

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALÉDONIE**

N° 1500149

SOCIETE EEC

M. Schnoering
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Audience du 4 mai 2016
Lecture du 26 mai 2016

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 21 mai 2015, la société EEC, représentée par la SELARL d'avocats Deswarte, demande au tribunal de condamner le syndicat intercommunal à vocation multiple (SIVM) Sud de La Foa à lui verser la somme de 2 649 422 236 francs CFP en réparation de son préjudice ainsi que la somme de 3 000 000 de francs CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- elle a intérêt à agir ;
- son recours est recevable ;
- le SIVM Sud de La Foa n'a pas respecté l'obligation de transparence en l'absence de hiérarchisation et de pondération des critères de l'offre ;
- les critères retenus ont été modifiés en cours de procédure : les critères de compréhension des obligations de service public et de la qualité du service ont été abandonnés et le critère relatif aux éléments financiers des investissements et à la redevance a été ajouté, en contradiction avec le principe fondamental de transparence de la commande publique ;
- des erreurs manifestes d'appréciation ont été commises sur le critère rajouté de la redevance : quant à l'indexation de la redevance sur le chiffre d'affaires et sur les irrégularités de la redevance proposée par la société Enercal qui n'est conforme ni à la réglementation applicable ni à la durée de la délégation de service public ;
- ainsi, d'une part, la collectivité a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que seule la redevance proposée par la société Enercal lui permettrait de décider des travaux à réaliser et, d'autre part, les modalités de reversement de la redevance ne sont pas en adéquation avec les exigences de la délégation de service public ;

- le SIVM a commis des erreurs de droit en attribuant la concession à la société Enercal dont le bilan d'exploitation antérieure fait état de nombreuses défaillances alors même qu'à toutes les étapes de la procédure d'appel d'offres, la candidature d'EEC a été jugée plus favorable pour la collectivité que celle présentée par Enercal ;
- la procédure d'appel d'offres est non seulement irrégulière mais encore erronée et ces irrégularités ont directement conduit à son éviction ;
- en laissant Enercal prendre en compte des éléments inconnus d'EEC, car découlant des investissements précédents, le SIVM Sud de La Foa n'a pas respecté le principe d'égalité de traitement des candidats ;
- le SIVM Sud de La Foa a commis une erreur de droit en ajoutant le critère relatif à l'enfouissement des travaux ;
- le choix d'Enercal caractérise un détournement de pouvoir ;
- le SIVM a commis une faute susceptible d'engager sa responsabilité pour la réparation du préjudice qui lui a été causé en ne respectant pas les principes applicables à la commande publique ;
- elle a engagé des frais de présentation de l'offre ;
- elle a subi un manque à gagner sur les ventes d'énergie et sur les redevances de location et d'entretien des appareils de mesure.

Par des mémoires enregistrés les 31 août et 5 novembre 2015, le syndicat à vocation multiple (SIVM) Sud de La Foa, représenté par Me Meddeb, avocat, conclut au rejet de la requête et à la condamnation d'EEC à lui payer 600 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Le syndicat à vocation multiple (SIVM) Sud de La Foa soutient qu'aucun des moyens soulevés n'est fondé.

Par un mémoire enregistré le 16 octobre 2015, la société EEC conclut aux mêmes fins sauf en ce qui concerne sa demande de frais irrépétibles qu'elle porte à 4 millions de francs CFP.

Elle ajoute que :

- la latitude de négociation des collectivités territoriales doit être appréciée au regard de l'intérêt général ;
- l'information délivrée aux candidats au stade de l'appel d'offres n'était pas appropriée mais déloyale ;
- la procédure est illégale en raison de l'ajout des critères relatifs aux éléments financiers et à la redevance et de l'absence d'informations relatives à la clientèle et à l'amortissement des investissements ;
- le SIVM Sud de La Foa n'apporte aucun élément probant s'agissant des erreurs manifestes d'appréciation commises dans le calcul du montant de la redevance proposée par Enercal ou les erreurs d'appréciation commises s'agissant du fonds de travaux ;
- son préjudice est strictement caractérisé et établi.

Une note en délibéré présentée pour la société EEC a été enregistrée le 6 mai 2016.

Une note en délibéré présentée pour le SIVM Sud de La Foa a été enregistrée le 11 mai 2016.

Vu :

- la décision attaquée ;
- les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 99-209 et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999, relatives à la Nouvelle-Calédonie ;
- la délibération n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie ;
- l'arrêté n° 2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 fixant les règles de calcul des tarifs de vente de l'électricité ;
- l'arrêté n° 2013-276/GNC du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie du 1^{er} octobre 2013 relatif à l'indice d'actualisation des tarifs de vente de la distribution d'énergie électrique ;
- le code général des collectivités territoriales ;
- 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. Schnoering, rapporteur,
- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public,
- et les observations de Me Joannopoulos, avocat de la société requérante.

