

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 1300247

SARL Oceanic Electric

M. Schnoering
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Audience du 30 avril 2014
Lecture du 22 mai 2014

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la requête, enregistrée le 26 juillet 2013, présentée pour la SARL Oceanic Electric dont le siège est (...) représentée par un de ses gérants en exercice, par la SELARL Lombardo, avocats ; la SARL Oceanic Electric demande au tribunal de condamner la commune de Koumac à lui payer la somme de :

- 16 727 000 francs CFP à titre de dommage intérêts ;
- 350 000 francs CFP au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- elle a présenté, par lettre reçue le 21 mars 2013, un recours préalable en indemnisation ;
- elle a été évincée irrégulièrement du marché d'extension du réseau HTA/BT- Secteur de Nehoué, organisé par la commune de Koumac et qui a été attribué à la société Sepac ;
- une première consultation a eu lieu par appel d'offres ouvert le 16 janvier 2012 qui a été déclaré infructueux compte tenu de l'écart qu'elles présentaient par rapport à l'estimation prévisionnelle, cet écart étant, selon le rapport d'EEC, de 47,27 % ;
- une seconde consultation a été lancée le 9 mai 2012 : les 3 mêmes entreprises étaient soumissionnaires ;
- l'estimation prévisionnelle chiffrée par le maître d'œuvre passait, cette fois-ci à 65 002 452 francs CFP, ce qui correspond exactement à l'offre qu'elle avait faite lors de la première consultation ;
- en cours de consultation le maître d'œuvre a étrangement trouvé des erreurs de calcul qui ont conduit à réduire l'offre de la Sepac à 60 429 706 francs CFP HT alors que son offre était portée à 61 959 277 francs CFP ;

- l'avis paru dans la presse montrait que si c'était bien la Sepac qui était attributaire, elle l'était avec le prix proposé par Oceanic Electric ;
- le premier appel d'offres a été déclaré à tort infructueux ;
- la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE 29 décembre 1997) considère en effet qu'est irrégulière la déclaration d'infructuosité dès lors qu'elle s'appuie sur une évaluation fantaisiste du coût des travaux par le maître de l'ouvrage ;
- de surcroît, cette irrégularité a causé une violation des règles de concurrence puisqu'elle a permis à ses concurrents directs de connaître son offre ;
- dans un premier temps, la commission d'appel d'offres du 2^{ème} marché l'avait désignée avant d'attribuer le marché à la Sepac après que la société EEC ait manifestement négocié et/ou retiré les chiffres proposés par les deux entreprises les plus concurrentes, Sepac et Oceanic Electric ;
- ce retraitement des offres, dans une totale opacité, fait pour le compte de la personne responsable du marché viole manifestement les principes de transparence des marchés publics ;
- la commission d'appel d'offres l'avait retenue comme seule attributaire et la personne responsable du marché était tenue de conclure le marché avec elle : elle ne pouvait retenir un autre candidat sans s'expliquer en détail sur les raisons d'un choix contraire à celui de la commission d'appel d'offres ;
- cette éviction irrégulière lui crée un préjudice certain, préjudice économique correspondant à la marge qu'elle aurait réalisée si elle avait obtenu le marché ;
- sa comptabilité montre qu'elle réalise une marge de 25,58% ;
- son préjudice est donc de 16 727 000 francs CFP que la commune de Koumac sera condamnée à lui payer avec intérêts à compter de la requête et anatocisme ;

Vu, enregistré 26 août 2013, le mémoire présenté pour la SARL Sepac par son gérant, qui entend apporter des éléments permettant de compléter et éclairer ce dossier ;

Elle soutient que :

