

Ordonnance du Tribunal administratif n° 2100484 du 28 octobre 2021

Tribunal administratif de Polynésie française

Juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 8 octobre 2021, complétée par des mémoires enregistrés les 21, 24 et 25 octobre 2021, la Chambre de commerce, d'industrie, des services et des métiers (CCISM), représentée par Mes Béjot et Ferré, demande au juge des référés :

1) d'enjoindre à l'Etat, à titre conservatoire, dès la réception de la présente requête, de différer la signature de la concession de l'aérodrome de Tahiti-Faa'a (référence : 2019DTA05), dans la limite de 20 jours (en application du troisième alinéa de l'article L. 551-24 du code de justice administrative) ;

2) d'enjoindre à l'Etat de communiquer, à l'exposante et au Tribunal administratif, les motifs détaillés du rejet de l'offre du Groupement composé de la Chambre de commerce et d'industrie, des services et des métiers (CCISM), de la société Boyer, de la société Meridiam SAS et de la société Aéroport Marseille Provence et les caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue, dans un délai de quinze (15) jours, à compter de la notification de la décision à intervenir ;

3) à titre principal : d'annuler la décision d'attribution de la concession de l'aérodrome de Tahiti-Faa'a (référence : 2019DTA05) et la décision corrélative de rejet de l'offre du groupement composé de la Chambre de commerce et d'industrie, des services et des métiers (CCISM), de la société Boyer, de la société Meridiam SAS et de la société Aéroport Marseille Provence et, par suite, enjoindre à l'Etat, s'il entend poursuivre la procédure et conclure ladite concession, de se conformer à ses obligations, en tirant les conséquences des irrégularités relevées ;

4) subsidiairement : annuler dans son intégralité l'ensemble des décisions qui se rapportent à la procédure de passation de la concession de l'aérodrome de Tahiti-Faa'a (référence : 2019DTA05) ;

5) condamner l'Etat à payer à la Chambre de commerce et d'industrie, des services et des métiers (CCISM) la somme de 8 000 euros, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La CCISM soutient que :

- les écritures en défense de l'Etat, présentées au nom du « Ministère de la Transition écologique chargé des transports-DGAC » en méconnaissance du deuxième alinéa de l'article R. 431-10 du code de justice administrative, sont irrecevables ; les conclusions en intervention des attributaires le sont également par voie de conséquence ;

- en méconnaissance des dispositions de l'article L. 3114-4 du code de la commande publique (CCP), le montant et le mode de calcul du droit d'entrée n'ont pas été valablement précisés, dès lors que les candidats n'ont pas été avisés, à l'article 8 du projet de cahier des charges du montant exact du droit d'entrée et des modes de son calcul ; la transparence sur le montant et le mode de calcul du droit d'entrée est inhérente aux principes généraux de la commande publique ;

- s'agissant du montant, il est indiqué que « dans un délai indicatif de quatre-vingt-dix (90) jours suivant la Date d'Entrée en Vigueur de la Concession, le Concédant notifie au Concessionnaire le montant exact du droit d'entrée qu'il devra verser et les modalités de son paiement » ; en premier lieu, car il s'agit d'un

simple montant estimatif, alors que l'article L. 3114-4 du CCP impose de figer le montant du droit d'entrée ; en second lieu, le règlement de la consultation (article 7.2) souligne que « ce montant est appelé à évoluer » ;

- s'agissant du mode de calcul, la mention selon laquelle « le montant du droit d'entrée correspond au montant de la valeur nette comptable, à la date de clôture des comptes de la concession précédente, des biens de retour financés par le concessionnaire précédent (exceptés les biens de sécurité et de sûreté traités à l'article 8.2) et des biens financés par l'Etat, mis à disposition du Concessionnaire par le Concédant » est évidemment très insuffisante ; les pièces du dossier ne donnent pas d'information sur la valeur nette comptable de chacun des biens, ne permettent pas de déterminer le rythme et modalités d'amortissement et sont lacunaires sur l'état des biens, les dates et valeur d'achat ;

- l'Etat s'est abstenu de rétablir l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, en ne circularisant pas les éléments permettant d'apprécier la valeur nette comptable des immobilisations, qui étaient détenus par le seul sortant, lui permettant d'anticiper les ajustements de redevances devant intervenir en phase de mise au point et, en conséquence, d'ajuster son modèle économique ; l'indication du seul montant des investissements au 31 décembre 2019, non actualisée depuis cette date, alors que des investissements ont été réalisés ensuite, dont le Groupement Egis a parfaitement connaissance, à la différence de l'exposante, ne garantit en rien le respect de l'égalité de traitement;

- ce défaut de définition du montant et du mode de calcul concerne également les investissements de sécurité et de sûreté que le futur concessionnaire est, en plus du droit d'entrée, tenu de rembourser au précédent concessionnaire ;

- l'assiette de calcul de ce droit d'entrée intègre des dépenses qui ne sont pas rigoureusement en lien avec le service public concédé ; depuis le 30 mars 2018, le concessionnaire actuel a irrégulièrement été maintenu en place et les parties au précédent contrat ont fait le choix, dans la même période, de réaliser d'importants programmes d'investissement ; sur la période 2018-2021 au cours de laquelle la concession aurait dû avoir pris fin les investissements réalisés par le concessionnaire s'élèvent à plus de 2,7 milliards de francs pacifiques, (soit : plus de 22 millions d'euros) ; si le concessionnaire sortant a vocation à en être indemnisé à leur valeur nette comptable, l'absence de neutralisation de ces sommes dans le droit d'entrée est illégale car méconnaissant la portée de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris n° 15PA04286 du 30 mars 2017 enjoignant à l'Etat de résilier le contrat de concession conclu avec la société Aéroport de Tahiti le 15 mars 2010, dans un délai de 12 mois à compter de la notification de cet arrêt ; le juge des référés précontractuels contrôle l'absence d'insertion d'exigences étrangères à l'objet de la concession, soit l'existence d'éventuelles distorsions de concurrence entre les soumissionnaires.

- la procédure a été marquée, au bénéfice du candidat sortant, par une asymétrie d'informations doublée d'une absence de mesures correctives destinées, au titre des modalités de règlement de ce droit, à rétablir l'égalité de traitement entre les candidats ; le montant du droit d'entrée pris comme hypothèse par l'Etat pour l'établissement des offres est très important et représente plus des deux tiers du montant estimatif du programme de travaux initiaux (dont l'avis de concession indique qu'il s'élève à

environ 40 millions d'euros) ; cette part s'élève même à 84 % si on tient compte du remboursement des investissements de sécurité et de sûreté. Ce droit d'entrée ne peut être financé sur l'activité et doit faire l'objet d'un préfinancement par le futur concessionnaire, dès lors qu'il doit être versé en intégralité dans les 30 jours suivants la notification prévue par l'article 8.1 du cahier des charges (90 jours à compter de la date d'entrée en vigueur de la concession, pour le remboursement des investissements de sécurité et sûreté) ; cette situation est discriminante pour les nouveaux entrants ; le sortant n'aura du moins pas en totalité à supporter ni ce préfinancement ni les contraintes qui y sont liées ; les actionnaires de la société Egis (Egis et la CDC) récupéreront l'indemnité de résiliation et ont parallèlement vocation à procéder à un apport en fonds propres dans la nouvelle société ; les coûts de ce préfinancement seront également inexistantes pour ce dernier, lui permettant d'améliorer son offre tarifaire ainsi que sa rentabilité ; des mesures correctrices particulières auraient dû être prises par l'Etat, à ce titre et notamment : une information détaillée et actualisée sur la composition de ce droit d'entrée et un assouplissement, pour les candidats entrants, des conditions de paiement ou de financement de ce droit d'entrée ;

