

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 1400235

SARL Boyer

M. Schnoering
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Audience du 12 mars 2015

Lecture du 2 avril 2015

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la requête enregistrée le 4 juillet 2014, présentée pour la SARL Boyer dont le siège social est zone industrielle de (...), représentée par son représentant légal en exercice, par la SCP UGGC, avocats ; La SARL Boyer demande au tribunal :

- d'annuler le marché public portant sur la construction du poste 8 en prolongement du grand quai à Nouméa ;

- subsidiairement résilier ledit marché à compter de la notification de la décision à intervenir ;

- condamner en tout état de cause le Port autonome de la Nouvelle-Calédonie à lui payer la somme de 600 000 francs CFP en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- elle a la qualité de concurrent évincé et a respecté le délai de recours contentieux ;
- le Port autonome de la Nouvelle-Calédonie s'est donc arrogé le droit, en méconnaissance directe des principes posés par la délibération précitée du 1^{er} mars 1967, de ne pas retenir trois des six critères obligatoires alors que la rédaction alors applicable de l'article 27-2 de la délibération précitée sur les marchés publics ne lui accordait pas un tel pouvoir ;
- le Port autonome de la Nouvelle-Calédonie ne pouvait légalement s'attribuer un droit que le Congrès ne lui a pas accordé : le Port autonome devait retenir les six critères obligatoires et ne disposait de marge de manœuvre que pour définir la pondération de ces critères et, s'il le souhaitait, ajouter de nouveaux critères ;

- au surplus et subsidiairement, les motifs allégués pour ne pas tenir compte de l'ensemble des critères obligatoires ne sont pas pertinents ;
- s'agissant du coût d'utilisation, le coût d'utilisation est un critère radicalement différent du critère du prix : à la différence de ce dernier, il a pour objet d'apprécier tous les coûts liés à la prestation que l'administration devra supporter indépendamment du prix c'est-à-dire à l'ensemble des coûts de nature à satisfaire le besoin, soit du fait de l'accroissement des coûts indirects générés par l'exécution du marché, soit en termes d'économies du fait des spécificités utilisées ;
- s'agissant du délai d'exécution il est inexact de prétendre que ce critère ne serait pas opportun au motif que le délai d'exécution aurait été fixé par l'administration ;
- le critère des délais d'exécution aurait pu permettre d'évaluer les efforts consentis par les candidats pour réaliser les travaux dans des délais plus contraints que le délai prévu par l'administration ;
- le Port autonome a ainsi privé les candidats de faire valoir leurs atouts en matière de rapidité d'exécution ;
- s'agissant des conditions de recours à la sous-traitance on peine également à comprendre en quoi les conditions de recours à la sous-traitance seraient inhérentes à un marché nécessairement dévolu à une entreprise générale ;
- ce critère n'a pas pour objet d'évaluer si les candidats ont recours à la sous-traitance mais selon quelles modalités : part de prestations sous-traitées, modalités d'intervention des sous-traitants sur le chantier (par exemple : respect des règles de sécurité ...), coordination des différents sous-traitants par le titulaire du marché ;
- il n'existait aucune bonne raison d'écarter les critères qui en l'espèce l'ont été par l'administration ;
- la procédure n'a pas permis de sélectionner l'offre qui correspond le mieux aux besoins de l'administration ;
- compte tenu de la gravité de l'irrégularité relevée, il serait anormal de laisser à sa charge les frais qu'elle a dû consacrer pour défendre ses intérêts en justice ;

Vu le mémoire enregistré le 2 septembre 2014, présenté pour le Port autonome de la Nouvelle-Calédonie, par la SELARL Louzier Fauché Cauchois, avocats qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la SARL Boyer à lui payer la somme de 630 000 francs CFP en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient que :

- le critère relatif au coût d'utilisation du quai est dépourvu d'objet ;
- pour divers motifs liés à des considérations d'organisation du service public portuaire, mais aussi à des contraintes techniques de génie civil il n'a pas souhaité laisser à la liberté des candidats quelques latitudes sur la durée d'exécution des travaux ;
- cette durée a été fixée par l'article 2.7 du règlement de façon contractuelle à 24 mois à compter de l'ordre de service de démarrage des travaux. ;
- cette durée contractuelle des travaux a été choisie en cohérence avec l'article 2.5 du règlement prévoyant un marché non alloti, et donc unique, comprenant une unique tranche de travaux, comportant pour la stabilité de l'ouvrage un phasage général des opérations imbriquées que sont les opérations de dragages, de remblais, de réalisation de rideaux, de pose des tirants, de la poutre de couronnement de création des chaussées ;
- s'agissant des conditions du recours à la sous-traitance un précédent a conduit le Port Autonome à ne pas avoir recours à un groupement d'entreprise mais à une entreprise générale pouvant répondre seule ou avec d'éventuels sous-traitants ;

