

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALÉDONIE**

N° 1400068

Sociétés ELC, Dzumac
et Sotradev

M. Schnoering
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie

Audience du 13 novembre 2014
Lecture du 11 décembre 2014

Vu la requête enregistrée le 13 février 2014, présentée pour :

- la société ELC dont le siège (...), représentée par son représentant légal en exercice ;
- la société Dzumac dont le siège est (...), représentée par son représentant légal en exercice ;
- la SARL Sotradev dont le siège est (...), représentée par son représentant légal en exercice ; par Me Elmosnino, avocat ;

Les sociétés demandent au Tribunal :

- à titre principal, de condamner la Nouvelle-Calédonie à leur verser la somme de 92 345 536 francs CFP en réparation du préjudice subi par l'illégalité fautive de leur éviction à l'attribution du marché public relatif à la construction du bâtiment principal du Médipôle de Koutio, dès lors qu'elles disposaient de chances sérieuses de remporter le marché ;
- à titre subsidiaire, de condamner la Nouvelle-Calédonie à leur verser la somme de 5 000 000 de francs CFP, dès lors qu'elles n'étaient pas dénuées de toute chance de remporter le marché ;
- en tout état de cause, de condamner la Nouvelle-Calédonie à leur verser la somme de 300 000 francs CFP sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elles soutiennent que :

- elles ont soumissionné par le truchement d'un groupement momentané d'entreprises ;
- il résulte du procès-verbal de la commission d'appel d'offres que pour d'obscures raisons, l'enveloppe intérieure contenant l'offre des requérants n'a pas été ouverte et les documents figurant dans l'enveloppe extérieure n'ont pas été recensés ;
- pour des raisons qui échappent à la rigueur juridique, le marché a été déclaré infructueux, ouvrant selon la lecture de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 opérée par l'administration, la possibilité d'engager une procédure de gré à gré ;

- l'administration bien que tenue par les textes, a emprunté finalement les règles de la procédure de dialogue compétitif, voire du marché négocié, cette dernière n'ayant aucune existence juridique en Nouvelle-Calédonie ;
- elles se sont soumises à ces règles créées ex nihilo insusceptibles de garantir le respect des principes fondamentaux de la commande publique et ont proposé différentes remises ;
- de nombreuses irrégularités et illégalités ont été commises portant directement atteintes aux principes de la commande publique ;
- la procédure menée est irrégulière dès lors qu'aucune délibération de l'assemblée de la collectivité ne définit les règles d'organisation et de fonctionnement de la commission d'appel d'offres alors qu'une telle obligation résulte des dispositions de l'article 13-1 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 ;
- la procédure menée était également irrégulière dès lors que la commission était composée en méconnaissance de l'article 13-1 de la délibération 136/CP ;
- en effet, il est impossible d'établir la qualité de certains membres ayant eu voix délibératives et de savoir si ces derniers ont été régulièrement habilités à représenter les membres devant former la commission d'appel d'offres au sens de l'article précité ;
- la commission n'a pas pu statuer sur la base d'un rapport de présentation réalisé par la personne responsable du marché comme il est dit au sein de l'article 27 de la délibération du 1^{er} mars 1967 ;
- le procès-verbal de la commission d'appel d'offres mentionne que l'enveloppe contenant leur offre n'a pas été ouverte au motif que le groupement n'aurait pas justifié d'une part, de sa capacité à réaliser les travaux et, d'autre part, n'aurait pas mentionné sa constitution en groupement ;
- les documents insérés dans l'enveloppe extérieure étaient conformes aux prescriptions du point 3.1 du RPAO ;
- la commission d'appel d'offres en décidant d'écarter la candidature des sociétés requérantes au motif d'une prétendue non-conformité au RPAO, a commis une erreur manifeste d'appréciation ;
- aucune justification n'a été donnée sur le caractère infructueux de l'appel d'offres alors qu'un appel d'offres ne peut être déclaré infructueux que pour des motifs juridiques précis ;
- l'administration peut passer un marché de gré à gré si et seulement si aucune offre n'a été remise ou si ces dernières sont inacceptables ;
- la procédure de gré à gré souffre également de graves irrégularités ;
- aucun rapport de présentation n'a été réalisé par la personne responsable du marché comme il est dit au sein de l'article 27 de la délibération du 1^{er} mars 1967, au contraire, ledit rapport a été rédigé par des personnes privées ;
- la commission technique de dépouillement du marché de gré à gré s'est autosaisie à deux reprises en méconnaissance des dispositions du 2^{ème} alinéa de l'article 27 de la même délibération ;
- la composition de cette même commission était irrégulière dès lors qu'elle était seulement composée de la Secal et de la société Icade toutes deux sociétés privées et que ce sont ces dernières qui ont procédé à l'ouverture des plis ;
- la commission d'appel d'offres, sur le marché de gré à gré, du 9 mars 2012 était également irrégulièrement constituée ;
- il est impossible d'établir la qualité de certains membres ayant eu voix délibérative ;
- la somme de 92 345 536 francs CFP correspond à la perte de marge nette escomptée par les requérantes égale à 12,5 % du montant du marché et déterminée par expertise comptable ;
- elles ont passé un nombre d'heures très important à la préparation de la soumission de leurs offres et comme le permet la jurisprudence dans l'hypothèse où une société ou un groupement a été évincé irrégulièrement et n'était pas dénué de toutes chances de remporter le marché, il sera fait une juste appréciation en leur allouant une somme équivalente à 5.000.000 de francs CFP ;
- il serait inéquitable de leur laisser supporter les sommes qu'elles ont dû exposer au titre de la présente instance ;

