

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE CALEDONIE**

N° 1600179

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SAS ENTREPRISES REUNIES

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Gueguein
Rapporteur

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Audience du 20 octobre 2016

Lecture du 3 novembre 2016

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 25 mai 2016, et des mémoires complémentaires, enregistrés les 19 septembre et 14 octobre 2016, la SAS Entreprises Réunies (SAS ER), représentée par Me Yann Elmosnino, demande au tribunal :

1. de condamner la province Nord à lui verser la somme de 30 832 176 F CFP au titre de son éviction irrégulière de la procédure d'attribution des marchés ayant pour objets l'entretien du revêtement et la signalisation horizontale du réseau routier provincial pour 2013-2014 ;

2. de mettre la somme de 400 000 F CFP à la charge de la province Nord au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La SAS ER soutient que :

- les principes fondamentaux de la commande publique ont été méconnus ; la société Colas semble avoir bénéficié d'un traitement différentiel puisque les pièces de marché la concernant diffèrent de celles fournies avec le dossier de la consultation ;
- les critères de choix des offres n'ont pas été hiérarchisés ou pondérés ;
- la commission d'appel d'offres était irrégulièrement composée ; la trésorière de la province Nord n'a pas participé aux travaux ;
- le choix de la société Colas comme titulaire est entaché d'erreur manifeste d'appréciation ; pour le lot 1, son offre était financièrement la plus intéressante et le rapport d'analyse des offres n'apporte aucune explication cohérente pour justifier de la supériorité supposée de l'offre de la société Colas sur le plan de la qualité technique ;
- elle disposait d'une chance très sérieuse de se voir attribuer le marché et peut donc prétendre à l'indemnisation du manque à gagner subi, soit la somme de 30 832 176 F CFP.

Par un mémoire en défense, enregistré le 11 août 2016, la province Nord conclut au rejet de la requête.

La province Nord soutient que les griefs ne sont pas fondés et que la SAS ER n'avait aucune chance de se voir attribuer les marchés.

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.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Gueguein ;
- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public ;
- les observations de Me Elmosmino avocat de la SAS Entreprises Réuniones.

Considérant ce qui suit :

1. La SAS ER demande au tribunal de condamner la province Nord à lui verser la somme de 30 832 176 F CFP au titre de son éviction irrégulière de la procédure d'attribution des marchés ayant pour objets l'entretien du revêtement et la signalisation horizontale du réseau routier provincial pour 2013-2014.

Sur le fond :

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.

4. Il résulte de l'instruction que le 17 janvier 2014, la province Nord a lancé un appel d'offres ouvert pour la passation de marchés ayant pour objet, d'une part, lot 1, les travaux d'entretien du revêtement du réseau routier provincial sur les subdivisions de Koumac, Koné, Touho et Canala, les travaux afférents à chaque subdivision correspondant chacun à un lot, et d'autre part, lot 2, la réalisation de la signalisation horizontale du même réseau routier dans les mêmes conditions d'allotissement.

5. La SAS ER qui a présenté une offre globale pour tous les lots semble contester ne s'être pas vue attribuer la totalité du marché mais ne vient critiquer que la procédure ayant conduit à attribuer à la société Colas la réalisation des prestations du lot 1.

6. Elle soutient que le principe d'égalité des candidats a été méconnu en ce que l'acte d'engagement signé par la société Colas qui a été porté à sa connaissance et le CCAP associé diffèrent de ceux fournis dans le dossier de la consultation. Toutefois, il demeure que les dispositions de l'article 2-2 du règlement particulier de l'appel d'offres précisent que les prestations afférentes à chaque subdivision de la province Nord feront l'objet d'un marché à part. Dans ces conditions, la circonstance que l'acte d'engagement et le CCAP du marché relatif à la subdivision de Touho diffèrent des documents globaux fournis dans le cadre de la procédure d'attribution est sans effet.

7. La SAS ER soutient que la commission d'appel d'offres qui a procédé à l'analyse des offres était irrégulièrement composée en ce que la trésorière de la province Nord n'a pas participé aux travaux mais n'invoque aucun élément permettant d'établir que l'absence de participation de ce membre avec voix consultative aurait eu une quelconque influence sur le sens de la décision d'attribution.

8. La SAS ER soutient également que la procédure est irrégulière en ce que les critères de choix de l'offre la plus avantageuse n'étaient ni hiérarchisés ni pondérés.

9. Aux termes de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 : « *La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : (...) 17° 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 (...)* ». Pour assurer le respect de ces principes, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats.

10. 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, en tenant compte des critères suivants : - 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, et ceux stipulés dans le règlement particulier d'appel d'offres* ».

11. Il résulte des dispositions de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et de l'article 27-2 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée, qu'en Nouvelle-Calédonie la réglementation des marchés publics prévoyait, au moment de la passation du marché litigieux, l'application d'au moins six critères pour la sélection des offres, qui sont, comme il a déjà été dit, le prix des prestations, le coût d'utilisation, la valeur technique, les références et garanties professionnelles et financières du candidat, le délai d'exécution, les conditions du recours à la sous-traitance. Ces critères peuvent être complétés par d'autres critères stipulés dans le règlement particulier d'appel d'offres.

