

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALÉDONIE**

N° 12036

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**GIE DE TRANSPORT
INTERPROVINCIAL**

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Briseul
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie,

Audience du 31 mai 2012
Lecture du 14 juin 2012

Vu la requête, enregistrée le 7 février 2012, présentée pour le GIE DE TRANSPORT INTERPROVINCIAL, dont le siège est (...), par la société d'avocats Louzier - Fauché - Cauchois ; le GIE DE TRANSPORT INTERPROVINCIAL demande au tribunal :

1°) d'annuler la décision en date du 23 septembre 2011, adressée au président du conseil d'administration de la SAS Nord Sud voyageurs, par laquelle le directeur du syndicat mixte de transport interurbain l'informe que le comité syndical a décidé de lui attribuer les lots n° 1 et 3 avec rabais et en option accessibilité pour un montant annuel en tranche ferme de 373 097 741 francs CFP et fixant le démarrage du futur réseau au 1er juillet 2012, à la suite de l'appel d'offres pour la production kilométrique du réseau de transport interurbain routier de personnes de la Nouvelle-Calédonie, lancé le 11 février 2011 ;

2°) de résilier le marché n° 2011-01/SMTI signé le 25 octobre 2011, et dont l'avis d'attribution a été publié dans les Nouvelles Calédoniennes du 9 novembre 2011, passé entre le syndicat mixte de transport interurbain et la SAS Nord Sud Voyageurs, pour les lots n° 1 et 3 du marché de production kilométrique du réseau interurbain routier de personnes de la Nouvelle-Calédonie ;

3°) d'enjoindre au syndicat de réexaminer les offres dans le mois suivant la notification du jugement, de procéder à une nouvelle attribution selon les critères retenus dans le jugement ;

4°) de condamner subsidiairement le syndicat mixte à lui verser une somme de 221 451 601 francs CFP en réparation du préjudice subi en raison de son éviction du marché passé en vue de la production kilométrique du réseau de transport interurbain routier de personnes de la Nouvelle-Calédonie, en ce qui concerne les lots 1 et 3 ; à titre encore plus subsidiaire de condamner le syndicat à lui payer la somme de 2 000 000 de francs CFP pour les frais de dossier dans l'hypothèse où il ne serait pas reconnu qu'elle avait des chances sérieuses de remporter le marché ;

5°) de mettre à la charge du syndicat mixte de transport interurbain la somme de 450 000 francs CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

en faisant valoir qu'il conteste l'attribution à la SAS Nord Sud Voyageurs des lots 1 et 3 du marché, alors que seul le lot 2 lui a été attribué ; que cette attribution procède d'une erreur manifeste d'appréciation « équipollente » à une erreur de droit ; qu'en ce qui concerne les prix, le GIE était incontestablement le moins disant ; qu'il ne pouvait légitimement être disqualifié sur le fondement de la valeur technique de son offre ; qu'il n'est pas certain que la SAS disposait d'une aussi grande expérience professionnelle lorsqu'elle a déposé son offre ; qu'il n'est pas certain qu'avec une offre de mise en service de cars de marque chinoise, la SAS a pu disqualifier le GIE sur la valeur technique des offres, le nombre des chauffeurs ayant une disponibilité immédiate pour l'exécution du marché et les moyens matériels pour démarrer immédiatement le marché dans l'attente de la fourniture des véhicules neufs ; que les délais sont strictement normaux lorsqu'il s'agit d'importer des véhicules neufs en nombre élevé ; que, si à compter de la publication de cet avis, il n'était pas recevable à attaquer l'acte détachable, bien qu'étant encore hors délai pour le faire, il était en revanche recevable pour déférer le marché à l'intérieur du délai de trois mois ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 13 mars 2012, présenté pour le syndicat mixte de transport interurbain et tendant au rejet de la requête en faisant valoir que les conclusions sont irrecevables ; qu'en premier lieu, le GIE n'est pas recevable à contester, en sa qualité de candidat évincé et par voie d'excès de pouvoir, l'acte détachable tendant à l'attribution de deux lots du marché à un concurrent, dès lors que le marché a été conclu antérieurement à l'introduction de la requête ; qu'en second lieu, ses conclusions dirigées contre le marché sont entachées de forclusion dès lors qu'il aurait dû être introduit dans les deux mois de la date de publication de l'avis d'attribution du marché, qui a eu lieu le 9 novembre 2011 ; qu'à titre subsidiaire, le recours est infondé car il n'appartient pas au juge d'apprécier les offres des candidats et aucune irrégularité de procédure n'est invoquée ; que la demande indemnitaire n'a pas fait l'objet d'une recours préalable ;

