

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE CALEDONIE**

N^{os} 1800034, 1800159

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Société AUCLAIR DUPONT CONSEIL EN
ENTREPRISES et société AIM SATIS-AIR
INITIATIVE AND MANAGEMENT

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Gueguein
Rapporteur

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

M. Schnoering
Rapporteur public

Audience du 11 juillet 2019
Lecture du 29 juillet 2019

Vu la procédure suivante :

I - Par une requête, enregistrée le 30 janvier 2018 sous le numéro 1800034, et des mémoires complémentaires enregistrés les 16 février, 29 mai, 17 juillet 2018 et les 19 février et 15 mai 2019, la société Auclair-Dupont Conseil en entreprises (Auclair-Dupont) et la société Aim Satis-Air Initiative and Management (Aim Satis), représentées par le cabinet Plaisant, demandent au tribunal :

1°) d'ordonner, avant-dire droit, une vérification d'écriture au titre de l'article R. 624-1 du code de justice administrative, permettant de déterminer quel procès-verbal de réunion de la commission d'appel d'offres M. X. a effectivement et valablement signé, ou à tout le moins, d'apprécier si les signatures portées sur les procès-verbaux des 22, 23 juin et 4 août 2017 sont matériellement inexactes et de tirer les conséquences de ces inexactitudes, ou de l'utilisation de faux, sur l'irrégularité de la procédure ;

- d'ordonner, avant-dire droit la communication du contrat de marché public signé, l'offre complète du candidat attributaire et les offres des autres candidats ;

2°) d'annuler le marché public relatif à la production d'un cahier des charges en vue d'un appel d'offres pour l'exploitation de l'aérodrome Nouméa-Magenta en 2018 et pour la réalisation d'une étude juridique et financière sur la mutualisation de la gestion des aérodromes domestiques de Nouvelle-Calédonie ;

3°) d'ordonner à la direction de l'aviation civile de Nouvelle-Calédonie la communication du contrat de marché public, du procès-verbal de la commission de dépouillement des offres, des procès-verbaux de la commission d'appel d'offres et l'offre du candidat attributaire ;

4°) de condamner la Nouvelle-Calédonie à verser la somme de 2 690 931 francs CFP à la société Auclair-Dupont et la somme de 4 331 742 francs CFP à la société Aim Satis au titre de l'indemnisation des bénéfices escomptés sur l'exécution du contrat en litige ;

5°) de mettre la somme de 1 000 000 francs CFP à la charge de la Nouvelle-Calédonie au titre des frais exposés et non compris dans les dépens dont 350 000 francs CFP au bénéfice de la société Auclair-Dupont et la somme de 650 000 francs CFP au bénéfice de la société Aim Satis.

Les sociétés requérantes soutiennent que :

- la commission d'appel d'offres (CAO) était irrégulièrement composée ; la composition de cette commission est de cinq membres élus du Congrès et d'un représentant de l'exécutif ; la commission technique de dépouillement (CTD) du 22 juin 2017 était irrégulière dès lors que seul M. X. et quatre agents étaient présents ; les dispositions de l'article 27 de la délibération du 1^{er} mars 1967 qui prévoit la possibilité de recourir à une CTD ne permettent pas de faire exception à la condition de quorum prévue par l'article 13-1 de cette délibération, soit 3 élus minimums ; si la CTD du 22 juin 2017 entendait respecter la composition prévue par l'article 13-1, la présence d'un élu supplémentaire faisait défaut ; si la CTD a été composée selon les dispositions de l'article 27 de la délibération, le comptable public et la personne responsable du marché n'étaient pas présents ; la CTD du 23 juin 2017 était irrégulière, seul MM. Y. et X. ont signé le procès-verbal ; la condition de quorum n'était donc pas remplie ; la CAO du 4 août 2017 est irrégulière ; la commission de dépouillement comme les commissions techniques doivent être composées au minimum de la moitié des personnes ayant voix délibérative ; seul le procès-verbal de la CAO du 4 août 2017 atteste du respect de cette condition ;