- le marché ouvrirait largement la faculté de sous-traitance avec pour seule condition de répondre avec références dans les 8 domaines de compétence selon les modalités prévues à l'article 3 du règlement intitulé « contenance et présentation des offres » paragraphe 7 imposant dans l'enveloppe extérieure la liste des sous-traitants, la détermination exacte des travaux qui leur seront confiés et l'annexe 3 intitulée « tableau récapitulatif des compétences exigées » renseignée et approuvée par le soumissionnaire ;

- par ailleurs, si les conditions du recours à la sous-traitance ont pu figurer comme un critère sous l'article 27-2 en sa rédaction issue de la délibération n°136/CP de 1967 modifiée, cette disposition est devenue secondaire depuis la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, et elle ne peut désormais plus faire obstacle ni quelque entrave au principe constitutionnel d'égalité d'accès des candidats à la commande publique ;

- s'il est bien vrai que sous l'empire des dispositions de l'article 27-2 de la délibération 136/CP la jurisprudence a pu se fixer sur l'obligation faite à la commande publique de s'en référer aux 6 critères, cette règle ne peut trouver son application que dans la mesure où elles ne sont contraires ni aux besoins de l'administration ni à l'objet ou aux spécifications du marché ;

- il n'apparaît pas équitable de laisser à sa charge les frais qu'il a dû exposer pour sa défense ;

Vu l'ordonnance du 20 novembre 2014 fixant la clôture d'instruction au 23 décembre 2014, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu, enregistré le 13 décembre 2014, le mémoire présenté pour la Sarl Boyer par la SCP UGGC, avocats, qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens ;

Elle ajoute que :

- il ne pourra être donné une portée rétroactive aux dispositions de la délibération n° 123/CP ;

- la régularité de la procédure de publicité et de mise en concurrence s'apprécie au regard des règles en vigueur au moment de son lancement ;

- les vices relatifs à la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence ne sont pas régularisables ;

- l'offre de la société Dumez-GTM Calédonie a dérogé aux stipulations du CCAP et était donc irrégulière ;

- la pondération et la hiérarchisation des critères et des sous-critères n'ont pas été portées à la connaissance des candidats de manière transparente ce qui l'a lésée;

-le PANC n'a pas respecté le principe d'intangibilité des critères de sélection des offres et de leurs conditions de mise en œuvre ;

-plusieurs affirmations concernant l'analyse de son offre sont inexactes ;

Vu l'ordonnance du 29 décembre 2014 portant réouverture de l'instruction et clôture de ladite instruction au 3 février 2015 ;

Vu, enregistré le 20 janvier 2015, le mémoire présenté pour la SARL Boyer par la SCP UGGC, avocats ;

La société Boyer conclut aux mêmes fins et demande, en outre, de condamner le Port autonome de la Nouvelle-Calédonie à l'indemniser du préjudice qu'elle a subi du fait de son éviction irrégulière de la procédure de publicité et de mise en concurrence et par suite :

- s'agissant du préjudice relatif au bénéfice manqué (marge nette), à lui payer la somme de 289 737 103, 32 francs CFP, toutes taxes incluses, augmentée des intérêts légaux capitalisés chaque année après une année d'intérêts ;

- s'agissant des frais d'études exposés pour établir son offre, à lui payer la somme de 576 300 francs CFP toutes taxes incluses, augmentée des intérêts légaux capitalisés chaque année après une année d'intérêts ;

- s'agissant des frais de rédaction et de montage de l'offre, à lui payer la somme de 7 721 730 francs CFP toutes taxes incluses, augmentée des intérêts légaux capitalisés chaque année après une année d'intérêts ;

Elle ajoute que :

- un concurrent évincé peut présenter des conclusions indemnitaires complémentaires à ses conclusions à fin de résiliation ou d'annulation du contrat ;

- dans un souci de courtoisie et dans l'espoir d'un règlement amiable du litige, elle a adressé au PANC le 6 janvier 2015 un mémoire indemnitaire ;

- un candidat évincé ayant perdu une chance sérieuse d'obtenir le marché a le droit à une indemnisation intégrale du bénéfice escompté ;

- pour déterminer l'existence d'une chance sérieuse d'obtenir le contrat, le juge se fonde sur un faisceau d'indices parmi lesquels le classement du candidat irrégulièrement évincé, la faiblesse de l'écart de points séparant l'offre du candidat évincé et celle du candidat désigné attributaire ;

