

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE CALEDONIE**

N° 1800342

SARL DUBOIS TP

**M. Gueguein
Rapporteur**

**M. Schnoering
Rapporteur public**

**Audience du 19 février 2019
Lecture du 14 mars 2019**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie**

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 15 octobre 2018, la SARL Dubois TP, représentée par Me Yann Elmosnino, demande au tribunal :

1°) de condamner la commune d'Ouégoa à lui verser la somme de 9 500 000 francs CFP en réparation du préjudice qu'elle a subi du fait de son éviction irrégulière du marché public n° 98.1.19.16.T.03.0 relatif au renforcement - réhabilitation de la RM 18 Route de Sainte Anne ;

2°) de mettre la somme de 400 000 francs CFP à la charge de la commune d'Ouégoa au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La SARL Dubois TP soutient que :

- les principes fondamentaux de la commande publique ont été méconnus ; son offre était la mieux classée sur les deux critères annoncés dans l'avis d'appel à la concurrence mais l'offre de la société SFM Terrassement a été retenue ; le rapport d'analyse des offres lui accorde la 1^{ère} place ;

- l'offre retenue n'est pas conforme au cahier des clauses techniques particulières (CCTP).

Par un mémoire en défense, enregistré le 26 décembre 2018, la commune d'Ouégoa, représentée par Me Nadine Pidjot-Allard, conclut au rejet de la requête et demande que la somme de 300 000 francs CFP soit mise à la charge de la SARL Dubois TP au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

La commune soutient que :

- l'annonce de l'attribution du marché a été publiée le 29 juin 2016 ; le recours indemnitaire amiable enregistré le 12 juin 2018 est tardif tant au regard du délai de deux mois que du délai raisonnable d'un an dans lequel tout recours doit intervenir.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie ;
- la délibération n° 136/CP du 1er mars 1967 portant réglementation des marchés publics ;
- 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 :

- le rapport de M. Gueguein ;
- les conclusions de M. Schnoering, rapporteur public ;
- les observations de Me Mazzoli substituant Me Elmosnino, avocat de la SARL Dubois TP, et de Me Nadine Pidjot-Allard, avocate de la commune d'Ouégoa.

Une note en délibéré, présentée pour la commune d'Ouégoa par Me Pidjot-Allard, a été enregistrée le 19 février 2019.

Considérant ce qui suit :

1. La SARL Dubois TP demande la condamnation de la commune de Ouégoa à lui verser la somme de 9 500 000 francs CFP au titre du manque à gagner non-réalisé à la suite de son éviction irrégulière du marché public n° 98.1.19.16.T.03.0 relatif au renforcement - réhabilitation de la RM 18 Route de Sainte Anne.

2. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité. Si le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office.

3. Saisi ainsi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut

utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

Sur les fins de non-recevoir ;

4. La commune d'Ouégoa soutient que l'action de la société requérante est tardive tant au regard du délai de deux mois courant à compter de la publication de l'avis d'attribution du marché en litige, intervenue le 29 juin 2016, que du délai de recours raisonnable d'un an dans lequel est enfermée toute action.

5. Toutefois, le délai de deux mois précité ne concerne que les conclusions tendant à remettre en cause la validité d'un contrat administratif. Les conclusions tendant à l'indemnisation de la faute tirée de l'éviction irrégulière d'un candidat à une procédure de marché public, si elles peuvent être présentées à titre accessoire de conclusions tendant à contester la validité du marché concerné, résultent d'un fondement distinct tiré du préjudice causé. L'opérateur économique s'estimant victime d'un tel préjudice peut rechercher l'engagement de la responsabilité de l'acheteur public qu'il estime fautif dans le délai de prescription de droit commun, à savoir celui de la prescription quadriennale. La fin de non-recevoir doit donc être écartée.

Sur le fond :

6. Il résulte de l'instruction que par publication aux annonces légales du 12 avril 2016, la commune d'Ouégoa a lancé un appel d'offre ouvert à la concurrence pour les travaux de renforcement et de réhabilitation de la RM18. Le maître d'œuvre a établi un rapport d'analyse des offres des concurrents sur la base des critères de pondérations fixés au règlement particulier de l'appel d'offres en son article 4.1, soit : • Prix de la prestation 60%, • Valeur technique 30%, • Délai d'exécution 10%.

7. La SARL Dubois TP soutient que le principe d'égalité des candidats a été méconnu dès lors que la commission d'appel d'offre (CAO) a décidé d'attribuer le marché à la société arrivée en deuxième position, sur deux offres déposées, et que cette offre n'était pas conforme techniquement et aurait dû être rejetée.

8. La commune d'Ouégoa admet que le maître d'œuvre a procédé à l'examen technique des offres et avait classé celle de la SARL Dubois TP en première position, 89 points, et celle de la société SFM Terrassement en deuxième et dernière position avec 82 points. Elle soutient toutefois que les principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats ont été respectés dès lors que le maître d'œuvre a établi un rapport en conformité avec ces principes et que les services du contrôle de légalité n'ont relevé aucune irrégularité. Elle soutient ensuite

que nonobstant le rapport d'analyse des offres, les élus membres de la commission d'appel d'offre (CAO) sont souverains et peuvent seuls apprécier les capacités et offres des soumissionnaires. Elle semble soutenir ainsi que la CAO peut librement s'affranchir des critères d'attribution pour décider de l'offre économiquement la plus avantageuse.

9. Toutefois, et sans qu'il soit besoin d'examiner le grief tiré du caractère irrégulier de l'offre de la société SFM Terrassement, si la commune est fondée à soutenir que seuls les membres de la CAO sont compétents pour statuer sur les mérites respectifs des offres, il demeure que cette décision doit s'appuyer sur la mise en œuvre objective des critères annoncés dans l'avis d'appel à la concurrence. En l'absence d'argument tendant à établir que le maître d'œuvre se serait trompé dans l'analyse des offres, il y a donc lieu d'estimer que la commune admet ne pas avoir régulièrement mis en œuvre les critères d'attribution précités et avoir favorisé la société SFM Terrassement sans aucune raison objective.

10. La SARL Dubois TP, dont l'offre était économiquement la plus avantageuse, est donc fondée à soutenir qu'elle a été irrégulièrement évincée du marché en litige et privée d'une chance sérieuse de remporter le marché. Elle a donc droit à l'indemnisation du manque à gagner subi.

11. Il résulte de l'instruction que cette société évalue à 9 500 000 francs CFP le montant du manque à gagner subi pour une offre chiffrée à 35 121 345 francs CFP. En l'absence de tout élément permettant d'établir la marge nette qu'aurait réalisée la SARL Dubois TP si elle en avait été déclarée attributaire, il y a lieu de condamner la commune d'Ouégoa à lui verser la somme de 3 500 000 francs CFP.

12. Il résulte de tout ce qui précède que la commune d'Ouégoa est condamnée à verser la somme de 3 500 000 francs CFP à la SARL Dubois TP.

Sur l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

13. Aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « *Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation* ».

14. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre la somme de 150 000 francs CFP à la charge de la commune d'Ouégoa au titre des frais exposés par la SARL Dubois

D E C I D E :

Article 1^{er} : La commune d'Ouégoa versera la somme de 3 500 000 francs CFP à la SARL Dubois TP.

Article 2 : La commune d'Ouégoa versera la somme de 150 000 francs CFP à la SARL Dubois TP au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.