

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALÉDONIE**

N° 1300260

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SAS Entreprise des travaux du Nord (ETN)

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Schnoering
Rapporteur

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Audience du 30 avril 2014
Lecture du 22 mai 2014

Vu la requête, enregistrée le 7 août 2013, présentée pour la SAS Entreprise des travaux du Nord (ETN) dont le siège est 21, 23 lot artisanal - zone industrielle BP 123 à Koumac (98850), représentée par son représentant légal, par Me Elmosnino, avocat ; la SAS Entreprise des travaux du Nord (ETN) demande au tribunal :

- à titre principal, d'annuler le marché n° M13.25664 relatif aux travaux préparatoires de la liaison Hienghene/Kaala-Gomen passé entre la province Nord et l'entreprise Bolliet André Jean ;
- à titre subsidiaire, de résilier le marché n° M13.25664 relatif aux travaux préparatoires de la liaison Hienghene/Kaala-Gomen passé entre la province Nord et l'entreprise Bolliet André Jean ;
- en tout état de cause, de condamner la province Nord à lui verser la somme de 400 000 francs CFP au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- par avis d'appel public à la concurrence, la province Nord a lancé un appel d'offres relatif aux travaux préparatoires de la liaison Hienghene/Kaala-Gomen ;
- elle a soumissionné à cette procédure en groupement avec le GIE des entreprises de Kaala-Gomen ;
- elle a demandé les documents administratifs nécessaires à l'appréciation de son éviction ;
- l'avis d'attribution n'indique pas les modalités de consultation du contrat et les mentions imposées par l'arrêt Tropic Signalisation du Conseil d'Etat créant le recours en contestation de la validité d'un contrat ;
- le recours est exercé dans les délais prescrits par le Conseil d'Etat et les travaux ne semblent pas avoir été entrepris ;

- la commission technique de dépouillement s'est autosaisie sans avoir été impulsée par le président de la commission d'appel d'offres ;
- le procès-verbal de la commission technique de dépouillement mentionne l'absence du directeur des finances et du budget ou son représentant ;
- il résulte du procès-verbal de la commission d'appel d'offres que celle-ci n'était composée que de quatre membres ayant voix délibératives ;
- au surplus, une des signatures était illisible alors même que le nom de la personne qui aurait dû siéger est barré ;
- en annexe du procès-verbal de la commission technique, il apparaît que deux entreprises n'auraient pas donné d'extrait K-bis : l'entreprise retenue et Dumez ;
- l'offre de l'attributaire aurait nécessairement dû être écartée sans que la commission technique puisse procéder au dépouillement ;
- il est parfaitement étonnant que le rapport de présentation mentionne que l'entreprise Bolliet ait pu conclure un accord avec le GIE de Kaala Gomen pour l'exécution du marché dès lors que ce GIE a lui-même soumissionné avec elle ;
- la Secal, entreprise privée, a été désignée en qualité de maître d'ouvrage délégué, mais également de personne responsable du marché et enfin de personne qualifiée dans le domaine de la consultation ;
- aucune disposition législative ou réglementaire ne permettait à la commission technique de renvoyer à une personne privée le soin d'analyser les offres ;
- dans ces conditions, la réunion des commissions d'appel d'offres et technique, destinées à garantir les principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats, n'a aucun sens ;
- elle s'estime fondée à demander des frais irrépétibles ;

Vu, enregistré le 27 décembre 2013, le mémoire présenté pour la province Nord et la société d'équipement de la Nouvelle-Calédonie par la SELARL d'avocat Royanez qui concluent à ce que le tribunal :

- rejette la requête ;
- condamne la Sarl ETN à lui verser la somme de 400 000 francs CFP au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elles soutiennent que :

- le président de la commission d'appel d'offres était présent à l'ouverture des plis, le 29 mars 2013 ;
- s'agissant du grief tiré de l'absence du chef du service des finances, il convient de noter, d'une part, qu'il ne s'agit pas d'une formalité essentielle, et, d'autre part, que le comptable de la collectivité publique était présent, de même que la responsable du bureau des marchés de la province Nord ;
- l'article 27 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics offre la possibilité qu'un responsable du service équivalent soit présent ;
- l'entreprise requérante établit une confusion entre composition et quorum ;
- la composition de la commission d'appel d'offres figure en page 2 du procès-verbal permettant d'écarter le moyen avancé par la société ETN ;
- le K-Bis a bien été produit avec sa date d'émission antérieure à la date de réception des offres et faxé depuis le greffe du Tribunal de commerce de Nouméa ;
- le moyen tiré de ce que le GIE entreprises de Kaala-Gomen ne pouvait être membre de deux groupements manque en fait ;

