

Ordonnance du Tribunal administratif n° 2100183 du 31 mai 2021

Tribunal administratif de Polynésie française

Juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 11 mai 2021, complétée par un mémoire enregistré le 27 mai 2021, la société Sunzil Polynésie, représentée par Me Mikou, demande au juge des référés :

- d'ordonner avant-dire-droit à la société Tahiti Nui Télécom de suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, ainsi que de suspendre la signature de tout contrat s'y rapportant ;
- de déclarer la procédure de passation irrégulière ;
- d'annuler la décision de la société Tahiti Nui Télécom portant rejet de sa candidature ainsi que toutes les autres décisions se rapportant à la procédure de passation conduite par la société Tahiti Nui Télécom dans le cadre de la recherche d'un partenaire industriel, financier et commercial pour l'accompagner dans un projet de ferme solaire sur son site de Papenoo ;
- d'enjoindre à la société Tahiti Nui Télécom de procéder à une nouvelle consultation des entreprises dans le respect des dispositions du code polynésien des marchés publics ;
- de condamner la société Tahiti Nui Télécom à lui verser la somme de 400.000 XPF au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'appel à candidatures lancé par la société Tahiti Nui Telecom est soumis au code polynésien des marchés publics. L'Office des Postes et télécommunications (OPT) est un établissement public de la Polynésie française créé suivant délibération n°85-1023 AT du 8 mars 1985 et il détient 100% du capital social de sa société filiale Tahiti Nui Telecom ; dès lors cette dernière est également soumise au code polynésien des marchés publics et donc au droit de la commande publique ; trois motifs font du contrat à conclure un contrat administratif : l'OPT contrôle l'organisation, le fonctionnement et les ressources de la société Tahiti Nui Telecom qui n'a aucune autonomie de gestion ainsi qu'il résulte des dispositions du code des postes et télécommunications ; l'appel à candidatures a notamment pour objet la réalisation de travaux publics ainsi qu'indiqué sur les publicités, consistant en la réalisation d'une ferme solaire poursuivant un objectif d'intérêt général ; l'EPIC OPT lui a confié un mandat tacite afin de réaliser le projet de ferme solaire concerné par l'appel public à candidatures, ainsi qu'il résulte de la délibération du 18 août 2020 du conseil d'administration de l'OPT lui confiant la réalisation du projet de production photovoltaïque ;
- eu égard au délai très court qui lui a été imparti elle n'a pas pu disposer du temps nécessaire pour recueillir notamment auprès de son siège l'ensemble des documents requis pour le dépôt de sa candidature ;
- la société Tahiti Nui Telecom n'a pas fait intervenir une commission d'appel d'offres pour l'analyse des dossiers de candidatures ;
- elle est lésée par ces manquements ;

-les publicités de l'appel à candidatures sont trompeuses et incomplètes ; certaines mentions obligatoires sont absentes ;

Par des mémoires en défense, enregistrés les 14 et 25 mai 2021, la société Tahiti Nui Telecom, représentée par Mes Mestre et Amblard, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société Sunzil Polynésie une somme de 500 000 FCFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

-elle est une société privée disposant d'une autonomie de gestion et le code des marchés publics ne lui est pas applicable ;

- le contrat à conclure n'est pas un contrat administratif ; l'opération ne peut pas être qualifiée de travaux publics ; la ferme solaire sera réalisée sous la maîtrise d'ouvrage de la société de projet qui en sera propriétaire tout au long de son exploitation, avant son démantèlement et la remise en état du site ; la société TNT ne peut pas être regardée comme « transparente » et elle n'agit pas dans le cadre d'un mandat ;

-subsidairement le contrat à conclure n'est pas un marché public visé par les dispositions de l'article L. 551-24 du code de justice administrative ;

-à titre surabondant, le grief dont se prévaut la requérante – à savoir essentiellement le manque de temps dont elle a disposé pour la constitution de son dossier de réponse – n'est pas justifié et l'inopérance du moyen s'imposerait aussi en considération du fait que Sunzil Polynésie avait en tout état de cause remis un dossier incomplet ;

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 ;

- le code de justice administrative.

Par une ordonnance en date du 12 mai 2021, le juge des référés a suspendu l'exécution du contrat jusqu'au 31 mai 2021.

Après avoir entendu lors de l'audience publique du 27 mai 2021 M. Devillers juge des référés en son rapport, Me Mikou pour la société Sunzil Polynésie et Mes Mestre et Amblard et M. Dugué pour la société Tahiti Nui Télécom

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. » ;

Sur la compétence de la juridiction administrative :

2. La société Tahiti Nui Télécom a lancé le 12 janvier 2021, publié notamment au JOPF, un « appel à candidatures dans le cadre de la recherche d'un partenaire industriel, financier et commercial pour l'accompagner dans un projet de ferme solaire sur son site de Papeenoo ». Il y est précisé que « La société Tahiti Nui Télécom (le « Promoteur » ou « Tahiti Nui Télécom »), filiale à 100 % de l'Office des postes et télécommunications de Polynésie française, a conduit en 2019 une étude d'opportunité portant sur l'implantation d'une ferme solaire de plus de 12 mégawatts-crête (« MWc ») sur son site de Papeenoo, sur l'île de Tahiti. Le conseil d'administration de l'Office des postes et télécommunications de Polynésie française a approuvé le projet de ferme solaire sur les terrains de Tahiti Nui Télécom à Papeenoo (le « Projet » ou la « Ferme »), lors de sa séance du 18 août 2020. Le Promoteur portera la réalisation du Projet au travers d'une filiale spécialement créée et dédiée à cette activité (la « Société de Projet »), et recherche un partenaire industriel, financier et commercial (le « Partenaire ») pour l'accompagner dans la mise en œuvre de ce Projet ». Les Règles de consultation énoncent que « Le Candidat sera investi, en application des contrats du Projet (« Contrats du Projet »), d'une mission globale visant à assurer le développement (en ce compris notamment la réalisation des études du Projet, l'obtention des différentes autorisations administratives, l'obtention des accords de raccordement au réseau de transport d'électricité, la conclusion du contrat d'achat d'électricité, le montage financier du Projet et la recherche de financement), la construction, l'entretien/maintenance et l'exploitation de la Ferme ».

