

Décision du Tribunal administratif n° 2400308 du 13 mai 2025

Tribunal administratif de Polynésie française

1ère Chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête et deux mémoires, enregistrés les 17 juillet, 23 octobre et 29 novembre 2024, la société Lex Tiki Conseils et son gérant, représentés par Me Eftimie-Spitz, demandent au tribunal :

1°) d'annuler le marché public conclu par le service du tourisme de la Polynésie française avec la société Polyvalence, représentée par M. D B ;

2°) de condamner la Polynésie française à verser à la société Lex Tiki Conseils la somme de 12 millions de francs pacifiques au titre du préjudice direct et certain subi du fait de son éviction irrégulière par le service du tourisme de la Polynésie française dans le cadre de la consultation relative au marché public susvisé ;

3°) de mettre à la charge respectivement de la Polynésie française et de M. D B les sommes de 300 000 et 150 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ils soutiennent que :

- leur requête est recevable en toutes ses conclusions ;

En ce qui concerne la validité du contrat :

- sur le fondement de la délibération APF n° 2022-162, qui est applicable au marché attaqué, les candidatures de l'attributaire du marché et de 4 autres candidats sur un total de 7 auraient dû être écartées comme irrecevables ;

- la neutralisation du critère de sélection majoritaire aurait dû conduire à un classement sans suite de la procédure de passation ;

- l'administration, qui n'a pas comparé les offres des deux candidats ayant eu la même notation sur le critère majoritaire, a porté atteinte aux obligations de mise en concurrence ;

- l'offre de la société Polyvalence, très inférieure au seuil des MAPA, obligeait le service du tourisme à lui demander des explications sur le prix proposé, ce que n'a pas fait ledit service, lequel a, dès lors, porté atteinte aux principes de mise en concurrence ;

- à la suite de l'attribution du contrat litigieux à la société Polyvalence, aucun avis d'attribution n'a été publié sur le site Lexpol ;

- l'absence de vérification de la capacité des candidats à exercer les métiers du droit et l'attribution d'un marché public à un opérateur ne disposant pas de la capacité juridique est constitutif d'un délit de favoritisme au sens de l'article 432-14 du code pénal ;

En ce qui concerne l'indemnisation :

- la société Lex Tiki Conseils disposait d'une chance sérieuse d'emporter le contrat dès lors, d'une part, qu'elle est arrivée en tête dans l'appréciation du critère technique relatif aux compétences et aux modalités d'assistance et, d'autre part, qu'elle est la seule avec le candidat Groupavocats à disposer d'une candidature recevable ;

- elle est en droit de demander l'indemnisation du préjudice subi du fait de son éviction irrégulière et de

faire valoir un manque à gagner net correspondant à une somme de 12 millions de francs pacifique HT, conformément à l'offre qu'elle avait formulée auprès du service du tourisme.

Par trois mémoires en défense, enregistrés les 23 septembre et 14 novembre 2024 et 13 janvier 2025, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle fait valoir :

- à titre principal, que la requête est irrecevable à défaut d'habilitation, de qualité et d'intérêt pour agir du gérant de la société requérante, en raison de sa tardiveté à défaut de tout recours administratif préalable, et en raison de l'absence d'une demande préalable indemnitaire ;
- à titre subsidiaire, que les moyens de la requête ne sont pas fondés.

Par trois mémoires, enregistrés les 8 novembre 2024 et 27 janvier 2025, M. D B, représenté par la Selarl MVA, conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 400 000 F CFP soit mise à la charge, le cas échéant in solidum, de la société Lex Tiki Conseils et de M. A.

Il fait valoir que :

- le recours de la société requérante est irrecevable dès lors que, d'une part, " Lex Tiki Conseils " est une simple enseigne commerciale dépourvue de personnalité morale qui n'a aucune qualité ni intérêt à agir, d'autre part, il est tardif, les mails invoqués par la société Lex Tiki Conseils ne pouvant être assimilés à des recours administratifs préalables formulant une réelle demande, enfin le courriel en date du 17 juillet 2024 ne peut valoir demande indemnitaire préalable mais constituant une demande transactionnelle destinée à abandonner la procédure contentieuse ;
- les moyens développés par la société requérante ne sont pas fondés.

Par une ordonnance du 16 décembre 2024, la clôture de l'instruction a été fixée en dernier lieu au 27 janvier 2025.