- cette situation inégalitaire a notamment conduit le Groupement TI'A à ajuster le rythme de réalisation des investissements : le groupement TI'A a ainsi été contraint de ne planifier son projet de mise en service d'une nouvelle aérogare qu'à moyen terme, et non en début d'exécution, l'a fortement pénalisé dans l'appréciation du critère n° 1 et, à l'inverse, a favorisé l'attributaire qui a, de son côté, été en mesure de proposer un déploiement rapide de son projet d'investissement ; cette contrainte a également eu des incidences sur l'ampleur des investissements que le groupement aurait souhaité réaliser, le pénalisant ainsi à la fois dans l'appréciation du critère n°2 (relatif aux travaux initiaux) et du critère n°3 (relatif à qualité de service, de l'exploitation, de l'entretien et de la politique de développement durable) ;

- la méconnaissance du principe d'indépendance des procédures dès lors que le montant définitif du droit d'entrée dont il a été amplement démontré qu'il conditionne de manière structurante le contenu des offres demeure dépendant du comportement du concessionnaire en place au regard des obligations relevant de son contrat actuel et des négociations qui restent à mener en parallèle entre celui-ci et l'Etat, notamment sur la valeur nette comptable ; ces manquements sont de nature à léser ses intérêts ;

- le dossier de consultation était imprécis s'agissant de la nature, la consistance et le rôle des investissements à réaliser parmi les critères de sélection des offres :

- deux séries d'investissements étaient prévues par la concession ; les « Travaux initiaux », sont clairement décrits par la concession, pour un montant estimatif d'environ 40 millions d'euros ; la situation est bien différente en ce qui concerne la deuxième catégorie d'investissements, c'est à-dire les investissements d'aménagement et de développement à réaliser après les travaux initiaux, définis dans des termes particulièrement généraux ne permettant absolument pas d'identifier leur nature et leur consistance, renvoyée, par le cahier des charges, à un schéma de composition général de la plateforme à réaliser en aval de l'attribution (au stade de l'exécution), alors que celle-ci aurait dû intervenir en amont ; l'Etat a fait le choix (irrégulier) de s'en remettre aux soumissionnaires pour définir eux même la

nature et la consistance des investissements ; en réponse à une question, l'Etat a d'ailleurs clairement indiqué que la nature et le volume de ces travaux seront à déterminer par le concessionnaire ; s'il est parfaitement possible, pour le concédant, de laisser aux candidats le soin de définir, eux même, le contenu du programme d'investissement et les modalités de sa réalisation, il lui appartient bien de fixer la nature et la consistance des travaux ;

- le rôle de ces investissements dans les critères de sélection des offres était tout aussi peu clair ; une première incertitude porte sur la frontière entre le critère n° 1 et le critère n° 2, certains investissements étant susceptibles de relever des deux catégories d'investissements, notamment le cas pour l'aménagement de l'aérogare : d'un côté, il était prévu, au titre du critère n° 2 sur les travaux initiaux, un sous- critère portant sur le projet technique relatif à l'aménagement de l'aérogare et des parkings. De l'autre, au titre du projet de développement des infrastructures, lequel se rattache au dernier sous-critère du critère n° 1, les candidats étaient invités à formuler des propositions pouvant porter sur l'optimisation des infrastructures terminales ; en réalité, l'Etat a valorisé la proposition d'Egis d'intégrer la majeure partie des travaux sur l'aérogare au stade des travaux initiaux ; une autre imprécision a porté sur le sens et la portée du critère n° 1 ; cette insuffisance dans la définition des besoins est évidemment de nature à la léser gravement, ayant pour effet de rendre les offres objectivement incomparables ;

- la pondération des critères de sélection des offres était manifestement inappropriée ne permettant pas effectivement de retenir l'offre présentant le meilleur avantage économique global conformément à l'article L. 3124-5 du code de la commande publique; les travaux initiaux (réalisés à court terme) étaient pondérés à 25% et les travaux d'aménagement et de développement (de moyen et long terme), à 6,25 % alors que la part des travaux de moyen et long termes indispensables à la bonne exécution de la concession est financièrement bien supérieure pour une concession de 40 ans; les travaux initiaux représentent un montant estimatif de 40 millions d'euros, objectivement peu si on compare ce montant à la durée du contrat (40 ans) et à la valeur estimée de la concession, qui s'élève à la somme de 1,3 milliards d'euros ; les recettes générées par la concession sur la base desquelles la valeur estimative a été déterminée (article 2.1. du règlement de la consultation) s'élèvent à 32,5 millions d'euros par an ; l'Etat a surpondéré la prise en compte des travaux initiaux, ce qui ne permet pas de faire émerger l'offre présentant le meilleur avantage global ; cette irrégularité est susceptible d'avoir lésé les intérêts de l'exposante en ce qu'elle invalide l'ensemble du processus de sélection des offres et d'identification de l'offre présentant le meilleur avantage économique global et avantage de fait le candidat sortant ;

- l'obligation de précision des critères de sélection des offres est méconnue laissant à l'Etat une liberté d'appréciation discrétionnaire ; les éléments d'appréciation des critères de sélection des offres, tels qu'énumérés à l'article 8 du règlement de la consultation, sont empreints d'une grande subjectivité, puisqu'ils reposent pour la quasi-totalité, soit sur la « qualité » d'un élément, soit sur sa « cohérence », sa « pertinence » et sa « crédibilité » et non sur des indicateurs objectifs ; ainsi pour les investissements d'aménagement et de développement de long et moyen terme, censés être pris en considération au titre du dernier sous- critère du critère n° 1 portant sur la qualité, la crédibilité et la pertinence du projet

de développement des infrastructures ; faute d'avoir défini le sens et la portée de ces notions, les soumissionnaires étaient ainsi laissés dans l'ignorance la plus totale sur la stratégie d'offre à adopter ; ce n'est qu'au stade du rejet de l'offre que l'exposante a découvert que c'était la rapidité de déploiement des investissements qui constituait l'objectif (principal) à l'aune duquel serait apprécié la qualité, la crédibilité et la pertinence de son projet de développement, faisant abstraction des qualités intrinsèques du projet, pour finalement n'apprécier que la capacité à le déployer rapidement ; de même pour les activités extra-aéronautiques, qui ont été évaluées au titre du deuxième sous-critère pour lesquels l'Etat a mis l'accent sur certains objectifs plutôt que d'autres ; l'Etat n'a pas tenu compte de certains aspects, tels que la valorisation du domaine public aéroportuaire et à l'inverse, l'Etat a mis l'accent sur certains éléments regardés comme plus crédibles et pertinents, alors que rien ne le laissait présupposer comme privilégier des espaces commerciaux en zone publique ; de même n'a pas été précisé au titre du premier sous-critère du critère n° 4 (portant sur « la pertinence, la vraisemblance et la cohérence du plan d'affaires au regard notamment des hypothèses macro-économiques, de coûts, de trafic et de recettes aéronautiques et extra-aéronautiques retenues ») au regard de quelles considérations il entendait apprécier la cohérence, la pertinence et la crédibilité de ces hypothèses ; de même pour la maîtrise des coûts, évaluée au titre du quatrième sous-critère du critère n° 4, faute de définition des objectifs au regard duquel ce sous-critère serait évalué ; une telle irrégularité lèse nécessairement le candidat évincé ;

