

Décision du Tribunal administratif n° 1900203 du 28 janvier 2020

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 7 juin 2019, et un mémoire enregistré le 3 septembre 2019, l'EURL Takitumu, représentée par Me Millet, demande au tribunal : 1°) d'annuler la décision du 13 février 2019 par laquelle le directeur de l'institut de la jeunesse et des sports de la Polynésie française a rejeté son offre dans le cadre du marché public relatif aux travaux de rénovation de l'aire de jeux n°2 du skate park de Au'ae Faa'a ; 2°) d'annuler le marché public relatif aux travaux de rénovation de l'aire de jeux n°2 du skate park de Au'ae Faa'a conclu par l'institut de la jeunesse et des sports de la Polynésie française avec la société JL Polynésie ; 3°) de mettre à la charge de la Polynésie française une somme de 226 000 F FCP au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- des manquements ont été commis par l'institut de la jeunesse et des sports de la Polynésie française dans l'évaluation de son offre ; la note de 2/5 au titre de la note méthodologique n'est pas prévue par le règlement de la consultation et n'est accompagnée d'aucune appréciation ;
- le règlement de consultation n'apporte aucune précision sur la méthode d'évaluation des sous-critères ;
- la notation présente un caractère arbitraire et aucune analyse n'est exprimée ; le principe d'égalité de traitement des candidats et de transparence de la procédure a été méconnu ;
- la notation des sous-critères techniques est entachée d'erreurs manifestes d'appréciation ;
- s'agissant de la note méthodologique, les plans d'exécution, d'implantation et de recollement fournis par la société JL Polynésie n'auraient pas dû être pris en compte, ces plans ne pouvant être réalisés que postérieurement à l'attribution du marché ou n'incomant pas à l'attributaire ; l'offre de la société JL Polynésie ne contient pas de méthodologie complète du chantier ; elle a quant à elle fourni un dossier complet décrivant la méthodologie envisagée ;
- s'agissant de la note des fiches techniques, l'offre de la société JL Polynésie ne présente aucun avantage par rapport à son offre et elle ne semble en outre pas conforme au CCTP pour ce qui est des peintures et du béton ;
- s'agissant de la note du planning prévisionnel, elle a proposé un délai d'exécution plus rapide que les deux autres candidats et elle a respecté le planning proposé, de sorte qu'elle aurait dû se voir attribuer une note plus élevée ;
- s'agissant de la note du plan hygiène et sécurité, elle n'a obtenu qu'une note de 3/5 alors qu'elle a traité tous les aspects nécessaires.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 26 juillet et 26 septembre 2019, l'institut de la jeunesse et des sports de la Polynésie française, représenté par Me Eftimie-Spitz, conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de l'EURL Takitumu une somme de 300 000 F CFP au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient qu'aucun des moyens n'est fondé.

Par un mémoire en défense, enregistré le 3 octobre 2019, la société JL Polynésie conclut au rejet de la

requête.

Elle soutient qu'aucun des moyens n'est fondé.

Les parties ont été informées, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, de ce que le jugement était susceptible d'être fondé sur un moyen relevé d'office, tiré de l'irrecevabilité des conclusions à fin d'annulation de la décision en date du 13 février 2019 du directeur de l'institut de la jeunesse et des sports de la Polynésie française rejetant l'offre de l'EURL Takitumu, le concurrent évincé n'étant pas recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes détachables de la conclusion du contrat.

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.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Theulier de Saint-Germain, rapporteur,
- les conclusions de M. Retterer, rapporteur public,
- et les observations de Me Millet, représentant l'EURL Takitumu, et celles de Me Eftimie-Spitz, représentant l'institut de la jeunesse et des sports de la Polynésie française.

Considérant ce qui suit :

1. Le directeur de l'institut de la jeunesse et des sports de la Polynésie française (IJSPF) a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché public relatif à des travaux de rénovation de l'aire de jeux n°2 du skate park de Au'ae Faa'a. Par une décision du 13 février 2019, le directeur de l'institut de la jeunesse et des sports de la Polynésie française a rejeté l'offre de l'EURL Takitumu. L'EURL Takitumu recherche l'annulation de cette décision ainsi que du marché conclu avec la société JL Polynésie.

