'exécution, conditions du recours à la sous-traitance

³ Ordonnances n°1300379, 5 déc. 2013, *Société Boyer SARL* et n°1300409, 4 janv. 2014, *Société calédonienne de transport*

II – OBSERVATIONS ET RECOMMANDATIONS

1. Concernant la modification apportée à l'article 27-2

En premier lieu, le conseil économique, social et environnemental note la pertinence d'une modification de l'article 27-2 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967.

Celle proposée tend tout d'abord à laisser au pouvoir adjudicateur néo-calédonien la possibilité de retenir, pour chaque marché, les critères de sélection des entreprises ayant répondu à l'appel d'offre. Un minimum de deux critères, parmi une liste non exhaustive de quatre, leur permet de faire ce choix. Ainsi, les critères de « *références et garanties professionnelles du candidat* » et « *des conditions de recours à la sous-traitance* », considérés comme illégaux ont été supprimés et une préférence est accordée à l'objet du marché. Enfin, celle-ci propose de rendre obligatoire la pondération de ces critères.

A l'instar de l'avis n°09/2014 rendu par l'institution sur ce sujet, le CESE-NC observe que l'ensemble des modifications apportées s'inspirent de la réglementation métropolitaine⁴ en se conformant à la jurisprudence constante du Conseil d'Etat⁵.

2. Le recours à la procédure d'urgence

Par ailleurs, le conseil économique, social et environnemental s'interroge sur le bien-fondé du recours à la procédure d'urgence.

Bien qu'il approuve le caractère indispensable et urgent d'une modification de l'article 27-2 afin d'éviter l'annulation de nombreux marchés existants, il observe une intervention tardive des pouvoirs publics en la matière eu égard à l'ancienneté de la délibération et à sa précédente modification.

3. La primauté d'une réforme globale du code des marchés publics

Enfin, le conseil économique, social et environnemental souligne qu'ayant déjà été saisi sur une proposition de modification de la délibération susvisée, les difficultés rencontrées lors de l'application de l'article 27-2 démontrent la fragilité de la réglementation actuelle des marchés publics locaux.

De fait, il déplore la mise en œuvre de réformes ponctuelles et limitées à des articles isolés les uns des autres.

A ce titre, il rappelle la primauté à réformer la réglementation des marchés publics en Nouvelle-Calédonie en insistant sur la nécessité d'une modernisation et d'une codification de celle-ci.

⁴ Article 53 du code des marchés publics : « I.- Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :

1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, etc

⁵ CE, 15 déc. 2008, Communauté urbaine de Dunkerque : ne peuvent être licitement retenus pour la sélection des offres que les critères liés et justifiés par l'objet du marché,

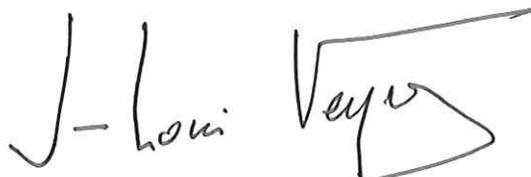
CE, 29 déc. 2006, Société Bertele SNC : au stage de l'analyse des offres le recours aux critères relatifs à la capacité des candidats est illégal,

Ainsi, le le conseil économique, social et environnemental réitère le souhait « que ce dispositif s'inscrive dans une disposition plus générale de **révision du code des marchés publics**.⁶ »

IV – CONCLUSION

Le conseil économique, social et environnemental émet un avis favorable au projet de délibération modifiant la délibération modifiée n°136/CP du 1er mars 1967 portant réglementation des marchés publics. Néanmoins, **il demande instamment que la refonte du code des marchés publics de la Nouvelle-Calédonie aboutisse dans les meilleurs délais.**

LE SECRETAIRE



Jean-Louis VEYRET

LE PRÉSIDENT



Yves TISSANDIER

⁶ Avis CESE-NC n°09/2014