

## **Ordonnance du Tribunal administratif n° 1800049 du 23 février 2018**

Tribunal administratif de Polynésie française

Juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 6 février 2018, et un mémoire complémentaire enregistré le 16 février 2018, présentés par Me Dal Farra, avocat, la S.A.R.L Boyer demande au juge des référés : 1°) d'ordonner à l'établissement public Tahiti Nui Aménagement et Développement (T.N.A.D) de différer la signature du « Lot 2 : Fondations - Gros-œuvre - Traitement anti termites » du marché n° 12/17/T.N.A.D portant sur la « Construction d'un centre d'hébergement étudiant » dans la limite de 20 jours en application du 3e alinéa de l'article L. 551-24 du code de justice administrative ; 2°) d'annuler l'ensemble des décisions de la procédure de passation litigieuse du « Lot 2 : Fondations - Gros-œuvre - Traitement anti termites » du marché public susvisé ; 3°) d'ordonner à l'établissement public T.N.A.D de se conformer à ses obligations ; 4°) de suspendre la procédure de passation et l'ensemble des décisions qui s'y rapportent dans l'attente de son éventuelle relance par l'établissement public T.N.A.D au stade de l'avis d'appel d'offres ; 5°) de mettre à la charge de l'établissement public T.N.A.D une somme de 600 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société requérante soutient que :

- le principe d'intangibilité des critères de sélection des offres a été méconnu ; en effet, les modalités de notation du critère de la valeur technique ne sont pas conformes aux obligations de publicité et de mise en concurrence , dès lors que les modalités de notation du sous-critère n°1 ont été modifiées par T.N.A.D : les éléments d'appréciation relatifs à l'organisation et à l'intervention en milieu contraint ont été irrégulièrement regroupés en un seul et même élément d'appréciation ; dans l'évaluation de ce sous-critère , a été pris en compte un élément non annoncé dans le R.P.A.O relatif au phasage et au plan d'installation , qui avait vocation à être pris en compte au titre du sous-critère n°3 ; T.N.A.D s'est fondé sur plusieurs éléments d'appréciation non demandés dans le D.C.E, concernant l'intervention en milieu contraint, le phasage et le plan d'installation, et le plan d'assurance qualité ; la qualification du personnel affecté au chantier n'a pas été évaluée ; plusieurs autres sous- critères ont été irrégulièrement modifiés au stade de leur analyse : le sous-critère n°2 ( procédés d'exécution), le sous-critère n°3 ( planning) , le sous-critère n°4 ( sécurité et hygiène du chantier) , et le sous-critère n°5 (insertion professionnelle) ;
- T.N.A.D ne s'est pas tenu à la pondération annoncée dans le R.P.A.O ; en effet, elle n'a pas obtenu la note maximale au sous-critère n°5 (insertion professionnelle), alors qu'elle a remis la meilleure offre ; ce sous- critère a été noté de 0,5 en 0,5, soit 11 crans de notation possibles, alors que les autres l'ont été à partir d'une grille de notation comportant 6 crans de notation ;
- son offre a été dénaturée ; en effet, il est inexact d'indiquer qu'elle n'aurait pas pris de dispositions pour réduire les nuisances en termes notamment de poussières, de circulation et de livraison ; le reproche relatif à l'absence de prise en compte , dans les « procédés d'exécution », des « échanges avec la MOE et de la prise en compte des visas » n'est pas fondé ;

- les variantes, prévues par l'article 3.4 du R.P.A.O, n'ont pas été encadrées ;
- la date annoncée de démarrage des travaux, soit septembre 2017, n'était pas tenable, l'attribution n'étant intervenue qu'en janvier 2018 ;
- le délai de validité des offres a été méconnu, dès lors que ce n'est que le 23 janvier 2018 que T.N.A.D lui a notifié sa décision de retenir l'offre de la société Fiumarella, soit 7 jours après la date limite prévue par le R.P.A.O.