- la signature de M. X. diffère d'une commission à l'autre ; au moins l'une d'entre elle n'émane pas de l'intéressé ; il convient de mettre en œuvre les dispositions de l'article R. 624-1 du code de justice administrative ; ces irrégularités sont de nature à remettre en cause la validité de toute la procédure et partant la validité du marché ;

- il y a une obligation de respecter le principe de la représentation proportionnelle des différentes tendances au sein de la CAO ;

- la notation du critère de la valeur technique n'est pas justifiée ; leur offre a reçu une note de 12 sur 20 en raison d'une description insuffisante des enjeux du marché alors que la société attributaire a obtenu une note de 19 sur 20 ; cet écart de note est surprenant dès lors que la société Calia Conseil n'est pas implantée en Nouvelle-Calédonie et ne dispose d'aucune expérience sur ce territoire, contrairement à la société Auclair-Dupont, qui y exerce depuis plus de vingt ans, et qui s'est associée à la SELARL Royanez pour les aspects juridiques du marché ; la société Auclair-Dupont a de plus mentionné les nombreuses références relatives aux marchés qu'elle a réalisés et a choisi de s'associer à la société Aim Satis qui est spécialisée en stratégie opérationnelle dans le secteur du transport notamment aérien et a déjà eu l'occasion d'offrir ses services sur le territoire ; la Nouvelle-Calédonie n'est pas fondée à soutenir que son offre ne présentait pas une méthodologie suffisamment précise ;

- l'analyse de la capacité technique au titre de la tranche ferme conduit irrégulièrement à estimer que son offre ne couvre pas la totalité des études ;

- la notation du critère de la tranche fonctionnelle n'est pas justifiée ; pour cette tranche, elles ont renseigné un calendrier prévisionnel précis ainsi que la charge de travail en jour par intervenant et le coût de cette prestation ; le rapport d'appel d'offre (RAO) indique seulement qu'elle ne présente pas suffisamment la réalisation de cette tranche sans plus de détail et on relève un écart de plus de 10 points avec la société attributaire ; la Nouvelle-Calédonie n'est pas fondée à soutenir que son offre ne présentait pas une méthodologie très précise ;

- l'offre retenue présente de nombreuses faiblesses ; les extraits produits ne présentent que des éléments de contexte et des références génériques ; il n'y a pas de méthodologie et

ordonnancement des travaux ; il y a des éléments contextuels plus détaillés mais qui constituent une simple reprise des documents du marché sauf pour la section juridique et des informations générales accessibles sur internet (rapport IEOM) ; les références de l'équipe ne sont pas données de manière exhaustive ; celles transmises ne sont pas supérieures aux siennes ;

- les engagements de réactivité ont été cachés alors que cela ne recouvre aucun élément ayant trait au secret industriel et commercial ; la Nouvelle-Calédonie a voulu cacher que l'offre était irrégulière sur ce point ;

- les références de la société Eurotrans consultant ne sont pas supérieures à celle d'Aim Satis dans le domaine de la gestion aéroportuaire ;

- l'appréciation de cette note nécessite la communication de l'offre de la société retenue ; le secret industriel et commercial ne peut être opposé dès lors qu'il n'y aura pas de nouveau marché de cet ordre en Nouvelle-Calédonie ; la saisine de la CADA n'est pas un préalable nécessaire ; pour vérifier que la notation du critère technique, qui représente 30 %, a été objective, il est nécessaire de disposer de l'offre de la société attributaire ; les transmissions opérées sont insuffisantes ; il faut l'offre des concurrents mieux classés dans leur intégralité ;

- l'offre retenue n'est pas conforme car il s'agit d'une variante alors que ces dernières n'étaient pas autorisées ; la partie relative à la tranche conditionnelle (TC) comporte plusieurs prestations non prévues au marché et notamment la rédaction de documents de la consultation dont le cahier des charges valant projet de contrat de concession déjà rédigé lors de la tranche ferme et le règlement de la consultation ; le marché ne pouvait être attribué à une variante ;

