

Ordonnance du Tribunal administratif n° 2200398 du 18 octobre 2022

Tribunal administratif de Polynésie française

Juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 20 septembre 2022, et un mémoire enregistré le 10 octobre 2022, la société Egis Airport Operation, représentée par Mes Amblard et Gillet, demande au juge des référés :

1°) d'enjoindre à l'Etat, à titre conservatoire, dès la réception de la 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'ordonner la jonction de l'instance avec celle introduite par la Chambre de commerce et d'industrie, des services et des métiers ;

3°) d'annuler l'ensemble des décisions qui se rapportent à l'attribution de la concession de l'aérodrome de Tahiti-Faa'a ;

4°) de mettre à la charge de l'Etat une somme de 500 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'article 7.2 du guide de constitution des offres prévoyant l'obligation, pour les candidats, de désigner dans leur offre, de façon nominative, les constructeurs en charge des travaux initiaux de la concession est illégal ; les conditions de participation à l'appel d'offres, fixées par l'autorité concédante dans les documents de la consultation, ne sauraient avoir pour effet de restreindre de façon injustifiée les conditions d'accès à un contrat de la commande publique ; l'analyse du marché local des entreprises de BTP révèle que cette exigence a conduit à évincer le groupement EGIS/CDC de la concession de façon non conforme au principe de liberté d'accès ; l'exigence d'identification d'un constructeur, au stade de l'offre, n'est justifiée par aucune nécessité ou motif d'intérêt général ; la réalisation des travaux initiaux ne constitue pas l'objet principal de la concession qui est le service d'exploitation d'aéroport ; la seule information sur l'identité d'un constructeur, sans prendre en compte ses moyens et sa capacité à réaliser les travaux, n'est en tant que telle pas déterminante pour apprécier la robustesse du montage contractuel proposé par le candidat ; cette exigence est d'autant plus injustifiée qu'elle conduit à favoriser la société Vinci Airports, acteur dominant de l'activité d'exploitation aéroportuaire, qui a pu bénéficier du soutien des sociétés de construction du groupe Vinci établies sur le territoire de la Polynésie française ; le juge du référé précontractuel, dans le cadre de la précédente procédure, ne s'est pas prononcé sur le bien-fondé de ce moyen ;

- la direction générale de l'aviation civile (DGAC) a adopté un comportement ambigu au cours de la consultation, de nature à induire en erreur le groupement EGIS/CDC, sous-entendant constamment qu'elle ne ferait pas application de cette disposition de son règlement de consultation ; la DGAC a ainsi entretenu, auprès du groupement EGIS/CDC, la croyance légitime que son offre pouvait être régulièrement remise en dépit des dispositions fixées par l'article 7.2 du Guide, ce qui constitue un manquement aux règles de mise en concurrence ; en adoptant un comportement ambigu au cours de la

consultation, l'Etat a spécifiquement défavorisé le groupement EGIS/CDC au mépris des règles de publicité et de mise en concurrence ; il appartenait à l'Etat de tirer les conséquences de la fragilité juridique de sa consultation en la déclarant sans suite pour en lancer une nouvelle exempte de critiques ;

- il est nécessaire d'organiser une nouvelle consultation en raison d'un changement significatif dans les conditions prévisibles d'exécution de la concession ; l'offre remise par Vinci Airports a été établie en mai 2021 en prenant en compte les hypothèses économiques prévisionnelles disponibles à cette date pour un début de concession au 1er janvier 2022 et comportait une durée initiale de validité de 9 mois à compter du 17 mai 2021 ; le profil du risque d'exploitation de la concession s'est significativement déséquilibré du fait de la remise en cause des hypothèses économiques centrales de la concession ; plusieurs indicateurs économiques majeurs ont sensiblement évolué depuis la remise des offres améliorées ; d'une part, le contexte mondial de pénurie des matières premières a bouleversé les principaux indices de construction ; d'autre part, les hypothèses de reprise du trafic aéroportuaire de voyageurs suite à la pandémie de covid-19 ont été largement revues à la hausse entre la date de remise de l'offre améliorée (mai 2021) par les candidats et la nouvelle décision d'attribution ; à ces deux principaux indicateurs, il faut également ajouter le coût de l'argent / taux d'intérêts qui, dans le contexte international de hausse des taux directeurs des banques centrales, impacte nécessairement les conditions de financement des travaux initiaux par le nouveau concessionnaire ; l'Etat ne démontre pas en quoi le rapport entre la durée de la procédure et la durée d'exécution du contrat permettrait, en l'espèce, de relativiser le bouleversement majeur et pérenne des conditions d'exécution de la concession.

