

Ordonnance du Tribunal administratif n° 2500017 du 24 janvier 2025

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 9 janvier 2025, la commune de Tairapu Est, représentée par son maire et par Me Usang, demande au juge des référés :

1°) d'enjoindre à la Polynésie française de différer la signature du marché de transport scolaire par voie maritime des élèves et étudiants résidant au Fena Aihere dès l'engagement de la requête en référé précontractuel, et pendant un délai de 20 jours à compter de l'ordonnance à intervenir ;

2°) d'enjoindre à la Polynésie française de communiquer sans délai à la commune la méthode et le barème de notation au titre du prix de la prestation pour chacun des critères de sélection des dossiers de candidature ainsi que le détail des notes obtenues par les candidats sélectionnés pour les critères des prix de la prestation en conformité avec les prescriptions du règlement de candidature ;

3°) d'annuler la décision de la Polynésie française du 19 décembre 2024 notifiée le 6 janvier 2025 portant élimination de sa candidature dans l'appel d'offres pour le marché de transport scolaire ;

4°) d'enjoindre à la Polynésie française de procéder à une nouvelle analyse des candidatures et de la réintégrer dans la liste des candidats sélectionnés ;

5°) d'enjoindre à la Polynésie française d'écarter toutes les candidatures et toutes les offres non conformes au tarif réglementé imposé par l'arrêté 87 CM du 20 janvier 2005 ;

6°) de condamner la Polynésie française à lui verser la somme de 499.000 FCFP au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le principe d'égalité des candidats n'a pas été respecté ;
 - les obligations d'information des candidats tirées de l'article LP. 332-1 du code des marchés publics de Polynésie française sont méconnues ;
 - la société Maoni a été déclarée attributaire au bénéfice du critère n°2 portant sur le prix alors que celui qu'elle a proposé, de 38 000 FCFP, ne respecte pas l'arrêté n°87/CM du 20 janvier 2005, rappelé dans les documents de la consultation, fixant le tarif règlementé de 49 000 FCFP TTC par trajet aller/ retour du navire ; ce tarif s'impose à tous les candidats sans possibilité de rabais ou de réduction dérogatoire ; ayant elle-même respecté ce tarif, elle aurait du recevoir la note de 60/60 au lieu de 46,53/60 ;
 - l'offre de prix de la société Maoni rendait son offre irrégulière ;
 - la pondération des critères 60/40 est contradictoire en l'absence de possibilité de variante sur le critère du prix ;
 - les critères et sous-critères mis en œuvre sont différents de ceux mentionnés dans le règlement de la consultation ; aucun sous-critère de rabais ou de remise exceptionnelle n'y a été mentionné ;
 - la commune est lésée par ces irrégularités qui ont impacté la procédure d'attribution du marché ;
- Par un mémoire en défense enregistré le 17 janvier 2025, la société Maoni, représentée par Me Quinquis, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la commune de Tairapu Est une somme de 200 000 FCFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la requête est irrecevable ;
- la commune de Taiarapu Est ne justifie pas de sa qualité pour agir à défaut de justifier de la délibération de son conseil municipal habilitant le maire à saisir le juge des référés précontractuels ;
- la procédure de référé précontractuel ne peut pas être utilisée pour contester un acte détachable comme la décision rejetant une offre ; elle ne peut être mise en œuvre qu'à l'encontre de la procédure de passation elle-même ;
- la requérante ne justifie pas de ce qu'elle a procédé à la notification de son recours conformément à l'article R 551-1 du code de justice administrative ; s'agissant d'une obligation relevant des règles de procédure administrative contentieuse, elle s'applique de plein droit en Polynésie française conformément à l'article 7 de la loi organique statutaire ;
- l'intervention de la commune n'est pas justifiée par une éventuelle carence de l'initiative privée ; elle doit rapporter la preuve de ce que son intervention dans ce marché constitue le prolongement d'une mission de service public dont elle a la charge, or le transport scolaire n'est pas une compétence des communes mais de la Polynésie française conformément à la délibération n°79-18 du 29 janvier 1979 ; la commune affecte des agents communaux à l'exécution de la prestation de transport et cette situation est de nature à porter atteinte à l'égalité des candidats à la commande publique ;
- les critères et sous critères pondérés ont été portés à la connaissance des candidats dans le règlement de consultation ; l'acheteur public n'est en revanche pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres ;
- la requérante confond les notions d'offre économiquement la plus avantageuse et d'offre la moins disante ;
- le marché qui prévoit un critère prix à hauteur de 60 % vise précisément à permettre la diminution du tarif fixé actuellement à 49.000 FCP TTC par aller-retour du navire depuis l'année 2005 ;
- le tarif fixé par le conseil des ministres en application de l'article 14 de la délibération n°79-18 du 29 janvier 1979 s'avère très supérieur au coût de la prestation et constituait une rente injustifiée pour la commune ; l'existence d'un prix réglementé ne doit pas faire obstacle à la remise d'un prix différent plus avantageux pour l'acheteur public ;
- la présentation d'une offre comportant un prix inférieur à celui qui avait été fixé en 2005 ne correspond ainsi pas à un rabais ou une remise s'analysant en un sous-critère prévu par le règlement de consultation mais constitue l'objet même du critère prix prévu au marché ;