- le RAO souligne que leur offre, ainsi qu'une autre, « *auraient pu être considérées comme anormalement basse* » mais l'acheteur n'a pas souhaité s'engager dans une procédure d'OAB car ces offres « *sont de toutes manières écartées sur des critères techniques* » ; en l'absence d'éléments sur le montant des autres offres, il est impossible de déterminer si les deux critères prévus par les dispositions de l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967 sont satisfaits ; devant les termes du RAO, il y a lieu d'estimer que oui ; dans cette hypothèse, l'acheteur devait mettre en œuvre la procédure prévue pour les OAB ; il n'a pas de latitude en cette matière ; les termes du RAO laissent à penser que son offre a été mal notée volontairement afin de l'exclure de la procédure pour ne pas recourir à la procédure contradictoire sur le caractère anormalement bas de son offre pour gagner du temps ;

- une réclamation indemnitaire a été adressée à la Nouvelle-Calédonie le 29 janvier 2018 ; elle suffit à régulariser les conclusions indemnitaires ;

- sans les irrégularités ainsi constatées, elles disposaient d'une chance sérieuse de se voir attribuer le marché ; elles ont donc droit à l'indemnisation du manque à gagner subi, soit une somme de 2 690 931 francs CFP pour la société Auclair-Dupont et la somme de 4 331 742 francs CFP pour la société Aim Satis.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 10 avril, 21 juin, 30 décembre 2018 et les 26 mars et 20 juin 2019, la Nouvelle-Calédonie conclut au rejet de la requête.

La Nouvelle-Calédonie soutient que les griefs ne sont pas fondés et qu'en tout état de cause, une éventuelle irrégularité n'est pas susceptible d'entraîner l'annulation du marché ou l'indemnisation des requérantes dès lors que du fait du classement de leur offre, elles n'avaient aucune chance de remporter le marché.

II – Par une requête, enregistrée le 1^{er} juin 2018 sous le numéro 1800159, et des mémoires complémentaires enregistré le 11 octobre 2018 et le 15 mai 2019, la société Auclair-

Dupont Conseil en entreprises (Auclair-Dupont) et la société Aim Satis-Air Initiative and Management (Aim Satis), représentées par le cabinet Plaisant, demandent au tribunal :

1°) d'ordonner à la direction de l'aviation civile de Nouvelle-Calédonie la communication du contrat de marché public, du procès-verbal de la commission de dépouillement des offres, des procès-verbaux de la commission d'appel d'offres et l'offre du candidat attributaire ;

2°) de condamner la Nouvelle-Calédonie à verser la somme de 2 690 931 francs CFP à la société Auclair-Dupont et la somme de 4 331 742 francs CFP à la société Aim Satis au titre de l'indemnisation des bénéfices escomptés sur l'exécution du contrat en litige ;

3°) de mettre la somme de 350 000 francs CFP, chacune, à la charge de la Nouvelle-Calédonie au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

Les sociétés requérantes soutiennent que :

- les conclusions indemnitaires présentées dans la requête enregistrée sous le n° 1800034 étaient irrecevables à défaut de réclamation préalable ; celles présentées au titre du présent recours sont intervenues postérieurement au rejet de leur réclamation et sont donc recevables ; les requêtes indemnitaires présentées au titre du recours enregistré sous le n° 1800034 n'ayant pas été rejetées, les présentes conclusions ne sont pas irrecevables ; au surplus, les conclusions indemnitaires présentées avec le recours en contestation de validité du marché sont recevables ;

