

**N° 063**

ENTREPRISE MENAOUER CHARLES

Mme Lacau  
Rapporteur

M. Briseul  
Commissaire du Gouvernement

Audience du 21 février 2008  
Lecture du 6 mars 2008

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

Le Tribunal administratif  
de Nouvelle-Calédonie,

39-02-005

39-02-02-03

Vu la requête, enregistrée le 4 janvier 2006, présentée pour l'entreprise MENAOUER CHARLES, ayant son siège (.../...), par Me Louzier et Me Flecheux ; l'entreprise MENAOUER demande au tribunal :

1°) d'annuler la décision du 7 juillet 2005 par laquelle le directeur de l'équipement de la province Sud a rejeté son offre pour l'attribution du marché relatif au « renforcement de la chaussée de la VE1 entre l'échangeur de l'Impérial et le carrefour de l'Etrier » ;

2°) d'enjoindre au président de l'assemblée de la province Sud de saisir le juge du contrat d'une action en nullité dans un délai de quinze jours à compter du jugement à intervenir, sous astreinte de 150 000 F CFP par jour de retard ;

3°) de condamner la province Sud à lui payer une somme de 2. 000 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

L'entreprise MENAOUER soutient que la décision attaquée a été prise en violation des principes fondamentaux de la commande publique, transparence des procédures, liberté d'accès à la commande publique et égalité de traitement des candidats, sous-tendus par les articles 6 et 14 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen : que les dispositions de l'article 24 et du 3° de l'article 25 de la délibération n° 136 du 1<sup>er</sup> mars 1967 ont été méconnues dès lors l'avis d'appel d'offres ne précise pas les conditions auxquelles doivent répondre les offres et ne comporte pas le modèle suivant lequel celles-ci doivent être présentées ; qu'il ne contient aucune des mentions prévues au 6° de l'article 25 de la même délibération, éléments de l'offre dont il sera particulièrement tenu compte lors du dépouillement des offres, justifications à produire concernant les capacités exigées de la part des soumissionnaires et possibilité de présenter des variantes ; que l'acte d'engagement ne comporte pas les mentions exigées à l'article 6 de la

délibération précitée, en particulier la rubrique budgétaire d'imputation, ce qui constitue une irrégularité substantielle ; que le marché n'a pas été notifié dans le délai de 2 mois à compter de la date de réception des offres fixé à l'article 28-1 de la délibération précitée : que le principe de transparence dans les marchés publics, à valeur constitutionnelle, a été méconnu au stade du lancement de la procédure pour les raisons susévoquées ainsi que du fait de l'absence de hiérarchisation des critères, puis au stade de l'attribution du marché dès lors que la décision litigieuse n'est motivée ni en fait, ni en droit, enfin après l'attribution du marché dès lors qu'aucun avis d'attribution n'a été publié par voie de presse ; que le principe général des droits de la défense a ainsi été méconnu ; que les critères de sélection des offres, au premier rang desquels figurent ceux prévus à l'article 27-2 de la délibération, puis ceux énoncés à l'article 4-2 du règlement de consultation des offres, n'ont pas été respectés, en particulier le critère le plus important dès lors que son offre était financièrement plus avantageuse que celle de l'entreprise retenue ; que le principe d'égalité de traitement entre les candidats a ainsi été méconnu ; qu'en outre la valeur technique de son offre était meilleure dès lors qu'il était le seul fabricant de béton bitumineux à avoir satisfait aux épreuves de formation exigées à l'article 2.2.1 du CCTP ; que le plan de charge de son entreprise était vide alors que celui du candidat retenu était plein ; que l'absence de hiérarchisation des critères de sélection prévus à l'article 4.1 du règlement de consultation a nécessairement conduit la province Sud à commettre une discrimination à son encontre ;

Vu, enregistré le 13 juillet 2006, le mémoire complémentaire présenté pour l'entreprise MENAOUER qui persiste dans ses conclusions initiales ;

