

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE CALEDONIE**

N° 1600168

SARL LAB'EAU

**M. Gueguein
Rapporteur**

**M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public**

**Audience du 26 janvier 2017
Lecture du 16 février 2017**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAISE

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la procédure suivante :

Par une requête sommaire, enregistrée le 10 mai 2016, et des mémoires complémentaires, enregistrés les 8 juillet, 11 août, 15 septembre, 18 novembre et 8 décembre 2016, la SARL Lab'Eau, représentée par la SELARL Benech-Plaisant demande au tribunal :

1°) d'annuler le marché public ayant pour objet la réalisation d'analyses d'eau destinée à la consommation humaine conclu par la Nouvelle-Calédonie avec la société Calédonienne des Eaux ;

2°) de condamner la Nouvelle-Calédonie à lui verser la somme de 9 171 912 francs CFP au titre des frais d'établissement de son offre et du manque à gagner subi ;

3°) de mettre la somme de 350 000 F CFP à la charge de la Nouvelle-Calédonie au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société Lab'Eau soutient que :

- la Nouvelle-Calédonie a modifié un critère de jugement des offres en cours de procédure pour favoriser la société Calédonienne des Eaux ; elle a demandé une nouvelle présentation des offres financières correspondant à celle proposée par la société Calédonienne des Eaux mais contraire au bordereau de prix unitaires communiqué initialement ;
- la décision rejetant son offre ne comporte pas la mention des voies et délais de recours ;
- le marché ne pouvait être attribué à la société Calédonienne des Eaux sans méconnaître l'article 6 du règlement particulier d'appel d'offres ;

- l'offre de la société Calédonienne des Eaux était anormalement basse ; la Nouvelle-Calédonie ne connaît pas réellement le prix de la prestation du fait de l'exclusion des frais de transport ;
- les frais d'élaboration de son offre s'élèvent à 348 000 francs CFP ;
- elle a subi un manque à gagner d'environ 2 941 304 francs CFP par année d'exécution, soit 8 823 912 francs CFP si l'on tient compte des possibilités de renouvellement du marché.

Par un mémoire, enregistré le 15 septembre 2016, la société Calédonienne des Eaux, représentée par LFC Avocats, conclut au rejet de la requête et demande que la somme de 210 000 francs CFP soit mise à la charge de la société Lab'Eau au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que les griefs ne sont pas fondés.

Par deux mémoires en défense, enregistrés les 26 octobre et 16 décembre 2016, la Nouvelle-Calédonie conclut au rejet de la requête.

La Nouvelle-Calédonie soutient que :

- le recours est irrecevable à défaut de justification de la qualité à agir du gérant de la société requérante ;
- la requête est irrecevable en ce qu'elle a été enregistrée avant la conclusion du marché ;
- les conclusions indemnitaires sont irrecevables à défaut de réclamation préalable ; la réclamation préalable notifiée pour régulariser les conclusions est irrégulière en ce qu'elle est présentée au nom de la société Epureau ;
- les griefs ne sont pas fondés ;
- les demandes indemnitaires ne sont pas justifiées ; la société Lab'Eau ne justifiait d'aucune chance sérieuse de remporter le marché ; la société n'est pas fondée à demander l'indemnisation du manque à gagner pour les périodes de reconduction du contrat.

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 1^{er} 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. Arruebo-Mannier, rapporteur public,
- et les observations de M. Miquel, représentant le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, de Me Louzier, avocat de la Calédonienne des Eaux.

Vu la note en délibérée présentée pour la société Lab'eau enregistrée le 27 janvier 2017.

Considérant ce qui suit :

1. La société Lab'Eau conteste la validité du marché de réalisation d'analyses d'eau destinée à la consommation humaine conclu entre la Nouvelle-Calédonie et la société Calédonienne des Eaux. Elle demande également la condamnation de la Nouvelle-Calédonie à l'indemniser du manque à gagner subi et des frais exposés pour établir son offre.

Sur les fins de non-recevoir :

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. La recevabilité des conclusions indemnitaires, présentées à titre accessoire ou complémentaire aux conclusions contestant la validité du contrat est soumise, selon les modalités du droit commun, à l'intervention d'une décision préalable de l'administration de nature à lier le contentieux, le cas échéant en cours d'instance, sauf en matière de travaux publics.

