

Décision du Tribunal administratif n° 1700411 du 26 mars 2019

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par un jugement du 28 septembre 2018, le tribunal administratif a, avant dire droit sur les conclusions de la requête de la société Multiservices - Tahiti Vidanges, la société Entreprise Wholer et la société Polynésie Agrégats, dont le mandataire est la société Multiservices - Tahiti Vidanges, tendant à l'annulation du marché de travaux conclu le 27 juillet 2017 et relatif aux travaux de protection des berges de rivières et de littoral de la côte est de l'île de Tahiti, dans les communes de Papeete, Pirae, Arue, Mahina et Hitia'a O Te Ra, ordonné à la Polynésie française de produire le rapport d'analyse du critère technique (annexe 3 au rapport de présentation du marché), ainsi que le mémoire technique contenu dans l'offre du groupement attributaire et a sursis à statuer sur le surplus des conclusions des parties.

La Polynésie française a produit les pièces demandées le 11 octobre 2018.

Par un mémoire enregistré le 23 février 2019, la société Multiservices - Tahiti Vidanges, a maintenu ses conclusions.

Par un mémoire enregistré le 5 mars 2019, les sociétés EPC, Chong On Yin, Interoute et Palacz, ont maintenu leurs conclusions.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- le code des marchés publics de la Polynésie française et de ses établissements 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 du 12 mars 2019 :

- le rapport de Mme Zuccarello, première conseillère ;
- les conclusions de M. Retterer, rapporteur public ;
- et les observations de Me Nougaro, représentant le groupement constitué de la société Multiservices - Tahiti Vidanges, de la société Entreprise Wholer et de la société Polynésie Agrégats, celles de M. Le Bon, représentant la Polynésie française, et celles de Me Mikou, représentant le groupement EPC.

Considérant ce qui suit :

Sur la validité du contrat :

1. 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. 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. 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.

2. En premier lieu, le groupement requérant fait valoir que les principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats à la commande publique ont été méconnus du fait de l'absence de définition des besoins par la Polynésie française.

3. Cependant aux termes de l'article 12 du code des marchés publics de la Polynésie française et de ses établissements publics, alors applicable : « Lorsque, pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire ne peut être entièrement défini ou arrêté par le marché, la personne responsable peut passer un marché fractionné sous la forme d'un marché à bons de commandes ou d'un marché à tranches conditionnelles. Le marché à bons de commandes détermine la nature et le prix des prestations susceptibles d'être commandées au cours d'une période déterminée n'excédant pas celle d'utilisation de crédits de paiement ; il peut fixer un minimum et un maximum de prestations arrêtés en valeur ou en quantité (...)».

4. Il résulte de ces dispositions, que l'absence d'indication plus précise sur une estimation quantitative des fournitures et prestations demandées dans le cadre des bordereaux de prix unitaires ne constitue pas un manquement à l'obligation de publicité et de mise en concurrence, cette imprécision étant inhérente à l'objet même du marché à bons de commande, qui est de répondre à un besoin qui n'est pas précisément défini. En l'espèce, la Polynésie française, en se bornant à fixer un prix estimatif du marché, et en indiquant des quantités de travaux fictives afin de départager les offres quant à leur prix, n'a pas rompu l'égalité entre candidats ni davantage n'a porté atteinte au principe de transparence dans la commande publique.

5. En deuxième lieu, aux termes de l'article 25 bis du code des marchés publics, alors applicable : « (...)

V. Le marché est signé et notifié au candidat retenu dans les conditions fixées à l'article 4. Un avis d'attribution est envoyé pour publication dans un délai maximum de trente jours à compter de la notification du marché. Cet avis est inséré au Journal officiel de la Polynésie française ou dans une publication habilitée à recevoir les annonces légales. Il comporte des indications relatives à la conclusion du contrat ainsi que les modalités de la mise en concurrence dans le respect des secrets protégés par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal dans sa version applicable en Polynésie française et en particulier du secret industriel et commercial. ».

6. Si le groupement requérant soutient que l'avis d'attribution du marché était incomplet en ce qu'il ne précisait pas les modalités de consultation du contrat conclu, cette circonstance, à supposer même qu'elle soit fondée, n'est pas de nature à entraîner l'annulation d'un marché public.

7. En troisième lieu, le groupement requérant fait valoir que les critères de sélection retenus par la Polynésie française sont discrétionnaires. Cependant un tel moyen, qui n'est pas assorti de précisions suffisantes, doit être écarté.

8. En quatrième lieu, dès lors qu'une offre est régulière et complète, il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur, au stade du choix des offres, de vérifier les données fournies par les candidats, sauf erreur grossière et manifeste. Par suite, le groupement requérant n'est pas fondé à soutenir qu'il appartenait à

la Polynésie française de vérifier l'existence du stock d'enrochement indiqué par le groupement attributaire, dès lors que les informations fournies étaient cohérentes et raisonnables.

9. En cinquième lieu, si la société requérante fait valoir que le marché d'enrochement de l'île de Tahiti a été irrégulièrement découpé en 5 marchés à bons de commandes, elle n'invoque la méconnaissance d'aucune disposition législative ou réglementaire ni d'aucun principe de la commande publique. Dès lors ce moyen doit être écarté.

