

Ordonnance du Tribunal administratif n° 2300045 du 21 février 2023

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire enregistrés les 4 et 19 février 2023, la SAS OCCELIA et M. C B ("groupement OCCELIA-FIDELE "), représentés par Me B, demandent au juge des référés, dans le dernier état de leurs écritures :

1°) à titre principal, d'annuler la procédure de passation, initiée par la commune de Bora Bora, des lots n° 1 " assistance pour la passation d'un contrat d'affermage du service d'assainissement des eaux usées " et n° 2 " assistance pour la passation d'un contrat d'affermage du service de l'eau industrielle " du marché d'assistance pour la passation de contrats d'affermage au stade de l'examen des offres ;

2°) à titre subsidiaire, en ce qui concerne le lot n° 1, de réformer le classement comme suit : 1er : groupement OCCELIA B (note de 8,65), 2nd : société SPEED (note de 8,54) ; en ce qui concerne le lot n° 2 : annuler la procédure de passation au stade de l'examen des offres ;

3°) en tout état de cause, de mettre à la charge de la commune de Bora Bora la somme de 200 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ils soutiennent que :

- ils justifient d'un intérêt lésé dès lors qu'ils disposaient de sérieuses chances de l'emporter au regard de leur note (8,7/10) et de celle de l'attributaire du marché (8,75/10) ;

- la notation effectuée par la commune de Bora Bora est entachée soit d'inégalité de traitement manifeste, soit d'une erreur de fait ;

- le règlement de la consultation et son cahier des charges pour les deux lots en question sont rigoureusement les mêmes que ceux appliqués lors de la précédente consultation, hormis en ce qui concerne la pondération de la notation ; compte tenu des résultats de la précédente consultation, le groupement a baissé ses prix, alors que la commune de Bora Bora avait augmenté la pondération du critère prix ; sur ce critère, le groupement a obtenu la meilleure note, ce qui s'explique par l'effort qu'il a consenti sur ce point ; sur le critère des références du candidat, il a obtenu les mêmes notes, ce qui est logique puisque les candidats n'ont pas changé ; sur le critère valeur technique en revanche, la note du groupement a été significativement dégradée avec 6,5/10 pour chacun des deux lots, alors qu'elle était de 8/10 auparavant, or l'expérience de l'équipe n'a pourtant pas changé entre les deux consultations ; par ailleurs, la note moyenne de 8,5/10 est erronée puisqu'en appliquant la pondération, le groupement aurait dû obtenir la note de 8,7/10 ;

- les notes figurant dans le rapport d'analyse des offres sont différentes de celles annoncées par courrier au groupement OCCELIA-FIDELE ;

- la société SPEED a candidaté seule alors qu'au vu des prestations juridiques du marché, elle ne pouvait les sous-traiter à un avocat ;

- le lot n° 1 constituant un marché distinct du lot n° 2, il ne pouvait être attribué à la société SPEED qui n'avait pas formulé l'offre la " mieux-disante " ;

- concernant le lot n° 2, l'illégalité de traitement est manifeste puisque le cahier des charges n'a pas

changé entre la précédente et la nouvelle consultation ni l'équipe composant leur groupement qui reste la même alors que la note sur le critère technique a été dégradée au contraire de la société concurrente.

Par un mémoire en défense enregistré le 17 février 2023, la commune de Bora Bora représentée par la Selarl Jurispol, conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 300 000 F CFP soit mise à la charge des requérants au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que les moyens présentés dans la requête ne sont pas fondés et rappelle notamment qu'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel d'apprécier les mérites et la valeur des offres des candidats et que la procédure suivie en l'espèce est régulière.

Le président du tribunal a désigné M. Graboy-Grobescio, premier conseiller, pour statuer sur les demandes de référés.

Vu :

- les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- la délibération n° 2002-162 APF du 5 décembre 2002 ;
- 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 du 20 février 2023, à 10 heures :

- le rapport de M. Graboy-Grobescio, juge des référés,
 - les observations de Me B, représentant la SAS OCCELIA et M. C B, qui a rappelé les faits ayant conduit au présent litige et développé oralement son argumentation écrite, en maintenant l'ensemble de ses conclusions et moyens qu'il précise conformément à ses dernières écritures parvenues avant l'audience ;
 - et celles de Me Quinquis, représentant la commune de Bora Bora, qui conteste pour sa part, point par point les moyens et arguments exposés en demande et sollicite que la clôture de l'instruction de la présente affaire soit différée afin de prendre sérieusement connaissance des dernières écritures des requérants et de produire les pièces justificatives qu'il annonce oralement à l'appui de ses observations.
- La clôture de l'instruction a été différée en application de l'article R. 522-8 du code de justice administrative, au même jour, à 18 heures (heure locale).

