

Ordonnance du Tribunal administratif n° 2300222 du 05 juin 2023

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 26 mai 2023, la Selarl RW, mandataire du groupement d'entreprises RW/Polynésie Ingénierie/Néoénergie Tahiti/C3R/Pacific Landscape Design, représentée par la Selarl Groupavocats, demande au juge des référés :

1°) d'enjoindre à la commune de Tairapu-Est de différer la signature du marché de maîtrise d'œuvre des travaux de construction de la nouvelle école Ohi Tei Tei de la commune de Tairapu-Est dès l'engagement de la requête en référé précontractuel, et pendant un délai de 20 jours à compter de l'ordonnance à intervenir ;

2°) d'enjoindre à la commune de Tairapu-Est de communiquer sans délai au groupement la méthode et du barème de notation pour chacun des critères de sélection des dossiers de candidature ainsi que le détail des notes obtenues par les candidats sélectionnés pour chacun des critères en conformité avec les prescriptions du règlement de candidature ;

3°) d'annuler la décision de la commune de Tairapu-Est n° 211/2023/CTE/hm du 15 mai 2023 portant élimination de la candidature du groupement à l'appel d'offres pour le marché de maîtrise d'œuvre des travaux de construction de la nouvelle école Ohi Tei Tei de la commune de Tairapu-Est ;

4°) d'annuler l'ensemble de la procédure de passation mise en œuvre et enjoindre à la commune de Tairapu-Est de procéder à une nouvelle procédure de passation du marché de maîtrise d'œuvre des travaux de construction de la nouvelle école Ohi Tei Tei de la commune de Tairapu-Est ;

5°) de mettre à la charge de la commune de Tairapu-Est la somme de 300 000 F CFP au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- la présente requête est recevable ;

- sa demande est bien fondée en ce que la commune de Tairapu-Est a manqué aux obligations de publicité et de mise en concurrence du fait du non-respect du principe d'égalité de traitement des candidats lors de l'analyse des dossiers de candidatures et de la méconnaissance des obligations d'information des candidats tirées de l'article LP. 332-1 du code polynésien des marchés publics ; le groupement est lésé par de telles irrégularités en ce qu'elles peuvent impacter le processus d'attribution du marché ; par un courrier du 20 mars 2023, la commune de Tairapu-Est lui a notifié un barème de notation contradictoire vis-à-vis des termes du règlement de candidature, les critères énoncés dans ce courrier diffèrent de ceux annoncés dans ledit règlement de candidature ; ce même courrier mentionne d'autres critères de sélection et des sous-critères non communiqués aux candidats, avec une pondération différente de celle annoncée dans le règlement (" l'organigramme et la présentation ", " la capacité professionnelle ") ; par une ordonnance n° 2300086 du 6 avril 2023, le juge des référés a d'ailleurs annulé la décision du 10 mars 2023 portant élimination de la candidature du groupement et, en faisant le choix de reprendre l'analyse des candidatures, la commune de Tairapu-Est aurait dû se conformer aux termes de cette ordonnance, ce qui n'est pas le cas avec la décision d'élimination de sa

candidature en date du 15 mai 2023 ; les notes attribuées au groupement sont en effet similaires voire identiques à celles attribuées lors de l'analyse qui a été annulée par l'ordonnance précitée du 6 avril 2023 et les candidats sélectionnés ainsi que les notes qui leur ont été attribuées sont strictement identiques à ceux de l'analyse également censurée par la même ordonnance du juge des référés ; la commune n'a donc pas procédé à une nouvelle analyse mais a repris sa première analyse ayant conduit à la décision annulée en date du 10 mars 2023 ; dans le courrier de notification du 19 mai 2023, la commune de Taiarapu-Est n'a pas communiqué au groupement les notes obtenues par les candidats sélectionnés pour chaque critère mais uniquement, la note globale ;

- doivent également être relevées des incohérences de notation des candidatures pour lesquelles aucune justification n'est sérieusement apportée ; en ce qui concerne le critère " références techniques ", la note de 13/30 est incohérente dès lors, notamment, que le groupement a bien remis à l'appui de son dossier de candidature un dossier détaillé sur quatre références d'opérations portant sur des établissements scolaires ; il devait donc obtenir les 30 points ; certains candidats sélectionnés n'ont jamais réalisé de maîtrise d'œuvre sur des établissements scolaires, le règlement de la consultation n'exigeait pas dans le cadre d'un groupement que les références soient produites par tous les cotraitants et sous-traitants du marché ; les références exigées ont bien été produites ; l'appréciation des dossiers des autres candidats sur ce même critère pose d'ailleurs de graves difficultés puisque de meilleures notes ont été attribuées à deux candidats retenus dépourvus de références scolaires alors que leur dossier aurait dû être éliminé car non conformes aux exigences du règlement de consultation ; pour sa part, le groupement a bien présenté les références d'intervention sur les bâtiments scolaires alors que sa note est largement inférieure à celles des deux autres candidats évoqués ; en ce qui concerne le critère " approche environnementale et urbaine ", le groupement a produit une note environnementale complète et la note qui lui a été attribuée et très contestable regard des prescriptions du règlement de candidature ; si la commune de Taiarapu-Est avait noté son dossier de candidature dans les conditions fixées par ledit règlement, le groupement aurait pu figurer parmi les trois candidats sélectionnés pour concourir.