Vu, enregistrée le 19 juin 2014, la mise en demeure adressée au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et l'avis de réception de cette mise en demeure ;

Vu l'ordonnance du 19 juin 2014 fixant la clôture d'instruction au 22 juillet 2014, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu, enregistré le 22 juillet 2014, le mémoire présenté pour le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie qui conclut au rejet de la requête ;

Il soutient que :

- le 8 novembre 2011 la commission d'appel d'offres a jugé infructueux l'appel d'offres et a habilité le mandataire à relancer le marché en procédure de gré à gré conformément aux dispositions de l'article 35.5 de la délibération modifiée n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 ;
- une consultation en marché de gré à gré a été lancée par publication dans la presse en novembre 2011 et les entreprises ayant fait une offre lors de la consultation initiale ont été invitées à remettre une nouvelle offre avant le 7 décembre 2011 ;
- pour le lot 04A- VRD, la négociation avec les entreprises s'est faite en trois étapes: des réunions ont été organisées avec chaque candidat les 25 novembre, 5 décembre et 12 décembre 2011
- les offres ont été ouvertes le 21 février 2012 et confiées pour analyse à la maîtrise d'œuvre ;
- après examen du rapport d'analyse des offres, la commission d'appel d'offres qui s'est réunie le 9 mars 2012 a proposé de retenir l'offre du groupement d'entreprises conjointes Jean Lefebvre Pacifique (mandataire) - SAS Keteveta (JLPK) pour un montant de 760 182 095 francs CFP ;
- l'avis d'attribution du marché de gré à gré pour le lot n° 04A - VRD a été publié dans les Nouvelles Calédoniennes le 7 juin 2012 ;
- contestant son éviction qu'elle considère injustifiée, la société requérante a !butté auprès du président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, dans un courrier datant du 26 juillet 2013, soit treize mois après l'avis d'attribution du marché en cause, une réclamation indemnitaire préalable tendant aux mêmes fins que la présente requête, à savoir une indemnisation s'élevant à 92 345 536 francs CFP pour perte de marge nette escomptée à laquelle s'ajoute une autre indemnisation de 5 000 000 de francs CFP au motif que celle-ci n'était pas dénuée de toutes chances de remporter ledit marché ;
- les règles d'organisation et de fonctionnement de la commission d'appel d'offres sont clairement définies ;
- les conclusions de la requérante tentant de démontrer une atteinte aux principes fondamentaux de la commande publique et notamment celui du principe relatif à la transparence des procédures de passation des marchés publics et conduisant à vicier le contrat en cause sont sans fondement et ne peuvent être que rejetées ;
- la commission réunie le 8 novembre 2011 respectait les prescriptions de l'article 13-1 de la délibération n° 136/CP ;
- l'analyse des pièces annexées au procès-verbal de la commission d'appel d'offres du 8 novembre 2011 fait apparaître les tableaux de dépouillement des offres (enveloppes extérieure et intérieure) et le tableau de remise des plis ;
- le groupement Secal/Icade, mandataire du maître d'ouvrage, a réceptionné 8 offres ;
- les offres n° 1, 2, 4, 5, 6 et 7 sont déclarées non-conformes au regard des conditions fixées par le règlement particulier d'appel d'offres
- sur les 8 offres reçues par le mandataire, seuls deux plis ont été ouverts par la commission d'appel d'offres et déclarés conformes au RPAO ;

