

Ordonnance du Tribunal administratif n° 2400356 du 09 septembre 2024

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 20 août 2024, complétée par un mémoire enregistré le 6 septembre 2024, la société Tapare Terrassement, représentée par Me Ceran-Jerusalem, demande au juge des référés :

1°) d'ordonner avant dire-droit à la Polynésie française de différer la signature du lot 2 " Communes de Papeete, Pirae, Arue, Mahina, Hitiaa O Te Ra et Tairapu Est " du marché de " Travaux de protection des berges de rivières et de littoral sur l'île de Tahiti " pour une durée maximum de 20 jours ;

2°) d'ordonner à la Polynésie française (direction de l'équipement) de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

3°) d'ordonner à la Polynésie française (direction de l'équipement) de reprendre la procédure de mise en concurrence pour le lot n°2 du marché ayant pour objet : " Travaux de protection des berges de rivières et de littoral sur l'île de Tahiti ".

4°) de condamner la Polynésie française à lui verser la somme de 350 000 F CFP en vertu de l'article 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- elle a vu son offre rejetée sur le seul examen de ses capacités financières, au motif irrégulier que son chiffre d'affaires annuel moyen entre 2021 et 2023 est de 46,6 millions de francs alors que le montant annuel de commandes est au moins deux fois supérieur ; ce alors que la direction de l'équipement considère que ses capacités techniques et en matériel remplissent les conditions du marché et que le règlement de consultation dans son titre XIII et paragraphe C portant sur les justifications relatives aux capacités financières du candidat ne précise pas de chiffre d'affaires minimal que le candidat doit réaliser comme le prévoit l'article LP.233-2 du code des marchés publics de Polynésie française ; si elle avait eu connaissance d'un chiffre d'affaires minimal, elle aurait pu solliciter de sa banque une lettre de garantie portant sur la possibilité d'obtenir un découvert en compte courant plus important afin de faire face aux charges du marché ; son chiffre d'affaires n'est pas manifestement disproportionné au regard du montant du marché à bon de commande ;

- son chiffre d'affaires est suffisant, étant en moyenne sur les trois dernières années de 76 216 461 F CFP en incluant son activité de promotion immobilière ; elle dispose par ailleurs de tout le matériel nécessaire, notamment en pelles à chenille et camions à benne basculante ; elle réalise des enrôlements depuis 2017 ;

- la condition de capacité financière n'est pas prévue dans les documents du marché et ce motif ne figure pas dans sa lettre de rejet ; elle évince de manière discriminatoire tout nouveau candidat à un marché public ;

Par des mémoires en défense enregistrés les 2 et 6 septembre 2024, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle soutient que :

- sur les trois ans d'exécution du marché précédent, la direction de l'équipement a passé onze commandes pour un montant total de 307 529 174 F CFP TTC ; bien que ce montant des commandes passées sur l'ancien marché soit déjà élevé, les commandes qui seront faites sur le marché contesté risquent d'être bien plus importantes (plus de 900 000 000 F CFP TTC), d'où la fixation d'un seuil maximum d'un milliard de francs hors taxe sur le lot n° 2 ;
- le montant annuel des commandes susceptibles d'intervenir est de l'ordre de 250 000 000 F CFP HT ;
- les informations communiquées en défense sur un chiffre d'affaires " consolidé " de l'entreprise n'ayant pas été soumises à l'appréciation de l'acheteur, elles sont inopérantes et devront être écartées ; de même concernant ses moyens matériels qui n'ont pas eu à être examinés, sa candidature ayant été rejetée avant la phase d'analyse de son offre ;
- le chiffre d'affaires cumulé de l'entreprise sur les trois derniers exercices disponibles correspond à un total de 138 649 443 F CFP et reste bien inférieur à la valeur des commandes annuelles pouvant intervenir sur le marché litigieux (250 000 000 F CFP) ;
- à titre subsidiaire, peut être substitué au motif fondé sur les capacités financières, celui tiré de son insuffisance techniques et professionnelle, examiné et retenu par la commission d'appel d'offres ; sur la période de 3 années, le montant des travaux en enrochements le plus élevé réalisés par l'entreprise est de 9 100 000 F CFP TTC, alors que la moyenne d'un bon de commande est de 23 900 000 F CFP TTC ; aucune des commandes listées par la société adverse n'identifie de travaux d'enrochement réalisés en rivière ou sur le littoral ; elle a principalement exercé au profit de particuliers pour la réalisation de travaux d'enrochement dans des lotissements, techniquement différents de ceux réalisés en rivière ou sur le littoral qui requièrent des savoirs permettant de gérer les eaux et surtout de protéger au mieux le milieu aquatique ;
- par ailleurs, des commandes d'un montant très important sont susceptibles d'être passées quasi simultanément sur des sites différents ; c'est également sur la base de son incapacité technique et professionnelle que la candidature a été écartée et la commission d'appel d'offres s'est clairement positionnée à cet égard ;