Par un mémoire enregistré le 22 février 2018, présenté par Me Eftimie- Spitz, avocat, l'établissement public T.N.A.D conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la S.A.R.L Boyer à lui verser la somme de 300.000 F CFP au titre de l'article L.761-1 du code justice administrative.

Il soutient que :

- le libellé des critères et sous-critères était suffisamment précis ; aucune modification du « sens des critères » n'a été effectuée, concernant tant l'organisation et l'intervention en milieu contraint, les procédures d'exécution, le planning, la sécurité et l'hygiène du chantier et l'insertion professionnelle ;
- la pondération prévue a été respectée ; la S.A.R.L Boyer a bénéficié de la note maximale pour le critère « prix » et la société attributaire 45,5 pour le critère de la « valeur technique » ; aucune erreur manifeste n'est en l'espèce établie ; le nombre de « crans de notation » est sans incidence ;
- l'offre de la S.A.R.L Boyer n'a pas été dénaturée ;
- les exigences du R.P.A.O concernant les variantes étaient suffisantes ; - le R.P.A.O ne faisait état de la date prévisionnelle de démarrage des travaux qu'à titre indicatif et d'information, précisant même qu'elle ne constituait en aucun cas une date contractuelle, et la S.A.R.L Boyer n'établissait pas qu'elle aurait pu présenter des moyens supplémentaires et qu'elle aurait été empêchée, en raison de cette incertitude de déposer son offre ;
- la S.A.R.L Boyer a accepté de maintenir son offre jusqu'au 16 avril 2018.

Par une ordonnance du 6 février 2018, le juge des référés a enjoint à l'établissement public T.N.A.D de différer jusqu'au 26 février 2018 la signature du marché litigieux.

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 des audiences.

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 22 février 2018:

- le rapport de M. Tallec, président ;
- Me Caupert, substituant Me Dal Farra, représentant la S.A.R.L Boyer, et Me Eftimie-Spitz, représentant l'établissement public T.N.A.D, qui ont repris les moyens et arguments sus analysés. Me Caupert a en outre indiqué à la barre renoncer au dernier moyen, tiré de la méconnaissance du délai de validité des offres, et soulever un nouveau moyen, tiré de l'incompétence négative de T.N.A.D. Afin de poursuivre la discussion, et de respecter le caractère contradictoire de la procédure, il a été convenu que les nouvelles écritures des parties, notamment le nouveau mémoire de la société requérante, devraient

parvenir au greffe du tribunal au plus tard à 16h00.

Un mémoire présenté par Me Dal Farra pour la S.A.R.L Boyer a été enregistré le 22 février à 17h42, heure de Polynésie française, soit postérieurement à la fermeture du greffe. Dans ce mémoire, la S.A.R.L Boyer soutient que l'incompétence négative de T.N.A.D est établie, dès lors que l'analyse des offres a été faite par le maître d'œuvre, et qu'elle a été lésée du fait de cette irrégularité. Elle fait également état d'éléments jurisprudentiels et de fait relatifs à la méthode de notation des offres et à l'office du juge des référés.

Un mémoire présenté par Me Eftimie-Spitz, pour l'établissement public T.N.A.D, en réponse à ces dernières écritures, a été enregistré le 23 février 2018.

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 23 février 2018:

- le rapport de M. Tallec, président ;
- Me Caupert, substituant Me Dal Farra, représentant la S.A.R.L Boyer, et Me Eftimie-Spitz, représentant l'établissement public T.N.A.D, qui ont repris les moyens et arguments sus analysés.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience le vendredi 23 février 2018 à 12h00.

Considérant ce qui suit :

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L.551-24 du code de justice administrative :

1. Aux termes de l'article L.551-24 du code de justice administrative : « En Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna, 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. » . En vertu de ces dispositions, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

2. Par avis d'appel à la concurrence n°12/17/T.N.A.D , l'établissement public Tahiti Nui Aménagement et Développement (T.N.A.D) a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un

marché portant sur les travaux de construction d'un centre d'hébergement de 83 logements à Outumaoro . La S.A.R.L Boyer s'est portée candidate pour l'attribution du lot n°2 « Fondations - Gros-œuvre - Traitement anti termites ». Par lettre en date du 17 janvier 2018, le directeur général de T.N.A.D a informé la S.A.R.L Boyer du rejet de son offre, qui avait obtenu un total de 90 points sur 100, soit 50 pour le critère du prix et 40 pour le critère de la valeur technique, et que l'offre de la société Fiumarella, ayant obtenu un total de 93,8 points, avait été retenue. La S.A.R.L Boyer conteste, sur le fondement des dispositions précitées du code de justice administrative, la procédure de passation de ce marché.

