

Décision du Tribunal administratif n° 2000342 du 11 mai 2021

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 29 mai 2020 et un mémoire enregistré le 1er décembre 2020, la société Multiservices – Tahiti Vidanges, représentée par la Selarl Cabinet Lau et Nougaro, demande au tribunal, dans le dernier état de ses écritures :

- 1°) d'enjoindre à la Polynésie française de produire le mémoire technique contenu dans l'offre du groupement EPC ;
- 2°) d'annuler le marché de travaux conclu le 2 avril 2020 relatif aux travaux de protection des berges de rivières et de littoral de la côte ouest de l'île de Tahiti, dans les communes de Faa'a, Punaauia, Paea, Papara, et Teva i Uta ;
- 3°) de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 500 000 F CFP sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société Multiservices – Tahiti Vidanges fait valoir que :

- la Polynésie française a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence et a méconnu les principes d'égalité et d'impartialité des candidats devant la commande publique ;
- l'administration a purement enlevé le sous-critère du stock d'enrochement disponible pour exécuter le marché ;
- la production de l'organigramme et des CV des cadres au titre d'un sous critère d'attribution fait à nouveau référence aux éléments sollicités lors de la sélection des candidatures ; en effet, le groupement EPC peut, tant au niveau des critères de sélection des candidatures que des critères de jugements des offres, faire valoir son offre sur ses propres références et non pas exclusivement sur la valeur intrinsèque des offres ; la Polynésie française a privé de portée les critères de sélection et neutralisé leur pondération ;
- le groupement EPC, alors qu'il est seul attributaire de marchés identiques depuis plusieurs années, a pu bénéficier d'informations qui lui ont permis de présenter une offre plus ciblée alors que les autres candidats étaient dans l'ignorance des informations nécessaires.
- le mémoire technique produit du groupement EPC rend impossible de vérifier en quoi, s'agissant du sous critère relatif à la méthodologie d'exécution et à la mise en œuvre des procédures, son offre aurait été mieux-disante sur la valeur technique ;
- la procédure d'appel d'offres n'a nullement défini les besoins à satisfaire ; elle fait état de simple exécution de travaux sans définir précisément la nature des travaux à exécuter et les zones géographiques concernées ; elle pouvait déterminer à l'avance s'il s'agissait de travaux de réparation de protections préexistantes ou de travaux consistant en de nouvelles protections ;
- l'avis d'appel d'offres ne comporte aucun élément précis et concret sur la provenance, la qualité et le stockage des blocs d'enrochement nécessaires à l'exécution du marché ; alors qu'il fait valoir un stock d'enrochement disponible de 10 000m³, le groupement EPC qui vient d'exécuter cinq marchés de même nature ne peut justifier d'un tel stock disponible dont le coût est compris dans l'offre de prix ;

- le marché a été signé le 2 avril 2020, antérieurement à la notification de la décision de rejet de son offre, la privant de pouvoir saisir utilement le juge du référé précontractuel ;
- le critère de l'intérêt général n'est pas de nature à maintenir le contrat qui doit être annulé ;

Par des mémoires en défense enregistrés le 18 octobre 2020 et le 4 décembre 2020, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle fait valoir que la requête est non fondée.

Par une ordonnance du 16 février 2021, la clôture de l'instruction a été fixée au 8 mars 2021.

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 M. Retterer,
- les conclusions de Mme Theulier de Saint-Germain, rapporteur public,
- les observations de Me Nougaro, représentant la société la société Multiservices - Tahiti Vidanges, et celles de Mme Ahutoru, représentant la Polynésie française.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à la concurrence du 4 septembre 2019, la Polynésie française a engagé une procédure d'appel d'offres en vue de la passation d'un marché à bons de commande relatif aux travaux de protection des berges de rivières et de littoral de la côte ouest de l'île de Tahiti, dans les communes de Faa'a, Punaauia, Paea, Papara et Teva i Uta. La Sarl Multiservices - Tahiti Vidanges et le groupement EPC (Chong On Yin/Interoute/Palacz) ont soumissionné au marché. Par courrier du 27 avril 2020, la société Multiservices - Tahiti Vidanges s'est vue notifier le rejet de son offre. Le groupement EPC a obtenu la note de 98,2/100, soit 39/40 au titre du critère de la valeur technique et 59,2/60 au titre du critère du prix, alors que la société requérante a obtenu la note de 94/100, soit 34/40 au titre du critère de la valeur technique et 60/60 au titre du critère du prix. Le marché a été signé le 2 avril 2020 entre la Polynésie française et le groupement EPC. La Sarl Multiservices - Tahiti Vidanges conteste la validité de ce marché.

