

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALÉDONIE**

N° 1700219

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SAS LE VIGILANT

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Gueguein
Rapporteur

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

M. Schnoering
Rapporteur public

Audience du 2 novembre 2017
Lecture du 16 novembre 2017

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée 21 juin 2017 et un mémoire complémentaire enregistré le 4 octobre 2017, la SAS Le Vigilant, représentée par la SELARL D&S Legal, demande au tribunal :

1°) à titre principal, de condamner la CCI de Nouvelle-Calédonie à lui verser la somme de 24 613 577 francs CFP au titre du manque à gagner subi du fait de son éviction irrégulière de la procédure d'attribution du marché ayant pour objet les prestations de surveillance, gardiennage et sécurité de l'aéroport international de La Tontouta ;

2°) à titre subsidiaire, de condamner la CCI de Nouvelle-Calédonie à lui verser la somme de 800 000 francs CFP au titre des frais nécessaires à l'établissement de son offre dans le cadre de la procédure d'attribution du marché ayant pour objet les prestations de surveillance, gardiennage et sécurité de l'aéroport international de La Tontouta ;

3°) de mettre la somme de 500 000 F CFP à la charge de la CCI de Nouvelle-Calédonie au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La SAS Le Vigilant soutient que :

- elle a obtenu l'annulation du marché en litige par jugement du tribunal de céans du 16 décembre 2014 confirmé par un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 8 juillet 2016 devenu définitif ; elle a présenté une réclamation préalable rejetée par décision du 10 mai 2017 ;

- l'irrégularité de la procédure d'attribution relevée par le tribunal de céans et la cour administrative d'appel de Paris est à l'origine de son éviction ; en retenant un critère tiré des références professionnelles, la CCI avantagait nettement son prestataire habituel ; sur le plan technique, son organisation est la plus avantageuse ; sur le plan financier elle était la plus compétitive ;

- la CCI fait tout pour ne pas travailler avec elle ainsi que le démontre le nombre de procédures invalidées ;
- elle présentait une chance sérieuse d'emporter le marché compte tenu des qualités intrinsèques de cette offre par rapport à celles de ses concurrents mais compte tenu également des observations qu'elle a présentées en cours de procédure quant à la nécessité de séparer certaines prestations en raison de la nouvelle réglementation des activités de gardiennage et de sécurité de Nouvelle-Calédonie ; elle a subi un manque à gagner de 24 613 577 francs CFP ; la CCI ne peut se contenter de critiquer le taux de marge établi avec le secours d'un cabinet comptable ;
- la préparation de son offre a nécessité 40 heures mobilisant ses ressources, humaines et matérielles, pour un montant de 20 000 francs par heure.

Par un mémoire en défense, enregistré le 21 septembre 2017, la CCI de Nouvelle-Calédonie, représentée par la SCP LPA – CGR, conclut au rejet de la requête et demande que la somme de 800 000 francs CFP soit mise à la charge de la SAS Le Vigilant au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La CCI de Nouvelle-Calédonie soutient que :

- la SAS Le Vigilant n'avait aucune chance de remporter le marché ; elle ne présentait pas de garanties suffisantes quant à sa capacité à disposer immédiatement du personnel nécessaire pour réaliser les prestations demandées ; elle proposait une réduction massive des effectifs sans explication ; elle ne proposait pas de service d'astreinte ; elle proposait une politique de formation peu ambitieuse ;
- le quantum du manque à gagner n'est pas justifié par des pièces suffisantes ;
- aucun élément ne vient appuyer le chiffrage des frais engagés pour présenter une offre.

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. Schnoering, rapporteur public ;
- les observations de Me Fromenteau, avocate de la SAS Le Vigilant.

Une note en délibéré présentée par la SELARL d'avocat D&S Legal avocat de la SAS Le Vigilant a été enregistrée le 6 novembre 2017.

Considérant ce qui suit :

1. La SAS Le Vigilant demande, à titre principal, la condamnation de la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie (CCI-NC) à lui verser la somme de 24 613 577 francs CFP au titre du manque à gagner subi du fait de son éviction irrégulière de la

procédure d'attribution du marché ayant pour objet les prestations de surveillance, gardiennage et sécurité de l'aéroport international de La Tontouta et, à titre subsidiaire, la condamnation de la même CCI-NC à lui verser la somme de 800 000 francs CFP au titre des frais nécessaires à l'établissement de son offre dans le cadre de la procédure d'attribution dudit marché.