- la prétendue interdiction de confier l'analyse des offres à une personne de droit privé, chargée ou non de mission de service public, telle la Secal, ne repose sur aucune règle de droit et il s'agit là d'un mécanisme des plus courants ;
- les moyens invoqués de rupture d'égalité ou de violation des règles de transparence ne reposent sur aucun élément en faits et devront être écartés ;

Vu l'ordonnance en date du 30 décembre 2013 fixant la clôture d'instruction au 31 janvier 2014, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu, enregistré le 30 janvier 2014, le mémoire présenté pour la SAS Entreprise des travaux du Nord (ETN) par Me Elmosnino, avocat, qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens ;

Elle ajoute que :

- l'intervention de la Secal est irrecevable ;
- le maître de l'ouvrage délégué ne tient d'aucun contrat la possibilité de représenter le maître de l'ouvrage s'agissant de la contestation de la validité d'un marché public ;
- à supposer établi un contrat de mandat, celui-ci ne pourrait en aucun cas emporter la possibilité pour le maître d'ouvrage délégué de représenter le maître de l'ouvrage dès lors que nul ne plaide par procureur ;
- a fortiori, le maître d'ouvrage délégué ne saurait intervenir au sein d'une instance dans laquelle le maître d'ouvrage intervient également ;
- le juge administratif est garant de ce que le pouvoir adjudicateur s'est abstenu de prendre des décisions pouvant porter atteinte aux principes généraux de la commande publique ;
- la transparence des procédures est un principe général du droit de la commande publique, droit particulièrement formaliste ;
- la pièce manquante (K-Bis) a pu être insérée postérieurement ;
- le rapport de présentation et d'analyse des offres montre que l'entreprise Bolliet a conclu un accord avec le GIE des entreprises de Kaala-Gomen ;
- un tel accord était impossible sans que cela ne soit qualifié juridiquement d'entente ;
- la commission n'a pu statuer en toute connaissance de cause dès lors qu'un tel problème ne lui avait pas été rapporté ;
- un tel accord ne ressort pas non plus de l'acte d'engagement de l'entreprise Bolliet versé aux débats ni d'aucune pièce du dossier de soumission ;
- le rapport d'analyse des offres a été réalisé non pas par la Secal mais par le maître d'œuvre qui ne disposait pas d'un tel droit ;

Vu l'ordonnance en date du 7 février 2014 portant réouverture et clôture d'instruction au 10 mars 2014, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu, enregistré le 28 février 2014, le mémoire présenté pour la province Nord et la société d'équipement de la Nouvelle-Calédonie (Secal) par la SELARL d'avocat Royanez qui persistent dans leurs écritures et portent leur demande de frais irrépétibles à la somme de 800 000 francs CFP ;

Elles ajoutent que :

- pour simplifier le débat, il est produit un mandat de représentation délivré par la Province Nord à la Secal, dans le présent contentieux ;
- la commission technique de dépouillement a pu valablement se réunir dès lors que trois de ses quatre membres étaient bien présents ;

- un huissier a constaté la présence d'un document intitulé « extrait de Kbis » daté du 24 janvier 2014 dans le dossier de l'entreprise Bolliet ;
- en tentant absolument de transformer une erreur de plume d'une commission en un détournement de pouvoir puis, dorénavant de faire de la production d'éléments contraires un délit pénal, la société ETN démontre surtout la vacuité du moyen de droit qu'elle a cru pouvoir utiliser ;
- un sous-traitant est en droit d'intervenir pour le compte de plusieurs entreprises, mêmes concurrentes ;
- la Secal et le maître d'œuvre interviennent en toute transparence ;

