

Ordonnance du Tribunal administratif n° 2200384 du 28 septembre 2022

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 8 septembre 2022, complétée par des mémoires enregistrés les 19, 22 et 26 septembre 2022, la Sas Boyer, représentée par Mes Béjot et Ferré, demande au juge des référés :

1°) d'enjoindre à la Polynésie française, à titre conservatoire, dès la réception de la présente requête, de différer la signature du marché public relatif à des " Travaux de construction du quai caboteur Ouest, du quai pêcheur et des terre-pleins attenants à Farepiti dans la baie de Faanui, sur l'île de Bora Bora, archipel des îles Sous-le-Vent ", dans la limite de 20 jours (en application du troisième alinéa de l'article L. 551-24 du code de justice administrative) ;

2°) à titre principal : d'annuler la décision d'attribution du marché public relatif à des " Travaux de construction du quai caboteur Ouest, du quai pêcheur et des terre-pleins attenants à Farepiti dans la baie de Faanui, sur l'île de Bora Bora, archipel des îles Sous-le-Vent " et la décision de rejet de l'offre de la société Boyer pour ce même marché ; d'enjoindre au pouvoir adjudicateur, s'il entend poursuivre la procédure et conclure le marché de tirer les conséquences des irrégularités relevées et, ce faisant, d'éliminer la candidature et l'offre du groupement ;

3) subsidiairement d'annuler dans son intégralité la procédure de passation du marché public relatif à des " Travaux de construction du quai caboteur Ouest, du quai pêcheur et des terre-pleins attenants à Farepiti dans la baie de Faanui, sur l'île de Bora Bora, archipel des îles Sous-le-Vent " ;

4) de mettre à la charge de la Polynésie française une somme de 600 000 FC FP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'article LP 233-2 du CPMP a été méconnu en l'absence de contrôle des capacités et en raison d'une erreur manifeste d'appréciation dans la sélection des candidatures ; il ressort des stipulations du paragraphe C et D de l'article 13-1 du règlement de la consultation que seules, en effet, ont été prévues une liste des travaux au cours des trois dernières années ainsi qu'une déclaration de chiffre d'affaires sur les trois derniers exercices ; le chiffre d'affaires n'est pas une preuve de santé financière, ce d'autant que le CCAP prévoit des garanties spécifiques plus importantes que la garantie de parfait achèvement supposant que le titulaire dispose de capacités financières significatives pour être en capacité de faire face à ses engagements dans la durée, alors que le marché implique de disposer des fonds pour préfinancer, sur la seule première année, 500 à 600 millions de francs pacifiques de fourniture; au demeurant la société GL Construction présente des dettes de 706 millions FCFP et pertes de 83,1 millions FCFP en 2020 ; la Polynésie française n'a sollicité absolument aucune information sur les moyens humains et matériels dont disposent les candidats, ce alors que les conditions d'exécution du marché prévues par les pièces du dossier de consultation sont particulières, complexes et exigeantes notamment en matière de phasage des travaux, eu égard à la situation du site et de la durée de vie des ouvrages et équipements ; le rapport d'analyse ne révèle aucune analyse circonstanciée des capacités des candidats ; les attestations de bonne exécution des ouvrages réalisés n'ont pas été demandées ; la

Polynésie française ne peut sur ce point invoquer le fait que les capacités des entrepreneurs locaux, en nombre restreint, sont " connues " ; les exigences du CPMP et du règlement de la consultation auraient dû conduire la Polynésie française à relever que l'attributaire ne disposait manifestement pas des capacités pour exécuter le marché, la société GL Constructions ayant comme cœur de métier la réalisation " d'ouvrages bâtimentaires " et étant par ailleurs indisponible, ayant concomitamment à exécuter plusieurs autres marchés attribués par la Polynésie française ; elle ne réalise même pas annuellement le montant du marché en terme de chiffre d'affaires et ne dispose donc manifestement pas de capacités financières suffisantes, alors que doit lui incomber 80% de l'exécution du marché ; la capacité de la société GL Constructions doit s'apprécier indépendamment de celle de l'autre membre du groupement, s'agissant d'un groupement conjoint et alors qu'elle en est le mandataire solidaire ; le groupement ne peut se prévaloir d'un démarrage du chantier décalé à avril 2023 pour justifier alors satisfaire la condition de moyens nécessaires à l'exécution du marché dès lors que cette échéance n'est pas celle de l'appel d'offres prévoyant un début d'exécution en juin 2022 ; de même la Polynésie française ne peut désormais invoquer un report d'exécution à novembre 2023 en contradiction avec les documents du marché sans avoir manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence du fait de ces informations erronées ; ces irrégularités affectant l'examen des candidatures sont nécessairement susceptibles d'avoir lésé les intérêts de l'exposante, arrivée en deuxième position ;

