

Ordonnance du Tribunal administratif n° 2400447 du 18 novembre 2024

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 1er novembre 2024, et un mémoire enregistré le 15 novembre 2024, la société FI Sécurité, représentée par Me Guessan, demande au juge des référés :

1°) à titre préalable, d'ordonner la suspension de la signature marché relatif aux prestations de sécurité et de gardiennage du centre médical de Bora Bora, tel qu'établi par l'avis d'appel public à la concurrence publié au JOPF le 26 août 2024, sous la référence annonce n°7594 dans l'attente de la décision à intervenir ;

2°) d'annuler la décision en date du 22 octobre 2024 par laquelle la direction de la santé, sur délégation du ministère de la santé en Polynésie française, a refusé de retenir sa candidature dans le cadre du marché public précité ;

3°) d'enjoindre à la direction de la santé de fournir le PV d'ouverture des plis en date du 03/10/2024 ainsi que le PV d'avis sur les offres et les candidatures en date du 22/10/2024 ;

4°) d'enjoindre à la direction de la santé, si elle entend poursuivre la procédure d'attribution, de la reprendre au stade de l'analyse des candidatures, en incluant l'offre de la Société FI Sécurité en dépit de l'absence de production de son K - BIS si l'exposante ne parvient pas à l'obtenir d'ici cette date.

5°) de mettre à la charge de la Polynésie française une somme de 200 000 F CFP à lui verser au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la décision de la direction de la santé émise à son encontre contient plusieurs mentions erronées ; le numéro Tahiti reporté dans cette décision n'est pas le sien mais celui d'un autre candidat, à savoir celui de la société Jurion Protection ; le nom de la personne physique ayant le pouvoir de représenter la société FI Sécurité est mentionné à tort comme étant celui de " Christophe A ", alors que même que le nom du directeur de la société FI Sécurité est en réalité M. B A ; ces erreurs formelles ne permettent pas d'identifier avec certitude le candidat dont l'offre n'a pas été retenue ;

- l'article LP. 235-1 du code des marchés publics de la Polynésie française est méconnu ; il lui était impossible de produire dans le délai imparti de dix jours par l'acheteur le certificat Kbis sollicité dans la mesure où le délai de délivrance d'un tel document en Polynésie française est compris en moyenne entre 1 à 10 mois ; l'acheteur public aurait dû - à minima - lui proposer de régulariser sa candidature dans un délai d'un mois renouvelable, ou tout du moins dans un délai raisonnable, en tenant compte des circonstances locales ; ce n'est que le 6 novembre qu'elle a réceptionné ce document ;

- l'exigence de production d'un extrait k-bis de moins d'un an est excessive alors qu'elle a produit la lettre mentionnée à l'article A.233-5 du code des marchés publics polynésien, conformément aux exigences du règlement de consultation du marché, permettant suffisamment l'identification du candidat ; la production des extraits K-BIS ne constitue plus un prérequis obligatoire à la conclusion d'un marché public en France métropolitaine depuis 2021 ; elle aurait pu être invitée à produire un document équivalent ; en écartant sa candidature pour ce motif, la direction de la santé a irrégulièrement porté

atteinte aux règles de mises en concurrence et l'a pénalisée pour un motif juridiquement injustifié ; elle est donc nécessairement lésée par ce manquement ;

- afin de pouvoir vérifier que l'ensemble des candidats ont bel et bien produit un extrait K - BIS de moins d'un an d'ancienneté et qu'il n'a pas été porté atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats, elle demande au tribunal de bien vouloir ordonner à la direction de la santé de produire le PV d'ouverture des plis en date du 03/10/2024 et le PV d'avis sur les offres et les candidatures du 22/10/2024 ;

Par un mémoire en défense enregistré le 14 novembre 2024, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle soutient que :

- les erreurs formelles ou matérielles de la décision litigieuse n'ont pas porté atteinte aux principes de publicité et de mise en concurrence ; le reste des mentions de la décision litigieuse concerne bien la société FI Sécurité;

- la régularisation des candidatures est une faculté pour l'acheteur public ; le délai d'un mois pour la remise des plis, jusqu'au 27 septembre 2024, aurait dû permettre à la société FI Sécurité de fournir un extrait K-BIS conforme au règlement de la consultation ; la prolongation de dix jours de ce délai par la mesure de régularisation du 4 octobre, jusqu'au 14 octobre, ne peut être regardée comme étant inappropriée ;

- l'exigence de production d'un extrait K-BIS de moins d'un an ne présente pas un caractère excessif ; ce document est manifestement utile à l'examen des candidatures dans la mesure où il est le seul à permettre de vérifier si la personne signataire de la lettre de candidature est bien le gérant ou directeur actuel de la société ; ni le numéro TAHITI ni l'extrait de situation à l'ISPF ni l'extrait K-BIS de plus d'un an ne permet cette vérification ;

- la société FI Sécurité n'explique pas en quoi les manquements qu'elle évoque l'ont lésée ;

