

Ordonnance du Tribunal administratif n° 2500331 du 04 août 2025

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 15 juillet 2025, qui a fait l'objet, dans un premier temps, de deux mémoires complémentaires, l'un enregistré le 31 juillet 2025 à 9h21 dont la société requérante a indiqué dans l'application Télérecours qu'il était destiné seulement au juge et à l'OPH, l'autre enregistré le 31 juillet 2025 à 9h24 dont la requérante a indiqué dans l'application Télérecours qu'il était destiné seulement à la société Fiumarella, puis, dans un second temps, d'un mémoire complémentaire enregistré le 31 juillet 2025 à 14h54 qui, destiné à toutes les parties, doit être regardé comme retirant et remplaçant les deux mémoires précédents, la société par actions simplifiée ATM Construction, représentée par Me Tang, demande au juge des référés, sur le fondement des articles L.551-13 et suivants du code de justice administrative, dans le dernier état de ses écritures :

- 1°) d'annuler le contrat n° 2025/63, lot n°2 Fondations Gros Œuvre du marché de travaux de construction de 85 logements étudiants de l'opération CHE d'Outumaoro attribué à la SA Fiumarella ;
- 2°) de prononcer une pénalité financière de 2 400 000 francs pacifiques à l'encontre de l'Office Polynésien de l'Habitat (OPH) en application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative ;
- 3°) de mettre à la charge de l'OPH une somme de 300 000 francs pacifiques au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- 4°) de mettre à la charge de la société Fiumarella une somme de 150 000 francs pacifiques au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- son recours est recevable, dès lors que le litige concerne un marché public soumis aux dispositions des articles LP. 322-2 à 322-9 du code polynésien des marchés publics, qu'elle a soumis une offre relativement à ce marché et a donc intérêt à conclure le contrat, que le marché a été attribué avant la notification du rejet de son offre et qu'elle est lésée par ce rejet et par l'information des motifs de ce rejet ;
- la signature du marché est intervenue avant la notification du rejet de son offre en violation de l'article LP. 332-1 du code polynésien des marchés publics ;
- le rejet de son offre comme anormalement basse est erroné ;
- estimant que la communication des pièces fournies selon la procédure de l'article R. 412-2-1 du code de justice administrative porterait atteinte au secret des affaires, elle renonce faute de pouvoir répondre utilement à présenter ses observations visant à démontrer que l'affirmation de l'OPH sur le caractère anormalement bas de son offre ne pouvait pas justifier le rejet de sa candidature ;
- elle avait toutes ses chances d'obtenir le contrat au vu du montant du marché attribué à la société retenue.

Par deux mémoires en défense, enregistrés le 23 et 30 juillet 2025, l'Office Polynésien de l'Habitat (OPH), représenté par Me Quinquis, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la

requérante la somme de 200 000 francs pacifiques à lui verser au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que :

- c'est à raison que l'OPH a rejeté l'offre de la société requérante comme anormalement basse, alors qu'il a respecté la procédure prévue à cet effet et que la société n'apporte aucun élément de nature à contester le caractère anormalement bas de son offre ;
- la circonstance que la lettre informant la requérante du rejet de son offre a été notifiée postérieurement à la notification du marché à l'attributaire n'entraîne pas l'annulation de la procédure de passation dès lors que l'offre de la requérante était anormalement basse et que la société requérante ne critique pas la régularité de l'offre attributaire ;
- l'erreur des services de l'OPH n'ayant eu aucune conséquence pour la société ATM Construction, le juge pourra décharger l'OPH de toute pénalité.

Par un mémoire en défense enregistré le 30 juillet 2025, la société Fiumarella, représentée par Me Mikou, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la requérante la somme de 150 000 francs pacifiques à lui verser au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la société ATM, qui ne conteste pas l'irrégularité de son offre, n'a pas intérêt à agir ;
- la société ATM n'établissant pas qu'elle n'avait plus accès à l'adresse utilisée par l'OPH, le délai de suspension a été respecté ;
- à supposer que ce délai n'ait pas été respecté, ce non-respect n'entraîne l'annulation du marché en vertu de l'alinéa 3 de l'article L. 551-18 du code de justice administrative qu'à la double condition que le requérant a été privé de la faculté d'engager un référé précontractuel et l'acheteur public a méconnu les obligations de publicité et mise en concurrence, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Par deux mémoires distincts, enregistrés les 30 et 31 juillet 2025, la société requérante ATM Construction a produit, selon les modalités prévues par l'article R. 412-2-1 du code de justice administrative, des pièces couvertes par le secret des affaires au sens de l'article L. 611-1 du code de justice administrative, à savoir :