- elle a pris grand soin de respecter le RPAO ;
- sa première offre est restée sans suite ;
- elle a répondu le 8 juin 2012 à la nouvelle consultation lancée le 9 mai 2012 ;
- elle a signalé au maître d'œuvre des différences non négligeables en plus et en moins entre le quantitatif et les quantités ressortant des plans ainsi que l'absence de parafoudres dans le quantitatif et les plans ;
- le maître d'œuvre lui a demandé de ne pas tenir compte de ces différences et de répondre suivant le quantitatif ;
- ne pouvant omettre sa responsabilité en matière de règles de l'art, elle décidé malgré tout d'intégrer dans son quantitatif ces parafoudres nécessaires et de remplir intégralement le BPU ;
- elle a remis son offre en date du 29 mai 2012, par envoi en RAR le 1^{er} juin 2012, pour un montant de 64 188 765 francs CFP, avant remise commerciale de 2 000 000 francs CFP si obtention des 3 sites, établie en ne tenant pas compte des différences quantitatives relevées comme demandé par le maître d'œuvre, le tout avec un délai global de 37 semaines ;
- pour établir sa cotation, elle a réussi à trouver un autre canal de distribution pour les appareils Nulec et obtenu un prix de revient en forte diminution ;
- le 27 juin 2012, elle a fait savoir au maître d'œuvre qu'elle était en mesure de réduire son délai global à 29 semaines ;
- une de ses équipes s'est trouvée libre beaucoup plus tôt et une partie du matériel devenait disponible ;
- elle a intégré ce paramètre dans sa nouvelle offre ;

- le 8 août 2012, elle a reçu son marché pour un montant de 60 429 706 francs CFP nette de sa remise commerciale et tenant compte des arbitrages quantitatifs effectués par le maître d'œuvre à partir de son BPU ;

Vu, enregistré le 13 décembre 2013, le mémoire présenté pour la commune de Koumac par Me Robertson, avocat, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société Oceanic Electric à lui payer la somme de 350 000 francs CFP au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- le premier appel d'offres a été déclaré infructueux, l'offre la plus basse, celle d'Oceanic Electric, étant 47,27% supérieure à l'estimation d'EEC ;
- pour le second appel d'offres, EEC a réévalué le montant prévisionnel des travaux pour le passer à 65 002 452 francs CFP ;
- s'il apparaît que dans le procès-verbal de la commission chargée des opérations d'ouverture des plis du 20 juin 2012 il a été décidé de retenir l'offre d'Oceanic Electric, il résulte de la lecture de ce PV que cela n'était que « sous réserve du contrôle des offres par le maître d'œuvre EEC » ;
- ce contrôle a révélé de nombreuses erreurs dans les offres, lesquelles ont été explicitées dans le rapport d'analyse des offres du mois de juillet 2012 ;
- la rectification des erreurs a permis la détermination d'un nouveau montant global des travaux pour chacune des trois sociétés ;
- il est alors apparu que la société Sepac proposait la meilleure offre aux yeux d'EEC ;
- aucune négociation n'a été entreprise entre EEC et les soumissionnaires ;
- après réception du rapport d'analyses détaillé, le procès-verbal de la commission dressé le 12 juillet 2012 a disposé qu' « après examen des offres corrigées suite à l'analyse du maître d'œuvre, la commission a décidé de retenir l'offre de la société Sepac pour un montant de 63 451 191 francs CFP pour un délai de réalisation de 29 semaines » ;
- la procédure d'appel d'offres a bien été respectée ;
- la commune de Koumac n'a commis aucune faute au préjudice de la société Oceanic Electric ;

Vu l'ordonnance en date du 10 décembre 2013 fixant la clôture d'instruction au 20 janvier 2014, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 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 Robertson, avocat de la commune de Koumac ;

1. Considérant qu'une consultation par appel d'offres ouvert, en application des dispositions des articles 24 et suivants de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics, a été lancée par la commune de Koumac le 16 janvier 2012 pour la réalisation des travaux relatifs à la desserte en énergie électrique des futurs abonnés à proximité de la ligne du bouclage du Nord-Secteur Néhoué ; que la commune susdite, maître de l'ouvrage, a confié la maîtrise d'œuvre de l'opération à la société EEC GDF-SUEZ, concessionnaire de la distribution publique d'énergie électrique dans la commune de Koumac ; qu'après un premier appel d'offres infructueux, le marché a été attribué à la SARL Sepac ; que la SARL Oceanic Electric soutient avoir été évincée irrégulièrement de ce marché et demande au tribunal de condamner la commune de Koumac à l'indemniser du dommage subi ;

