

Décision du Tribunal administratif n° 1500594 du 24 janvier 2017

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire enregistrés les 3 novembre 2015 et 14 septembre 2016, la société Interoute, représentée par Me Mikou, avocat, demande au tribunal dans le dernier état de ses écritures : 1°) d'annuler le marché public relatif à la fourniture et à la livraison de matériels industriels pour les lots n°2 et n°3 conclus les 6 juillet 2016 et 30 juillet 2016 par le président de la Polynésie française avec la société Temana Import ; 2°) de l'indemniser du préjudice qu'elle estime avoir subi du fait de son éviction pour un montant de 31 673 275 F CFP ; 3°) de condamner la Polynésie française à lui verser la somme de 203 400 F CFP en remboursement des frais d'expertise du commissaire aux comptes ; 4°) de mettre à la charge de la Polynésie française une somme de 500 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la Polynésie française a commis un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence en ne publiant pas les sous-critères d'analyse des offres en méconnaissance des articles 20, 25 et 40 du code des marchés publics de la Polynésie française ;
- la Polynésie française a commis un manquement au principe d'égalité entre candidats dans l'application du critère relatif au coût d'utilisation des équipements : en acceptant l'offre de la société Temana alors que le tableau relatif au coût d'utilisation n'a pas été renseigné correctement, en recourant aux données constructeur pour déterminer la consommation de carburant et en fixant arbitrairement la consommation de carburant pour l'offre de Temana Import ; en n'imposant pas un prix de référence identique, ce qui favorise nécessairement les importateurs grossistes tels que la société Temana Import en ce qui concerne le coût des filtres et lubrifiants, en ne tenant pas compte du coût des pièces détachées, de la réception du matériel et de l'assistance technique, en n'exigeant pas de filtre à eau sur les tracto-pelles contrairement au CCTP ; en ne demandant pas les justifications techniques de l'offre de Temana ;
- la Polynésie française a commis une discrimination entre candidats en retenant un critère non pertinent du coût d'utilisation par les consommables affecté d'une pondération trop importante et à l'intérieur du prix des consommables en accordant une faible pondération à la consommation de carburant ;
- la Polynésie française a commis une erreur manifeste d'appréciation dans les caractéristiques techniques et notamment le poids, la profondeur de fouille, la portée maximale de la pelle retro, la force de pénétration et la charge maximale du godet avant et en calculant un prix TTC erroné des camions benne et tracto-pelles de la société Temana Import ;
- la contenance des camions bennes et l'épaisseur de tôles n'étaient pas des exigences obligatoires ; - son manque à gagner doit être fixé sur la base des quantités maximales de 15 138 756 F CFP pour les camions benne et de 17 564 875 F CFP pour les tracto-pelles.

Par mémoires en défense enregistrés les 4 mai 2016 et 4 janvier 2017, la Polynésie française conclut au

rejet de la requête.

Elle fait valoir que :

- la requête est irrecevable car les moyens ont été écartés par le juge des référés ;
- les moyens sont inopérants car l'offre de la société requérante était irrecevable en raison de l'épaisseur des tôles minimum des camions benne non respectées et en raison de la contenance supérieure à celle précisée dans le CTTT ;
- aucun des moyens n'est fondé.

Vu les autres pièces du dossier, et notamment les pièces produites par la Polynésie française en réponse aux demandes du tribunal des 3 et 14 décembre 2016.

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.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 10 janvier 2017 :

- le rapport de Mme Zuccarello, première conseillère ;
- les conclusions de M. Retterer, rapporteur public ;
- et les observations de Me Mikou, représentant la société Interoute, et celles de M. Le Bon, représentant la Polynésie française ;

1. Considérant que la Polynésie française a lancé une consultation en vue de l'attribution d'un marché public de fourniture de matériels de travaux publics en 3 lots, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 2 décembre 2014 ; que la société Interoute a présenté une offre pour les lots n° 2 (4 à 8 camions 4 x 4 à benne basculante de 4 à 6 m³) et n° 3 (8 à 16 tracto- pelles 4 x 4) de ce marché ; que par courrier du 3 juin 2015, la Polynésie française l'a informée du rejet de ses offres ; que la société Interoute demande l'annulation du marché passé avec la société Temana pour ces 2 lots et la condamnation de la Polynésie française à lui verser la somme totale de 31 876 675 F CFP au titre du préjudice consécutif à son éviction ;