Par un acte, enregistré le 20 septembre 2022, la Selarl Centaure Avocats s'est constituée pour le compte de la Chambre de commerce, d'industrie, des services et des métiers.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 8 et 11 octobre 2022, le haut-commissaire de la République en Polynésie française, représenté par Mes Mazel et Mareuse, conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Egis Airport Operation une somme de 500 000 F CFP au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- ni le juge du référé précontractuel du tribunal, ni le Conseil d'Etat n'ont considéré comme illégale l'exigence imposée aux candidats d'identifier leur constructeur ; si tel avait été le cas, l'offre du groupement EGIS/CDC n'aurait pas été considérée comme irrégulière ; si le juge a considéré comme inopérant le moyen tiré de la distorsion de concurrence générée par la prescription du guide de constitution des offres, c'est qu'il a nécessairement considéré que cette prescription était régulière ; la société Egis ne peut plus se prévaloir de ce moyen, et en tout état de cause ne peut plus justifier d'une lésion ;

- la requérante avait la possibilité à tout moment d'associer un constructeur à l'équipe candidate de son groupement, sans que l'Etat ne l'en ait jamais découragé ; elle ne peut pas non plus invoquer l'irrégularité de la procédure au motif que l'Etat ne lui a jamais demandé de régulariser son offre,

l'autorité concédante n'y étant jamais tenue ; l'Etat a répondu à la seule demande du groupement EGIS/CDC en organisant le dispositif de libération des prestataires ; c'est en toute connaissance de cause des termes de l'article 7.2 que le groupement EGIS/CDC a remis une offre qui n'identifiait pas de constructeur ; il a été considéré que les règles et conditions de la consultation étaient parfaitement claires et dénuées de toute ambiguïté sur ce point ;

- la société Egis n'est pas recevable à invoquer le moyen tiré de la nécessité d'organiser une nouvelle consultation en raison d'un changement significatif dans les conditions prévisibles d'exécution de la concession puisqu'elle ne justifie pas être lésée par cet éventuel manquement ; ce moyen n'est en tout état de cause pas fondé ; l'Etat n'a pas modifié les conditions d'exécution du contrat qu'il avait initialement imposées ; d'une part, les prévisions de trafic sur lesquelles reposaient les offres des candidats n'étaient pas un paramètre d'entrée fixé par l'Etat ; d'autre part, les candidats étaient libres de déterminer dans leur offre les coûts de construction ; chacun des candidats a ainsi, au sein de son offre, choisi de prendre les indices d'actualisation des coûts qu'il jugeait pertinent ; enfin, les candidats étaient libres de déterminer les conditions de leur financement et

notamment le taux d'intérêt applicable aux crédits souscrits auprès des établissements financiers retenus ; l'argument tiré du fait que les prévisions actuelles de trafic excèderaient les valeurs retenues pour la réalisation des tests de sensibilité sur le trafic n'est pas sérieux dans la mesure où il s'agissait d'hypothèses à appliquer aux prévisions de trafic établies par les candidats sur les 40 années de la concession et non exclusivement au trafic constaté à la date de remise des offres ; compte tenu de la durée de 40 ans de la concession, la durée qui s'est écoulée depuis le 17 mai 2021, date limite de remise des offres, ne justifie pas l'organisation d'une nouvelle procédure de mise en concurrence.

Par un mémoire en défense, enregistré le 11 octobre 2022, la société Vinci Airports, représentée par Mes Berkani et Fevrier, conclut au rejet de la requête.

Elle soutient que :

- elle s'associe au mémoire en défense présenté par l'Etat ;
- elle a accepté de reporter le délai de validité de son offre et a obtenu la confirmation des conditions de financement prévalant à l'occasion de la remise de son offre finale, et ce jusqu'au mois de mars 2023.