5. Une réclamation préalable a été notifiée à la Nouvelle-Calédonie le 2 janvier 2016. En l'absence de décision explicite, une décision implicite de rejet est venue lier le contentieux indemnitaire préalablement à l'audience du 27 janvier 2017. La circonstance que le courrier de réclamation mentionne à une seule occasion la société Epureau au lieu de la société Lab'Eau est sans effet sur la régularité de cette demande qui indique clairement que la société Lab'Eau demande le versement d'une somme de 9 171 912 francs CFP au titre de l'irrégularité du marché ayant pour objet l'analyse de l'eau destinée à la consommation humaine. Les fins de non-recevoir soulevées à l'encontre des conclusions indemnitaires doivent donc être écartées.

6. La Nouvelle-Calédonie soutient aussi que les conclusions tendant à la contestation de la validité du marché en litige sont irrecevables à défaut d'avoir été présentées postérieurement à la conclusion dudit marché. Toutefois, la Nouvelle-Calédonie ne conteste pas que le marché dont la validité est contestée a été conclu entre-temps. Les conclusions de la société Lab'Eau sont donc bien présentées à l'encontre d'un marché signé. La fin de non-recevoir tirée du caractère précoce des conclusions doit être écartée.

7. La Nouvelle-Calédonie soutient enfin que la société Lab'Eau ne justifie pas de la qualité de sa gérante en exercice pour la représenter au titre de la présente action. La société requérante, par la production de ses statuts et d'un K bis, a justifié de la qualité de gérante en exercice de Mme Marchal et des pouvoirs de cette dernière pour représenter cette société au titre de la présente instance. La fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité pour représenter la société Lab'Eau doit donc être écartée.

Sur le fond :

Sur la validité de la convention :

8. Premièrement, la société Lab'Eau soutient que le courrier l'informant du rejet de son offre pour ce qui concerne le lot 1 ne comporte pas la mention des voies et délais de recours. Un tel grief n'est toutefois pas de nature à avoir exercé une influence sur la procédure d'attribution du contrat en litige.

9. Deuxièmement, la société Lab'Eau soutient que le marché de réalisation d'analyses d'eau destinée à la consommation humaine attribué à la société Calédonienne des Eaux est irrégulier en ce que la Nouvelle-Calédonie lui a demandé, postérieurement à la date limite de remise des offres, de modifier la présentation financière de son offre en alignant la structure du bordereau des prix unitaires sur celui proposé par la société Calédonienne des Eaux, c'est-à-dire en distinguant le prix du transport des échantillons d'eau de celui des analyses proprement dites.

10. La Nouvelle-Calédonie ne conteste pas qu'après avoir analysé les offres, elle a, par un courrier du 16 décembre 2015, demandé à la société Lab'Eau de lui faire parvenir une nouvelle version de son bordereaux de prix unitaires en dissociant les frais de transport du coût des analyses et en proposant un prix forfaitaire au kilogramme pour le transport des échantillons. Ce courrier précise que la « *nouvelle version du bordereau des prix unitaires* » devra être transmise « *en complément de la réponse écrite* ». Elle soutient avoir agi ainsi dans le cadres des dispositions de l'article 27 de la délibération précitée du 1^{er} mars 1967 et de l'article 10 du rapport d'analyse des offres.

11. Si un acheteur public peut demander à un candidat de clarifier son offre financière, ni les dispositions de l'article 27 de la délibération du 1^{er} mars 1967, ou celles d'aucun autre

article de cette délibération, ni les dispositions de l'article 10 du règlement particulier d'appel d'offres ne prévoient la possibilité de demander à un candidat de modifier la structure financière de son offre postérieurement à l'analyse des offres. La Nouvelle-Calédonie ne conteste pas avoir ainsi demandé à la société requérante d'aligner la présentation de son offre, qui était conforme aux documents de la consultation, sur le bordereau des prix unitaires présenté par la société Calédonienne des Eaux.

12. La société Lab'Eau, même si elle a été en mesure de remettre un bordereau de prix unitaires conforme aux nouvelles caractéristiques, est fondée à soutenir qu'en procédant de la sorte la Nouvelle-Calédonie a modifié les modalités d'appréciation du critère prix en faveur de la société Calédonienne des Eaux et a méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats.

