

Décision du Tribunal administratif n° 2100481 du 26 avril 2022

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 6 octobre 2021, et un mémoire enregistré le 13 janvier 2022, M. A..., représenté par Me Mikou, demande au tribunal :

1°) de condamner la Polynésie française à lui verser la somme de 2 974 725 F CFP au titre de son manque à gagner, outre une somme de 500 000 F CFP en réparation de son préjudice moral.

2°) de mettre à la charge la Polynésie française la somme de 220 000 F CFP au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

M. A... fait valoir que : le pouvoir adjudicateur a dénaturé l'offre de la société Dexios en altérant manifestement les termes quant au délai d'exécution ; la société Dexios a été avantagée par l'octroi d'une note de 20/20 sur le critère n°2 alors qu'elle n'aurait dû être créditée que d'une note de 10/20 ; la Polynésie française a modifié le délai d'exécution qu'elle avait proposé en considérant que le délai était de 1,8 mois/hommes alors qu'il était de 2,5 mois/hommes ; il aurait dû obtenir la note de 20/20 ; le principe d'égalité de traitement des candidats a été méconnu ; l'administration a en outre commis une erreur dans l'application de la formule de calcul du critère relatif au délai d'exécution ; l'administration a commis une erreur dans la notation du mémoire technique ou il s'est vu attribuer seulement une note de 10/30 alors qu'il aurait dû se voir attribuer la note de 20/30 ; il aurait dû remporter le marché querellé et a droit à une indemnisation de 100 % de son offre de 2 974 725 F CFP ; l'attribution d'une note technique de 10/30 constitue une atteinte à l'honneur ; il sollicite 500 000 F CFP au titre du préjudice moral car il était très confiant de remporter le marché compte tenu de l'effort important fait, tant sur le prix que sur le délai d'exécution.

Par un mémoire en défense enregistré le 7 janvier 2022, la Polynésie française, conclut au rejet de la requête.

Elle fait valoir que la requête n'est pas fondée. Par une ordonnance du 7 janvier 2022, la clôture de l'instruction a été fixée au 28 janvier 2022.

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. C...,
- les conclusions de Mme D... de Saint-Germain, rapporteure publique,
- les observations de Me Mikou, représentant le requérant, et celles de M. B..., représentant la Polynésie française.

Considérant ce qui suit :

1. Le 20 avril 2021, la direction de l'aviation civile de la Polynésie française a lancé une consultation pour la réalisation des études économiques et perspectives de développement des îles Marquises en lien avec l'ouverture d'un aéroport international à Nuku Hiva. L'offre présentée par M. A... sous l'enseigne Polyvalence Etudes et Assistance, classée deuxième, avec 70 points sur 100, a été rejetée le 6 juillet 2021. La Sarl Dexios, avec 71 points sur 100, a été classée première et s'est vu attribuer ce marché de service. M. A..., qui estime que son offre aurait dû être classée première a présenté une réclamation préalable le 4 août 2021. En l'absence de réponse, il sollicite la condamnation de la Polynésie française à lui verser la somme de 2 974 725 F CFP au titre de son manque à gagner du fait de son éviction irrégulière et la somme de 500 000 F CFP en réparation de son préjudice moral.

Sur les conclusions à fin d'indemnisation :

En ce qui concerne la responsabilité de la Polynésie française :

2. Aux termes de l'article 6 du programme technique détaillé et de l'article 4 de la lettre de consultation relative à la durée du marché et au délai d'exécution : « La durée de la mission est fixée à 3 (trois) mois/hommes étalée sur une période de 4 (quatre) mois. Elle est prévue de démarrer à compter de la date de notification de la convention signée ». Aux termes de l'article 7.2 du même document : « L'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse sera analysée et sélectionnée à partir d'un classement en prenant en compte les critères et sous critères précisés ci-après, notée sur un total de 100 selon la procédure suivante. / N (note finale sur 100 points) = $N1 + N2 + N3 / N1$: le prix de la prestation (50%) (...) / N2 : le délai d'exécution (20%) / N3 : Le mémoire technique (30%) ».