- s'il ne disposait pas d'une chance sérieuse d'obtenir le marché mais que, pour autant, le candidat évincé de la conclusion d'un contrat de la commande publique n'était pas dépourvu de toute chance d'en obtenir la conclusion, il est alors en droit d'obtenir le remboursement des frais exposés pour la conclusion du marché ;

- les fautes commises par le PANC l'ont privée d'une chance sérieuse d'emporter le marché, dans la mesure où les irrégularités en cause ont affecté directement le processus de sélection des offres ;

- son offre a été classée en deuxième position et l'écart global entre les offres (2,7 points sur 100) est particulièrement faible entre l'offre de la société titulaire et la sienne ;

- il résulte des éléments de comptabilité analytique de l'offre qu'elle a remise que sa marge nette d'exploitation peut être évaluée à la somme de 289 737 103,12 Francs CFP toutes taxes incluses ;

- son expert-comptable a attesté que ce chiffrage est parfaitement cohérent et valablement établi ;

- les justificatifs des frais d'études et des frais de rédaction et de chiffrage de l'offre figurent pièces n° 24 et n° 25 ;

Vu, enregistré le 28 janvier 2015, le mémoire de communication de pièces présenté pour la SARL Boyer par la SCP UGGC, avocats ;

Vu l'ordonnance du 30 janvier 2015 portant réouverture de l'instruction et clôture de ladite instruction au 5 mars 2015 ;

Vu le mémoire enregistré le 26 février 2015, présenté pour le Port autonome de la Nouvelle-Calédonie, par la SELARL Louzier Fauché Cauchois, avocats, qui conclut au rejet

de la requête et qui porte le montant de sa demande de condamnation de la SARL Boyer au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative à la somme de 735 000 francs CFP;

Il ajoute que :

- les trois critères écartés étaient sans rapport avec l'objet du marché et les besoins de l'administration ;
- la durée d'exécution du marché a été fixée afin d'assurer le principe d'égalité entre les entreprises locales et les entreprises extérieures ;
- le RPAO interdisait toute variante au projet ;
- le coût d'utilisation d'un ouvrage de génie civil est suffisamment connu d'un Port autonome pour qu'il n'attende rien de nouveau sur ce point des candidats à l'appel d'offres ;
- l'entreprise Boyer n'a pas fait la démonstration de sa capacité à exécuter seule le marché, elle ne saurait donc se plaindre de ce que la commission d'appel d'offre n'ait pas trouvé dans sa soumission les éléments propres à convaincre de la valeur de son dossier technique ;
- si la jurisprudence citée par l'entreprise Boyer fait effectivement obligation à l'administration de s'en référer aux six critères de sélection des offres énumérés à l'article 27-2 de la délibération 136/CP en sa rédaction applicable au jour de la consultation, elle ne lui retire pas pour autant son pouvoir d'appréciation du choix de ces critères de leur caractère approprié, de leur pondération rapportés aux besoins de l'administration et l'objet du marché ;
- dans l'appréciation de ses propres besoins l'administration exerce une compétence exclusive souveraine et discrétionnaire, et sa seule obligation vis-à-vis des candidats, est, après avoir défini et estimé ses besoins et les critères dans le dossier de consultation des entreprises de respecter les règles de publicité et d'assurer l'égalité d'accès des candidats à la commande publique ;
- il eut été aussi aisé de faire figurer dans le RPAO, au lieu et place d'une explication sur le caractère non déterminant des 3 critères que sont le délai d'exécution, le coût d'utilisation de l'ouvrage et les conditions de recours à la sous-traitance, un simple coefficient de pondération d'indifférence égal à zéro pour chacun d'eux ;
- l'entreprise Boyer, candidate à l'appel d'offres, a bénéficié des mêmes mesures de publicité et de mise en concurrence que les autres candidats et ne peut se prévaloir d'aucune inégalité de traitement non plus que d'aucune violation d'une règle de publicité ;
- dès lors que tous les candidats ont bénéficié des mêmes mesures de publicité et de mise à la concurrence, et que la norme réglementaire établie par la délibération 127/CP de 2014 est conforme au RPAO, qu'il n'est pas rapporté qu'elle a pu être incidente sur le contenu des offres établies par les candidats, il s'en déduit que les critères de jugement des offres sont à la fois conformes au règlement particulier d'appel d'offres et à la norme de validation ;
- l'offre Dumez GTM n'était pas entachée d'irrégularité ;
- les critères de jugement des offres étaient réguliers ;
- l'entreprise Boyer ne peut prétendre qu'elle réunissait les conditions requises pour emporter le marché, et par voie de conséquence, le bien fondé de ses prétentions indemnitaires ;
- l'analyse du montant chiffré de la demande repose sur des éléments proposés par l'entreprise sur la base d'éléments connus d'elle seule, non discutés contradictoirement, et qui tiennent comme un postulat infaillible qu'elle serait privée de toute activité en raison de la décision d'attribution de ce marché à une autre entreprise ;
- si cette analyse était indispensable pour la solution du litige il ne pourrait que demander à ce tribunal qu'il y soit procéder par voie d'expertise contradictoire ;