- l'offre remise par le groupement attributaire est affectée de multiples irrégularités qui auraient dû conduire chacune - et a fortiori ensemble - à son rejet ; il a ainsi été relevé que " les délais d'affermissement des tranches conditionnelles ne sont pas pleinement respectés comme demandé dans l'hypothèse du cadre du mémoire technique (TC2 et TC3) " et pourtant l'offre du groupement s'est tout de même vue allouer des points sur ce sous-critère, alors qu'elle aurait dû être purement et simplement écartée, pour irrégularité ; ce non-respect a des conséquences importantes car il empêche la comparaison des offres ; dès lors que ces délais figuraient dans le règlement de la consultation, obligatoire, est sans emport le fait qu'ils ne soient pas contractuels ;
- le groupement attributaire a proposé, comme conducteur de travaux et comme chef de chantier des salariés déjà affectés sur d'autres marchés et son offre, ainsi fictive concernant la capacité de mobiliser ces professionnels sur le chantier objet du marché, aurait dû être rejetée comme telle ;
- l'article 23.3.2.1.2 du CCTP impose une granularité des agrégats de 5/25 or l'offre du groupement propose des granulats 0/25 et pour cette raison supplémentaire, l'offre du groupement devait être éliminée ; un mélange comme proposé par le groupement est interdit par le CCTP qui distingue bien granulats 5/25 et sables afin de permettre un contrôle de qualité séparé par un laboratoire agréé et en présence du maître d'œuvre ; le mélange proposé ne peut garantir un pourcentage constant de sable dans le béton, ici employé en milieu maritime agressif ;
- l'article 3.1.1.3.4 du CCTP impose la mise en place de pieux d'un diamètre de 500 mm, pour la réalisation du second rideau or, il ressort de la fiche technique du matériel " vibrofonceur PTC 65 HD " du groupement qu'il n'est utilisable que sur des tubes d'un diamètre minimum de 580 mm ; de même pour le marteau D46 de 4,6 tonnes, lequel est inapproprié pour les pieux de diamètre 500 mm, dès lors

- qu'il est trop volumineux pour ce type de pieux ; aucune preuve de l'utilisation de matériels adaptés invoquée n'est rapportée ;
- l'article 3.1.1.3.1 du CCTP impose un curage des pieux sur 18 mètres alors que l'offre du groupement ne prévoit que sur 4 mètres ;
 - l'attributaire a irrégulièrement proposé l'utilisation d'aciers ronds lisses Fe E235, pour la réalisation de la poutre de couronnement du nouveau quai en méconnaissance de l'article " 3.2.1.3.5 Poutre de couronnement et de blocage " du CCTP qui exige que les aciers devant être utilisés, pour la réalisation de cette poutre de couronnement, correspondent à des aciers " Fe E500 MPa (B 500 B) ", et alors que ces deux types d'aciers n'offrent pas les mêmes propriétés de d'élasticité, de point de rupture, de fissuration ou encore de scellement ;
 - de même pour la réalisation de la poutre de couronnement, le groupement prévoit l'utilisation d'une " poutre de couronnement semi fabriquée " alors que l'article " 3.1.1.3.7 Poutre de couronnement et de blocage " du CCTP impose que les poutres soient coulées avec du béton immédiatement réalisé sur place, n'autorise d'éléments préfabriqués que pour les seuls " parements fins de la poutre " et que l'utilisation d'une poutre de couronnement semi fabriquée est d'autant moins possible que la palplanche est, ainsi qu'il résulte des côtes du CCTP, ancrée dans la poutre de couronnement - empêchant donc l'utilisation de ce type d'ouvrage préfabriqué ; si le groupement a fait le choix de tronçons préfabriqués, c'est que cette solution lui permet de faire de substantielles économies et, ce faisant, d'améliorer la compétitivité de son offre ;
 - le groupement prévoit l'utilisation, dans le cadre de la mise en œuvre des tirants d'ancrage, d'un " remblai 0/100 " alors que l'article 18.3.2 du CCTP relatif à la " Pose des tirants " exige la mise en œuvre préalablement à la pose des tirants d'une couche de sable propre sur une épaisseur suffisante (minimum 20 cm) ", or le " sable propre " ne possède pas une granulométrie pouvant atteindre 100 millimètres ;
 - le groupement a fait le choix de proposer, dans le cadre des prestations relatives au déplacement des coraux, un " ciment prompt Parex Lanko (PF) " au lieu et place d'un ciment Prise Mer (PM) ainsi qu'il résulte de la norme NF P 15-317, alors que l'article " 14.3.1 Transplantation d'une partie du corail " du CCTP exige que l'entreprise recourant au ciment pour la réimplantation et la fixation du corail utilise " un ciment prise mer " ;
 - le groupement propose, pour la mise en œuvre des tirants d'ancrage, un " pompage de l'eau dans les pieux " alors que le CCTP, et plus particulièrement son article 3.1.1.3.3 " Tirants et liernes ", exige une mise hors d'eau des tirants - i.e. un rabattement de la nappe - pour permettre au MOE et au contrôleur technique de pouvoir visuellement contrôler l'intégrité et la bonne mise en œuvre des tirants à la suite de leur pose ;
 - l'article 18.2.1 du CCTP relatif aux tirants d'ancrage prévoit une " Protection des têtes d'ancrage " devant impérativement comporter " un tube trompette " ainsi qu'un " capot étanche ", protection irrégulièrement non prévue par le groupement attributaire.
 - la méthode de notation relative à la valeur technique est gravement illégale ; le candidat ayant obtenu

