

Ordonnance du Tribunal administratif n° 2100014 du 03 février 2021

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 17 janvier 2021, complétée par un mémoire enregistré le 1er février 2021, les sociétés Gimaex Fire Truck, Tahiti Bull et Formation Étude Protection Incendie, représentées par Me Millet, demandent au juge des référés :

-à titre préalable :

-d'ordonner la suspension de la signature du marché pour une durée d'au minimum 20 jours ;

-à titre principal :

-d'annuler la décision de rejet de leur offre n°3157 /MLA du 31 décembre 2020 ;

-d'ordonner à l'acheteur public de reprendre l'examen de leur offre régularisée ;

-de condamner la Polynésie française d'avoir à leur verser une somme globale de 350 000 FCFP au titre de l'article 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que :

- la direction de l'aviation civile (DAC) a commis une erreur d'appréciation sur leur offre et celle-ci n'aurait pas dû être rejetée comme étant irrégulière et inappropriée ;

-l'administration a estimé à tort que leur offre serait irrégulière au motif que ne seraient pas indiqués les éléments relatifs à la réception des véhicules sur la plateforme aéroportuaire de Faa'a, et en particulier les autorisations du SEAC et de l'exploitant ADT. La DAC n'avait absolument pas mentionné cette omission dans sa demande de précision du 16 novembre 2020, et surtout, les autorisations d'accès à la plateforme aéroportuaire ne pouvaient en toute logique pas être demandées avant d'avoir remporté le marché.

- si la régularisation de l'offre a entraîné une augmentation importante des prix n°4 et n°5, à savoir le prix n°4 est passé de 16 950 à 61 811 € et le prix n°5 qui était de 750 € au titre des frais d'immatriculation, s'est vu ajouté un montant de 65 780 € au titre de la taxe de mise en circulation et un montant de 2 500 € au titre des frais de préparation et de mise en route (soit + 68 280 €), passant ainsi à 69 030 €, le code polynésien des marchés publics prévoit, en son article R. 2152-2 comme en France métropolitaine, une faculté de régularisation des offres irrégulières, avec comme seule limite de ne pas en modifier les « caractéristiques substantielles ». Le principe d'une régularisation de l'offre portant directement sur le bordereau de prix est parfaitement admis par la loi, et accepté par l'administration y compris s'il s'agit d'une modification de prix d'une certaine importance dans la mesure où elle reconnaît qu'elle peut intervenir suite à une suspicion d'offre anormalement basse. La DAC a d'ailleurs expressément indiqué que les prix n°4 et n° 5 devaient être complétés et comporter des précisions sur la composition du prix (...) » et l'administration terminait son courrier en demandant aux exposantes de « fournir vos nouvelles propositions de prix ». En l'occurrence, l'augmentation des prix n°4 et n°5 se chiffre à un montant total de 113 141 € soit 13,17% de la partie 01 du bordereau de prix et n'est donc pas substantielle.

-l'article LP.322-6 du code des marchés publics polynésien ouvre, sauf modification des caractéristiques

substantielles, cette faculté de régularisation

- « préciser ou compléter la teneur de leur offre »

-à l'instar de l'article 59 de l'ex-code des marchés publics métropolitain ; l'interprétation jurisprudentielle restrictive de ce dispositions est contredite par les dispositions permissives sur ce point du décret du 25 mars 2016 , à l'article R. 2152-2 du code de la commande publique; au demeurant le Conseil d'Etat a entendu faire de cette régularisation une faculté pour le pouvoir adjudicateur ; l'admission de la régularisation des offres est conforme au principe d'efficacité de la commande publique posé à l'article LP. 11 du code des marchés publics polynésien ;

-en tout état de cause, la taxe de mise en circulation appliquée aux véhicules de lutte contre les incendies d'aéronefs n'apparaît ni cohérente, ni justifiée, dès lors que ces véhicules n'ont pas vocation à circuler sur les voies de circulations ouvertes, ainsi qu'il résulte d'ailleurs pour les communes de l'article 322-1 du code des impôts.

Par un mémoire en défense enregistré le 29 janvier 2021, la société Argos Polynésie, représentée par Me Lau, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge des requérantes une somme de 300 000FCFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- en omettant d'inclure dans leur offre tous les frais générés par l'article 6 et 11.4.9 du CCTP qui s'appliquent aux essais de conformité et de vérifications en usine en présence des représentants de la DAC, les sociétés requérantes n'ont pas commis une erreur matérielle, mais ont fourni une offre incomplète ne respectant pas les exigences formulées dans les documents de la consultation. Il s'agit en outre d'exigences substantielles liées directement à l'examen de la conformité des véhicules que les seuls essais sur site ne peuvent pas satisfaire, constituant une irrégularité de l'offre et non une erreur matérielle sur l'établissement du bordereau de prix.

