

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 1900323

**SARL GEMCO
SAS A2EP GEOTEC**

**M. Quillévéré
Rapporteur**

**Mme Peuvrel
Rapporteur public**

**Audience du 11 juin 2020
Lecture du 25 juin 2020**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie**

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 24 juillet 2019, la SAS A2EP Geotec et la SARL Gemco, représentées par la Selarl Loïc Pieux, demandent au tribunal :

1°) de condamner la province des Iles Loyauté à payer aux sociétés A2EP Geotec et la SARL Gemco la somme de 29 505 740 francs CFP, correspondant au montant de l'offre irrégulièrement rejetée pour la reconstruction du pont de Lekiny à Ouvéa conclu par la province des Iles Loyauté avec la société Tonkin & Taylor International Ltd ;

2°) de condamner la province des Iles Loyauté à verser la somme de 300 000 francs CFP à chacune des sociétés au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Les sociétés A2EP Geotec et Gemco soutiennent que :

- leur requête est recevable ;
- elles n'ont pas été informées des motifs du rejet de leur offre ; de plus, l'acheteur a refusé de communiquer les éléments relatifs à l'offre retenue tels que le prix, les notes obtenues au titre des sous-critères ou les délais d'exécution ; cette information constitue une obligation de publicité susceptible d'être sanctionnée ;
- aucun critère de sélection des offres n'a été communiqué postérieurement au rejet de l'offre ; elles n'ont pas été informées de la pondération des critères ;
- l'offre retenue est de 52 167 522 francs CFP alors que leur offre était de 29 505 740 francs CFP ; il y a donc bien un grief à refuser de communiquer les critères de choix et le rapport d'analyse des offres ;
- l'appel d'offres a été clôturé le 31 juillet 2018 après que l'offre de la société Tonkin & Taylor ait été sélectionnée par la CAO le 18 juillet 2018 ; l'article 28-2 de la délibération du

1^{er} mars 1967 prévoit un délai de 30 jours entre la notification du marché et la publication de l'avis d'attribution ;

- compte tenu du montant des offres, supérieures à 20 000 000 francs CFP, la province des Iles Loyauté devait établir des critères et les pondérer ; le règlement particulier d'appel d'offres (RPAO) prévoyait une pondération prix 40 %, délai 20 % et valeur technique 40 % ; il indiquait que la note maximale est attribuée à l'offre la moins disante ; les sociétés s'interrogent sur l'attribution du marché à une offre supérieure de plus de 50 % à leur proposition ;

- la méthode de notation du critère du délai est irrégulière ; leur offre de prestation proposait un délai de réalisation bien inférieur, soit onze semaines au lieu de trois mois pour la société retenue mais le province a minoré leur note sur la base d'un critère inexistant en intégrant le fait que le délai de réalisation proposé était conditionné par la disponibilité de la barge de la SARL Gemco ; la province des Iles Loyauté en a inféré une indisponibilité de la barge alors qu'il s'agissait de convenir d'un planning d'utilisation et de prendre en compte l'indisponibilité de la barge jusqu'en février 2019 ; il y a une erreur dans la mesure où il s'agit du délai de réalisation et non du délai de récupération du matériel, lequel aurait pu être modifié ;

- dans le cadre de la négociation, la province des Iles Loyauté aurait pu demander des précisions ainsi qu'elle l'a fait avec la société retenue quand elle lui a demandé de prendre « *les dispositions nécessaires par rapport* » à son offre ; il y a donc eu méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats ; la société retenue a pu retravailler son offre de prix alors qu'elles n'ont pu revoir leur offre notamment en ce qui concerne le délai d'exécution ;

- ce sont des ouvriers néo-zélandais sur une barge battant un pavillon de Nouvelle-Zélande qui ont réalisé les travaux ce qui n'est pas conforme à la réglementation en vigueur en Nouvelle-Calédonie contrairement aux dispositions de l'article 13-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967 ; il existe un monopole de pavillon en Nouvelle-Calédonie empêchant les navires étrangers de naviguer de port à port ; il n'est pas justifié de l'existence d'une dérogation pour le marché concerné ; en l'absence de précision par le décret, toute barge et tout navire sont concernés ;

- l'attributaire étant une société néo-zélandaise, il n'est pas fait état du respect des prescriptions de la délibération n°136/CP qui impose aux entreprises étrangères de fournir une déclaration sur l'honneur indiquant que le soumissionnaire se trouve en situation régulière au regard des obligations fiscales et sociales ;

- des avantages injustifiés ont été accordés à la société Tonkin & Taylor lors du traitement des offres ; le maître d'œuvre qui a procédé à l'analyse des offres est une société affiliée au sous-traitant de la société retenue ; l'offre de la société attributaire a été retenue alors qu'aucune assurance n'était déclarée dans l'acte d'engagement, et que le sous-traitant au titre des missions « géomètres » n'était pas précisé dans l'acte d'engagement. ; l'offre de la société attributaire a été retenue alors que les études et rapports sur les données de forage étaient réalisés selon les standards néo-zélandais et non locaux ;

- le Gouvernement a autorisé par arrêté du 27 août 2018, le travail des ouvriers néozélandais alors même que la société Tonkin et Taylor n'était pas encore titulaire du marché ;

- sans ces manœuvres et manquements, elles se seraient vu attribuer le marché ; le préjudice subi correspond au montant de leur l'offre, soit la somme de 29 505 740 F. CFP TTC, et est en lien direct avec ces manquements.