la meilleure note globale totale sur 108 et ramenée sur 30 se voit allouer la note maximale de 30 sur 30. ; avec sa note de 25,35 sur 30, le groupement s'est ainsi vu allouer la note de 30/30 ; une telle méthode conduit, en ce qu'elle est mise en œuvre à la toute dernière étape et non pas au niveau de chacun des sous-critères de la valeur technique affectés d'une pondération différenciée, à neutraliser cette même pondération ; cette remise en cause de la pondération annoncée au regard de chacun des sous-critères a un impact direct sur la présentation des offres ; cette irrégularité majeure supplémentaire est susceptible de léser l'exposante ; au demeurant le soumissionnaire évincé est en droit de soulever tout moyen contre la décision d'admission d'un autre soumissionnaire, y compris ceux qui ne présentent pas de lien avec les irrégularités en raison desquelles son offre a été exclue ;

- la Polynésie française a modifié le sens des sous-critères et de la méthode annoncés ; s'agissant du sous critère " organigramme permettant de visualiser les expertises mobilisées ", en n'ayant n'a pas du tout pris en compte " les expertises mobilisées ", ni le point de savoir s'il était " satisfaisant " ou " insatisfaisant " par rapport aux exigences du marché et s'est contentée de lister les personnes présentées ; de même s'agissant du sous critère "Matériels utilisés", pour lequel la Polynésie française n'a pas du tout apprécié la qualité intrinsèque du matériel ; cette approche formelle irrégulièrement mise en œuvre par la Polynésie française ne permet pas de tenir compte de la valeur intrinsèque des offres ; le risque de lésion est immanquablement caractérisé ;

- Il y a eu dénaturation de l'offre et non application de la méthode de notation annoncée dès lors que des éléments objectivement manquants dans l'offre du groupement ne sont pas relevés par la Polynésie française et pris en compte pour l'attribution des points ; s'agissant du sous-critère n°2 " organigramme permettant de visualiser les expertises mobilisées " en attribuant la note pondérée de 6/6 à l'offre fictive du groupement sur ce sous-critère, alors que GL Constructions, pourtant mandataire solidaire, n'a pas de personnel concernant la VRD ; de même s'agissant du sous-critère n°4 " Matériels utilisés " pour lequel huit matériels sont manquants ou inappropriés dans l'offre du groupement et en attribuant la note pondérée de 12/12 au lieu de 0/12, la Polynésie française a, une nouvelle fois, refusé de faire application de la méthode de notation annoncée ; de même s'agissant du sous-critère 5 "phasage des travaux ", le phasage proposé par le groupement, pour lequel a minima quatre points manquants apparaissent, de sorte que sur ce sous-critère, le groupement ne pouvait se voir attribuer qu'au maximum la note pondéré de 6 points sur 18 alors que la Polynésie française lui a alloué, en méconnaissance de la méthode de notation annoncée, la note pondérée de 12 points sur 18 ; de même s'agissant du sous critère 6 " méthodes d'exécution" pour lequel pour l'item " réalisation des fondations " 5 éléments manquants et/ou contraires au CCTP apparaissent et auraient donc dû conduire, à ce que l'offre soit regardée, au-delà de son caractère irrégulier, comme étant, en tout état de cause, " insuffisant[e], soit l'attribution d'une note au maximum de 2 points sur 6, en lieu et place de la note de 4 points sur 6, allouée, pour l'item " Mise en œuvre des tirants d'ancrage " pour lequel au moins 4 éléments manquants et/ou irrégulier apparaissent qui auraient donc dû conduire, au-delà de son caractère irrégulier, à ce que l'offre du groupement se voit attribuer une note de 2 points sur 6 au lieu de celle de 6 points sur 6, pour l'item " mise en œuvre du contre-rideau " pour lequel au moins 5