Considérant ce qui suit :

1. En application de l'article 22 de la loi organique n° 99-209 susvisée : « *La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : (...) 26° Production et transport d'énergie électrique, réglementation de la distribution d'énergie électrique, (...)* » . Aux termes de l'article 158 de la même loi organique : « *Les articles L.1411-1 à L. 1411-3 du code général des collectivités territoriales sont applicables aux délégations de service public des provinces, de leurs établissements publics et des syndicats mixtes auxquels elles participent./ Les assemblées délibérantes de ces personnes morales de droit public se prononcent sur le principe de toute délégation de service public. Elles statuent au vu d'un rapport auquel est annexé un document présentant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire./ Elles sont saisies, après une procédure de publicité et de recueil d'offres dans les conditions prévues aux troisième et quatrième alinéas de l'article L. 1411-1 du même code, et l'avis d'une commission élue en leur sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste, du choix proposé par l'autorité habilitée à signer la convention parmi les entreprises qui ont présenté une offre.(...)* ». En vertu de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « *Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service./ Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la*

présentation de plusieurs offres concurrentes (...)/ La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'usager. ».

2. Par une délibération n° 17/2013 en date du 25 juillet 2013, le syndicat intercommunal à vocation multiple (SIVM) Sud de La Foa a approuvé le principe de la délégation de service public de distribution d'électricité, pour une durée de 20 ans, sur le territoire des communes de Boulouparis, La Foa, Farino, Sarraméa, Moindou et Païta (hors zone aéroportuaire). Par avis d'appel public à candidatures publié les 20 juillet et 2 août 2013, le SIVM susdit a lancé un appel d'offres pour cette délégation de service public. La commission d'appel d'offres (CAO) s'est réunie le 3 octobre 2013. Deux candidatures ont été réceptionnées : celle de la société EEC et celle d'Enercal. Les deux sociétés ont présenté leurs offres définitives à l'issue de réunions de négociation où elles ont été appelées à préciser différents points.

3. Par décision n° 913/2013 en date du 13 décembre 2013 le SIVM Sud de La Foa a notifié à la société EEC le rejet de son offre. La candidate évincée a sollicité auprès du SIVM Sud de La Foa l'allocation d'une indemnité en réparation du préjudice subi pour l'illégalité de la procédure d'appel d'offres diligentée pour un montant total de 2 649 422 236 francs CFP, comprenant 13 142 236 francs CFP au titre des frais de préparation de négociation et d'analyse du document du SIVM Sud de La Foa, outre la somme de 2 636 281 000 francs CFP au titre du manque à gagner. Sa demande préalable ayant fait l'objet d'une décision implicite de rejet, la société EEC demande au tribunal de condamner le SIVM Sud de La Foa à lui verser les sommes réclamées.

4. Les délégations de service public sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique. Pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres.

5. Toutefois, les dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales prévoyant que la personne publique négocie librement les offres avant de choisir, au terme de cette négociation, le délégataire, elle n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre de ces critères. Elle choisit le délégataire, après négociation, au regard d'une appréciation globale des critères, sans être contrainte par des modalités de mise en œuvre préalablement déterminées. Par suite, le moyen tiré de ce que la procédure aurait été entachée d'illégalité, en l'absence de pondération et de hiérarchisation des critères et de définition de leurs modalités d'examen, doit être écarté.

6. La requérante soutient, par ailleurs, que les critères retenus de compréhension des obligations de service public et de la qualité du service ont été abandonnés et que le critère relatif aux éléments financiers des investissements et à la redevance a été ajouté, en contradiction avec le principe fondamental de transparence de la commande publique.

7. Il résulte toutefois de l'instruction et notamment du rapport du président du syndicat sur le choix du délégataire et sur l'économie générale du contrat qu'il a été décidé de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse au regard de l'ensemble des critères de sélection des offres tels que précisés dans le règlement de la consultation.

8. Au nombre des critères de jugement des offres figurait, tout d'abord, la valeur technique de l'offre appréciée notamment au regard du mémoire explicatif à fournir par le candidat : sécurité d'exploitation, programmes d'application du contrat, organisation, moyens, modalités de conception et d'exploitation des ouvrages. Un deuxième critère de jugement des offres était relatif à la compréhension des obligations de service public. Le troisième critère d'appréciation des offres avait trait aux intérêts présentés par les aspects financiers : prix, cohérence de la justification du prix et de l'établissement du compte d'exploitation prévisionnel. Le quatrième critère permettant de juger les offres était relatif à la qualité du service : développement commercial conditionnant l'étendue du service proposé aux usagers, engagements pris pour le service rendu à l'utilisateur, information de l'autorité concédante et transparence de la gestion, information du public, propositions pour améliorer la qualité du service.