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 ordonnance du 20 septembre 2022, le juge des référés a enjoint à l'Etat de différer la signature du marché litigieux au plus tard jusqu'au 10 octobre 2022.

Ont été entendus au cours de l'audience publique, à laquelle les parties ont été régulièrement convoquées :

- le rapport de Mme A de Saint-Germain, juge des référés ;
- Me Amblard, représentant la société Egis Airport Operation ;

- Mes Mazel et Mareuse, représentant le haut-commissaire de la République en Polynésie française.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

Une note en délibéré, enregistrée le 13 octobre 2022, a été présentée par la société Egis Airport Operation.

Une note en délibéré, enregistrée le 13 octobre 2022, a été présentée par le haut-commissaire de la République en Polynésie française.

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 et 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. A l'issue de cette procédure, la concession a été attribuée au groupement Egis Airport Opération / Caisse des dépôts et consignations. A la suite d'un référé précontractuel formé par la Chambre de commerce, d'industrie, des services et des métiers (CCISM), candidat évincé classé en troisième position, le juge des référés, par une ordonnance en date du 28 octobre 2021 devenue définitive, a annulé la décision d'attribution de la concession de l'aérodrome de Tahiti-Faa'a au groupement Egis Airport Opération / Caisse des dépôts et consignation au motif que l'offre du groupement attributaire était irrégulière. Par lettre en date du 9 septembre 2022, le directeur du transport aérien a informé la société Egis Airport Opération que l'Etat entendait poursuivre la consultation et que la société Vinci Airports avait été désignée candidat attributaire. La société Egis Airport Operation (société Egis) demande au juge du référé précontractuel d'annuler l'ensemble des décisions qui se rapportent à l'attribution de la concession de l'aérodrome de Tahiti-Faa'a.

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. Aux termes de l'article L. 3 du code de la commande publique : " Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. "

4. 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 ". L'article 3 du règlement de consultation indique quant à lui qu'" un même opérateur ne peut pas appartenir à plus d'une équipe candidate.()"

5. La société Egis soutient que ces dispositions, qui sont à l'origine de son éviction à la suite de la précédente procédure de référé précontractuel, sont illégales dès lors qu'elles ont pour effet de restreindre de manière injustifiée l'accès à la commande publique.

6. La société Egis fait valoir que seules deux entreprises de bâtiment et travaux publics (BTP) implantées en Polynésie française présentent des moyens suffisants permettant la réalisation des travaux initiaux de l'aérodrome de Tahiti-Faa'a, que l'une d'elle est filiale de l'un de leurs principaux concurrents et que le recours à une entreprise de travaux publics basée en France métropolitaine ou à l'étranger crée nécessairement une distorsion de concurrence au vu des surcoûts qui y sont inhérents. Aussi la clause insérée à l'article 7.2 précité du guide de constitution des offres a-t-elle pour effet de limiter à deux le nombre des candidatures pouvant être présentées pour l'attribution de cette concession.

7. A l'appui de ses allégations, la société Egis produit une note d'analyse du marché polynésien des entreprises de BTP, en date du 20 septembre 2022, dont le contenu n'est pas contesté, note établie avec le concours des équipes d'Egis Airport Operation, de l'agence Egis Conseil implantée en Polynésie française et de la " maîtrise d'œuvre locale qui est intervenue sur le projet ".

Il résulte de cette note qu'à Tahiti, sept entreprises sont référencées comme étant spécialisées dans le domaine du BTP. Après avoir procédé à une analyse du chiffre d'affaires et des moyens des dites entreprises, la note conclut qu'au vu des caractéristiques particulières des travaux, lesquels comportent la réalisation d'un grand bâtiment complexe, des chaussées aéronautiques, des équipements spécifiques ainsi que des voiries et réseaux divers, de leur montant estimé à 120 millions d'euros et du délai d'environ quatre années imparti pour les réaliser, seules deux entreprises disposent des moyens matériels et humains suffisants, à savoir la société Boyer et la société JL Polynésie, cette dernière appartenant au groupe Vinci, lequel comprend également, comme le relève la note, des sociétés implantées en Nouvelle Calédonie. Ainsi, le groupement momentané d'entreprises dénommé " groupement TI'A " (Tahiti International Airport), dont le mandataire est la CCISM, comprend la société Boyer et l'offre de la société Vinci Airports prévoit de confier la réalisation des travaux initiaux à un "

groupement momentané d'entreprises composé d'entreprises du groupe Vinci, dont certaines disposent d'un ancrage local fort avec le concours de prestataires et de fournisseurs locaux ", groupement comprenant également deux sociétés implantées en Nouvelle-Calédonie.