Elle soutient, en outre, que ni l'article 3.1 du règlement de la consultation, ni aucune autre disposition n'exigeait la production sous peine d'irrecevabilité du certificat « Qualibat » ; qu'en décidant de retenir l'offre de la société Jean Lefebvre Pacifique au motif que celle-ci comportait cette attestation, la commission d'appel d'offres a méconnu les dispositions de l'article 27-1 alinéas 3 et 4 et celles de l'article 27-2 de la délibération du 1<sup>er</sup> mars 1967 ; que l'administration a commis une erreur de droit, une erreur de fait et une erreur d'appréciation ;

Vu, enregistré le 5 septembre 2006, le mémoire présenté par Me Caron, pour la société Jean Lefebvre Pacifique, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de l'entreprise MENAOUER à lui payer une somme de 400 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle oppose à titre principal l'irrecevabilité de la requête, présentée tardivement ; subsidiairement, elle fait valoir que les principes de transparence des procédures, de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats n'ont pas valeur constitutionnelle ; que le moyen tiré de la violation d'une norme constitutionnelle ne peut être utilement invoqué à l'encontre d'un acte administratif pris conformément à la loi ; qu'en effet, la réglementation des marchés publics ressortit à la compétence de la Nouvelle-Calédonie et revêt le caractère d'une loi de pays ; que le règlement de la consultation comporte l'ensemble des mentions exigées par la réglementation ; qu'en tout état de cause, ces griefs sont inopérants ; que ni le moyen tiré de l'irrégularité des clauses du marché, ni celui tiré de l'absence d'avis d'attribution du marché ne peuvent être utilement invoqués ; qu'aucun texte n'impose aux personnes publiques de communiquer les motifs de rejet des offres ; que le moyen tiré de l'absence de communication des documents relatifs aux opérations de la commission d'appel d'offres manque en fait ; que la réglementation des marchés publics n'impose pas la hiérarchisation des critères ; que le choix de l'entreprise pouvait légalement s'opérer à partir d'éléments d'information figurant dans l'enveloppe extérieure, en particulier s'appuyer sur l'existence de la certification « Qualibat » ; que le choix du titulaire du marché relève du pouvoir

discrétionnaire de l'administration et n'est soumis qu'à un contrôle restreint ; que la circonstance que l'offre de la requérante était moins élevée n'est pas par elle-même de nature à établir l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation, d'autant que l'écart de prix était faible et que les 2 offres étaient inférieures à l'estimation de l'administration ; que les épreuves de formulation, simple modalité d'exécution du marché, n'entraient pas en compte pour la sélection des candidatures ; qu'en cas d'annulation d'un acte détachable du contrat, le juge n'est pas tenu de faire droit aux conclusions en injonction de saisir le juge du contrat ; qu'il lui appartient de vérifier que la déclaration de nullité du contrat ne porte pas atteinte à l'intérêt général ; qu'en l'espèce, les prestations litigieuses sont totalement achevées et le règlement définitif du marché sur le point d'être finalisé ;

