

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 1400493

SARL Vigifonds

M. Schnoering
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Audience du 13 mai 2015
Lecture du 4 juin 2015

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la requête, enregistrée le 30 décembre 2014, présentée pour la SARL Vigifonds dont le siège est sis (...), prise en la personne de son représentant légal, par la SELARL Descombes et Salans, avocats ; La SARL Vigifonds demande au tribunal :

- d'annuler la décision implicite de la commune de Nouméa portant rejet de sa réclamation préalable ;

- de condamner la commune de Nouméa à lui verser la somme de 8 603 196 francs CFP assortie des intérêts légaux à compter du 22 juillet 2011 ;

- d'ordonner la capitalisation des intérêts ;

- de condamner la commune de Nouméa à lui verser la somme de 300 000 francs CFP sur le fondement des dispositions de l'article L 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- sur appel d'offres lancé par la commune de Nouméa, elle a déposé une offre pour l'attribution du lot n° 1 ;

- la Cour administrative d'appel de Paris a, par un arrêt en date du 31 juillet 2014, prononcé l'annulation du lot n° 1 du marché litigieux ;

- elle a sollicité le versement d'une indemnité en réparation du préjudice subi du fait de son éviction irrégulière et est donc recevable et fondée à solliciter l'annulation de la décision implicite de rejet de sa demande indemnitaire ainsi que la condamnation de la commune à indemniser son préjudice ;

- elle remplit incontestablement le critère de la chance sérieuse ;

- la chance sérieuse s'apprécie au regard des six critères réglementaires prévus par l'article 27-2 de la délibération n° 136/CP en vigueur à l'époque des faits que la commune aurait dû mettre en œuvre ;
- elle a justifié remplir l'ensemble des conditions exigées, disposer de moyens humains et techniques parfaitement adoptés et dimensionnés et jouir d'une expérience inégalée en Nouvelle-Calédonie ;
- le seul fait que le prix qu'elle avait proposé n'était pas le moins-disant ne peut conduire à refuser de lui reconnaître une chance sérieuse ;
- force est de constater que l'offre de la société Le Gardien devait être rejetée en raison de son caractère anormalement bas ;
- son manque à gagner, correspond à la marge sur coûts de main d'œuvre directe soit 30,38% ;
- ce taux est inférieur au taux moyen de ses derniers exercices de la requérante (47% en 2009 et 47,1 % en 2010) ;
- cette analyse financière très détaillée du marché litigieux a été validée par un expert-comptable ;
- le manque à gagner annuel escompté au titre du lot n° 1 du marché s'élève à la somme de 2 867 732 francs CFP (frais et manque à gagner pour la durée du marché, savoir trois ans) soit 8 603 196 francs CFP ;
- les intérêts courent à compter de la première réclamation préalable présentée le 22 juillet 2011 ;

Vu, enregistré le 12 février 2015, le mémoire présenté pour la commune de Nouméa qui conclut au rejet de la requête ;

Elle soutient que :

- à l'appui de la requête, il n'est fourni aucun justificatif permettant d'identifier le représentant légal de la société, démontrer cette qualité et sa capacité à représenter en justice la société Vigifonds ;
- tant que ces justificatifs n'auront pas été produits, la requête devra être considérée comme irrecevable et rejetée comme telle par le tribunal de céans ;
- la demande préalable de la société requérante a été effectuée concomitamment à la requête initiale ;
- c'est donc de manière unique que la commune s'est opposée à cette demande préalable et à cette requête par la production de ses écritures en défense en date du 24 août 2011, qui ont, par la suite, été communiquées à la société requérante dans le cadre de l'instance ;
- la présente requête indemnitaire introduite plusieurs années après la décision de refus opposée à la demande préalable du 22 juillet 2011 est donc tardive ;
- la nouvelle demande préalable en date du 3 septembre 2014 est insusceptible de rouvrir le délai contentieux dans la mesure où, ainsi que le reconnaît la société requérante elle-même, elle a un objet et une cause identique à la demande préalable du 22 juillet 2011 qui a fait l'objet d'une décision de refus désormais définitive ;
- le tribunal ne pourra donc, sans méconnaître l'autorité de la chose jugée, statuer sur le présent litige ;
- la requête est irrecevable en raison de la méconnaissance des règles de la procédure contentieuse applicables aux recours exercés par les concurrents évincés ;
- il ressort de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris que l'irrégularité entachant la procédure de mise en concurrence tenait au manquement à l'obligation de hiérarchiser ou de pondérer les critères de sélection ;
- cette irrégularité n'a eu aucune incidence sur le résultat de la mise en concurrence qui aurait été strictement identique si cette irrégularité n'avait pas été commise ;