Deux mémoires, présentés pour la société Lex Tiki Conseils, ont été enregistrés les 7 février et 28 mars 2025 après la clôture de l'instruction et n'ont pas été communiqués.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- la délibération n° 2002-162 APF du 5 décembre 2002 ;
- le code polynésien des marchés publics ;
- le code de justice administrative ;

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Busidan
- les conclusions de M. E,
- les observations de Me Eftimie-Spitz pour la société Lex Tiki Conseils, celles de M. C pour la Polynésie française et celles de Me Taiarui pour la société Polyvalence.

Une note en délibéré, présentée pour la société Lex Tiki Conseils et M. A, son gérant, a été enregistrée le 7 mai 2025.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à la concurrence publié le 9 février 2024, le service du tourisme de la Polynésie française a engagé une procédure en vue de la passation d'un marché public en procédure adaptée, dont l'objet est d'assurer une " mission d'assistance technique et rédactionnelle dans la mise en œuvre d'actions ou de projets du service du tourisme nécessitant la mise en place de procédures de passation de marchés publics ". Alors que, le 10 juin 2024, le service du tourisme de la Polynésie française a attribué ce marché à Polyvalence, représentée par M. B, M. A, candidat évincé sous l'enseigne Lex Tiki Conseils, demande au tribunal, d'une part, d'annuler le contrat ainsi conclu entre le service du tourisme de la Polynésie française et Polyvalence, d'autre part de condamner la Polynésie française à l'indemniser des préjudices subis en raison de son éviction irrégulière du marché.

Sur la validité du contrat :

2. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'État dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité. Si le représentant de l'État dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. Un concurrent évincé ne peut ainsi invoquer, outre les vices d'ordre public dont serait entaché le contrat, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction.

En ce qui concerne le moyen tiré du défaut pour la Polynésie française d'avoir vérifié la régularité des offres soumises au regard de la délibération du 5 décembre 2002 portant réglementation de la consultation juridique et la rédaction d'actes sous-seing-privé :

3. D'une part, aux termes de l'article 1er de la délibération du 5 décembre 2002 portant réglementation de la consultation juridique et la rédaction d'actes sous-seing-privé : " Nul ne peut, directement ou par personne interposée, à titre habituel et rémunéré, donner des consultations juridiques ou rédiger des actes sous seing privé pour autrui s'il ne satisfait aux conditions suivantes : - justifier d'une compétence juridique appropriée à l'activité de consultation juridique et de rédaction d'actes sous seing privé qu'il est autorisé à pratiquer conformément aux dispositions de la présente délibération. Ne justifient de la compétence juridique appropriée que les personnes exerçant les professions et activités visées aux articles 2 et 3 ainsi que les organismes visés à l'article 4 de la présente délibération. () ".

4. D'autre part, aux termes de l'article 1er " objet du marché et dispositions générales " du cahier des clauses techniques particulières (CCTP), le contrat en litige " porte sur une mission d'assistance technique et rédactionnelle visant à accompagner le Service du tourisme (SDT) dans la mise en œuvre d'actions ou de projets nécessitant la mise en place de procédures de passation de marchés publics. ". L'article 2 de ce CCTP stipule que " La mission a pour objet d'assister le SDT (maître d'ouvrage) d'un point de vue technique et rédactionnel dans la préparation des documents liés aux procédures de marchés publics à procédure adaptée (MAPA), formalisée et éventuellement négociée, voire complexe (dialogue compétitif) le cas échéant. ". Aux termes de l'article 3 de ce même document : " Le titulaire du marché s'engage à effectuer les missions suivantes : 1- Missions à caractère technique - Assister le maître d'ouvrage dans les différentes opérations de fonctionnement et d'investissement gérée par le SDT qui nécessitent un appui technique sur le projet - Rechercher et proposer la meilleure solution technique nécessaire à la réalisation d'une opération - Proposer le type de marché idoine (assistance à maîtrise d'ouvrage, marché de maîtrise d'œuvre, marché de travaux) ; 2- Missions à caractère administratif - Assister et rédiger pour le maître d'ouvrage les procédures suivantes, selon le type de marché adapté (accord-cadre, marché à procédure adaptée, marché à procédure formalisée, procédure négociée) au projet : - Rédaction de l'avis d'appel public à la concurrence ; - Rédaction du règlement de consultation ; - Rédaction de l'acte d'engagement ; - Rédaction du cahier des clauses administratives particulières ; - Rédaction du cahier des clauses techniques particulières ; - Rédaction de la décomposition du prix global et forfaitaire ou du bordereau de prix unitaire ; - Vérifications et corrections des documents de projets de marchés ; - Rédaction de courriers aux opérateurs économiques. - Assister aux réunions de travail liées aux projets de marchés. - Assister le maître d'ouvrage lors des commissions d'appel d'offres et rédiger tous documents (rapports d'analyse, de présentation, etc.) nécessaires à chaque étape de la mise en concurrence. ".