- au vu de ces éléments la commission d'appel d'offres a proposé de déclarer l'appel d'offres infructueux et a habilité le mandataire à relancer le marché en procédure de gré à gré conformément aux dispositions de l'article 35.5 de la délibération 136 ;
- le procès-verbal de la commission d'appel d'offres du 8 novembre 2011 ainsi que les tableaux faisant apparaître le classement des offres figurent au nombre des pièces du marché en cause : le moyen tiré de l'inexistence des documents requis en application des textes en vigueur doit être écarté.
- les offres des candidats qui ne respectent pas les dispositions du règlement de la consultation ont été considérées comme incomplètes et, pour ce seul motif, ont été rejetées par la commission d'appel d'offres ;
- la société ELC, en n'indiquant pas clairement son mode de soumissionnement en groupement, n'a pas respecté les exigences formulées dans l'avis d'appel d'offres et dans les documents de consultation, conformément aux dispositions des articles 14 de la délibération 136 et 2.1 du RPAO ;
- l'administration a souverainement apprécié les capacités juridiques, techniques et financières de la société requérante ;
- ce rejet était sans incidence sur la suite des opérations puisque cette commission a déclaré l'appel d'offres infructueux et a habilité le mandataire à relancer ledit marché en procédure de gré à gré, conformément aux dispositions de l'article 35.5 de la délibération 136/CP ;
- la réglementation en vigueur n'impose pas à l'administration de restituer les offres non retenues par courrier ;
- la commission d'appel d'offres du 8 novembre 2011 n'a ouvert que deux offres de prix (plis n° 3 et 8) dont le montant s'avérait être financièrement inacceptable notamment au regard de la bonne utilisation des deniers publics ;
- la consultation des entreprises par la procédure de gré à gré a permis de baisser les prix proposés par les soumissionnaires et de retenir le groupement JLPK pour un montant de 760 182 095 francs CFP, soit un rabais de 222 379 604 francs CFP (22%), 7% supérieur à l'estimation initiale ;
- les entreprises dont les offres ont été rejetées ne remplissaient pas les conditions prévues par la réglementation en vigueur en matière de marchés publics en Nouvelle-Calédonie notamment, « avoir les capacités juridiques, techniques et financières suffisantes », elles ne satisfaisaient pas aux exigences de la commande publique et ne répondaient pas aux exigences de la mise en œuvre de hautes technologies ;
- la société requérante n'est pas fondée à invoquer une irrégularité dans la première procédure d'appel d'offres, pour contester une décision prise dans le cadre d'une seconde procédure ;
- les articles 24 à 33 de la délibération n° 136 ne sont pas applicables au marché de gré à gré ;
- elle a appliqué les grands principes de la commande publique ;
- le rapport d'analyse relatif au marché litigieux fait apparaître que le groupement JLPK. obtient la première place avec une note totale de 82 points, la société requérante se classant deuxième avec une note pondérée de 42 s'agissant du prix de la prestation, de 22 en ce qui concerne le mémoire technique et 16 s'agissant des moyens disponibles et du plan de charge, soit une note totale de 80 alors que la société JLPK obtenait les notes de 41, 25 et 16, soit une note totale de 82 ;
- la méthode de notation du critère du prix a permis d'attribuer la meilleure note au candidat ayant proposé le prix le plus bas ;
- le groupement ELC a obtenu la meilleure note en matière de prix, soit 4% au-dessus de l'estimation, mais le groupement JLPK a obtenu de meilleures notes en matière technique, notamment en matière d'organisation générale et d'encadrement de l'entreprise ainsi qu'en matière de description des dispositions prévues pour assurer une grande réactivité sur le chantier ;