13. Troisièmement, la société Lab'Eau soutient que la Nouvelle-Calédonie ne pouvait attribuer le marché en litige à la société Calédonienne des Eaux sans méconnaître les exigences prévues par les dispositions de l'article 6 du règlement particulier d'appel d'offres, lesquelles prévoient que *« Par souci de transparence et afin d'éviter tout litige sur les résultats fournis, le titulaire du marché ne pourra intervenir au titre du présent marché : - s'il est déjà prestataire d'une commune pour effectuer les autocontrôles du réseau d'eau potable de cette commune, - ou s'il exerce une activité de distribution d'eau en qualité de concessionnaire ou de fermier pour le compte de la commune. / Pour ce faire, il devra spécifier dans l'acte d'engagement les communes pour lesquelles il serait dans l'une de ces deux configurations... »*.

14. Elle soutient que la société Calédonienne des Eaux, filiale du groupe Suez, exerce une activité de distribution d'eau en qualité de fermier ou de concessionnaire sur les communes de Nouméa, Païta, Dumbéa, Mont-Dore, Boulouparis et La Foa en province Sud et devait donc être exclue de ces communes. Elle soutient également que le laboratoire de la société Calédonienne des Eaux travaille également pour le compte de la société Aqua Nord, autre filiale du groupe Suez Environnement, qui exerce la même activité de distribution d'eau pour les plus grandes communes de la province Nord et donc que l'offre de la société Calédonienne des Eaux ne pouvait être retenue pour les communes concernées.

15. La Nouvelle-Calédonie soutient qu'elle a effectivement exclu la société Calédonienne des Eaux des communes précitées de la province Sud où elle assure une activité de distribution d'eau potable mais ne pouvait faire de même pour les communes de la province Nord où la société Aqua Nord exerce la même activité compte tenu de la séparation juridique de ces deux filiales du groupe Suez Environnement.

16. Toutefois, si la société Calédonienne des Eaux et la société Aqua Nord sont dotées de personnalités juridiques distinctes, et au-delà du fait que le président de la société Aqua Nord est également le directeur général de la société Calédonienne des Eaux, il résulte de l'instruction que ces deux sociétés ont recours aux mêmes moyens humains et techniques, ou à tout le moins au même chef de laboratoire, au sein d'une structure placée auprès de la société Calédonienne des Eaux pour les agréments de laboratoire d'analyses des eaux et environnements délivrés par la province Sud et la province des Iles et auprès de la société Aqua Nord pour l'agrément délivré par la province Nord. Dans ces conditions, la société Lab'Eau est fondée à soutenir que la Nouvelle-Calédonie ne pouvait attribuer le marché en litige à la société Calédonienne des Eaux en y incluant les communes de la province Nord ayant concédé la distribution d'eau potable à la société Aqua Nord sans méconnaître les dispositions de l'article 6 du règlement particulier d'appel d'offres.

17. La société Calédonienne des Eaux soutient pour sa part avoir adopté une organisation permettant l'anonymat total des lieux de prélèvements et donc des conflits d'intérêts et que la méconnaissance des dispositions de l'article 6 du règlement particulier d'appel d'offres est indifférente eu égard à l'irrégularité desdites dispositions qui conduiraient l'acheteur à méconnaître le principe d'égal accès à la commande publique.

18. Toutefois compte tenu de l'impérieux motif d'intérêt général lié à l'indépendance du contrôle de la qualité de l'eau destinée à la consommation humaine et à l'absence total d'autocontrôle, les dispositions précitées de l'article 6 du règlement particulier d'appel d'offres portent une atteinte mesurée et strictement proportionnée au principe d'égal accès à la commande publique. En effet, en empêchant tout autocontrôle, même anonyme, ces dispositions préviennent les conflits d'intérêts et empêchent la redondance des erreurs qui pourraient résulter de la simple utilisation du même matériel ou des mêmes modes opératoires pour l'analyse des échantillons d'eau.

19. Il résulte de toute ce qui précède que la société Lab'Eau est fondée à soutenir que la procédure d'attribution du marché en litige est entachée d'irrégularités.

En ce qui concerne les conséquences des vices entachant la validité du marché :

20. Il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences. Il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer, le cas échéant avec effet différé, la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnisations en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat.

