

## Décision du Tribunal administratif n° 2100113 du 10 mai 2022

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 9 avril 2021, et un mémoire enregistré le 14 septembre 2021, la Sarl Hanavai, représentée par Me Jourdaïne, demande au tribunal :

1°) d'annuler le marché public conclu le 15 décembre 2020 entre la commune de Moorea-Maiao et la société Polynésie VRD pour la réalisation d'un réservoir d'eau potable ;

2°) de condamner la commune de Moorea à lui verser la somme de 6 295 767 F CFP au titre du préjudice subi ;

3°) de mettre à la charge de la commune de Moorea la somme de 300 000 F CFP au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

La Sarl Hanavai fait valoir que : son recours est recevable ; la commune de Moorea n'a pas notifié le délai de suspension de signature du marché, en contradiction avec ses obligations fixées par l'article L.332-1 du code polynésien des marchés publics, ni dans sa notification du 25 novembre 2020, ni dans son courrier du 9 décembre 2020 ; le dossier de consultation était incomplet sur des aspects techniques majeurs tels que l'absence d'exigence de production des fiches techniques et l'imprécision des tranches conditionnelles ; l'absence de note de calcul « para- cyclonique » a été de nature à avantager l'offre de la société attributaire qui a proposé une solution technique irrégulière et avec un écart de prix significatif ; au regard de cet écart de prix de 30% la commune aurait dû traiter l'offre de Polynésie VRD d'anormalement basse ; les informations techniques étaient insuffisantes pour la tranche conditionnelle 2 « Local technique », ne permettant pas aux candidats de remettre des offres techniques comparables et des prix dûment justifiés ; en ce qui concerne la tranche conditionnelle 1 « retrait de la conduite en amiante », les prescriptions techniques étaient très insuffisantes pour permettre aux candidats de répondre dans des conditions d'égalité satisfaisantes ; les manquements au titre de la définition technique des tranches conditionnelles ont déséquilibré le principe d'égalité de traitement des candidats, sur le critère prépondérant du prix (70% de pondération) ; les irrégularités de l'offre de la société attributaire qui auraient dû conduire à son élimination : le matériel est partiellement non conforme au CCTP ; le règlement de consultation exigeait en page 5 et à l'article 2.4.2 du CCTP que les candidats remettent « ACS » pour le liner dans leur mémoire technique, ce moyen, alors que ce sigle n'apparaît pas à la page indiquée ; d'importances incohérences entre les commentaires sur le critère T1 pour le candidat retenu et la note attribuée sont relevés ; le préjudice est déterminé sur la marge brute à 6 295 767 F CFP, soit une marge réelle de 14,65%.

Par un mémoire en défense enregistré le 14 mai 2021, la commune de Moorea-Maiao conclut à titre principal au rejet de la requête et à titre subsidiaire à la désignation d'un expert pour chiffrer l'éventuel préjudice. Elle fait valoir qu'en l'absence de demande préalable le contentieux n'est pas lié et la requête irrecevable. Elle fait valoir en outre que la requête est non fondée.

Par un mémoire en défense enregistré le 12 août 2021, la société Polynésie VRD, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société requérante la somme de 150 000 F CFP au titre

de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Par une ordonnance du 15 septembre 2021, la clôture de l'instruction a été fixée au 15 octobre 2021.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- le code polynésien des marchés publics ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Retterer, premier conseiller,
- les conclusions de Mme Theulier de Saint-Germain, rapporteur public,
- les observations de Me Kretly représentant la Sarl Hanavai, et celles de Me Mikou, représentant la société Polynésie VRD.

Considérant ce qui suit :

1. La commune de Moorea-Maiao a engagé une procédure d'appel d'offres ouverte par un avis d'appel public à la concurrence publié le 6 octobre 2020, rectifié le 30 octobre 2020, en vue de la passation d'un marché public relatif à la réalisation d'un réservoir d'eau potable de 1100 m<sup>3</sup> à Temae. La Sarl Hanavai a été informée, par courrier en date du 25 novembre 2020, de ce qu'après analyse des offres, la sienne n'a pas été retenue. Elle demande l'annulation du marché et une indemnité de 6 295 767 F CFP en réparation du préjudice subi.

Sur le recours en contestation de validité du contrat :

2. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité. Si le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office.

