

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALÉDONIE**

N° 1100222

SARL TAT

M. Briseul
Rapporteur

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Audience du 30 août 2012
Lecture du 4 octobre 2012

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la requête, enregistrée le 17 juin 2011, présentée pour la SARL TAT, dont le siège est (...), représentée par son gérant en exercice, par le cabinet Palmier & associés ; la SARL TAT demande au tribunal :

- d'annuler le marché public relatif à des prestations de transport sanitaire par avion du SAMU, conclu entre le Centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie (CHT) et la société Air Loyauté ;
- de condamner le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie à payer à la SARL TAT la somme de 83 600 000 francs CFP au titre du préjudice, assortie des intérêts de droit à compter de la notification de la demande indemnitaire préalable ;
- de mettre à la charge du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La SARL TAT soutient que :

- les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures constituent des principes généraux du droit et ont une valeur constitutionnelle ;
- il appartient au pouvoir adjudicateur de porter à la connaissance des candidats non seulement les critères de jugement des offres hiérarchisés ou pondérés, mais également les modalités pratiques de mise en œuvre de ces critères ; le règlement particulier de l'appel d'offres précise que les six critères de jugement des offres ne sont pas hiérarchisés ; la procédure est ainsi entachée d'une irrégularité substantielle ;
- lorsque le pouvoir adjudicateur autorise les variantes, il est tenu d'indiquer les exigences minimales que les variantes doivent remplir afin d'assurer le respect de l'égalité entre les candidats et permettre une comparaison objective des offres ;
- en raison des fautes commises par le CHT de Nouvelle-Calédonie, elle a été privée d'une chance sérieuse d'exécuter le marché ;

- elle a, ainsi, subi un manque à gagner de 79 200 000 francs CFP sur la durée totale du marché correspondant à sa marge nette ; les frais qu'elle a exposés pour soumissionner sont constitués essentiellement des coûts salariaux liés à la mobilisation du personnel pour assurer la préparation de l'offre ; en outre, elle a subi un préjudice moral et commercial évident ;

Vu la demande indemnitaire préalable ;

Vu le mémoire, enregistré le 29 juillet 2011 présenté pour la société Air Loyauté, par la société d'avocats de Greslan ; la société conclut au rejet de la requête, ainsi qu'à la condamnation de la SARL TAT à lui payer la somme de 400 000 francs CFP au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société Air Loyauté fait valoir que :

- le principe de transparence des procédures publiques a valeur constitutionnelle, mais il doit être mis en œuvre par des mesures précises, un acheteur public local n'étant régi que par de la réglementation locale ;
- aucune disposition de la délibération n° 136/CP du 1er mars 1967 seule applicable en Nouvelle-Calédonie n'impose aux collectivités publiques de pondérer ou de hiérarchiser les critères de sélection des offres ;
- l'interdiction des variantes libres issues des dispositions des articles 50 et 53 du code des marchés publics métropolitain ne peut être opposée aux collectivités publiques de Nouvelle-Calédonie ;
- la SARL TAT n'apporte aucun élément de preuve permettant de justifier qu'elle aurait pu être attributaire du marché ; ainsi, la demande indemnitaire de la société requérante est injustifiée et excessivement élevée ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 10 août 2011, présenté pour le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie par la SELARL Louzier – Fauché - Cauchois ; il conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la SARL TAT au paiement d'une somme de 157 500 francs CFP au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie fait valoir que :

- le règlement particulier d'appel d'offres qui vise une catégorie particulière de fournisseurs placés en situation strictement équivalente au regard de l'objet spécial du marché ne porte aucune atteinte au principe de liberté d'accès à la commande publique ;
- la faculté laissée aux candidats de proposer des variantes est totale ; la seule variante imposée par le règlement concerne la forfaitisation des coûts fixes ;
- la réglementation communautaire n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie, en sa qualité de pays et territoire d'outre-mer ;
- aucune faute susceptible d'engager sa responsabilité ne peut lui être imputée ;
- la SARL TAT n'apporte pas la preuve des chances sérieuses qu'elle a de remporter le marché ;

