

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 1300348

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SAS Le Vigilant

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Schnoering
Rapporteur

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

M. Arruebo-Mannier
Rapporteur public

Audience du 5 juin 2014
Lecture du 26 juin 2014

Vu la requête, enregistrée le 31 octobre 2013, présentée pour la SAS Le Vigilant dont le siège est (...) représentée par ses représentants légaux, par la SELARL Descombes et Salans, avocats ; la SAS Le Vigilant demande au tribunal :

- à titre principal d'annuler le marché litigieux (lots n° 1 et 2) ;
- à titre subsidiaire de résilier le marché litigieux (lots n° 1 et 2) ;
- à titre très subsidiaire de condamner la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie (CCI-NC) à lui verser la somme de 194 245 992 F CFP à titre de remboursement des frais engagés pour sa candidature à l'attribution du marché litigieux et à l'indemnisation de son manque à gagner ;
- d'ordonner la capitalisation des intérêts à valoir sur cette somme à compter de la demande préalable d'indemnisation ;
- de condamner la CCI-NC à lui verser la somme de 800 000 F CFP sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- le considérant de principe de l'arrêt du Conseil d'Etat du 7 novembre 2012 Polynésie française n° 360252 est transposable en Nouvelle-Calédonie ;
- la loi organique n° 99-209 prévoit, à l'instar du statut de la Polynésie française dont elle s'inspire expressément, en son article 22 17 que la réglementation calédonienne de la commande publique doit respecter les 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 ;

- de façon comparable à la réglementation polynésienne, la délibération n° 136/CP fixe un régime des critères de sélection des offres différent de celui prévu par l'article 53 du code des marchés publics ;

- le cadre juridique néo-calédonien est donc identique à celui qui a donné lieu à l'arrêt du 7 novembre 2012 ;

- les principes généraux du droit, y compris ceux de la commande publique, sont applicables en Nouvelle-Calédonie dans les mêmes conditions qu'en Polynésie française, c'est-à-dire de plein droit ;

- les marchés passés en application de la délibération n° 136/CP doivent être attribués au terme d'une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur a fourni aux candidats une information appropriée sur les conditions de mise en œuvre des critères d'attribution, y compris lorsque les critères prévus par la délibération applicable localement ne sont pas complétés par d'autres critères spécifiques au marché en cause, en indiquant la hiérarchisation ou la pondération de ces critères ou encore en précisant qu'il leur est attribué une égale importance ;

- en l'espèce, les critères de sélection des offres ne sont pas hiérarchisés ni pondérés ;

- il n'y a point d'indication selon laquelle les trois critères seraient d'égale importance ;

- point d'information claire et précise quant à l'articulation des trois critères avec ceux contenus dans la liste réglementaire de l'article 27-2 de la délibération n° 136/CP ;

- et point, au surplus, de référence à cet article 27-2 ;

- au contraire, la phrase annonçant les critères est confuse et n'indique pas si les trois critères expressément libellés complètent ou remplacent les critères réglementaires ;

- l'article 27-2 dispose que les offres sont sélectionnées sur la base d'une liste de critères « *et ceux stipulés dans le règlement particulier d'appel d'offres* » ;

- aujourd'hui, les candidats n'ont aucune information sur la nature et la portée des critères ;

- son offre a été rejetée pour les deux lots, alors même que pour le premier, son offre était inférieure à celle de l'attributaire, et que, pour le second, elle était supérieure ;

- le critère prix était un critère à géométrie variable, selon les lots et manifestement selon les candidats ;

- la teneur des trois critères insérés dans le RPAO était insuffisamment précise ;

- les notions de références professionnelles et garanties financières ne faisaient pas l'objet du moindre début d'indication quant à ce qui serait effectivement apprécié par le pouvoir adjudicateur ;

- l'élément principal de ce critère- qui en réalité aurait dû constituer une appréciation de validité des candidatures - consistait à favoriser le titulaire sortant, lequel a, malheureusement sans surprise, été reconduit ;

- il en va de même s'agissant de la qualité des prestations et du prix ;

- ces deux derniers critères devaient être accompagnés de sous-critères expressément détaillés dans le RPAO pour être valides, ce qui n'a pas été le cas ;

- la lecture de l'avis d'attribution et de la notification du rejet de l'offre de la requérante achève de démontrer l'opacité et l'irrégularité des critères ;

- la définition préalable des besoins qui est une obligation essentielle en matière de commande n'a pas été correctement respectée ;

- de nombreuses incohérences affectent le CCTP ;

- une mauvaise définition des besoins avantage le titulaire sortant du marché ;