12. Il résulte des dispositions susrappelées que le respect des principes fondamentaux de la commande publique implique, dans tous les cas, que le pouvoir adjudicateur fournisse aux candidats l'information appropriée sur les conditions de mise en œuvre des critères d'attribution, y compris lorsque les six critères prévus par la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie ne sont pas complétés par d'autres critères spécifiques au marché en cause, en indiquant la hiérarchisation ou la pondération des critères, même lorsque leur est attribuée une égale importance.

13. L'article 4.1 du règlement particulier d'appel d'offres de janvier 2014 correspondant au marché en cause dispose que : « *- Critères de jugement et agrément des offres... / Les critères servant à la détermination de l'offre la plus intéressante sont les suivants : - le prix, - les garanties professionnelles et financières de l'entreprise, - la valeur technique de l'offre, - le rabais éventuellement proposé, - les natures, l'état du matériel et la qualification du personnel que les entreprises comptent effectivement affecter au chantier, - la prise en compte des compétences professionnelles locales par le biais de la sous-traitance, et / ou de l'embauche d'ouvriers locaux, - la qualité technique et économique des propositions relatives à la prise en compte de la présence de matériaux amiantifères sur le site des travaux...* ».

14. La SAS ER est par conséquent fondée à soutenir que la province Nord s'est irrégulièrement abstenue de hiérarchiser ou de pondérer les critères ainsi établis.

15. Il résulte de plus de l'instruction que pour ce qui concerne le lot 1, à savoir les travaux d'entretien du revêtement, l'offre de la SAS ER était la moins-disante, soit 205 204 509 F CFP TTC, après rectification, pour tous les marchés du lot 1, au lieu de 222 855 234 F CFP pour la société Colas, soit une différence de 17 650 725 F CFP.

16. La province Nord soutient que l'offre de la SAS ER n'aurait pas été retenue en raison du nombre de sous-traitants avec lesquels elle envisageait de réaliser la prestation et de l'absence d'un dossier intitulé « Amiante environnemental - Propositions » dans son offre.

17. Il résulte toutefois du compte-rendu de la commission technique de ladite province que le dossier en litige figurait bien dans les documents fournis par la SAS ER. De plus, le rapport d'analyse des offres précise que la SAS ER possède une bonne expérience dans le

domaine des travaux publics, il souligne que le nombre de sous-traitants proposés pourrait constituer une source de problème au niveau de l'exécution étant donné la nature et les délais de réalisation. Il indique également que des malfaçons ont été constatées dans le cadre de la réalisation du marché d'enduit d'usure sur la campagne 2011-2012. Ce même rapport précise que la société Colas possède également une bonne expérience dans le domaine des travaux publics, a déjà réalisé ce genre de travaux pour la province Nord et a les capacités matérielles et humaines pour faire les travaux.

18. Si l'organisation du candidat, et notamment le nombre de sous-traitants auxquels il doit faire appel pour réaliser la prestation et les éventuelles difficultés que cela peut causer pour la réalisation d'un marché de travaux publics sur plusieurs tronçons routiers très éloignés les uns des autres, peut être prise en compte au titre de la valeur technique d'une offre, elle ne peut être regardée comme déterminante en l'absence de pondération associée sauf à ce que le maître d'ouvrage estime impossible la satisfaction des dispositions du CCAP, et notamment celles relatives aux délais de réalisation. En revanche, la seule circonstance que des malfaçons ont été constatées à l'occasion d'un autre marché, sans réelles précisions quant aux circonstances de l'espèce ou à l'existence d'un problème structurel dans la qualité des prestations assurées par une société, n'est pas de nature à être prise en compte dans le cadre d'une procédure d'attribution.

19. Dans ces circonstances, et compte tenu de l'absence de hiérarchisation ou de pondération claires des critères de choix, il y a lieu de regarder la SAS ER comme ayant été privée d'une chance sérieuse de se voir attribuer les marchés du lot 1 et donc de condamner la province Nord à l'indemniser du manque à gagner subi. Cette société a établi à 30 832 176 F CFP le montant du manque à gagner dans l'hypothèse où la totalité des lots lui aurait été attribuée, soit un montant de 202 633 337 F CFP TTC pour les marchés du lot 1 et un montant de 10 352 087 F CFP pour le lot 2. Elle a donc chiffré son préjudice sur la base d'un taux de marge nette moyen de 15,20 %.

20. Compte tenu de la circonstance que la SAS ER n'a pas été privée d'une chance sérieuse de se voir attribuer les marchés du lot 2, il y a lieu de condamner la province Nord à lui verser la somme 30 000 000 F CFP au titre du manque à gagner subi pour les marchés relevant du seul lot 1.

21. Il résulte de tout ce qui précède que la province Nord doit être condamnée à verser la somme de 30 000 000 F CFP à la SAS ER.

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. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre la somme de 200 000 F CFP à la charge de la province Nord au titre des frais exposés par la SAS ER dans la présente instance et non compris dans les dépens.

DECIDE :

Article 1^{er} : La province Nord est condamnée à verser la somme de 30 000 000 F CFP à la SAS Entreprise Réunion.

Article 2 : La province Nord versera la somme de 200 000 F CFP à la SAS Entreprise Réunion au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.