- la circonstance que l'offre de la requérante serait la moins-disante, alors que l'avis d'appel d'offres mettait sur le même plan la valeur technique et le prix, ces deux valeurs étant notées sur 50, n'est pas de nature à remettre en cause la régularité de la procédure ;
- la décision d'attribution du marché en cause n'est entachée d'aucune erreur manifeste d'appréciation et aucune illégalité ne peut être alléguée ;
- la société requérante ne démontre pas le caractère fautif de son éviction ;
- une même société ne peut demander cumulativement l'indemnisation de son manque à gagner et les frais d'élaboration de son offre ;
- la requérante, classée deuxième, ne peut utilement invoquer avoir été privée d'une chance sérieuse, elle n'établit l'existence d'aucun préjudice ;
- la procédure introduite par la requérante est particulièrement abusive, infondée et peu soucieuse des intérêts publics ;
- les conclusions tendant à l'octroi de frais irrépétibles devront être rejetées ;

Vu l'ordonnance du 24 juillet 2014 portant réouverture de l'instruction et clôture de ladite instruction au 28 août 2014 ;

Vu, enregistrée le 20 août 2014, la délibération portant habilitation de la présidente du gouvernement afin de défendre la Nouvelle-Calédonie devant le Tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie ;

Vu, enregistré le 27 août 2014, le mémoire présenté pour les sociétés ELC, Dzumac et Sotradev par Me Elmosnino, avocat, qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens ;

Elles ajoutent que

- les règles de composition et de fonctionnement des commissions d'appel d'offres revêtent un caractère substantiel et leur méconnaissance menace la légalité de la procédure ;
- pour ne pas entacher la procédure de passation d'une irrégularité et permettre à un suppléant de siéger valablement, il faut que le titulaire ait été, a minima, convoqué ;
- la décision de la CAO ayant déclaré le marché infructueux est entachée d'une irrégularité substantielle ;
- aucun rapport de présentation n'avait été établi par la personne responsable du marché comme il est prescrit par l'article 27 de la délibération n° 136 CP du 1er mars 1967, dès lors la CAO n'a pas pu statuer légalement et en toute connaissance de cause, y compris pour déclarer le marché infructueux ;
- le groupement avait bien inséré au sein de l'enveloppe extérieure les déclarations d'intentions de soumissionner de chaque entreprise desquelles il résulte très clairement la constitution du groupement ;
- le grief opposé à l'effet de refuser l'ouverture de l'enveloppe extérieure ne pouvait donc être sérieusement retenu ;

- la Nouvelle-Calédonie n'explique toujours pas en quoi le groupement ne disposait pas de la capacité à réaliser les travaux ;
- la note indiquant les capacités techniques du groupement, celles-ci figurait bien au sein du dossier ;
- il apparaît nettement au sein du règlement particulier de l'appel d'offres entrepris (RPAO) que la personne publique n'a ni hiérarchisé, ni pondéré les critères d'appréciation prévus par l'article 27-2 de la délibération du 1er mars 1967 précitée ;
- ce n'est qu'au stade du marché de gré à gré que cette dernière a pu établir la pondération exigée ;
- la procédure de gré à gré ne fut possible qu'à partir du moment où la personne publique a prétendument constaté l'infructuosité de la marché lancé ;