- le paramètre que constitue le dimensionnement des postes impacte sensiblement la nature des offres: selon que l'on retient 5 ou 6 opérateurs minimum, un écart de près de 12.000 heures peut être constaté ;

- l'article 6 du CCAP, intitulé « marché complémentaire » prévoit que la CCI-NC se réserve le droit de recourir à un marché complémentaire dans le cadre du présent appel d'offres ;
- la notion de marché complémentaire n'est pas reconnue, telle quelle, par la délibération n° 136/CP, laquelle ne permet de déroger à l'obligation de mise en concurrence que dans certains cas limitativement énumérés à l'article 35 qui n'autorise pas la conclusion de gré à gré de marchés « complémentaires » ;
- les sujétions imprévues ne sont pas de nature à justifier l'attribution d'un marché complémentaire : elles permettent seulement, le cas échéant, au titulaire du marché d'obtenir le paiement de prestations non prévues à l'origine ;
- le procédé de la CCI-NC est donc en contradiction totale avec la lettre de la délibération et l'esprit des principes de la commande publique ;
- faute pour la CCI-NC d'avoir procédé à un fractionnement cohérent des prestations, la méconnaissance du principe de fractionnement des marchés publics est établie ;
- l'information des candidats à l'obtention d'un marché public sur la masse salariale des personnels à reprendre constitue un élément essentiel du marché dont la communication aux candidats est nécessaire pour assurer l'égalité de traitement dans la phase de mise en concurrence ;
- en l'espèce, l'information insuffisante des candidats, dans le cadre de la mise en concurrence, sur la liste du personnel à reprendre est de nature à vicier la procédure ;
- cette liste révèle un grand nombre de salariés recrutés en CDD quelques semaines à peine avant le lancement de la consultation (le 24 juin 2013) sans précision quant à la durée des CDD ;
- cela a incontestablement lésé les candidats et avantage le titulaire sortant, lequel a d'ailleurs été reconduit ;
- elle justifiait de chances sérieuses de se voir attribuer chacun des deux lots du marché ;
- elle répond à l'ensemble des prescriptions fixées par le CCTP et le CCAP ;
- son mémoire justificatif produit à l'appui de l'offre établit que l'organisation proposée répond aux exigences du marché ;
- la politique qualité qu'elle met en œuvre est un atout majeur ;
- la certification garantit le respect de la norme AFNOR NFX 50-777 (métiers de la sécurité privée) et moins d'une quinzaine de sociétés répondent à cette norme sur le plan national ;
- elle devait se voir attribuer le lot n° 1 sur lequel elle était la moins-disante et avait des chances sérieuses d'obtenir le lot n° 2 ;
- l'annulation du marché litigieux se justifie au regard du principe constitutionnel d'efficacité de la commande publique qui est expressément repris dans l'article 22-17 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie ;
- en retenant l'offre de la société Espace Surveillance pour le lot n° 1, la CCI-NC a choisi de dépenser plus de 90 millions francs CFP de plus que si elle avait retenu son offre et il ne peut sérieusement être considéré que ce surcoût trouverait une contrepartie qualitative ;
- pour le cas où le tribunal jugerait que l'annulation du marché ne se justifie pas au regard de son objet, il prononcerait alors la résiliation du marché dans un délai de trois semaines à compter du jugement à intervenir ;
- pour le cas où le tribunal estimerait que la durée du marché restant à courir (octobre 2016) ferait obstacle à ce que la résiliation soit prononcée, il condamnerait la CCI-NC à l'indemniser du préjudice subi qui correspond à son manque à gagner augmenté des frais exposés dans le cadre du dépôt de son offre ;
- s'agissant des frais engagés, elle sollicite une indemnisation de 600 000 F CFP ;
- s'agissant du manque à gagner, elle sollicite la condamnation de la CCI-NC d'avoir à lui verser la somme de 193 245 992 F CFP qui constitue la marge qu'elle escomptait ;

- elle a fait procéder à une analyse financière très détaillée du marché litigieux par un cabinet d'audit spécialisé et a adressé une réclamation préalable à la CCI-NC ;
- elle demande donc la somme de 194 245 992 francs CFP, augmentée des intérêts courant à compter de la réclamation préalable ;

Vu le mémoire, enregistré le 13 janvier 2014, présenté pour la SAS Le Vigilant par la SELARL Descombes et Salans, avocats qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens ;

Elle ajoute que :

- une ordonnance du juge du référé précontractuel du tribunal de céans en date du 4 janvier 2014 fait application du considérant de principe retenu par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 7 novembre 2012 Polynésie française ;

Vu la mise en demeure adressée au défendeur en date du 16 janvier 2014 ;