Vu l'ordonnance du 2 mars 2015 portant réouverture de l'instruction ;

Vu, enregistré le 6 mars 2015, le mémoire présenté pour la Sarl Boyer par la SCP UGGC, avocats, qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens ;

Elle ajoute que :

- les arguments invoqués par le PANC, en réponse à ses dernières écritures, sont non seulement incohérents mais surtout juridiquement inexacts ;
- le PANC persiste à soutenir qu'il pouvait valablement « écarter » certains critères énumérés à l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967 ;
- contrairement à ce que prétend le PANC, sous l'empire des dispositions applicables au lancement de la procédure de publicité et de mise en concurrence, l'acheteur public ne disposait pas d'une compétence « exclusive, souveraine et discrétionnaire » dans le choix des critères de sélection des offres: il pouvait seulement compléter la liste prévue par l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967 mais, en aucun cas, omettre de prendre en compte les critères obligatoires ;
- les développements relatifs au caractère prétendument inadapté des trois critères écartés par le PANC sont vains ;
- il est tout aussi faux de soutenir, comme le fait le PANC, qu'il aurait été juridiquement possible d'intégrer les 3 critères en question dans le RP AO et de leur attribuer un taux de pondération de 0%, sans commettre d'illégalité ;
- il est bien certain qu'un critère annoncé avec un taux de pondération de 0 % équivaut à une absence de critère ou à la non application du critère, qui est privé de tout effet de sorte que si la PANC avait eu recours à un tel stratagème, pour échapper aux obligations résultant de l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967, la sanction aurait été identique ;
- il est inexact de prétendre qu'une réduction du délai aurait conduit les candidats à sacrifier la qualité du travail réalisé ;
- à partir du moment où le PANC n'a pas prévu de critère relatif aux délais d'exécution, elle n'avait aucune raison de prévoir un délai d'exécution moindre par rapport au délai de 24 mois : cela ne lui aurait pas apporté de points supplémentaires ;
- l'argument tenant au souci du PANC de garantir l'égalité entre les entreprises néo-calédoniennes et les autres candidats résulte d'une curieuse conception du principe d'égalité de traitement ;
- le principe d'égalité de traitement n'a nullement pour effet d'autoriser la personne publique à corriger des disparités économiques ;
- au contraire : la mise en concurrence suppose que chaque candidat, en fonction des moyens dont il dispose, tente d'adapter au mieux son offre aux besoins régulièrement exprimés par la personne publique ;
- le PANC persiste à soutenir que le moyen soulevé par l'exposante ne pourrait utilement prospérer au regard des conditions posées par la jurisprudence « Département de Tarn-et-Garonne » : c'est inexact ;
- les concurrents évincés peuvent invoquer tout vice se rapportant aux obligations de publicité et de mise en concurrence ;
- la circonstance selon laquelle le RPAO précisait les raisons pour lesquelles le PANC a cru pouvoir ne pas prendre en compte les trois critères obligatoires n'y change absolument rien ;
- ce n'est pas parce que les candidats étaient informés que ces critères n'entreraient pas en ligne de compte que l'irrégularité commise disparaîtrait et que la lésion en résultant ne serait pas caractérisée ;
- une illégalité annoncée ou expliquée ne disparaît pas par l'effet de l'annonce et n'est pas dissoute non plus par l'explication qui tente vainement de la justifier ;

- la circonstance selon laquelle la société Boyer Sarl aurait été placée dans la même situation que les autres candidats et qu'aucune inégalité de traitement ne serait caractérisée est tout aussi indifférente : cette situation n'exclut pas la lésion d'intérêt ou le risque de lésion ;

- les vices affectant les critères de sélection des offres constituent des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics ;

- les règles qui régissent le choix et la définition des critères de sélection des offres constituent bien des règles relatives aux obligations de publicité et de mise en concurrence, c'est-à-dire des règles de procédure administrative : le principe de non rétroactivité des règles de procédure fait obstacle à ce que la délibération n° 123/CP puisse s'appliquer à une procédure lancée avant son entrée en vigueur ;

