

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE CALEDONIE**

N°1800027

SOCIETE X.

**M. Gueguein
Rapporteur**

**M. Schnoering
Rapporteur public**

**Audience du 17 mai 2018
Lecture du 31 mai 2018**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 23 janvier 2018, et un mémoire complémentaire enregistré le 13 mars 2018, la société X., représentée par la SELARL Calexis, demande au tribunal :

1°) de demander à la commune de (..) la communication des contrats, de l'offre de l'entreprise retenue, du procès-verbal d'analyse des offres et des rapports d'analyse des candidatures et des offres pour les lots 2,5, 6, 7, 9 et 10 du marché de prestations de transports scolaires ;

2°) d'annuler les marchés passés par la commune de (....) avec la société Y. pour les lots 2,5, 6, 7, 9 et 10 du marché de prestations de transports scolaires ;

3°) de condamner la commune de (....) à lui verser la somme de 25 757 169 francs CFP au titre du préjudice subi ;

4°) de mettre la somme de 300 000 F CFP à la charge de la commune de (....) au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société X. soutient que :

- la commune a attribué le marché à une société qui a présenté des offres anormalement basses sans mettre en œuvre la procédure prévue par les dispositions de l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967 ; les prix offerts par cette société ne peuvent être respectés sans fonctionner à perte ; même si les conditions prévues pour que l'offre de la société Y. soit qualifiée d'offre anormalement basse ne sont pas réunies, il appartenait à l'acheteur de s'assurer de la viabilité de l'offre ;

- en dehors du prix, les offres ont été évaluées en prenant en compte l'expérience dans le domaine pour 20 % et le matériel affecté au service pour 20 % ; elle dispose d'une flotte de véhicules et d'une expérience conséquente ; la société Y. ne dispose que d'une faible expérience et ne dispose pas d'un matériel de collecte suffisant, la continuité du service est défaillante ; six lignes ont été attribuées à cette société mais elle n'y a affecté que trois cars et a totalement sous-traité l'exploitation de deux lignes ; aucun élément n'établit que le sous-traitant a été agréé ;

- il appartenait à cette société de produire une liste des véhicules affectés au service ;

- l'offre de la société Y. présentait une situation erronée et tronquée ; cette même société a annoncé qu'elle affecterait des cars neufs sur les lignes mais ce n'est pas le cas ; elle a soutenu disposer d'une flotte suffisante mais ce n'est pas le cas ; le matériel affecté est insuffisant ; les cars doivent faire plusieurs fois le circuit en raison de leur taille insuffisante ;

- elle a subi un préjudice de 25 757 169 francs CFP soit 6 745 000 francs CFP au titre des indemnités de licenciement versées aux agents administratifs dont elle a dû se séparer, 11 800 000 francs CFP au titre des indemnités de licenciement versées à huit agents techniques travaillant précédemment sur les lots attribués à son concurrent et 7 212 169 francs CFP au titre de manque à gagner sur les lots en litige ; elle ne peut redéployer sa flotte ou ses employés en l'absence de commande publique.

Par des mémoires, enregistrés les 16, 28 février, 19 mars et 5 avril 2018 conclut au rejet de la requête et demande que la somme de 300 000 francs CFP soit mise à la charge de la SARL X. au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

La commune de (...) soutient que :

- les conclusions tendant à ce qu'il lui soit enjoint de communiquer des documents administratifs sont présentées à titre principal ;

- les griefs ne sont pas fondés ;

- cette société n'avait aucune chance de se voir attribuer les marchés en litige ; les griefs soulevés sont sans lien avec son éviction de la procédure ; le préjudice lié avec les indemnités de licenciement versées ne présentent pas de lien de causalité direct et certain avec la faute alléguée ; le montant du manque à gagner n'est pas établi.

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, rapporteur,

- les conclusions de M. Schnoering, rapporteur public,

- et les observations de Me Marie, avocat de la société X. et de Me Charlier, avocat de la mairie de (...).

Considérant ce qui suit :

1. La société X., demande au tribunal d'enjoindre à la commune de (...) de communiquer les contrats, les offres de l'entreprise retenue, le procès-verbal d'analyse des offres et les rapports d'analyse des candidatures et des offres pour les lots 2, 5, 6, 7, 9 et 10 du marché de prestations de transports scolaires, lots attribués à la société Y.. Elle demande également que les marchés correspondant soient annulés et la condamnation de la commune à lui verser la somme de 25 757 169 francs CFP au titre du préjudice subi.

Sur la fin de non-recevoir :

2. La commune soutient que les conclusions tendant à ce qu'elle communique des documents administratifs afférents à la procédure d'attribution des marchés contestés sont, en l'absence de demande préalable, des conclusions à fin d'injonction présentées à titre principal.

3. Il appartient au juge de former sa conviction sur les points en litige au vu des éléments versés au dossier par les parties. S'il peut écarter des allégations qu'il jugerait insuffisamment étayées, il ne saurait exiger de l'auteur du recours que ce dernier apporte la preuve des faits qu'il avance. Le cas échéant, il revient au juge, avant de se prononcer sur une requête assortie d'allégations sérieuses non démenties par les éléments produits en défense, de mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction des requêtes et de prendre toutes mesures propres à lui procurer, par les voies de droit, les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction, en particulier en exigeant de l'administration compétente la production de tout document susceptible de permettre de vérifier les allégations du demandeur.