éléments manquants et ou irréguliers apparaissent et auraient donc dû conduire, au-delà de son caractère irrégulier, à ce que l'offre du groupement reçoive une note de 2 points sur 6 au lieu de celle irrégulièrement allouée de 6 points sur 6, pour l'item " réalisation de la dalle de quai " pour laquelle 4 éléments manquants et ou contraires aux exigences du marché auraient dû conduire, au-delà du constat de l'irrégularité objective de l'offre, à ce qu'elle reçoive une note de 2 points sur 6, au lieu de celle de 6 points sur 6 ; également le groupement n'a, à aucun moment, concernant le sous critère " méthodes d'exécution ", précisé, comme indiqué dans le mémoire technique, les rendements concernant les 7 items visés et s'est contenté d'indiquer des délais de réalisation (15 jours), il ne pouvait donc recevoir la note pondérée de 17,25/18 sur ces 7 items mais celle de

9,28/18 ; au total la note qui devait être attribuée au groupement, 14,24/30, est inférieure à la note éliminatoire de 15/30 prévue dans le règlement de la consultation ; ces manquements sont assurément susceptibles de léser la société Boyer ;

- depuis son récent arrêt "NAMA" du 24 mars 2021 (aff. C-771/19), la CJUE interdit désormais toute limitation des moyens susceptibles d'être soulevés dans le cadre d'un recours relevant, à l'instar du référé précontractuel, de la directive recours, invoquant une méconnaissance du droit de l'Union ou d'un acte de transposition ; l'absence de lésion ne peut donc plus être opposée à l'opérance d'un moyen ; de même n'est-il plus possible en référé précontractuel depuis la jurisprudence " Clean building " du Conseil d'Etat (CE n°435982 du 27 mai 2020) d'opposer au moyen d'irrégularité de l'offre de l'attributaire soulevé par le concurrent évincé requérant la propre irrégularité de son offre ;

- les extraits du rapport d'analyse des offres cités le sont intégralement et le principe du contradictoire est respecté ;

- le principe d'impartialité de l'acheteur public a été méconnu ; M. F, ingénieur-chef en poste dans le service de la direction de l'équipement en charge du suivi de la première phase du chantier, en qualité de maître d'œuvre représentant du maître d'ouvrage, et de la passation du marché litigieux, vient d'être recruté par la société GL Polynésie, membre du groupement attributaire ; sauf pour la Polynésie française de démontrer l'absence de l'intervention de l'intéressé à aucun stade de la procédure et qu'elle a pris les mesures qui lui incombent pour garantir l'impartialité de celle-ci, ce moyen devra être retenu ; le manquement au principe d'impartialité est automatiquement lésionnaire à l'égard du candidat qui a été privé d'une procédure de mise en concurrence impartiale ;

- son offre n'était pas irrégulière : elle a bien prévu que les personnes chargés d'appliquer la peinture seront certifiés ACQPA ; au demeurant cette exigence n'est formulée que pour le futur, au stade de l'exécution du marché, et non au stade de l'appel d'offres ; en tout état de cause cette circonstance serait sans incidence sur sa lésion ;

- la Polynésie française a manqué à son obligation d'information des candidats sur les éléments essentiels du contrat. La date prévisionnelle du début du marché (et donc d'achèvement) était manifestement erronée et ce dès le lancement de la procédure de passation ; l'article 6 du règlement de la consultation précisait que la durée d'exécution du marché était de 30 mois, dont 6 mois de période de préparation et 24 mois de travaux et que la date prévisionnelle de début d'exécution était fixée à juin

2022, soit une date prévisionnelle d'achèvement des travaux en décembre 2024 ; or, dans son premier mémoire en défense, la Polynésie française a révélé un tableau qui fait apparaître un début d'exécution du marché du quai de Farepiti, non pas en juin 2022, mais en novembre 2023 (soit 17 mois plus tard), ce qui conduit à un début des travaux, non plus en décembre 2022, mais en mai 2024 et à une fin des travaux, non plus en décembre 2024, mais en mai 2026 ; ce décalage n'est pas lié à des aléas survenus entre temps, mais à des circonstances qui étaient connues de l'administration lorsqu'elle a lancé la procédure de passation querellée ; le retard est totalement extérieur à la société Boyer, mais résulte d'occupants qui bloquent l'accès au site et du fait que le marché du hangar portuaire - devant, selon ses propres explications, être réalisé préalablement et devant durer 10 mois - n'avait pas été lancé ; ce manquement a un effet lésionnaire certain ; si elle avait été mieux informée, elle aurait pu diversifier ses fournisseurs et affecter des moyens techniques aujourd'hui immobilisés sur d'autres chantiers, et ainsi améliorer son offre ; un début d'exécution en juin 2022, sur lequel repose l'offre remise, était le pire des scénarios, compte tenu de la forte dégradation de la conjoncture économiques depuis la guerre en Ukraine qui l'a contrainte à intégrer dans ses prix les effets de l'inflation ainsi que les évolutions prévisibles à court terme, non prises en compte par la clause de révision ;