3. Il résulte de l'instruction que la consultation ouverte par la société SAS Tahiti Nui Télécom en vue de la recherche d'un partenariat doit permettre son association, en tant que « promoteur », à celle du « partenaire » au sein de la SAS Ahitea, aux termes d'un protocole-cadre, afin de mener à bien le projet de ferme solaire précité sur le site de Papeenoo.

4. Il résulte ainsi des documents de la consultation que les candidats doivent notamment remettre un « Protocole signé par le Partenaire. La remise de l'offre vaut acceptation par le Partenaire du contenu du Protocole et de ses annexes (en ce compris les annexes 2 à 7, comprenant les statuts de la Société de Projet, les termes et conditions du Pacte et des contrats industriels). Les Candidats ne sont pas autorisés à apporter des modifications aux documents, à l'exception des points surlignés en vert dans le Protocole ainsi que des annexes 8 (Offre technique remise par le Candidat) et 9 (Offre financière remise par le Candidat) à compléter comme indiqué ci-dessous ». Le Protocole fait l'objet d'une « mise au point » qui, « engagée par le Promoteur avec l'attributaire pressenti, consiste à apporter des précisions écrites

permettant d'en préciser les modalités d'exécution ou d'en lever les ambiguïtés ou contradictions. Le Candidat doit remettre au Promoteur, au cours de la phase de mise au point, la garantie financière visée à l'article 9 du Protocole ». « Une fois la mise au point du Protocole terminée, le Protocole est signé par le Promoteur et par l'attributaire pressenti ». Aux termes de l'article 2 du Protocole cadre, Objet du protocole, 2.1 : « Le Protocole a pour objet de définir les conditions dans lesquelles : - les Parties collaborent pour la préparation et le soutien du dépôt du Dossier de Réponse de la Société de Projet en réponse à l'Appel à Projets du Pays ; - le Partenaire entre, le cas échéant, au capital de la Société de Projet et signe, avec le Promoteur, le Pacte ; - les Parties collaborent au cours des différentes phases de celui-ci (Phase de Réponse, Phase de Développement, Phase de Construction et Phase d'Exploitation et de Maintenance) ».

5. L'article L.551-24 précité du code de justice administrative détermine l'office du juge administratif du référé précontractuel en Polynésie française comme pouvant 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 ».

6. Un contrat public, en dehors des cas où une telle qualification résulte de la loi, est un contrat conclu par ou pour le compte d'une personne publique, qui comporte une clause, qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, impliquerait dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs, ou qui a objet de faire participer le cocontractant de la personne publique à une opération de travaux publics ou à l'exécution d'un service public.

7. Le « protocole-cadre » devant être adopté à la suite de l'appel à candidatures lancé par la société Tahiti Nui Télécom ne répond à aucune de ces conditions déterminant le caractère administratif d'un contrat. Le cocontractant, notamment, ne participe pas directement à l'exécution d'un service public ni une opération de travaux publics dès lors qu'en tout état de cause, les contrats de travaux à souscrire pour la construction de la ferme solaire seront conclus par la société de projet associant les deux partenaires. Il n'est pas soutenu et ne ressort pas des pièces du dossier que ce contrat comporterait une clause exorbitante du droit commun. Le contrat en cause est donc, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la satisfaction du critère organique, un contrat de droit privé.

8. Au surplus il résulte de l'article LP 122-1 du code polynésien des marchés publics que « Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur public et un opérateur économique public ou privé tel que défini à l'article LP 122-3, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services (...). L'article LP 122-2 dispose : « Les marchés publics de travaux ont pour objet soit l'exécution, soit la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par l'acheteur public qui en exerce la maîtrise d'ouvrage (...) ».

9. L'objet de l'appel à candidatures litigieux est la conclusion d'un partenariat formalisé par la conclusion d'un protocole cadre et ne répond à aucun besoin en matière de travaux, ni de fournitures ou de services. La qualification de marché public et par là même, l'application des règles du code

polynésien des marchés publics, ne sauraient donc être retenues.

10. Il résulte de ce qui précède que la requête doit être rejetée comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître, y compris les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

11. Il y a lieu en revanche de mettre à la charge de la société Sunzil Polynésie une somme de 200 000 FCFP à verser à la société Tahiti Nui Telecom au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

ORDONNE :

Article 1er : La requête est rejetée.

Article 2 : La société Sunzil Polynésie versera une somme de 200 000 FCFP à la société Tahiti Nui Telecom au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Sunzil Polynésie et à la société Tahiti Nui Telecom.

Fait à Papeete, le 31 mai 2021.

Le président, La greffière,

P. Devillers 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,