Vu l'ordonnance en date 14 mai 2007 fixant la clôture d'instruction au 18 juin 2007, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu, enregistré le 15 juin 2007, le mémoire présenté pour l'entreprise MENAOUER qui conclut, en outre, au rejet des conclusions de la société Jean Lefebvre Pacifique présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir, en outre, que le délai de recours contentieux contre la décision litigieuse, notifiée le 11 juillet 2005, a été prorogé par les recours administratifs qu'elle a exercés auprès du directeur de l'équipement et du président de la province Sud ; qu'une décision implicite de rejet est intervenue le 11 novembre 2005 ; qu'ainsi, la fin de non recevoir tirée de la tardiveté de la requête, enregistrée le 4 janvier 2006 avant l'expiration du nouveau délai de recours, doit être écartée ; que contrairement à ce que fait valoir l'entreprise Lefebvre, le Conseil constitutionnel a consacré l'existence de principes fondamentaux de la commande publique ; que la réglementation des marchés publics ne relève pas du domaine législatif ; qu'il ne résulte d'aucune disposition de la délibération de 1967 que l'administration puisse faire figurer les éléments d'information prévus à l'article 25 dans le règlement de consultation ; que les dispositions de l'article 6 de la délibération peuvent être utilement invoquées ; que la publication tardive non contestée d'un avis d'attribution établit la violation du principe de transparence dans les marchés publics dès lors que ces informations sont utiles pour l'exercice d'un recours contentieux ; que l'obligation de motiver les décisions de rejet des offres relève du même principe constitutionnel ; que ce n'est que si les capacités des candidats sont suffisantes qu'il est procédé à l'ouverture de la deuxième enveloppe, à l'instar de la réglementation applicable en métropole ; que la commission n'était pas en droit de réexaminer les capacités techniques ou financières des candidats au stade du jugement des offres ; que la production de la certification « Qualibat », relevant des capacités techniques de l'entreprise a été déterminante ; que ce nouveau critère d'attribution des offres a été introduit en cours de procédure ; que l'obligation de hiérarchiser les critères découle des principes fondamentaux de la commande publique, transparence et égalité de traitement ;

Vu, enregistré le 18 juin 2007, le mémoire en défense présenté par la province Sud, représentée par son président en exercice, qui conclut au rejet de la requête ;

Elle fait valoir qu'elle a respecté l'ensemble des principes fondamentaux dont la requérante se prévaut et les dispositions de la délibération du 1<sup>er</sup> mars 1967 ; que l'article 25 de cette délibération distingue l'appel d'offre de l'avis d'appel d'offres ; que ce dernier a fait l'objet de mesures de publicité ; que les éléments de l'offre dont il était prévu de tenir compte lors du dépouillement des offres, les justifications à produire concernant les qualités et capacités exigées des soumissionnaires et la possibilité de présenter des variantes figuraient dans le règlement particulier de l'appel d'offres ; que les moyens tirés de la violation des articles 6 et 28-2 de la

délibération, d'ailleurs inopérants, manquent en fait ; qu'en Nouvelle-Calédonie, aucun texte ne fait obligation à l'administration de hiérarchiser les critères de sélection des offres ; que le critère du prix n'est pas prédominant ; que les 2 offres, inférieures aux estimations de l'administration, étaient équivalentes ; que tous les plans de charge étaient relativement légers ; que les conditions de fabrication du béton bitumineux prescrites au CCTP ne figuraient pas parmi les critères de sélection ; que la certification « Qualibat », relative au critère « nature du matériel et qualification du personnel », difficile à obtenir et gage de sérieux et de qualité, était déterminante ; qu'aucune erreur manifeste d'appréciation ne peut être relevée en l'espèce ; que le principe d'égalité de traitement n'a pas été méconnu ; s'agissant des conclusions en injonction, que le règlement définitif du marché ayant été finalisé, il serait contraire à l'intérêt général de faire droit à ces conclusions ;

Vu l'ordonnance en date 21 juin 2007 fixant la réouverture de l'instruction, en application de l'article R. 613-4 du code de justice administrative ;

Vu l'ordonnance en date 17 juillet 2007 fixant la clôture d'instruction au 7 août 2007, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu, enregistré le 30 juillet 2007, le mémoire présenté pour l'entreprise MENAOUER qui conclut aux mêmes fins que ses précédents mémoires ;