Sur la validité du contrat :

2. En premier lieu, aux termes de l'article LP 221-1 du code des marchés publics de la Polynésie française et de ses établissements publics : « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte, autant que faire se peut, des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. Le ou les marchés conclus par l'acheteur public ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins ». Aux termes de l'article LP 221-4 du code des marchés publics de la Polynésie française et de ses établissements publics : « I - L'acheteur

public peut passer un marché sous la forme d'un marché à bons de commandes. / Un marché à bons de commande est un marché conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande. / Dans ce marché, l'acheteur public a la faculté de prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, ou un minimum, ou un maximum, ou prévoir que le marché est conclu sans minimum ni maximum. / L'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires, selon des modalités expressément prévues par le marché. / Les bons de commande sont des documents écrits adressés aux titulaires du marché. Ils précisent celles des prestations, décrites dans le marché, dont l'exécution est demandée et en déterminent la quantité. / II. - La durée des marchés à bons de commande ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans. / L'émission des bons de commande ne peut intervenir que pendant la durée de validité du marché. Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet du marché. L'acheteur public ne peut cependant retenir une date d'émission et une durée d'exécution de ces bons de commande telles que l'exécution des marchés se prolonge au-delà de la date limite de validité du marché dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques (...) ».

3. D'une part, il résulte de l'instruction, notamment du cahier des clauses techniques particulières, que le pouvoir adjudicateur a défini dans les documents du marché le périmètre des besoins à satisfaire en vue de prévenir l'érosion des berges des rivières sur les communes de Faa'a, Punaauia, Paea, Papara et Teva I Uta de Tahiti. Il a en outre précisé la nature de la prestation de travaux demandée, relative à la préparation des chantiers, à leur exécution et à la réception des opérations, et a déterminé la qualité et le dimensionnement des blocs à utiliser. D'autre part, la circonstance que les documents du marché ne comportent pas d'élément précis sur la provenance et le stockage des blocs d'enrochement nécessaires à l'exécution du marché ne fait pas obstacle à ce que la collectivité publique puisse recourir à un marché à bons de commandes en application des dispositions précitées, au regard notamment des aléas climatiques conditionnant l'exécution du marché. Ainsi, alors que le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu de déterminer à l'avance si les entreprises soumissionnaires devraient réaliser des travaux de réparation des protections préexistantes ou des travaux d'aménagement de nouvelles protections, la société requérante n'établit pas que les documents du marché en cause n'auraient pas défini la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. Au demeurant, la société requérante n'établit pas que le supposé vice dans le choix du marché à bons de commande constituerait un manquement aux règles applicables à la passation du contrat en rapport direct avec l'intérêt lésé dont elle se prévaut, ou un vice d'ordre public.

4. En deuxième lieu, aux termes de l'article LP 235-2 du code des marchés publics de la Polynésie française et de ses établissements publics : « 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 ; / 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix ». Ces dispositions laissent à la collectivité publique le choix des critères d'attribution du marché qu'elle entend retenir dès lors que ces critères sont justifiés par l'objet du marché et permettent d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

5. Il résulte du règlement de la consultation du marché que les critères d'attribution qui y sont définis sont fondés sur le prix et la valeur technique de l'offre. La valeur technique est appréciée au regard de quatre sous-critères, à savoir l'organigramme de l'entreprise et les CV des cadres ; les matériels utilisés ; la méthodologie d'exécution ; les mesures relatives à la propreté du site. Ces critères et sous-critères sont justifiés par l'objet du marché et permettent d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. La circonstance que la collectivité publique n'ait pas choisi le sous-critère du stock d'enrochement disponible des entreprises soumissionnaires, retenu dans le marché précédent ayant trait aux mêmes prestations, ne caractérise pas, en l'espèce, une discrimination à l'égard de la société requérante.

6. De plus, la société requérante ne peut utilement faire valoir que le sous-critère de l'organigramme et des CV des cadres fait à nouveau référence à des éléments sollicités lors de la sélection des candidatures, dès lors que ces éléments, mentionnés au B de l'article XV du règlement de la consultation, n'ont pas été pris en compte au titre de la sélection des candidatures. Ainsi, l'administration n'a pas méconnu les principes d'égalité et d'impartialité des candidats devant la commande publique.

7. En troisième lieu, s'agissant du sous-critère de la production des CV des cadres d'une part, il résulte de l'instruction qu'au regard des mémoires justificatifs présentés par les entreprises candidates, la société requérante n'a pas désigné de responsable de la préparation et des études, ni de responsable des ouvrages. Elle s'est vue en conséquence attribuer une note de 3 points sur 5. Le groupement EPC, qui pour sa part n'a pas désigné le responsable de l'implantation des ouvrages, a obtenu une note de 4 points sur 5. Dans ces conditions, et contrairement à ce que fait valoir la société requérante, la notation n'apparaît pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation.