Vu l'ordonnance en date du 11 août 2012 fixant la clôture d'instruction au 12 septembre 2012, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire, enregistré le 8 septembre 2011, présenté pour la SARL TAT par Me Palmier ; elle tend aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ;

La SARL TAT soutient en outre que :

- il ressort de la loi organique du 19 mars 1999 que les pouvoirs adjudicateurs doivent respecter les principes généraux de transparence et de mise en concurrence tels que rappelés dans le code des marchés publics ;
- le décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics a été publié au journal officiel de la République française le 1er août 2006 et a prévu son entrée en vigueur le 1er septembre de la même année ; il est ainsi applicable en Nouvelle-Calédonie conformément à l'article 6-1 de la loi organique ;
- le traité sur l'Union Européenne est applicable de plein droit en Nouvelle-Calédonie ;
- le principe de pondération des critères de sélection des offres constitue un corollaire des principes généraux de transparence et de publicité des procédures de passation ; en absence de pondération des critères, le pouvoir adjudicateur s'est réservé une marge discrétionnaire dans le choix de l'attributaire incompatible avec les principes de transparence des procédures et d'égalité de traitement entre les candidats ;
- l'imprécision des documents de la consultation sur l'élaboration des variantes entache d'irrégularité la procédure de passation ;
- la Cour de justice de l'Union Européenne sanctionne également l'absence d'indication des conditions minimales des variantes autorisées par le pouvoir adjudicateur ;
- la variante relative à la forfaitisation des coûts fixes n'est pas la seule variante proposée par le Centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie dans les documents de la consultation, ainsi qu'elle découle de l'article 4-4 du cahier des charges ;
- dès lors qu'elle a vu sa candidature retenue, elle doit être considérée comme non dépourvue de toute chance de remporter le marché ;
- la démonstration de la perte d'une chance sérieuse d'emporter le marché est subordonnée à la seule preuve de l'illégalité de la procédure de passation qui découle du choix de l'attributaire par le biais de critères de sélection des offres illégaux ;

Vu le mémoire, enregistré le 12 septembre 2011, présenté pour la société Air Loyauté par Me De Greslan ; elle persiste dans ses conclusions ;

La société Air Loyauté fait valoir, en outre, que :

- une loi métropolitaine ne peut régir la Nouvelle-Calédonie à défaut de mention expresse ;
- en vertu du 17 de l'article 22 de la loi organique, la Nouvelle-Calédonie est compétente pour édicter les règles relatives à la commande publique ; l'État reste compétent pour réglementer le droit des marchés publics de l'État et de ses établissements publics ;
- le marché attaqué résulte d'un appel d'offres initié par le CHT de Nouvelle-Calédonie en sa qualité d'établissement public de la Nouvelle-Calédonie ;
- l'article 355 du traité sur l'Union Européenne stipule que ni les dispositions générales du traité européen ni le droit dérivé ne sont applicables aux pays et territoires d'outre-mer (PTOM) sans référence expresse ;
- les modalités d'application des principes fondamentaux de la commande publique sur le territoire sont mises en œuvre par les dispositions de la délibération du 1er mars 1967 ;
- il ressort des dispositions de l'article 27-2 de la délibération précitée que l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée globalement au regard de l'ensemble des critères liés à l'objet du marché qui la constituent ;
- en outre, il ressort des dispositions de l'article 4-4 du cahier de charges que le CHT de Nouvelle-Calédonie n'a pas laissé aux candidats une liberté totale de choix sur les variantes ;
- aucune faute engageant la responsabilité du CHT de Nouvelle-Calédonie ne pouvant lui être imputée, la demande indemnitaire de la SARL TAT n'a pas lieu d'être ;
- en outre, la société requérante n'apporte aucun élément de preuve justifiant qu'elle aurait été pourvue d'une chance sérieuse de remporter le marché ;

Vu le mémoire enregistré le 15 décembre 2011 présenté par le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie ;

Vu le mémoire enregistré le 9 février 2012, présenté pour la SARL TAT et tendant aux mêmes fins que la requête, par les mêmes moyens et, en outre, par les moyens que :