Sur les conclusions aux fins d'annulation et d'indemnisation :

2. Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que le concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut cependant, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction ; qu'il appartient dans un tel cas au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ;

3. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article L. 511-1 du code de justice administrative « Le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n'est pas saisi du

principal (...) » ; qu'eu égard à leur caractère provisoire, les décisions du juge des référés précontractuels n'ont pas, au principal, autorité de chose jugée ; que cette procédure spécifique ne fait pas obstacle à ce que le concurrent évincé saisisse ultérieurement le juge administratif de conclusions tendant à contester la validité du contrat conclu ou à obtenir l'indemnisation du préjudice né de sa conclusion ; que, par suite, l'exception de chose jugée soulevée par la Polynésie française doit être écartée ;

En ce qui concerne le lot n°2 :

4. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 25 du code des marchés publics de la Polynésie française : « I - Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre(...) » ; que selon l'article 25 bis de ce code : « (...) Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin de la personne publique, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel d'offres ou dans les documents constitutifs du marché (...) » ; que l'article 2 du règlement particulier d'appel d'offres ne prévoit aucune variante possible ni aucun complément au cahier des clauses techniques particulières qui doit être paraphé et signé sans aucune modification ; qu'enfin le I. de ce cahier des clauses techniques particulières précise en ce qui concerne le lot n°2, que le volume de la benne des camions benne doit être entre 5 à 6 m³ et dans son II. que l'épaisseur tôles des côtés de la benne doit être de 3 mm minimum ;

5. Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'ainsi que le fait valoir la Polynésie française, l'offre présentée par la société Interoute en ce qui concerne le lot n°2 était irrégulière en ce qu'elle ne respectait pas les prescriptions prévues par le cahier des clauses techniques particulières s'agissant du volume de la benne à 7 m³ et de l'épaisseur des tôles des côtés de la benne à 2,5 mm ; que son offre étant irrégulière au regard du cahier des clauses techniques particulières, la société Interoute n'est pas susceptible, en l'espèce, d'avoir été lésée et n'est pas fondée à invoquer des manquements de la Polynésie française dans ses obligations de mise en concurrence et de publicité ;

En ce qui concerne le lot n°3 :

6. Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes de l'article 25 du code des marchés publics de la Polynésie française : « (...) II - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'autorité compétente se fonde : 1° soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, 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. (...) III - Lorsque plusieurs critères sont prévus, l'autorité compétente précise leur pondération dans l'avis d'appel d'offres. La pondération peut être exprimée notamment par l'affectation d'un nombre de points, d'un coefficient ou d'un pourcentage par critère. L'autorité compétente peut avoir recours à des sous-critères pour mettre en œuvre les critères de jugement des offres mentionnés au II- 1°. Dans ce cas, elle les mentionne dans l'avis d'appel

d'offres. Ces sous- critères peuvent faire l'objet d'une pondération. Lorsque la nature et l'importance de la pondération affectant les sous-critères sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation et la sélection des offres, elle est portée à la connaissance des candidats dans l'avis d'appel d'offres (...) » ; qu'il résulte de ces dispositions que doit être portée 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 ; qu'il n'y a pas lieu, en revanche, de porter à la connaissance des candidats la méthode de notation des offres ;

7. Considérant que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 2 décembre 2014, la Polynésie française a engagé une procédure de passation du marché en cause, en précisant que l'offre économiquement la plus avantageuse serait déterminée en fonction de la valeur technique de l'offre appréciée selon les éléments a) et b) du mémoire technique retenue pour 40 %, du prix apprécié au regard du bordereau des prix pour 40%, des coûts d'utilisation des équipements selon le c) du mémoire technique retenus pour 15% et du délai de livraison apprécié selon le d) du mémoire technique pour 5% ; que la société Interoute fait valoir que la Polynésie française a utilisé des sous-critères qu'elle a pondérés pour apprécier la valeur technique et les coûts d'utilisation des offres et qu'ils n'ont pas été portés à la connaissance des candidats ;