8. Au vu de ce très faible tissu concurrentiel des entreprises de bâtiment et travaux publics en Polynésie française, les dispositions critiquées de l'article 7.2 du guide de constitution des offres, imposant aux candidats d'identifier, dès le stade de la remise des offres, le constructeur avec lequel le candidat sera amené à contracter pour la réalisation des travaux initiaux, et ce alors qu'en application de l'article 3, un même opérateur ne peut pas appartenir à plus d'une équipe candidate, ont pour effet, ainsi que le soutient la société Egis, de restreindre l'accès au contrat de concession en litige, ce qu'a d'ailleurs explicitement admis l'Etat dans ses écritures produites en délibéré dans le cadre de la précédente procédure de référé précontractuel, citées par la requérante. Cette restriction à l'accès au contrat de concession n'est justifiée par l'Etat par aucune raison technique ou autre particulière, celui-ci ayant même indiqué, au contraire, que l'intention du concédant était de ne pas imposer aux candidats de désigner une société de construction dès le dépôt de l'offre. Il ne résulte au demeurant pas de l'instruction que la précision de l'identité du constructeur puisse être regardée, eu égard à l'objet du contrat de concession litigieux et à ce stade de la procédure, comme nécessaire à l'appréciation des offres.

9. Dans ces conditions, les dispositions critiquées de l'article 7.2 du guide de constitution des offres ont été de nature à porter irrégulièrement atteinte au principe de liberté d'accès à la commande publique.

10. Si le juge des référés précontractuels peut, en vertu des pouvoirs de plein contentieux qu'il tient de l'article L. 551-24 du code de justice administrative, mettre d'office fin au manquement dont il est saisi, il ne peut toutefois se saisir d'office d'un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence qui n'aurait pas été identifié par les parties. Ainsi, le haut-commissaire de la République en Polynésie française n'est pas fondé à soutenir en défense que, dans le cadre de la précédente procédure, le juge des référés du tribunal, en faisant droit au moyen tiré de l'irrégularité de l'offre du groupement EGIS/CDC, pour méconnaissance de l'article 7.2 du guide de constitution des offres, aurait ainsi nécessairement considéré que ces dispositions n'étaient entachées d'aucune illégalité et ne créaient aucune distorsion de concurrence. Au demeurant, il n'était pas saisi de ce moyen, qui n'est pas d'ordre public, cet argument étant seulement invoqué par l'Etat en défense pour contredire l'analyse de la portée de l'article 7.2 comme imposant d'indiquer l'identité des cocontractants.

11. Par suite, eu égard à la nature et à la portée du manquement constaté au point 9, qui, à l'origine de son éviction, a ainsi lésé la société Egis, il y a lieu d'annuler la procédure de passation contestée dans son intégralité.

Sur les conclusions au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative :

12. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat une somme de 300 000 F CFP à verser à la société Egis Airport Operation au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En revanche, ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société Egis Airport Operation, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme demandée

à ce titre par l'Etat.

ORDONNE

Article 1er : La procédure de passation de la concession de l'aérodrome de Tahiti-Faa'a (référence : 2019DTA05) est annulée.

Article 2 : L'Etat versera une somme de 300 000 FCFP à la société Egis Airport Operation au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions de l'Etat présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Egis Airport Operation, à l'Etat (haut-commissaire de la République en Polynésie française) et à la société Vinci Airports. Copie en sera adressée à la Chambre de commerce, d'industrie, des services et des métiers.

Fait à Papeete, le 18 octobre 2022.

Les juges des référés

P. B M. C D A de Saint-Germain

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,

N°2200398