- l'argument avancé par le PANC, selon lequel en signant l'acte d'engagement la société Dumez - GTM Calédonie est engagée par les clauses et conditions du CCAP est totalement infondé : si l'argument du PANC devait être retenu, cela signifierait qu'il n'y aurait jamais d'offre «irrégulière», puisque la signature de l'acte d'engagement par le candidat aurait toujours pour effet de soumettre son offre aux conditions prévues par le dossier de consultation des entreprises ce qui est absurde ;

- si le PANC parle de «pourcentages arrangés», il ne démontre nullement que les calculs de l'exposante seraient erronés ;

- les développements du PANC selon lesquels le pouvoir adjudicateur est en droit de recourir à des éléments d' « aide à la décision» pour noter les critères ne sont d'aucune utilité ;

- elle n'a jamais contesté ce point: elle ainsi rappelé que le pouvoir adjudicateur pouvait effectivement recourir à des éléments d'appréciation mais à la condition que ces derniers ne s'apparentent pas à des critères ;

- or, au cas présent, les éléments pris en compte ne constituent pas de simples éléments d' «aide à la décision» : ils s'apparentent à de véritables critères de sélection des offres, dès lors que le PANC a fait usage, de façon occulte, de sous-critères pondérés et que la pondération appliquée varie de façon très importante entre ces différents sous-critères ;

- on peine à comprendre comment le PANC peut sérieusement prétendre qu'il « a attribué une valeur de point technique, en se gardant toutefois de conférer à ces valeurs de point, une différence d'amplitude telle, qu'elle pourrait comme simples modalités d'appréciation des lignes composant la valeur technique de l'offre devenir par requalification des sortes de « sous-sous-critères pondérés» ;

- l'amplitude des écarts de points est particulièrement importante - les écarts de points variant du simple au double jusqu'à du simple au décuple : la jurisprudence considère systématiquement que de tels écarts caractérisent l'existence de critères de sélection des offres ;

- contrairement à ce que prétend le PANC, le défaut de publicité des critères de sélection des offres est effectivement susceptible d'avoir une incidence sur la présentation des offres et, ce faisant, sur leur notation ;

- l'affirmation selon laquelle le nombre de points en jeu serait trop peu important pour qu'une publicité des modalités de mise en œuvre des critères eût été susceptible de changer quoi que ce fût à la présentation de son offre ne convaincra personne ;

- les explications données par le PANC pour justifier l'existence d'un sous-critère non annoncé relatif aux « études d'exécution pour ouvrages similaires» sont non seulement incompréhensibles mais révèlent surtout une irrégularité supplémentaire consistant à noter les offres au regard d'éléments figurant dans l'enveloppe extérieure ;

- les écritures du PANC révèlent que ce dernier a également violé le principe d'étanchéité entre les phases d'analyse des candidatures et d'analyse des offres, en prenant en compte des éléments des enveloppes extérieures pour noter les enveloppes intérieures ;

- le PANC soutient que le CCAP prévoyait que le défaut de remise des plans de recollement est susceptible de conduire à la suspension de la réception des travaux ;

- il est constant que l'existence de contradictions au sein du dossier d'appel d'offres de nature à induire en erreur les candidats constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ;

- si le tribunal de céans devait considérer que l'extrait du CCAP cité par le PANC impliquait nécessairement - ce qu'elle conteste - que la phase de récolement devait intervenir avant la réception des travaux, il devrait alors en tirer les conséquences en considérant que le dossier d'appel d'offres comportait une incohérence de nature à induire en erreur les candidats : l'annulation du contrat s'imposerait alors à plus forte raison ;

- le CCAP lui-même, en se référant expressément à l'article 39 du CCAG travaux, prévoit à l'instar du CCTP, que la transmission des documents de récolement intervient dans les deux mois suivant la réception des travaux de sorte que l'étape de récolement, laquelle est postérieure à la réception et donc à l'achèvement des travaux, ne doit pas être comptabilisée dans la durée d'exécution de 24 mois : l'appréciation faite par le PANC est donc manifestement erronée ;

- elle a pris le soin d'illustrer la méthodologie utilisée en incluant dans son offre des fiches descriptive pour chaque phase des travaux : à la lecture de ces fiches, le tribunal constatera qu'elle a effectivement prévu de réaliser la « mise en oeuvre des tirants » et la « mise en oeuvre du remblai V3 » dans le cadre de deux phases distinctes et non de façon concomitante comme le prétend le PANC ;

- l'analyse des offres est affectée d'une erreur d'appréciation, le rapport d'analyse des offres indiquant qu'il existerait un doute quant à l'éventuelle utilisation d'éléments préfabriqués : il est démontré que ce doute n'a pas lieu d'être ;