Vu, enregistré le 7 mars 2014, le mémoire présenté pour la SAS Entreprise des travaux du Nord (ETN) par Me Elmosnino, avocat, qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens et demande, en outre, désormais de condamner la province Nord et la Secal à lui verser la somme de 400 000 francs CFP chacune au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle ajoute que :

- la province Nord voit la fragilité de son argumentation en versant un mandat spécial de représentation, octroyé à la Secal le 24 février 2014 ;
- si le pouvoir réglementaire a pris la peine de prévoir, par le truchement de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967, un quorum concernant la commission d'appel d'offres, en revanche, il s'est volontairement abstenu d'en prévoir s'agissant de la commission technique de dépouillement ;
- la Secal ne pouvait renvoyer une nouvelle fois au maître d'œuvre « Bagan Ingénierie », le soin d'analyser les offres ayant le même objet que celui inhérent au rapport de présentation ;
- il ne résulte d'aucune pièce du dossier que les titulaires ont été convoqués en sorte que leurs absences puissent permettre aux suppléants de siéger valablement au sein de la commission ;
- il n'apparaît pas que Mme Vaialimoa ait été désignée par l'assemblée délibérante pour siéger en commission d'appel d'offres ;
- la personne publique a entendu hiérarchiser les critères additionnels sans pour autant hiérarchiser les critères prévus par l'article 27-2 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967, notamment, s'agissant de la valeur technique des offres, du coût d'utilisation et des conditions de recours à la sous-traitance ;
- le choix de l'attributaire basé, selon le rapport d'analyse des offres, sur un prétendu accord procède d'une erreur manifeste d'appréciation ;

Vu, enregistré le 19 mars 2014, le mémoire en communication de pièces présenté pour la province Nord et la société d'équipement de la Nouvelle-Calédonie par la SELARL d'avocat Royanez ;

Vu l'ordonnance en date du 24 mars 2014 portant réouverture d'instruction, en application de l'article R. 613-4 du code de justice administrative ;

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 modifiée portant réglementation des marchés publics ;

Vu la délibération de la commission permanente du congrès n° 64/CP du 10 mai 1989 fixant les cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux et aux marchés publics de fournitures courantes et de services passés en application de la délibération modifiée n° 136 du 1^{er} mars 1967 ;

Vu l'annexe 1 à la délibération n° 64/CP du 10 mai 1989 ;

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 30 avril 2014 :

- le rapport de M. Schnoering, rapporteur ;

- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public ;

- et les observations de Me Elmosnino, avocat de la SAS entreprise des travaux public du Nord, de Me Dupuy, de la SELARL d'avocat Franck Royanez, avocat de la province Sud et de la société d'équipement de la Nouvelle-Calédonie (Secal) ;

1. Considérant que la SAS Entreprise des travaux du Nord (ETN) demande au tribunal de céans, en sa qualité de concurrent évincé, à titre principal, d'annuler le marché n° M13.25664 relatif aux travaux préparatoires de la liaison Hienghene/Kaala-Gomen passé entre la province Nord et l'entreprise Bolliet André Jean et, à titre subsidiaire, de résilier ledit marché ; que les travaux dont s'agit, qui s'inscrivent dans le programme de désenclavement routier en province Nord, consistent à exécuter les terrassements généraux de la plate-forme de la future chaussée, ainsi que l'assainissement et le drainage des écoulements des eaux sur une longueur d'environ 16 kilomètres ;

2. Considérant que l'entreprise requérante a été informée du rejet de son offre, par un courrier en date du 26 avril 2013 du maître d'ouvrage délégué, la société d'équipement de la Nouvelle-Calédonie (Secal) qui, agissant au nom et pour le compte de la province Nord, a fait publier, dans les « Nouvelles Calédoniennes » du 7 juillet 2013, un avis d'attribution qui fait apparaître le bénéficiaire du marché, la société Bolliet André Jean et son montant, 417 112 080 francs CFP ;

Sur l'intervention du maître de l'ouvrage délégué :

3. Considérant que si la SAS Entreprise des travaux du Nord (ETN) soutient que le maître de l'ouvrage délégué ne tient d'aucun contrat la possibilité de représenter le maître de l'ouvrage s'agissant de la contestation de la validité d'un marché public, il est constant que le point 10 de l'annexe n° 5 de la convention de mandat conclue entre la province Nord et la Secal autorise cette dernière à agir en justice s'agissant de litiges avec des tiers ; que la Secal est dès lors

fondée à intervenir aux côtés de la province Nord comme elle l'a fait en déposant des écritures communes avec le maître d'ouvrage le 27 décembre 2013 ;