- le marché litigieux n'ayant pas été signé, les pièces dont la communication est demandée sont considérées non comme des documents administratifs mais comme des actes préparatoires non communicables ;

Par un mémoire en défense enregistré le 14 novembre 2024, la société Jurion Protection, représentée par Me Mikou, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société FI Sécurité une somme de 180 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les moyens de forme soulevés à l'encontre de la décision de rejet de la candidature sont inopérants ;

- elle a commandé et obtenu un extrait kbis dans un délai de 9 jours et les délais accordés à la société requérante pour régulariser son offre étaient donc suffisants ; la société FI Sécurité a en réalité bénéficié d'un délai global de près de 49 jours pour produire un extrait K-bis de moins d'un an ; elle n'a pu satisfaire cette condition de production d'un k bis de moins d'un an qu'en raison de sa négligence ;

- la production d'un extrait de situation à l'ISPF (N° Tahiti) ne permet, contrairement à l'extrait kbis, ni de connaître l'identité du représentant légal de la société (le gérant), ni de connaître l'éventuelle

ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ; en Polynésie, il n'existe pas (encore) d'interconnexion entre les acheteurs publics et le registre du commerce et des sociétés comme il existe en métropole où l'exigence de production d'un extrait kbis a pu être supprimée en 2021 ; l'exigence d'un kbis de moins d'une année ne paraît ainsi pas être excessive.

Par une ordonnance du 4 novembre 2024, le juge des référés a suspendu la signature du contrat jusqu'au 21 novembre 2024.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience qui s'est tenue le 15 novembre 2024 à 9h.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Devillers, juge des référés,
- Me Guessan pour la société FI Sécurité et Me Mikou pour la société Jurion Protection, 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 la 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 publié au JOPF le 26 août 2024, la direction de la santé de la Polynésie française a lancé un appel d'offres selon une procédure ouverte portant sur la réalisation de prestations de gardiennage et de surveillance au centre médical de Bora Bora. Le 26 septembre 2024, l'offre présentée par la société FI Sécurité a été réceptionnée par la direction de la santé qui, par un courriel en date du 4

octobre 2024, l'a invitée à régulariser sa candidature dans un délai de dix jours, au motif que l'extrait K-BIS qu'elle avait produit avait été émis il y a plus d'un an. La société FI Sécurité doit être regardée comme exposant que sa candidature a été regardée à tort comme étant irrecevable pour ce motif dès lors notamment que le délai de dix jours qui lui était imparti pour produire ce document est impossible à satisfaire en Polynésie française.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

3. En premier lieu, ainsi que le fait valoir en défense la Polynésie française, il n'appartient pas au juge statuant sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-24 du code de justice administrative d'examiner les moyens autres que ceux relatifs à des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public. Le moyen tiré des erreurs matérielles entachant la décision attaquée de la direction de la Santé, concernant le numéro Tahiti indiqué et le prénom du dirigeant, aussi regrettables soient elles, ne constituent pas de tels manquements. Ce moyen doit donc être écarté comme étant inopérant.

4. En deuxième lieu, le règlement de la consultation prévu par un pouvoir adjudicateur pour la passation d'un marché est obligatoire dans toutes ses mentions. Le pouvoir adjudicateur ne peut, dès lors, attribuer ce marché à un candidat qui ne respecte pas une des exigences imposées par ce règlement, sauf si cette exigence se révèle manifestement dépourvue de toute utilité pour l'examen des offres.

5. Aux termes de l'article 9 du règlement de la consultation : " Conditions de participation - Pièces à fournir par les candidats () A.2 - un extrait Kbis de moins d'un an permettant d'identifier la personne physique ayant le pouvoir d'engager le candidat () ".

6. Aux termes de l'article LP. 233-2 du code des marchés publics de la 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. (). " L'article LP. 233-3 dispose : " I- Le dossier de candidature à fournir par le candidat comporte : 1° des documents et renseignements permettant de l'identifier ; 2° des documents et renseignements permettant de justifier qu'il ne tombe pas sous le coup des interdictions de soumissionner définies à l'article LP 233-1 ; 3° des documents et renseignements permettant d'apprécier les pouvoirs des personnes habilitées à l'engager () 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 ()" Aux termes de l'article Art. A 233-5 du même code : " I - Le candidat produit à l'appui de son dossier de candidature : 1° Une lettre de candidature faisant connaître au moins : a) ses nom et prénom(s), son numéro TAHITI ou équivalent, ses coordonnées, sa forme juridique, b) le cas échéant, son numéro d'immatriculation au registre de commerce et des sociétés, le nom commercial et la dénomination sociale ; c) s'il agit au nom d'une personne morale, la qualité en laquelle il agit, accompagnée d'un justificatif prouvant son

habilitation () ".Enfin, aux termes de l'article LP. 235-1 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. Cette faculté n'autorise pas l'acheteur public à demander aux candidats de compléter la teneur de leur offre. Les candidats qui ne peuvent soumissionner à un marché en application des dispositions de l'article LP 233-1 ou qui, le cas échéant après mise en œuvre des dispositions du premier alinéa, produisent des dossiers de candidature ne comportant pas les pièces mentionnées aux articles LP 233-2 et LP 233-3 ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du marché. () ".