- le pouvoir adjudicateur est lié par les dispositions du règlement de la consultation qu'il a adopté ; en l'espèce le règlement de la consultation rappelle que le marché aurait dû être attribué en tenant compte des critères de jugement des offres et notamment du critère du prix des prestations de l'appareil principal et du prix de l'appareil de remplacement ;
- s'agissant de l'appareil principal, les candidats étaient tenus de proposer une offre financière en prenant en compte les différentes hypothèses énumérées à l'article 4.1.1 du CCAP ; or, le procès-verbal de la commission d'appel d'offres du 4 mars 2011 permet de constater que les offres des candidats n'ont pas été analysées conformément aux règles fixées par les cahiers des charges ;
- le marché a été conclu pour cinq ans en violation de l'article 33 de la délibération 136/CP du 1er mars 1967 ; il s'agit d'un « marché à commandes » qui aurait dû être limité à trois ans sauf si le coût unitaire de la prestation s'était avéré diminué de plus de 25 % ; en ce cas, il peut être conclu pour cinq ans ; or, aucune simulation financière n'établit le respect de cette condition ;
- le choix de la commission d'appel d'offres repose sur une erreur manifeste d'appréciation ;

Vu, en date du 14 mars 2012, l'ordonnance de réouverture de l'instruction et de nouvelle clôture fixée au 17 avril 2012 ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 11 avril 2012, présenté pour la SARL TAT et faisant valoir, en outre, le caractère insuffisamment précis des critères et éléments du dossier de consultation et la violation de l'article 27-2 de la délibération de 1967 ;

Vu le mémoire, enregistré le 16 avril 2012, présenté par le centre hospitalier territorial et faisant valoir que les nouveaux moyens exposés dans le mémoire du 14 février 2012 sont irrecevables car présentés au-delà du délai de recours contentieux ; que le quota d'heures en vol minimum avait bien été fixé à 600 heures ; que la SARL TAT a bien déposé une offre pour 5 ans mais qui ne présentait pas de diminution de 25 % par rapport à son offre de base de trois ans contrairement à celle d'Air Loyauté ;

Vu le mémoire enregistré le 17 avril 2012, présenté pour la société Air Loyauté qui fait valoir que :

- les règles d'attribution du marché n'ont pas été modifiées quant à la base annuelle de 600 heures ;
- le recours au marché à bons de commandes d'une durée de 5 ans était régulier ;
- la SARL TAT ne saurait soutenir que seule l'estimation financière en fonction du seuil de 600 heures par an pour une durée d'exploitation de cinq ans aurait été prise en compte par la commission d'appels d'offres ce qui constituerait une erreur manifeste d'appréciation ;
- en ce qui concerne l'absence de solutions alternatives dont fait état la SARL TAT, il convient de remarquer qu'en vertu de l'article 3 du CCAP, l'appareil principal devait être mis à disposition dans un délai de 8 mois après la notification du marché ;
- le règlement d'appel d'offres fait état des différents critères de sélection des candidatures et de sélection des offres conformément à l'article 27-2 de la délibération du 1er mars 1967 ;

Vu l'ordonnance en date du 5 juin 2012 portant réouverture de l'instruction, en application de l'article R. 613-4 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire en communication de pièces, enregistré le 7 juin 2012, présenté pour le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie ;

Vu le mémoire enregistré le 12 juin 2012, présenté pour la SARL TAT, faisant valoir que l'offre de la société Air Loyauté n'était pas régulière et que le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie devait la rejeter, dès lors que la société ne disposait pas d'appareils Beech 200 et que ses appareils ne pouvaient être mis à disposition dans un délai de 8 mois ;

Vu le mémoire, enregistré le 30 juillet 2012, présenté pour la SARL TAT, faisant valoir que son offre était moins-disante ;

Vu le mémoire, enregistré le 17 août 2012 présenté pour la société Air Loyauté ;

Vu le mémoire, enregistré le 24 août 2012, présenté pour la SARL TAT ;

Vu la demande indemnitaire préalable ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie ;

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

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 30 août 2012 :

- le rapport de M. Briseul, premier conseiller ;
- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public ;
- et les observations de M. Tortey, gérant de la SARL TAT, et de Me Cauchois, avocat du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie ;

1. Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; qu'à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ;