- si l'offre de la société ELC avait été étudiée, au stade de l'appel d'offres, elle aurait remporté le marché ;
- un marché déclaré illégalement infructueux affecte, à l'évidence, la légalité de la procédure subséquente, savoir la passation de gré à gré ;
- la Nouvelle-Calédonie ne justifie absolument pas du caractère inacceptable des offres reçues comme il est dit à l'article 35-5 de la délibération du 1^{er} mars 1967 ;
- en décidant de déclarer le marché infructueux, sans la moindre base légale, puis en lançant une procédure de gré à gré sur le fondement de l'article 35 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967, l'administration a commis une erreur de droit et manifeste d'appréciation ;
- la commission technique de dépouillement composée uniquement de la SECAL (société d'équipement de la Nouvelle-Calédonie) et d'ICADE était irrégulièrement composée ;
- la SECAL et la société ICADE ne pouvaient renvoyer une nouvelle fois au maître d'œuvre, le soin d'analyser les offres ;
- en toute hypothèse y compris au stade - illégal- de la seconde procédure, l'administration n'établit pas en quoi, sa réactivité, en matière d'organisation générale et d'encadrement de l'entreprise ou de description aurait été inférieure à l'offre du groupement JLPK ;
- l'entreprise Keteveta retenue avec la société JLP par la Nouvelle-Calédonie venait d'être constituée ;
- une somme équivalente à 12,5 % du marché qui représente la perte de marge nette du groupement concluant est parfaitement conforme à la pratique ;
- celle-ci est d'ailleurs rappelée au sein de l'expertise comptable effectuée par le cabinet Soficau et versée au débat ;

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 la délibération n° 76 du 21 août 1997 relative à la commission d'appel d'offres du territoire ;

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 13 novembre 2014 :

- le rapport de M. Schnoering, rapporteur ;
- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public ;
- et les observations de Me Elmosnino, avocat des sociétés ELC, Dzumac et Sotratev, et de Mme Thémereau, représentant la Nouvelle-Calédonie ;

1. Considérant que, par un avis d'appel public à la concurrence, la Nouvelle-Calédonie, maître d'ouvrage, a fait paraître, en septembre 2011, conformément aux dispositions de la délibération

n° 136/CP du 1^{er} mars 1967, un appel d'offres ouvert pour le marché relatif à la construction du bâtiment principal du Médipôle de Koutio s'agissant des lots 04 A VRD et 04 B Ouvrages extérieurs maçonnés; que les sociétés ELC, Dzumac et Sotradev ont soumissionné par le truchement d'un groupement momentané d'entreprises ; que ces sociétés demandent au Tribunal de condamner la Nouvelle-Calédonie à les indemniser des préjudices qu'elles auraient subis et qui seraient la conséquence de l'illégalité fautive de leur éviction dès lors qu'elles disposaient de chances sérieuses de remporter le marché ou, à tout le moins, qu'elles n'étaient pas dénuées de toute chance de remporter le marché ;

2. Considérant que la commission d'appel d'offres pour marchés de travaux s'est réunie le 8 novembre 2011 ; que les sociétés requérantes soutiennent, tout d'abord, que la procédure suivie est irrégulière dès lors qu'aucune délibération de l'assemblée de la collectivité ne définit les règles d'organisation et de fonctionnement de la commission d'appel d'offres alors qu'une telle obligation résulte des dispositions de l'article 13-1 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 ;

3. Considérant, à cet égard, que les articles 26 à 28-2 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 fixent les conditions générales du fonctionnement de la commission d'appel d'offres en matière d'ouverture des offres et de dépouillement des offres ; que la délibération n° 76 du 21 août 1997 fixe la composition de la commission d'appel d'offres, l'établissement de l'ordre du jour et le fonctionnement par procès-verbal ; que l'arrêté n° 2011-375/GNC du 15 février 2011 désigne le représentant de l'exécutif de la Nouvelle-Calédonie en qualité de président de la commission d'appel d'offre, ainsi que son représentant en cas d'absence ou d'empêchement ; les sociétés requérantes ne font état d'aucun élément faisant juridiquement obstacle au fonctionnement de la commission d'appel d'offres dont les membres ont été désignés par la délibération n° 137 du 19 août 2011 du congrès de la Nouvelle-Calédonie ;