- si l'Etat a indiqué que les sous-critères ont été notés sur 10 points chacun et que la note globale par critère résulte d'une moyenne des notes ainsi attribuées, on ignore toujours suivant quelle méthodologie, pour chacun des sous-critères, l'Etat a noté les offres sur 10 points, sachant que, compte tenu de l'existence de notes avec des demi-points (par exemple, 8,5 sur le sous-critère n° 4.3) et du nombre de points en jeu (10), il existait potentiellement 21 crans de notation par sous-critère ; faute de pouvoir déterminer quelle méthode a été utilisée pour la notation des critères, le juge doit donc considérer que les critères d'évaluation et leur pondération n'ont pas été valablement mis en œuvre ; le risque de lésion d'intérêts en découlant est tout aussi certain, dès lors que le manquement affecte l'ensemble des critères ;

- l'Etat a pris en compte de façon irrégulière des engagements prospectifs dont l'exactitude ne pouvait objectivement être vérifiée au stade de l'analyse des offres ; l'Etat a valorisé les projections de flux touristiques en considération, notamment, d'hypothétiques ouvertures de lignes proposées par le groupement attributaire alors que l'ouverture de lignes dépend des politiques des compagnies aériennes, dont la stratégie ne se porte pas au-delà de deux années ; de même n'est-il pas sérieusement possible comme il a été pris en compte de déterminer une journée caractéristique à moyen et long terme ; la concrétisation de nombre d'engagements juridiques et financiers postérieurement au choix de l'offre retenue est irrégulière car l'Etat a vidé une partie substantielle des offres de leurs éléments engageants, en organisant, post-attribution, une phase de vérification des engagements ; cette irrégularité est indiscutablement susceptible d'avoir lésé les intérêts de l'exposante en ce qu'elle a conduit l'Etat, à son détriment, à valoriser l'offre concurrente, sur la base de simples

promesses dépourvues de caractère réellement engageants ;

- son offre a été dénaturée ; il est inexact qu'elle propose une zone domestique très peu améliorée en termes d'offre commerciale et une zone publique restant en grande partie sur les emplacements et aménagements commerciaux existants car dès la phase de travaux initiaux, il est prévu la construction d'une extension de l'aérogare à l'Est pour accueillir les enregistrements et le tri bagages, de sorte que les espaces commerciaux de la zone publique sont complètement réaménagés et sur la zone domestique, la zone de restauration est complètement revue ; contrairement à ce qui est énoncé sur le sous-critère n° 1.4 relatif à la « qualité, la crédibilité et la pertinence du projet de développement des infrastructures aéroportuaires sur la durée de la concession » a bien été prévue une installation photovoltaïque en toiture, qu'elle a (simplement) prévu de compléter, par la suite, au stade des travaux de moyen terme, par une seconde centrale nécessaire pour couvrir la quasi-totalité des besoins ; de même - sous- critère n° 2.7 - sa phase de Travaux Initiaux intègre de profondes transformations sur les zones de contrôles de sûreté et aux frontières ainsi sur la zone domestique, dont fait totalement abstraction l'Etat ; s'agissant du sous-critère 3.1, les travaux initiaux intègrent des modifications majeures pour « l'enregistrement, la salle d'embarquement internationale et le traitement des bagages » lesquels a fortiori en tenant compte des travaux relatif à la zone de contrôles de sûreté et aux frontières ont évidemment une incidence sur l'amélioration des flux existants ;

- des irrégularités se rapportent à la prise de participation de la Polynésie française au capital du concessionnaire ; l'exercice d'une telle compétence relève, à l'évidence, de l'assemblée de la Polynésie française, en application de l'article 102 de la Loi organique ; les apports et la contribution de la Polynésie française ne sont pas précisés dans les documents de la consultation ; il appartenait à la Polynésie française de déterminer, en amont, le montant de la dotation budgétaire allouée à la prise de participation, ce que seule l'Assemblée de la Polynésie française était habilitée à faire ; en l'absence de demande valable de l'autorité habilitée de la Polynésie française , l'Etat ne pouvait pas imposer aux soumissionnaires la participation au capital de la Polynésie française : les conditions d'exécution du futur contrat sont donc irrégulières, ce qu'il appartient au juge des référés précontractuels de censurer 311344 ; le Conseil d'Etat a renforcé le contrôle du juge des référés précontractuels sur la compétence des personnes publiques ; dès lors que la Polynésie française a vocation à être coactionnaire de la société dédiée il appartient bien au juge du référé précontractuel de vérifier la compétence de personnes publique candidate ; le manquement est évidemment de nature à léser la société exposante en tant qu'il a contraint les capacités d'investissements des soumissionnaires, les apports en fonds propres au sein de la société dédiée étant dépendants et plafonnés par ceux de la Polynésie française ;

- les conditions et modalités de la prise de participation de la Polynésie française, au capital de la société dédiée, sont particulièrement floues, sur la répartition des parts, étant pour la Polynésie française fixée à 49 % « dans la limite de la dotation budgétaire allouée à cette fin » (arrêté n° 2615 CM) ; le dossier de consultation comporte donc une information erronée sur un élément essentiel de la concession, puisqu'il fait état d'une participation fixe de la Polynésie française, alors que celle-ci est dépendante de la dotation allouée et les candidats ne disposaient d'aucune information sur le montant

de cette dotation budgétaire ; s'agissant, ensuite, des financements de la société dédiée on ignore totalement la nature et l'ampleur des financements que la Polynésie française est en capacité et est disposée à mobiliser ; de même pour les règles de gouvernance et de modalités de fonctionnement de la société, la répartition des droits de vote et des résultats financiers, les conditions financières de liquidation de la société en fin de contrat, la protection des savoir-faire, procédés et apports intellectuels de l'opérateur ; le règlement de la consultation fait état d'un pacte d'actionnaire susceptible d'être conclu entre l'attributaire retenu et la Polynésie française sans que les candidats n'aient été informés des éléments susceptibles de figurer dans ce document alors que ces éléments sont de nature à avoir un impact sur la gouvernance de la société dédiée ; cette insuffisance a été aggravée par le fait que, tout en s'abstenant de communiquer des informations pourtant essentielles, l'autorité concédante a interdit tout échange avec la Polynésie française relativement aux problématiques induites par cette prise de participation ; ces manquements - pris individuellement et a fortiori dans leur globalité - sont évidemment de nature à léser les intérêts de l'exposante : ils n'ont pas permis de tenir compte des capacités contributives de la Polynésie française en fonds propres et d'avoir connaissance de ses attentes et une appréciation globale du risque du projet ; ce alors que la société Egis d'ores et déjà actionnaire de la société Aéroport de Tahiti (exploitant actuel de l'aéroport) a, à ce titre, une connaissance concrète de la politique actionnariale de la Polynésie française ; contrairement au II de l'article 6 de la loi précitée du loi n° 2019-786 du 26 juillet 2019 les statuts ne garantissent pas la capacité de l'opérateur économique à mettre en œuvre son offre et il n'est prévu aucun mécanisme en cas de non-injection des capitaux de la Polynésie française ; au contraire le projet de statuts prévoit (articles 24.1.1 et 24.1.2) des hypothèses d'unanimité ou de majorité qualifiée, qui contraignent les marges d'action de l'opérateur retenu ;