- la commission d'appel d'offres était irrégulièrement composée ; la composition de cette commission est de cinq membres élus du Congrès et d'un représentant de l'exécutif ; la commission technique de dépouillement (CTD) du 22 juin 2017 était irrégulière dès lors que seul M. X. et quatre agents étaient présents ; les dispositions de l'article 27 de la délibération du 1^{er} mars 1967 qui prévoient la possibilité de recourir à une CTD ne permettent pas de faire exception à la condition de quorum prévue par l'article 13-1 de cette délibération, soit 3 élus minimums ; si la CTD du 22 juin 2017 respectait la composition prévue par l'article 13-1, la présence d'un élu supplémentaire faisait défaut ; si la CTD a suivi l'article 27 de la délibération, le comptable public et la personne responsable du marché n'étaient pas présents, il manquait une personne ; la CTD du 23 juin 2017 était irrégulière, seul MM. Y. et X. ont signé le procès-verbal ; la condition de quorum n'était donc pas remplie ; la commission d'appel d'offre (CAO) du 4 août 2017 est irrégulière ; la commission de dépouillement comme les commissions techniques doivent être composées au minimum de la moitié des personnes ayant voix délibérative ; seul le procès-verbal de la CAO du 4 août 2017 atteste du respect de cette condition ; toutefois, la signature de M. X. diffère d'une commission à l'autre ; au moins l'une d'entre elle n'émane pas de l'intéressé ; cette irrégularité est de nature à remettre en cause la validité de toute la procédure et partant la validité du marché ; il y a une obligation de respecter le principe de représentation des différentes tendances au sein de la CAO ;

- l'étape du dépouillement des offres est assez sensible ; le fait que son pli n'ait pas été ouvert lors de la première session de dépouillement permet de soutenir l'existence de suspicions de collusion ou des soupçons de corruptions légitimes ;

- la notation du critère de la valeur technique n'est pas justifiée ; leur offre a reçu une note de 12 sur 20 en raison d'une description insuffisante des enjeux du marché alors que la société attributaire a obtenu une note de 19 sur 20 ; cet écart de note est surprenant dès lors que la société Calia Conseil n'est pas implantée en Nouvelle-Calédonie et ne dispose d'aucune expérience sur ce territoire, contrairement à la société Auclair-Dupont, qui y exerce depuis plus de vingt ans, et qui s'est associée à la SELARL Royanez pour les aspects juridiques du marché ; la société Auclair-Dupont a de plus mentionné les nombreuses références relatives aux marchés

qu'elle a réalisé et a choisi de s'associer à la société AIM SATIS qui est spécialisée en stratégie opérationnelle dans le secteur du transport notamment aérien et a déjà eu l'occasion d'offrir ses services sur le territoire ; la Nouvelle-Calédonie n'est pas fondée à soutenir que son offre ne présentait pas une méthodologie très précise ;

- pour vérifier que la notation du critère technique, qui représente 30%, a été objective, il est nécessaire de disposer de l'offre de la société attributaire ;

- la notation du critère de la tranche fonctionnelle n'est pas justifiée ; pour cette tranche, elles ont renseigné un calendrier prévisionnel précis ainsi que la charge de travail en jour par intervenant et le coût de cette prestation ; le rapport d'appel d'offre (RAO) indique seulement qu'elle ne présente pas suffisamment la réalisation de cette tranche sans plus de détail et on relève un écart de plus de 10 points avec la société attributaire ; la Nouvelle-Calédonie n'est pas fondée à soutenir que son offre ne présentait pas une méthodologie très précise ;

- l'appréciation de cette note nécessite la communication de l'offre de la société retenue ; le secret industriel et commercial ne peut être opposé dès lors qu'il n'y aura pas de nouveau marché de cet ordre en Nouvelle-Calédonie ; la saisine de la CADA n'est pas un préalable nécessaire ;

- le RAO souligne que leur offre, ainsi qu'une autre, « *auraient pu être considérées comme anormalement basse* » mais l'acheteur n'a pas souhaité s'engager dans une procédure d'OAB car ces offres « *sont de toutes manières écartées sur des critères techniques* » ; en l'absence d'éléments sur le montant des autres offres, il est impossible de déterminer si les deux critères prévus par les dispositions de l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967 sont satisfaits ; devant les termes du RAO, il y a lieu d'estimer que oui ; dans cette hypothèse, l'acheteur devait mettre en œuvre la procédure prévue pour les OAB ; il n'a pas de latitude en cette matière ; les termes du RAO laissent à penser que son offre a été mal notée volontairement afin de l'exclure de la procédure pour ne pas recourir à la procédure contradictoire sur le caractère anormalement bas de son offre pour gagner du temps ;

