

Ordonnance du Tribunal administratif n° 2400258 du 04 juillet 2024

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 20 juin 2024, complétée par un mémoire enregistré le 2 juillet 2024, l'Eurl Pora Pora, représentée par Me Usang, demande au juge des référés :

1°) d'enjoindre à la Sas Aéroport de Tahiti (ADT) de différer la signature du contrat portant sur l'activité "Aéroport de Bora Bora : Aménagement, équipement et exploitation d'un snack" jusqu'au terme de la procédure ;

2°) d'annuler la décision de rejet n° DE24.275.DDC du 12 juin 2024 de la Sas ADT par laquelle il a été décidé d'écartier la candidature de l'Eurl Pora Pora du marché ;

3°) de mettre à la charge de la Sas Aéroport de Tahiti la somme de 500 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

-elle a intérêt à agir ;

-le recours en référé précontractuel est recevable ; le contrat comporte bien en contrepartie du versement d'un prix l'exploitation d'un snack-bar et des constructions d'aménagements ;

-lorsqu'il est fait appel à une procédure de consultation, celle-ci doit être régulière ;

-l'avis d'appel public à la concurrence est irrégulier ; la catégorie de prestations n'est pas conforme à l'article Lp 122-2 du code polynésien des marchés publics ; les rubriques obligatoires sur le type de procédure et les critères d'attribution sont manquantes ;

-aucune réelle motivation n'a été avancée justifiant le refus de son offre avant le présent recours ;

-elle a trouvé le récépissé de dépôt de candidature d'une entreprise concurrente et peut se demander si celle-ci n'a pas eu accès au dossier de son offre voire si les deux dossiers n'ont pas été inversés ;

-le jeu de la concurrence a été faussé ; avant le rejet de son offre le site était déjà présenté au futur repreneur ;

-on ne sait ni sur combien les notes ont été données ni encore l'identité des personnes les ayant attribuées ;

-le refus est en réalité motivé par des considérations personnelles extérieures et subjectives dans le cadre d'un règlement de compte entre le responsable de l'aéroport et la requérante ;

Par des mémoires en défense, enregistrés les 1er et 3 juillet 2024, la société Aéroport de Tahiti (ADT), représentée par Me Clot, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de l'Eurl Pora Pora une somme de 1 000 000 FCFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

-à titre principal, la requête en référé précontractuel est irrecevable à l'encontre d'une convention d'occupation domaniale qui n'est pas requalifiée de contrat de la commande publique ; une convention d'occupation domaniale ne saurait être considérée comme répondant aux besoins d'un acheteur en matière de travaux, fournitures et services ou confier une mission de service public lorsque la convention se borne à fixer des prescriptions de nature à garantir l'affectation domaniale dans l'intérêt

du domaine ou l'intérêt général ; le paiement par l'occupant d'une redevance d'occupation domaniale en contrepartie de l'autorisation qui lui est permise d'exploiter une activité économique ne saurait être assimilé à une onérosité déterminant la qualification de contrat de la commande publique ; la seule circonstance qu'une procédure de publicité et de mise en concurrence ait été lancée par la société ADT pour l'attribution de cette convention en cause ne saurait, en l'espèce, avoir pour effet d'ouvrir à la société requérante la voie du référé précontractuel ; le simple fait que la convention prévoit des aménagements n'emporte pas requalification d'une convention d'occupation domaniale en marché public ou délégation de service public ;

-subsidiatement les moyens soulevés ne sont pas fondés ;

Vu la communication de la requête à la société Bora Bora Beach Café ;

Par une ordonnance du 20 juin 2024, le juge des référés a enjoint à la Sas Aéroport de Tahiti de différer la signature du contrat jusqu'au 8 juillet 2024.

Vu :

- les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;

- la loi du Pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public de la Polynésie française et de ses établissements publics ;

- la délibération n° 2004-34 APF du 12 février 2004 portant composition et administration du domaine public en Polynésie française ;

- l'arrêté n°819 CM du 19 juin 2020 ;

- le code polynésien des marchés publics ;

- le code général de la propriété des personnes publiques et notamment son article L 5633-7 ;

- le code de justice administrative ;

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience le 3 juillet 2024 à 9h30.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Devillers, juge des référés,

- Me Poulain, représentant la société Pora Pora et Me Mestre pour la société ADT, qui ont repris les moyens et arguments exposés dans leurs écritures.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 551-24 du code de justice administrative : " () en Polynésie française (), le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés et contrats publics en vertu de dispositions applicables localement () " ;

2. Un avis d'appel public à la concurrence a été publié le 28 mars 2024 dans un journal d'annonces légales par la société ADT, gestionnaire de l'aéroport de Bora Bora aux termes d'une " convention d'exploitation " conclue avec la Polynésie française, en vue de la conclusion d'un contrat d'" autorisation

d'occupation temporaire du domaine public " ayant pour objet " l'aménagement, l'équipement et l'exploitation d'un snack " dans l'aéroport de Bora Bora. Deux candidats ont présenté une offre, la société Pora Pora et la société Bora Bora Beach Café, déclarée attributaire. La société Pora Pora demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-24 du code de justice administrative précité, d'annuler la décision rejetant son offre.

3. D'une part, aux termes de l'article LP. 122-1 du code polynésien des marchés publics : " Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur public et un opérateur économique public ou privé tel que défini à l'article LP 122-3, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services () ". Il résulte de l'instruction que le contrat à conclure ne comporte aucun prix à verser au titulaire par la SAS ADT mais, aux termes de son article 6, une redevance domaniale à verser par le titulaire, comportant une part fixe et une part variable fonction du chiffre d'affaires. Le contrat ne peut donc, pour ce seul motif, s'analyser en un marché public.

4. D'autre part, aux termes de l'article LP. 1er de la loi du Pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public de la Polynésie française et de ses établissements publics : " Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie, sous son contrôle, la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. Les dispositions de la présente "loi du pays" s'appliquent aux délégations de service public de la Polynésie française et de ses établissements publics ". Il est constant que le contrat en litige n'est pas conclu par le titulaire avec une personne morale de droit public et que la société ADT n'a pas reçu mandat de la Polynésie française pour conclure un contrat ayant un tel objet. Le contrat ne peut donc, pour ce seul motif, être qualifié de délégation de service public.

5. Enfin, la société requérante n'invoque aucune disposition dont il résulterait que la convention d'occupation temporaire du domaine public de la Polynésie française en litige, quand bien même elle permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, serait soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence.

6. Il résulte de ce qui précède que, ne ressortissant pas de l'office du juge des référés précontractuels, la requête introduite sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-24 du code de justice administrative est irrecevable et doit être rejetée pour ce motif.

7. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Pora Pora Polynésie française la somme de 200 000 F CFP à verser à la Sas ADT au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les conclusions présentées par la société Pora Pora sur le fondement de ces mêmes dispositions ne peuvent qu'être rejetées.

ORDONNE :

Article 1er : La requête est rejetée.

Article 2 : La société Pora Pora Polynésie française versera la somme de 200 000 F CFP à la société

Aéroport de Tahiti au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à l'Eurl Pora Pora, à la Sas Aéroport de Tahiti et à la société Bora Bora Beach Café.

Fait à Papeete, le 3 juillet 2024.

Le juge des référés,

Pascal Devillers

La République mande et ordonne au haut-commissaire de la République en Polynésie française en ce qui le concerne ou à tous commissaires de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,

Un greffier,