- le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires est méconnu en raison de l'existence de distorsions de concurrence ; l'Etat, qui est l'autorité concédante, a pris une succession de décisions qui inévitablement ont eu pour effet d'avantager l'attributaire retenu, dans le cadre de la présente procédure de passation ; c'est donc au prix d'une première irrégularité que la société Aéroport de Tahiti et donc, à travers elle, ses actionnaires (Egis en premier lieu) ont, pendant 8 années (en intégrant la date à laquelle la convention aurait dû être résiliée), exécuté ce contrat ; alors que la Cour administrative d'appel de Paris avait enjoint à l'Etat de résilier la concession dans un délai de 12 mois, l'autorité concédante a irrégulièrement fait le choix de différer les effets de cette résiliation, à la date d'entrée en vigueur de la nouvelle concession ; l'Etat s'est irrégulièrement cru autorisé à instituer un droit d'entrée, conduisant à faire supporter au futur concessionnaire le montant de l'indemnisation due, au titre de la valeur des biens non amortis ; le rapport de gestion de 2020 de la société ADT a mis en évidence l'existence de garanties particulières apportées par l'Etat à cette société, dans le cas où la concession (précédente) ne pourrait se poursuivre ; au-delà de la valeur nette comptable des biens non amortis précédemment évoquée, l'indemnité que l'Etat s'est engagé à verser couvre toute une série de frais (financiers notamment et impôts et taxes), mais aussi l'éventuel déficit d'exploitation résultant de la concession, constituant une puissante incitation à réattribuer le contrat à l'opérateur sortant ;

- l'offre présentée devait être éliminée comme étant irrégulière ; les pièces du dossier de consultation, notamment le guide de constitution des offres, exigeaient de préciser l'identité des principaux intervenants au projet, dont notamment les constructeurs, ainsi que leur rôle dans la conception et la réalisation des travaux initiaux ainsi que les principaux termes et conditions des sous-contrats, dont notamment les contrats de conception-réalisation ; il s'agit là de caractéristiques minimales, intangibles, au sens de l'article L. 3124-1 du code de la commande publique qui ne pourront faire l'objet de propositions de modifications de la part des soumissionnaires ; or il ressort de la lecture d'un avis de marché lancé par le Groupement attributaire et publié il y a quelques jours qu'en réalité, le titulaire du contrat de conception-réalisation n'est pas désigné ; ainsi le groupement n'a tout simplement pas sécurisé les modalités, de conception et de réalisation des travaux au stade de son offre ; le Tribunal administratif en tirera les conséquences en constatant l'irrégularité de l'offre de la société attributaire et jugera que l'Etat a commis un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, ayant lésé la société exposante, en ne tirant pas les conséquences de ladite irrégularité ;

- l'offre du Groupement Egis est également irrégulière dès lors qu'il ressort de la lettre du 20 octobre 2021 qu'il a apporté que ce soit directement ou indirectement des restrictions à l'article 91 de la Convention de concession, également intangible, puisqu'il a prévu une condition suspensive en cas de recours ;

Par des mémoires en défense, enregistrés les 20 et 25 octobre 2021, l'Etat (Ministère de la Transition écologique chargé des transports-DGAC puis haut-commissaire de la République en Polynésie française) représenté par Mes Mazel et Mareuse, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la CCISM une somme de 5000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- le courrier adressé par l'Etat le 15 septembre 2021 est allé au-delà des exigences posées par l'article R. 3125-1 du code de la commande publique en communiquant le nom de l'attributaire, les notes obtenues par le candidat attributaire sur chacun des critères énoncés dans le règlement de la consultation, les notes obtenues par le groupement TI'A et le rang de son classement sur chacun des critères énoncés dans le règlement de la consultation et des explications littérales permettant de comprendre chacune des notes attribuées à l'offre du groupement TI'A au regard des caractéristiques et des avantages relatifs de l'offre du candidat attributaire ; à la demande du conseil de la CCISM du 9 octobre 2021, l'Etat a communiqué à la requérante, par un courrier du 20 octobre 2021 un tableau de synthèse comportant les notes attribuées à l'offre du groupement TI'A et à l'offre du Candidat attributaire sur chaque élément d'appréciation des quatre critères d'analyse des offres et dans le respect de la protection du secret en matière commerciale et industrielle, les explications littérales justifiant l'appréciation portée ;

- le moyen tiré de la méconnaissance des articles L. 3114-1 et L. 3114-4 du code de la commande publique est inopérant dans le cadre d'un référé précontractuel, n'ayant pas trait à un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence; en l'absence de signature de la future concession, il ne peut pas être constaté à ce stade que la convention méconnaîtrait ces articles ; le Conseil d'Etat a

récemment considéré que la méconnaissance de ces dispositions par un contrat signé qui ne comporte pas de stipulations portant justification du montant ou du mode de calcul des redevances ou du droit d'entrée « ne donne pas un caractère illicite au contrat (...) et peut, au demeurant, être régularisée ;

- en tout état de cause les articles L. 3114-1 et L 3114-4 du code de la commande publique ne sont pas méconnus :

- l'Etat a justifié du montant et du mode de calcul du droit d'entrée dans les documents de la consultation, correspondant à la valeur nette comptable des investissements financés par le précédent délégataire, à la date d'effet du contrat » ; la circonstance que le montant du droit d'entrée est un montant « estimatif » dès lors qu'il est comme en l'espèce déterminable dans le contrat, à défaut de pouvoir être déterminé avant la clôture des comptes du précédent délégataire; toutes les informations nécessaires au calcul du droit d'entrée ont été transmises à l'ensemble des candidats à la consultation, dans le respect du principe de transparence ; il en va de même des montant et mode de calcul des investissements de sécurité et de sûreté (dits « régaliens ») visés à l'article 8.2 du projet de cahier des charges et devant faire l'objet d'un remboursement par le futur concessionnaire à la société ADT ; ce mécanisme de remboursement est prévu au D.-3. de l'annexe 1 de l'arrêté du 30 décembre 2009 relatif aux modalités de déclaration des exploitants d'aérodromes pour l'établissement du tarif passager de la taxe d'aéroport et ne relève donc pas du régime du droit d'entrée défini à l'article L. 3114- 4 du code de la commande publique ;

- l'assiette du droit d'entrée ne comporte pas de paiement étranger au service concédé en tant qu'il porte sur des investissements non amortis engagés par le concessionnaire en place au-delà de la date à laquelle la Cour administrative d'appel de Paris avait demandé à l'Etat de résilier le contrat de concession ; l'Etat a ainsi pris le soin de n'intégrer dans le droit d'entrée que les sommes correspondant aux investissements non amortis réalisés par le concessionnaire précédent au titre des biens de retour de la concession ; la Cour administrative d'appel de Paris n'a pas procédé à la résiliation, mais a demandé à l'Etat de le faire. Tant que la résiliation n'est pas effectivement intervenue, le contrat de concession demeure indiscutablement en vigueur. Les investissements réalisés en vertu de celui-ci, même après 2018, n'ont donc pas été réalisés sans titre ni irrégulièrement par la société ADT ; seuls les investissements réalisés par la société ADT entre 2018 et 2021 sont pris en compte dans le calcul du droit d'entrée, pour l'aéroport de Tahiti Faa'a, soit environ 13,5 millions d'euros, et ne relèvent pas de la réalisation tardive et délibérée d'un important programme d'investissements en vue d'accroître artificiellement le montant de l'indemnisation de la Société ADT par l'Etat au titre de la résiliation programmée de sa concession ; ce montant correspond à une moyenne annuelle de 3,4 millions d'euros et est inférieur à la moyenne annuelle des montants des investissements réalisés par la Société ADT entre 2015 et 2019 qui s'élevait à 6,5 millions d'euros ; ces investissements étaient indispensables à l'exécution du service public et bénéficieront, en tout état de cause, au futur concessionnaire dans le cadre de sa future activité qui n'aura donc pas la charge de les réaliser ;