3. Saisi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe

délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice du consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

En ce qui concerne le moyen tiré de manquements relatifs à la procédure de mise en concurrence :

4. La Sarl Hanavai soutient que le dossier de consultation des entreprises était incomplet sur des aspects techniques majeurs tels que l'absence d'exigence de production des fiches techniques et l'imprécision des tranches conditionnelles.

S'agissant de l'absence d'exigence de production des fiches techniques :

5. La Sarl Hanavai expose que les documents de la consultation, en l'absence d'exigence de production d'une note de calcul « para-cyclonique », ne permettaient pas au maître d'ouvrage de vérifier que le réservoir proposé présentait cette caractéristique. Elle indique qu'elle a proposé un réservoir para-cyclonique, représentant un écart de prix de 30% par rapport à un réservoir classique, avantageant l'offre de la société attributaire qui a ainsi proposé une solution technique irrégulière et avec un écart de prix significatif. Cependant l'article 4 Réservoir du CCTP indique que « 4.1.1 (...) le réservoir aura les caractéristiques suivantes. Conception para-cyclonique à vide (résistance à des vents de 234 km/h) (...) » et le mémoire technique dont la présentation était exigée devait inclure, notamment, la fiche technique du réservoir proposé. Rien n'imposait, à ce stade, que le respect effectif de cette spécification technique soit vérifié par la production d'une note de calcul. Les allégations de la société requérante selon lesquelles ces prescriptions essentielles n'étant pas respectées par la société attributaire, son offre serait ainsi irrégulière et moins-disante de 30% ne sont assorties d'aucun justificatif. Ainsi, la société requérante n'établit pas que la commune de Moorea-Maiao, aurait dû traiter l'offre de Polynésie VRD comme une offre anormalement basse. Par suite, ce moyen ne peut qu'être écarté. S'agissant de l'imprécision des tranches conditionnelles :

6. D'une part, il résulte du rapport d'analyse des offres que la société Hanavai a eu la possibilité de demander des précisions au pouvoir adjudicateur sur les éléments de la consultation justifiant de son point de vue des éclaircissements, le 15 octobre 2020. La commune a apporté des réponses qui ont été

portées à la connaissance des candidats et elle a modifié ou précisé également en conséquence les documents de la consultation par la publication d'un rectificatif le 30 octobre 2020, justifiant un allongement de 7 jours du délai de remise des offres.

7. D'autre part, le cahier des clauses techniques particulières indique pour la tranche conditionnelle 1 « retrait de la conduite en amiante », que le retrait de l'ancienne canalisation en amiante - ciment de la plateforme du réservoir est conditionné aux résultats des analyses qui seront réalisées, par un laboratoire agréé, à la charge de la commune. L'entreprise assurera « le retrait de la canalisation de l'emprise de la parcelle, l'expédition et le traitement des déchets conformément aux lois en vigueur en Polynésie Française ». La Sarl Hanavai expose que ces prescriptions techniques sont très insuffisantes pour permettre aux candidats d'évaluer le coût des travaux et de répondre dans des conditions d'égalité satisfaisantes en l'absence d'échantillonnage et de diagnostic amiante, d'information sur la quantité, la profondeur, et de certitude sur le diamètre de l'ancienne canalisation. Il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'analyse des offres que la commune a fait procéder à des sondages qui n'ont pas permis de retrouver la canalisation, étant toutefois indiqué que celle-ci devait se trouver à une profondeur estimée à environ 1m sur 30 m de longueur. Si les entreprises candidates ont disposé de ces seuls éléments certes approximatifs pour élaborer leur offre de prix sur cette tranche conditionnelle, il n'en résulte pas, comme il est invoqué, une rupture d'égalité entre les candidats préjudiciables à la société requérante.

8. Enfin, si, pour la tranche conditionnelle 2 ayant pour objet le déplacement du local technique « dans le foncier communal », il n'y avait pas d'obligation de visite des lieux, le cahier des clauses techniques particulières indiquant toutefois communément (art. 4.1) que « l'entrepreneur est réputé avoir une parfaite connaissance des lieux et circonstances locales ».

En ce qui concerne le moyen tiré de l'irrégularité de l'offre de la société attributaire :

9. Si le rapport d'analyse des offres relève, s'agissant de l'offre de la société Polynésie VRD pour le critère T3, moyens techniques et qualité des fournitures, quelques « non conformités mineures de certains accessoires ou manques de renseignements sur la qualité », l'offre de la société attributaire étant notée 11 sur 15 sur ce critère contre 15 sur 15 pour la société requérante, cette dernière ne démontre pas que, pour ce seul motif, et eu égard aux qualificatifs employés par la commission, l'offre de la société Polynésie VRD eût dû être regardée comme étant incomplète ou ne respectant pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation et ainsi éliminée en application de l'article LP 122-3 du code polynésien des marchés publics.