2. Considérant qu'un marché a été passé le 21 mars 2011 entre le centre hospitalier de Nouvelle-Calédonie et la société Air Loyauté, pour un montant de 655 000 000 de francs CFP et pour une durée de 5 ans ; que ce marché a pour but d'assurer les prestations sanitaires par avion pour les besoins du SAMU ; que la SARL TAT qui s'était portée candidate à l'attribution de ce marché et dont l'offre n'a pas été retenue a la qualité de concurrent évincé ;

3. Considérant que, par sa requête, la SARL TAT demande au tribunal, à titre principal, d'annuler ce marché et, à titre subsidiaire, de condamner le centre hospitalier à lui verser la somme de 83 600 000 francs CFP au titre du préjudice subi, majorée des intérêts de droit à compter de la date de la demande préalable ;

4. Considérant que, ainsi saisi de telles conclusions par un concurrent évincé, 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 ces 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 à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ;

Sur les conclusions tendant à l'annulation du marché :

Sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir opposée par le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie ;

En ce qui concerne le recours à la procédure d'un « marché à commande » d'une durée de cinq ans en vue de l'accomplissement d'un minimum d'heures de vol évalué à 600 heures par an :

5. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 33 de la délibération du 1er mars 1967 modifié : « Certains marchés peuvent ne fixer que le minimum et le maximum des prestations arrêtées en valeur ou en quantité, susceptibles d'être commandées au cours d'une période déterminée n'excédant pas celle d'utilisation des crédits ouverts, les quantités de prestations à exécuter étant précisées, pour chaque commande, par l'administration, en fonction des besoins à satisfaire. Ces marchés, dits « marchés à commandes », doivent indiquer la durée pour laquelle ils sont conclus. Ils peuvent comporter une clause de tacite reconduction, sans toutefois que la durée totale du contrat puisse excéder trois années... Pour les établissements hospitaliers de la Nouvelle-Calédonie, cette durée peut être fixée à cinq années au plus lorsque le coût unitaire de la prestation s'avérerait diminué de plus de 25 % par rapport à celui proposé pour une durée maximum de trois années » ;

6. Considérant que les missions sanitaires en avion sont par nature imprévisibles ; que le centre hospitalier était dans l'impossibilité de définir avec exactitude la consistance des besoins à satisfaire ; que la circonstance que le marché a été conclu sur une base annuelle de 600 heures de vol ne saurait écarter le caractère imprévisible des prestations d'évacuation sanitaires aériennes ; qu'ainsi le recours à la procédure du marché à bons de commandes pour le marché litigieux se justifiait et était donc légal ;

7. Considérant, en second lieu, qu'en vertu de l'article 33 de la délibération du 1er mars 1967, la durée maximale des « marchés à commandes » des établissements hospitaliers de la

Nouvelle-Calédonie peut être portée de trois à cinq ans « lorsque le coût unitaire de la prestation s'avérerait diminué de plus de 25 % par rapport à celui proposé pour une durée maximum de trois années » ;

8. Considérant que, si les soumissionnaires devaient proposer un acte d'engagement pour une durée d'exploitation de trois ans et une durée d'exploitation de cinq ans, l'article 5 du cahier des clauses administratives particulières précisait que le marché devait être conclu pour une période de cinq ans si étaient respectées les conditions prévues par l'article 33 précité et qu'à défaut, le marché serait conclu pour une durée de trois années ;

9. Considérant qu'il résulte de l'instruction que, si l'offre présentée par la SARL TAT pour une durée de cinq ans était seulement inférieure de 5 à 10 % à celle présentée pour une durée de trois ans, l'offre de la société Air Loyauté pour une durée de cinq ans était inférieure de plus de 25 % à celle présentée pour une durée de trois ans ; que, le centre hospitalier territorial ayant retenu l'offre de la société Air Loyauté, la SARL TAT n'est pas fondée à soutenir que le marché ne pouvait pas être passé pour une durée de cinq ans ;

En ce qui concerne la régularité de l'offre de la société Air Loyauté :

10. Considérant que, selon la société requérante, l'offre de la société Air Loyauté aurait été irrégulière au double motif qu'elle ne respecterait ni les prescriptions techniques du cahier des charges des clauses techniques ni les délais impartis par les cahiers de charges ;