3. En premier lieu, la S.A.R.L Boyer soutient que le principe d'intangibilité des critères de sélection des offres aurait en l'espèce été méconnu, d'une part en raison d'une modification des modalités de notation du sous-critère n°1 de la valeur technique, d'autre part en raison de ce que les sous-critères n°2, n°3, n°4 et n°5 auraient été manifestement dénaturés lors de leur mise en œuvre.

4. D'une part, le pouvoir adjudicateur n'est jamais tenu d'informer les candidats de la méthode de notation envisagée pour évaluer les offres au regard des critères de sélection et le juge des référés saisi sur le fondement des dispositions de l'article L.551-24 du code de justice administrative ne peut apprécier les mérites respectifs des offres. La circonstance que les éléments relatifs à « l'organisation » et à « l'intervention en milieu contraint » aient été regroupés en un seul élément d'appréciation ne traduit par elle-même aucune irrégularité au regard des prescriptions du R.P.A.O. Si la société requérante indique que les éléments d'appréciation relatifs au « phasage » et au « plan d'installation de chantier » ne figuraient pas dans le R.P.A.O, cette circonstance ne caractérise pas davantage une irrégularité manifeste, ces éléments pouvant être rattachés à l'organisation de l'entreprise, élément expressément mentionné dans le R.P.A.O. Si elle relève que, concernant « l'intervention en milieu contraint », « le phasage et le plan d'installation de chantier », ainsi que « le plan d'assurance qualité », il lui a été reproché de ne pas avoir fourni des éléments non expressément demandés dans le dossier de consultation, il ne résulte pas de l'instruction, compte tenu de l'importance des éléments en cause au regard de la nature du marché litigieux, qu'une erreur manifeste d'appréciation ait été commise. Enfin, si la S.A.R.L Boyer se plaint de ce que pour « les moyens humains », la qualification du personnel affecté au chantier n'a pas été évaluée, il est constant qu'elle a obtenu 5/5 à cette rubrique, et elle ne fournit aucun élément permettant d'établir que la note de la société attributaire aurait pu sur ce point précis être surévaluée.

5. D'autre part, si la S.A.R.L Boyer fait valoir qu'au titre des « procédés d'exécution », rubrique pour laquelle elle a obtenu 4 points sur 5, il lui a été reproché que plusieurs phases n'avaient pas été abordées, alors qu'aucun document de la consultation ne mentionnait expressément ces phases, il résulte de l'instruction que l'entreprise attributaire a apporté des précisions utiles sur ce point. Si la SARL Boyer fait valoir qu'au titre du « planning prévisionnel », rubrique pour laquelle elle a obtenu 4 points sur 5, il n'était pas indiqué dans le dossier de consultation d'intégrer les « aléas », il résulte de l'instruction que son offre mentionnait une durée totale de travaux, y compris les opérations de préparation, de 8 mois, alors que la société attributaire déclarait 6 mois. Si, au titre de la rubrique «

sécurité et hygiène du chantier », pour laquelle elle a obtenu 4 points sur 5, elle indique « ne pas comprendre » qu'il peut lui être reproché de ne pas avoir mentionné le nombre de salariés secouristes, qui est imposé par la réglementation en vigueur, cette circonstance ne suffit pas à caractériser une erreur manifeste d'appréciation. Enfin, si elle se plaint de ce qu'au titre de la rubrique « mise en place d'une clause d'insertion professionnelle », pour laquelle elle a obtenu 4 points sur 5, soit la meilleure note des trois candidats, il a lui été reproché l'absence de précision concernant la formation de l'employé relevant du RSPF, il est constant que le R.P.A.O faisait état de la nécessité de présenter une note sur la mise en place de cette clause, qui ne pouvait raisonnablement se limiter au volume d'heures de travail en cause.