Vu l'ordonnance en date du 15 mars 2012 fixant la clôture d'instruction au 17 avril 2012, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire, enregistré le 27 mars 2012, présenté pour le GIE DE TRANSPORT INTERPROVINCIAL et faisant valoir qu'il ne conteste aucun acte détachable ; qu'en Nouvelle-Calédonie, c'est le délai de trois mois qui s'applique ; qu'il appartient au juge administratif d'exercer un contrôle normal sur le respect des critères contractuels ; que le délai de deux mois énoncé sous l'arrêt Tropic est le délai pour se pourvoir en plein contentieux contre un contrat que révèle la publication d'une décision d'attribution du marché ; qu'il n'a eu connaissance de la décision d'attribution du marché au candidat concurrent que par l'avis publié le 9 novembre 2011 ; que, si à compter de la publication de cet avis il n'était plus recevable pour le faire, il n'en gardait pas moins selon la jurisprudence TROPIC le droit de se pourvoir contre le contrat que la décision du marché désignait par l'avis publié ; que, dès lors que le délai de deux mois est porté à trois mois, les conclusions aux fins d'annulation du contrat sont bien recevables pour avoir été introduites avant l'expiration de ce délai ; que le recours préalable a été formé le 3 février 2012 ; que les conclusions indemnitaires sont établies ; qu'elles peuvent, le cas échéant, être soumises à expertise ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 17 avril 2012, présenté pour le syndicat mixte de transport interurbain prenant acte du désistement des conclusions dirigées contre l'acte

détachable, maintenant ses prétentions, précisant que la demande d'expertise ne présente aucun caractère d'utilité et contestant le montant des frais exposés ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 25 avril 2012, présenté pour le syndicat mixte de transport interurbain et produisant, à la demande du rapporteur, les procès-verbaux de la commission d'appel d'offres et les tableaux d'analyses des offres pour chaque lot ; le syndicat estime qu'il n'y a pas eu d'erreur manifeste d'appréciation dans l'attribution des lots n° 1 et n° 3 ;

Vu l'ordonnance en date du 26 avril 2012 portant réouverture de l'instruction ;

Vu le mémoire, enregistré le 22 mai 2012, présenté pour le GIE DE TRANSPORT INTERPROVINCIAL et faisant valoir que :

- dès lors que le GIE était candidat pour chaque lot, il était par voie de conséquence candidat sur les lots 1+2 aussi bien que sur les lots 1+3 et les lots 2+3 sous les conditions exprimées au RPAO pour chaque soumission ;
- aucune disposition du RPAO ne permettait de tirer un critère de jugement d'une ou plusieurs soumissions par couple de deux lots qui serait en termes de prix différentes de la simple addition des soumissions correspondantes à chacun des lots ;
- le principe d'égalité a été méconnu dès lors qu'une modalité de présentation des offres qui n'était pas prévue au règlement, a été susceptible d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection ;
- avec un matériel plus performant que SNV et des prix moins-disant, le GIE obtient une note de 3,18 sur 5 tandis que SNV obtient une note de 3,48 sur 5 ce qui n'est pas cohérent ;
- aucun des sous critères retenus et aucune sous-pondération ne figure sous l'article 5.1 du RPAO ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 25 mai 2012, produit pour le syndicat mixte de transport interurbain ;

Vu les notes en délibéré produites le 31 mai 2012 pour le GIE DE TRANSPORT INTERPROVINCIAL et le 5 juin 2012 pour le syndicat mixte de transport interurbain ;

Vu la réclamation préalable et les pièces du 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 loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ;