-dans la mesure où les omissions relevées dans l'offre des sociétés requérantes portent sur des exigences essentielles des documents de la consultation, qui ne relèvent pas de l'erreur matérielle, admettre la modification de l'offre après le délai de dépôt des dossiers de candidatures porterait atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats.

-le caractère inapproprié de l'offre réside dans le fait que celle-ci n'a pas pris en compte la taxe de mise en circulation ; l'assujettissement à ladite taxe est une obligation légale et son règlement est un préalable à la mise en circulation des véhicules. Le fait que l'offre des sociétés requérantes ne permet pas de mettre en circulation, sur le territoire de la Polynésie française, des véhicules de lutte contre l'incendie d'aéronefs, est une offre inappropriée, insusceptible de régularisation.

Par un mémoire en défense enregistré le 29 janvier 2021, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle soutient que :

-elle a expressément requis des précisions sur le prix quant aux conditions de réception des véhicules ; les requérantes se sont trompées sur le lieu de réception des véhicules comme sur la fiscalité applicable, en omettant la taxe de mise en circulation ; ces véhicules ont bien à circuler sur les voies de

circulation ouvertes et non sur les seules pistes d'aéroports ; la circonstance que l'exonération de cette taxe serait à l'étude est inopérante ;

-l'offre était donc irrégulière et inappropriée et ne pouvait pas être régularisée dès lors que la demande aux candidats de compléter la teneur de leur offre ne constitue qu'une faculté en application du code des marchés publics polynésien et les requérantes ne peuvent utilement se référer sur ce point à l'article R. 2152-2 du code de la commande publique ;

Vu :

- les autres pièces du dossier ;

-l'ordonnance en date du 18 janvier 2021 par laquelle le juge des référés a ordonné la suspension de la signature du marché jusqu'au 5 février 2021 ;

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.

Considérant ce qui suit :

1. 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. » ;

2. La direction de l'aviation civile de la Polynésie française a publié au JOPF le 3 juillet 2020 un avis d'appel public à la concurrence n°4082 portant sur « l'accord cadre pour la fourniture, la livraison, et la maintenance de véhicules affectés au SSLIA ». Les sociétés Gimaex Fire Truck, Tahiti Bull et Formation Étude Protection Incendie ont soumissionné à ce marché en groupement, et ont désigné la société GIMAEX en qualité de mandataire. Par un courrier en date du 16 novembre 2020, le directeur de l'aviation civile a demandé au mandataire du groupement requérant, eu égard à leur caractère anormalement bas, de justifier des prix proposés pour les « Prix n°4 Frais de réception et d'essai Prix- 16 950 euros » et

« Prix n°5 ; Frais d'immatriculation 750 euros ». Le mandataire a répondu le 23 novembre 2020 en

exposant que, pour le prix n°4, une erreur d'interprétation du CCAP avait conduit à proposer le prix correspondant à une réception des véhicules en Polynésie plutôt qu'à l'usine de Roanne en France, soit une révision du prix à 61 811 euros au lieu de 16 950 euros et, pour le prix n°5, que l'omission de prise en compte dans l'offre de base de la taxe de mise en circulation (TMC) et des frais de préparation et de mise à la route impliquait une révision du prix à 69.030 euros au lieu de 750 euros. Par décision du 31 décembre 2020, la direction de l'aviation civile a notifié aux requérantes le rejet de leur offre comme étant irrégulière et inappropriée eu égard aux modifications apportées suite à la demande de précisions du 16 novembre 2020. Pour l'administration, l'offre est irrégulière car il est apparu, dans la réponse à la demande de précisions et de compléments sur l'offre du prix n°4 du bordereau des prix détails estimatifs de la partie 01, que « le candidat a répondu par une mal interprétation des termes de réception usine stipulé dans les articles 04 du CCAP et des articles 6.1, 11.4.9 et 11.4.10 du CCTP. Le candidat a prévu la réception sur la plateforme aéroportuaire de Faa'a, sans apporter les éléments dans son mémoire technique et sans les autorisations du SEAC et de l'exploitant ADT ». L'offre est inappropriée dès lors que, pour le prix n°4, frais de réception et d'essai, le candidat transmet son offre révisée avec une augmentation de 265% et pour le prix n°5, le candidat n'a pas prévu la taxe de mise en circulation et les frais de préparation et mise à la route, non inclus dans le prix de l'offre.