- sous une pièce A les pièces relatives à sa candidature,
- sous une pièce B son projet de marché,
- sous une pièce C le mémoire justificatif des dispositions proposées pour l'exécution des travaux,
- sous une pièce D le justificatif de la remise de l'offre,
- sous une pièce E le courrier de la société ATM Construction du 10 février 2025 justifiant de l'absence de caractère anormalement bas de son offre avec en annexe 8 sous-détails de prix des principaux postes de l'offre faite par la société ATM Construction et la présentation de l'entreprise,
- sous une pièce F, sa réponse au rapport Luseo.

Le président du Tribunal a désigné Mme Busidan, première conseillère, pour statuer sur les demandes de référé.

Vu :

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

Au cours de l'audience publique du 1er août 2025, qui s'est tenue en présence de M. Estall, greffier d'audience, Mme Busidan a lu son rapport, a donné lecture de l'article R. 412-2-1 du code de justice administrative et a entendu :

- les observations de Me Lenoir, représentant la société ATM Construction, aidé de M. Ameslant, président de cette société, qui a conclu aux mêmes fins que ses mémoires par les mêmes moyens ; il ajoute que le rapport de la société Luseo Pacific, versé au dossier contradictoire par l'OPH, s'il procède à un calcul correct du nombre d'heures de travail nécessaires pour réaliser les superstructures du bâtiment J, en donne ensuite une traduction inepte s'agissant du nombre d'ouvriers à mobiliser, alors que le marché ne concerne pas seulement ce bâtiment J mais également un autre bâtiment ; que, s'agissant du coût du matériel, ce rapport n'est pas davantage fiable, par exemple le prix de la location d'un camion sur lequel il se fonde ne correspondant pas aux modalités auxquelles sa société recourt à ce type de matériel ;

- les observations de Me Quinquis, représentant l'OPH, qui a maintenu les termes de ses mémoires en défense; il ajoute que les trois éléments identifiés par le cabinet Luseo comme de nature à conclure que l'offre faite par la société requérante était anormalement basse et ne permettait donc pas de garantir une bonne exécution du marché, ne sont pas utilement contredits par ce qui est dit à l'audience ; que s'il ne conteste pas la confusion qui a conduit l'OPH à utiliser une boîte électronique différente de celle indiquée par la société ATM Construction, il n'en résulte pas qu'une sanction financière doit être infligée à l'OPH ;

- les observations de Me Mikou, représentant la société Fiumarella, qui conclut aux mêmes fins que son mémoire par les mêmes moyens ; il ajoute que le cabinet Luseo Pacific, sollicité par l'OPH pour vérifier si la suspicion d'offre anormalement basse était avérée, est un maître d'œuvre expérimenté et indépendant ; qu'il ne comprend pas le procédé consistant, pour la société requérante, à écrire dans son dernier mémoire qu'elle renonce à présenter des observations visant à démontrant que son offre n'était pas anormalement basse tout en venant à l'audience présenter des observations orales, lesquelles sont donc des affirmations sans aucune valeur puisqu'elles ne sont corroborées par aucun élément.

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

Une note en délibéré, présentée pour la société Fiumarella, a été enregistrée le 1er août 2025 à 15h42.

Considérant ce qui suit :

1. L'Office Polynésien de l'Habitat (OPH) a engagé une procédure d'appel d'offres ouvert par un avis d'appel public à la concurrence publié le 11 octobre 2024, en vue de la passation d'un marché public relatif à la réalisation de la construction de 85 logements pour étudiants dans le centre d'hébergement pour étudiants (CHE) d'Outumaoro. La société ATM Construction a été informée, par courrier daté du 2 mai 2025 notifié par courriel du 30 mai 2025, de ce qu'après analyse des offres, la commission d'appel

d'offres l'avait déclarée anormalement basse. Son recours en référé précontractuel introduit sur le fondement de l'article L. 551-24 du code de justice administrative a été rejeté comme irrecevable par ordonnance du 12 juin 2025, le contrat ayant été signé et notifié à l'attributaire, la société Fiumarella, le 22 mai 2025. La société ATM Construction demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, d'annuler le contrat signé et de prononcer une pénalité financière à l'encontre de l'OPH.