Sur les conclusions à fin d'annulation de la décision du 13 février 2019 par laquelle le directeur de l'institut de la jeunesse et des sports de la Polynésie française a rejeté l'offre de l'EURL Takitumu :

2. La décision de rejet d'une offre déposée par un candidat dans le cadre de la passation d'un marché public a le caractère d'un acte détachable dont la légalité ne peut être contestée par le candidat évincé qu'à l'occasion d'un recours de plein contentieux formé contre le contrat, une fois celui-ci signé par les parties. Par suite, l'EURL Takitumu n'est pas recevable à solliciter l'annulation de la décision du 13 février 2019 par laquelle le directeur de l'institut de la jeunesse et des sports de la Polynésie française a rejeté son offre.

Sur le recours en contestation de validité du contrat :

3. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice

administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Le tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut, 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 en rapport direct avec son éviction.

4. En premier lieu, les obligations faites au pouvoir adjudicateur en matière d'information des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public ne s'étendent pas aux éléments de la méthode retenue pour la notation au regard d'un critère donné, de sorte que l'EURL Takitumu ne peut utilement se prévaloir de ce que le règlement de consultation ne précise pas la méthode d'évaluation des sous-critères.

5. En second lieu, le pouvoir adjudicateur a fixé, pour l'attribution du marché public litigieux, deux critères de jugement des offres, à savoir le prix et la valeur technique, pondérés respectivement à 60 % et 40 %. Le règlement de la consultation prévoyait que le critère de la valeur technique de l'offre était décomposé en quatre sous-critères relatifs, d'une part, à la note méthodologique de l'entreprise, valorisée à 20 points, d'autre part, aux fiches techniques « provenance et conformité des matériaux », valorisées à 10 points, et enfin, au planning prévisionnel et au plan hygiène et sécurité, valorisés à 5 points chacun.

6. S'agissant de critère de la valeur technique, la société JL Polynésie, attributaire du marché litigieux, s'est vue attribuer une note totale de 39/40 tandis que l'EURL Takitumu a obtenu une note de 21/40. Le tableau d'analyse de la valeur technique des offres ne comporte pas d'appréciation littérale circonstanciée relative à l'appréciation des mérites respectifs des différentes offres présentées. Alors que l'EURL Takitumu conteste l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur s'agissant des différents sous-critères précités, aucun élément du dossier ne permet de déterminer en quoi la valeur technique de l'offre présentée par la société JL Polynésie se distinguait de celle présentée par l'EURL Takitumu, aucune justification n'étant apportée quant aux notes bien inférieures attribuées à la société requérante.

7. S'agissant du sous-critère « note méthodologique », pour lequel la société JL Polynésie a obtenu une note de 5 et l'EURL Takitumu une note de 2, l'IJSPF indique dans son dernier mémoire en défense que les moyens humains de l'EURL Takitumu étaient insuffisants et nécessitaient de recruter du personnel intérimaire. Il résulte toutefois des énonciations mêmes du tableau d'analyse de la valeur technique des offres que les moyens humains mobilisés sur le chantier par l'EURL Takitumu sont supérieurs à ceux de la société JL Polynésie, sans qu'aucun élément du dossier n'établisse leur inadéquation. Si l'IJSPF indique également que la société Takitumu ne disposait d'aucun matériel de démolition ni de personnel formé, cette assertion n'est pas établie alors que ladite société exerce notamment une activité de démolition. Enfin, contrairement à ce qui est soutenu, aucune stipulation du CCTP n'imposait au candidat de justifier du respect de la norme NF EN 14974, de sorte qu'aucun élément ne vient justifier l'important écart

entre les notes attribuées. En outre, en appliquant, s'agissant de ce sous-critère, la note de 2 sur 5 à l'offre de la requérante, alors que la grille de notation portée à la connaissance des candidats dans le cadre du règlement de la consultation ne permet pas au pouvoir adjudicateur d'accorder une telle note, l'IJSPF n'a pas respecté les dispositions du règlement de la consultation sur le jugement des offres.