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. En vue d'obtenir réparation de ses droits lésés, le concurrent évincé a la possibilité de présenter devant le juge du contrat des conclusions indemnitaires, à titre accessoire ou complémentaire à ses conclusions à fin de résiliation ou d'annulation du contrat. Il peut également engager un recours de pleine juridiction distinct, tendant exclusivement à une indemnisation du préjudice subi à raison de l'illégalité de la conclusion du contrat dont il a été évincé.

5. Lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce dernier, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter ce marché. Dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité. Dans la négative, elle a droit, en principe, au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre. Il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché. Dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique.

6. Il résulte de l'instruction que le marché en litige a été invalidé au motif que la CCI de Nouvelle-Calédonie n'avait retenu que trois des six critères d'attribution prévus par les dispositions alors applicables de l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967 susvisée. L'absence d'indication, dans le RPAO, de l'ensemble des critères de jugement des offres, ayant été susceptible d'affecter les modalités d'élaboration et de présentation des offres des candidats, il a été résilié.

7. La SAS Le Vigilant soutient qu'elle avait de sérieuses chances de se voir attribuer le marché compte tenu de la qualité technique de sa proposition et du caractère compétitif de son offre de prix. Toutefois, compte tenu de l'absence de hiérarchisation ou de pondération claires des critères de choix, et alors qu'il n'est pas contesté que son offre était classée en 3^e position, la SAS Le Vigilant ne peut soutenir qu'elle avait une chance sérieuse de se voir attribuer le marché.

8. La SAS Le Vigilant soutient également que compte tenu des erreurs commises dans les documents de la consultation quant aux missions confiées aux agents chargés d'assurer des missions de sécurité, elle était la seule à avoir déposé une offre conforme en distinguant les missions relevant des missions de sécurité des autres prestations. Cependant, dans l'hypothèse d'une irrégularité des documents de la consultation, il appartient à l'acheteur public soit de modifier lesdits documents et de prolonger le délai de dépôt des offres pour permettre à tous les concurrents de déposer une offre régulière soit de déclarer sans suite et d'initier une nouvelle procédure. La circonstance que la SAS Le Vigilant aurait corrigé les erreurs commises dans les documents du marché n'était pas de nature à éliminer les offres des autres concurrents. Dans ces conditions, la SAS Le Vigilant ne justifie toujours pas qu'elle avait une chance sérieuse de remporter le marché.

9. Dans ces conditions, la SAS Le Vigilant n'est pas fondée à demander que la CCI de Nouvelle-Calédonie soit condamnée à lui verser la somme de 24 613 577 francs CFP au titre du manque à gagner subi du fait de l'irrégularité de la décision attribuant le marché en litige à la société Espace Surveillance.

10. Toutefois, et nonobstant les affirmations de la CCI de Nouvelle-Calédonie selon lesquelles l'offre de la SAS Le Vigilant ne présentait pas de garanties suffisantes quant à la disponibilité immédiate des effectifs nécessaires à la réalisation des prestations, cette société, dont l'offre n'a pas été éliminée au stade de l'examen des candidatures, n'était pas dépourvue de toute chance de remporter le marché. Elle est donc fondée à solliciter la condamnation de la CCI de Nouvelle-Calédonie à l'indemniser des frais engagés pour présenter son offre.

11. La chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie conclut au rejet des conclusions tendant au remboursement desdits frais motif pris de ce que la SAS Le Vigilant ne justifie par réellement du quantum demandé, soit à la somme de 800 000 francs CFP. En

l'absence d'élément réellement probant, il sera fait une juste appréciation des frais exposés en les évaluant à la somme de 500 000 francs CFP.

12. Il résulte de tout ce qui précède que la SAS Le Vigilant est fondée à demander la condamnation de la CCI de Nouvelle-Calédonie à lui verser la somme de 500 000 francs CFP.

Sur les frais non compris dans les dépens :

13. 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* ».

14. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre la somme de 200 000 F CFP à la charge de la chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie au titre des frais exposés par la SAS Le Vigilant dans la présente instance et non compris dans les dépens.

15. Ces dispositions font obstacle aux conclusions dirigées contre la SAS Le Vigilant qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

D E C I D E :

Article 1^{er} : La chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie est condamnée à verser la somme de 500 000 francs CFP à la SAS Le Vigilant.

Article 2 : La chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie versera la somme de 200 000 francs CFP à la SAS Le Vigilant au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.