

Ordonnance du Tribunal administratif n° 1900452 du 20 décembre 2019

Tribunal administratif de Polynésie française

Juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 7 décembre 2019, et un mémoire enregistré le 15 décembre 2019, la société Vaihupe, représentée par Me Houbouyan, demande au juge des référés, sur le fondement des dispositions de l'article L. 55124 du code de justice administrative :

1°) d'ordonner la suspension de la passation du marché de maîtrise d'œuvre pour les terrassements et la réalisation du trait de côte de la zone littorale du projet « le Village Tahitien » ;

2°) d'annuler la procédure de passation dudit marché de maîtrise d'œuvre ;

3°) à titre subsidiaire, d'annuler la décision du 27 novembre 2019 par laquelle le directeur de Tahiti Nui Aménagement et Développement a rejeté son offre ;

4°) de mettre à la charge de Tahiti Nui Aménagement et Développement une somme de 300 000 F CFP au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- un élément de consultation erroné, s'agissant de l'appréciation de la valeur technique des offres, a été communiqué aux candidats ;

- le pouvoir adjudicateur a dénaturé le contenu de son offre, qui est économiquement la plus avantageuse ; la notation de la valeur technique procède d'une dénaturer des éléments de son dossier ;

- la valeur technique des offres, s'agissant des références similaires dont peuvent faire état les candidats, a été appréciée au regard d'un critère de sélection des candidatures ;

- le dossier de consultation présente un caractère discriminatoire selon que les candidats présentent leur offre dans le cadre d'un groupement d'entreprises cotraitantes ou en ayant recours à un contrat de sous-traitance.

Par mémoire enregistré le 18 décembre 2019, l'établissement public Tahiti Nui Aménagement et Développement, représenté par Me Quinquis, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 200 000 F CFP soit mise à la charge de la société Vaihupe au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- la lettre de rejet de l'offre adressée à la société requérante contient une erreur matérielle dans la mesure où les deux sous-critères d'appréciation de la valeur technique de l'offre n'ont pas été correctement reportés ; les offres ont été examinées dans les conditions prévues par le règlement de consultation, ainsi que cela résulte du tableau d'analyse des offres ;

- l'offre de la société Vaihupe aurait dû être écartée comme anormalement basse ;

- les insuffisances de certains postes techniques de son offre justifiaient une note technique inférieure aux autres candidats ; le seul fait d'arriver en tête s'agissant du critère prix ne saurait justifier l'attribution du marché dès lors qu'il a été retenu une pluralité de critères ; en outre, il n'appartient pas

au juge du référé précontractuel de se prononcer sur l'appréciation portée par la collectivité publique sur les mérites respectifs de chacun des candidats ;

- le critère incluant l'examen des références des candidats peut être regardé comme rendu objectivement nécessaire par l'objet du marché, dans la mesure où il s'agit d'un marché de maîtrise d'œuvre pour la réalisation de travaux sensibles, notamment en milieu maritime ; ce critère ne vise pas à s'assurer de la capacité financière du candidat à honorer le marché s'il lui était confié ;

- le dossier de consultation n'a aucun caractère discriminatoire ; il appartenait aux candidats de préciser les modalités d'organisation des prestations.

Par ordonnance du 9 décembre 2019, le juge des référés a enjoint à Tahiti Nui Aménagement et Développement de différer la signature du marché litigieux au plus tard jusqu'au 26 décembre 2019.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

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

- le code polynésien des marchés publics ;

- le code de justice administrative.

Ont été entendus au cours de l'audience publique, à laquelle les parties ont été régulièrement convoquées :

- Mme Theulier de Saint-Germain, premier conseiller, en son rapport ;

- Me Houbouyan, représentant la société Vaihupe, et Me Quinquis, représentant Tahiti Nui Aménagement et Développement, qui ont repris les moyens et arguments sus analysés.

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

Considérant ce qui suit :

Aux termes de l'article L.551-24 du code de justice administrative : « (...) en Polynésie française (...), 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. »

Par avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de la Polynésie française le 30 août 2019, l'établissement public Tahiti Nui Aménagement et développement (TNAD) a lancé une procédure

d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre portant sur les terrassements et la réalisation du trait de côte de la zone littorale du projet « le Village Tahitien ». Le 27 novembre 2019, TNAD a informé la société Vaihupe du rejet de son offre. Par la présente requête, cette dernière demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-24 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de publicité et de mise en concurrence ayant conduit à l'attribution du marché à la société Infra+.

Sur le caractère anormalement bas de l'offre présentée par la société Vaihupe :

Aux termes de l'article LP. 322-6 du code polynésien des marchés publics : « (...) Sur la base d'un rapport d'analyse établi par les services de l'autorité compétente, les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables au sens de l'article LP 122-3 ainsi que les offres anormalement basses après mise en œuvre des dispositions du deuxième alinéa de l'article LP 235-3, sont éliminées par décision prise par l'autorité compétente après avis de la commission d'appel d'offres. (...) ». Il résulte de ces dispositions, applicables aux procédures formalisées, que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter les offres inappropriées, irrégulières, inacceptables ou anormalement basses.