- pour le groupement, les informations non abordées deviendraient, selon lui, des irrégularités de l'offre de la société Boyer ; il ne soutient ainsi pas que Boyer propose des produits non conformes au CCTP, mais que son offre ne comporte pas tel ou tel élément et que ce silence emporterait l'irrégularité de l'offre ; si les irrégularités de son offre énoncées en défense par le groupement devaient être retenues, il en résulterait l'annulation de la procédure de passation litigieuse ; cela reviendrait à soutenir que la méthode de notation annoncée dans le dossier de consultation des entreprises serait elle-même irrégulière, celle-ci prévoyant très clairement que les informations non abordées n'entraînent pas une élimination de l'offre, mais une baisse du nombre de points ; à suivre ce raisonnement, il faudrait donc considérer que l'offre du groupement est tout aussi irrégulière et aurait donc dû, pour ce motif supplémentaire être rejetée ;

Par des mémoires en défense, enregistrés les 15, 19, 21 et 26 septembre 2022, les sociétés GL Constructions et JL Polynésie, représentées par Me de Gérando, concluent au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société Boyer une somme de 700 000 FCFP à leur verser chacune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que :

- à défaut de produire le rapport d'analyse des offres qu'elle dit avoir reçu de façon anonyme et son recours gracieux, qu'elle invoque au soutien de son argumentation, la requête de la société Boyer viole le principe du contradictoire et le juge des référés ne pourra prendre en compte les informations réputées provenir de ces documents ;

- l'offre de la société Boyer est irrégulière :

- elle n'a pas prévu d'opérateur certifié ACQPA en charge de l'application de la peinture en méconnaissance de l'article 20 du CCTP ; cette certification ACQPA était expressément réclamée au titre du cadre de réponse du mémoire technique (" expertises mobilisées ") ;

- la société Boyer n'apporte pas la preuve de la disponibilité de son chef de chantier et de son conducteur de travaux ;
- la société Boyer n'a pas démontré la disponibilité de ses moyens humains et matériels au regard des chevauchement de nombreux chantiers sur la période ;
- la société Boyer a oublié de prévoir les plaques d'appui des tirants ;
- la société Boyer ne vise aucune caractéristique pour ses matériels et les matériaux utilisés (vibrofonceur, marteau, béton, ciment prise mer, etc) ;
- la société Boyer n'a pas, comme cela ressort du rapport d'analyse des offres prévu le phasage de reconnaissance des tirants, les flux de circulation (p.11) jusqu'à même les tirants et les pieux (p. 13) ;
- la société Boyer ou bien ne prévoit pas de sable de sorte que son béton ne serait constitué que de granulats 5/25 sans sable ; ou bien prévoit des sables sans préciser la coupure et prévoit des " agrégats " basaltiques et non des gravillons, ce qui n'est pas conforme au CCTP (norme NF P 18-540 et au CCTP ; article 5.1.2 p. 55) ;
- la société Boyer apparait utiliser des crochets en acier HA Fe500 pour le levage des préfabriqués, formellement interdit ;
- la société Boyer n'a pas prévu de responsables des ouvrages provisoires pourtant imposé au marché ;
- la société Boyer n'a pas mentionné le matériau de remblai et encore moins ses caractéristiques, comme le sable propre ;
- la société Boyer indique qu'elle utilisera un amalgame réalisé à partir de ciment prise mer, ce qui n'est pas conforme au CCTP qui prévoit pour la fixation des coraux déplacés " un ciment prise mer " ou " une colle bi-marine bi composant " ;
- la société Boyer utilise des treillis soudés pour la réalisation de la dalle de quai, ce qui est formellement interdit par le CCTP (article 23.2.2 p. 133) ;
- la société Boyer n'a pas présenté de responsable de communication, pourtant demandé au titre du cadre de réponse du mémoire technique ;
- la société Boyer n'a pas prévu de signalisation terrestre et maritime pourtant imposée au CCTP (articles 10.6.2, 10.8.1 et 10.8.2) ;
- la société Boyer n'a pas prévu de matériel de remblai ;
- la société Boyer n'a pas prévu de reconnaissances des tirants existants pourtant imposée au CCTP (article 3.1.1.1) ;
- la société Boyer n'a pas prévu des panneaux d'informations ;
- la société Boyer n'a pas prévu de contrôles lors des opérations de transplantation des coraux ;
- la société Boyer n'a pas prévu de matériaux de remblai sous tirant ;
- la société Boyer n'a pas prévu d'armatures pour bétonnage des bouchons de pieux ;
- la société Boyer n'a pas prévu de granulats, ciment et adjuvants pour bétonnage des bouchons de pieu ;