4. Considérant que les requérantes ne peuvent davantage exciper de l'illégalité des travaux de la commission d'appel d'offres au motif qu'elle était seulement composée de la Secal et de la société Icade toutes deux sociétés privées et que ce sont ces dernières qui ont procédé à l'ouverture des plis alors même que ces deux entités étaient, pour la Secal, membre de ladite commission avec voix consultative et, pour Icade, simplement présente sans qu'un rôle quelconque lui ait été confié ce jour-là par les membres de la commission ayant voix délibérative ;

5. Considérant que les sociétés requérantes excipent aussi de l'irrégularité de la composition de la commission d'appel d'offres au motif que ses membres titulaires n'auraient pas été régulièrement convoqués en temps utile ; que, pour alléguer qu'un membre suppléant ne pouvait régulièrement siéger qu'à la condition que le titulaire ait été convoqué, les requérantes n'invoquent la violation d'aucune disposition ; qu'ainsi, la présence d'un membre suppléant en l'absence du titulaire était régulière ; qu'il est constant que Mme X. a été désignée pour siéger au sein de la commission d'appel d'offres de la Nouvelle-Calédonie par la délibération n° 137 du 19 août 2011 du congrès de la Nouvelle-Calédonie; que, par suite, la commission d'appel d'offres était régulièrement constituée et a pu valablement délibérer sur les candidatures qui lui ont été soumises ; que, dès lors, le moyen des sociétés requérantes tiré de l'irrégularité de la composition de la commission d'appel d'offres doit être écarté ;

6. Considérant que les entreprises requérantes soutiennent encore que la commission d'appel d'offres en décidant, le 8 novembre 2011, d'écarter leur candidature au motif d'une prétendue non-conformité au RPAO, aurait commis une erreur manifeste d'appréciation, une note indiquant les capacités techniques du groupement figurant bien au sein du dossier ; que l'article 13-3 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 précise que : « L'exécution des marchés ne peut être

confiée qu'aux entreprises ayant les capacités juridiques, techniques et financières nécessaires. L'administration apprécie souverainement ces capacités. » ;

7. Considérant également qu'en vertu de l'article 3.1 du RPAO du marché litigieux: « -Enveloppe extérieure : Cette enveloppe extérieure contiendra (...) c) Une note indiquant ses moyens techniques, le lieu, la date, la nature et l'importance des travaux qu'il a exécutés ou à l'exécution desquels il a concouru, l'emploi qu'il occupait dans chacune des entreprises auxquelles il a collaboré, ainsi que les noms, qualités et domiciles des hommes de l'art sous la direction desquels ces travaux ont été exécutés. Les certificats délivrés par ces hommes de l'art sont joints à la note. Cette note est complétée par :- la liste des moyens en matériel que l'entreprise compte affecter effectivement au chantier ; -la liste des travaux similaires qu'elle a exécutés ou à l'exécution desquels elle a participé au cours des 5 dernières années.(...) » d) Un état des effectifs avec mention de la classification professionnelle du personnel salarié que l'entreprise projette d'occuper effectivement pour l'exécution des travaux ainsi que la liste des sous traitants éventuels.(...) » ;

8. Considérant que si l'administration apprécie souverainement les capacités énoncées à l'article 13-3 susdit, cette appréciation est soumise au contrôle du juge ; qu'il appartenait donc aux sociétés requérantes d'apporter un début de la preuve, dans le cadre du débat contradictoire engagé, qu'elles disposaient des capacités juridiques, techniques et financières nécessaires à la réalisation du marché en produisant, à tout le moins, ceux des justificatifs qui avaient été transmis à la commission d'appel d'offres ;

