

Décision du Tribunal administratif n° 1900224 du 22 juin 2021

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires, enregistrés le 1er juillet 2019, le 2 octobre 2019, le 26 novembre 2019, le 13 décembre 2019, le 13 mai 2021 et le 19 mai 2021, la société Boyer, représentée par Me Dal Farra, demande au tribunal :

1°) d'annuler le contrat du lot n° 1 « ouvrages maritimes » relatif à la construction d'un système de production de frigories à partir de puisage océanique en eau profonde (SWAC) pour la climatisation du centre hospitalier de la Polynésie française sur l'île de Tahiti ;

2°) subsidiairement de résilier le contrat précité ;

3°) de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 1 200 000 F CFP en application de l'article L. 7611 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la Polynésie française était incompétente pour passer et signer le marché ;
- l'offre de la société Géocéan était inacceptable du fait de son caractère non financier ;
- l'offre de la société Géocéan était irrégulière ;
- la méthode de notation de la valeur technique est irrégulière et a conduit à inverser le classement final ; la société Boyer aurait dû être classée en première place ;
- la Polynésie française a commis plusieurs irrégularités dans la mise en œuvre des sous-critères de la valeur technique, à la défaveur de la société Boyer ; ces irrégularités affectent le sous-critère A1 ; une discrimination affecte l'évaluation des sous-critères A1, A2, B2 et C5 ; il existe une dénaturation de l'offre de la société Boyer au titre de la description des méthodes appréciée notamment au titre des sous-critères C1, C2 et C3 ; des irrégularités affectent la mise en œuvre du sous-critère PPSPS ;
- le principe d'impartialité a été méconnu s'agissant de la condition tenant à l'influence sur l'issue de la procédure et s'agissant du critère tiré de l'intérêt d'un conseil de l'administration à l'issue de la procédure ;
- son offre n'était pas irrégulière ni anormalement basse et, en tout état de cause, une telle circonstance n'emporterait pas l'inopérance des moyens qu'elle soulève ;
- les vices qu'elle invoque sont en rapport direct avec les intérêts lésés dont elle se prévaut ;
- les vices qu'elle invoque sont en outre d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ;
- la Polynésie française a eu une volonté manifeste de favoriser la société Géocéan ;

Par des mémoires en défense, enregistrés le 11 septembre 2019, le 27 novembre 2019 et le 14 mai 2021, la Polynésie française, représentée par Me Seban, conclut au rejet de la requête.

Elle fait valoir qu'aucun des moyens invoqués par la société Boyer n'est fondé.

Par des mémoires enregistrés le 3 octobre 2019 et le 20 avril 2021, la société Géocéan, représentée par Me Gerando, conclut au rejet de la requête, demande au tribunal administratif d'ordonner la communication de la comparaison par la Polynésie française du mémoire technique de la société Boyer et des procédures d'ingénierie d'installation appartenant à la société Géocéan utilisées pour la

réalisation du SWAC de Tetiaroa en 2011, sur le fondement de l'article R. 631-1 du code de justice administrative et de mettre à la charge de la société Boyer la somme de 1 700 000 F CFP sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la société Boyer ne dispose pas d'un intérêt à agir dès lors que son offre devait être rejetée à un double titre, d'abord, parce qu'elle ne disposait pas des moyens pour réaliser le marché, ensuite car son offre était anormalement basse ;
- aucun des moyens invoqués par la société Boyer n'est fondé.
- la résiliation du contrat porterait une atteinte excessive à l'intérêt général ;

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. Katz,
- les conclusions de Mme Theulier de Saint-Germain, rapporteure publique,
- et les observations présentées par Me Dal Farra pour la société Polynésie Boyer par la voie dématérialisée (Skype), de M. Lebon représentant la Polynésie française et celles de Me Neveu représentant la société Géocéan, par voie dématérialisée (Skype).

Une note en délibéré présentée pour la société Boyer a été enregistrée le 26 mai 2021.