- le droit d'entrée envisagé n'emporte aucune rupture d'égalité entre les candidats ; la société concessionnaire sortante est la société ADT, et le futur concessionnaire sera une société à constituer par

les membres du groupement attributaire avec la Polynésie française ; c'est la société ADT, qui perdure et continue d'exploiter les aérodromes de Bora Bora, Raiatea et Rangiroa, et non ses actionnaires, qui percevra, au titre de la résiliation de sa concession, l'indemnité couvrant la valeur nette comptable des biens de retour qu'elle a financés ; ce ne sont pas les membres du groupement attributaire qui vont s'acquitter du paiement du droit d'entrée, mais la société concessionnaire à constituer avec la Polynésie française ; il est faux de laisser croire que le financement du droit d'entrée aurait contraint le groupement TI'A à devoir étaler dans le temps ses investissements dans le cadre de la future concession, au motif qu'il disposait d'une moindre capacité d'accès au financement que le groupement attributaire ; le groupement TI'A a présenté son calendrier d'investissement comme conditionné à la seule reprise du trafic, et en aucun cas à sa capacité de financement manifestement pas obérée par la nécessité de financer le droit d'entrée puisqu'il a obtenu des financements à hauteur de 200 % de ses besoins de financement en matière de crédits long terme ; le plan de financement de l'offre du groupement attributaire repose sur une structure de financement, par recours à la dette bancaire, équivalente aux offres des autres candidats en montant et ratio de dette/fonds propres, et classique en matière de financement de projets de ce type d'infrastructures ; il n'y a aucune asymétrie d'information entre les candidats et le droit d'entrée n'a pas eu d'incidence sur le choix de l'attributaire dans la mesure où il ne constituait ni un critère ni même un élément d'appréciation des offres mais seulement une hypothèse devant être prise en compte par l'ensemble des candidats dans leur offre ;

- aucune méconnaissance d'un éventuel « principe d'indépendance des procédures » ne peut être constatée ;

- la nature et la consistance des investissements d'aménagement et de développement à réaliser sur le moyen et le long terme étaient suffisamment précisés ; au demeurant le montant et donc l'importance de ces investissements n'a pas à être précisé dans les documents de la consultation ; il a été identifié un programme d'investissements indispensables et urgents à réaliser dans les cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de la Concession, dits Travaux Initiaux, compte tenu du besoin immédiat de réaménager certaines des infrastructures aéroportuaires et améliorer la qualité de service ; il a été régulièrement laissé plus de liberté aux candidats pour la définition du programme d'investissements sur les infrastructures aéroportuaires à réaliser à moyen et long terme ; en tout état de cause, les grandes orientations de développement des infrastructures à moyen et long terme figuraient dans la Pièce IV.B.2 du dossier de consultation ;

- le rôle des investissements à réaliser sur la durée de la concession dans les critères de sélection des offres était clair, sans incertitude sur la frontière entre le critère n° 1 et le critère n° 2 dans la mesure où les travaux relatifs à l'aérogare dès lors que le critère 2 appréciait les Travaux initiaux, et le projet de développement des infrastructures aéroportuaires de moyen/long terme relevait d'un des éléments d'appréciation du critère 1 ; au demeurant l'annexe technique du dossier de consultation mentionnait que l'aérogare nécessitait « une rénovation complète » ; les notes attribuées à l'offre du groupement TI'A sont parfaitement justifiées dès lors que le réaménagement complet de l'aérogare n'intervenait pas dans le cadre des Travaux Initiaux mais seulement lors d'une phase ultérieure de la concession ; sur

l'élément d'appréciation « maîtrise des coûts supportés (Travaux Initiaux, travaux complémentaires, charges opérationnelles) et du niveau prévisionnel des redevances aéroportuaires » (critère 4), une partie des investissements à l'issue des Travaux initiaux devra être détruit pour les besoins des travaux à moyen terme, or, ces coûts auraient pu être évités en l'absence de phasage et au demeurant, le critère 2 ne traitait pas des coûts des Travaux initiaux mais de la qualité du projet technique ;

- il ne peut être reproché à la procédure d'avoir « surpondéré la prise en compte des travaux initiaux » à réaliser à court terme par le futur concessionnaire (qui représente 25 % de la note), par rapport aux autres travaux d'aménagement de moyen et long terme (qui représentent selon la requérante 6,25 % de la note au titre du 4ème élément d'appréciation du critère n° 1) ; l'obligation de pondérer les critères laisse le pouvoir adjudicateur libre de fixer le poids respectif de ceux-ci ; la requérante ne démontre pas en quoi cette pondération ne serait pas en lien avec l'objet de la concession, ni ne correspondrait pas à une nécessité pour l'Etat ; au demeurant en laissant aux candidats la liberté de proposer la réalisation de leur programme d'investissements relatifs aux infrastructures aéroportuaires à court terme, dans les cinq ans suivants l'entrée en vigueur de la concession dans le cadre des Travaux initiaux, le montant desdits investissements était, par définition, appelé à être différent d'une offre à l'autre ; le régime des Travaux initiaux est plus contraignant pour le concessionnaire et relève d'un engagement contractuel fort ; c'est en toute connaissance des conséquences que cela aurait sur l'appréciation de son offre que le groupement TI'A a fait le choix de repousser la réalisation des travaux les plus structurants de l'aérogare et des parkings au-delà des Travaux initiaux ;

- le juge administratif apprécie si les critères attachés à la qualité, crédibilité, pertinence et cohérence sont suffisamment explicités, à l'aune des informations communiquées aux candidats tant sur le projet de développement des infrastructures, la stratégie proposée sur les activités extra- aéronautiques, le plan d'affaires au regard notamment des hypothèses macro-économiques, de coûts, de trafic et de recettes aéronautiques et extra-aéronautiques retenues et la maîtrise des coûts supportés (Travaux Initiaux, travaux complémentaires, charges opérationnelles) et du niveau prévisionnel des redevances aéroportuaires ; en tout état de cause, si la requérante se plaint aujourd'hui d'avoir rédigé une offre sans comprendre précisément le sens et la portée des critères, elle n'a pourtant pas jugé utile d'user de la faculté, qui lui était offerte par le règlement de la consultation, de solliciter, de la part de la DGAC, des renseignements complémentaires sur ses attentes et sur la portée des critères et l'absence de question posée à l'autorité concédante en cours de procédure exclut l'existence d'une lésion ;

- rien n'imposait à l'Etat de transmettre la méthode de notation à la requérante ; le courrier de l'Etat du 20 octobre 2021 précisait au demeurant que « les notes attribuées à l'offre du Groupement TI'A et à l'offre du Candidat attributaire sur chaque élément d'appréciation des quatre critères d'analyse des offres figurant à l'article 8 du Règlement de la Consultation. La note sur 10 obtenue pour chaque critère est la moyenne des notes sur 10 obtenues sur chaque élément d'appréciation du critère concerné. La note globale sur 10 de chaque offre correspond à la moyenne des notes obtenues sur chaque critère, conformément à la pondération indiquée dans le Règlement de la Consultation (25% pour chaque critère) » ; la circonstance qu'un grand nombre de notes puisse être donné du fait de la possibilité

d'affecter des notes à 0,5 près ne permet pas plus de considérer que l'analyse aurait été rendue moins objective ; au contraire, le nombre de notes pouvant être attribué a permis de rendre la notation des offres plus précise ;