- le PANC persiste à affirmer que l'appréciation de la CAO serait exempte de toute erreur dès lors que l'offre ne précise pas « le sort et la nature des coffrages posés sur le rideau » : autrement posé, si l'on comprend bien l'argument du PANC, ce dernier prétend qu'il existerait également un doute sur le point de savoir si le moule métallique prévu pour le coulage de la poutre de couronnement serait laissé sur place – en coffrage perdu- ou s'il serait retiré ;

- la réponse est dans son offre: il est fait état de l'utilisation d'un moule lequel n'a évidemment pas vocation à être laissé sur place mais est nécessairement retiré après coulage - et non d'un coffrage perdu, on ne voit pas comment le moule pourrait être laissé sur place dès lors qu'il comporte la présence d'une passerelle pour le travail en toute sécurité des compagnons : si le moule devait rester en place, cela empêcherait l'accostage des bateaux ce qui est un non-sens ;

- le PANC soutient dans son dernier mémoire que la société Boyer aurait pu être écartée dès le stade de l'enveloppe extérieure, mais ses allégations ne sont étayées par aucun élément, bien au contraire, les pièces démontrent que sa candidature ne souffre d'aucune critique possible ;

- le procès-verbal de la réunion de la commission d'appel d'offres (CAO) du 13 mars 2014 révèle que l'enveloppe extérieure remise par la société Boyer Sarl n'a suscité aucun commentaire particulier de cette commission notamment s'agissant des sous-traitants envisagés ;

- la CAO a seulement demandé à la direction du PANC assistée du maître d'œuvre de procéder à une seconde lecture de l'ensemble des dossiers et de rapporter toutes observations éventuelles à la commission du 18 mars 2014 ;

- il résulte du procès-verbal de la réunion de la CAO du 18 mars 2014 que la seconde lecture des dossiers de candidatures confirme la première analyse ;

- le rapport d'analyse des offres rappelle d'ailleurs, au point n° 3.1, que sa candidature a, comme celle des autres candidats, été acceptée par la CAO après une analyse détaillée effectuée les services techniques et juridiques du PANC et par son assistant au maître d'ouvrage ;

- les allégations du PANC sont construites pour les seuls besoins du contentieux et s'inscrivent dans le cadre d'une stratégie de mauvaise foi qui n'a d'autre but que de tenter de faire obstacle à la demande indemnitaire qu'elle a légitimement formulée ;

- le pouvoir adjudicateur ne peut légalement imposer aux candidats de disposer d'une expérience identique à celle du marché à exécuter ou, à défaut, de s'engager à sous-traiter les compétences manquantes dès le stade de la candidature ;

- imposer le recours à la sous-traitance aux entreprises ne disposant pas, au jour de la soumission, d'une expérience portant sur les mêmes compétences que celles exigées par le marché à exécuter est contraire au principe de liberté d'accès à la commande publique, lequel autorise les candidats à justifier de leurs capacités à exécuter le marché par tout moyen ;

- une désignation obligatoire des sous-traitants, au stade des candidatures, serait tout aussi discriminatoire ;

- contrairement à ce qui est indiqué à l'article 2.5 du RPAO, les dispositions de l'article 13.3 de la délibération du 1er mars 1967 n'ont ni pour objet, ni pour effet d'imposer aux candidats de s'engager (dès le stade de la candidature) à recourir à la sous-traitance dès lors qu'ils ne disposeraient pas d'une expérience relative à l'exécution de marché de même nature ;

- il est uniquement fait référence à la liste des sous-traitants éventuels et non à une quelconque obligation de prévoir, dès le stade de la candidature, de sous-traiter les prestations pour lesquelles le candidat ne disposerait pas d'une expérience équivalente à celle du marché à exécuter ;

- exiger un engagement de sous-traiter au stade de la candidature est aussi irrégulier qu'incohérent en pratique ;

- une société qui n'a pas toutes les capacités d'exécution peut se prévaloir des capacités d'une autre société dans son dossier de candidature puis faire, ensuite, pour exécuter, des choix qui ne passeront jamais par la sous-traitance : elle peut finalement décider d'embaucher du personnel et d'acquérir des moyens qui permettront une exécution sans conclure un contrat de sous-traitance, elle pourrait aussi absorber une autre entreprise, par exemple dont elle s'est prévalu des capacités, de sorte que finalement le marché sera exécuté sans sous-traitance, ce qui rend absurde autant qu'irrégulière l'exigence d'un engagement sous-traiter dès le stade des candidatures ;

- les exigences de l'article 2.5 du RPAO, auxquelles le PANC fait implicitement référence ne pouvaient valablement enfermer les candidats dans un choix, intrinsèquement irrégulier : disposer déjà d'une expérience identique ou, à défaut, s'engager dès le stade de la candidature à recourir à la sous-traitance ;