4. En conséquence, l'opportunité de faire droit aux demandes de communication de pièces de la société X. relevant des pouvoirs propres du juge, la fin de non-recevoir tirée du non-respect de la procédure prévue par la loi du 17 juillet 1978 sur la communication des documents administratifs doit être écartée.

Sur le fond :

5. 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.

6. 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.

7. Il résulte de l'instruction que la société X., précédent titulaire de tous les lots du précédent marché du service de transports scolaires de la commune de (...), soutient que les lots 2, 5, 6, 7, 9 et 10 ont été attribués à la société Y. alors que cette dernière avait présenté des offres anormalement basses. Elle soutient que la procédure est irrégulière dès lors que la procédure d'élimination des offres anormalement basses prévue par les dispositions de l'article 27-2 de la délibération du 1er mars 1967 n'a pas été mise en œuvre.

8. Aux termes de l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967 susvisée : « *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. / ... La commission peut également éliminer toute offre considérée comme anormalement basse selon les critères suivants. / Une offre est considérée comme telle si cumulativement elle est : - inférieure à la moyenne arithmétique de l'ensemble des offres des candidats agréés à concourir dans le cadre d'une consultation, après application d'un abattement à cette moyenne d'un coefficient de 25 %, - inférieure à l'estimation retenue par le maître d'ouvrage après abattement par application du même coefficient fixé ci-dessus. / Toutefois, la commission doit, avant d'éliminer cette offre, interroger par écrit le candidat afin de lui faire préciser le contenu de sa proposition, justifier son prix, dans le respect de la confidentialité. L'intéressé dispose d'un délai de quinze jours pour y répondre. / Si à la suite de sa réponse, la commission propose de lui attribuer le marché, sa proposition devra expliciter les raisons de son choix qui seront consignées au procès-verbal. / Les opérations de la commission font l'objet d'un procès-verbal qui ne peut être rendu public, ni communiqué à aucun concurrent. Ce procès-verbal est immédiatement transmis à l'autorité visée à l'article 4 ».*

9. Contrairement à ce que soutient la commune, lorsque l'offre d'un candidat doit être regardée comme anormalement basse en application des critères cumulatifs rappelés ci-dessus, l'acheteur public est tenu d'interroger le candidat afin de lui faire préciser le contenu de sa proposition et de justifier son prix dès lors que ce n'est qu'à la lecture de cette réponse que l'acheteur pourra rejeter l'offre concernée ou la retenir, ce dernier choix devant faire l'objet d'une mention particulière dans le procès-verbal de la commission d'appel d'offres.

10. Toutefois, ainsi que le soutient la commune, les offres de la société Y. n'étaient pas inférieures à la moyenne arithmétique de l'ensemble des offres des candidats agréés à concourir dans le cadre d'une consultation, après application d'un abattement à cette moyenne d'un coefficient de 25 %. La commune n'était donc pas tenue de la traiter comme une offre anormalement basse.

11. La société X. soutient également qu'en dehors du prix, les offres ont été évaluées en prenant en compte l'expérience dans le domaine pour 20 % et le matériel affecté au service pour 20 %. Elle dispose d'une flotte de véhicules et d'une expérience conséquente alors que la société Y. ne dispose que d'une faible expérience et ne dispose pas d'un matériel de collecte suffisant.

12. Il résulte de l'instruction que l'évaluation des deux critères autres que le prix a conduit la commune à attribuer une note cumulée équivalente à la société requérante et à la société attributaire. En tout état de cause, compte tenu de l'avance obtenue par la société Y. sur le critère du prix, pondéré à 60 %, soit au moins vingt points d'écart, la société X. n'établit pas qu'une erreur sur la note attribuée sur les deux autres critères aurait conduit à modifier le classement final des offres.

13. La société X. soutient enfin qu'il appartenait à la société titulaire de produire la liste des véhicules affectés au service et de faire agréer ses sous-traitants. Compte tenu des dysfonctionnements affectant la continuité du service, l'offre de la société Y. présentait une situation erronée et tronquée, en annonçant affecter des cars neufs sur les lignes et disposer d'une flotte suffisante mais ce n'est pas le cas.

14. Il résulte de l'instruction que la société Y. a produit une liste des véhicules affectés au service. Le grief tiré du caractère incomplet de l'offre doit être écarté.

15. Si la société X. établit que le jour où a été rédigé le constat d'huissier produit des dysfonctionnements semblent avoir été constatés, il demeure qu'elle n'établit pas pour autant que l'offre de la société Marueura aurait comporté des renseignements volontairement erronés caractérisant l'existence d'une fraude de sa part.

16. Les griefs de la société X. doivent donc être écartés. Il résulte de tout ce qui précède que la société X. n'est pas fondée à contester la validité des marchés conclus au titre des lots 2, 5, 6, 7, 9 et 10 du marché de transports scolaires de la commune de (...). Les conclusions à fin d'indemnisation sont rejetées par voie de conséquence.

Sur l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

17. 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* ».

18. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre la somme de 150 000 F CFP à la charge de la société X. au titre des frais exposés par la commune de (...) dans la présente instance et non compris dans les dépens. La commune n'étant pas la partie perdante, les conclusions susvisées de la société X. doivent être rejetées.

D E C I D E :

Article 1^{er} : La requête de la société X. est rejetée.