- une réclamation indemnitaire a été adressée à la Nouvelle-Calédonie le 29 janvier 2018 ;

- sans les irrégularités ainsi constatées, elles disposaient d'une chance sérieuse de se voir attribuer le marché ; elles ont donc droit à l'indemnisation du manque à gagner subi, soit une somme de 2 690 931 francs CFP pour la société Auclair-Dupont et la somme de 4 331 742 francs CFP pour la société Aim Satis ; le gouvernement ne peut s'abriter derrière le fait que leur offre a été classée 4^e dès lors que la note qui leur a été attribuée au titre de la valeur technique est contestée ;

- la Nouvelle-Calédonie prétend qu'elles ne disposaient pas d'une chance sérieuse de remporter le marché dès lors que leur offre a été classée en 4^e position toutefois la validité des autres offres n'est pas justifiée en l'absence de leur production ; le tribunal pourrait estimer compte tenu de l'expérience dont justifient les membres du groupement qu'elles disposaient d'une chance sérieuse de remporter le marché.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 1^{er} octobre, 30 décembre 2018 et 4 avril 2019, la Nouvelle-Calédonie conclut au rejet de la requête.

La Nouvelle-Calédonie soutient que :

- cette requête présente une identité de cause, objet et partie avec celle enregistrée sous le n° 1800034, à savoir l'indemnisation des préjudices subis du fait de l'irrégularité de l'éviction des sociétés requérantes de la procédure d'attribution du marché relatif à la production d'un cahier des charges en vue d'un appel d'offres pour l'exploitation de l'aérodrome Nouméa-Magenta en 2018 et pour la réalisation d'une étude juridique et financière sur la mutualisation de la gestion des aérodromes domestiques de Nouvelle-Calédonie ; il convient donc de les joindre ;

- les griefs ne sont pas fondés.
- 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 ;
- la délibération n° 141 du 30 juin 2016 portant désignation des représentants du congrès de la Nouvelle-Calédonie au sein de divers organismes extérieurs ;
- 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 ;
- et les observations de Mme Rossignol, représentante de la Nouvelle-Calédonie.

Considérant ce qui suit :

1. La société Auclair-Dupont Conseil en entreprises (Auclair-Dupont) et la société Aim Satis Air Initiative and Management (Aim Satis) se sont portées candidates à l'attribution du marché public relatif à la production d'un cahier des charges en vue d'un appel d'offres pour l'exploitation de l'aérodrome Nouméa-Magenta en 2018 et pour la réalisation d'une étude juridique et financière sur la mutualisation de la gestion des aérodromes domestiques de Nouvelle-Calédonie. Un courrier du 12 octobre 2017 est venu informer la société Auclair-Dupont, en sa qualité de mandataire du groupement, que leur offre n'était pas retenue. Le marché a été attribué à la société Calia Conseil et signé le 16 novembre 2017. Un avis d'attribution a été publié dans un journal d'annonces légales le 30 novembre suivant. Le 29 janvier 2018, les deux sociétés requérantes ont sollicité le versement par la Nouvelle-Calédonie d'une somme de 2 690 931 francs CFP au bénéfice de la société Auclair-Dupont et d'une somme de 4 331 742 francs CFP au bénéfice de la société Aim Satis en dédommagement du manque à gagner net dont leur éviction de la procédure d'attribution du marché les a privé irrégulièrement.

Sur la jonction :

2. Par les deux requêtes enregistrées sous les numéros 1800034 et 1800159, les sociétés précitées contestent la validité du marché conclu le 16 novembre 2017, demandent qu'il soit ordonné à la direction de l'aviation civile de Nouvelle-Calédonie de communiquer le contrat de marché public, le procès-verbal de la commission de dépouillement des offres, les procès-verbaux de la commission d'appel d'offres et l'offre du candidat attributaire et demandent la condamnation de la Nouvelle-Calédonie à les indemniser du préjudice subi. Ces requêtes présentent à juger les mêmes questions et ont fait l'objet d'une instruction commune. Il y a lieu de les joindre pour statuer par un seul jugement.

