

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALÉDONIE**

N° 1200366

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Société Poe Ma Insurances

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Legrand
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Audience du 6 juin 2013
Lecture du 4 juillet 2013

Vu la requête, enregistrée le 19 décembre 2012, présentée pour la société Poe Ma Insurances, dont le siège est (...), par Me Charlier ; la société Poe Ma insurances demande au tribunal :

- à titre principal, d'annuler le marché public conclu entre la Nouvelle-Calédonie et la société Gras Savoye / QBE relatif à l'assurance « responsabilité du maître d'ouvrage du fait des travaux » de construction du bâtiment principal du médipôle de (..) – Nouvelle-Calédonie ;
- à titre subsidiaire, de condamner la Nouvelle-Calédonie à lui payer la somme de 2 374 701 F CFP au titre de son préjudice matériel ;
- en tout état de cause, de condamner la Nouvelle-Calédonie à lui payer une somme de 400 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- sa requête est recevable compte tenu, d'une part, de son intérêt à agir en qualité de concurrent évincé, d'autre part, de son respect des délais de recours contentieux après publication de l'avis d'attribution du marché litigieux ;
- le marché attaqué est entaché de nullité : le système de la double enveloppe – dont le manque de respect a justifié le rejet de son offre – ne constitue qu'une formalité symbolique des procédures de passation des marchés publics en appel d'offres ouvert, preuve en étant sa suppression dans le code des marchés publics métropolitain et la jurisprudence pragmatique des juridictions administratives ; en l'espèce, la personne publique aurait dû lui demander de régulariser son dossier, faute de quoi elle a méconnu le principe d'égalité de traitement et vicié la procédure d'appel d'offres ;
- non seulement la société requérante avait les capacités pour concourir à cet appel d'offres, mais son offre était économiquement la plus avantageuse ; elle a donc été privée d'une chance très sérieuse de soumissionner et par suite d'exécuter le contrat ; son indemnisation doit correspondre à ses prévisions de résultat au titre de l'exécution du marché, correspondant à sa marge nette sur la durée totale du marché ; sa commission étant de 20 % de la prime hors taxe, elle sollicite la somme de 2 374 701 F CFP à titre de dommages et intérêts ;

Vu les mémoires en défense, enregistrés le 1^{er} mars 2013, présentés par les sociétés Gras/Savoie et QBE qui s'en remettent à la décision du tribunal et affirment avoir respecté l'ensemble des conditions exigées par la procédure d'appel d'offres ;

Vu la mise en demeure adressée le 29 mars 2013 au président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, en application de l'article R. 612-3 du code de justice administrative, et l'avis de réception de cette mise en demeure ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 16 avril 2013, présenté par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie qui conclut au rejet de la requête et soutient que :

- la demande de la société Poe Ma Insurances tendant au prononcé de la nullité du marché litigieux doit être rejetée dans la mesure où, en écartant son offre, la Nouvelle-Calédonie n'a pas commis d'illégalité fautive : la société requérante ne saurait invoquer sa qualité de mieux disante dès lors que le prix n'est qu'un des éléments à prendre en compte pour l'attribution d'un marché et que son offre, non ouverte, n'a pas été analysée par la commission ; la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de réglementation des marchés publics ; la délibération n°136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics, applicable en Nouvelle-Calédonie, impose que les candidats qui soumissionnent transmettent leur offre sous pli cacheté contenant deux enveloppes également cachetées ; ce système garantit l'étanchéité des phases de sélection des candidatures et d'attribution des offres ; faute d'avoir respecté cette obligation, la société requérante s'est exposée au rejet de sa candidature ; le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'inviter un candidat à régulariser son offre mais doit au contraire écarter une offre qui ne respecte pas les exigences posées par les documents de la consultation ;
- sa demande indemnitaire doit également être rejetée dans la mesure où elle ne rapporte pas la preuve d'une faute commise par la Nouvelle-Calédonie à l'origine de son préjudice, ni la preuve qu'elle bénéficiait d'une chance sérieuse de remporter le marché, alors que l'offre de la société retenue était la mieux et la moins-disante ; elle ne fournit pas davantage le justificatif de son manque à gagner, lequel doit être déterminé en fonction du bénéfice net que le marché lui aurait procuré si elle l'avait obtenu ; n'ayant pas été irrégulièrement évincée, la société n'a été privée d'aucune chance de remporter le marché ; elle n'a donc même pas droit à l'indemnisation de ses frais de soumission ;