Vu la délibération n° 136 modifiée du 1er mars 1967 portant réglementation des marchés publics ;

Vu la délibération n°64/CP du 10 mai 1989 fixant les clauses administratives générales applicables aux marchés publics de fournitures courantes de services ;

Vu le code de justice administrative dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie, notamment modifiée par le décret n° 2010-1562 du 14 décembre 2010 modifiant, pour l'outre-mer, le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 31 mai 2012 :

- le rapport de M. Briseul, rapporteur ;
- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public ;
- et les observations de Me Louzier, avocat du GIE DE TRANSPORT INTERPROVINCIAL, et de Me Ranson, avocat du Syndicat mixte de transport interurbain ;

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 ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; qu'à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ;

Sur les conclusions à fins d'annulation ou de résiliation du marché :

Considérant qu'il résulte de l'instruction que le syndicat mixte de transport interurbain a lancé un appel d'offres ouvert pour la production kilométrique du réseau de transport interurbain routier de personnes de Nouvelle-Calédonie par un avis publié le 12 février 2011 ; que l'appel d'offres se décomposait en trois lots : lot n°1 Axe Ouest, lot n°2 Axe Sud-Est, lot n°3 Axe Nord-Est ; que le syndicat a décidé d'attribuer le lot 2 au GIE requérant et d'attribuer les lots 1 et 3 à la SAS Nord Sud Voyageurs ; que, par une correspondance en date du 23 septembre 2011, le syndicat mixte a informé la SAS Nord Sud Voyageur de ce que les lots n° 1 et 3 lui étaient attribués ; que le marché correspondant à ces deux lots a été signé le 25 octobre 2011 ; que l'avis d'attribution a été publié le 9 novembre 2011 ; qu'il comportait toutes les indications permettant au GIE, attributaire du lot n° 2, de consulter le marché dans son intégralité ; que les conclusions à fins d'annulation ou de résiliation du marché ont été enregistrées le 7 février 2012, soit au-delà du délai de deux mois mentionné ci-dessus ;

Considérant que le GIE DE TRANSPORT INTERPROVINCIAL soutient que ne devrait lui être opposé que le délai de trois mois résultant de l'article R. 421-6 du code de justice administrative et applicable devant les tribunaux administratifs de Mayotte, de la Polynésie française, de Mata-Utu et de Nouvelle-Calédonie au titre de l'article R. 421-1 et du deuxième alinéa de l'article R. 421-2 du même code ;

Considérant, tout d'abord, que le délai de deux mois permettant à tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif de former un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses correspond à l'état actuel du droit dès lors qu'il est constamment appliqué par les tribunaux administratifs de Nouvelle-Calédonie, de Mayotte et de Polynésie française ;

Considérant ensuite que le délai de trois mois mentionné à l'article R. 421-6 ne constitue nullement un délai de droit commun ; qu'en particulier, il a dû être modifié par le décret du 14 décembre 2010 susvisé pour être rendu applicable aux décisions implicites ; que, par ailleurs, ni la loi organique du 19 mars 1999 ni la loi ordinaire du même jour ne le retiennent pour les déferés du haut-commissaire de la République dans le cadre de son contrôle de légalité ; qu'il en est de même de la loi du 12 avril 2000 susvisée ;

Considérant, de surcroît, que le délai de deux mois, ouvert à tout concurrent évincé d'un marché de travaux publics, ne peut être celui fixé par l'article R. 421-1 du code de justice administrative qui précisément n'est pas applicable en matière de travaux publics ;

Considérant enfin que l'équilibre entre les exigences de la légalité et la stabilité des relations contractuelles qui découle du principe de sécurité juridique ne justifie pas, en l'espèce, une modification de l'état du droit ;

Considérant qu'il s'ensuit que les conclusions à fins d'annulation ou de résiliation des lots n° 1 et 3 du marché de production kilométrique du réseau interurbain routier de personnes de la Nouvelle-Calédonie sont tardives et doivent, pour ce motif, être rejetées ;

Sur les conclusions à fins d'indemnisation :

En ce qui concerne leur recevabilité :