8. Considérant qu'il résulte de l'instruction, que les critères de la valeur technique des offres et des coûts d'utilisation ont été appréciés selon les éléments qui figuraient dans le mémoire technique renseigné par les candidats et qui leur étaient donc connus ; que si la Polynésie française a assorti les 24 éléments composant le tableau relatif à la valeur technique d'une pondération de 1 pour la moitié des critères et de 2 pour l'autre moitié, la faible amplitude de cette pondération et la circonstance que les éléments renseignés étaient d'ordre technique, inhérents aux tracto-pelles proposés et intangibles, ne pouvait avoir une incidence sur la présentation de l'offre ; qu'il en est de même s'agissant du critère des coûts d'utilisation pour lequel 11 éléments étaient affectés de la même note de 1 à l'exception de l'élément « consommation de carburant » affecté de la note de 4 ; que la Polynésie française n'était pas tenue d'indiquer dans les documents de consultation du marché en cause la méthode de notation utilisée laquelle n'a pas porté atteinte à l'égalité entre les candidats ;

9. Considérant, en quatrième lieu, que la société Interoute fait valoir que l'offre de la société Temana, entreprise attributaire du marché, aurait du être rejetée comme étant irrégulière en raison du caractère incomplet des renseignements fournis sur les tableaux annexés au cahier des clauses techniques particulières et constituant le mémoire technique et en raison de l'absence de filtre décanteur dans l'offre de la société Temana alors que ces filtres étaient obligatoires ; que, cependant d'une part, il résulte de l'instruction que la société Temana a correctement et complètement renseigné les éléments annexés au cahier des clauses techniques particulières ; que, d'autre part, l'absence de filtre décanteur pourtant obligatoire selon le cahier des clauses techniques particulières, ne rendait pas l'offre de la société Temana irrégulière mais aurait seulement dû conduire la Polynésie française à en tirer les

conséquences quant à la notation de l'élément de l'offre à 0 ;

10. Considérant, en cinquième lieu, que si l'élément « consommation de carburant » des tracto-pelles figurant dans le critère « coûts d'utilisation » n'était pas suffisamment précis, il résulte de l'instruction que la Polynésie française a demandé aux deux entreprises concurrentes de lui communiquer les documents techniques du constructeur par courrier du 27 février 2015 et a fixé les consommations sur la base des documents techniques à même régime ; que la rectification, par la Polynésie française, des erreurs matérielles des offres, qui était nécessaire en raison de l'imprécision du critère initial, n'a pas entraîné de rupture d'égalité entre les candidats ;

11. Considérant, en sixième lieu, qu'il résulte de l'instruction, et notamment des documents techniques du constructeur produits par la société Temana sur demande de la Polynésie française, que la consommation du carburant de l'Hidromek 102 B est basse s'agissant d'un tracto-pelle disposant de 5 vitesses avant permettant de réduire cette consommation ; que, la société Temana avait indiqué une consommation de carburant à régime moyen de 5 litres pour 1 500 heures de fonctionnement, la Polynésie française ayant ramené la proposition à 6 litres ; que, ce faisant, la Polynésie française n'a pas fixé arbitrairement la consommation de carburant pour la société Temana et n'a pas commis d'irrégularité de nature à vicier la procédure de passation du marché ;

12. Considérant, en septième lieu, qu'il ressort des documents du marché que la Polynésie française a déterminé les critères de choix en leur affectant une pondération de 40 pour le prix des tracto-pelles et de 15 pour les coûts d'utilisation, décomposés en 12 éléments, le premier noté sur 4 points relatif à la « consommation de carburant », les 11 autres notés sur 1 point relatifs à la consommation de filtres ou de lubrifiants ; que le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics à la condition que ces critères ainsi que leur pondération soient en rapport avec l'objet du marché ; qu'en l'espèce, la société Interoute fait valoir qu'en tenant compte du prix des consommables, la Polynésie française a nécessairement favorisé la société Temana laquelle est importateur grossiste de filtre et lubrifiant génériques ; que, cependant il résulte de l'instruction que la Polynésie française en recherchant l'offre la plus économique quant à la consommation de filtres et de lubrifiants a choisi de donner au coût de fonctionnement des matériels une note en rapport avec l'objet du marché ; qu'ainsi la pertinence du critère « coûts d'utilisation » et des éléments qui le composent, n'est pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation ;