3. L'article 4 du CCAP du marché, auquel renvoie le règlement de la consultation, dispose : « 04.01. Contenu des prix (...) Il est également précisé que les prix T.T.C. figurant aux Bordereaux des Prix Détails Estimatifs rémunèrent l'entrepreneur pour toutes fournitures et prestations nécessaires ainsi que tous faux frais, en particulier ceux énumérés ci-après: fournitures de véhicules SSLIA/ • toutes charges fiscales et parafiscales (frais de dédouanement, taxe de mise en circulation, taxe d'environnement et recyclage des véhicules (...) tous frais d'essais en usine, sur site, ou de tests spécialisés, les vérifications et essais liés à la conformité et à la mise en service des véhicules ainsi que la conformité de l'ensemble de la commande avant livraison ; (...) tous frais de mise en service du véhicule: plaques minéralogiques, carte grise, carburant, carte violette ; tous frais de réception technique, de contrôle, d'épreuves des matériels, de mise en service, de vérification (...) tous les frais d'hébergement, de restauration, de transport et déplacement de l'usine ou des sites d'essai, de réception, de formation ou de réunion au lieu de leur hébergement et le transport aérien depuis Tahiti au site et retour des représentants de la Direction de l'aviation civile prévu dans le CCTP durant toute la période prévue par le titulaire (...) Après remise de son offre, le titulaire ne pourra plus se prévaloir d'omissions, erreurs ou divergences pour se dispenser d'exécuter suivant les règles, les prestations qui lui seront commandées dans les limites du présent CCP ou revenir sur le caractère forfaitaire du prix (...). Aux termes de l'article 6 Réception du CCTP, du marché, auquel renvoie le règlement de la consultation : 6.1 Réception Usine. « Douze (12) représentants de la Direction de l'aviation civile procéderont aux contrôles et vérifications, conformément aux paragraphes 9 et 10 de l'article 11 du CCTP, des véhicules pendant au moins une période de cinq (05) jours ouvrables, pour la réception en usine du constructeur. La réception se fera par véhicule isolé. Cette réception fera l'objet d'un Procès-verbal de réception usine par véhicule et signé par les douze (12) représentants de la Direction de l'aviation civile et du représentant du constructeur

(...) La prise en charge des représentants de la Direction de l'aviation civile par l'entrepreneur inclura l'hébergement, la restauration, le transport et déplacement de l'usine ou des sites d'essai au lieu de leur hébergement et le transport aérien depuis Tahiti au site et retour. ».

4. Il résulte de ces éléments qu'ainsi que l'admettent les sociétés requérantes dans leur dernier mémoire, leur offre n'incluait pas, en méconnaissance des dispositions du règlement de la consultation, les frais induits par la procédure de réception en usine en France des véhicules, ni la taxe de mise en circulation des véhicules en Polynésie française, empêchant qu'ils circulent sur ce territoire. Les requérantes soutiennent toutefois que leur offre devait être régularisée, en prenant en compte les éléments et prix complémentaires soumis dans leur réponse du 23 novembre 2020, ne constituant pas des modifications substantielles de leur offre, et non pas être rejetée comme étant irrégulière et inappropriée.

5. L'article LP 122-3 du code des marchés publics polynésien dispose: « Au sens du présent code, on entend par : (...) 10° offre inappropriée, une offre qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin de l'acheteur public et qui peut en conséquence être assimilée à une absence d'offre ;11° offre irrégulière, offre qui, tout en apportant une réponse au besoin de l'acheteur public, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation (...)». Au Titre III - Passation Des Marchés Chapitre V - Examen des candidatures et des offres. Section 1 - Sélection des candidatures, l'article LP 235-1 énonce : « I.- Avant de procéder à l'examen des candidatures, s'il est constaté que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, l'acheteur public peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai (insérés, Lp n° 2019-37 du 20/12/2019, article LP 11-1°)-a) « approprié et » identique pour tous (supprimés, Lp n° 2019-37 du 20/12/2019, article LP 11-1°)-b)). (supprimée, Lp n° 2019-37 du 20/12/2019, article LP 11-2°)). Cette faculté n'autorise pas l'acheteur public à demander aux candidats de compléter la teneur de leur offre (...) ». A la Section 3 - Examen des offres, l'article LP 235-3 dispose : « Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables au sens de l'article LP 122-3 sont éliminées par l'acheteur public. Si une offre paraît anormalement basse, l'acheteur public demande au candidat qu'il fournisse les précisions et justifications sur le montant de son offre. Si, après vérification des justifications fournies, l'acheteur public établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette par décision motivée. Les offres qui n'ont pas été éliminées en application du premier et du deuxième alinéa sont jugées au regard du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, puis sont classées par ordre décroissant. L'offre économiquement la plus avantageuse choisie en application du ou des critères annoncés est l'offre la mieux classée par l'acheteur public. ». Au Titre II - Définition et déroulement des différentes procédures de marchés publics et au sein du Chapitre II - Appel d'offres, l'article LP 322-6 dispose : « (remplacé, Lp n° 2019-37 du 20/12/2019, article LP 19) « I - Un rapport préalable à la seconde réunion de la commission d'appel d'offres est établi par les services de l'autorité compétente, éventuellement assistés par un prestataire spécialisé. Il a pour objet : 1° le cas échéant, de dresser la liste des candidats ayant satisfait à la demande de régularisation du président de la commission d'appel d'offres, conformément