6. En second lieu, si la S.A.R.L Boyer fait valoir qu'elle aurait dû obtenir, eu égard à la qualité de son offre, la note maximale au titre de la rubrique « mise en place d'une clause d'insertion professionnelle » et que cette rubrique a fait l'objet d'une notation par demi-points, alors que pour les autres rubriques, il était procédé à la notation par points entiers, les éléments produits ne permettent pas d'établir devant le juge des référés, juge des évidences, que la méthode de notation serait en l'espèce entachée d'une erreur de droit ou caractériserait une discrimination illégale. Le moyen tiré de l'atteinte au principe d'intangibilité de la pondération doit donc être écarté.

7. En troisième lieu, les éléments produits, et notamment la note méthodologique fournie par la S.A.R.L Boyer à l'appui de son mémoire technique, ne permettent pas d'établir que l'offre de la société requérante aurait été dénaturée.

8. En quatrième lieu, si la S.A.R.L Boyer soutient que l'article 3.4 du R.P.A.O, « Options et variantes », comportait des indications insuffisamment précises, les allégations générales dont elle fait état ne permettent pas d'établir une lésion en raison de cette éventuelle irrégularité.

9. En cinquième lieu, la S.A.R.L Boyer fait valoir que le calendrier d'exécution des prestations n'était pas sincère, le R.P.A.O ayant mentionné une date prévisionnelle de démarrage des travaux en septembre 2017, alors que le marché n'a été attribué qu'en janvier 2018. Toutefois, l'article 3.5 du R.P.A.O précisait bien le caractère « indicatif » et « à titre d'information » de cette date, qui « ne constitue en aucun cas une date contractuelle de démarrage des travaux. » En outre, les allégations générales de la S.A.R.L Boyer ne permettent pas d'établir en quoi elle aurait pu être lésée du fait de ce retard.

10. En sixième et dernier lieu, la S.A.R.L Boyer soutient que l'établissement public T.N.A.D se serait dessaisi de son pouvoir de décision au profit de la société Luseo, maître d'œuvre, qui a notamment établi le document contenant l'analyse du critère de la valeur technique, auquel le défendeur s'est référé à plusieurs reprises dans ses écritures. Toutefois, il résulte de l'instruction, et notamment du rapport de présentation du projet de marché en commission consultative des marchés du 28 décembre 2017, signé par le directeur général de l'établissement public, que celui-ci a pris sa « décision » de déclarer l'offre de la société Fiumarella la mieux-disante en se fondant sur l' « avis » de son maître d'œuvre.

11. Il résulte de ce qui précède que la S.A.R.L Boyer n'est pas fondée à soutenir que la procédure de passation du marché litigieux aurait méconnu les obligations de publicité et de mise en concurrence. Par

suite, ses conclusions présentées sur le fondement de l'article L.551-24 du code de justice administrative doivent être rejetées.

Sur les frais liés au litige :

12. Aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. »

13. Les dispositions précitées s'opposent à ce que l'établissement public T.N.A.D , qui n'est pas la partie perdante, soit condamné à verser à la S.A.R.L Boyer la somme qu'elle demande au titre des frais exposés et non compris dans les dépens . Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu en revanche de faire droit aux conclusions de l'établissement public T.N.A.D présentées sur le même fondement en condamnant la société requérante à lui verser la somme de 200.000 F CFP.

ORDONNE :

Article 1er : La requête de la S.A.R.L Boyer est rejetée.

Article 2 : La S.A.R.L Boyer versera à l'établissement public T.N.A.D la somme de 200.000 F CFP au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la S.A.R.L Boyer et à l'établissement public T.N.A.D.

Fait à Papeete, le vingt-trois février deux mille dix huit.

Le juge des référés, La greffière,

J-Y. Tallec D. Riveta

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 conforme, Un greffier,