Sur la mise en œuvre de la procédure prévue à l'article R. 412-2-1 du code de justice administrative :

2. Les dispositions des articles R. 611-30 et R. 412-2-1 du code de justice administrative ont pour objet de concilier, d'une part, le principe fondamental du contradictoire, qui est un principe directeur de la procédure contentieuse administrative dont le respect n'est pas remis en cause mais donne simplement lieu à aménagement procédural et, d'autre part, le secret des affaires, au sens de l'article L. 151-1 du code de commerce, dont une partie peut souhaiter se prévaloir pour apprécier dans quelle mesure elle doit envisager de soumettre au débat contradictoire certains éléments d'information, en étant le cas échéant éclairée avant qu'une de ses productions puisse être communiquée aux autres parties.

3. La société ATM Construction a communiqué, sous deux plis distincts, dument annotés, des pièces et un mémoire technique pour lequel le secret des affaires fait obstacle à ce qu'ils soient soumis au contradictoire de la société Fiumarella. Il est donc statué au vu de ces pièces par une motivation adaptée pour ne pas porter atteinte au secret des affaires en tant que ces documents sont utiles au traitement du litige.

Sur les conclusions tendant à l'annulation du contrat :

4. Aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section ". Aux termes de l'article L. 551-14 de ce code : " Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. // Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours ". Aux termes de l'article L. 551-18 du même code : " Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. //()// Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L.

551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat ". Enfin, l'article L. 551-20 du même code dispose : " Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière ".

5. Il résulte de ces dispositions qu'en ce qui concerne l'ensemble des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, les manquements susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre du référé contractuel sont, comme les sanctions auxquelles ils peuvent donner lieu, limitativement définis aux articles L. 551-18 à L. 551-20 du même code. Ainsi, le juge des référés ne peut prononcer la nullité mentionnée à l'article L. 551-18, c'est-à-dire annuler le contrat, ou, le cas échéant, prendre les autres mesures prévues aux articles L. 551-19 et L. 551-20, que dans les conditions prévues à ces articles à savoir la méconnaissance du délai de suspension de signature qui aurait privé la requérante de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5 cumulée à la méconnaissance de ses obligations de publicité et de mise en concurrence d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat.

En ce qui concerne la première condition fixée par l'article L. 551-18 du code de justice administrative :

6. Il résulte de l'instruction, comme l'OPH l'admet d'ailleurs, que la société requérante n'a été informée du rejet de l'offre qu'elle avait soumise dans le cadre du marché en litige par une notification de cette information à l'adresse électronique indiquée dans son offre qu'après la notification par l'OPH à la société attributaire du contrat signé par ces deux parties. Par suite, la société ATM Construction doit être regardée comme ayant été privée de son droit d'exercer le recours précontractuel prévu par les articles L. 551-1 ou L. 551-5 du code de justice administrative, ou l'article L. 551-24 en Polynésie française. Dès lors, la première condition fixée par les dispositions du 3ème alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative doit être regardée comme remplie.

En ce qui concerne la seconde condition fixée par l'article L. 551-18 du code de justice administrative :

7. La société requérante soutient que l'OPH a méconnu ses obligations en matière de mise en concurrence d'une manière affectant ses chances de d'obtenir le contrat en écartant à tort son offre comme anormalement basse.

8. Aux termes de l'article LP. 235-3 du code polynésien des marchés publics, dans sa rédaction applicable en l'espèce : " Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables au sens de l'article LP 122-3 sont éliminées par l'acheteur public. // Si une offre paraît anormalement basse, l'acheteur public demande au candidat qu'il fournisse les précisions et justifications sur le montant de son offre. Si, après vérification des justifications fournies, l'acheteur public établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette par décision motivée. // Les offres qui n'ont pas été éliminées en application du premier et du deuxième alinéa sont jugées au regard du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, puis sont classées par ordre décroissant. L'offre

économiquement la plus avantageuse choisie en application du ou des critères annoncés est l'offre la mieux classée par l'acheteur public ".

9. Il résulte des dispositions précitées que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé. Si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre.