Vu, enregistré le 20 janvier 2014, le mémoire présenté pour la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie par Me Richer, avocat, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la requérante à lui verser la somme de 600 000 F CFP sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- la requête est irrecevable faute de mandat à agir en justice de son président directeur général ;
- l'absence de pondération ou de hiérarchisation des critères de jugement des offres ne constitue pas une irrecevabilité susceptible de porter atteinte aux principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats ;
- il ne ressort pas de la lecture de l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 7 novembre 2012 Polynésie française une obligation de pondérer ou de hiérarchiser les critères de sélection ;
- l'appel d'offres lancé par la CCI-NC a été rédigé au regard d'une jurisprudence constante, alors en vigueur, qui la dispensait de pondérer ou de hiérarchiser les critères de notation ;
- une jurisprudence ultérieure ne pouvait être, logiquement connue par la CCI-NC, de sorte qu'elle ne pourrait lui être opposable ;
- il s'agissait d'une procédure en référé dont les conséquences ne sont pas les mêmes que dans l'espèce, puisqu'il s'agissait d'un manquement ayant causé un grief à la société requérante, puisqu'il portait sur l'absence d'indication d'un critère de notation aux candidats ;
- l'influence sur l'analyse des offres de l'absence de pondération ou de hiérarchisation, sur la préparation des offres, n'est nullement démontrée, en l'espèce ;
- dans le silence de la loi locale, le Conseil d'Etat indique qu'il convient d'appliquer les principes directeurs de l'achat public ;
- la société requérante ne justifie, par aucune jurisprudence que les principes directeurs de l'achat public impliquent de pondérer ou de hiérarchiser les critères de sélection en Nouvelle-Calédonie ;
- l'assimilation grossière du régime juridique applicable à la Polynésie, à la Nouvelle-Calédonie, en matière de marchés publics ne manque pas de surprendre ;
- les accords de Nouméa confèrent un degré supérieur à la dichotomie entre compétences de l'Etat et compétences territoriales ;
- c'est une spécificité qui n'existe pas en Polynésie Française, que ces accords consacrent ;
- il n'existait aucune obligation de retenir les six critères prévus à l'article 27-2 de la délibération 136/CP ;

- en définissant le règlement de la consultation au regard de trois critères, sans ambiguïté quant à leur caractère limitatif, il ne peut lui être reproché aucune illégalité ;
- la société requérante peine à justifier l'imprécision ou le caractère ambigu des critères exposés ;
- il n'existe pas d'incohérence, au sein du règlement de consultation, sur le nombre d'opérateurs employés au contrôle des bagages ;
- il n'y a pas davantage d'incohérence s'agissant des horaires d'exploitation des postes d'accès routiers ou s'agissant de l'inspection et du filtrage des personnels ou de l'ouverture de l'enregistrement ;
- un marché complémentaire peut être conclu portant sur des prestations non prévues dans le marché initial mais qui sont devenues nécessaires à la suite d'une circonstance imprévue ;
- l'article 35 II du code des marchés publics métropolitain autorise ces dispositions ;
- la société requérante ne démontre pas que le fractionnement du marché en deux lots équilibrés serait incohérent ou entaché d'une erreur manifeste d'appréciation ;
- aucune convention n'existe entre les employeurs de sorte que le nouvel employeur ne sera pas tenu à l'égard des salariés aux obligations qui incombaient à l'ancien employeur ;
- elle n'a pas manqué à son devoir d'information en ne communiquant pas la durée des CDD ;
- si, par extraordinaire, par cas d'école, il était jugé des irrégularités dans la procédure de passation du marché concerné, ces irrégularités ne justifieraient pas l'annulation du contrat ;
- seules les irrégularités substantielles peuvent entraîner une annulation ;
- en cas d'annulation ou de résiliation du marché, l'ensemble du trafic aérien, au départ, ou vers la Nouvelle-Calédonie, sera interrompu ;
- une telle annulation ou résiliation, même avec des effets modulés dans le temps, risquerait, de manière trop sérieuse, d'entraîner des conséquences désastreuses sur le trafic aérien et constitue, par conséquent, un motif d'intérêt général qui s'oppose à l'annulation de la procédure litigieuse ;
- l'offre de la requérante comportait un inconvénient majeur : un sous-dimensionnement du poste d'inspection filtrage du passager et de son bagage de cabine ;
- les armements des postes prévus par la requérante étaient soit trop importants soit insuffisants ;
- l'offre était loin d'être complète pour la tranche conditionnelle ;
- la société requérante ne justifie pas des frais engagés ;
- la société requérante n'avait pas de chances sérieuses d'obtenir le marché ;
- lors des consultations précédentes, elle n'avait pas été classée mieux-disante ;
- la SAS Le Vigilant n'a aucune expérience en matière de sûreté aéroportuaire ;
- il existe un écart certain entre l'offre de la SAS Le Vigilant et les offres les mieux-disantes ;
- le manque à gagner ne peut être apprécié qu'en fonction du seul bénéfice net que lui aurait procuré le marché ;
- le montant réclamé manque de crédibilité ;
- dans le cas où un droit à indemnisation serait retenu il conviendrait de désigner un expert pour estimer le manque à gagner de la requérante ;