- ainsi que le relève la Cour administrative d'appel de Paris, le critère tenant au prix des prestations a été déterminant dans l'analyse des offres de telle sorte que si ce critère avait été pondéré ou hiérarchisé, son application aurait nécessairement conduit à écarter l'offre de la société requérante de l'attribution du marché ;

- cette offre était non seulement supérieure à celle de l'attributaire à hauteur de 43.6 % mais également la plus onéreuse de toute celle ayant été présentée et ce, dans une proportion telle que la société requérante était dépourvue de toute chance de remporter le marché, compte tenu du caractère déterminant accordé au critère financier dans l'analyse des offres ;

- la société requérante n'avait aucune chance de remporter le marché ;

- c'est de manière totalement erronée que la société requérante tente de convaincre le tribunal du caractère anormalement bas de l'offre de l'attributaire ;

- la commune n'était pas tenue d'écarter l'offre de l'attributaire ;

Vu, enregistré le 12 mars 2015, le mémoire présenté pour la SARL Vigifonds par la SELARL Descombes et Salans qui conclut aux mêmes fins par mes mêmes moyens ;

Elle ajoute que :

- étant une SARL, son représentant légal est investi du pouvoir de représentation en justice ;

- elle produit un extrait Kbis indiquant la composition de sa gérance ;

- sa requête repose sur la demande préalable adressée à la ville en septembre 2014 ;

- l'arrêt du 31 juillet 2014 n'a aucune autorité sur le volet financier du litige ;

- la demande indemnitaire présentée dans le précédent contentieux n'a pas été examinée ;

- la commune n'établit pas que l'offre retenue n'était pas anormalement basse ;

Vu la demande préalable ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris en date du 31 juillet 2014 ;

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 commerce ;

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 13 mai 2015 :

- le rapport de M. Schnoering, rapporteur ;

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

- et les observations de Me Mezerac, avocat de la société Vigifonds, et de Mme Boutet, représentant la commune de Nouméa ;

Sur les fins de non recevoir opposées par la commune de Nouméa :

1. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article L. 223-18 du code de commerce : « *La société à responsabilité limitée est gérée par une ou plusieurs personnes physiques (...). Dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux associés (...)* » ; qu'en vertu de ces dispositions, le gérant de la SARL Vigifonds a qualité pour agir en justice au nom de cette société, sans qu'il y ait lieu d'exiger la production d'un mandat spécifique ; que, par suite, la fin de non recevoir opposée par la commune de Nouméa et tirée du défaut de mandat habilitant le gérant de la société Vigifonds à former la présente action doit être rejetée ;

2. Considérant, en deuxième lieu, que, dans sa requête présentée devant la Cour administrative d'appel de Paris la SARL Vigifonds avait demandé, à titre très subsidiaire, la condamnation de la commune de Nouméa à lui verser la somme de 8 903 196 francs CFP en remboursement des frais engagés pour sa candidature et au titre de son manque à gagner, augmentée de la capitalisation des intérêts ; que, dans son arrêt en date du 31 juillet 2014, la Cour ayant fait droit aux conclusions présentées à titre principal par la requérante, n'a pu que rejeter les conclusions présentées à titre subsidiaire et à titre très subsidiaire par la SARL Vigifonds ; que la commune de Nouméa n'est par suite pas fondée à lui opposer l'autorité de la chose jugée aux conclusions indemnitaires de la requérante qui sont, dans la présente requête, présentées à titre principal et dont le bien-fondé n'a, au jour du présent jugement, pas été examiné ;