8. D'autre part, s'agissant du sous-critère de l'organigramme de l'entreprise analysé au regard du mémoire justificatif, il résulte de l'instruction que la société requérante n'a pas désigné l'ensemble du personnel requis. La circonstance que le pouvoir adjudicateur ait fait référence, lors de l'analyse de ce sous-critère au personnel d'EPC, de ce que le groupement ait présenté l'affectation de son personnel à chaque type de travaux (enrochement libre ou percolé), n'entache pas la sélection de l'offre d'irrégularité dès lors que le mémoire justificatif des entreprises candidates, visé au B de l'article 15 du règlement de la consultation, devait préciser les équipes de chantiers par nature des travaux. En outre,

si le pouvoir adjudicateur a indiqué dans l'analyse des offres que « l'entreprise n'envisage pas de sous-traitance pour la réalisation de ces travaux », il ne résulte pas de l'instruction que cette mention ait été portée de façon dépréciative et pénalisée, au regard de sa notation, la société requérante. En tout état de cause, en accordant à la société requérante 4 points sur 5 au titre de ce sous-critère, le pouvoir adjudicateur ne peut être regardé comme ayant entaché la notation d'erreur manifeste d'appréciation.

9. En quatrième lieu, s'agissant du sous-critère de la méthodologie d'exécution et de mise en œuvre, noté sur 10 points, il résulte du règlement de la consultation que 2,5 points étaient attribués par méthodologie fournie et cohérente et 1 point lorsque la méthodologie présentée était incomplète. Il résulte de l'instruction que le groupement EPC a obtenu 10 points sur 10, alors que la société requérante n'a obtenu que 7 points sur 10. D'une part, le mémoire justificatif prévu au B de l'article XV du règlement de la consultation imposait une note présentant la méthodologie d'exécution et de mise en œuvre des procédures selon quatre modalités. Or, la société requérante n'a présenté, au titre de ce sous-critère, ni les modalités relatives aux terrassements, aux déblais et à l'exécution des fouilles, ni les modalités relatives à l'exécution des remblais. Il n'est en outre pas sérieusement contesté, concernant la première modalité, que l'exécution des fouilles n'était pas identifiée dans le mémoire justificatif, ni que la méthodologie de travaux n'était quasiment pas décrite. D'autre part, la société requérante n'établit pas que la méthodologie d'exécution et la mise en œuvre des procédures présentées par le groupement EPC étaient impossibles à apprécier pour le pouvoir adjudicateur. Dans ces conditions, la société requérante ne justifie pas que l'analyse des offres faite par le pouvoir adjudicateur au titre de ce sous-critère est erroné.

10. En cinquième lieu, la société requérante n'établit pas, ainsi qu'elle l'allègue, que l'attributaire du marché a bénéficié d'informations dont les autres candidats auraient été indument privés, afin de mieux présenter son offre.

11. En sixième et dernier lieu, l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de respecter un délai de suspension entre la notification du rejet de l'offre d'un candidat et la signature du marché, vise seulement à permettre aux candidats évincés de saisir utilement le juge du référé précontractuel. Par suite, le vice tenant au non-respect du délai de suspension invoqué par la société requérante n'affecte pas, en tout état de cause, la validité du contrat, et ne saurait, en conséquence, justifier son annulation.

12. Il résulte de ce qui précède que la société Multiservices - Tahiti Vidanges n'est pas fondée à demander l'annulation du marché en cause.

Sur les conclusions à fin d'injonction :

13. Eu égard aux éléments versés au dossier, qui étaient suffisants pour permettre au juge du contrat de se prononcer sur le bien-fondé des moyens invoqués par la société requérante, les conclusions de la requérante tendant à ce qu'il soit enjoint à la Polynésie française de produire l'intégralité du mémoire technique contenu dans l'offre du groupement EPC, doivent, en tout état de cause, être rejetées.

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

14. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la Polynésie française, qui n'est pas la partie perdante, la somme que la société

requérante demande au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

Article 1er : La requête présentées par la Sarl Multiservices - Tahiti Vidanges est rejetée.

Article 2 : Le présent jugement sera notifié à la société Multiservices - Tahiti Vidanges, à la Polynésie française et au groupement EPC (Chong On Yin/Interoute/Palacz).

Délibéré après l'audience du 27 avril 2021, à laquelle siégeaient :

M. Devillers, président, M. Retterer, premier conseiller, M. Katz, premier conseiller,

Rendu public par mise à disposition au greffe le 11 mai 2021.

Le greffier,

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,