- l'Etat n'a pas pris en considération des engagements revêtant un caractère purement prospectif ; le juge administratif admet que la crédibilité des perspectives de croissance des candidats, par définition prospectives, puisse être jugée et valorisée dans le cadre de l'analyse des offres ; l'Etat a seulement vérifié la pertinence et la crédibilité des éléments qui fondent la stratégie de développement du trafic que les candidats proposaient de mettre en place ; sur la détermination d'une journée caractéristique à moyen et long terme, il n'appartient pas à la requérante, ni à la juridiction, d'apprécier la pertinence des éléments demandés par l'Etat pour apprécier les offres dès lors qu'ils sont en lien avec l'objet de la concession ; au demeurant les différentes méthodes à envisager pour définir « une journée caractéristique » avait été précisées par l'Etat dans le cadre d'une question d'un candidat et les candidats n'étaient absolument pas jugés sur leur capacité à prévoir une « journée caractéristique » dans 40 ans mais sur leur capacité à établir un dimensionnement de l'aérodrome et les différentes phases de développement des infrastructures à partir de cette méthode communément admise dans le secteur aéroportuaire ;

- il n'y a pas de report de la concrétisation des engagements juridiques et financiers postérieurement au choix de l'offre retenue ; les engagements doivent être retranscrits dans une documentation financière et juridique définitive et cette phase de mise au point est parfaitement habituelle dans ce type de projet ; d'ailleurs, l'article 9.7.10 du règlement de la consultation prévoit que le candidat attributaire engage sa responsabilité à hauteur de 2.000.000 d'euros s'il ne se conforme pas aux « aux engagements pris dans son offre » ; En tout état de cause, le Juge du référé précontractuel n'est pas en mesure de se prononcer sur ce point dès lors que le contrat n'est pas encore signé ; il ne peut en aucun cas, être déduit de ce qui est indiqué dans le courrier de l'Etat du 20 octobre 2021 que le montage financier du candidat attributaire n'était pas sécurisé à 100% ; il a simplement été jugé par l'Etat que le groupement TI'A présentait un plan de financement plus robuste que le candidat attributaire ; il en va de même pour les modalités juridiques de la mise en œuvre du projet ; le groupement TI'A a obtenu une meilleure note sur l'élément d'appréciation concerné et la requérante ne peut donc considérer avoir été lésée sur ce point ; au demeurant il n'appartient pas au juge du référé précontractuel d'apprécier les mérites des offres ;

- la requérante n'apporte pas le moindre commencement de preuve d'une dénaturation de son offre ; sur la zone publique l'offre indique elle-même qu'il s'agit « d'optimiser le pôle existant » alors que cette zone n'avait pas été jugée optimale par l'Etat en termes d'accès dans le dossier de consultation ; sur la zone domestique la zone de restauration existante est certes légèrement agrandie, mais sans autre développement commercial, contrairement à l'offre du candidat attributaire ; pour le projet de développement des infrastructures aéroportuaires sur la durée de la concession l'Etat n'a en aucune manière nié le fait que le groupement TI'A avait proposé des installations photovoltaïques en toiture ; pour la « qualité du projet technique relatif à l'aménagement de l'aérogare et des parkings », l'Etat n'a

en aucune manière nié le fait que le groupement TI'A avait formulé des propositions relativement zones de contrôles de sûreté et aux frontières, de la zone domestique ou encore au niveau de l'installation de passerelles à ces différentes zones mais simplement jugé que les modifications apportées ne constituaient pas des transformations « majeures » ; de même pour la « qualité, pertinence des principes d'exploitation de l'aérodrome et notamment leur cohérence avec les contraintes opérationnelles de la plateforme », l'Etat n'a pas nié que l'offre du groupement TI'A permettait d'améliorer les flux existants mais jugé que ces améliorations étaient moins importantes que celle proposées par l'offre du candidat attributaire à la fin des Travaux Initiaux car ce n'est qu'à moyen terme que le projet de du groupement TI'A déploie tout son potentiel sur ce sujet ;

- il n'y a pas d'irrégularité tenant à la prise de participation de la Polynésie française au capital de la société concessionnaire conformément à l'article 6 de la loi n° 2019-786 du 26 juillet 2019 relative à la Polynésie française et l'arrêté du Président de la Polynésie française n° 2274 CM du 17 octobre 2019 modifié ; la Polynésie française n'est ici ni l'autorité concédante ni candidate à la consultation ; les candidats en ont été informés dans le règlement de la consultation ; ni l'avis du Conseil d'Etat de 2009, ni le régime des SEMOP développés par la requérante pour tenter d'invalider le processus fixé par le législateur en 2019 ne sont donc applicables en l'espèce ;

- l'assemblée de Polynésie n'avait pas à ce stade à se prononcer sur la participation du Pays dans la future société concessionnaire ; ce moyen est inopérant devant le juge du référé précontractuel ; les arguments développés consistent seulement in fine à nier la compétence de la Polynésie française à conclure, par l'intermédiaire de la société concessionnaire, le contrat de concession, or il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de contrôler la validité de la signature du contrat et donc la compétence des signataires ; en tout état de cause, la prise de participation de la Polynésie française n'induit pas que la société relève d'une compétence de la Polynésie française, et par voie de conséquence, que l'assemblée était seule compétente pour demander à l'Etat la participation de la Polynésie française au capital de la société concessionnaire ; à l'opposé, elle devait être autorisée par le Conseil des ministres, conformément à l'article 91 de Loi organique selon lequel le Conseil des ministres « autorise, dans la limite des dotations budgétaires votées par l'assemblée de la Polynésie française, la participation de la Polynésie française au capital des sociétés mentionnées aux articles 30 » ; la réglementation impose que l'assemblée délibère pour inscrire au budget la prise de participation et celle-ci ne pourra donc intervenir qu'après le vote de l'assemblée ; il n'était pas nécessaire, sous peine de l'irrégularité de la procédure revendiquée par la requérante, que le règlement de la consultation explicite que le contrat de concession ne sera signé qu'après le vote de l'assemblée qui conditionne la constitution de la société ;

- les conditions et modalités de la prise de participation du Pays étaient suffisamment précises pour permettre aux candidats de remettre une offre pertinente ; il est erroné d'énoncer que le pourcentage de 49% à hauteur duquel le Pays participera au capital de la société concessionnaire serait faux car annoncé « dans la limite de la dotation budgétaire allouée à cette fin » car cette limite ne s'entend qu'en lien avec la procédure budgétaire à intervenir ; dans tous les cas, les candidats disposaient des