Par un mémoire en défense, enregistré le 22 août 2019, la province des Iles Loyauté conclut au rejet de la requête.

La province des Iles Loyauté soutient que les moyens soulevés ne sont pas fondés.

Vu :

- la décision du 28 mai 2019 par laquelle la province des Iles Loyauté a rejeté la demande indemnitaire préalable des SAS Geotec et de la SARL Gemco du 27 mars 2019 ;
- 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 décret du 29 octobre 1913 réservant, sauf certaines exceptions, au pavillon français la navigation de port à port en Nouvelle-Calédonie et Dépendances ;
- le code de justice administrative dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie ;
- le jugement n°1900146 du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie du 28 mai 2019.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Quillévéré, président-rapporteur,
- les conclusions de Mme Peuvrel, rapporteur public,
- et les observations de Me Pieux, avocat de la SAS A2EP Geotec et la société Gemco, et de Mme Carawiane, représentant la province des Iles Loyauté.

Considérant ce qui suit :

1. Les sociétés A2EP Geotec et SARL Gemco ont répondu, aux cotés de deux autres candidats dont la société Tonkin & Taylor International Ltd, à un appel d'offres de la province des Iles Loyauté du 3 mai 2018, relatif à l'attribution d'un marché d'études relatives à la reconnaissance géotechnique pour la reconstruction du pont de Lekiny à la commune d'Ouvéa. Le marché a été conclu entre la province des Iles Loyauté et la société Tonkin & Taylor International Ltd dont l'avis d'attribution a été publié le 22 janvier 2019. Par une requête enregistrée le 20 mars 2019, les sociétés A2EP Geotec et SARL Gemco ont demandé au tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie d'annuler le marché public au motif des graves irrégularités entachant sa validité. Par un jugement n° 1900146 du 28 mai 2019, le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a rejeté la requête en contestation de la validité du contrat. Les sociétés A2EP Geotec et SARL Gemco entendent par la présente requête obtenir la réparation du préjudice qu'elles estiment avoir subi du fait des irrégularités ayant affecté la procédure de passation du contrat.

Sur les conclusions à fin d'indemnisation :

2. Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat demande la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait de l'irrégularité ayant, selon lui, affecté la procédure de passation de ce contrat, il appartient au juge, si cette irrégularité est établie, de vérifier qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute en résultant et les préjudices dont le candidat demande l'indemnisation ; lorsque l'irrégularité ayant affecté la procédure de passation est insusceptible d'avoir affecté le sort du candidat, il ne saurait y avoir de lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à raison de son éviction ; sa demande de réparation des préjudices allégués ne peut alors qu'être rejetée.

En ce qui concerne l'absence de motifs de rejet de l'offre des requérantes et l'absence de communication des éléments relatifs à l'offre retenue :

3. Les sociétés requérantes font valoir qu'elles n'ont pas été informées des motifs du rejet de leur offre et que la province des Iles Loyauté a refusé de répondre aux courriers demandant la communication des éléments relatifs à l'offre retenue. Aux termes de l'article 28 la délibération du 1^{er} mars 1967 dans sa rédaction applicable au présent litige : « *Dans le cas où plusieurs offres seraient tenues pour équivalentes, tous éléments considérés, la commission de dépouillement pour départager les candidats, peut demander à ceux-ci de présenter de nouvelles offres. Hormis ce cas, la commission ne peut discuter avec les candidats que pour leur faire préciser ou compléter la teneur de leurs offres. Le chef de service intéressé, après décision de l'autorité visée à l'article 4 ci-dessus, avise les soumissionnaires de l'acceptation ou du rejet de leurs offres.* ». Si les dispositions qui viennent d'être rappelées font obligation au chef de service d'aviser les soumissionnaires du rejet de leur offre, elles n'imposent pas la motivation de la décision de rejet de l'offre d'un soumissionnaire ou la communication des éléments relatifs à l'offre retenue. Il ressort des pièces du dossier que le chef de service de la direction de l'équipement et de l'aménagement de la Province des Iles Loyauté a informé la société A2EP Geotec par courrier du 28 août 2019 du rejet de son offre. Dans ces conditions, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir qu'une irrégularité a entaché la procédure de passation du marché.