11. Considérant qu'aux termes de l'article 27-2 de la délibération du 1er mars 1967 : « 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... » ; qu'une offre doit être regardée comme irrégulière si, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, elle est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation ;

12. Considérant que l'offre de la société Air Loyauté ne peut être regardée comme irrégulière en la forme dès lors, en premier lieu, qu'elle reposait sur un partenariat avec la société Chalais et que le règlement particulier de l'appel d'offres prévoyait que « le soumissionnaire explicitera le cadre juridique d'éventuels partenariats d'assistance technique avec une société référente » ; qu'en deuxième lieu, elle comportait un calendrier d'exécution de dix-huit semaines ; qu'en troisième lieu, l'article 3 du cahier des clauses particulières prévoyait que « la date de mise à disposition de l'appareil principal sera contractualisée d'accord partie avec le directeur du CHT – Nouméa » ; qu'il résulte d'ailleurs des avenants au marché que cette date de mise à disposition a été fixée, dans un premier temps, au 19 octobre 2011, puis reportée au 1er novembre 2011 ;

13. Considérant que, si la SARL TAT estime que le délai d'exécution n'était pas crédible et n'a pas été respecté, cette circonstance qui aurait nécessité des investigations supplémentaires ne pouvait être regardée par la commission d'appel d'offres comme une irrégularité formelle de l'offre la mettant dans l'obligation d'éliminer cette dernière avant de procéder à la sélection de l'entreprise attributaire ;

14. Considérant qu'il s'ensuit que le moyen tiré de l'irrégularité formelle de l'offre de la société Air Loyauté doit être écarté ;

En ce qui concerne les critères de sélection des offres :

15. Considérant que la société requérante fait valoir que les critères définis par l'article 27-2 de la délibération du 1er mars 1967 ne sont pas identiques à ceux fixés par le règlement du marché ;

16. Considérant qu'aux termes de l'article 27-2 de la délibération du 1er mars 1967 : « La commission d'appel d'offres arrête la liste des soumissionnaires admis à concourir, élimine les offres non conformes à l'objet du marché 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 » ;

17. Considérant que le paragraphe E du règlement particulier d'appel d'offres comportant les dispositions relatives à l'ouverture des dossiers de candidature et des offres prévoit que, « lors de l'ouverture de l'enveloppe extérieure, le critère d'élimination sera le suivant : – Offre incomplète : candidats n'ayant pas fourni l'ensemble des déclarations. certificats ou attestations. dûment remplis et signés ou – Capacité insuffisante : candidats dont les garanties professionnelles et financières par rapport à la prestation, objet du marché, sont insuffisantes » ; qu'il prévoit également que, « lors de l'ouverture de la seconde enveloppe, les critères de sélection seront les suivants : – prix des prestations de l'appareil principal ; – prix des prestations de l'appareil de remplacement ; – la fonctionnalité de l'appareil principal et de l'appareil de remplacement dans le cadre des missions du SAMU ; – les moyens mis en œuvre pour assurer la disponibilité de l'appareil principal (organisation proposée en matière de maintenance, contrats éventuels d'assistance technique) ; – registre d'immatriculation de l'appareil principal et de l'appareil de remplacement : français ou européen ; – les performances et caractéristiques générales de l'appareil principal et de l'appareil de remplacement » ; qu'il précise également que « ces critères ne sont pas hiérarchisés » ;

18. Considérant, en premier lieu, que, si le règlement ne reproduit pas à l'identique les critères définis par l'article 27-2 de la délibération du 1er mars 1967, la société n'établit pas que cette circonstance lui a causé un préjudice dès lors que, d'une part, la plupart de ces critères sont repris par le règlement et que, d'autre part, les deux critères non expressément repris n'ont pu avoir un effet sur le choix du candidat ; que le premier relatif au « délai d'exécution » du marché est sans effet dans un marché à bons de commandes dès lors que, pour l'exécution d'un tel marché, le délai d'exécution de chaque commande part de la date de notification du bon de commande correspondant et qu'il est dépendant, s'agissant d'un transport sanitaire, des « moyens mis en œuvre pour assurer la disponibilité de l'appareil principal » ; que le second relatif aux conditions du recours à la sous-traitance n'a pu également avoir un effet dès lors que la sous-traitance était prévue par les pièces de l'appel d'offres et qu'au demeurant, aucune des quatre offres ne prévoyait de recourir à la sous-traitance telle que définie à l'article 3 de la délibération du 1er mars 1967 ;