Un candidat dont l'offre est anormalement basse n'est pas susceptible d'être lésé par les manquements qu'il invoque sauf si le caractère anormalement bas de son offre est le résultat du manquement qu'il dénonce.

TNAD peut se prévaloir de ce que l'offre de la société Vaihupe serait anormalement basse, alors même que l'offre de la société a été classée à l'issue de la procédure de passation du marché et rejetée pour un autre motif. Toutefois, en se bornant à indiquer que l'offre de la société Vaihupe représentait 26 % de l'estimation initiale de l'administration, sans établir, au vu des éléments de réponse apportés par la société Vaihupe, que le prix en cause serait susceptible de compromettre la bonne exécution du marché, TNAD n'est pas fondé à soutenir que l'offre présentée par la société Vaihupe serait anormalement basse.

Sur le moyen tiré de l'utilisation d'un critère de sélection des candidatures pour apprécier les offres des candidats :

Aux termes de l'article LP 322-5 du code polynésien des marchés publics : « (...) Au vu des seuls renseignements relatifs aux candidatures, l'autorité compétente, après avis de la commission d'appel d'offres, élimine les candidatures qui ne peuvent être admises à participer à la suite de la procédure ainsi que celles ne présentant pas les capacités professionnelles, techniques et financières suffisantes ou les niveaux minimum de capacité requis en application des I et II de l'article LP 235-1 (...) ». Aux termes de l'article LP 235-1 du même code : « II (...) Les candidatures qui ne présentent pas de capacités professionnelles, techniques et financières suffisantes ou celles ne présentant pas les niveaux minimum de capacité requis sont éliminées. (...) ». Aux termes de l'article LP 235-2 du même code : « I.- Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur public se fonde : 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en

matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle, 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 et l'interopérabilité. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ; (...) ».

Il résulte de ces dispositions que, dans le cadre de la procédure d'appel d'offres ouvert, les capacités des candidats, établies notamment par leurs références professionnelles, doivent être examinées au moment de l'analyse des candidatures, et que les offres des seules entreprises dont les capacités ont été jugées suffisantes doivent être examinées, au regard des critères fixés par le code, éventuellement complétés par des critères additionnels énoncés par le règlement de la consultation et justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. Ainsi, dans le cadre d'un appel d'offres ouvert, si le critère tiré des références professionnelles d'un candidat, qui est relatif aux capacités des candidats, peut être utilisé pour sélectionner les candidatures, il ne peut être utilisé, à titre de critère additionnel à ceux fixés par le code polynésien des marchés publics, pour sélectionner les offres.

Il ressort des pièces du dossier que le règlement de consultation du marché litigieux précisait, en son article 14.2, que l'offre économiquement la plus avantageuse serait déterminée en fonction du prix des prestations pour 60 % et de la valeur technique de l'offre retenue pour 40 %, ce dernier critère étant évalué pour moitié en fonction, d'une part, de la « note d'identification et d'organisation des candidats » et, d'autre part, « des principales références ».

S'il est loisible au pouvoir adjudicateur de retenir au stade de l'examen de la valeur intrinsèque des offres, à la condition qu'ils soient non discriminatoires et liés à l'objet du marché, des critères relatifs aux moyens en personnel et en matériel affectés par le candidat à l'exécution des prestations mêmes qui font l'objet du marché, afin d'en garantir la qualité technique, il ne peut, en revanche, ainsi qu'il a été dit au point 7, se fonder sur des critères portant sur les références de l'entreprise qu'au stade de l'examen des candidatures. En se fondant ainsi sur des critères propres à l'examen des candidatures pour apprécier les offres, TNAD a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Le manquement en cause, eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte, est susceptible d'avoir lésé la société Vaihupe.

Sur la mise en œuvre des pouvoirs conférés au juge des référés précontractuels :

Le juge des référés précontractuels s'est vu conférer par les dispositions précitées de l'article L. 551-24 du code de justice administrative le pouvoir d'adresser des injonctions à l'administration, de suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte, d'annuler ces décisions et de supprimer des clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat. Dès lors qu'il est régulièrement saisi, il dispose de l'intégralité des pouvoirs qui lui sont ainsi conférés pour mettre fin, s'il en constate l'existence, aux manquements de l'administration à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Le manquement tenant à l'irrégularité du choix des critères de jugement des offres, qui, conformément

aux dispositions du code polynésien des marchés publics, ont été portés à la connaissance des candidats dès le début de la procédure, implique de prononcer son annulation intégrale. Il y a lieu ainsi, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens soulevés par la société Vaihupe, d'annuler l'ensemble de la procédure de passation du marché.

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

Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de TNAD le versement à la société Vaihupe d'une somme de 150 000 F CFP en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

ORDONNE

Article 1er : La procédure de passation du marché de maîtrise d'œuvre pour les terrassements et la réalisation du trait de côte de la zone littorale du projet « le Village Tahitien » est annulée.

Article 2 : Tahiti Nui Aménagement et Développement versera à la société Vaihupe une somme de 150 000 F CFP au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Vaihupe, à la société Infra + et à Tahiti Nui Aménagement et Développement.

Fait à Papeete, le 20 décembre 2019.

Le juge des référés, Le greffier,

E. Theulier de Saint-Germain M. Estall

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,