Par un mémoire en défense communiqué le 22 janvier et enregistré le 23 janvier 2025, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle soutient que :

- elle n'a commis aucun manquement justifiant l'annulation de la procédure de passation du marché ; les candidats ont été régulièrement informés quant aux critères, leur pondération ou hiérarchisation ; dès lors qu'est fixé un critère du prix, jugé à hauteur de 60% de la note finale, c'est que les candidats étaient libres d'en proposer un indépendamment du fait qu'une tarification est fixée par arrêté ; en cas

de doute il lui était loisible d'interroger l'acheteur ; deux candidats sur trois ont produit des offres financières optimisées par rapport au tarif fixé par défaut dans l'arrêté ;

- la requérante ne commet pas d'erreur en rappelant que les candidats ont l'obligation de respecter le tarif réglementé fixé à 49 000 F CFP ; les stipulations de l'article 10 du CCAP en revanche n'indiquent ni de manière explicite, ni implicite, que le prix unitaire proposé doit être de 49 000 F TTC ; l'existence dudit arrêté est purement et simplement rappelée ;

- les offres des deux concurrents privés ne sont pas irrégulières car inférieures au montant fixé dans l'arrêté ; elles ne contreviennent pas à " l'ordre public économique " établi par l'arrêté ;

- si par extraordinaire, la juridiction admettait que l'arrêté n° 87 CM du 20 janvier 2005 fixait réellement un prix fixe qui s'imposait à tous les candidats, pour des raisons d'égalité de traitement des candidats mais également de transparence, il conviendra d'annuler toute la procédure de passation du marché.

Par une ordonnance du 9 janvier 2025, le juge des référés a suspendu la signature du contrat jusqu'au 29 janvier 2025 et rejeté le surplus des conclusions avant dire-droit de la commune de Tairapu Est.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience qui s'est tenue le 23 janvier 2025 à 9h00.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

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

- les observations de Me Usang pour la commune de Tairapu Est, de Mme A pour la Polynésie française et de Me Quinquis pour la société Maoni, qui ont repris les moyens et arguments exposés dans leurs écritures.

La clôture de l'instruction a été reportée à 12h00 le 23 janvier 2025.

La commune de Tairapu Est a produit une pièce complémentaire avant la clôture de l'instruction, qui a été communiquée.

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 ;

- la délibération n° 79-18 du 29 janvier 1979 portant organisation et financement des transports scolaires routiers, maritimes et aériens à l'intérieur des îles ou inter-îles ;

- le code de justice administrative.