3. Considérant, en troisième lieu, que la requérante a adressé une réclamation préalable en indemnité à la commune de Nouméa le 22 juillet 2011 ; que si cette demande a fait l'objet d'une décision de refus, la saisine du juge en 2011 rend inopposables les délais de recours à l'encontre de cette décision ; que la requête de la société requérante, fondée sur le refus implicite né du silence gardé sur sa demande préalable réceptionnée par la commune de Nouméa le 8 septembre 2014, n'était dès lors pas tardive quand a été introduite la présente procédure en décembre 2014 ;

4. Considérant, en quatrième lieu, qu'en vue d'obtenir réparation de ses droits lésés, le concurrent évincé a la possibilité de présenter devant le juge du contrat des conclusions indemnitaires, à titre accessoire ou complémentaire à ses conclusions à fin de résiliation ou d'annulation du contrat ; qu'il peut également engager un recours de pleine juridiction distinct, tendant exclusivement à une indemnisation du préjudice subi à raison de l'illégalité de la conclusion du contrat dont il a été évincé ; que la commune de Nouméa ne démontre pas que la SARL requérante aurait enfreint une règle de procédure qui serait applicable aux recours exercés par les concurrents évincés ;

5. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de non recevoir opposées par la commune de Nouméa doivent être écartées ;

Sur les conclusions à fins indemnitaires :

6. Considérant que la Cour administrative d'appel de Paris a, par un arrêt en date du 31 juillet 2014, annulé le lot n° 1 « Surveillance et collecte » du marché portant sur des prestations de service de surveillance et de collecte du parking le Banian, conclu entre la commune de Nouméa et la société Le Gardien ; que la société Vigifonds, société spécialisée dans les activités de sécurité privée, le transport de fonds et l'assistance des opérateurs économiques dans la gestion demande au tribunal de condamner la commune de Nouméa à lui verser la somme de 8 603 196 francs CFP en réparation du préjudice subi du fait de son éviction irrégulière du marché dont s'agit ;

7. Considérant que lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce marché, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était dépourvue de toute chance de remporter le marché ; que, dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ; que, dans le cas où l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché, elle a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre, lesquels n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique ;

8. Considérant que les six critères prévus par l'article 27-2 de la délibération 136/CP dans sa rédaction alors en vigueur n'ont pas été hiérarchisés ou pondérés ; qu'il ressort du procès-verbal de la commission chargée de l'attribution du marché, réunie le 14 avril 2011, que le critère tenant au prix des prestations a été déterminant dans l'analyse des offres, le procès-verbal de la commission chargée de l'attribution du marché précisant qu'il a été attribué à l'entreprise ayant présenté l'offre la moins-disante ;

9. Considérant que la société requérante soutient, à juste titre, qu'elle disposait de moyens humains et techniques adaptés et dimensionnés ainsi que d'une expérience en Nouvelle-Calédonie qui n'ont pas été pris en compte ; qu'elle a ainsi été privée d'une chance sérieuse d'obtenir le marché ; qu'elle peut, par suite, prétendre à être indemnisée de l'intégralité du manque à gagner en résultant pour elle, incluant nécessairement, en l'absence de stipulation contraire du contrat, les frais de présentation de l'offre intégrés dans ses charges, mais excluant le remboursement des frais généraux de l'entreprise qui seraient affectés à ce marché ; que ce manque à gagner doit être déterminé non en fonction du taux de marge brute constaté dans son activité mais en fonction du bénéfice net que lui aurait procuré le marché si elle l'avait obtenu ;

10. Considérant que, compte tenu du prix de l'offre de la société requérante d'un montant de 9 909 286 francs CFP pour le lot 1 « Surveillance et collecte » pour un marché d'une durée de trois ans tel qu'il est apparu lors de l'ouverture des offres le 7 avril 2011, il sera fait une juste appréciation du préjudice de la SARL Vigifonds en l'évaluant à un million de francs CFP tous intérêts compris ;

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

11. Considérant qu'il y a lieu de mettre à la charge de la commune de Nouméa une somme de 150 000 francs à verser à la société Vigifonds 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} : La commune de Nouméa est condamnée à verser la somme d'un million de francs CFP à la société Vigifonds.

Article 2 : La commune de Nouméa est condamnée à verser la somme de 150 000 francs CFP à la société Vigifonds sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.