Des pièces complémentaires et un courrier explicatif ont été enregistrés le 20 février 2023, avant clôture de l'instruction, pour la commune de Bora Bora ;

Un mémoire et une pièce complémentaire ont été enregistrés le 20 février 2023, avant clôture de l'instruction, pour la SAS OCCELIA et M. B.

Considérant ce qui suit :

1. La SAS OCCELIA et M. C B demandent au juge des référés d'annuler la procédure de passation du marché d'assistance pour la passation d'un contrat d'affermage du service d'assainissement des eaux

usées et du service de l'eau industrielle de la commune de Bora Bora (lots n° 1 et 2) pour l'année 2023. Par une ordonnance du 6 février 2023, le juge des référés a enjoint à la commune de Bora Bora de différer la signature du marché litigieux au plus tard jusqu'au 25 février 2023.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 551-24 du code de justice administrative :

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. Les personnes habilitées à engager le recours prévu à l'article L. 551-24 du code de justice administrative en cas de manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué. Il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente. Le choix de l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu est susceptible d'avoir lésé le candidat qui invoque ce manquement, à moins qu'il ne résulte de l'instruction que sa candidature devait elle-même être écartée, ou que l'offre qu'il présentait ne pouvait qu'être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable.

4. En premier lieu, aux termes de l'article 1er de la délibération n° 2002-162 APF du 5 décembre 2002 portant réglementation de la consultation juridique et la rédaction d'actes sous seing privé : " Nul ne peut, directement ou par personne interposée, à titre habituel et rémunéré, donner des consultations juridiques ou rédiger des actes sous seing privé pour autrui s'il ne satisfait aux conditions suivantes : - justifier d'une compétence juridique appropriée à l'activité de consultation juridique et de rédaction d'actes sous seing privé qu'il est autorisé à pratiquer conformément aux dispositions de la présente délibération. Ne justifient de la compétence juridique appropriée que les personnes exerçant les professions et activités visées aux articles 2 et 3 ainsi que les organismes visés à l'article 4 de la présente délibération ; () ". Aux termes de l'article 2 de la même délibération : " Les personnes exerçant les professions et activités définies au présent article sont réputées posséder la compétence juridique

appropriée : 1° - A la consultation et la rédaction d'actes en matière juridique : a - les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les avocats inscrits à un barreau français, les avoués près les cours d'appel, les notaires, les huissiers de justice, les commissaires-priseurs, les administrateurs judiciaires, les mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises disposent concurremment, dans le cadre des activités définies par leurs statuts respectifs, du droit de donner des consultations juridiques et de rédiger des actes sous seing privé pour autrui ; () ".

5. Il appartient au pouvoir adjudicateur, dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public portant sur des activités dont l'exercice est réglementé, de s'assurer que les soumissionnaires remplissent les conditions requises pour les exercer. Toutefois, lorsque les prestations qui font l'objet du marché n'entrent qu'en partie seulement dans le champ d'activités réglementées, les opérateurs économiques peuvent présenter leur candidature et leur offre sous la forme d'un groupement conjoint, dans le cadre duquel l'un des cotraitants possède les qualifications requises. Ainsi, pour un marché relatif à des prestations ne portant que partiellement sur des consultations juridiques ou la rédaction d'actes sous seing privé, il est loisible à un opérateur économique ne possédant pas ces qualifications de s'adjoindre, dans le cadre d'un groupement conjoint, en tant que cotraitant, le concours d'un professionnel du droit, à la condition que la répartition des tâches entre les membres du groupement n'implique pas que celui ou ceux d'entre eux qui n'ont pas cette qualité soit nécessairement conduit à effectuer des prestations relevant de l'article 1er de la délibération du 5 décembre 2002.

6. Il ressort du formulaire de déclaration de candidature au marché litigieux d'assistance pour la passation de contrats d'affermage du service d'assainissement et de l'eau industrielle à Bora Bora, signé le 9 septembre 2022 et versé aux débats, que le groupement concurrent des requérants est formé par la société polynésienne de l'eau et de l'électricité et des déchets (société SPEED) et par Me Usang, avocat au barreau de Papeete, également partie au marché dont le champ d'intervention est défini puisque ce dernier est chargé, selon le formulaire susmentionné, des " avis juridiques sur la conformité réglementaire du dossier et sur les propositions d'adaptation des candidats ". Dans ces conditions, les requérants ne sont donc pas fondés à soutenir que l'offre du groupement retenu est irrégulière au motif que la société SPEED aurait " candidaté seule " et que les prestations juridiques du marché étaient sous-traitées à un avocat.