Sur la recevabilité :

3. Les conclusions tendant à ce qu'il soit ordonné à la direction de l'aviation civile de Nouvelle-Calédonie la communication du contrat de marché public, du procès-verbal de la commission de dépouillement des offres, des procès-verbaux de la commission d'appel d'offres et des offres des autres candidats mieux classés sont irrecevables dès lors qu'une telle demande ressort de la compétence propre du juge.

Sur le fond :

Sur la validité du marché :

4. 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.

5. 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.

6. Les sociétés requérantes soutiennent que l'irrégularité de la composition des commissions ayant procédé au dépouillement des offres est de nature à entacher la régularité de

la procédure d'attribution. Leur offre n'ayant pas été éliminée en raison d'une irrégularité découverte au stade du dépouillement des offres, les moyens afférents à l'irrégularité de la composition des commissions ayant procédé au dépouillement des offres sont inopérants.

7. Les sociétés requérantes admettent que la composition de la commission d'appel d'offres était régulière lors de la séance du 4 août 2017 mais remettent en cause la signature de M. X. sur ce document. Toutefois, en l'absence d'élément permettant d'établir que ce grief aurait eu un impact sur le classement de l'offre de la société requérante, et compte tenu de l'attestation établie par l'intéressé selon laquelle il était bien présent ce jour, ce moyen doit être écarté sans qu'il soit besoin de procéder à une vérification d'écriture en application des dispositions de l'article R. 621-4 du code de justice administrative.

8. Le moyen tiré de ce que la commission de dépouillement s'étant déroulée en deux séances, le fait que leur pli n'ait pas été ouvert lors de la première séance permet de soutenir l'existence de suspicion de collusion et de corruption légitime, celui tiré de ce que la signature de M. X. diffère d'une commission à l'autre et le moyen tiré de l'obligation de respecter le principe de la représentation des différentes tendances au sein de la commission d'appel d'offres ne sont pas assortis des précisions suffisantes permettant d'en apprécier le bien fondé.

9. De même, si les dispositions de l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967 prévoient que l'acheteur est tenu, avant d'éliminer ou d'attribuer le marché, de faire préciser le contenu de sa proposition à une entreprise ayant déposé une offre répondant aux critères pour être qualifiée d'anormalement basse, il demeure que l'offre des sociétés requérantes n'a pas été rejetée pour ce motif. Le grief tiré de ce que la Nouvelle-Calédonie n'a pas demandé aux sociétés requérantes de préciser le contenu de leur proposition et de justifier de son prix dès lors qu'elle estimait que leur offre pouvait être qualifiée d'anormalement basse n'est donc pas de nature à vicier la régularité de la procédure d'attribution. Aucun élément ne permet d'établir que leur offre ait été volontairement sous-évaluée sur le critère de la valeur technique pour éviter de mettre en œuvre la procédure contradictoire préalable à l'élimination d'une offre anormalement basse.

10. Les sociétés requérantes soutiennent que la notation des offres est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation en ce que les notes qu'elles ont obtenues sont insuffisantes et en ce que celle obtenue par l'offre retenue est trop importante. Le rapport d'analyse des offres indique que pour ce qui est de l'analyse des critères liés à la conformité des documents, l'offre du groupement retenu comporte des documents complets avec une analyse juridique du contexte calédonien et des détails précis de la méthodologie. Ce même rapport indique que les documents remis par les sociétés requérantes sont succincts et ne présentent aucune pré-analyse. Après comparaison des offres, le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation sur les notations respectives sur ce critère doit être écarté.