9. Considérant qu'il est constant, à cet égard, que pour critiquer l'application des dispositions de l'article 13-3 susvisé par la commission d'appel d'offres, les requérantes se bornent à soutenir que l'offre de leur groupement aurait remporté le marché si elle avait été étudiée, au stade de l'appel d'offres, le 8 novembre 2011 ; qu'elles n'apportent cependant au soutien de leurs allégations aucun élément probant démontrant qu'elles ont respecté les exigences de l'article 3A du RPAO et qu'elles disposaient effectivement des capacités juridiques, techniques et financières suffisantes ; qu'elles n'indiquent pas dans leurs écritures la liste des moyens en matériel que le groupement d'entreprises comptait affecter effectivement au chantier ainsi que la liste des travaux similaires déjà exécutés ou à l'exécution desquels elles avaient participé au cours des cinq dernières années ; qu'elles ne prouvent pas davantage leurs compétences s'agissant de la mise en œuvre de hautes technologies alors même que le maître d'ouvrage a émis des doutes sur lesdites compétences; que, dans ces conditions, le moyen tiré de la violation des dispositions de l'article 13-3 de la délibération n° 1361CP du 1^{er} mars 1967 ne peut qu'être écarté ; que, pour cette seule raison, la commission d'appel d'offres pouvait décider de ne pas procéder à l'ouverture de l'enveloppe contenant l'offre des sociétés requérantes ;

10. Considérant qu'il résulte du procès-verbal de la commission d'appel d'offres réunie le 8 novembre 2011 que six plis reçus ont été jugés non conformes aux conditions fixées par le RPAO et n'ont pas été ouverts ; qu'après ouverture des deux enveloppes intérieures retenues, celle de l'entreprise Dumez GTM et celle de JLP, la commission d'appel d'offres a jugé lesdites offres inacceptables compte tenu d'offres supérieures d'environ 35% à 38% de l'estimation du marché ; a, par suite, considéré infructueux l'appel d'offres et a habilité le mandataire à relancer le marché en procédure de gré à gré conformément aux dispositions de l'article 35.5 de la délibération modifiée n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 qui prévoient que : « Il ne peut être passé de marché de gré à gré que dans les cas suivants Y...) 5°) - Pour les travaux, fournitures ou services qui, ayant donné lieu à un appel à la concurrence, n'ont fait l'objet d'aucune offre ou à l'égard desquels il n'a été proposé que des offres inacceptables » ;

11. Considérant que, compte tenu de tout ce qui précède, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir qu'en décidant de déclarer le marché infructueux, puis en lançant une procédure de gré à gré sur le fondement de l'article 35 de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967, l'administration aurait commis tout à la fois une erreur de droit et une erreur manifeste d'appréciation ; que les conclusions des sociétés requérantes qui tentent vainement de démontrer une atteinte aux principes fondamentaux de la commande publique et notamment celui du principe relatif à la transparence des procédures de passation des marchés doivent être rejetées ;

12. Considérant que les sociétés requérantes soutiennent, par ailleurs, que les dispositions de l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967 qui prévoient que «Les enveloppes des soumissionnaires éliminés leur sont rendues » auraient été méconnues l'enveloppe contenant l'offre du groupement ne leur ayant pas été retournée ; qu'il apparaît toutefois à cet égard que, par courrier en date du 16 novembre 2011, la société ELC a été invitée par Secal et Icade Promotion agissant au nom et pour le compte de la Nouvelle-Calédonie, à venir retirer dans ses locaux les enveloppes correspondant à son offre ; le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967 doit être écarté ; qu'au surplus, comme le remarque à juste titre l'administration, la société ELC pouvait également profiter d'une visite à la Secal à l'occasion des réunions préparatoires à la consultation de gré à gré, pour retirer les enveloppes dont s'agit ;

