

## Décision du Tribunal administratif n° 1600134 du 21 février 2017

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires enregistrés les 6 avril 2016, 6 mai 2016, 21 juin 2016 et 7 juillet 2016, le haut-commissaire de la République en Polynésie française demande au tribunal d'annuler le marché de travaux n° 2015-01 pour la fourniture et la pose de compteurs à prépaiement à Arutua, Apataki et Kaukura, conclu entre la commune d'Arutua et la société Electro-Services.

Il soutient que :

- la commission d'ouverture des plis a procédé à l'examen des offres mais a décidé de retenir la candidature de l'entreprise classée en troisième et dernière position en méconnaissance des règles de mise en concurrence et d'égalité entre les candidats ;

- malgré sa lettre d'observation du 1er février 2016, le maire de la commune d'Arutua a refusé d'annuler le marché et l'en a informé par courrier du 15 février 2016 ; - les motifs donnés par le maire ne permettent pas de justifier ce choix.

Par mémoires en défense enregistré les 19 avril 2016 et 27 juin 2016, la société Electro-Services, représentée par Me Usang, avocat, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 380 000 F CFP soit mise à la charge de l'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la requête est irrecevable pour tardiveté et méconnaissance de l'article L. 2131-2 du code général des collectivités territoriales ;

- la requête est présentée par une autorité incompétente ;

- en tout état de cause et en raison du principe de loyauté des relations contractuelles, l'intérêt général s'oppose à ce que le marché soit annulé.

Par mémoires en défense enregistrés les 10 juin 2016 et 7 décembre 2016, la commune d'Arutua, représentée par Me Mestre, avocat, conclut au rejet de la requête, et à ce qu'une somme de 150 000 F CFP soit mise à la charge de l'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la société Techno-concept qui a obtenu la meilleure note ne dispose pas de personnel, son gérant a vu l'une de ses sociétés mise en liquidation judiciaire et un précédent marché qui lui avait été confié a connu des incidents importants ;

- aucun des candidats n'a formé de recours et le marché était entièrement exécuté à la date du déféré.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée ;

- le code général des collectivités territoriales ;

- le code des marchés publics dans ses dispositions applicables aux communes de 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 7 février 2017 :

- le rapport de Mme Zuccarello, première conseillère ;
- les conclusions de M. Retterer, rapporteur public ;
- et les observations de M. Chang, représentant le haut-commissaire de la République en Polynésie française, et celles de Me Mestre, représentant la commune d'Arutua.

1. Considérant que, par un avis d'appel d'offres publié le 12 septembre 2015, la commune d'Arutua a lancé une consultation en vue de l'attribution d'un marché public de travaux pour la fourniture et la pose de compteurs à prépaiement à Arutua, Apataki et Kaukura ; que le 6 novembre 2015 la commission d'ouverture des plis a procédé au choix de la société Electro Services ; que la commune d'Arutua a signé le marché et l'a transmis le 9 décembre 2015 au haut-commissaire de la République en Polynésie française dans le cadre du contrôle de légalité ; que, par courrier du 1er février 2016, le haut-commissaire de la République en Polynésie française a demandé au maire de la commune d'Arutua de retirer le marché qu'il estimait irrégulièrement conclu ; que le maire a rejeté cette demande par lettre du 15 février 2016 ; que le haut-commissaire de la République en Polynésie française défère le marché en cause et demande au tribunal son annulation ;

Sur la recevabilité du déféré :

2. Considérant, en premier lieu, que le haut-commissaire de la République en Polynésie française a adressé le 1er février 2016 au maire de la commune d'Arutua une lettre par laquelle il lui exposait que le marché n°2015/01 conclu avec la société Electro Services était entaché d'illégalité et l'invitait à le retirer ; que cette demande, qui constituait un recours gracieux formé dans le délai du recours contentieux de deux mois à compter de la transmission de l'acte, a interrompu ce délai ; qu'un nouveau délai de recours de deux mois a commencé à courir à la date de la réception de la réponse du maire le 15 février 2016 ; qu'ainsi le déféré du haut-commissaire de la République en Polynésie française présenté le 6 avril 2016 n'est pas tardif ;

3. Considérant, en deuxième lieu, que la délégation de signature consentie par le haut-commissaire de la République en Polynésie française au secrétaire général par arrêté du 5 octobre 2015, qui a été régulièrement publiée au journal officiel de la Polynésie française, ne comportait pas, au titre des exceptions qui y sont mentionnées, l'exercice du contrôle de légalité auquel se rattache le déféré préfectoral ; que, par suite, compte tenu des termes de cet arrêté, le secrétaire général du haut-commissariat de la République en Polynésie française a pu valablement saisir le tribunal d'un déféré contre le marché en cause ;