Considérant ce qui suit :

1. La société Boyer, en sa qualité de concurrent évincé, demande l'annulation du contrat conclu entre la Polynésie française et la société Géocéan portant sur le lot n° 1 « ouvrages maritimes » du marché dont l'objet est « la construction d'un système de production de frigories à partir de puisage océanique en eau profonde (SWAC) pour la climatisation du centre hospitalier de la Polynésie française sur l'île de Tahiti ».
2. En premier lieu, aux termes de l'article LP 122-1 du code polynésien des marchés publics : « 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 ». Aux termes de l'article LP 322-1 du même code : « L'appel d'offres est la procédure par laquelle l'acheteur public choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats ».
3. Il résulte de l'instruction que la Polynésie française est propriétaire de la dépendance du domaine public et de l'ouvrage au sein duquel le centre hospitalier de la Polynésie française, établissement de santé doté de la personnalité juridique, exerce sa mission de service public. Les travaux de construction d'un système de climatisation à partir de puisage océanique en eau profonde sont, eu égard à leur coût

et à leur caractère structurant pour le fonctionnement de l'ouvrage sur plusieurs décennies, d'une importance telle que ce système doit être regardé comme incorporé à l'ouvrage public. La qualité de propriétaire de la Polynésie française lui donnait ainsi nécessairement compétence pour conclure le contrat litigieux. Dès lors, la société requérante ne peut utilement se prévaloir sur ce point, ni de ce que le projet de construction d'un SWAC résulte d'une initiative du centre hospitalier de la Polynésie française, ni de la délibération n° 2-2015 du 31 mars 2015 de cet établissement approuvant « le projet de réalisation d'un système de climatisation par pompage d'eau froide océanique profonde (sea water air conditioning - SWAC) destiné à couvrir les besoins propres du centre hospitalier de la Polynésie française », dès lors qu'est inopérante l'invocation à ce titre des dispositions précitées de l'article LP 122-1 du code polynésien des marchés publics, qui concernent la définition d'un marché public, laquelle inclut la réponse à des besoins de l'acheteur public, et non la question de sa compétence juridique à conclure le contrat. De même, la société requérante ne peut utilement se prévaloir, en tout état de cause, d'une méconnaissance de la convention d'occupation du domaine public qui a été conclue entre la Polynésie française et le centre hospitalier de la Polynésie française, une telle convention ne produisant ses effets qu'à l'égard de ces deux parties co-contractantes.

4. En deuxième lieu, la société Boyer soutient que l'offre présentée par la société Géocéan était inacceptable au sens de l'article LP 122-3 du code polynésien des marchés publics, selon lequel est une offre inacceptable celle « dont les conditions d'exécution méconnaissent la réglementation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché, après évaluation du besoin à satisfaire, ne permettent pas à l'acheteur public de la financer ». La société requérante fait valoir que l'offre de la société Géocéan, d'un montant de 2 169 968 955 F CFP HT était supérieure au budget alloué, soit 2 092 029 170 F CFP HT. Toutefois, le dépassement du budget initialement programmé pour les travaux en cause, qui était de l'ordre de 3,70 %, n'était pas suffisant pour écarter l'offre de la société Géocéan comme étant inacceptable.

5. En troisième lieu, la société Boyer soutient que l'offre de la société Géocéan aurait dû être écartée comme irrégulière dès lors que ladite société s'est abstenue, dans le cadre de son offre, de prévoir une protection des tranchées par des palplanches, alors que l'article 12.1 du cahier des clauses techniques particulières prévoyait que « toutes les tranchées seront protégées ». Toutefois, ainsi que le fait valoir la Polynésie française en défense, aucune obligation d'utiliser des palplanches ne figurait dans le cahier des clauses techniques particulières, de sorte que la société Géocéan pouvait utiliser tout autre procédé de protection des tranchées.