Considérant ce qui suit :

1. La Polynésie française a lancé le 23 septembre 2024 une procédure d'appel d'offres pour un marché de service de transport scolaire par voie maritime des élèves et étudiants résidents au Fenua Aihere et scolarisés dans les établissements d'enseignement situés sur l'île de Tahiti. La forme du marché est celle d'un marché à bons de commande mono-attributaire dont la valeur minimum est de 40 000 000 F CFP et la valeur maximum est de 134 848 000 F CFP. Par un courrier du 19 décembre 2024, le ministre de l'éducation a informé la commune de Tairapu Est que son offre, classée 3ème, avait été écartée, au

profit de celle présentée par la société Maoni déclarée attributaire, nettement plus avantageuse sur le critère du prix. La commune de Taiarapu Est demande au juge des référés d'annuler la décision de rejet de son offre et d'enjoindre la reprise de la procédure en y excluant les entreprises ayant présenté une offre irrégulière car ne respectant pas la réglementation tarifaire sur le prix des transports scolaires par voie maritime entre le "Pari" de Tautira et le village de Tautira résultant de l'arrêté n° 87 CM du 20 janvier 2005 fixant au tarif de 49.000 F CFP le prix d'un trajet aller/retour du navire.

2. 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. " ;

Sur les fins de non-recevoir :

3. En premier lieu, il résulte tant de la nature même de l'action en référé ouverte par les dispositions précitées du code de justice administrative, qui ne peut être intentée que dans le bref délai précédent la signature du contrat et ne permet, en vertu de l'article L. 511-1 du même code, que de prendre des mesures présentant un caractère provisoire, que le maire peut agir en justice à cette fin sans y être habilité par le conseil municipal.

4. En deuxième lieu, ainsi qu'il résulte des termes mêmes de l'article L.551-24 du code de justice administrative, la procédure de référé précontractuel peut être utilisée pour demander l'annulation de toute décision se rapportant à la passation du contrat, incluant la décision de l'acheteur public d'écartier une offre.

5. En troisième lieu, les dispositions de l'article L.551-24 du code de justice administrative applicables en Polynésie française pour le référé précontractuel n'instituant pas, à la différence de celle de l'article L. 551-4 du même code dans le cas d'un recours introduit sur le fondement de l'article L. 551-1, une suspension automatique du contrat dès la saisine du juge, la requérante n'a en conséquence pas à justifier de ce qu'elle a procédé à la notification de son recours conformément à l'article R 551-1 du code de justice administrative dont les dispositions ne s'appliquent ainsi pas en Polynésie française.

6. En dernier lieu, dès lors que la commune de Taiarapu Est, précédente attributaire du marché, a été admise par l'acheteur public à présenter sa candidature et une offre, la circonstance invoquée par la

société Maoni qu'elle ne satisfait pas les conditions posées pour qu'une collectivité territoriale soit autorisée à candidater à un contrat de la commande publique n'est pas de nature à rendre sa requête en référé précontractuel irrecevable.

7. Les fins de non-recevoir opposées à la requête de la commune de Tairapu Est doivent, dès lors, être écartées.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

8. Aux termes de l'article LP. 235-2 du code polynésien des marchés publics : " I.- Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur public se fonde : 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement et l'interopérabilité. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ; 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix. II.- À l'exception des marchés passés selon la procédure du concours, lorsque plusieurs critères sont prévus, l'acheteur public précise leur pondération. La pondération peut être exprimée par l'affectation d'un nombre de points, d'un coefficient ou d'un pourcentage par critère. Les critères ainsi que leur pondération sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. L'acheteur public peut avoir recours à des sous-critères pour mettre en œuvre les critères de choix de l'offre. Dans ce cas, il les mentionne également dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Lorsque ces sous-critères font l'objet d'une pondération et que la nature et l'importance de celle-ci sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation et la sélection des offres, elle est portée à la connaissance des candidats dans les mêmes conditions ".

9. Pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, 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 concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces critères. Il doit également porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation des sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection. Il n'est, en revanche, pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres.

10. Il résulte de l'article V du règlement de la consultation que la détermination de l'offre la plus avantageuse s'effectuait à travers deux critères, " Pertinence du mémoire " noté sur 40 points et " Prix de la prestation " noté sur 60 points. L'article 10 du CCAP du marché, faisant partie des documents de la consultation, indique que : " Le marché est fixé à un prix unitaire. La tarification en vigueur est réglementée par l'arrêté n°87/CM du 20 janvier 2005 fixant la tarification des transports scolaires par voie maritime entre le " Te Pari " de Tautira et le village de Tautira ". Les prix figurant sur le bordereau des prix sont réputés établis à la date de remise des offres () ".

11. Aux termes de l'article 1er de la délibération n° 79-18 du 29 janvier 1979 portant organisation et financement des transports scolaires routiers, maritimes et aériens à l'intérieur des îles ou inter-îles : " La présente délibération a pour objet de déterminer les conditions dans lesquelles le territoire prendra en charge, sans préjudice de l'intervention de l'Etat, les frais de transports scolaires engagés pour assurer la fréquentation scolaire ". Aux termes de l'article 6 de cette délibération : " Les services de transports réservés aux élèves sont organisés par le territoire. Ils peuvent également l'être, à défaut, ou dans la mesure où il en résulterait une moindre dépense totale par : les communes et leur groupement () ". Aux termes de son article 13 : " Le financement des transports scolaires est assuré par le territoire, dans la limite des crédits ouverts annuellement au budget, pour la part qui lui est laissée après participation de l'Etat () ". L'article 14 dispose : " Les conditions d'application de la présente délibération sont en tant que de besoins précisées par arrêté du conseil du gouvernement ". Aux termes de l'arrêté n°87 CM du 20 janvier 2005 : " A compter du 17 janvier 2005, le tarif des transports scolaires par voie maritime entre le " Pari " de Tautira et le village de Tautira est fixé à 49 000 FCFP par trajet aller/retour du navire. Toutes dispositions contraires du présent arrêté sont abrogées ".

12. Il résulte de ce qui précède que les documents de la consultation comportaient une contradiction de nature à tromper les candidats sur le prix à proposer, indiquant tout à la fois que la détermination de l'offre la plus avantageuse s'analyserait principalement sur le critère du prix et invitant ainsi les candidats à proposer le prix le plus faible, tout en leur précisant qu'un arrêté en vigueur fixait ce prix à un tarif de 49 000 FCFP par trajet. La Polynésie française a ainsi manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, sans pouvoir utilement se prévaloir de ce que la commune de Tairapu Est pouvait si nécessaire se rapprocher de ses services pour obtenir des éclaircissements sur cette incohérence.

13. La commune de Tairapu Est, dont il est constant que son offre a été classée 3ème parce qu'elle a proposé le prix le plus élevé, résultant du respect de la réglementation en vigueur, est ainsi nécessairement lésée par ce manquement.

14. Dans les circonstances de l'espèce, eu égard au manquement affectant les documents de la consultation, il y a lieu, ainsi que le sollicite à titre subsidiaire la Polynésie française, d'annuler dans son intégralité la procédure de passation de ce marché.

Sur les frais du litige :

15. Il y a lieu, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative de mettre à la charge de la Polynésie française une somme de 150 000 FCFP à verser à la commune de Tairapu Est. Les

conclusions présentées par la société Maoni sur ce fondement ne peuvent en revanche qu'être rejetées.

ORDONNE

Article 1er : La procédure de passation du marché de transport scolaire par voie maritime des élèves et étudiants résidant au Fena Aihere est annulée.

Article 2 : La Polynésie française versera une somme de 150 000 FCFP à la commune de Tairapu Est au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la commune de Tairapu Est, à la Polynésie française et à la société Maoni.

Fait à Papeete, le 24 janvier 2025.

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°2500017