Vu l'ordonnance en date du 18 avril 2013 fixant la clôture d'instruction au 21 mai 2013, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire complémentaire, enregistré le 17 mai 2013, présenté pour la société Poe Ma Insurances par Me Charlier, avocat, qui conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ;

Vu le marché attaqué ;

Vu 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 ;

Vu la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics ;

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 6 juin 2013 :

- le rapport de Mme Legrand, rapporteur ;
- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public ;
- et les observations de Me Charlier, avocat de la société Poe Ma Insurances, et de Mme Pujalte, représentant le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ;

1. Considérant que la Nouvelle-Calédonie, en tant que maître d'ouvrage pour la construction du bâtiment principal du médipôle de (...), a lancé un appel d'offres ouvert pour la conclusion de deux contrats d'assurance construction « tous risques chantier » (lot n° 1) et « responsabilité de la maîtrise d'ouvrage du fait des travaux » (lot n° 2) ; que les avis d'appel d'offres, parus dans les Nouvelles Calédoniennes du 29 février et du 2 mars 2012 ainsi que dans le bulletin officiel des annonces de marchés publics du 2 mars 2012, fixaient la date limite de remise des offres au 16 mai 2012 ; que le 15 mai 2012, la société Poe Ma Insurances a présenté ses candidature et offre pour le lot n° 2 ; que la commission technique de dépouillement des offres, réunie le 23 mai 2012, n'a pas ouvert quatre des cinq plis parvenus dans les délais au motif soit du manque de certaines pièces, soit du non respect de la présentation des offres ; que, lors de sa réunion du 13 juin 2012, la commission d'appel d'offres a ouvert les deux plis qui comportaient des pièces lacunaires ; que le 24 octobre 2012, paraissait dans les Nouvelles calédoniennes l'avis d'attribution des deux lots au groupement constitué notamment par les sociétés Gras / Savoye et QBE ; que, par lettre en date du 26 octobre 2012, le chef de secteur de la SECAL, mandataire du maître de l'ouvrage, informait la société Poe Ma Insurances que son offre n'avait pas été retenue au motif du non respect de la présentation des offres sous double enveloppe ; que, par la présente requête, la société Poe Ma Insurances demande au tribunal, à titre principal, d'annuler le marché public d'assurance conclu entre la Nouvelle-Calédonie et la société Gras Savoye / QBE relatif à l'assurance « responsabilité du maître d'ouvrage du fait des travaux » de construction du bâtiment principal du médipôle de (...), à titre subsidiaire, de condamner la Nouvelle-Calédonie à lui payer la somme de 2 374 701 F CFP au titre de son préjudice matériel ;

Sur les conclusions à fin d'annulation du marché et d'indemnisation

2. Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires à titre accessoire ou complémentaire ; que, saisi de telles conclusions par un concurrent évincé, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer 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 ;

3. Considérant que, pour démontrer le caractère fautif de son éviction, la société Poe Ma Insurances se borne à faire valoir l'irrégularité dont serait entachée la procédure de passation du marché du fait de la mise à l'écart, sans examen, de ses candidature et offre motif pris du non respect de la règle de présentation sous double enveloppe ; qu'elle soutient que le code métropolitain des marchés publics a abandonné cette exigence que le juge administratif examinait jusqu'alors sans formalisme excessif ;

4. Considérant que la réglementation applicable en Nouvelle-Calédonie aux marchés publics conclus notamment par le gouvernement du territoire résulte de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 et non du code métropolitain des marchés publics ; que la société Poe Ma Insurances n'est, par suite, pas fondée à se prévaloir des dispositions du code métropolitain des marchés publics et de l'allègement du formalisme de présentation des offres introduit à son article 57 par le décret n° 2008-1535 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics ;