Par une ordonnance du 20 août 2024, le juge des référés a suspendu la signature du contrat jusqu'au 9 septembre 2024.

Vu :

- les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- le code polynésien des marchés publics ;
- le code de justice administrative ;

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience qui s'est tenue le 2 septembre 2024 à 10h00, puis a été reportée le 9 septembre 2024 à 10h00.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

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

- Me Ceran-Jerusalem, représentant la société Tapare Terrassement et Mme B et Mme A pour la Polynésie française, 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

Vu :

- les autres pièces du dossier ;

Vu :

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

- le code des marchés publics de Polynésie française ;

- le code de justice administrative.

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. / Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le haut-commissaire de la République dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours. / Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. " ;

2. Par un avis d'appel public à la concurrence publié dans le JOPF en date du 17 mai 2024, la direction de l'équipement de la Polynésie française a lancé un marché de travaux ayant pour objet : " Travaux de protection des berges de rivières et de littoral sur l'île de Tahiti ". La forme du marché est un marché à bon de commande mono-attributaire sans minimum et avec un maximum de 1.000.000.000 FCFP HT pour chaque lot. Le marché comporte deux lots regroupant des communes de Tahiti et la société requérante a présenté une offre pour le lot n°2 : " Communes de Papeete, Pirae, Arue, Mahina, Hitiaa O Te Ra et Taiarapu Est ".

3. Par décision du 9 août 2024, le directeur de l'équipement de la Polynésie française a rejeté la candidature de la société Tatare Terrassement en application de l'article LP. 235-1 du code polynésien des marchés publics comme ne présentant pas des capacités financières suffisantes ".

4. Aux termes de l'article LP. 233-2 du code des marchés publics de Polynésie française : " Pour le contrôle des capacités des candidats, l'acheteur public détermine la nature de celles, professionnelles, techniques ou financières qui sont exigées des opérateurs économiques, compte tenu des caractéristiques du marché. L'acheteur public ne peut exiger des candidats que des documents ou