- la société Boyer n'a pas prévu d'adjuvant pour réalisation du béton de la dalle de liaison des pieux du contre rideau ;
- la société Boyer n'a pas prévu de produit de cure pour réalisation de la dalle de quai imposé au CCTP (article 23.4.5) ;
- la société Boyer ne précise pas le ciment pour la réalisation des bétons des BCR, alors que le marché impose un ciment bien spécifique (article 23.3.1 du CCTP) ;
- la société Boyer ne mentionne pas la cure du béton pour la réalisation des BCR, pourtant imposé au marché ;
- la société Boyer n'a pas prévu de dispositions pour la protection des raies Manta ;
- eu égard à ces nombreuses irrégularités de son offre, les moyens soulevés par la société Boyer ne peuvent être regardés comme étant en lien avec son éviction ; et dès lors que l'offre de l'attributaire et celle du requérant apparaissent comme irrégulières, aucune des deux offres ne peut être retenue, sauf à favoriser l'offre de l'attributaire au détriment de celle du candidat évincé ou vice versa, dans des conditions constitutives certainement d'un délit de favoritisme ;
- les autres moyens soulevés ne sont pas fondés et la société Boyer ne rapporte à aucun moment la preuve de la lésion qu'elle invoque ;

Par des mémoires en défense, enregistrés les 21, 22 et 26 septembre 2022, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle soutient que :

- à titre principal, les moyens fondés sur le contenu du rapport d'analyse des offres, couvert par le secret industriel et commercial, sont irrecevables ; il en va de même du contenu du mémoire technique couvert par le même secret ; la requérante se fonde sur des éléments tronqués de ce rapport, sortis volontairement de leur contexte, qu'elle juxtapose pour asseoir ses affirmations ; le principe du contradictoire est ainsi méconnu ; il est curieux que la société requérante invoque l'absence d'atteinte au secret industriel et commercial et s'abstienne néanmoins de produire ce document au débat ; l'appréciation du caractère secret de ce rapport relève de l'office du juge prévu par les articles R. 412-2-1 et R. 611-30 du code de justice administrative ;
- à titre subsidiaire les 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 des marchés publics de la Polynésie française ;
- le code de justice administrative.

Par une ordonnance en date du 8 septembre 2022, le juge des référés a suspendu l'exécution du contrat jusqu'au 28 septembre 2022.

Après avoir entendu lors de l'audience publique du 22 septembre 2022 à 14h30 M. Devillers juge des référés en son rapport, Me Ferré pour la société Boyer, M. A pour la Polynésie française et Me de

Gérando pour les sociétés GL Constructions et JL Polynésie ; Me Ferré a proposé de faire droit à la demande des défenseurs d'obtenir communication du rapport d'analyse des offres sur lequel s'appuie une partie de son argumentation et l'audience a été reportée au lundi 26 septembre à 14h.

Après avoir entendu lors de l'audience publique du 26 septembre 2022 à 14h00 M. Devillers juge des référés en son rapport, Me Ferré et M. E pour la société Boyer, Ms. A, Gérard, Chevouline et Mmes D et Galenon pour la Polynésie française et Me de Gérando et M. B pour les sociétés GL Constructions et JL Polynésie.

Une note en délibéré a été produite le 27 septembre 2022 pour le compte de la Sas Boyer.

Une note en délibéré a été produite le 28 septembre 2022 pour le compte des sociétés GL Constructions et JL Polynésie.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis de marché publié au journal officiel de la Polynésie française du 31 décembre 2021, la Polynésie française a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert, en application des articles LP 322-1 et suivants du code polynésien des marchés publics en vue de l'attribution d'un marché public à tranches relatif à des "Travaux de construction du quai caboteur Ouest, du quai pêcheur et des terre-pleins attenants à Farepiti dans la baie de Faanui, sur l'île de Bora Bora, archipel des îles Sous-le-Vent ". La date limite de remise simultanée des candidatures et des offres a été fixée, après prolongation, au 21 mars 2022 à 11h00. Seuls la société Boyer et le groupement des sociétés GL Constructions et JL Polynésie ont déposé une offre. Par courriel du 1er septembre 2022, la société Boyer a été informée du rejet de son offre, classée deuxième, et de ce que le choix de la Polynésie française s'est porté sur l'offre du groupement momentané d'entreprises constitué des sociétés GL Constructions et JL Polynésie. La société Boyer demande au juge des référés, à titre principal, d'annuler la décision d'attribution du marché et la décision de rejet de son offre et d'enjoindre au pouvoir adjudicateur, s'il entend poursuivre la procédure et conclure le marché, de tirer les conséquences des irrégularités relevées et, ce faisant, d'éliminer la candidature et l'offre du groupement, à titre subsidiaire, d'annuler dans son intégralité la procédure de passation du marché.