19. Considérant, en deuxième lieu, que le marché a pour objet les prestations de transports sanitaires par avion pour les besoins du SAMU ; qu'il consiste, en vertu de l'article 1er du cahier des clauses administratives particulières en la mise à disposition du centre hospitalier territorial de Nouméa, en permanence, d'un avion en vue de l'accomplissement d'un quota d'heures de vol minimum évalué à 600 heures par an ; que ce cahier réglementant la consultation du marché prévoit que le soumissionnaire doit présenter son offre sur la base suivante : offre de base, prix de la minute de vol, pour l'appareil principal, jusqu'à 300 heures par an, de 300 à 600 heures par an, au-dessus de 600 heures par an ; prix de la minute de vol pour l'appareil de remplacement ;

20. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la SARL TAT et la société Air Loyauté ont remis deux propositions, une offre de base et une variante pour une durée d'exploitation de cinq années ainsi qu'une seconde proposition pour une durée d'exploitation de trois années avec une offre de base et une variante ; que l'acte d'engagement de la société Air Loyauté fait ressortir une offre de base avec un prix de la minute de vol parcouru dans les tranches d'exploitation fixées par les documents contractuels ; qu'en retenant la société Air Loyauté sur la base de 600 heures de vol pour un montant de 130 564 800 francs CFP, la commission d'appel d'offres n'a pas dénaturé les règles d'attribution du marché, ni modifié les critères d'attribution mentionnés dans le cahier des charges ;

21. Considérant, en troisième lieu, que la SARL TAT qui est représentée par le même gérant que la société Air Alizé, laquelle avait obtenu le marché précédent et connaissait donc les besoins à satisfaire, n'est pas fondée à invoquer le caractère insuffisamment précis des critères de sélection et des éléments du dossier de consultation ; que la circonstance que les offres aient été classées ex aequo sur le plan technique ne saurait à elle seule établir que ces critères étaient inadaptés au marché en cause ;

En ce qui concerne la hiérarchisation ou la pondération des critères :

22. 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 le 9° de l'article 21 de la même loi organique excepte toutefois de cette compétence les « contrats publics de l'Etat et de ses établissements publics » ;

23. Considérant que la Nouvelle-Calédonie est compétente pour fixer les règles applicables aux marchés publics passés en Nouvelle-Calédonie, à l'exception de ceux de l'Etat et de ses établissements publics ; qu'il s'ensuit que l'article 53 du code des marchés publics en vertu duquel les critères de choix de l'attributaire doivent être pondérés ou, en cas d'impossibilité, hiérarchisés n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie ;

24. Considérant, par ailleurs, que la Nouvelle-Calédonie figure au nombre des pays et territoires d'outre-mer visés par l'article 355 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et régis par ses articles 198 à 204 ; qu'en particulier, la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services n'a pas été rendue applicable aux pays et territoires d'outre-mer ;

25. Considérant enfin que les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats ainsi que la règle de transparence des procédures qui en découle, lesquels sont rappelés par l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999, n'imposent pas aux pouvoirs adjudicateurs de hiérarchiser ou de pondérer les critères de sélection ;

26. Considérant qu'il s'ensuit que la SARL TAT n'est pas fondée à soutenir que le marché a été passé selon une procédure irrégulière au motif que les critères de choix du titulaire de ce marché n'auraient pas été pondérés ou hiérarchisés ;

En ce qui concerne les variantes :