6. En quatrième lieu, la société Boyer soutient que la Polynésie française a irrégulièrement appliqué un correctif sur les notations, visant à attribuer la note maximale de 50/50 sur le critère de la valeur technique à la société Géocéan, qui était en tête de classement sur ce critère, ce qui a conduit à inverser le classement qui résultait des notations initiales. Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut, sans méconnaître le principe d'égalité entre les candidats ni les obligations de publicité et de mise en concurrence, choisir une méthode de notation qui, s'agissant de l'évaluation au titre d'un critère, permet une différenciation des notes attribuées aux candidats, notamment par l'attribution automatique de la

note maximale au candidat ayant présenté la meilleure offre. Par suite, le moyen doit être écarté.

7. En cinquième lieu, la société Boyer soutient que des irrégularités ont été commises dans la mise en œuvre de certains sous-critères de la valeur technique, à savoir le sous-critère A1 « Personnels : nombre et qualification des personnels notamment des cadres et postes spécifiques », le sous-critère A2 « matériels : soudure PEHD, moyens nautiques, manutention, tranchées... », le sous-critère B2 « organisation des études et plans d'exécution » et le sous-critère C5 « adéquation des moyens humains et matériels mis en œuvre en fonction des méthodologies retenues et du planning proposé ». Toutefois, contrairement à ce que fait valoir la société requérante, il ne résulte pas de l'instruction que la notation de son offre technique sur les sous-critères précités ait été dégradée en raison de ce qu'elle faisait appel à des matériels ou intervenants extérieurs à l'entreprise.

8. En sixième lieu, la société Boyer soutient que la Polynésie française a dénaturé son offre au titre de la description des méthodes pour les sous-critères C1 « mise en œuvre des ancrages et opération de connexion avec les conduites immergées », C2 « Fabrication et équipements des conduites », et C3 « Immersion des conduites », en lui attribuant la note de 1/5 sur chacun de ces sous-critères. Pour procéder à la notation de chaque sous-critère, la Polynésie française a eu recours à un barème allant de la note 0 à la note 5. Selon ce barème, la note 0 était attribuée si le sous-critère évalué était « non renseigné », la note 1 s'il était « très peu renseigné, incomplet », la note 2 s'il était « renseigné mais très général et peu adapté au chantier spécifique » ; la note 3 s'il était « renseigné et adapté mais pas d'élément autre que le respect du cahier des charges et normes », la note 4 s'il était « renseigné, adapté et complété avec des éléments pertinents par rapport au cahier des charges et aux normes » et la note 5 si le sous-critère était « renseigné, adapté et complété avec des éléments très pertinents ne présentant aucune réserve d'acceptabilité par rapport au cahier des charges et aux normes ». Contrairement à ce que soutient la société requérante, les commentaires retracés dans le tableau d'analyse des offres se rattachent au caractère incomplet de la méthodologie présentée. Il résulte ainsi de l'instruction que, pour le sous-critère C1 il a été relevé, « présentation technique incomplète avec de nombreuses incohérences entre matériels et modes opératoires. Pas d'estimation du temps nécessaire, mauvaise compréhension des contraintes du site (...) », pour le critère C2, « Procédé global confus (...) Pas d'estimation de temps. Absence de procédure de connexion entre les sections de 500 mètres linéaires. (...) » et pour le sous-critère C3, « (...) Aucun élément calculatoire, synoptique ou graphique permettant de s'assurer de la correcte compréhension des opérations. La description des opérations ne correspond pas au projet (...) ». Le moyen doit donc être écarté, quel que soit par ailleurs le volume des éléments présentés par la société Boyer au soutien de son offre.

9. En septième lieu, la société Boyer soutient que la Polynésie française a dénaturé son offre concernant le sous-critère A1 « Personnels : nombre et qualification des personnels notamment des cadres et postes spécifiques », pour lequel elle lui a attribué la note de 2/5. La société requérante fait valoir que la Polynésie française a, à tort, retenu que les personnels de la société Boyer présentaient peu de références et que des intervenants extérieurs étaient aux postes majeurs du projet et étaient présentés de manière conditionnelle au stade de l'offre. Toutefois, ainsi qu'il a été dit au point 7, ce moyen n'est

pas, à lui seul, susceptible d'avoir une incidence sur le classement des offres et donc sur la désignation de l'attributaire. Il ne peut dès lors être utilement invoqué par la requérante.