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 ".

En ce qui concerne la régularité de l'offre du groupement attributaire :

3. Aux termes de l'article LP 122-3 du code polynésien des marchés publics : " Au sens du présent code, on entend par : () 11° offre irrégulière, offre qui, tout en apportant une réponse au besoin de l'acheteur public, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation ; ". Aux termes de l'article LP 235-3 : " Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables au sens de l'article LP 122-3 sont éliminées par l'acheteur public () ".

4. Le règlement de la consultation prévu par un acheteur public pour la passation d'un marché public est obligatoire dans toutes ses mentions. L'acheteur public ne peut, dès lors, attribuer ce contrat à un candidat qui ne respecte pas une des exigences imposées par ce règlement, sauf si cette exigence se révèle manifestement dépourvue de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres ou si la méconnaissance de cette exigence résulte d'une erreur purement matérielle d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue.

5. Aux termes de l'article XII du règlement de la consultation : " Contenu du dossier de consultation. Le dossier de consultation contient les pièces suivantes : Bordereau 0 - Pièces relatives aux conditions d'appel d'offres : - L'avis d'appel public à la concurrence (A.A.P.C) - Le présent règlement de la consultation (R.C.) - Le cadre du mémoire technique Bordereau 1 - Pièces contractuelles : - La déclaration sur l'honneur - L'acte d'engagement (A.E.) et ses annexes (formulaire de déclaration de sous-traitances ST1 et ST2) - Le cahier des clauses administratives particulières (C.C.A.P.) - Le cahier des clauses techniques particulière (C.C.T.P.) - Le bordereau des prix unitaires (B.P.U) Bordereau 2- Pièces non contractuelles aidant à la compréhension du projet : () ".

6. En premier lieu, la société Boyer expose qu'il été relevé dans le rapport d'analyse des offres que " les délais d'affermissement des tranches conditionnelles ne sont pas pleinement respectés comme demandé dans l'hypothèse du cadre du mémoire technique (TC2 et TC3) " et que l'offre du groupement s'est tout de même vue allouer des points sur ce sous-critère, alors qu'elle aurait dû être purement et simplement écartée, pour irrégularité.

7. Aux termes de l'article 5 du cadre du mémoire technique, faisant partie du dossier de la consultation, " L'entreprise indiquera le phasage global des travaux () Le phasage tiendra compte des délais d'affermissement des tranches conditionnelles prévus au marché et s'inscrira dans le délai global des 30 mois. ". Aux termes de l'article 7 " planning d'exécution " de ce document : " Hypothèses non contractuelles pour effectuer une simulation de planning : - tranche conditionnelle 1 affermie à 8 mois après démarrage de la tranche ferme ; - tranche conditionnelle 2 affermie à 19 mois après démarrage de la tranche ferme ; - tranche conditionnelle 3 affermie à 14 mois après démarrage de la tranche ferme ; - tranche conditionnelle 4 affermie à 10 mois après démarrage de la tranche ferme ; - Réalisation des hangars en parallèle des travaux du présent marché () L'entrepreneur fournira un planning d'exécution

indiquant uniquement les principales tâches suivantes : Phase de préparation () ".

8. Il résulte de ces dispositions que les délais indiqués pour l'affermissement des tranches conditionnelles en vue d'une simulation de planning devaient être respectés, comme le relève lui-même le rapport d'analyse des offres, sous peine de ne pouvoir, comme l'indique l'entreprise Boyer, permettre une comparaison objective des offres sur le phasage des travaux. Par ailleurs et dès lors que ces délais figuraient dans le règlement de la consultation, obligatoire, sont sans emport le fait qu'ils ne soient pas contractuels, celui que les deux tranches conditionnelles TC2 et TC3 fassent partie intégrante des travaux de la société JL Polynésie et non de ceux de la société GL Constructions, et la circonstance qu'elles ne représentent qu'un pour cent chacune du montant du marché. L'offre présentée par le groupement est donc irrégulière sur ce point.

9. En second lieu, la société Boyer soutient que le groupement attributaire a, pour la réalisation de la poutre de couronnement, méconnu l'article 23.2.3 du CCTP qui dispose " Aciers lisses. Tous les aciers lisses utilisés sont conformes à la norme NF en vigueur. Leur utilisation est limitée aux armatures de frettage, barres de montage, armatures en attente de diamètre inférieur ou égal à 16 mm exposées à un pliage suivi d'un dépliage " et l'article 3.2.1.3.5 du CCTP Poutre de couronnement et de blocage qui dispose : " () Caractéristiques de la poutre de couronnement : () + Armature : Fe E500 MPa (B 500 B) () ". Il ressort du rapport d'analyse des offres et des explications données à l'audience qu'est prévue par l'attributaire l'utilisation d'aciers ronds lisses Fe E235 pour le levage de la poutre, dès lors, ainsi que l'expose la société requérante, en méconnaissance de ces dispositions du CCTP qui limitent aux seules trois hypothèses qu'elles énoncent l'usage de cette qualité d'aciers, sans que le groupement puisse utilement se prévaloir de l'application de l'article 65 du CCTG, auquel le CCTP ne renvoie pas sur ce point. L'offre du groupement attributaire peut donc être également regardée comme étant irrégulière à ce titre.

