

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALÉDONIE**

N° 1800316

Société LAB'EAU

M. Briquet
Rapporteur

M. Schnoering
Rapporteur public

Audience du 11 juillet 2019
Lecture du 29 juillet 2019

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires, enregistrés le 21 septembre, le 11 octobre 2018, le 25 janvier et le 28 mai 2019, la Société Lab'eau, représentée par Me Plaisant, demande au tribunal, dans le dernier état de ses écritures :

1°) d'enjoindre à la Nouvelle-Calédonie de produire le contrat qu'elle a conclu avec la société Calédonienne des Eaux en vue de la réalisation de prestations d'analyse des eaux destinées à la consommation humaine ;

2°) d'annuler ledit contrat ;

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

Elle soutient que :

- sa requête est recevable ;
- la Nouvelle-Calédonie a contrevenu aux dispositions de l'article 28-2 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 en ne procédant à la diffusion par voie de presse de l'avis d'attribution du marché que le 21 septembre 2018, soit quatre mois après la décision d'attribution du 31 mai 2018 ;
- la décision l'informant de son éviction est insuffisamment motivée ;
- en prenant en compte lors de la notation des sous-critères notés qui ne figuraient pas dans l'appel d'offres, la Nouvelle-Calédonie a méconnu le principe d'intangibilité des offres ;

- elle a par ailleurs commis de nombreuses erreurs de fait et d'appréciation qui ont entraîné une diminution significative de sa note globale, laquelle ne correspond pas du tout à celle qu'elle aurait dû recevoir s'il n'y avait eu ici aucune erreur ;
- ces erreurs, ainsi que la prise en compte de critères avantageant significativement la société Calédonienne des Eaux, témoignent de la présence d'un biais en faveur de la société Calédonienne des Eaux ;
- il en est de même de l'effronterie de la Nouvelle-Calédonie face au jugement n° 1600168 du présent tribunal du 16 février 2017, qui est à la racine de la partialité constatée ;
- la suppression de l'obligation de séparation des activités de distributeur d'eau et de contrôleur de la qualité des eaux ne profitait qu'à la société Calédonienne des Eaux et lésait directement toutes les autres entreprises candidates ;
- elle est enfin tellement contraire à l'intérêt général qu'elle doit être regardée comme privant de cause et d'objet et comme affectant de vice du consentement le contrat conclu à l'issue de la procédure d'attribution.

Par des mémoires en défense, enregistrés le 14 janvier, le 26 mars et le 4 juillet 2019, la Nouvelle-Calédonie conclut au rejet de la requête.

Elle soutient que :

- la société Lab'eau ne démontre pas que sa gérante en exercice dispose bien de la qualité pour agir en son nom dans le cadre de la présente instance ;
- en tout état de cause, aucun des moyens soulevés n'est fondé.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 99-209 et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999, toutes deux relatives à la Nouvelle-Calédonie ;
- la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 ;
- 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 du 11 juillet 2019 :

- le rapport de M. Briquet, premier conseiller,
- les conclusions de M. Schnoering, rapporteur public,
- et les observations de M. Rossignol représentant le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

Considérant ce qui suit :

1. La Nouvelle-Calédonie a conclu le 2 mai 2016 avec la société Calédonienne des Eaux un marché public en vue de la réalisation de prestations d'analyse des eaux destinées à la consommation humaine. Ce contrat a toutefois été résilié à la demande de la société Lab'eau, concurrente évincée, par un jugement n° 1600168 du présent tribunal du 16 février 2017, au motif notamment que la société Calédonienne des Eaux ne satisfaisait pas à l'obligation de séparation des activités de distributeur d'eau et de contrôleur de la qualité des eaux fixée à l'article 6 du règlement particulier d'appel d'offres, qui faisait obstacle à ce que les opérations de

contrôle de l'eau soient confiées à l'opérateur qui en assurait par ailleurs la distribution. Prenant acte de cette résiliation et de ce jugement, la Nouvelle-Calédonie a alors supprimé cette obligation dans le nouveau règlement particulier d'appel d'offres qu'elle a rédigé, et à l'issue de la procédure d'appel d'offres a confié une fois de plus à la société Calédonienne des Eaux le marché de réalisation de prestations d'analyse des eaux. Cette situation a conduit la société Lab'eau, encore évincée, à introduire le présent recours afin de contester la validité de ce second contrat.