7. D'une part, l'extrait kbis dont la production est exigée à l'article 9 du règlement de la consultation permet notamment à l'acheteur public d'apprécier, de manière claire et précise, la capacité du signataire de la lettre de candidature à engager l'entreprise. Il résulte de l'instruction que le " numéro Tahiti ", géré par l'Institut statistique de la Polynésie française, ne permet pas d'identifier le gérant d'une société et ne comporte, à des fins statistiques, que le nom, l'adresse de l'entreprise et l'activité exercée. L'extrait kbis n'est ainsi pas, dans ces circonstances, un document dont la transmission serait manifestement inutile à l'appréciation des candidatures quand bien même, prenant en cela en compte les difficultés de délivrance d'un tel document, le règlement de la consultation demande la production d'un tel extrait de moins d'un an seulement.

8. D'autre part, il résulte de l'instruction que la société requérante a produit, à l'appui de sa candidature à l'appel d'offres du 26 août 2024, remise le 10 septembre 2024, un extrait kbis daté du 28 février 2023. Dans ces conditions, quand bien même l'obtention de ce document est très longue en Polynésie française, la note de service du 18 janvier 2023 de la directrice des greffes indiquant un délai d'un mois pour sa délivrance, et alors que la mesure de régularisation du 4 octobre 2024 lui permettait la production de ce document jusqu'au 14 octobre 2024, la société requérante, qui n'a sollicité la délivrance d'un tel extrait qu'après la réception de la demande de régularisation et non dès le dépôt de sa candidature, n'est pas fondée à soutenir que la Polynésie française aurait commis un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en déclarant sa candidature irrecevable pour ce motif.

9. Il résulte de ce qui précède que les conclusions de la société FI Sécurité à fin d'annulation de la décision du 22 octobre 2024 doivent être rejetées ainsi que, par voie de conséquence, ses conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à la Polynésie française de reprendre la procédure au stade de l'examen des candidatures.

Sur l'injonction de communiquer des documents :

10. Aux termes de l'article LP. 332-1 du code des marchés publics de Polynésie française : " I - Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, l'autorité compétente, dès qu'elle a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet. Pour les candidats ayant soumis une offre, qui n'a pas été déclarée inappropriée, irrégulière, inacceptable ou anormalement basse, la notification des motifs de ce

rejet comporte au moins la communication du classement de leur offre, les notes qui leur ont été allouées, le nom de l'attributaire ainsi que les notes qui lui ont été allouées. Un délai minimal de seize jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue au premier alinéa et la date de signature du marché. Ce délai minimal est réduit à onze jours en cas de transmission électronique de la notification. La notification de l'attribution du marché comporte l'indication de la durée du délai de suspension que l'autorité compétente s'impose. Le respect du délai mentionné au troisième alinéa n'est pas exigé dans le cas d'attribution du marché au seul opérateur ayant participé à la consultation ainsi que pour l'attribution des marchés fondés sur un accord-cadre. II - Pour les autres marchés, l'autorité compétente communique à tout candidat écarté les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dans les quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite à cette fin. Si le candidat a vu son offre écartée alors qu'elle n'était ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable au sens de l'article LP 122-3, l'autorité compétente lui communique au moins le classement de son offre, les notes qui lui ont été allouées, le nom de l'attributaire ainsi que les notes qui lui ont été allouées. III.- Lorsque l'autorité compétente décide de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure, elle informe, par écrit, les candidats des motifs de sa décision dans les plus brefs délais. IV- L'autorité compétente ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation : a) Porterait atteinte aux secrets protégés par les dispositions régissant les relations entre l'administration et le public en vigueur en Polynésie française et notamment le secret en matière industriel et commercial ; b) Serait contraire à l'intérêt public ; c) Pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques. ".

11. Il ne résulte pas des dispositions précitées du code des marchés publics polynésien l'obligation pour l'acheteur public de communiquer aux concurrents le procès-verbal d'ouverture des plis et le rapport d'analyse des candidatures et des offres. Par suite il n'entre pas dans l'office du juge des référés défini à l'article L. 551-24 du code de justice administrative d'ordonner la communication de ces documents.

12. Il résulte de ce qui précède que la requête de la Société FI Sécurité doit être rejetée, y compris les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Il y a lieu, en application de ces dispositions, de mettre à sa charge une somme de 150 000 FCFP à verser à la société Jurion Protection.

ORDONNE :

Article 1er : La requête est rejetée.

Article 2 : La société FI Sécurité versera une somme de 150 000 FCFP à la société Jurion Protection au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société FI Sécurité, à la Polynésie française et à la société Jurion Protection.

Fait à Papeete, le 18 novembre 2024.

Le juge des référés,

P. 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°2400447