8. S'agissant ensuite du sous-critère « fiches techniques », la société JL Polynésie a obtenu une note de 5 et l'EURL Takitumu une note de 3. Si la requérante soutient que l'offre de la société JL Polynésie n'aurait pas dû obtenir une note de 5, dans la mesure où le type de béton et de peinture proposés ne seraient pas conformes au CCTP, il ressort toutefois des fiches d'approbation des matériaux versées par la société JL Polynésie à l'appui de sa candidature que le béton de dallage C30/37 et le système de peinture bicomposant sont conformes, respectivement, aux articles 3.9.2 et 3.9.3, et à l'article 3.11.7 du CCTP. En revanche, et alors que l'EURL Takitumu soutient qu'elle a fourni des fiches techniques conformes aux exigences du CCTP, la seule circonstance, invoquée dans le mémoire en défense, que l'EURL Takitumu n'a pas fourni de fiche concernant le produit anti-termite qui devait être utilisé, n'est pas de nature à expliquer l'écart de notation ainsi relevé.

9. S'agissant du sous-critère « planning prévisionnel », lequel est apprécié, aux termes du tableau d'analyse de la valeur technique, au regard de l'« optimisation du planning », il est constant que l'EURL Takitumu a proposé un délai global d'exécution de 3 mois et 2 semaines, inférieur au délai de 4 mois proposé par la société JL Polynésie, de sorte que les deux offres ne pouvaient, sans erreur manifeste d'appréciation, être notées de manière identique.

10. Enfin, s'agissant du dernier sous-critère « plan hygiène et sécurité », la société JL Polynésie a obtenu une note de 5 et l'EURL Takitumu une note de 3. Alors que l'EURL Takitumu soutient qu'elle a fourni un plan très complet, aucun élément n'est apporté afin de justifier l'écart de notation ainsi relevé, l'IJSPF se bornant à soutenir que « ni le plan hygiène et sécurité ni le plan de respect de l'environnement de la société JL Polynésie ne souffrent la moindre critique ».

11. Par conséquent, faute pour l'IJSPF d'apporter des éléments circonstanciés permettant de justifier des faibles notes attribuées à la société requérante, cette dernière est fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur a porté une appréciation manifestement erronée sur la teneur de son offre. Cette appréciation, eu égard à l'écart de prix séparant les deux candidats, a conduit à l'attribution irrégulière du marché à la société JL Polynésie.

En ce qui concerne les conséquences de l'irrégularité relevée sur la validité du contrat :

12. Il appartient au juge du contrat d'apprécier l'importance et les conséquences des vices entachant la validité du contrat. 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. 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.

13. Si, ainsi qu'il a été dit au point 11, le pouvoir adjudicateur a porté une appréciation manifestement erronée sur la teneur de l'offre de l'EURL Takitumu, ce vice, en l'absence de circonstances particulières, et notamment d'éléments révélant une volonté de l'IJSPF de favoriser la société JL Polynésie, n'est pas d'une gravité telle qu'elle implique que soit prononcée l'annulation du contrat.

14. Si la validité de ce marché est affectée par les conditions de sa passation, sa résiliation n'a, en tout état de cause, plus d'objet dès lors qu'il a été entièrement exécuté. Il en résulte que les conclusions de l'EURL Takitumu tendant à l'annulation du marché conclu entre l'IJSPF et la société JL Polynésie doivent être rejetées.

Sur les conclusions au titre des frais du litige :

15. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par l'EURL Takitumu et par l'institut de la jeunesse et des sports de la Polynésie française au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

Article 1er : La requête de l'EURL Takitumu est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de l'institut de la jeunesse et des sports de la Polynésie française présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Le présent jugement sera notifié à l'EURL Takitumu, à la société JL Polynésie et à l'institut de la jeunesse et des sports de la Polynésie française.

Délibéré après l'audience du 14 janvier 2020, à laquelle siégeaient :

M. Tallec, président, M. Katz, premier conseiller, Mme Theulier de Saint-Germain, première conseillère.

Lu en audience publique le 28 janvier 2020.

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,