éléments nécessaires pour remettre une offre pertinente car dans le cadre de la procédure, un candidat a posé une question sur ces points à laquelle l'Etat a répondu, précisant notamment qu'en cas de défaillance de la Polynésie française au titre de son obligation d'apport en fonds propres au titre de 49 % du capital conditionnant la constitution de la société, le retard en résultant sur le calendrier de mise au point préalable à la signature du contrat ne sera pas sanctionné par la perte de la qualité de candidat attributaire ; par conséquent, la requérante ne peut pas non plus prétendre qu'elle ne disposait pas d'information sur la répartition des droits de vote et financiers, les conditions de liquidation de la société au seul prétexte qu'elle ignorait la répartition des actions ; s'agissant de la gouvernance de la société, contrairement à ce que prétend la requérante, les projets de statuts transmis aux candidats étaient clairs et précis, et la signature d'un pacte d'actionnaires n'était aucunement imposée ; contrairement à ce qu'indique la requérante, les candidats pouvaient formuler des questions à la Polynésie française par son intermédiaire sur place ; en cas de manquement de l'Etat sur le niveau d'information transmis aux candidats, la requérante n'a pas pu être lésée ; les irrégularités que tente d'établir la requérante ne l'ont pas empêchée de remettre une offre régulière, comme d'ailleurs tous les candidats, mais qu'en outre sur le critère 4 « robustesse financière et juridique, performance économique et partage des risques », le groupement TI'A a obtenu une note supérieure à celle du candidat attributaire sur l'élément d'appréciation en lien avec la constitution de la société ; aucune lésion ne peut être tirée du fait que l'incertitude autour de la prise de participation de la Polynésie française « aurait contraint les capacités d'investissements des soumissionnaires, les apports en fonds propres étant dépendants et plafonnés par ceux de la Polynésie française » puisque il a été indiqué aux candidats que la participation de la Polynésie se limitait à un apport au capital ; les soumissionnaires pouvaient donc parfaitement prévoir des investissements en quasi fonds propres sous forme de prêts d'actionnaire, qui peuvent être émis indépendamment de la répartition du capital social ; enfin l'argument tiré de la circonstance que le candidat attributaire, comme co-actionnaire avec la Polynésie de la société actuelle exploitante de l'aérodrome, aurait une connaissance de la « politique actionnariale » de la Polynésie française de nature à le favoriser n'est pas sérieux, la seule politique actionnariale de la Polynésie française à ce stade est celle qui figure dans la loi du 26 juillet 2019, le règlement de la consultation et le projet de statuts communiqués aux candidats ;

- la requérante ne peut prétendre que les statuts de la future société concessionnaire communiqués aux candidats ne garantissent pas la capacité de l'opérateur économique à mettre en œuvre son offre ; à supposer ce moyen opérant devant le juge du référé précontractuel, les projets de statuts garantissent que les actionnaires (autres que la Polynésie française) constitués du candidat attributaire et qui détiennent, par principe, la majorité des parts du capital de la société, et donc des droits de vote, exercent effectivement la direction de la société concessionnaire ; le reproche tiré de l'absence de « mécanisme en cas de non injection des capitaux de la Polynésie » demeure toujours inopérant dans la mesure où les statuts prévoient que la société n'est constituée qu'après injection du capital et le règlement de la consultation prévoit que tant que la société n'est pas constituée, la concession n'est pas signée, et tout retard en résultant sur le calendrier de mise au point préalable à la signature du contrat

du fait de la Polynésie ne sera pas sanctionné par la perte de la qualité de candidat attributaire ; en tout état de cause, la requérante n'établit pas en quoi ces prétendus manquements seraient de nature à la léser spécifiquement ;

- le principe d'égalité de traitement est respecté ; le candidat attributaire n'est pas le concessionnaire sortant ; aucune compensation ne peut donc être faite entre les éventuelles sommes perçues par la société ADT et celles dues par la future société concessionnaire à constituer ; il ressort indiscutablement des termes de l'article L.3136-7 du code de la commande publique que l'indemnisation du concessionnaire des dépenses utiles, au titre desquels figurent le déficit d'exploitation, est due « en cas d'annulation ou de résiliation du contrat de concession » ; l'Etat n'a pas prévu d'indemniser la société ADT de son déficit d'exploitation ;

Par des mémoires en défense, enregistrés les 22 et 25 octobre 2021, la société Egis Airport Opération et la Caisse des dépôts et consignations, représentées par Mes Amblard et Gillet, concluent au rejet de la requête.

Elles soutiennent que :

- le moyen tiré du principe du droit d'entrée et de son montant sont inopérants et mal fondés en droit ;
- le moyen tiré d'une asymétrie d'information manque en fait et est mal fondé en droit ;
- l'obligation de verser le droit d'entrée dans un court délai après l'entrée en vigueur de la concession ne crée pas davantage de discrimination entre le Groupement EGIS/CDC et les « nouveaux entrants », tels que le groupement dont la CCISM est mandataire ;
- aucune méconnaissance du principe d'indépendance des procédures n'est démontrée ;
- le moyen tiré de l'irrégularité de l'offre de l'attributaire ne peut qu'être écarté ; les exigences relatives à la conception-réalisation des travaux initiaux par le règlement de la consultation n'impliquaient pas la désignation des constructeurs et des contrats ; son offre n'était en rien conditionnée à l'existence d'un recours ;
- les autres moyens soulevés ne sont pas fondés ;

Vu :

- les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative.

Par une ordonnance en date du 8 octobre 2021, le juge des référés a suspendu l'exécution du contrat jusqu'au 27 octobre 2021 et rejeté le surplus des conclusions avant dire-droit.

Après avoir entendu lors de l'audience publique du 25 octobre 2021 M. Devillers juge des référés en son rapport, Me Ferré pour la CCISM, Mes Mazelle et Mareuse pour l'Etat, Me Amblard et M. Dubois pour la Caisse des dépôts et consignations et la société Egis ;

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience à la date du 26 octobre à 12h locale (24h de métropole).

Un mémoire en défense a été enregistré le 26 octobre 2021, avant la clôture de l'instruction, présenté pour l'Etat (haut-commissaire de la République en Polynésie française).

Il soutient que :

-le haut-commissaire de la République en Polynésie française a donné mandat le 20 octobre 2021 au cabinet Gide Loyrette Nouel pour représenter l'Etat et les écritures du 20 octobre ont été régularisées par un mémoire enregistré au greffe le 25 octobre 2021 ;

-sur l'irrégularité de l'offre du candidat attributaire et l'absence de contrat conclu avec un constructeur, l'identité attendue n'était pas le nom de l'intervenant, mais sa qualité dans cette structure contractuelle, afin de s'assurer que le candidat avait bien anticipé toutes les relations contractuelles nécessaires à l'exécution de la concession ; cela n'impliquait aucune obligation d'identifier le nom du constructeur ou de tout autre prestataire à ce stade ; l'article 9.6 du règlement de la consultation prévoyait d'ailleurs que « Les Candidats évincés doivent libérer de tout accord d'exclusivité, sous quelque forme que ce soit, dans un délai de sept (7) jours à compter de la date à laquelle leur est notifiée la décision de rejet de leur offre, les prestataires avec lesquels ils ont contracté en vue de la remise de leur offre. » ; compte tenu de la situation du marché des constructeurs localement, imposer dès le départ aux candidats de s'associer avec un constructeur aurait nécessairement conduit à une distorsion de concurrence en défaveur de ceux qui auraient dû recourir à des constructeurs non implantés localement au regard des surcoûts en résultant, qui les auraient placés de fait dans l'incapacité de remettre une offre compétitive ;

-les autres moyens soulevés ne sont pas fondés ;

Une note en délibéré a été produite le 26 octobre pour le compte de la CCISM.