13. Considérant que les entreprises ayant fait une offre lors de l'appel d'offres ouvert ont été invitées à remettre leur nouvelle offre ; que plusieurs réunions ont été nécessaires pour permettre aux entreprises de présenter leur offre finale qui a été déposée le 29 février 2012 ; qu'après avoir pris connaissance du rapport d'analyse des offres du 29 février 2012, la commission d'appel d'offres qui s'est réunie le 9 mars 2012 a proposé d'attribuer le lot n° 04A VRD au groupement d'entreprises conjointes Jean Lefebvre Pacifique-SAS Keteveta (JLPK) pour un montant de 760 182 095 francs CFP ;

14. Considérant que le rapport d'analyse des offres du 29 février 2012 présente les principes et retrace toutes les étapes de la négociation avec les entreprises ; qu'il fait apparaître l'évolution chiffrée des offres négociées, entreprise par entreprise, ainsi qu'une analyse des offres assortie d'une cotation qui tient compte de l'offre de prix (50 points), du mémoire technique (30 points), des moyens disponibles en personnels et matériels (10 points) et du plan de charge de l'entreprise et des sous-traitants (10 points) ; que, s'agissant de la cotation du mémoire technique, la note est répartie en 4 sous-critères qui sont, l'organisation générale et l'encadrement de l'entreprise prévu sur le chantier (organigramme, qualifications, ...) noté sur 10, la description des dispositions prévues pour assurer une grande réactivité sur le chantier (organisation, procédure, effectifs et matériels mobilisables, recrutements) noté sur 10, la pertinence du recours à la sous-traitance, noté sur 5 ou la liste ou les fiches des produits proposés, noté sur 5 ;

15. Considérant que le rapport d'analyse des offres du 29 février 2012 fait apparaître aussi un tableau récapitulatif pour le classement des offres ; que Jean Lefebvre Pacifique obtient la première place avec une note générale de 82 points, la société requérante se classant deuxième ; que le groupement des sociétés requérantes a obtenu une note pondérée de 42 s'agissant du prix de la prestation, de 22 en ce qui concerne le mémoire technique et 16 s'agissant des moyens disponibles et du plan de charge, soit une note totale de 80 alors que la société JLPK obtenait les notes de 41, 25 et 16, soit une note générale de 82 ; que si la méthode de notation du critère du prix a permis aux requérantes d'obtenir la meilleure note en matière de prix, l'écart entre leur offre et celle du groupement JLPK était seulement faible (un point) alors qu'une différence de trois points séparait les concurrents s'agissant du mémoire technique et que le groupement JLPK a obtenu une meilleure note générale, permettant de classer son offre comme étant la plus avantageuse ;

16. Considérant que le maître d'ouvrage a approuvé la proposition de la commission d'appel d'offres du 9 mars 2012 ; que les sociétés requérantes ne peuvent se plaindre du rôle de la Secal et d'Icade Promotion qui, au vu du procès-verbal de la réunion de la commission d'appel d'offres tenue le 9 mars 2012, ont agi dans le cadre de la convention de mandat en date du 10 mai 2007 par lequel la Nouvelle-Calédonie leur a délégué la maîtrise de d'ouvrage de l'opération relative à la construction du bâtiment principal du médipôle de Koutio à Dumbéa ;

17. Considérant qu'aucun élément n'est de nature à remettre en cause la régularité de la procédure ; que la décision d'attribution du marché relatif à la construction du bâtiment principal du Médipôle de Koutio n'est entachée d'aucune illégalité et d'aucune erreur manifeste d'appréciation ; que l'éviction du marché des entreprises requérantes est en tous points régulière et fondée ; que, compte tenu du strict respect des principes de la commande publique et de la procédure et au vu de tout ce qui précède, les sociétés requérantes ne peuvent invoquer aucune illégalité fautive; que leurs conclusions indemnitaires sont insusceptibles d'être accueillies ;

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

18. Considérant que les dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la Nouvelle-Calédonie qui n'est pas partie perdante dans la présente instance, soit condamnée à verser aux sociétés requérantes les frais qu'elles allèguent avoir exposés et qui ne sont pas compris dans les dépens ;

DÉCIDE:

Article 1^{er} : La requête susvisée est rejetée.