- elle disposait, en interne, de la totalité des compétences exigées à l'article 2.5 du RPAO ;

- le fait qu'elle ait envisagé de recourir à des prestataires locaux pour certaines prestations et travaux (VRD et études d'exécution) ne révèle pas par lui-même qu'elle n'aurait pas toutes les compétences propres pour exécuter le marché ;

- s'agissant des études d'exécution, contrairement à ce que prétend le PANC, elle dispose bien, au sein même de l'entreprise, d'un « bureau interne des méthodes » ;

- pour la parfaite information du tribunal, elle produit des exemples de prestations réalisées par son bureau des méthodes ;

- il est tout aussi inexact de prétendre qu'elle ne disposerait pas de capacités techniques et professionnelles suffisantes en matière de travaux de VRD ;

- le PANC ne peut feindre de l'ignorer, puisque plusieurs de ces références étaient citées dans l'enveloppe extérieure qu'elle avait remise ;
- elle a également réalisé avec ses propres moyens un certain nombre de travaux d'ouvrages portuaires comportant la réalisation de travaux de réalisation de VRD ;
- l'entrepreneur peut faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement soit au stade de la mise en concurrence, soit au stade de l'exécution : cette faculté est rappelée par l'article 3 de la délibération du 1^{er} mars 1967 ;
- il est donc constant que l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de leurs conditions de paiement peut intervenir au seul stade de l'exécution du marché ;
- compte tenu de la latitude ainsi laissée aux soumissionnaires quant au moment de la demande d'acceptation d'un sous-traitant et d'agrément de ses conditions de paiement, le pouvoir adjudicateur ne peut légalement imposer que celle-ci intervienne dès le stade de la mise en concurrence ;
- son offre était régulière et disposait d'une chance très sérieuse si le PANC avait légalement conduit la procédure de mise en concurrence et n'avait pas délibérément favorisé la société Dumez, qui portait une offre dont l'irrégularité est acquise ;
- le PANC n'apporte aucun élément de nature à remettre en cause l'évaluation du préjudice qu'elle a subi ou les pièces produites par elle à l'appui de sa demande ;
- il n'existe aucune raison de refuser de faire droit à sa demande ;

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 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 12 mars 2015 :

- le rapport de M. Schnoering, rapporteur ;
- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public ;
- et les observations Me Ferré de la SCP UGGC, avocats de la Société Boyer SARL, Me Louzier, avocat du Port autonome de Nouvelle-Calédonie et de M. Vrot, directeur d'exploitation du groupement Dumez-Balineau ;

1. Considérant que le Port autonome de la Nouvelle-Calédonie (PANC) a lancé, en janvier 2014, une consultation en vue de la passation d'un marché relatif aux travaux de

prolongement du grand quai du port de Nouméa en vue de la réalisation d'un nouveau Poste à quai dit « Poste n° 8 » selon la procédure d'un appel d'offres ouvert conformément aux dispositions de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics ;

2. Considérant qu'à l'issue de la procédure de publicité et de mise en concurrence, le Port autonome de la Nouvelle-Calédonie a annoncé à la SARL Boyer, par courrier en date du 16 mai 2014, que son offre n'était pas lauréate de l'opération concernée après classement des candidats selon les critères de jugement et d'agrément édictés par le règlement particulier de l'appel d'offres ; que la SARL Boyer soumet à la censure du tribunal le marché contesté ;

Sur les conclusions aux fins d'annulation :

3. Considérant qu'il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnisations en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ;

4. 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 (...)* » ; 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 la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ;

5. Considérant qu'en Nouvelle-Calédonie, aux termes de l'article 27-2 de la délibération n° 136/CP susvisée dans sa rédaction applicable au litige dont s'agit : « *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* » ;

6. Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et de l'article 27-2 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée, qu'en Nouvelle-Calédonie la réglementation des marchés publics prévoyait, au moment de la passation du marché litigieux, l'application d'au moins six critères pour la sélection des offres, qui sont, comme il a déjà été dit, le prix des prestations, le coût d'utilisation, la valeur technique, les références et garanties professionnelles et financières du candidat, le délai d'exécution, les conditions du recours à la

sous-traitance ; que ces critères peuvent être complétés par d'autres critères stipulés dans le règlement particulier d'appel d'offres ;

7. Considérant qu'il résulte des dispositions susrappelées que le respect des principes fondamentaux de la commande publique implique, dans tous les cas, que le pouvoir adjudicateur fournisse aux candidats l'information appropriée sur les conditions de mise en œuvre des critères d'attribution, y compris lorsque les six critères prévus par la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie ne sont pas complétés par d'autres critères spécifiques au marché en cause, en indiquant la hiérarchisation ou la pondération des critères, même lorsque leur est attribuée une égale importance ;