4. Considérant, en troisième lieu, qu'il résulte de la combinaison des articles L. 2131-2 et L. 2573-12 du code général des collectivités territoriales, ainsi que des dispositions du décret n°90-553 du 3 juillet 1990 portant modification des montants prévus aux articles 123 et 321 du code des marchés publics, que sont soumis à l'obligation de transmission au haut-commissaire de la République en Polynésie française afin d'être rendues exécutoires, les conventions relatives aux marchés d'un montant supérieur au seuil des procédures formalisées défini par la réglementation applicable localement, soit 5 454 545 F CFP ; qu'en l'espèce, les trois offres présentées à la commission d'ouverture des plis dépassaient ce

seuil ; qu'en conséquence, le marché dont il est demandé l'annulation était soumis à l'obligation de transmission au haut-commissaire de la République en Polynésie française ; qu'en tout état de cause, le haut-commissaire de la République en Polynésie française peut déférer devant le tribunal administratif tout acte d'une collectivité dont il a connaissance même s'il n'est pas soumis à l'obligation de transmission dans le cadre du contrôle de légalité, dès lors que sa demande a été déposée dans le délai de recours contentieux ;

5. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les fins de non recevoir opposées par la société Electro Services doivent être rejetées ;

Sur la procédure de passation du marché :

6. Considérant qu'aux termes de l'article 300 du code des marchés publics applicable aux communes de Polynésie française : « « La commission élimine les offres non conformes à l'objet du marché ; elle choisit librement l'offre qu'elle juge la plus intéressante, en tenant compte du prix des prestations, de leur coût d'utilisation, de la valeur technique, des garanties professionnelles et financières présentées par chacun des candidats et du délai d'exécution. La commission peut décider que d'autres considérations entrent en ligne de compte ; celles-ci doivent avoir été spécifiées dans l'avis d'appel d'offres. Sont toutefois prohibées les considérations qui ne seraient pas justifiées par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. (...) » » ;

7. Considérant que l'avis d'appel d'offres et le règlement particulier d'appel d'offres mentionnaient que le jugement des offres serait effectué dans les conditions prévues à l'article 300 précité du code des marchés publics et ajoutaient des critères d'attribution pondérés, de prix (40%), de valeur technique (30%), de mémoire technique (20%) et de délais de livraison (10%) ; qu'à l'issue de l'examen des critères pondérés, la commission d'ouverture des plis a classé l'entreprise Technoconcept n°1 avec un total de points de 71,6, l'entreprise Cofely Polynésie n°2 avec un total de points de 66,3 et l'entreprise Electro Services n°3 avec un total de points de 48,4 ; qu'elle a cependant porté son choix sur l'entreprise Electro Services classée 3ème et dernière et a motivé son choix par la circonstance que celle-ci serait le mieux à même de donner satisfaction à la commune du fait de son expérience et de son court délai de livraison ; que la commune soutient désormais devant le juge que la société classée n°1, Technoconcept, ne disposait pas de personnel pour la pose des compteurs et que son gérant avait obtenu, avec une précédente société placée depuis en liquidation judiciaire, un marché de pose de compteurs qu'elle a réalisé dans des conditions non conformes aux règles de l'art ;

8. Considérant que s'il n'est pas sérieusement contesté que la société Technoconcept ne disposait pas des garanties professionnelles et financières, critère prévu par l'article 300 du code des marchés publics précité, et que la commission d'ouverture des plis pouvait régulièrement écarter l'offre de cette société sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, il ne résulte pas de l'instruction que l'offre classée n°2 présentée par la société Cofely Polynésie ne remplissait pas les critères fixés tant par le code des marchés publics que par le règlement particulier d'appel d'offres ; que, par suite, en s'abstenant d'apprécier l'ensemble des caractéristiques des offres dans les conditions déterminées par l'article 300 du code des marchés publics et par les critères d'attribution pondérés publiés, la commission

d'ouverture des plis a commis une erreur de droit ; qu'ainsi, le marché déferé est entaché d'une irrégularité dans le choix du contractant ;

Sur la validité du contrat et les conséquences de l'illégalité :

9. Considérant qu'il appartient au juge du contrat, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences ; qu'ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat ; qu'en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci ;

10. Considérant qu'il est constant que le marché en cause a été entièrement exécuté et ne peut donc plus donner lieu à régularisation ou à résiliation ; qu'eu égard à la gravité de l'irrégularité du manquement constaté aux règles de la passation du contrat et au choix arbitraire d'un attributaire, et bien que la commune d'Arutua fasse valoir, sans plus de précision, que l'intérêt général s'oppose à son annulation, le vice qui affecte le choix du contractant a faussé les résultats de la consultation, sans qu'il soit possible d'y remédier autrement qu'en annulant le contrat ; que, par suite, le haut-commissaire de la République en Polynésie française est fondé à soutenir que ce contrat est affecté d'un vice d'une particulière gravité qui doit conduire à son annulation ;

11. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, que le marché n°2015/01 conclu entre la commune d'Arutua et la société Electro Services pour la fourniture et la pose de compteurs à prépaiement à Arutua, Apataki et Kaukura, doit être annulé ;

12. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que l'Etat, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, verse à la commune d'Arutua et à la société Electro Services une somme sur ce fondement ;

DECIDE :

Article 1er : Le marché n°2015/01 conclu entre la commune d'Arutua et la société Electro Services pour la fourniture et la pose de compteurs à prépaiement à Arutua, Apataki et Kaukura, est annulé.

Article 2 : Les conclusions des parties présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Le présent jugement sera notifié au haut-commissaire de la République en Polynésie française, à la commune d'Arutua et à la société Electro Services.

Délibéré après l'audience du 7 février 2017, à laquelle siégeaient :

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

Lu en audience publique le 21 février 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,