7. En deuxième lieu, il est constant qu'à la suite de l'examen des offres concurrentes relatives au marché litigieux, tel que cela ressort du rapport d'analyse des offres (RAO), le groupement requérant a obtenu la note globale (moyenne option A) de 8,65 sur 10 et le candidat concurrent retenu, a obtenu la note globale de 8,75 sur 10, ces notations respectives ont été de 8,65 et 9,1 pour les lots 1 et 2 (option B). En se bornant à soutenir qu'il est possible de s'interroger " légitimement " sur la " façon " dont le groupement formé par les requérants " a été noté " par la commune de Bora Bora, ces derniers n'établissent aucun manquement de l'acheteur public à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Il en est ainsi également alors que les requérants font état de la circonstance de ce que les notes globales figurant dans le rapport d'analyse des offres précité sont différentes, au demeurant dans une mesure infime, de celles qui leur ont été annoncées par courrier.

8. En troisième lieu, le marché litigieux a pour objet l'assistance à la passation de contrats d'affermage du service d'assainissement des eaux usées et du service de l'eau industrielle, le règlement de la consultation applicable au présent marché énonce, dans son point 4.2, que " les deux lots seront attribués au même candidat considérant la particularité envisagée par le maître d'ouvrage, à savoir la fusion des deux services dont la décision sera prise une fois les analyses demandées réalisées. / Chaque proposition pour le lot 1 ou lot 2 devra comprendre une prestation selon l'option A ou selon l'option B, c'est-à-dire en cas de fusion ". L'article 2 du règlement de la consultation et cahier des charges indique en effet que la commune de Bora Bora " envisage la fusion de deux services, celle du service d'assainissement (collectif et non collectif) avec le service d'eau industrielle ", après analyses juridique, financière et technique. Deux options sont ainsi prévues selon le même document, l'option A, si la commune de Bora Bora décide de renouveler le contrat d'affermage du service d'assainissement et le contrat d'affermage de l'eau industrielle séparément et, l'autre, si l'option B est choisie, à savoir la fusion des deux services en question.

9. En l'espèce, alors qu'il n'est pas contesté que les deux services mentionnés au point précédent font l'objet de deux budgets annexes au sein de la commune, et que le projet optionnel de fusion de ces services représente l'un des enjeux clairement annoncé du marché en litige, sous réserve pour la commune de Bora Bora d'être entériné au regard des analyses nécessaires susmentionnées, le fractionnement du présent marché en deux lots soumis en cohérence à un même groupement ou bureau d'études, n'est pas dans les circonstances particulières de l'espèce, de nature à porter atteinte au principe de libre concurrence et au droit de la commande publique. Par suite, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que, le lot n° 1, constituant un marché distinct du lot n° 2, ne pouvait dès lors pas être attribué au groupement formé par la société SPEED, qui n'avait pas formulé l'offre la " mieux-disante ", ayant obtenu la note moyenne de 8,57, n'autorisant pas une globalisation de la notation.

10. En dernier lieu, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, sauf dénaturation, d'exercer un contrôle sur l'appréciation portée sur la valeur des offres.

11. En l'espèce, la note sanctionnant la valeur technique de l'offre des requérants pour les deux lots précités est inférieure à celle qui leur a été attribuée à l'occasion de la précédente consultation. Si les requérants soutiennent que l'équipe du groupement OCCELIA-FIDELE est restée identique et que la dégradation de la note technique de ce groupement tient à la note attribuée à l'ingénieur chef de projet généraliste, ingénieur diplômé de l'école nationale supérieure de chimie de Rennes (spécialité traitement des eaux), auquel il est reproché de ne citer aucune référence en " conception de réseaux de collecte d'eaux usées sous pression ", ils n'établissent pour autant pas que les offres présentent un caractère strictement identiques entre les deux dernières consultations ni que la valeur de l'offre présentée dans le cadre du présent marché a été dénaturée.

12. En conséquence, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que la procédure de passation du présent marché est illégale au motif d'une inégalité de traitement manifeste, d'une erreur manifeste d'appréciation ou d'une erreur de fait, aucun manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du marché en litige, ni, aucune illégalité en l'absence

de dénaturation de la valeur des offres n'étant démontrée en l'espèce.

13. Il résulte de ce qui précède que la requête de la SAS OCCELIA et de M. B doit être rejetée et ce comprises leurs conclusions aux fins de réformation du classement des candidats.

Sur les frais liés au litige :

14. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de la commune de Bora Bora, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la SAS OCCELIA et de M. B la somme de 150 000 F CFP à verser à la commune de Bora Bora au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

ORDONNE :

Article 1er : La requête de la SAS OCCELIA et de M. B est rejetée.

Article 2 : La SAS OCCELIA et M. B verseront à la commune de Bora Bora la somme de 150 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SAS OCCELIA, à M. C B, à la commune de Bora Bora et à la société SPEED.

Fait à Papeete, le 21 février 2023.

Le juge des référés, Le greffier,

A. Graboy-Grobesco M. A

La République mande et ordonne au haut-commissaire de la République en Polynésie française en ce qui le concerne ou à tous commissaires 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,