renseignements relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager ainsi que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leurs capacités. Il peut fixer des niveaux minimaux pour celles-ci. Les documents ou renseignements pour justifier des capacités ou des niveaux minimaux de capacité requis sont liés et proportionnés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. Ils sont mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation. La liste des renseignements et documents pouvant être demandés aux candidats par l'acheteur public pour contrôler les capacités de ces derniers est fixée par arrêté pris en conseil des ministres. Si le candidat est objectivement dans l'impossibilité de produire, pour justifier de ses capacités, l'un des renseignements ou documents demandés par l'acheteur public et prévus par l'arrêté précité, il peut prouver sa capacité par tout autre document considéré comme équivalent par l'acheteur public () ". Aux termes de l'article LP. 233-3 du même code : " I- Le dossier de candidature à fournir par le candidat comporte : () 5° des documents et renseignements permettant de contrôler ses capacités professionnelles, techniques ou financières dans les conditions fixées par l'article LP 233-2 ; () La liste des documents, des renseignements, des attestations ou des certificats à produire par les candidats à l'appui de leur candidature est fixée par arrêté pris en conseil des ministres (). L'article LP. 235-1 dispose : " I.- Avant de procéder à l'examen des candidatures, s'il est constaté que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, l'acheteur public peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous ()II- Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions du troisième alinéa ci-dessus sont examinées au regard des capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne présentent pas de capacités professionnelles, techniques et financières suffisantes ou celles ne présentant pas les niveaux minimums de capacité requis sont éliminées. () ". Enfin aux termes de l'article A 233-1 de ce code : " Dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation de la capacité financière des candidats, l'acheteur public ne peut demander que le ou les renseignements et le ou les documents suivants : 1° Déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant les fournitures, services ou travaux objet du marché, réalisés au maximum au cours des trois derniers exercices disponibles ; 2° Déclaration appropriée de banques ou preuve d'une assurance pour les risques professionnels ; 3° Bilans ou extraits de bilans, concernant les trois dernières années, des opérateurs économiques pour lesquels l'établissement des bilans est obligatoire en vertu de la réglementation applicable localement " .

5. Si ces dispositions font obligation au pouvoir adjudicateur de contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public au vu des documents ou renseignements demandés à cet effet dans les avis d'appel public à concurrence ou dans le règlement de la consultation dans les cas de procédures dispensées de l'envoi de tels avis, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de fixer dans les avis d'appel public à la concurrence des niveaux minimaux de capacités professionnelles, techniques et financières exigés des candidats. En revanche, lorsque le pouvoir

adjudicateur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, ces derniers sont précisés dans l'avis d'appel public à concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation. Le contrôle par le pouvoir adjudicateur des aptitudes professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution du marché, qui relèvent donc de la phase de candidature, s'effectue au vu des seuls renseignements ou documents prévus par les dispositions réglementaires. Enfin, le pouvoir adjudicateur peut apprécier la capacité financière au regard du chiffre d'affaires réalisé pour des prestations comparables à celles du marché.

6. Aux termes du point 6 de l'avis d'appel public à la concurrence du marché : " Conditions de participation - pièces à fournir par les candidats () 2° Documents et renseignements relatifs aux capacités des candidats : financières : - Une déclaration concernant le chiffre d'affaires global des trois derniers exercices disponibles () ". Aux termes de l'article XIII du règlement de la consultation : Conditions de participation- pièces à fournir par les candidats : 13.01 Présentation et contenu des candidatures () C. Les justifications relatives aux capacités financières du candidat et le cas échéant de ses cotraitants ou sous-traitants. Une déclaration concernant le chiffre d'affaires global des trois derniers exercices disponibles () "

7. En l'espèce, il résulte du rapport d'analyse des offres que, pour décider d'écarter la candidature de la société Tapare Terrassements, l'acheteur public s'est fondé sur le fait que son chiffre d'affaires annuel moyen entre 2021 et 2023 est de 42,6 millions de francs, alors que le montant annuel de commandes est au moins 2 fois supérieur et que durant cette période de trois années, en ce qui concerne les enrôlements objet du marché, le montant de sa commande la plus élevée est de 9,1 millions de francs, alors que durant la même période, la moyenne d'un bon de commande était de 23,9 millions de francs, soit entre 9,6 millions pour le plus faible et 49,9 millions pour le plus important. Dans ces circonstances, et alors que chaque lot du marché, d'une durée d'un an éventuellement reconductible trois fois, peut impliquer un maximum de prestations d'un milliard de FHT, c'est sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation que la Polynésie française a pu écarter la candidature de la société Tapare Terrassements au motif que ses capacités financières n'étaient pas suffisantes pour réaliser les travaux.

8. Il résulte de ce qui précède que la requête doit être rejetée, y compris les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

ORDONNE :

Article 1er : La requête est rejetée.

Article 2 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Tapare Terrassement, à la Polynésie française et la société Entreprise Philippe Choquet (EPC).

Fait à Papeete, le 9 septembre 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,
N°2400356