10. En sixième et dernier lieu, le groupement requérant soutient que le critère technique et notamment les sous-critères, « stock d'enrochement » et « matériel affecté au chantier », n'ont pas été régulièrement appréciés par le pouvoir adjudicateur.

11. Il résulte du règlement particulier d'appel d'offres dans son article 04.01 que les offres devaient être jugées selon les critères d'attribution pondérés suivants : « 1) prix :60 / 2) Valeur technique au regard du mémoire technique : 40 selon les sous critères suivants : a. Matériel affecté au chantier (15 points) / b. Stock d'enrochement disponible (15 points) (...) ». L'article 03.01 du même règlement précise que le mémoire technique comprendra : « (...) B. 1. Une note explicitant le matériel affecté au chantier. L'entreprise précisera : son parc à matériel / les engins de son parc à matériel qu'elle affectera au chantier ; 2. une note sur le stock d'enrochement dont elle dispose. A ce titre les renseignements suivants seront données : volume du stock disponible / site d'entreposage / Le candidat pourra, en cas de stock inexistant, soit fournir un arrêté d'autorisation en cours de validité (...) ».

12. Il résulte de l'instruction que le groupement requérant a obtenu une note de 52 / 60 pour le critère du prix et de 28 / 40 pour le critère de la valeur technique, soit un total de 80 points alors que le groupement EPC attributaire a obtenu une note de 48 pour le critère du prix et de 37 pour le critère technique, soit un total de 85 points.

13. En ce qui concerne le sous-critère technique du parc à matériel, le groupement requérant fait valoir que son parc à matériel affecté au chantier était suffisant. Cependant ce moyen est inopérant dès lors qu'il a obtenu la note maximum de 15/15 à ce sous-critère. Si toutefois le groupement requérant a entendu critiquer la note attribuée au groupement attributaire, il résulte de l'instruction qu'en effet l'offre du groupement attributaire, qui a obtenu 15 / 15, a été appréciée au regard de la quantité de matériel listé, y compris du matériel non affecté au chantier, alors que le groupement requérant fait valoir sans être contesté que la plupart des matériels listés n'étaient pas utiles à des travaux d'enrochement et que le groupement EPC ne disposait pas, à la date de la présentation de son offre, notamment de dragues, matériel essentiel à la réalisation des travaux en cause. Dès lors il y a lieu de considérer que le groupement attributaire ne pouvait pas obtenir la note maximum de 15 / 15 pour ce sous-critère mais devait être sanctionné de un point.

14. En ce qui concerne le sous-critère du stock d'enrochement, le règlement particulier d'appel d'offres précité, prévoyait que la notation serait effectuée sur le stock disponible et précisait que seulement en cas de stock inexistant il y avait lieu de tenir compte des autorisations en cours de validité. Or il résulte de l'instruction, que le groupement attributaire n'a indiqué dans son offre qu'un stock de 16 500 m3 disponible, sans qu'il y ait lieu de tenir compte des arrêtés d'extraction en cours de validité ou périmés

ou en cours d'instruction. Or ainsi que le soutient la société requérante, la Polynésie française ne pouvait ignorer que ce stock de 16 500 m3 devait être apprécié compte tenu des 5 marchés à bons de commande pour lesquels le groupement EPC s'était porté candidat et a d'ailleurs obtenus. En conséquence la note de 12 / 15 attribuée au groupement attributaire est erronée, puisque la société requérante a obtenu la note de 9 /15 pour un stock disponible de 6 000 m3 qui doit être également apprécié en tenant compte de ce que les 4 000 m3 détenus par la société Multiservices - Tahiti Vidanges devait également être apprécié compte tenu des deux marchés auxquels cette société soumissionnait. En conséquence la note du groupement requérant pouvait raisonnablement être augmentée de 3 points et être portée à 11/15.

15. En conséquence, il résulte de ce qui précède que si le groupement requérant a été privé de 3 points et qu'il y avait lieu de retrancher 1 point au groupement attributaire, au total sur la note générale de son offre, il reste que l'écart de points entre l'attributaire et le requérant était de 5 points et que par suite ces irrégularités ne sont pas de nature à entraîner l'annulation du marché en cause. Aussi, le groupement requérant constitué de la société Multiservices - Tahiti Vidanges, la société Entreprise Wholer et la société Polynésie Agrégats, n'est pas fondé à contester la validité du contrat.

Sur l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

16. 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, verse au groupement requérant une somme sur ce fondement. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge du groupement requérant une somme à verser au groupement EPC sur le même fondement.

DECIDE :

Article 1er : La requête, du groupement constitué de la société Multiservices - Tahiti Vidanges, de la société Entreprise Wholer et de la société Polynésie Agrégats, est rejetée.

Article 2 : Les conclusions du groupement EPC présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Le présent jugement sera notifié aux sociétés Multiservices - Tahiti Vidanges, Entreprise Wholer, Polynésie Agrégats, à la Polynésie française, et aux sociétés EPC, Chong On Yin, Interoute et Palacz.

Délibéré après l'audience du 12 mars 2019, à laquelle siégeaient :

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

Lu en audience publique le 26 mars 2019.

La rapporteure, Le président,

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 conforme, Un greffier,