Par une ordonnance du 26 mai 2023, le juge des référés a enjoint à la commune de Taiarapu-Est de différer la signature des contrats du marché de maîtrise d'œuvre des travaux de construction de la nouvelle école Ohi Tei Tei de la commune de Taiarapu-Est, jusqu'au 15 juin 2023 et rejeté le surplus des conclusions avant dire-droit tendant à la communication d'informations.

Vu la communication de la procédure à la société BS Archi, à la société Ora Architecte et à la société Xavier Dogo architecte.

Les parties en défense, dont la commune de Taiarapu-Est, n'ont pas produit de mémoire.

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 ;
- 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 5 juin 2023, à 10 heures :

- le rapport de M. Graboy-Grobescio, juge des référés,
- et les observations de Me Kretly, représentant le groupement d'entreprises RW/Polynésie Ingénierie/Néoénergie Tahiti/C3R/Pacific Landscape Design, qui a repris les moyens et arguments susvisés.

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

Considérant ce qui suit :

1. La Selarl RW, mandataire du groupement d'entreprises RW/Polynésie Ingénierie/Néoénergie Tahiti/C3R/Pacific Landscape Design, demande au juge des référés d'annuler la décision de la commune de Taiarapu-Est n° 211/2023/CTE/hm du 15 mai 2023 portant élimination de sa candidature à une procédure de concours restreint de maîtrise d'œuvre pour les travaux de construction de la nouvelle école Ohi Tei Tei sur le territoire de la commune de Taiarapu-Est et d'annuler la procédure de passation de cette procédure de concours. Par une ordonnance du 26 mai 2023, rectifiée le 30 mai suivant, le juge des référés a enjoint à la commune de Taiarapu-Est de différer la signature des contrats du marché de maîtrise d'œuvre des travaux de construction de la nouvelle école Ohi Tei Tei de la commune de Taiarapu-Est, jusqu'au 15 juin 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. Aux termes de l'article LP 325-1 du code polynésien des marchés publics : " Le concours est la procédure par laquelle l'acheteur public choisit, après mise en concurrence et avis du jury mentionné à l'article LP 312-3 un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer à l'un des lauréats du concours un marché. Le concours peut être ouvert ou restreint. En cas de concours restreint, l'autorité compétente peut décider de limiter le nombre de candidats qui sont admis à concourir. Dans ce cas, elle fixe le nombre minimum de candidats admis à concourir dans l'avis d'appel public à la concurrence. Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection est inférieur au nombre minimum, l'autorité compétente peut continuer la procédure avec les seuls candidats sélectionnés ou déclarer la procédure sans suite. Les participants au concours sont indemnisés selon des modalités prévues par le règlement du concours ". Aux termes de l'article du même code : " I - Le jury ouvre l'enveloppe contenant les renseignements relatifs à la candidature et enregistre le contenu. Si le jury constate que des documents ou renseignements dont la production était réclamée sont absents de l'enveloppe ou sont incomplets, le président du jury peut, après avis du jury, demander aux candidats concernés la production des pièces manquantes ou incomplètes conformément aux dispositions du I de l'article LP 235-1. Dans ce cas, le jury suspend les opérations d'ouverture des plis. Après examen par le jury du caractère admissible des candidatures, le jury procède à un examen des candidatures au regard des capacités professionnelles, techniques et financières ou des niveaux de capacités exigés par les documents de la consultation. Les candidatures qui ne peuvent être admises à participer à la suite de la procédure ainsi que celles ne présentant pas des capacités suffisantes en application des I et II de l'article LP 235-1 sont éliminées par l'autorité compétente après avis du jury. Cet examen peut faire l'objet d'une analyse préalable des services de l'autorité compétente destinée à préparer le travail du jury. Les candidats éliminés en sont informés conformément au I de l'article LP 332-1. En cas de limitation du nombre de candidats, le jury propose un classement des candidatures dont les capacités sont suffisantes sur la base de critères de sélection annoncés dans les documents de la consultation conformément au III de l'article LP 235-1. Il dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir. Après avis du jury, la liste des candidats admis à concourir est arrêtée par l'autorité compétente et les candidats non retenus en sont informés conformément au I de l'article LP 332-1() ".

5. Aux termes de l'article LP 235-1 du code polynésien des marchés publics : " () III.- Lorsque l'acheteur public décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il procède à la sélection

de ces candidats en appliquant aux candidatures retenues conformément au I des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du marché relatif à leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Ces critères sont mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation ".