En ce qui concerne la publication tardive de l'avis d'attribution :

4. Les sociétés requérantes soutiennent que l'avis d'attribution du marché a été publié tardivement en méconnaissance de l'article 28-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967. Toutefois, la circonstance que l'avis d'attribution, dont il ressort des pièces du dossier qu'il comprenait toutes les informations prévues par la délibération susvisée, ait été publié postérieurement au délai de trente jours prévu par ces mêmes dispositions n'a pas eu pour effet l'éviction des sociétés requérantes dès lors que ce retard n'a eu aucune incidence sur le classement des offres. Par suite, le moyen doit être écarté.

En ce qui concerne l'absence de déclaration sur l'honneur attestant de la régularité de la situation fiscale et sociale de la société retenue :

5. Les sociétés requérantes soutiennent aussi que la société retenue n'a pas souscrit à l'obligation prévue par les dispositions de l'article 13-4 de la délibération du 1^{er} mars 1967 obligeant les entreprises étrangères à fournir une déclaration sur l'honneur attestant de la régularité de sa situation fiscale et sociale. Il résulte de l'instruction et notamment du procès

verbal de dépouillement des offres, que ce document figurait au nombre des pièces produites. Par suite, le moyen doit être écarté.

En ce qui concerne la méconnaissance du monopole de pavillon :

6. Les sociétés requérantes soutiennent que l'offre de la société Tonkin et Taylor était inacceptable dès lors que cette société proposait de réaliser la prestation à l'aide d'une embarcation ne respectant pas le monopole de pavillon prévu par les dispositions du décret du 29 octobre 1913 susvisé. Toutefois, il résulte de l'instruction que la barge utilisée pour réaliser le marché a été montée sur place et n'a pas navigué dans les eaux calédonniennes en dehors de la zone limitée de réalisation des études géotechniques. Ainsi, et contrairement à ce que soutiennent les sociétés requérantes, l'offre retenue ne contrevient pas au monopole de pavillon prévu par les dispositions du décret du 29 octobre 1913 susvisé qui ne visent que la navigation de port à port en Nouvelle-Calédonie. Par suite, le moyen tiré de ce que la procédure de passation du marché serait irrégulière doit être écarté.

En ce qui concerne l'appréciation de la valeur des offres et la méthode de notation :

7. Les sociétés requérantes soutiennent enfin qu'aucune information n'a été transmise relatives aux critères de choix des offres et à leur pondération. Elles font valoir que la différence de prix existant entre leur offre et celle retenue et de la pondération du critère prix à 40 % de la note finale, ont abouti à attribuer le marché en retenant une offre d'un montant supérieur de plus de 50 % à leur proposition.

8. Le règlement particulier d'appel d'offre (RPAO) de la procédure d'appel d'offres débutée par un avis d'appel d'offres publié dans un journal d'annonces légales, comportait, ainsi que le prévoient les dispositions de l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967 susvisée, la mention des critères d'attribution du marché ainsi que leur pondération. Postérieurement à la déclaration d'infructuosité de ce marché, que les sociétés requérantes n'ont pas contestée, les sociétés à l'origine des trois offres déposées ont été invitées à poursuivre la procédure d'attribution dans le cadre d'un marché de gré-à-gré, ainsi que le prévoient les dispositions des articles 34 et suivant de la délibération du 1^{er} mars 1967. Ainsi, les sociétés requérantes, qui relèvent l'attribution du marché à une offre dont le montant est bien supérieur à celui qu'elles ont proposé compte tenu de la pondération du critère prix à 40 % de la note finale ne peuvent utilement soutenir qu'elles ignoraient les critères d'attribution et leur pondération, lesquels ont bien été indiqués conformément à la réglementation.

9. Il résulte des rapports d'analyse des offres que si l'offre des sociétés requérantes était significativement moins disante que l'offre retenue, cette dernière était la seule à proposer des délais de réalisation ne conduisant pas à reporter l'exécution du marché au mois de février 2019 et a été regardée comme présentant une qualité technique nettement supérieure aux offres concurrentes. Compte tenu de la pondération des critères, soit 40 % pour le prix et pour la valeur technique et 20 % pour le délai de réalisation, de la note nulle attribuée à l'offre des sociétés requérantes au titre du délai de réalisation et des notes obtenus au titre de la valeur technique, soit 36 points pour la société attributaire et 28 points pour les sociétés requérantes, la province des Iles Loyauté n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en attribuant ce marché à la société Tonkin & Taylor International Ltd nonobstant la différence de prix existant entre les offres de ces deux sociétés.