Vu l'ordonnance du 22 janvier 2014 fixant la clôture d'instruction au 24 février 2014, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu, enregistré le 24 février 2014, le mémoire présenté pour la SAS Le Vigilant par la SELARL Descombes et Salans, avocats, qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens sauf en ce qu'elle ramène le montant de la somme demandée à titre de remboursement des frais

engagés pour sa candidature à l'attribution du marché litigieux et de l'indemnisation de son manque à gagner à la somme de 67 841 266 F CFP, avec capitalisation des intérêts à valoir sur cette somme à compter de la demande préalable d'indemnisation ;

Elle ajoute que :

- qu'elle sollicite qu'il soit fait injonction à la CCI-NC de produire le procès-verbal d'analyse des offres ;
- pour les SAS, le président tire de la loi qualité pour agir en justice, la requête est donc recevable ;
- le mémoire en défense produit au nom de la CCI-NC prise en la personne de son directeur en fonction est irrecevable ;
- le législateur organique a fixé dans des termes identiques les contours de la compétence des collectivités françaises du Pacifique en matière de commande publique ;
- la rédaction du considérant de principe de l'arrêt du Conseil d'Etat est dépourvue de toute ambiguïté ;
- la CCI-NC a eu connaissance de cet arrêt plusieurs mois avant le lancement de la consultation en litige ;
- les prestations de la tranche conditionnelle n'avaient rien de conditionnel, elle devait donc être invitée à compléter son offre sur ce point ;
- le cabinet Auclair Dupont est notoirement connu pour le sérieux de son travail ;
- la CCI-NC n'est pas fondée à soutenir que le taux de marge dans le secteur d'activité devrait être limité à 1 % ;

Vu l'ordonnance du 25 février 2014 portant réouverture de l'instruction ;

Vu, enregistré le 26 mars 2014, le mémoire présenté pour la SAS Le Vigilant par la SELARL Descombes et Salans, avocats, qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens ;

Elle ajoute que :

- par un arrêt du 3 mars 2014, la Cour administrative d'appel de Paris a repris le considérant de principe établi dans l'arrêt de novembre 2012 ;
- en 2013, la situation est encore plus irrégulière qu'en 2010 étant donné que la CCI-NC a été informée par ses soins dès février 2013 de l'obligation légale de retenir les six critères réglementaires posés à l'article 27-2 de la délibération de 1967 et de les hiérarchiser et de les pondérer ;
- le prétendu sous-dimensionnement n'est pas établi ;
- la Cour a validé sa méthode de calcul qui a été confirmée par le cabinet Auclair Dupont ;
- la situation s'analyse comme une réitération volontaire des manquements aux principes fondamentaux de la commande publique en vue notamment de maintenir le titulaire sortant ;

Vu, enregistré le 5 mai 2014, le mémoire présenté pour la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie par Me Richer, avocat, qui conclut à titre principal au rejet de la requête, à titre subsidiaire à ce que le marché soit annulé avec un effet différé de 6 mois à compter de la décision à intervenir et au rejet de la requête en indemnisation de la société requérante, à titre infiniment subsidiaire, d'ordonner une expertise avant-dire droit pour déterminer la marge bénéficiaire à escompter du marché pour la société Le Vigilant et, dans tous les cas, à la condamnation de la requérante à lui verser la somme de 600 000 francs CFP sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle ajoute que :