10. En huitième lieu, la société requérante reproche à la Polynésie française de ne pas avoir préalablement communiqué le plan général de coordination en matière de protection de la santé, alors que les soumissionnaires devaient présenter, en vertu de l'article 5.2.4 du règlement de consultation, un plan particulier de sécurité et de protection de la santé. Toutefois, il ne résulte pas de l'instruction que le plan général de coordination en matière de protection de la santé ait été communiqué à d'autres candidats, de sorte que tous les soumissionnaires étaient placés sur un plan d'égalité à cet égard. En outre, si la société requérante s'estimait insuffisamment renseignée pour répondre au point prévu à l'article 5.2.4 du règlement de consultation, il lui appartenait de demander des précisions à la Polynésie française, ce qu'elle ne justifie pas avoir fait. Le moyen doit donc être écarté.

11. En neuvième lieu, la société Boyer soutient que la Polynésie française a méconnu le principe d'impartialité en ayant recours aux services de la société Créocéan, en qualité de maître d'œuvre, et à la société Airaro, en qualité d'assistant à maîtrise d'ouvrage. La société requérante fait ainsi valoir que ces deux sociétés ont assuré la conception et le suivi des travaux du SWAC d'un hôtel situé à Tetiaroa, dont la société Géocéan a effectué les travaux, ce qui a conféré un avantage à cette dernière puisque les sociétés Créocéan et Airaro ont directement piloté et validé les méthodes de réalisation devant être mises en œuvre par la société Géocéan dans le cadre du marché litigieux. Toutefois, compte tenu de ce que le SWAC constitue une technique de climatisation innovante et très peu répandue, faisant nécessairement intervenir un nombre limité d'entreprises compétentes, surtout sur le territoire de la Polynésie française, la seule circonstance que les sociétés Créocéan et Airaro ont, six ans avant la passation du marché litigieux, collaboré avec la société Géocéan, ne peut suffire à caractériser une méconnaissance du principe d'impartialité. En outre, ne sont pas davantage de nature à caractériser la méconnaissance de ce principe, la circonstance que le dirigeant de la société Airaro était salarié de la société Boyer antérieurement à 2006 et celle que la société Boyer proposait de confier les études d'exécution à une société concurrente de la société Créocéan. Enfin, le moyen tiré de ce que le principe d'impartialité aurait été méconnu lors de la passation du marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage est inopérant dans le cadre de la contestation de la validité du marché de travaux en litige.

12. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin ni de se prononcer sur le caractère irrégulier et anormalement bas de l'offre de la société Boyer, ni d'ordonner la mesure d'instruction sollicitée par la société Géocéan, que la requête de la société Boyer doit être rejetée.

13. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de mettre à la charge de la société Boyer la somme de 150 000 F CFP au titre des frais de procès exposés par la société Géocéan. En revanche les dispositions du même article font obstacle à ce que soit mise à la charge de la Polynésie française, qui n'est pas la partie perdante dans la présente affaire, la somme que demande la société requérante à titre de frais de procès.

DECIDE :

Article 1er : La requête de la société Boyer est rejetée.

Article 2 : La société Boyer versera la somme de 150 000 F CFP à la société Géocéan au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le présent jugement sera notifié à la société Boyer, à la Polynésie française et à la société Géocéan.

Copie en sera délivrée au haut-commissaire de la République en Polynésie française et à la directrice du centre hospitalier de la Polynésie française.

Délibéré après l'audience du 25 mai 2021, à laquelle siégeaient :

M. Devillers, président,

M. Katz, premier conseiller,

M. Retterer, premier conseiller,

Rendu public par mise à disposition au greffe le 22 juin 2021.

Le rapporteur,

D. Katz

Le président,

P. Devillers

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,