5. Considérant que la délibération du 1^{er} mars 1967 précise en son article 26 les conditions de présentation des candidatures et offres dans le cadre des marchés soumis, comme en l'espèce, à un appel d'offres et dispose en particulier que : « 7 - Lorsque la soumission est transmise sur support papier : Les offres doivent être présentées de la manière suivante : une enveloppe extérieure fermée adressée à l'autorité de qui émane l'appel d'offres, portant en suscription la référence à l'appel d'offres auquel il est répondu et la mention : "A n'ouvrir qu'en séance de dépouillement", à l'exclusion de toute désignation de l'expéditeur et contenant d'une part, les pièces prévues par les cahiers des charges, d'autre part, une seconde enveloppe fermée renfermant la soumission proprement dite... » ; qu'aux termes de l'article 27-1 de la même délibération : « ... Seuls peuvent être ouverts les plis reçus dans les conditions fixées à l'article 26 de la présente délibération et au règlement particulier de l'appel d'offres ; Après ouverture des enveloppes extérieures, la commission technique de dépouillement porte sur son procès-verbal la liste des concurrents qui manifestement présentent une offre incomplète ou dont les capacités paraissent insuffisantes. Les enveloppes intérieures de ces candidats ne sont pas ouvertes. Elles sont annexées au procès-verbal transmis à la commission d'appel d'offres. Les enveloppes intérieures des candidats admis à concourir sont ouvertes. La commission enregistre toutes les indications essentielles y compris les pièces jointes. Le procès-verbal, ainsi que l'analyse technique comparative des soumissions effectuée par la personne responsable du marché sont soumis à la commission d'appel d'offres dans les meilleurs délais. » ; que cette exigence de présentation des candidatures et offres selon le système dit de la double enveloppe a été rappelée à l'article 6 du règlement de consultation du marché litigieux qui précise, notamment, que « Les offres doivent comporter les actes d'engagement dûment complétés, signés et paraphés à chacune de leur page y compris les annexes, le cahier des clauses administratives particulières, les projets de police et les options. Elles seront placées sous double enveloppe cachetée. L'enveloppe extérieure devra contenir le dossier de candidature et les documents et attestations indiqués en 6.2.1 ainsi qu'une enveloppe intérieure contenant le dossier d'offre (6.2.2)... » ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les textes et documents contractuels applicables au marché litigieux exigent la présentation par une entreprise postulante de ses candidature et offre selon le système de la double enveloppe ; que cette présentation garantit l'étanchéité des deux phases distinctes de vérification de la validité des candidatures, d'abord, et de sélection de l'offre la mieux-disante, ensuite, et évite que soit retenue une offre non recevable ; qu'il s'agit d'une formalité substantielle, gage d'impartialité, dont la méconnaissance par une entreprise candidate expose cette dernière au non examen de son offre ;

7. Considérant qu'il est constant que la société Poe Ma Insurances n'a pas présenté ses candidature et offre selon le système de la double enveloppe ; que c'est donc à bon droit que sa candidature a été rejetée sans que son offre soit examinée ; que la circonstance que son offre serait la moins-disante – alors, au demeurant, que l'avis d'appel d'offres mettait sur le même plan la valeur technique et le prix - n'est pas de nature à remettre en cause la régularité de la procédure suivie ; que les conclusions présentées à titre principal par la société Poe Ma Insurances aux fins d'annulation du marché public conclu entre la Nouvelle-Calédonie et la société Gras Savoye /

QBE relatif à l'assurance « responsabilité du maître d'ouvrage du fait des travaux » doivent, dès lors, être rejetées ;

8. Considérant que, compte tenu de l'absence d'éviction irrégulière de la société Poe Ma Insurances du marché public litigieux, ladite société ne peut prétendre à aucune indemnisation ; que ses conclusions subsidiaires à fin d'indemnisation doivent, par voie de conséquence, être rejetées ;

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

9. Considérant que les dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la Nouvelle-Calédonie, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, soit condamnée à verser à la société Poe Ma Insurances les frais qu'elle allègue avoir exposés et qui ne sont pas compris dans les dépens ;

DECIDE:

Article 1^{er} : La requête de la société Poe Ma Insurances est rejetée.