- les subtilités propres au droit néo-calédonien échappent à la requérante ;
- elle est placée dans une situation délicate, au vu des contradictions existantes entre la réglementation et la jurisprudence ;
- les pouvoirs adjudicateurs en Nouvelle-Calédonie sont enfermés entre deux exigences contradictoires : examiner l'offre au regard de tous les critères énoncés par l'article 27-2 de la délibération n° 136/CP et n'utiliser que les critères en lien avec l'objet du marché ;
- l'article 27-2, dans sa rédaction actuelle telle qu'interprétée par le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie et la Cour administrative d'appel de Paris, ne respecte pas les principes fondamentaux de la commande publique et se trouve entaché, par conséquent, d'illicéité ;
- il n'est pas sérieux de soutenir que les critères de notation n'étaient pas précis ;
- les candidats étaient bien informés par le pouvoir adjudicateur ;
- la clause relative au marché complémentaire qui n'a pas pour but de se soustraire aux dispositions générales de la délibération n° 136/CP ne fait que reprendre l'article 35 II du code des marchés publics métropolitain ;
- le marché est logiquement fractionné ;
- il n'existait pas une obligation de reprise conventionnelle du personnel, ce qui rend inopérant le moyen relatif à l'information sur la durée de neuf CDD ;
- une annulation du contrat serait préférable à une indemnisation de la société requérante ;
- une annulation avec effet différé serait envisageable ;
- l'analyse du procès-verbal de jugement des offres montre que les armements des postes sont soit sous-dimensionnés soit trop importants ;
- l'entreprise ne justifie pas des frais engagés ;
- l'entreprise requérante n'avait pas de chance sérieuse d'obtenir le marché : elle n'avait pas été classée mieux-disante lors des consultations précédentes, elle se repose sur la norme AFNOR pour justifier la qualité de sa offre et il existe un écart certain entre son offre et les offres mieux-disantes ;
- il est surprenant que la Cour administrative de Paris ait accepté comme mode de preuve le chiffrage du cabinet Auclair ;
- pour le marché de 2010, les deux lots correspondaient à un seul lot du marché de 2013 ;
- la requérante ne développe aucun argument qui permettrait d'écarter les données de la base Alisse de l'INSEE ;
- le recours préalable a été reçu le 4 novembre 2013 ;
- le rapport d'analyse des offres fait état d'une marge ne dépassant pas 5%, il est donc étonnant que la société Le Vigilant vise le triple ;
- une expertise comptable judiciaire permettrait de déterminer le taux de marge de la requérante ;

Vu, enregistré le 30 mai 2014, le mémoire présenté pour la SAS Le Vigilant par la SELARL Descombes et Salans, avocats, qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens sauf en ce qu'elle porte le montant de la somme demandée à titre de remboursement des frais engagés pour sa candidature à l'attribution du marché litigieux et de l'indemnisation de son manque à gagner à la somme de 194.245.992 F CFP, avec capitalisation des intérêts à valoir sur cette somme à compter de la demande préalable d'indemnisation ;

Elle ajoute que :

- dans la synthèse du procès-verbal est soulignée en tant que point fort des offres de ses concurrents l'adéquation de planification du lot 3 pour Guard NC, lot dont elle était déjà titulaire et du lot 1 pour Espace surveillance (idem) ;
- le quorum de la commission d'appel d'offres n'était pas atteint : seuls trois membres ayant voix délibérative sur douze étaient présents ;

Vu, enregistré le 1^{er} juin 2014, le mémoire présenté pour la société Espace Surveillance par Me Loste, avocat, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la SAS Le Vigilant à lui verser la somme de 450.000 francs CFP sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- la société Le Vigilant a conscience de ne pas être en mesure de répondre aux exigences qu'imposent la sûreté aéroportuaire et n'a pas été en mesure d'analyser les informations données au sein du CCTP lesquelles étaient pourtant compréhensibles pour tout professionnel de la sûreté aéroportuaire ;
- la société Le Vigilant ne cherche qu'à battre monnaie ;
- les demandes de la requérante sont abusives ;
- la société Le Vigilant n'est nullement en mesure de la concurrencer et avait des chances très réduites d'emporter la marché;

Vu, enregistrée le 6 juin 2014, la note en délibéré présentée pour la SAS Le Vigilant par la SELARL Descombes et Salans, avocats ;

Vu, enregistrée le 23 juin 2014, la note en délibéré présentée pour la société Espace Surveillance par Me Loste, avocat ;

Vu, enregistrée le 11 juin 2014, la note en délibéré présentée pour la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie par Me Richer, avocat ;

Vu, enregistrée le 23 juin 2014, la note en délibéré présentée pour la société Espace surveillance, par la société d'avocat Juriscal ;

Vu l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris en date du 3 mars 2014 ;

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 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 5 juin 2014 :

- le rapport de M. Schnoering, rapporteur ;

- les conclusions de M. Arruebo-Mannier, rapporteur public ;
- et les observations de Me Marty, de la SELARL Descombes & Salans, avocat de la SAS le Vigilant, de Me Gillardin, avocat de la Chambre de commerce et d'industrie, et de Me Loste, avocat de la société Espace surveillance ;

1. Considérant que la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie, concessionnaire par l'Etat de la gestion de l'aéroport international de Nouméa La Tontouta, a lancé, par une publication en date des 20 et 22 juillet 2013, une consultation en vue de la passation d'un marché relatif au service de sûreté aéroportuaire selon la procédure d'un appel d'offres ouvert conformément aux dispositions de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics ;