10. Aux termes de l'article 7.1 du règlement de consultation : « (...) Le candidat devra remettre les pièces suivantes : (...) Les moyens matériels de l'entreprise prévue par le chantier ainsi que la fiche technique du réservoir préfabriqué avec attestation de conformité sanitaire délivrée par la direction de la santé (...) ». Aux termes de l'article 2.4.2 du cahier des clauses techniques particulières (CCTP1 : Travaux) : « Equipement du réservoir/ Le réservoir en acier revêtues Zinc/Aluminium à chaud devra être équipé de : (...) Un liner pour eau potable avec certification ACS ».

11. La société requérante soutient que l'offre de la société Polynésie VRD était irrégulière dès lors qu'elle n'a pas remis l'attestation de certificat sanitaire pour le liner, exigée par le règlement de consultation et par les stipulations du cahier des clauses techniques particulières - CCTP1 Travaux. En défense, la Polynésie française indique que l'offre de la société attributaire prévoit que le liner est certifié selon les normes américaines (ANSI/NSF 61 : 2008) et australienne (AS/NZS 4020 : 2005) et que les attestations correspondantes seront exigées lors de la validation des fiches d'approbation des matériaux, en phase préparatoire du chantier. Cependant, il n'est ni allégué, ni établi que ces certifications seraient comparables à l'attestation de certificat sanitaire ACS exigée par le règlement de consultation au stade de la remise des offres. Ainsi, l'offre de la société JL Polynésie VRD, qui ne comportait pas l'attestation de certificat sanitaire (ACS) exigée, était incomplète et donc irrégulière. Par suite, en acceptant son offre, la commune de Moorea-Maiao a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

12. Cependant et d'une part, ce vice, en l'absence de circonstances particulières, et notamment d'éléments révélant une volonté de la commune de favoriser la société attributaire du marché, n'est pas d'une gravité telle qu'elle implique que soit prononcée l'annulation du contrat. D'autre part, et en tout état de cause, il est constant que le contrat en litige a été entièrement exécuté. Par suite, les conclusions à fin d'annulation du présent marché conclu le 15 décembre 2020 entre la commune de Moorea-Maiao et la société Polynésie VRD pour la réalisation d'un réservoir d'eau potable, ne peuvent qu'être rejetées.

Sur les conclusions indemnitaires :

13. En vue d'obtenir réparation de ses droits lésés, le concurrent évincé a la possibilité de présenter devant le juge du contrat des conclusions indemnitaires, à titre accessoire ou complémentaire à ses conclusions à fin de résiliation ou d'annulation du contrat. Il peut également engager un recours de pleine juridiction distinct, tendant exclusivement à une indemnisation du préjudice subi à raison de l'illégalité de la conclusion du contrat dont il a été évincé. La recevabilité des conclusions indemnitaires, présentées à titre accessoire ou complémentaire aux conclusions contestant la validité du contrat, est en revanche soumise, selon les modalités du droit commun, à l'intervention d'une décision préalable de l'administration de nature à lier le contentieux, le cas échéant en cours d'instance, sauf en matière de travaux publics.

14. La société requérante n'a, comme il est invoqué en défense, pas présenté de conclusions indemnitaires préalables auprès de la commune de Moorea-Maiao. En l'absence d'une décision préalable de l'administration de nature à lier le contentieux, les conclusions indemnitaires sont irrecevables.

15. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions présentées par la société Hanavai aux fins d'annulation du marché litigieux et de condamnation de la commune de Moorea-Maiao au versement d'une somme au titre du préjudice subi doivent, sans qu'il y ait lieu de procéder à la désignation d'un expert pour chiffrer l'éventuel préjudice, être rejetées.

Sur les frais liés au litige :

16. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L.

761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

Article 1er : La requête présentée par la Sarl Hanavai est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de la société Polynésie VRD au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Le présent jugement sera notifié à la Sarl Hanavai, à la commune de Moorea-Maiao et la société Polynésie VRD.

Délibéré après l'audience du 26 avril 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 10 mai 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,