Sur la régularité de la procédure de passation du marché :

4. Considérant qu'aux termes de l'article 27-2 de la délibération susvisée n° 136 :

« *La commission d'appel d'offres arrête la liste des soumissionnaires admis à concourir, élimine les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables, procède au classement des offres par ordre décroissant et propose d'attribuer le marché au candidat dont l'offre correspond le mieux aux besoins exprimés, en tenant compte des critères suivants - prix des prestations,- coût d'utilisation,- valeur technique,- références et garanties professionnelles et financières du candidat,- délai d'exécution,- conditions du recours à la sous-traitance, et ceux stipulés dans le règlement particulier d'appel d'offres* » ;

5. Considérant qu'aux termes de l'article 22 de la loi organique susvisée du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie : « *La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes (...) 17° Règles relatives à la commande publique, dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics (...)* » ; que, pour assurer le respect de ces principes, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le règlement particulier de l'appel d'offres tenu à la disposition des candidats ;

6. Considérant qu'en Nouvelle-Calédonie les dispositions en vigueur prévoient l'application d'au moins six critères énumérés par l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967, susceptibles d'être complétés par d'autres critères ; que le respect des principes fondamentaux de la commande publique implique, dans tous les cas, que les six critères prévus par la délibération applicable soient ou non complétés par d'autres critères spécifiques au marché en cause, que le pouvoir adjudicateur fournisse aux candidats l'information appropriée sur les conditions de mise en œuvre desdits critères d'attribution, en indiquant la hiérarchisation ou la pondération de ces critères, même lorsqu'il leur est attribuée une égale importance ;

7. Considérant qu'aux termes de l'article 4.1 du règlement particulier d'appel d'offres du marché relatif aux travaux préparatoires de la liaison Hienghene/Kaala-Gomen : « *Le jugement des offres sera effectué conformément aux dispositions prévues à l'article 27 de la délibération n° 136 du 1^{er} mars 1967 modifiée. Outre les critères de jugement déjà prévus à l'article 27-2 de la délibération n° 136 du 1^{er} mars 1967 modifié, il sera tenu compte dans le jugement des offres des critères additionnels, par ordre d'importance suivants : -le coût des prestations, le délai, les références de l'entreprise, le plan de charge de l'entreprise* » ;

8. Considérant que si, pour le jugement des offres, les critères additionnels sont hiérarchisés, cette hiérarchisation ou cette pondération a été omise s'agissant des six critères de jugement énumérés par l'article 27-2 de la délibération n° 136 du 1^{er} mars 1967 modifiée ; qu'il s'ensuit que les principes fondamentaux de la commande publique n'ont pas été respectés, le pouvoir adjudicateur n'ayant pas fourni aux candidats l'information appropriée sur les conditions de mise en œuvre des critères d'attribution ;

9. Considérant que les manquements de la province Nord à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, compte tenu de leur caractère substantiel, sont susceptibles d'avoir

lésé la SAS Entreprise des travaux du Nord (ETN) ; que cette dernière est dès lors fondée, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens du recours, à demander l'annulation de la procédure litigieuse ;

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

10. Considérant qu'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 » ;

11. Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le tribunal ne peut pas faire bénéficier la partie tenue aux dépens ou la partie perdante du paiement par l'autre partie des frais qu'elle a exposés à l'occasion du litige soumis au juge ; que les conclusions présentées à ce titre par la province Nord doivent dès lors être rejetées ;

12. Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de condamner la province Nord et la Secal à verser à la société requérante la somme globale de 150.000 F CFP au titre des frais exposés à l'occasion de la présente instance ;

D E C I D E :

Article 1^{er} : Le marché n° M13.25664 relatif aux travaux préparatoires de la liaison Hienghene/Kaala-Gomen passé entre la province Nord et l'entreprise Bolliet André Jean est annulé.

Article 2 : La province Nord et la Secal sont condamnées à verser à la SAS Entreprise des travaux du Nord (ETN) la somme globale de 150 000 francs au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.