2. Considérant qu'à l'issue de la procédure de publicité et de mise en concurrence, la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie a annoncé, par un avis paru le 11 octobre 2013 dans le journal « Les Nouvelles Calédoniennes », l'attribution à la société Espace surveillance, du lot n° 1 du service de sûreté aéroportuaire, inspection filtrage des bagages de soute et d'inspection filtrage des passagers et bagages de cabine dans l'aérogare, pour un montant (HT) sur trois ans de 584 571 000 francs CFP et l'attribution à l'entreprise Guard-NC du lot n° 2, prestation d'inspection filtrage des personnels, des marchandises et des véhicules dans l'aérogare et hors aérogare pour un montant (HT) sur trois ans de 443 788 800 F CFP ;

3. Considérant que l'offre de la société par actions simplifiées Le Vigilant ayant été rejetée par la commission d'appel d'offres au profit des sociétés Espace Surveillance et Guard NC, la SAS Le Vigilant soumet à la censure du tribunal le marché contesté et demande la condamnation du pouvoir adjudicateur à lui verser une somme qu'elle chiffre, dans ses dernières écritures, au montant de 194.245.992 F CFP au titre du remboursement des frais engagés pour sa candidature à l'attribution du marché litigieux et de l'indemnisation de son manque à gagner ;

Sur la recevabilité de la requête sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité des mémoires en défense :

4. Considérant que la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie soutient que la requête serait irrecevable faute de mandat à agir en justice du président directeur général de la société requérante ;

5. Considérant, à cet égard, que la présentation d'une action par l'un des mandataires prévus par les dispositions de l'article R. 431-2 du code de justice administrative ne dispense pas le tribunal administratif de s'assurer, le cas échéant, lorsque la partie en cause est une personne morale, que le représentant de cette personne morale justifie de sa qualité pour engager cette action ; qu'une telle vérification n'est toutefois pas normalement nécessaire lorsque la personne morale requérante est dotée, par des dispositions législatives ou réglementaires, de représentants légaux ayant de plein droit qualité pour agir en justice en son nom ;

6. Considérant qu'aux termes de l'article L. 227-6 du code de commerce, applicable aux sociétés par actions simplifiées : « *La société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts. Le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social. / Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du président qui ne*

relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. / (...) Les dispositions statutaires limitant les pouvoirs du président sont inopposables aux tiers. » ; qu'il résulte de ces dispositions qu'une société par actions simplifiées est régulièrement représentée devant la juridiction administrative par son président, sans que ce dernier ait à justifier d'un mandat ;

7. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la société Le Vigilant, qui constitue une société par actions simplifiées, a valablement présenté sa demande devant le tribunal de céans en produisant un extrait Kbis en date du 9 août 2013 dont il n'est pas contesté qu'il fait apparaître les prénoms et nom de son président, lequel tire des dispositions précitées de l'article L. 227-6 du code de commerce, qualité pour agir en justice, de plein droit, au nom de cette société ; qu'il n'est pas allégué qu'une modification serait intervenue entre le 9 août 2013 et le 31 octobre 2013, date de l'enregistrement de la présente requête au greffe du tribunal de céans ; que, dès lors, ledit président avait qualité pour déposer la présente requête ; que, par suite, la fin de non-recevoir susanalysée doit être écartée ;

Sur les conclusions aux fins d'annulation :

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

9. Considérant qu'aux termes de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 : « *La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : (...) 17° Règles relatives à la commande publique, dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics (...)* » ; que, pour assurer le respect de ces principes, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ;

10. Considérant qu'en Nouvelle-Calédonie, aux termes de l'article 27-2 de la délibération n° 136/CP susvisée : « *La commission d'appel d'offres arrête la liste des soumissionnaires admis à concourir, élimine les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables, procède au classement des offres par ordre décroissant et propose d'attribuer le marché au candidat dont l'offre correspond le mieux aux besoins exprimés, en tenant compte des critères suivants : - prix des prestations, - coût d'utilisation, - valeur technique, - références et garanties professionnelles et financières du candidat, - délai d'exécution, - conditions du recours à la sous-traitance, et ceux stipulés dans le règlement particulier d'appel d'offres* » ;

11. Considérant qu'il résulte des dispositions susrappelées que le respect des principes fondamentaux de la commande publique implique, dans tous les cas, que le pouvoir adjudicateur fournisse aux candidats l'information appropriée sur les conditions de mise en œuvre des critères

d'attribution, y compris lorsque les six critères prévus par la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie ne sont pas complétés par d'autres critères spécifiques au marché en cause, en indiquant la hiérarchisation ou la pondération des critères, même lorsque leur est attribuée une égale importance ;