5. Il résulte des stipulations contractuelles précitées que le marché attaqué confie à son titulaire une mission d'assistance à l'administration contractante afin de lui permettre de passer des marchés publics et de sélectionner les candidats dans le respect des dispositions du code des marchés publics, sans concourir, par une expertise spécifiquement juridique, à la prise de décision. Ce marché vise ainsi à épauler le service du tourisme dans la définition de ses besoins et la détermination du type de marché convenant au besoin défini, et à rédiger tous les documents nécessaires au déroulement de ce marché, de l'avis d'appel public à la concurrence jusqu'aux rapports d'analyse et de présentation, en passant notamment par les cahiers des clauses administratives et techniques particulières, le règlement de consultation ou les courriers aux opérateurs économiques. De telles prestations, comparables à celles qui, dans le cadre d'une opération de travaux publics, incomberaient à un maître d'œuvre, ne peuvent être regardées comme constituant à titre principal des consultations juridiques au sens de la délibération du 5 décembre 2002, lesquelles s'entendent d'avis juridiques concourant par les éléments qu'ils apportent à la prise de décision du bénéficiaire de la consultation. Par ailleurs, le marché en cause porte sur la rédaction de documents relatifs à la passation ou à l'exécution de contrats publics et ne saurait donc être regardé comme confiant à son titulaire le soin d'établir des actes sous seing privé au

sens des mêmes articles. Dans ces conditions, la Polynésie française n'avait pas à examiner si les offres qui lui avaient été soumises émanaient exclusivement de personnes autorisées par ladite délibération à donner des consultations juridiques. Dès lors, à supposer que, comme l'affirme le requérant, M. B, comme d'autres soumissionnaires, ne remplissait pas les critères fixés par ladite délibération pour donner des consultations juridiques, une telle circonstance est sans incidence sur la validité de l'attribution du marché en litige à M. B.

En ce qui concerne le moyen tiré de l'atteinte portée au principe de mise en concurrence faute pour la Polynésie française d'avoir demandé à M. B des justifications sur le montant de son offre anormalement basse :

6. D'une part, l'article LP. 223-1 du code polynésien des marchés publics dispose : " I.- Les marchés publics sont passés selon les procédures formalisées suivantes :/ 1° Appel d'offres ouvert ou restreint défini par l'article LP 322-1 ;/ 2° Procédures négociées, dans les cas prévus à l'article LP 323-2 ;/ 3° Dialogue compétitif, dans les cas prévus par l'article LP 324-1 ;/ 4° Concours, défini par l'article LP 325-1.// II.- Ils peuvent être passés selon une procédure adaptée, dans les conditions définies par l'article LP 321-1 : / 1° Lorsque le montant estimé du besoin est inférieur aux seuils fixés par le I de l'article LP 223-2 ; / 2° Quel que soit le montant estimé du besoin dans les cas prévus à l'article LP 321-2 et sous réserve des dispositions de l'article LP 223-3.// III - Ils peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence dans les cas prévus à l'article LP 223-3 ". Par ailleurs, aux termes de l'article LP. 223-4 du code polynésien des marchés publics : " L'acheteur public ne peut pas se soustraire à l'application du présent code en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul du montant estimé de son besoin autres que celles prévues par les articles LP 223-5 et LP 223-6 ". L'article L.P. 223-6 dispose : " IV.- Pour les marchés comportant des périodes de reconduction, la valeur à prendre en compte correspond à la valeur estimée du marché appréciée sur la durée totale du marché périodes de reconduction comprises ". Il résulte ainsi de ces dispositions que, pour déterminer le type de procédure qu'il doit conclure, l'acheteur public doit faire une estimation du montant financier de son besoin incluant les périodes de reconduction éventuelles.