Considérant ce qui suit :

1. Un avis de concession de l'aéroport de Tahiti Faa'a a été publié le 15 novembre 2019 au journal officiel de la Polynésie française, le 21 novembre 2019 au journal officiel de l'Union européenne ainsi qu'au bulletin officiel des annonces des marchés publics et le 29 novembre 2019 dans la revue spécialisée Air & Cosmos. Les candidats étaient invités à remettre leur dossier de candidature pour le 6 janvier 2020, au plus tard, la date limite de remise des offres étant le lundi 2 novembre 2020 à 12h00 heure de Paris. La Chambre de commerce, d'industrie, des services et des métiers (CCISM), la société Meridiam SAS, la société Aéroport Marseille Provence et la société Boyer ont décidé de soumissionner à cette procédure, dans le cadre d'un groupement momentané d'entreprises baptisé Groupement TI'A pour « Tahiti International Airport ». Les membres du groupement ont été informés par courrier du 15 septembre 2021 du rejet de leur offre, classée en troisième position, et de l'attribution de la concession au groupement Egis Airport Opération / Caisse des dépôts et consignations. La CCISM demande au juge du référé précontractuel d'annuler la décision attribuant cette concession et celle rejetant l'offre présentée par le groupement TI'A ;

Sur les conclusions à fin d'annulation :

2. 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 ».

3. La CCISM soutient notamment que l'offre du groupement attributaire a été acceptée et choisie alors qu'elle méconnaît les exigences du dossier de consultation, notamment le guide de constitution des offres, qui imposaient aux candidats de préciser l'identité des principaux intervenants au projet, dont notamment les constructeurs, ainsi que leur rôle dans la conception et la réalisation des travaux.

4. Aux termes de l'article L.3124-2 du code de la commande publique, applicable en Polynésie française aux contrats de concession conclus par l'Etat : « L'autorité concédante écarte les offres irrégulières ou inappropriées ». L'article L. 3124-3 du même code dispose : « Une offre est irrégulière lorsqu'elle ne respecte pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation ».

5. Aux termes de l'article 4.2 du règlement de la consultation : « Contenu du dossier de la Consultation remis aux Candidats. Le dossier remis par voie dématérialisée aux Candidats comprend les pièces suivantes : I. Le Règlement et ses annexes (...) 11.2 Liste des annexes du Règlement 1) Annexe A : Guide de constitution des offres (...) ». Aux termes de son article 7 : « Contenu de l'offre. Les Candidats présentent une offre complète comportant l'ensemble des éléments exigés par le Règlement et le guide de constitution des offres (annexe A du Règlement) ». Aux termes de son article 8 : « Critères d'analyse des offres. Les offres sont appréciées selon les critères pondérés suivants (...) Critère 4 : La robustesse financière et juridique, la performance économique et le partage des risques. Ce critère s'apprécie notamment au regard de (...) la robustesse du montage contractuel entre le Candidat et les futurs cocontractants de la société concessionnaire et le cas échéant de la relation entre les membres du groupement Candidat ». Aux termes de l'article 9.6 : « Désignation du Candidat attributaire et rejet des offres des autres Candidats (...) Les Candidats évincés doivent libérer de tout accord d'exclusivité, sous quelque forme que ce soit, dans un délai de sept (7) jours à compter de la date à laquelle leur est notifiée la décision de rejet de leur offre, les prestataires avec lesquels ils ont contracté en vue de la remise de leur offre ».

6. L'article 7.2 du guide de constitution des offres énonce : « Présentation de la structure contractuelle. Le Candidat produira une note détaillée explicitant le montage juridique et financier envisagé pour

l'exécution de la Convention de Concession et décrira de manière précise (à l'aide d'un schéma commenté) la structure contractuelle adoptée, les principaux contrats mis en place ainsi que l'identité des différents intervenants (actionnaires de la société concessionnaire, constructeurs, prêteurs, autres cocontractants) et leurs rôles dans la conception et la réalisation des Travaux Initiaux, le financement, l'exploitation de l'aérodrome, l'entretien, la maintenance et le gros-entretien et renouvellement des biens de l'aérodrome ». Aux termes de l'article 7.3 : « Sous-contrats et risques résiduels. Le Candidat produira : les principaux termes et conditions des contrats que le Concessionnaire conclura pour les besoins de l'exécution de la Convention de Concession (ou la version intégrale de ces projets de contrats s'ils existent). Ces contrats incluent notamment les contrats relatifs au financement, à la conception, à la construction, à l'exploitation, à la maintenance, sans que cette liste soit limitative ; et les principaux termes et conditions de l'ensemble des polices d'assurances que le Candidat entend souscrire (article 84 du cahier des charges). Ces projets feront clairement apparaître les transferts de risques envisagés ainsi que les indemnités de résiliation demandées par les cocontractants du Concessionnaire ».

7. Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que les candidats devaient, à l'appui de leur offre, transmettre des éléments précis sur les contrats à conclure, comportant, notamment, pour les constructeurs en charge de la conception et de la réalisation des travaux initiaux, l'indication de l'identité des futurs cocontractants. Cette exigence peut au demeurant être rattachée au critère 4 d'analyse des offres impliquant pour l'acheteur public d'apprécier la « robustesse du montage contractuel entre le Candidat et les futurs cocontractants de la société concessionnaire ». Il n'est pas contesté, en réponse à ce moyen, que le groupement attributaire n'a pas, en méconnaissance de ces dispositions, fourni l'identité des cocontractants « constructeurs » pressentis. Dès lors et sans que les défendeurs puissent se prévaloir utilement ni des dispositions de l'article 9.6 du règlement de la consultation, qui précisément visent, pour les cocontractants des candidats, ainsi nécessairement identifiés, la libération des engagements souscrits auprès de ceux dont l'offre a été rejetée, ni d'un risque de distorsion de concurrence tenant au faible nombre d'entreprises de travaux en Polynésie française, la CCISM apparaît fondée à soutenir que l'offre du groupement attributaire, ne respectant pas ces conditions indiquées dans les documents de la consultation, était irrégulière et devait être éliminée pour ce motif.

8. Chacun des concurrents peut faire valoir un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres, pouvant aboutir au constat de l'impossibilité, pour le l'acheteur public, de procéder à la sélection d'une offre régulière. Le choix d'une offre présentée par un candidat irrégulièrement retenu est dès lors susceptible d'avoir lésé le groupement auquel appartenait la CCISM, quel qu'ait été son propre rang de classement à l'issue du jugement des offres. La CCISM est donc fondée à demander l'annulation de la décision d'attribution du contrat de concession en litige, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête ni la recevabilité du mémoire en défense présenté par l'Etat le 20 octobre 2021. Cette décision d'annulation n'entraîne pas, par voie de conséquence, celle de la décision de rejet de l'offre du groupement composé de la Chambre de commerce et d'industrie, des services et des métiers

(CCISM), de la société Boyer, de la société Meridiam SAS et de la société Aéroport Marseille Provence, ni d'enjoindre à l'Etat le prononcé des mesures d'injonctions sollicitées.

9. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat une somme de 500 000 FCFP à verser à la CCISM au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la CCISM, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme demandée à ce titre par l'Etat.

ORDONNE

Article 1er : La décision d'attribution de la concession de l'aérodrome de Tahiti-Faa'a (référence : 2019DTA05) au groupement Egis Airport Opération / Caisse des dépôts et consignations est annulée.

Article 2 : L'Etat versera une somme de 500 000 FCFP à la Chambre de commerce, d'industrie, des services et des métiers de Polynésie française au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête et les conclusions de l'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetés.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la Chambre de commerce, d'industrie, des services et des métiers, à l'Etat (haut-commissaire de la République en Polynésie française) et aux membres du groupement Egis Airport Opération / Caisse des dépôts et consignations.

Fait à Papeete, le 28 octobre 2021.

Le juge des référés, Le greffier,

P. Devillers M. Estall

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,