12. Considérant que l'article 4 du règlement particulier d'appel d'offres correspondant au marché en cause dispose que : « *Le jugement des offres s'effectuera au regard des critères suivants et conformément à l'article 27-2 de la délibération 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée : - références professionnelles et garanties financières du candidat ; - qualité des prestations jugée à partir du mémoire justificatif et de la simulation de la planification demandée à l'article 3-2 du présent RPAO ; - prix des prestations et notamment le rabais proposé en cas d'attribution des deux lots* » ; qu'il suit de là que le règlement particulier d'appel d'offres, qui, d'ailleurs, ne pouvait, contrairement à ce que soutient la chambre de commerce et d'industrie, ne retenir que trois des six critères posés à l'article 27-2 de la délibération 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée, ne précise pas la hiérarchisation ou la pondération de ces critères ; que, par suite, la procédure d'attribution du marché en cause ne respectait pas les principes fondamentaux de la commande publique et était, de ce fait, irrégulière ;

13. Considérant que les manquements la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, compte tenu de leur caractère substantiel ont eu des incidences directes sur la détermination du titulaire du contrat ; qu'ils sont susceptibles d'avoir lésé la société par actions simplifiées Le Vigilant en avantageant une entreprise concurrente ; qu'aucun motif d'intérêt général ne s'oppose à l'annulation sollicitée, la CCI-NC, étant, en sa qualité de concessionnaire de la gestion de l'aéroport, tenue de prendre toutes les dispositions utiles à la continuité du trafic aérien dans le respect des principes de sécurité imposés par l'ensemble des textes en vigueur ; que la société requérante est dès lors fondée, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens du recours, à demander l'annulation de la procédure litigieuse ;

Sur l'indemnisation de la SAS Le Vigilant :

14. Considérant que, lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière, il appartient au juge de vérifier, d'abord, si l'entreprise était dépourvue de toute chance de remporter le marché ; que, dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, elle a droit, en principe, au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ; qu'il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché ; que, dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique ;

15. Considérant que la lettre la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie, en date du 30 septembre 2013, informant la société requérante du rejet de son offre indique seulement à cette dernière que sa proposition n'a pas été qualifiée d'offre mieux-disante, au regard des critères énoncés dans le RPAO ;

16. Considérant toutefois qu'il est constant que la société requérante chiffrait le montant de ses prestations pour le 1^{er} lot à la somme de 492 333 816 F CFP alors que l'attributaire avait présenté une offre à 584 571 000 F CFP ; que pour les prestations prévues au titre du second lot,

la SAS Le Vigilant demandait la somme de 576 466 698 F CFP alors que l'attributaire proposait ses prestations au prix de 443 788 800 F CFP; qu'en tout état de cause, l'offre de la requérante était mieux-disante sur le premier lot ;

17. Considérant que la société Le Vigilant était, ainsi qu'il a été dit, moins onéreuse, sur le lot n° 1 ; que l'attributaire du lot en cause, la société Espace Surveillance, ne bénéficie pas comme la requérante, s'agissant de la démonstration de la qualité de ses prestations, de la certification NF 241 qui lui permet de travailler dans le respect des normes AFNOR NFX 50-777 (métiers de la sécurité privée) ; qu'il n'est pas allégué que d'autres sociétés ayant répondu à la consultation en vue de la passation d'un marché relatif au service de sûreté aéroportuaire disposerait de cette même certification ; que la société requérante était, en outre, la seule à avoir conclu un protocole de service minimum avec les partenaires sociaux, élément permettant de répondre à l'exigence de continuité opérationnelle posée à l'article 1.9 du cahier des clauses techniques particulières ;

18. Considérant que si la chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie soutient, au contraire, que, pour chacun des deux lots, l'offre de la société par actions simplifiées VHP Le Vigilant n'était pas la moins-disante au motif que le prix attractif qu'elle a proposé était, en réalité, dû au sous-dimensionnement des prestations proposées et à l'absence de prise en compte du marché complémentaire qui peut être conclu et portant sur des prestations non prévues dans le marché initial mais qui sont devenues nécessaires à la suite d'une circonstance imprévue, il ne résulte pas de l'instruction que de tels griefs seraient fondés au regard des besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur dans les documents mis à la disposition des candidats, les moyens humains proposés par la SAS Le Vigilant étant en tous points susceptibles de répondre auxdits besoins, qu'il s'agisse du nombre d'agents de sûreté et d'agents de manutention de sûreté affectés aux postes d'inspection filtrage des bagages de soute et d'inspection filtrage des passagers et bagages de cabine dans l'aérogare (lot n° 1) ou de celui affecté à l'inspection filtrage des personnels, des marchandises et des véhicules dans l'aérogare et hors aérogare (lot n° 2) ;

19. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société VHP Le Vigilant disposait d'une chance sérieuse de remporter les deux lots du marché en cause au vu des critères, non hiérarchisés ni pondérés, énumérés à l'article 4 du règlement particulier d'appel d'offres ; que, dès lors, la société requérante, qui a sollicité, le 31 octobre 2013, dans sa requête introductive, reprenant le montant formulé dans sa demande préalable du même jour, la condamnation de la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie (CCI-NC) à lui verser la somme de 194.245.992 F CFP à titre de remboursement des frais engagés pour sa candidature à l'attribution du marché litigieux et à l'indemnisation de son manque à gagner est, sur le principe, fondée à demander à être indemnisée du manque à gagner correspondant à son éviction irrégulière ;

20. Considérant que, devant le tribunal, la société par actions simplifiées Le Vigilant a réduit les prétentions qu'elle avait déjà formulées dans sa requête introductive faisant état, dans son mémoire enregistré le 24 février 2014, d'un préjudice de 67 841 266 F CFP au titre du remboursement des frais engagés pour sa candidature à l'attribution du marché litigieux et de l'indemnisation de son manque à gagner ; que, dans son dernier mémoire, enregistré le 30 mai 2014, elle a, sans justifier sa demande par des éléments probants, rehaussé ses prétentions en réclamant à nouveau 194.245.992 F CFP à titre de remboursement des frais engagés pour sa candidature à l'attribution du marché litigieux et à l'indemnisation de son manque à gagner ;

21. Considérant, que, pour justifier le montant du manque à gagner dont elle demande à être indemnisée, la SAS Le Vigilant produit des éléments circonstanciés, fondés sur une analyse financière confirmée par le cabinet Auclair Dupont, conseil en entreprises ; que, dans ces conditions, les conclusions indemnitaires de la société par actions simplifiées Le Vigilant, qui ne sont pas utilement contestées par la CCI-NC qui se borne à faire état d'une étude générale de l'INSEE mentionnant un taux de marge de 1 % dans le secteur global des « activités de sécurité privée », qui n'inclut pas, de surcroît, la sécurité aéroportuaire, doivent être accueillies à hauteur de la demande formulée dans son mémoire enregistré le 24 février 2014 soit 67 841 265 F CFP, sans qu'il soit besoin d'ordonner l'expertise demandée, à titre subsidiaire, par la chambre de commerce et d'industrie aux fins de déterminer le taux de marge réel de la société par actions simplifiées Le Vigilant ;

Sur les intérêts et la capitalisation des intérêts :

22. Considérant que la société par actions simplifiées Le Vigilant a droit aux intérêts au taux légal sur la somme de 67 841 265 F CFP à compter du 4 novembre 2013, jour de réception par la CCI-NC de sa demande préalable datée du 31 octobre 2013 ;

23. Considérant que la capitalisation des intérêts peut être demandée à tout moment au juge du fond, même si, à cette date, les intérêts sont dus depuis moins d'un an ; qu'en ce cas, cette demande ne prend toutefois effet qu'à la date à laquelle les intérêts sont dus pour une année entière ; qu'à la date du présent jugement, une année ne s'étant pas écoulée, il n'y a pas lieu de faire droit à cette demande ;

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

24. Considérant, d'une part, que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la société par actions simplifiées Le Vigilant, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, soit condamnée à verser à la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie (CCI-NC) ou à la société Espace Surveillance les sommes qu'elles demandent sur ce fondement ;

25. Considérant, d'autre part, qu'il y a lieu de faire droit aux conclusions de la société par actions simplifiées Le Vigilant présentées sur le même fondement en condamnant la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie (CCI-NC) à lui verser une somme de 150 000 F CFP ;

D É C I D E :

Article 1^{er} : Le marché susvisé relatif aux prestations de service de sûreté aéroportuaire de l'aéroport international de Nouméa La Tontouta est annulé.

Article 2 : La chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie est condamnée à verser à la société par actions simplifiées Le Vigilant la somme de 67 841 265 F CFP. Cette

somme portera intérêts au taux légal à compter du 4 novembre 2013, date de réception de la demande préalable en date du 31 octobre 2013.

Article 3 : La chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie versera à la société par actions simplifiées Le Vigilant une somme de 150 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions de la chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie et de la société Espace Surveillance tendant au bénéfice des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, sont rejetées.

Article 5 : Le surplus des conclusions présentées par la SAS Le Vigilant est rejeté.