Elle fait valoir, en outre, que contrairement à ce que fait valoir la province Sud, l'article 25 de la délibération du 1<sup>er</sup> mars 1967 n'opère pas de distinction entre les informations devant figurer dans l'avis d'appel d'offres et celles devant être portées à la connaissance des candidats lors de l'appel d'offres ; que le respect de la procédure de mise en concurrence et du principe du libre accès à la commande publique exige que tous les candidats potentiels disposent des mêmes informations ; qu'en l'espèce, le règlement de consultation n'a été remis qu'à 3 candidats ; qu'il n'est pas contesté que les modalités de financement n'étaient pas connues au stade de la procédure d'appel d'offre ; que l'avis d'attribution du marché n'est pas versé au dossier ; que le principe de transparence implique de publier, en amont, les critères de sélection des offres et de les hiérarchiser ou de les pondérer ; qu'en invoquant le défaut de motivation du rejet de son offre, elle se prévaut, non des dispositions de la loi du 11 juillet 1979, mais du principe de transparence des procédures ; que les documents communiqués par la province Sud l'ont été tardivement, après un avis favorable de la CADA ; que contrairement à ce que fait valoir la province, le plan de charge de la société retenue était beaucoup plus lourd que le sien ; qu'il n'est pas établi que cette entreprise respectait les prescriptions techniques requises ;

Vu la décision attaquée ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la délibération n° 136 du 1<sup>er</sup> mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics ;

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999, relatives à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu le code de justice administrative, dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 21 février 2008 :

- le rapport de Mme Lacau, rapporteur,

- les observations de Me Nanty, avocat de l'entreprise MENAOUER CHARLES, et de Mme Néto, représentant la province Sud, et de M. Latouche, représentant l'Etat,

- et les conclusions de M. Briseul, commissaire du gouvernement ;

Sur les conclusions de l'entreprise MENAOUER tendant à l'annulation de la décision du 7 juillet 2005 par laquelle le président de la province Sud a rejeté son offre pour l'attribution du marché relatif au « renforcement de la chaussée de la VE1 entre l'échangeur de l'Impérial et le carrefour de l'Etrier » :

Considérant, en premier lieu, que ni les dispositions de l'article 28-2 de la délibération du 1<sup>er</sup> mars 1967, ni aucune autre disposition législative ou réglementaire n'imposaient la motivation de la décision de rejet de l'offre de l'entreprise MENAOUER ; que le principe de transparence dans les marchés publics n'a pas davantage été méconnu dès lors qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que l'administration n'aurait pas donné satisfaction aux demandes de communication des motifs de rejet de leurs offres présentées par les soumissionnaires évincés ; en particulier, que l'entreprise MENAOUER a pu disposer, fût-ce tardivement, des documents lui permettant de présenter un recours contentieux, ce qu'elle a d'ailleurs fait ; enfin, que la décision contestée ne constituant ni une sanction, ni une mesure prise en considération de la personne, l'entreprise MENAOUER ne saurait, en tout état de cause, se prévaloir utilement du principe général des droits de la défense ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'aucun texte n'imposait que l'avis d'appel d'offre mentionnât les modalités de financement du marché, en particulier la rubrique budgétaire d'imputation ; que si l'avis d'appel d'offres ne comportait pas les mentions prévues au 3<sup>o</sup> et au 6<sup>o</sup> de l'article 25 de la délibération susmentionnée, notamment les conditions auxquelles devaient répondre les offres et notamment le modèle suivant lequel elles devaient être présentées, les éléments de l'offre dont il était prévu de tenir compte lors du dépouillement des offres, justifications à produire concernant les capacités exigées des soumissionnaires et possibilité de présenter des variantes, il est constant, d'une part, que dans l'avis d'appel d'offres, l'attention des soumissionnaires était expressément attirée sur la nécessité du strict respect des clauses figurant au règlement particulier de l'appel d'offres joint au dossier de consultation des entreprises, d'autre part, que les informations susmentionnées figuraient dans le règlement particulier de l'appel d'offres remis à l'entreprise MENAOUER ; que dans ces conditions, celle-ci n'est pas fondée à se prévaloir des principes fondamentaux de la commande publique ;

Considérant, en troisième lieu, qu'il ressort des dispositions de l'article 27-2 de la délibération précitée que le prix proposé n'est qu'un des éléments à prendre en compte pour l'attribution du marché en l'absence de hiérarchisation des critères de sélection, laquelle n'a, en elle-même, pas pour effet de porter atteinte aux principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats et ne méconnaît aucun texte applicable en l'espèce ; qu'il ressort du procès-verbal établi par la commission d'appel d'offres que l'offre de la société Jean Lefebvre