9. Au cours de la première réunion de négociation, il a été demandé à la société EEC de préciser divers éléments et notamment de présenter une proposition d'un paiement étalé de la redevance de concession sur douze mois ainsi qu'une nouvelle formule de calcul de la redevance de concession, ce qui atteste de la circonstance que le critère relatif à la redevance avait été pris en compte au premier stade de l'examen des offres. Il suit de tout ce qui précède que le moyen tiré de l'abandon du critère de compréhension des obligations de service public et de la qualité du service et de l'ajout du critère relatif aux éléments financiers des investissements et à la redevance manque en fait et ne peut qu'être écarté.

10. La société requérante soutient aussi qu'en prenant en compte des éléments inconnus d'elle, car découlant des investissements précédents, le SIVM Sud de Foa n'a pas respecté le principe d'égalité de traitement des candidats. S'il est vrai que, dès 1974, un contrat de concession a été signé entre la société Enercal et le SIVM Sud de La Foa, avec un terme au 31 décembre 1974, force est de constater que le contexte juridique dans lequel s'inscrit la délégation de service public critiquée est complètement nouveau puisqu'il découle de la mise en œuvre de la délibération n° 195 du 5 mars 2012 relative au système électrique de la Nouvelle-Calédonie.

11. Par ailleurs, aucune pièce du dossier ne vient étayer l'allégation de la requérante de prise en compte par la société Enercal d'éléments issus de la précédente concession qui n'auraient pas été transmis à EEC. Au contraire, il résulte de l'instruction que le SIVM Sud de La Foa a procédé en toute transparence à la mise en concurrence contestée par la requérante. En se bornant à soutenir que les chiffres proposés par la société Enercal sont nécessairement erronés, soit concernant le compte d'exploitation prévisionnel, soit s'agissant de l'assiette prise en compte par cette société et qui inclurait d'autres éléments que les seules immobilisations de l'année 2015, la requérante n'assortit d'aucun fait précis ses assertions d'inégalité de traitement des candidats.

12. Il résulte de tout ce qui précède que le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats ne peut donc qu'être écarté, tout comme l'allégation selon laquelle le SIVM Sud de La Foa aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que le résultat prévisionnel de la société Enercal pour l'année 2015 pour la délégation de service public de distribution d'électricité sur le périmètre de La Foa était estimé à un montant de 250 millions de francs CFP, cette allégation n'étant corroborée par aucun élément factuel.

13. La société EEC soutient, par ailleurs, que des erreurs manifestes d'appréciation ont été commises quant à l'indexation de la redevance sur le chiffre d'affaires. Il y a lieu d'observer, à cet égard, que le rapport sur le choix du délégataire récapitule les principaux éléments techniques et financiers des offres définitives formulées à l'issue des deux réunions de négociation par les deux entreprises.

14. Ce rapport fait apparaître que les deux offres remises par les candidats sont techniquement équivalentes. La requérante se plaint de la circonstance que la prise en compte du critère relatif à l'enfouissement des travaux l'a lésée. Mais, le moyen manque en fait, le rejet de son offre n'étant pas fondé sur la prise en compte de cet élément.

15. S'agissant des éléments financiers, la redevance de contrôle proposée par EEC et celle proposée par Enercal sont établies sur des fondements différents mais le total cumulé sur la durée du contrat est, selon le rapport susdit, globalement comparable.

16. En revanche, les propositions d'EEC et d'Enercal s'agissant de la redevance de concession diffèrent dans leur principe. Enercal propose une redevance de concession égale à 50% du chiffre d'affaires, plafonnée à 50 % du résultat net avant impôt alors qu'EEC propose une redevance de concession égale à 8,6 % de la marge commerciale moins le montant de la redevance de contrôle. De la comparaison de ces méthodes de calcul de la redevance de concession, le rapport du président du syndicat sur le choix du délégataire en conclut que la proposition d'Enercal est plus favorable en ce qu'elle présente une offre nettement supérieure à celle d'EEC.

17. Certes, Enercal ne propose pas d'instaurer un fonds de travaux d'extension. Mais le mode de calcul adopté permet à la collectivité publique de bénéficier d'une redevance de concession plus importante ce qui lui permettra de choisir elle-même les investissements à réaliser. Cette circonstance présentera un double avantage. D'une part, elle permettra au SIVM Sud de La Foa de pouvoir décider des travaux à réaliser sur le réseau de distribution, sous sa maîtrise d'ouvrage. D'autre part, elle laissera aussi à la collectivité publique la possibilité de bénéficier, outre les sommes versées au titre de la redevance de concession des subventions versées par le Fonds d'Electrification Rurale (FER) même si la participation du FER n'est pas, ainsi que le soutient, à juste titre, la requérante, illimitée et si sa répartition entre les différentes communes bénéficiaires est fixée par une commission ad hoc et ne permet pas toujours de satisfaire l'intégralité des demandes exprimées par les communes.