11. Au titre du critère lié à la capacité technique des candidats, le rapport d'analyse des offres conclut que l'offre retenue présente une parfaite compréhension des enjeux politiques, financiers, juridiques et organisationnels et une prise en compte prospective de l'activité et du contexte urbain du site de Nouméa-Magenta. Ce même rapport estime que l'offre des sociétés requérantes ne décrit pas précisément les enjeux mais que les références présentées ne couvrent pas la totalité de l'étude. Après consultation des offres, le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation doit être écarté au regard des différences qui existent entre les références des sociétés Auclair-Dupont et du cabinet d'avocats, Franck Royanez.

12. Au titre du critère lié à la capacité technique du candidat à réaliser la tranche conditionnelle, le RPAO retient que l'offre retenue est complète alors que celle du groupement Auclair-Dupont ne présente pas suffisamment la réalisation de cette tranche. Compte tenu des éléments figurant dans les offres et du caractère très vague de la page 28 de l'offre des sociétés requérantes, le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation doit être écarté.

13. Il résulte de ce qui précède que le grief tiré de l'erreur manifeste d'appréciation commise dans la notation des offres doit être écarté dans ces trois branches sans qu'il soit utile de demander la communication de l'intégralité de l'offre retenue.

14. Les sociétés requérantes soutiennent que l'offre retenue était irrégulière en ce qu'elle doit être qualifiée de variante par rapport aux prestations demandées alors que les variantes n'étaient pas autorisées. Le fondement de ce grief repose sur une citation du point 3.2.1.2 de l'offre retenue indiquant que les documents de la consultation sont composés du cahier des charges valant projet de contrat de concession déjà rédigé lors de la tranche ferme, du règlement de la consultation, de l'avis de concession qui comporte notamment une description et des conditions de participation à la procédure de passation. Toutefois, contrairement à ce que soutiennent les sociétés requérantes, l'offre retenue ne propose pas de réaliser ces documents dès lors que le même point de l'offre précise que si les documents précités relèvent de la responsabilité de la Nouvelle-Calédonie, le groupement se tient à sa disposition pour l'assister. Il n'y a donc pas lieu de regarder cette offre comme une variante.

15. Il résulte de l'instruction que les documents de la consultation n'exigeaient pas des candidats de participer à la phase de négociation des offres dans l'hypothèse d'un affermissement de la tranche conditionnelle et que l'offre retenue a notamment obtenu une note de 20 sur 20 en raison de sa participation aux négociations en deux temps. Cette prestation additionnelle ne peut être regardée comme une variante la rendant illégale mais doit être regardée comme une prestation additionnelle dont l'acheteur ne peut tenir compte dans la notation des offres. En tout état de cause, l'irrégularité ainsi commise est demeurée sans impact sur l'éviction des sociétés requérantes dès lors qu'en égard à l'écart de 2,39 points existant entre les notes finales, à la pondération de 10 % attachée au critère au titre duquel l'erreur a été commise et des notes respectives obtenues par les sociétés requérantes et l'offre retenue, l'absence de prise en compte de cette prestation n'aurait pas eu pour effet de modifier le classement respectif de ces deux offres. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions tendant à l'annulation du marché en litige.

Sur les prétentions indemnitaires :

16. Compte tenu de ce qui précède, les sociétés requérantes, dont l'offre était classée en 4^e position, ne sont pas fondées à soutenir qu'elles disposaient d'une chance de remporter le marché et cela sans qu'il soit besoin de demander la communication des trois offres mieux classées. Les conclusions tendant à ce que la Nouvelle-Calédonie leur verse la somme de 7 022 673 francs CFP au titre du manque à gagner subi, présentées au titre des requêtes enregistrées sous les numéros 1800034 et 18000159 doivent être rejetées.

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

17. 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* ».

18. Ces dispositions font obstacle aux conclusions dirigées contre la Nouvelle-Calédonie qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

DECIDE :

Article 1^{er} : Les requêtes des sociétés Auclair-Dupont et la société Aim Satis Air Initiative and Management sont rejetées.

Article 2 : Le présent jugement sera notifié aux sociétés Auclair-Dupont, à la société Aim Satis Air Initiative and Management, à la société Calia Conseil et à la Nouvelle-Calédonie.