8. Considérant que l'article 4.1 du règlement particulier d'appel d'offres de janvier 2014 correspondant au marché en cause dispose que : « - *Critères de jugement et agrément des offres Conformément à l'article 27.2 de la Délibération n° 136 du 1^{er} mars 1967 modifiée, les critères à prendre en compte pour l'analyse des offres sont: - 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.*

Les critères « coût d'utilisation », « délai d'exécution » et « conditions du recours à la sous-traitance » ne peuvent être retenus dans le cadre du présent appel d'offres aux motifs suivants: - coût d'utilisation : dépourvu d'objet au regard de l'infrastructure en cause - délai d'exécution : fixé par le maître d'ouvrage - conditions du recours à la sous-traitance : inopérantes car inhérentes à un marché dévolu à une entreprise générale

En conséquence, les critères retenus pour le jugement des offres sont les « prix des prestations », « valeur technique » et « références et garanties professionnelles et financières du candidat », pondérés de la manière suivante (...) » ;

9. Considérant que le règlement particulier d'appel d'offres susvisé ne pouvait, contrairement à ce que soutient le Port autonome de la Nouvelle-Calédonie, ne retenir que trois des six critères posés à l'article 27-2 de la délibération 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée ; que, par suite, la procédure d'attribution du marché en cause ne respectait pas les principes fondamentaux de la commande publique et était, de ce seul fait, irrégulière ;

10. Considérant que les manquements du Port autonome de la Nouvelle-Calédonie à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, compte tenu de leur caractère substantiel ont eu des incidences directes sur la détermination du titulaire du contrat ; qu'ils sont susceptibles d'avoir lésé la SARL Boyer en avantageant une entreprise concurrente ; qu'aucun motif d'intérêt général ne s'oppose à l'annulation sollicitée qui ne porte pas, par ailleurs, une atteinte excessive aux droits des cocontractants ; que la société requérante 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 à fins indemnitaires :

11. Considérant que la société Boyer demande au tribunal de condamner le Port autonome de la Nouvelle-Calédonie à l'indemniser du préjudice qu'elle a subi du fait de son éviction irrégulière de la procédure de publicité et de mise en concurrence ;

12. 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 ;

13. Considérant qu'il résulte de l'instruction, notamment du tableau d'analyse des offres présentées par les sociétés SARL Boyer, Dumez, Smithbridge, Hawkins Infrastructures et EMCC, l'offre de base la moins-disante était celle de la SARL Boyer ; que l'entreprise Dumez qui a remporté le marché a obtenu une note finale de 81,6 alors que la SARL Boyer a été classée seconde avec 78,9 points, Smithbridge, classée troisième, n'obtenant que 66,4 points ; que, dans ces conditions, la SARL Boyer est fondée à soutenir qu'elle disposait de chances sérieuses d'emporter le marché ; qu'elle a ainsi droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner qu'elle a subi du fait de son éviction irrégulière du marché ;

14. Considérant, toutefois, que l'état du dossier ne permet pas au tribunal de statuer sur la demande de la SARL Boyer tendant à être indemnisée de son préjudice ; qu'il y a lieu, dès lors, d'ordonner une expertise aux fins précisées ci-après, les droits et moyens de la SARL Boyer étant réservés jusqu'à la fin de l'instance ;

D É C I D E :

Article 1^{er} : Le marché public susvisé portant sur la construction du poste 8 en prolongement du grand quai à Nouméa est annulé.

Article 2 : Il sera, avant de statuer sur les conclusions indemnitaires de la SARL Boyer, procédé par un expert-comptable à une expertise.

Article 3 : L'expert sera désigné par le président du tribunal. Il accomplira sa mission dans les conditions prévues par les articles R. 621-2 à R. 621-14 du code de justice administrative. Le rapport d'expertise sera déposé au greffe du tribunal dans un délai de quatre mois suivant la prestation de serment.

Article 4 : Il aura pour mission de définir la marge bénéficiaire (marge nette) qu'aurait réalisée la SARL Boyer si elle avait été attributaire du marché portant sur la construction du poste 8 en prolongement du grand quai à Nouméa.

Article 5 : L'expert, pour l'accomplissement de sa mission, se fera communiquer par la SARL Boyer tous documents financiers et comptables concernant la situation globale de la société ainsi que par le Port autonome de la Nouvelle-Calédonie les documents relatifs au marché litigieux qui lui paraîtront utiles pour l'accomplissement de sa mission.

Article 6 : Tous droits et moyens des parties, sur lesquels il n'est pas expressément statué par le présent jugement, sont réservés jusqu'à la fin de l'instance.