27. Considérant qu'aux termes de l'article 25 de la délibération du 1er décembre 1967 susvisée : « L'avis d'appel d'offres fait connaître 1°) – L'objet du marché... 3°) – les conditions auxquelles doivent répondre les offres et notamment le modèle suivant lequel elles doivent être présentées... 6°) – Le cas échéant : a) les éléments de l'offre dont il sera particulièrement tenu compte lors du dépouillement pour l'attribution du marché ; b) si les concurrents sont la possibilité de présenter des variantes au projet de l'administration... » ; qu'il résulte des dispositions des articles 4.1.2. et 4.4 du cahier des clauses administratives particulières que le soumissionnaire est invité à déposer une variante sur la forfaitisation des coûts fixes et expliquer notamment les éléments constituant le forfait du vol, la mise à disposition et la part variable selon le temps de vol ; que ce soumissionnaire est autorisé à présenter d'autres variantes s'il estime souhaitable ; qu'il devra cependant répondre préalablement à l'offre de base et à la variante demandée au cahier des clauses administratives particulières ;

28. Considérant que, s'il résulte des dispositions de l'article 50-1 du code des marchés publics que les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation, et que seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération, ces dispositions du code des marchés publics ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie ; qu'il en est de même de l'article 19 de la directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux ; que la société requérante ne saurait se prévaloir de leur omission dans les documents du marché pour soutenir que le marché litigieux aurait été passé selon une procédure irrégulière ;

29. Considérant, en tout état de cause, que les solutions alternatives susceptibles d'être proposées par la société Air Loyauté, conformément aux dispositions prévues à l'article 3 du CCAP consacré aux délais d'exécution ne s'analysent, non comme des variantes au projet de l'administration au sens de la délibération du 1er mars 1967, c'est-à-dire des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation, mais comme le moyen d'assurer la continuité des prestations aériennes entre la fin du précédent marché conclu avec la société Locavia Nouméa-Air Alizé et le nouveau marché auquel soumissionnait la société Air Loyauté ;

En ce qui concerne le choix de l'attributaire :

30. Considérant qu'il résulte de l'instruction, et notamment du rapport d'analyse des offres, que la commission d'appel d'offres, lors de sa séance en date du 16 décembre 2010, a comparé les offres des candidats au regard de l'ensemble des critères mentionnés ; qu'elle n'a pas entaché son appréciation d'une erreur manifeste en considérant que « l'offre de base de la société Air Loyauté pour une durée de 5 ans apparaît la plus compétitive en étant la mieux disante et la moins disante avec deux appareils Beech 200 porte cargo, pressurisés, pour un coût annuel estimé à 130 564 800 francs CFP pour 600 heures de vols contre 157 212 000 francs CFP actuellement avec un avion de remplacement non pressurisé » et « en émettant un avis favorable relatif à l'offre de base sur 5 ans de la société Air Loyauté » ; qu'en particulier le tarif horaire proposé par cette société pour 600 heures de vol était de 2 980 francs CFP, alors que celui de la SARL TAT était de 4 000 francs CFP et ceux de la société Air Alizé de 4 200 francs pour ses deux offres ; que, si la commission d'appel d'offres n'était pas en mesure de connaître la date exacte de la mise à disposition des appareils de la société Air Loyauté, cette circonstance ne peut non plus être regardée comme une erreur manifeste d'appréciation dès lors que l'article 3 du cahier des clauses particulières prévoyait que « la date de mise à disposition de l'appareil principal sera contractualisée d'accord partie avec le directeur du CHT – Nouméa » ; qu'en outre, les allégations de la société requérante portant sur des faits qui seraient intervenus

postérieurement à l'attribution du marché ne sauraient avoir d'influence sur la légalité de celle-ci qui doit s'apprécier à la date où elle est intervenue ;

Sur les conclusions tendant à indemnisation :

31. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la SARL TAT, candidate à l'attribution du marché public de prestations sanitaires par avion pour les besoins du SAMU, ne saurait se prévaloir de son éviction irrégulière de ce marché pour demander la réparation du préjudice qui en serait la conséquence ; que les conclusions indemnitaires ainsi présentées ne peuvent qu'être rejetées ;

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

32. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, le versement des sommes que demande la SARL TAT au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'en revanche il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner la SARL TAT à verser respectivement au centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie et à la société Air Loyauté la somme de 150 000 francs CFP sur le fondement des mêmes dispositions ;

D É C I D E :

Article 1er : La requête susvisée présentée par la SARL TAT est rejetée.

Article 2 : La SARL TAT est condamnée à payer au centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie et à la société Air Loyauté respectivement la somme de cent cinquante mille francs CFP (150 000) au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.