21. Eu égard à la gravité des vices retenus qui ont eu pour objet et pour effet de favoriser l'un des deux candidats à l'attribution de la convention, l'irrégularité du marché public en litige ne peut être régularisée. La Nouvelle-Calédonie soutient à bon droit que l'annulation du marché aurait d'importantes conséquences sur l'intérêt général compte tenu de la nécessité de procéder à des analyses régulières de contrôle de la qualité de l'eau destinée à la consommation humaine. Le marché litigieux est un marché à bons de commande d'une durée d'un an reconductible deux fois qui a été transmis aux services chargés du contrôle de légalité le 2 juin 2016. Eu égard à la nécessité de garantir la qualité de l'eau destinée à la consommation humaine, il y a lieu de résilier ce marché dans un délai de quatre mois à compter de la notification du présent jugement.

Sur les conclusions indemnitaires :

22. La société Lab'Eau soutient qu'elle aurait dû se voir attribuer le marché litigieux et demande la condamnation de la Nouvelle-Calédonie à lui verser la somme de 8 823 912 francs CFP au titre du manque à gagner subi. Elle demande également l'indemnisation de l'investissement nécessaire à l'élaboration de sa candidature, soit la somme de 348 000 francs CFP.

23. Il résulte de ce qui précède que seules deux sociétés se sont portées candidates à l'attribution du marché pour la réalisation d'analyses d'eau destinée à la consommation humaine et que ce marché a été attribué à la société Calédonienne des Eaux à la suite d'une méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats au bénéfice de cette société qui avait apparemment déposé une offre financière irrégulière en ce qu'elle ne respectait pas le bordereaux des prix unitaires transmis avec les documents de la consultation. Dans ces conditions la Nouvelle-Calédonie n'est pas fondée à soutenir que la société Lab'Eau n'aurait jamais pu obtenir le marché en litige au regard des notes attribuées au titre du critère prix.

24. De plus, la société Calédonienne des Eaux ne pouvait se voir attribuer le marché pour les communes où elle exerce une activité de distribution d'eau potable, soit les communes de Nouméa, Païta, Dumbéa, Mont-Dore, Boulouparis et La Foa en province Sud, qui représentent la grande majorité de la population de cette province, et plusieurs grandes communes de la province Nord, représentant également la majeure partie de la population, où la société Aqua Nord exerce la même activité avec la collaboration technique de la société Calédonienne des Eaux.

25. Il résulte de tout ce qui précède que la société Lab'Eau aurait dû se voir attribuer le marché en litige et peut donc prétendre à l'indemnisation du manque à gagner subi. Les conclusions tendant à l'indemnisation des frais d'établissement de son offre, nécessairement pris en compte pour la détermination du manque à gagner, doivent par conséquent être rejetées.

26. Le marché en litige est un marché à bon de commande annuel reconductible deux fois. La Nouvelle-Calédonie n'étant en aucun cas tenue de reconduire le marché, elle est fondée à soutenir que les prétentions de la société Lab'Eau doivent être limitée au seul manque à gagner subi pour une année de contrat.

27. En l'absence d'éléments permettant d'établir que les commandes auraient nécessairement dépassé le minimum prévu au marché, soit la somme de 13 000 000 de francs CFP, et en l'absence de contestation du taux de marge de 10 % réalisé pour ce type de prestation de service, il y a lieu de condamner la Nouvelle-Calédonie à verser la somme de 1 300 000 francs CFP à la société Lab'Eau au titre du manque à gagner qu'elle a subi.

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

28. 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* ».

29. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre la somme de 250 000 francs CFP à la charge de la Nouvelle-Calédonie au titre des frais exposés par la société Lab'Eau et non compris dans les dépens.

30. Ces dispositions font obstacle aux conclusions de la société Calédonienne des Eaux dirigées contre la société Lab'Eau qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

D E C I D E :

Article 1^{er} : Le marché public ayant pour objet la réalisation d'analyse d'eau destinée à la consommation humaine conclu par la Nouvelle-Calédonie avec la société Calédonienne des Eaux le 2 mai 2016 est résilié dans un délai de quatre mois à compter de la notification du présent jugement.

Article 2 : La Nouvelle-Calédonie est condamnée à verser la somme d'un million trois cent mille francs CFP (1 300 000) à la société Lab'Eau.

Article 3 : La Nouvelle-Calédonie versera la somme de deux cent cinquante mille francs CFP (250 000) à la société Lab'Eau au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions est rejeté.