Pacifique, jugée économiquement équivalente à celle de l'entreprise MENAOUER, a été estimée plus intéressante dès lors qu'elle était assortie de la certification « QUALI-BAT-NC » ; que cet élément ne peut être regardé comme un nouveau critère introduit irrégulièrement en cours de procédure et constitue un élément d'appréciation du critère « natures du matériel et qualification du personnel effectivement affecté au chantier » figurant à l'article 4-1 du règlement de consultation des offres, qui pouvait, sans irrégularité, être pris en considération au stade du jugement des offres ; qu'en se bornant à soutenir qu'elle était le seul fabricant de béton bitumineux à avoir satisfait aux épreuves de formulation prescrites à l'article 2.2.1 du cahier des clauses techniques particulières, alors que cette exigence n'était qu'une simple modalité d'exécution du marché, l'entreprise n'établit pas que la valeur technique de son offre était supérieure à celle de la société Jean Lefebvre Pacifique ; que, compte tenu du caractère dérisoire de l'écart de prix de 0,2 % séparant les offres des entreprises MENAOUER et Jean Lefebvre Pacifique et du fait que ces deux offres étaient inférieures aux prévisions initiales de l'administration, il n'est pas davantage établi que l'offre du candidat retenu ne correspondait pas le mieux aux besoins exprimés et n'était pas la plus intéressante ; qu'ainsi, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'en rejetant la candidature de l'entreprise MENAOUER, alors même que son offre était d'un prix très légèrement inférieur et son plan de charge moins important, l'administration ait méconnu le principe d'égalité de traitement entre les candidats ou entaché sa décision d'erreur de droit, d'erreur de fait ou d'erreur manifeste d'appréciation ;

Considérant, enfin, qu'à la supposer établie, l'absence de notification du marché dans le délai de deux mois à compter de la date fixée pour la réception des offres, en violation des dispositions de l'article 28-1 de la délibération du 1<sup>er</sup> mars 1967, est sans incidence sur la légalité de la décision litigieuse ; que l'entreprise MENAOUER ne saurait utilement se prévaloir dans le présent litige ni du défaut de publication par voie de presse de l'avis d'attribution du marché, en méconnaissance des dispositions de l'article 28-2 de la même délibération, qui d'ailleurs manque en fait, ni de la circonstance que l'acte d'engagement ne comportait pas l'ensemble des mentions exigées à l'article 6 de la délibération précitée, en particulier la rubrique budgétaire d'imputation de la dépense ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la fin de non recevoir opposée par le président de l'assemblée de la province Sud, que la requête de l'entreprise MENAOUER doit être rejetée ;

*Sur les conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint au président de la province Sud de saisir le juge du contrat d'une action en nullité :*

Considérant que le présent jugement, qui rejette les conclusions aux fins d'annulation présentées par l'entreprise MENAOUER, n'implique aucune mesure d'exécution ; que les conclusions de la requérante tendant à ce qu'il soit enjoint au président de l'assemblée de la province Sud de saisir le juge du contrat d'une action en nullité du marché ne peuvent, en tout état de cause, être accueillies ;

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

Considérant, d'une part, que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la province Sud, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que la société requérante demande au titre

des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; d'autre part, que, contrairement à ce que fait valoir la requérante, la société Jean Lefebvre Pacifique, qui aurait eu, en l'absence de mise en cause, qualité pour former une tierce opposition, a la qualité de partie à l'instance pour l'application de ces dispositions ; que, toutefois, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de condamner l'entreprise MENAOUER CHARLES à lui verser la somme qu'elle demande à ce titre ;

D E C I D E :

Article 1er : La requête de l'entreprise MENAOUER CHARLES est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de la société Jean Lefebvre Pacifique présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.