Sur la fin de non-recevoir opposée par la Nouvelle-Calédonie :

2. La Nouvelle-Calédonie fait en l'espèce valoir que la société requérante ne démontre pas que sa gérante en exercice dispose bien de la qualité pour agir en son nom dans le cadre de la présente instance. Cependant la société Lab'eau, qui en réponse à cette fin de non-recevoir a produit un extrait K-bis et ses statuts, justifie ici que Mme Gaëla Marchal est sa gérante en exercice et qu'elle dispose du pouvoir pour agir en justice en son nom. Ladite fin de non-recevoir ne pourra par conséquent qu'être écartée.

Sur les conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à la Nouvelle-Calédonie de produire le contrat en cause :

3. Il n'y a pas lieu en l'espèce d'enjoindre à la Nouvelle-Calédonie de transmettre le contrat contesté, dès lors que celle-ci a communiqué en cours d'instance l'acte d'engagement signé par les parties au contrat, ce qui permet d'ores et déjà et en tout état de cause à la société requérante de satisfaire à l'obligation de production de l'acte attaqué requise par l'article R. 412-1 du code de justice administrative.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

Sur le cadre juridique du litige :

4. 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. Un concurrent évincé ne peut ainsi invoquer, outre les vices d'ordre public dont serait entaché le contrat, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction.

5. Saisi 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 du 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.

Sur la validité du contrat :

6. En l'espèce, la société Lab'eau soutient que la Nouvelle-Calédonie a fait preuve de « *partialité* », comme en témoignent notamment la suppression « *extrêmement cavalière* » de l'obligation de séparation des activités de distributeur d'eau et de contrôleur de la qualité des eaux, qui est « *à la racine de [cette] partialité* », ainsi que les nombreuses erreurs dans la notation des offres qui « *dénotent également la présence d'un biais en faveur de la société [Calédonienne des Eaux]* », et estime même que la suppression susmentionnée, en ce qu'elle porte atteinte à la sécurité des consommateurs, est tellement contraire à l'intérêt général qu'elle doit être regardée comme privant de cause et d'objet le contrat conclu à l'issue de la procédure d'attribution. Examinant ces points, il y a lieu de constater que la suppression de l'obligation précitée, si elle ne permet pas de considérer que le contrat contesté serait sans cause ou sans objet, ne poursuivait néanmoins ici aucune finalité d'intérêt général et n'avait d'autre but que de faire échec à la chose jugée par le jugement du 16 février 2017. Révélatrice d'un détournement de pouvoir, elle était également de nature à faire douter dès l'origine de l'impartialité de la Nouvelle-Calédonie, qui pouvait sembler avoir d'ores et déjà choisi le candidat qu'elle entendait retenir au stade même de la rédaction du règlement particulier d'appel d'offres. Ce faisant, ladite suppression constituait une atteinte grave à l'obligation d'impartialité qui pesait sur la Nouvelle-Calédonie, laquelle exige non seulement que celle-ci soit en pratique neutre vis-à-vis des candidats à l'obtention du marché, mais aussi que son attitude ne soit pas susceptible de faire naître d'hésitation légitime quant à sa parfaite neutralité. Une telle partialité était en rapport direct avec l'éviction de la société Lab'eau. Ayant totalement vicié la procédure d'attribution, elle ne peut ici conduire qu'à une annulation totale du marché, et ce sans même qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens soulevés. Compte-tenu néanmoins de l'atteinte à l'intérêt général qu'engendrerait une application immédiate de cette annulation intégrale eu égard à l'objet du marché en litige, lequel vise à assurer la qualité des eaux consommées par la population, il y a ici lieu de différer de quatre mois les effets d'une telle annulation.

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

7. Dans les circonstances de l'espèce, une somme de 150 000 F CFP sera mise à la charge de la Nouvelle-Calédonie, sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

D E C I D E :

Article 1^{er} : Le marché conclu entre la Nouvelle-Calédonie et la société Calédonienne des Eaux en vue de la réalisation de prestations d'analyse des eaux destinées à la consommation humaine est intégralement annulé. Cette résiliation prendra effet le 29 novembre 2019.

Article 2 : La Nouvelle-Calédonie versera à la société Lab'eau une somme de 150 000 F CFP (cent cinquante mille francs pacifique) au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.