10. Il résulte de l'instruction que, se demandant si l'offre transmise par la société ATM Construction n'était pas susceptible d'être jugée anormalement basse, l'OPH a demandé à la société requérante, par lettre datée du 20 janvier 2025, de bien vouloir transmettre tous arguments et documents utiles pour justifier du caractère sérieux de son offre. La réponse de la société ATM Construction, en date du 10 février 2025, transmise au tribunal sans être versée au débat contradictoire afin de respecter le secret des affaires, a été soumise par l'OPH au cabinet de maîtrise d'œuvre Luseo Pacific. Par un rapport daté du 25 février 2025, dans une version occultant les mentions susceptibles de porter atteinte au secret des affaires versée au dossier contradictoire par l'OPH, ce cabinet a fait porter son analyse de la réponse de la société sur les données chiffrées et en particulier d'une part, sur la quantité d'heures de main d'œuvre prévue pour mettre en œuvre 1m³ de béton, d'autre part sur le coût du matériel pour mettre en œuvre 1m³ de béton. Cette analyse a conclu que l'entreprise n'a chiffré ni les effectifs ni le matériel en quantité suffisante pour mener à bien le chantier et qu'elle présentait en conséquence un risque élevé d'être dans l'incapacité de livrer le chantier dans le prix, le respect des règles de sécurité et le délai contractuel prévu au marché. Si, dans le document F transmis au tribunal sans être versé au débat contradictoire afin de respecter le secret des affaires, la société ATM Construction conteste vigoureusement l'analyse menée par le cabinet Luseo Pacific en faisant valoir notamment, s'agissant du calcul du nombre d'ouvriers qu'elle est fautive parce qu'elle s'appuie sur une durée inexacte de la réalisation du bâtiment analysé, ou qu'au final l'offre de la société est plus proche de l'estimation de la maîtrise d'œuvre que celle de l'entreprise retenue, les éléments fournis sont insuffisants à établir que l'OPH aurait écarté à tort l'offre de la société requérante comme anormalement basse.

11. Il résulte de ce qui précède que la deuxième condition fixée par l'article L. 551-18 du code de justice administrative, relative à une méconnaissance par l'OPH de ses obligations en matière de mise en concurrence n'étant pas remplie, les conclusions de la société requérante tendant à l'annulation du contrat doivent être rejetées.

Sur le prononcé d'une pénalité :

12. Pour déterminer la sanction à prononcer en application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative, il incombe au juge du référé contractuel qui constate que le contrat a été signé prématurément, en méconnaissance des obligations de délai rappelées à l'article L. 551-20 du code de justice administrative, d'apprécier l'ensemble des circonstances de l'espèce, en prenant notamment en compte la gravité du manquement commis, son caractère plus ou moins délibéré, la plus

ou moins grande capacité du pouvoir adjudicateur à connaître et à mettre en œuvre ses obligations ainsi que la nature et les caractéristiques du contrat.

13. Aux termes de l'article L. 551-22 du code de justice administrative : " Le montant des pénalités financières prévues aux l'articles L. 551-19 et L. 551-20 tient compte de manière proportionnée de leur objet dissuasif, sans pouvoir excéder 20 % du montant hors taxes du contrat. Le montant de ces pénalités est versé au Trésor public ".

14. Il ne résulte pas de l'instruction, contrairement à ce que soutient la société ATM Construction, que le non-respect par l'OPH du délai de suspension entre l'information de la société requérante et la signature du marché aurait procédé d'une volonté d'évincer la société requérante, mais plutôt d'une erreur des services de l'acheteur public sur l'adresse à laquelle devait être envoyée la lettre d'information. Dans ces conditions, alors que toutefois l'OPH est un pouvoir adjudicateur à qui, compte tenu de son importance, il appartient d'être vigilant dans la mise en œuvre de ses obligations, il y a lieu d'infliger à l'OPH une pénalité financière d'un montant d'un million de francs pacifiques.

Sur les frais liés au litige :

15. Sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et dans les circonstances de l'espèce, il ne paraît pas inéquitable de laisser à chacune des parties à l'instance la charge des frais qu'elles ont exposés et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

Article 1er : La requête de la société ATM Construction est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de l'Office Polynésien de l'Habitat et de la société Fiumarella tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Une pénalité d'un million de francs pacifiques, qui sera versée au Trésor public (paierie de la Polynésie française), est infligée à l'Office Polynésien de l'Habitat en application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société ATM Construction, à l'Office Polynésien de l'Habitat, à la société Fiumarella et au Trésor Public (paierie de la Polynésie française).

Fait à Papeete, le 4 août 2025.

La juge des référés,

H. Busidan

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°2500331