aux éléments consignés au procès-verbal de la commission ; 2° de procéder à l'examen des candidatures et, au vu des seuls renseignements les concernant, de proposer l'élimination de celles 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 ; 3° d'analyser les seules offres des candidats non écartés après mise en œuvre des dispositions du 2° ci-dessus. 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. 4° de proposer : - l'élimination des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables au sens de l'article LP 122-3 ainsi que des offres anormalement basses après mise en œuvre des dispositions du deuxième alinéa de l'article LP 235-3 ; - et le classement des autres offres conformément aux dispositions de l'article LP 235-3°. L'offre la mieux classée, en application du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation, est l'offre économiquement la plus avantageuse. Il - Sur la base du rapport mentionné au I du présent article, la commission d'appel d'offres se réunit pour formuler un avis sur : 1° les opérations de régularisation des candidatures, le cas échéant ; 2° l'élimination des candidatures qui ne peuvent être admises à participer à la suite de la procédure ainsi que celles ne présentant pas les capacités suffisantes ; 3° l'élimination des offres inappropriées, irrégulières, inacceptables ou anormalement basses ; 4° le classement des autres offres et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Si la commission d'appel d'offres s'écarte des conclusions du rapport préalable établi par les services de l'autorité compétente, elle motive sa décision dans son procès-verbal de réunion. III - Après avis de la commission d'appel d'offres, l'autorité compétente décide : 1° de l'élimination des candidatures qui ne peuvent être admises à participer à la suite de la procédure ainsi que celles ne présentant pas les capacités suffisantes ; 2° de l'élimination des offres inappropriées, irrégulières, inacceptables ou anormalement basses ; 3° du classement des offres non éliminées et du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Si l'autorité compétente s'écarte de l'avis de la commission, elle motive sa décision dans le rapport de présentation mentionné à l'article LP 331-1. Les candidats éliminés en sont informés conformément au I de l'article LP 332-1. ». Enfin aux termes de l'article LP 322-7 : « L'autorité compétente peut, en accord avec le candidat retenu, procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres. »

6. Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que, si elles permettent au pouvoir adjudicateur d'inviter les candidats à compléter leur dossier de candidature et à les régulariser le cas échéant, une telle faculté n'est pas offerte pour la phase d'examen et de sélection des offres. Il en résulte également que, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur est tenu d'écarter sans l'examiner ni la classer l'offre qui est irrégulière, inappropriée ou inacceptable et ne dispose pas, en conséquence, de la faculté d'inviter un candidat à la régulariser. Si l'article LP 322-6, qui interdit toute négociation avec les candidats, permet au pouvoir adjudicateur de leur « demander ... de préciser ou de compléter la teneur de leur offre », ces demandes de précisions ou de compléments ne peuvent aboutir

à modifier la teneur des offres et notamment le montant de l'offre, sauf pour rectifier une erreur purement matérielle, d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue. Une offre irrégulière étant une offre qui ne répond pas complètement au règlement de la consultation du marché, lequel est obligatoire dans toutes ses mentions ou qui méconnaît certaines de ses dispositions, sa régularisation implique nécessairement une modification de sa teneur, qui est ainsi interdite. Le pouvoir adjudicateur, en présence d'une offre irrégulière ou inappropriée, est donc tenu de l'éliminer, comme le prévoient expressément les articles LP 235-3 et LP 322-6.

7. Il résulte de ce qui précède que la Polynésie française, en rejetant, comme elle y était tenue, l'offre des sociétés Gimaex Fire Truck, Tahiti Bull et Formation Étude Protection Incendie comme étant irrégulière et inappropriée, n'a pas méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence définies par le code des marchés publics polynésiens. La requête doit donc être rejetée.

8. Les conclusions présentées par les sociétés Gimaex Fire Truck, Tahiti Bull et Formation Étude Protection Incendie au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ne peuvent dès lors également qu'être rejetées. En revanche il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à leur charge une somme de 150 000 FCFP à verser à la société Argos sur ce fondement.

ORDONNE :

Article 1er : La requête des sociétés Gimaex Fire Truck, Tahiti Bull et Formation Étude Protection Incendie est rejetée.

Article 2 : Les sociétés Gimaex Fire Truck, Tahiti Bull et Formation Étude Protection Incendie verseront, ensemble, une somme de 150 000 FCFP à la société Argos en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée aux sociétés Gimaex Fire Truck, Tahiti Bull et Formation Étude Protection Incendie, à la Polynésie française et à la société Argos. Copie au haut-commissaire de la République en Polynésie française.

Fait à Papeete, le 3 février 2021.

Le président, P. Devillers

La greffière, Mme Ly

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,