2. Considérant qu'à la suite de l'appel d'offres du 16 janvier 2012, l'ouverture des offres, le 12 mars 2012, en commission, a fait apparaître trois offres émanant respectivement d'Oceanic Electric, pour un prix de 65 002 462 francs CFP et un délai d'exécution de 36 semaines, de Sepac, pour un prix de 71 864 397 francs CFP et un délai d'exécution de 38 semaines et de Socometra, pour un prix de 78 238 362 francs CFP et un délai d'exécution de 40 semaines ;

3. Considérant que l'offre la plus basse, celle d'Oceanic Electric, pour un prix de 65 002 462 francs CFP était 47,27% supérieure à l'estimation d'EEC ; que le maître d'œuvre justifie son choix d'estimer la valeur des travaux à seulement 44 138 053 francs CFP par les coûts de dossiers antérieurs ; que l'examen du tableau des estimations sommaires de marchés de desserte en énergie électrique conclus par la commune de Koumac en 2011 et 2012 révèle toutefois des écarts de prix entre l'estimation effectuée et le prix de l'offre retenue s'échelonnant seulement de -16% à + 28 % ;

4. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le coût estimé par le maître d'œuvre a été fixé de manière irréaliste, l'existence d'un écart de 47,27 % entre l'estimation faite par EEC, 44 138 053 francs CFP et le montant de l'offre de l'entreprise la moins-disante, 65 002 462 francs CFP, n'étant pas justifiée par les écarts de prix constatés en 2011 et 2012 qui étaient plus faibles ; que l'appel d'offres a ainsi été déclaré infructueux dans des conditions qui ne permettaient pas sa réussite ; que, par suite, le marché attribué à l'issue du second appel d'offres après que le premier appel d'offres a été déclaré infructueux, a été passé selon une procédure irrégulière ; qu'ainsi, le recours irrégulier à un second appel d'offres constitue une faute de nature à engager la responsabilité de la commune de Koumac ;

5. 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 dernier, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter ce 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 ; qu'il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché ; que, dans un tel cas, l'entreprise 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 qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique ;

6. Considérant que la SARL Oceanic Electric, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce et notamment du montant de son offre initiale, avait des chances sérieuses de remporter le marché si celui-ci n'avait pas été attribué irrégulièrement à la SARL Sepac ; que la société requérante a ainsi droit à être indemnisée de son manque à gagner ;

7. Considérant que la SARL Oceanic Electric fait état en se prévalant de sa comptabilité, d'une marge bénéficiaire de 25,58 %, soit d'une marge bénéficiaire attendue, calculée par rapport au montant de son offre, de 16 727 000 francs CFP ; qu'à défaut de tout autre élément permettant d'établir que ce taux correspondrait à la marge bénéficiaire habituellement pratiquée dans ce type de marché, il sera fait une juste appréciation du manque à gagner subi par la SARL Oceanic Electric en l'évaluant à la somme 8 000 000 francs CFP tous chefs de préjudices et intérêts confondus ; qu'il y a lieu de condamner la commune de Koumac à lui verser cette somme ;

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

8. Considérant, d'une part, que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la SARL Oceanic Electric, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, soit condamnée à verser à la commune de Koumac la somme qu'elle demande sur ce fondement ;

9. Considérant, d'autre part, qu'il y a lieu de faire droit aux conclusions de SARL Oceanic Electric présentées sur le même fondement en condamnant la commune de Koumac à lui verser une somme de 150 000 francs CFP ;

D E C I D E :

Article 1^{er} : La commune de Koumac est condamnée à verser la somme de 8 000 000 francs CFP ainsi que la somme de 150 000 F CFP au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 2 : Les conclusions de commune de Koumac tendant au versement de frais irrépétibles sont rejetées.