18. Compte tenu de tout ce qui précède, la société requérante ne démontre pas qu'en optant pour l'offre indexant la redevance de concession sur le chiffre d'affaires, la collectivité publique aurait entaché son choix d'une erreur manifeste d'appréciation.

19. La société EEC fait valoir encore que la redevance proposée par la société Enercal n'est conforme ni à la réglementation applicable ni à la durée de la délégation de service public et que ces irrégularités ont entaché la décision d'attribution d'une erreur de droit et d'une erreur manifeste d'appréciation.

20. S'agissant de la méconnaissance alléguée de la réglementation, la société requérante soutient que la redevance proposée par la société Enercal dépasse le cadre réglementaire fixé par l'arrêté susvisé n° 2013-276/GNC du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie du 1^{er} octobre 2013. Aux termes de l'article 1^{er} de ce texte : « *La part du paramètre RdvA relative à la redevance de concession du service public de distribution d'énergie*

électrique, prise en compte dans le calcul de l'indice d'actualisation des tarifs de vente de la distribution d'énergie électrique prévu à l'article 4 de l'arrêté n° 2013-1905/GNC du 23 juillet 2013 susvisé, doit correspondre aux charges effectivement supportées par l'autorité concédante dans l'intérêt du service sans excéder 8,6 % de la marge commerciale du concessionnaire. ».

21. A cet égard, force est de constater que le plafond susdit ne fait pas obstacle à la négociation par les parties d'une redevance d'un montant supérieur à 8,6 % de la marge commerciale. Le dépassement du plafond n'est pas constitutif d'une erreur de droit et aura pour seule conséquence l'impossibilité pour la société détentrice d'une redevance dépassant le plafond de faire prendre en compte ledit dépassement par les services du gouvernement en charge du calcul des prix de l'électricité.

22. Par ailleurs, pour démontrer l'incompatibilité alléguée de la redevance proposée par la société Enercal avec la durée de la délégation de service public, la société EEC soutient que la durée de la délégation de service public de distribution d'électricité sur le territoire des communes de Boulouparis, La Foa, Farino, Sarraméa, Moindou et Païta (hors zone aéroportuaire) ne peut être justifiée qu'en fonction de la durée prévue des investissements.

23. Aux termes de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales : *« Les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre. (...) ».*

24. Il appartient, dans ces conditions, à chaque autorité concédante, sous le contrôle du juge, de fixer cette durée au regard des considérations d'efficacité et d'équilibre économique propres à la justifier. A cet égard, il convient, tout d'abord, d'observer que la durée de la délégation a été fixée à 20 ans dans l'appel public d'offres, plaçant ainsi les deux candidats en situation d'égalité.

25. La collectivité publique fait valoir que la durée de vingt ans retenue pour la concession à la société Enercal du réseau de distribution d'électricité, lui permettra de disposer sur toute cette période d'une redevance de concession plus importante que celle qui lui aurait été versée par la société EEC.

26. Mais surtout, la durée normale d'amortissement des installations susceptible d'être retenue par une collectivité délégante, peut être la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant, ainsi que de la prévision des tarifs payés par les usagers, que cette durée coïncide ou non avec la durée de l'amortissement comptable des investissements. La durée normale des investissements ne saurait se réduire par principe à la durée comptable mais résulte d'un équilibre global entre les différents éléments précités. Il suit de tout ce qui précède qu'en acceptant la redevance proposée par la société Enercal le SIVM n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation eu égard à la durée de la délégation de service public.

27. Enfin, en l'absence de circonstance particulière révélant une volonté de la personne publique de favoriser un candidat, le détournement de pouvoir allégué n'est pas établi.

28. Il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de se fonder sur le mémoire du syndicat à vocation multiple (SIVM) Sud de La Foa enregistré le 5 novembre 2015, que le contrat de délégation de service public conclu entre le SIVM Sud de La Foa et la société Enercal n'est entaché d'aucune illégalité. Par voie de conséquence, la société EEC n'est pas fondée à soutenir que le syndicat concerné aurait commis une faute en attribuant ce contrat et l'aurait privée d'une chance sérieuse ou de toute chance de remporter ledit contrat. Par suite, ses conclusions aux fins d'indemnisation des préjudices résultant de son éviction doivent être rejetées.

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

29. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme quelconque soit mise à la charge du SIVM Sud de La Foa qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance.

30. Il y a lieu, en revanche, de condamner la société EEC à payer 150 000 F CFP au SIVM Sud de La Foa au titre de ces mêmes dispositions.

DECIDE :

Article 1^{er} : La requête susvisée est rejetée.

Article 2 : La société EEC versera cent cinquante mille francs CFP (150 000) au SIVM Sud de La Foa au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.