10. Les sociétés attributaires exposent que l'offre de la société Boyer étant elle-même irrégulière, celle-ci ne peut se prévaloir d'aucune lésion du fait des irrégularités affectant leur offre. Toutefois, la circonstance que l'offre du concurrent évincé, auteur du référé précontractuel, soit irrégulière ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir de l'irrégularité de l'offre de la société attributaire du contrat en litige. L'irrégularité de l'offre du groupement, qui ne respectait ainsi pas les exigences du dossier de consultation, dont il ne résulte pas de l'instruction qu'elles fussent inutiles, et aurait donc dû être écartée pour ce motif, a ainsi nécessairement lésé la société Boyer, sans qu'ait d'incidence le fait qu'elle ait pu obtenir des notes supérieures à l'attributaire sur ces points.

En ce qui concerne les conséquences de l'irrégularité de l'offre du groupement attributaire :

11. La sociétés GL Constructions et JL Polynésie exposent que l'offre de la société Boyer est elle même irrégulière dès lors, notamment, qu'elle n'a pas prévu d'opérateur certifié ACQPA en charge de l'application de la peinture, en méconnaissance de l'article 20 du CCTP et du cadre de réponse du mémoire technique (" expertises mobilisées ").

12. Aux termes de l'article 20.2 du CCTP : " Description des ouvrages () Une protection anticorrosion par protection cathodique (anode) sera apportée aux éléments métalliques du quai en plus de la prise en

compte des épaisseurs sacrificielles. Cette protection aura une durée de vie de 15ans. Une seconde protection anticorrosion par système de peinture anticorrosion est prévue. Le système de peinture sera certifié selon le référentiel de l'ACQPA. Ce référentiel basé sur la norme NF EN ISO 12944 correspond à des systèmes à haute durabilité (15 ans minimum avant le premier entretien important) () ". Il résulte du cadre du mémoire technique que : " 2. Organigramme permettant de visualiser les expertises mobilisées (6 points coefficient 1) Un organigramme de l'organisation de l'entreprise appliqué à cette opération sera fourni et précisera les liens fonctionnels à minima : () L'opérateur en charge de l'application de la peinture anticorrosion avec transmission de la certification ACQPA de niveau I ou II et options éventuelles () ".

13. Il ressort du rapport d'analyse des offres qu'en ce qui concerne l'organigramme permettant de visualiser les expertises mobilisées, la société Boyer n'a identifié ni l'opérateur en charge de l'application de la peinture anti corrosion, ni, et par conséquent, indiqué la certification ACQPA détenue de niveau I ou II et options éventuelles. Son offre était donc irrégulière sur ce point.

14. De même, aux termes de l'article 8 du cadre de réponse technique : " mesures relatives à la propreté du site et à l'environnement (6 points coefficient 1) L'entreprise remettra un PRE précisant les mesures d'organisation et de coordination dans les domaines suivants : () En particulier, le PRE proposera toutes les dispositions relatives à la préservation du milieu terrestre et marin vis-à-vis : o Des raies mantas () ". Il ressort du rapport d'analyse des offres que le plan de respect de l'environnement remis par la société Boyer ne comportait irrégulièrement pas, en méconnaissance de ces dispositions, ainsi que l'exposent les sociétés GL Constructions et JL Polynésie, l'énoncé des dispositions et mesures prises vis-à-vis de la présence des raies mantas.

15. L'offre de l'attributaire comme celle du concurrent évincé, seuls candidats à l'attribution du marché, étant irrégulières, il y a lieu, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens, de prononcer, dans son intégralité, l'annulation de la procédure de passation du marché.

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.

ORDONNE

Article 1er : La procédure de passation du marché public relatif à des " Travaux de construction du quai caboteur Ouest, du quai pêcheur et des terre-pleins attenants à Farepiti dans la baie de Faanui, sur l'île de Bora Bora, archipel des îles Sous-le-Vent " est annulée.

Article 2 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Boyer, aux sociétés GL Constructions et JL Polynésie et à la Polynésie française.

Fait à Papeete, le 28 septembre 2022.

Le juge des référés,

P. Devillers

Le greffier,

M. C

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,