10. Les sociétés requérantes soutiennent que la province des Iles Loyauté a commis une erreur dans la notation du critère du délai de réalisation en leur attribuant une note de zéro alors

qu'elles proposaient un délai de réalisation inférieur d'une semaine à celui proposé par la société retenue. Toutefois elles ne peuvent utilement soutenir que la province aurait dû évaluer leur offre indépendamment du délai de réalisation annoncé, soit onze semaines, décompté de la date à partir de laquelle les prestations pourraient commencer à être exécutées. Il convient de relever que la prestation a été achevée en novembre 2018, soit au moins trois mois avant la date de début d'exécution figurant dans l'offre des sociétés requérantes.

11. Si les sociétés requérantes soutiennent que ce point aurait dû être discuté aucun élément de leur offre ne permet de l'établir alors même que l'autre offre déposée, également en association avec la SARL Gemco, a proposé également le mois de février 2019 comme point de départ de la prestation.

En ce qui concerne la méconnaissance du principe d'égalité de traitement :

12. Les sociétés requérantes soutiennent que le principe d'égalité de traitement des candidats a été méconnu dès lors qu'il a été indiqué à la société Tonkin & Taylor International Ltd qu'elle devait faire évoluer son offre de prix alors que l'acheteur ne les a pas informées de la nécessité de faire évoluer leur offre sur la question des délais de réalisation. Toutefois, en l'absence d'éléments permettant d'établir que la société retenue aurait été invitée à diminuer son niveau de prix, il n'est pas établi que la province des Iles Loyauté aurait méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats. Les sociétés requérantes ne produisent à l'appui de ce moyen que la lettre du 27 juin 2018 par laquelle l'acheteur informe la société A2EP que la commission compétente a déclaré l'appel d'offres infructueux et alors que par ce même courrier la province des Iles Loyauté demande à la société A2EP de retourner les éléments de son offre de base concernant la justification des délais proposés par elle.

En ce qui concerne les avantages injustifiés accordés à la société retenue :

13. Les sociétés requérantes soutiennent que des avantages injustifiés ont été accordés à la société Tonkin & Taylor lors du traitement des offres. Elles relèvent que le maître d'œuvre qui a procédé à l'analyse des offres est une société affiliée au sous-traitant de la société Tonkin & Taylor. Toutefois, il ressort des pièces du dossier que l'analyse des offres a été effectuée par la commission d'appel d'offres qui n'est pas maître d'œuvre et dont les membres n'ont aucun lien établi avec une société qui serait affiliée à la société retenue. Par suite, le moyen tiré de l'existence d'un avantage injustifié accordé à la société attributaire du marché doit être écarté.

14. Les sociétés requérantes soutiennent aussi que la société Tonkin & Taylor a été retenue alors qu'aucune assurance n'était déclarée dans l'acte d'engagement et que le sous-traitant au titre des missions « géomètres » n'était pas précisé. Il ressort des pièces du dossier et notamment de l'acte d'engagement de la société retenue qu'une assurance a été déclarée ainsi que deux sous-traitants dont les missions recouvraient les missions « géomètres ». Par suite, la procédure de passation n'est pas entachée d'irrégularité.

15. Les sociétés requérantes soutiennent que les études et rapports sur les données de forage ont été réalisés selon les standards néo-zélandais et non selon les standards locaux ce qui a donné un avantage injustifié à la société retenue. Cependant, il ressort du rapport d'analyse des offres que l'offre de la société Tonkin & Taylor d'une qualité technique nettement supérieure dont les études et forages étaient réalisés selon les standards néozélandais, en conformité avec les standards français, présentaient des garanties environnementales plus importantes. Aucun avantage injustifié n'a été accordé à la société retenue dès lors qu'elle présentait la meilleure offre.

16. Les sociétés requérantes soutiennent enfin que les ouvriers néozélandais de la société retenue ont été autorisés à travailler par arrêté du 27 août 2018 pour une période allant du 3 au 14 septembre 2018 alors que la société Tonkin & Taylor n'a été titulaire du marché qu'à compter de sa notification, le 1^{er} octobre 2018. A supposer même que cette irrégularité soit établie, la circonstance que l'exécution des travaux ait débuté matériellement avant la notification du contrat à son titulaire est sans incidence pour les sociétés requérantes dont l'offre a été comparée aux autres et était moins disante par rapport à celle de la société retenue.

17. Il résulte de tout ce qui précède que les sociétés A2EP Geotec et SARL Gemco ne sont pas fondées à soutenir que la procédure de passation du marché en litige était entachée d'irrégularité constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de la province des Iles Loyauté. Par suite, leurs conclusions indemnitaires doivent être rejetées.

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

18. 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* ».

19. Le Province des Iles Loyauté n'étant pas la partie perdante, les conclusions susvisées de la SARL Gemco et de la société A2EP Geotec doivent être rejetées.

D E C I D E :

Article 1^{er} : La requête des sociétés A2EP Geotec et SARL Gemco est rejetée.