Considérant, en premier lieu, que la présentation de conclusions indemnitaires par le concurrent évincé n'est pas soumise au délai de deux mois suivant l'accomplissement des mesures de publicité du contrat, applicable aux seules conclusions tendant à sa résiliation ou à son annulation ; que, par suite, les conclusions à fin d'indemnisation, qui ont fait l'objet d'une demande préalable, sont recevables ;

En ce qui concerne la régularité de l'attribution des lots n° 1 et 3 :

Considérant qu'aux termes de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 : « 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 » ;

Considérant que, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, 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 cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché

concerné ; qu'en outre, si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères, il doit porter à la connaissance des candidats leurs conditions de mise en œuvre dès lors que ces sous-critères sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection ;

Considérant qu'aux termes de l'article 27 de la délibération n° 136 du 1er mars 1967 susvisée : « 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 » ;

Considérant qu'en vertu de l'article 5 du règlement particulier d'appel d'offres, l'offre économiquement la plus avantageuse devait être sélectionnée en fonction du critère de la valeur technique pour 60 %, celui du prix des prestations pour 30 % et celui des délais pour 10 % ; qu'il précisait que seraient pris en compte les prix sans application des dispositifs de défiscalisation ; que, toutefois, il ressort de l'analyse des offres faite par le syndicat mixte de transport interurbain que ces trois critères étaient subdivisés en de multiples sous-critères qui étaient eux-mêmes pondérés ; que ces sous-critères étaient susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection ; que, toutefois, aucun document du marché ne précisait l'existence de sous-critères dotés d'une pondération ; qu'ainsi, le GIE requérant est fondé à soutenir que l'absence de communication aux entreprises d'une information sur la pondération des sous-critères, qui était de nature à influencer sur la préparation par celles-ci de leurs offres, constitue un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence qui entache d'irrégularité la procédure de passation du marché conclu par le syndicat mixte de transport interurbain avec la SAS Nord Sud voyageurs ;

En ce qui concerne l'indemnisation du GIE :

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 l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner qu'elle a subi ;

Considérant que l'article 3.2.1 du règlement particulier d'appel d'offres disposait qu'il était possible de soumissionner à un ou plusieurs lots ; que, s'il est constant que le GIE requérant n'a pas présenté une offre commune pour les lots n° 1 et 3, il a présenté une offre pour chacun de ces deux lots ; qu'il ne pouvait donc être exclu de la procédure ayant conduit à leur attribution ; que, toutefois, il ne résulte ni de son argumentation ni des pièces qu'il produit que l'analyse effectuée, par le syndicat mixte, des offres des deux sociétés pour les trois lots et qui a abouti à lui donner la note de 11 et à donner celle de 17 à son concurrent serait, compte tenu de la faible pondération

du critère financier, erronée au point de lui attribuer une note supérieure à celle de son concurrent ; qu'il s'ensuit que le GIE requérant n'est pas fondé à soutenir qu'il avait des chances sérieuses d'emporter les trois lots du marché ;

Considérant, toutefois, que le GIE a droit au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre ; que, dès lors qu'une partie des frais qu'il a exposés lui ont permis d'obtenir le lot n° 2, il sera fait une juste appréciation de son préjudice à ce titre en condamnant le syndicat mixte de transport urbain à lui verser la somme d'un million de francs ;

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

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge du GIE DE TRANSPORT INTERPROVINCIAL, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, le versement des sommes que demande le syndicat mixte de transport interurbain, au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner le syndicat mixte à verser au GIE la somme de 200 000 francs sur le fondement des mêmes dispositions ;

D É C I D E :

Article 1er : Le syndicat mixte de transport interurbain est condamné à verser au GIE DE TRANSPORT INTERPROVINCIAL la somme d'un million francs CFP (1 000 000).

Article 2 : Le syndicat mixte de transport interurbain est condamné à verser au GIE DE TRANSPORT INTERPROVINCIAL la somme de deux cent mille francs CFP (200 000) au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions présentées par le GIE DE TRANSPORT INTERPROVINCIAL est rejeté.