13. Considérant, en huitième lieu, que si le règlement particulier d'appel d'offres exigeait dans son article 03.01.B que des indications soient fournies par les entreprises concurrentes quant au coût des pièces détachées, quant à la réception du matériel et quant à l'assistance technique, il résulte clairement de ce même règlement particulier d'appel d'offres que ces éléments n'étaient pas des critères de choix des offres ; qu'en conséquence, la Polynésie française n'a commis aucune irrégularité en ne tenant pas compte de ces données pour la sélection et le choix des offres ;

14. Considérant, en neuvième lieu, que la société Interoute fait valoir que l'appréciation des offres est entachée d'erreur manifeste d'appréciation en ce qui concerne les caractéristiques techniques et le prix

des matériels ; que, d'une part, il résulte de l'instruction et notamment des documents techniques produits par les sociétés candidates, que si le poids en ordre de marche des tracto-pelles proposés par les deux sociétés Interoute et Temana a été fixé régulièrement, la société Temana aurait dû obtenir la note pondérée de 0,9 et non de 1 ; qu'en ce qui concerne la force de pénétration de la pelle retro, il résulte de l'instruction qu'après conversion de kilogramme force en kilonewton, Temana aurait dû obtenir une note minimum de 1,6 et Interoute une note de 2 ; qu'en ce qui concerne la charge maximum admissible du godet avant, la proposition de la société requérante s'établissant à 4 610 kg, il résulte de l'instruction que la société Temana concurrente aurait du obtenir la note de 1,4 ; qu'en ce qui concerne la charge admissible à la hauteur du levage maxi du godet avant, il ressort des données des constructeurs dans l'offre déposée par la société Interoute, que sa proposition à 3 195 kg a obtenu régulièrement la note de 1,9, et la société Temana la note de 2 ; qu'en revanche, en ce qui concerne la profondeur de fouilles et la portée maximale de la pelle retro, les données constructeurs ont été respectées et les notes attribuées sont régulières ; que, d'autre part, s'agissant du prix du matériel, il résulte de l'instruction que la proposition de la société Temana est entachée d'une erreur matérielle quant au montant de la TMC, de sorte que la société Interoute aurait du obtenir une note de 39,6 ;

15. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit aux points 9. et 14., qu'après rectification des erreurs d'appréciation, la note finale attribuée à la société Temana devait être fixée à 94,2 et celle de la société Interoute à 92,6 ; qu'en conséquence, la société Interoute n'est pas fondée à soutenir que la Polynésie française aurait commis une erreur manifeste dans l'appréciation des valeurs respectives des offres et, par voie de conséquence, dans le choix d'attribuer à une société concurrente le lot n° 3 du marché de fourniture de matériels de travaux publics ; que les conclusions de la société requérante aux fins d'annulation du marché ne peuvent, dès lors, qu'être rejetées ;

16. Considérant, enfin, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, que les lots 2 et 3 du marché en cause n'étant entachés d'aucune illégalité entraînant leur annulation, la société Interoute n'est pas fondée à soutenir que la Polynésie française aurait commis une faute en attribuant le marché litigieux et l'aurait privé d'une chance sérieuse de remporter le marché ; que, par suite, ses conclusions indemnitaires ne peuvent qu'être rejetées ;

Sur les conclusions au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

17. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la Polynésie française qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance soit condamnée à verser à la société Interoute une somme sur ce fondement ;

DECIDE :

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

Article 2 : Le présent jugement sera notifié à la société Interoute, à la société Temana Import et à la Polynésie française.

Délibéré après l'audience du 10 janvier 2017, à laquelle siégeaient :

M. Tallec, président, Mme Meyer, première conseillère, Mme Zuccarello, première conseillère.

Lu en audience publique le 24 janvier 2017.

La greffière,

D. Germain

La République mande et ordonne au haut-commissaire de la République en Polynésie française en ce qui le concerne ou à tous huissiers 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,