3. Le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics. Il peut ainsi déterminer tant les éléments d'appréciation pris en compte pour l'élaboration de la note des critères que les modalités de détermination de cette note par combinaison de ces éléments d'appréciation. Une méthode de notation est toutefois entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, les éléments d'appréciation pris en compte pour noter les critères de sélection des offres sont dépourvus de tout lien avec les critères dont ils permettent l'évaluation ou si les modalités de détermination de la note des critères de sélection par combinaison de ces éléments sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie. Il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publique, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, une telle méthode de notation.

4. Il résulte de l'instruction que le requérant a proposé un délai d'exécution du marché de deux mois et demi, légèrement inférieur au délai d'exécution fixé par l'article 6 du programme technique détaillé et l'article 4 de la lettre de consultation. La société attributaire a quant à elle proposé une durée prévisionnelle de la mission de trois mois répartis sur quatre comme l'indiquaient ces dispositions. Avant

la date de remise des offres et par courriel du 21 avril 2021, M. A... avait sollicité des renseignements complémentaires auprès de l'administration concernant la méthode de notation du critère « délai d'exécution ». Par un courriel du 22 avril 2021, le bureau des marchés publics de la direction de l'aviation civile lui a répondu que « le délai se calcule selon la formule suivante : $\text{délai le plus court} / \text{délai du candidat} \times 20$, sachant que le délai max est fixé dans les documents de consultation ». Cependant, pour l'appréciation des offres sur ce critère, l'administration, estimant le délai proposé par le requérant « court par rapport aux résultats attendus », lui a attribué 10 points, alors que 20 points ont été attribués à la société attributaire, sans suivre la méthode indiquée au requérant le 22 avril 2021. D'une part, l'administration, en utilisant d'une méthode de notation différente de celle annoncée à M. A... l'a induit en erreur. D'autre part, le critère technique N2 relatif aux délais d'exécution de la prestation de service du marché, tel qu'il a été appliqué par l'administration, a eu pour effet de priver ce critère de toute portée, les candidats n'étant en fait pas autorisés à proposer un délai plus court que celui annoncé, de sorte que les offres ne pouvaient être différenciées qu'au regard des autres critères de sélection. Ainsi, cette méthode de notation, amenant à attribuer seulement 10 points sur 20 à M. A... au motif que le délai d'exécution était inférieur à celui fixé par le programme technique, et alors qu'il avait été informé de l'utilité de présenter un délai plus court a, compte tenu de l'écart de points entre les deux candidats, conduit à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie et est, par suite, entachée d'irrégularité.

En ce qui concerne l'évaluation du préjudice :

5. Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat. En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité. Dans le cas contraire, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Il convient en outre de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat. Si tel est le cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner, qui inclut nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre. En revanche, le candidat ne peut prétendre à une indemnisation de ce manque à gagner si la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général.

6. Il résulte de l'instruction que l'offre de M. A..., classée deuxième avec seulement un point d'écart avec la société attributaire du marché, avait des chances sérieuses de remporter le contrat. Dans ces conditions, le requérant a droit à être indemnisé de son manque à gagner, qui doit être apprécié en fonction de sa marge nette. Pour justifier de sa marge nette, M. A... produit un compte de résultats au titre des années 2020 et 2021 présentant une marge nette moyenne de 85%. La marge nette, rapportée au montant du marché hors taxes de 2 632 500 F CFP, peut ainsi être fixée à 85% de ce montant et il sera fait une juste appréciation du manque à gagner de M. A... en lui allouant la somme de 2 237 625 F CFP.

7. En revanche, en se bornant à indiquer que son travail aurait été dévalorisé par la direction de l'aviation civile et que l'attribution de la note technique de 10 sur 30 constitue une atteinte à son honneur, M. A... ne justifie d'aucun préjudice moral.

8. Il résulte de ce qui précède que la Polynésie française doit être condamnée à verser à M. A... la somme de 2 237 625 F CFP.

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

9. Il y a lieu dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 150 000 F CFP à verser à M. A... au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

Article 1er : La Polynésie française est condamnée à verser à M. A... la somme de 2 237 625 F CFP.

Article 2 : La Polynésie française versera la somme de 150 000 F CFP à M. A... au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative

Article 3 : Le présent jugement sera notifié à M. E... A... et à la Polynésie française.

Délibéré après l'audience du 29 mars 2022, à laquelle siégeaient :

M. Devillers, président, M. Retterer, premier conseiller, M. Graboy-Grobescos, premier conseiller,

Rendu public par mise à disposition au greffe le 26 avril 2022.

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,