7. D'autre part, il résulte de l'instruction, notamment de l'article 4.2 du CCTP et de l'article 1.3 du cahier des clauses administratives particulières du marché en litige, que la durée du marché est de douze mois, pour un volume maximal horaire de 600 heures, reconductible une fois, le titulaire ne pouvant s'opposer à la reconduction tacite prévue. Alors qu'il résulte également de l'instruction que l'offre retenue a été proposée au prix de 4,8 millions de francs pacifiques HT pour une période de douze mois, qui peut ainsi donner lieu, compte tenu de la période de reconduction envisagée, à un marché s'élevant à 9,6 millions de francs pacifiques HT, le requérant n'est pas fondé à soutenir que cette offre serait anormalement basse par rapport à la procédure de passation du marché en procédure adaptée choisie par la Polynésie française, laquelle, au regard des articles LP. 223-3 et LP. 223-2 du code polynésien des marchés publics, intéresse les marchés supérieurs à 8 millions de francs pacifiques et inférieurs à 35 millions de francs pacifiques. Par suite, le moyen tiré de ce que la Polynésie française, en s'abstenant de demander des explications sur ladite offre, aurait porté atteinte au principe de mise en concurrence ne

peut qu'être écarté.

En ce qui concerne le moyen tiré de l'atteinte portée aux obligations de mise en concurrence, faute pour la Polynésie française d'avoir comparé les offres sur le critère technique :

8. Le règlement de la consultation du marché en litige indique que l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse sera analysée et sélectionnée au terme d'un classement prenant en compte les deux critères du prix et de la valeur technique, selon une pondération de 60 pour le premier et 40 pour le second, étant précisé que le critère de la valeur technique sera mis en œuvre grâce à deux sous-critères portant, pour l'un, sur la description des méthodes et de l'organisation de la conduite de la mission et pour l'autre, sur la présentation des compétences et des références.

9. Il résulte de l'instruction, notamment du rapport d'analyses des offres, que l'administration a examiné les offres du requérant et de l'attributaire en détaillant, de manière minutieuse et particulière à chaque offre, leurs caractéristiques au regard des sous-critères techniques retenus. La circonstance qu'au terme de cet examen, les offres ont obtenu la même note sur ce critère technique ne permet d'en déduire ni un défaut de comparaison des offres entre elles qui serait constitutif d'une atteinte aux obligations de mise en concurrence, ni une quelconque " neutralisation du critère technique " qui aurait dû conduire la Polynésie française à classer sans suite la procédure de passation.

10. Alors que le défaut de publicité de l'avis d'attribution du marché est postérieur au choix de l'attributaire du contrat et n'est donc pas susceptible d'avoir lésé le requérant, il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'examiner les fins de non-recevoir opposées par les défendeurs, que les conclusions présentées par M. A sous l'enseigne Lex Tiki Conseils tendant à la contestation de la validité du contrat conclu entre le service du tourisme de la Polynésie française et M. B sous l'enseigne Polyvalence doivent être rejetées, ainsi, par voie de conséquence, que ses conclusions indemnitaires.

Sur les frais liés au litige :

11. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge des défendeurs, qui n'ont pas la qualité de partie perdante, au titre des frais exposés par M. A non compris dans les dépens. En revanche, sur le fondement des mêmes dispositions et dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de M. A la somme de 150 000 francs pacifiques à verser à M. B au titre des frais d'instance.

D E C I D E :

Article 1er : La requête présentée par M. A est rejetée.

Article 2 : M. A versera à M. B la somme de 150 000 francs pacifiques au titre des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Le présent jugement sera notifié à M. F A exerçant sous l'enseigne " Lex Tiki Conseils ", à la Polynésie française et à M. D B exerçant sous l'enseigne " Polyvalence ".

Délibéré après l'audience du 29 avril 2025, à laquelle siégeaient :

M. Devillers, président,

Mme Busidan, première conseillère ;

M. Graboy-Grobescio, premier conseiller,

Rendu public par mise à disposition au greffe le 13 mai 2025.

La rapporteure,

H. Busidan Le président,

P. Devillers

La greffière,

D. Oliva-Germain

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,

Un greffier,