6. Il résulte des dispositions précitées que, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire dès l'engagement de la procédure d'attribution. L'acheteur public est ainsi tenu d'informer dans les documents de consultation les candidats des critères de sélection des offres ainsi que de leur pondération ou hiérarchisation. S'il décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats et doivent, en conséquence, être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection. En revanche, il n'est pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres lorsqu'il se borne à mettre en œuvre les critères annoncés.

7. Aux termes de l'article 1.4. du règlement de la consultation : " Documents à fournir dans les dossiers de candidature. Le dossier de candidature comprendra les pièces : 1. Une lettre de candidature posant les motivations du candidat ; 2. Un dossier de présentation du candidat : a) organigramme et présentation (nom, coordonnées, CV et interlocuteurs) ; b) capacités économiques et financières : - déclaration concernant le chiffre d'affaire globale candidats et le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activité faisant l'objet du marché public, portant maximum sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de opérateurs économiques dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles ; c) capacités professionnelles - l'indication professionnelle du candidat des cadres de l'entreprise et notamment les responsables de prestations de même nature que celle du marché public ; des certificats de qualification professionnelle établie par des organismes indépendants ; d) capacités techniques : - une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du candidat est important personnel d'encadrement pendant les trois dernières années ; - une description des moyens techniques dont le candidat disposera pour la réalisation du projet (architectes, ingénieurs, urbaniste, paysagiste, économiste, cuisiniste, spécialiste en éco conception, etc.) ; - une description de l'organisation de l'équipe l'intégration et la conception de la cuisine et de l'espace de restauration ; - un dossier (format A4 ou A3) présentant quatre références d'opérations de nature et d'importance similaire à l'objet de la consultation comprenant une approche environnementale et bioclimatique avec photographies images de synthèse et indication des montants (de l'opération et la maîtrise d'œuvre), dates, surfaces et maîtres d'ouvrage ; - un tableau récapitulatif présentant les références d'opérations de nature et d'importance similaire à l'objet de la consultation des 10 dernières années, et indication des montants de l'opération et de la maîtrise d'œuvre dates, surfaces et maître d'ouvrage ; - concernant les références techniques, le candidat précisera s'il s'agit de réalisation

effective ou d'études et la part participative au projet lorsqu'il s'agit d'une collaboration ; - pour justifier de ses capacités professionnelles techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soit également pris en compte les capacités professionnelles techniques et , financières d'autres opérateurs économiques, en précisant la nature juridique des liens entre ces opérateurs et lui. Le candidat devra alors produire les mêmes documents concernant ces opérateurs économiques que ceux qui lui sont exigés dans le présent règlement de la consultation. En outre, pour justifier qu'il dispose des capacités de ces opérateurs économiques pour l'exécution du marché public, le candidat produit un engagement écrit des opérateurs économiques. Pour toute candidature nationale, une représentation locale devra rarement être prévue. Le candidat précisera dans son dossier de candidature le représentant prévu.

3. Une note environnementale et urbaine expliquant :

- a. La compréhension des enjeux environnementaux urbains du projet ;
- b. Quelques axes de réflexion pour la conception bioclimatique du projet et son intégration au milieu environnant ;

4. Les documents administratifs suivants :

- a. La déclaration à souscrire remplie, datée, tamponnée et signée par le candidat et/ou chaque membre du groupement, le cas échéant, sans aucune modification ;
- b. L'attestation de la caisse de prévoyance sociale mentionnant que le candidat est à jour de ses cotisations, daté de moins d'un mois (original ou copie) ;
- c. L'attestation du trésor public indiquant que le candidat est à jour de ses impôts, valable pour l'année en cours et soldée pour l'année précédant (original ou copie) ;
- d. L'attestation de la direction des impôts et contributions publiques (DICP) indiquant que le candidat est à jour de ses impôts et taxes, valable pour l'année en cours et soldée pour l'année précédente (original ou copie). Les pièces administratives en cours de télé seront vérifiées. En cas de candidature sous forme de groupement et/ou en cas de sous-traitance, ces attestations seront à fournir pour chacun des co* traitants et sous-traitants. Pour les candidatures nationales, les candidats fourniront l'équivalent des pièces demandées ".

8. Aux termes de l'article 3 du règlement de la consultation : " critères de sélection des candidats. Les critères de sélection permettant la désignation des candidats invités à concourir sont les suivants :

1. Autorisation administrative - critère éliminatoire si non respecté. Les candidats qui ne fournissent pas les pièces administratives dans leur dossier de candidature sont éliminés d'office.
2. Moyens humains de l'entreprise et moyens réellement mis à disposition pour la réalisation du projet - 35 points. L'équipe devra couvrir tous les corps de métiers nécessaires à la réalisation du projet. Elle devra a minima être composée d'un architecte, d'un paysagiste, d'un urbaniste, d'un cuisiniste et d'un spécialiste en qualité environnementale du bâtiment. La participation d'un économiste serait appréciable.
3. Références techniques - 30 points. Les candidats doivent présenter un dossier détaillé de quatre opérations similaires à l'opération de construction école Ohi Tei Tei avec une approche en qualité environnementale du bâtiment.
4. Approche environnementale et urbaine - 35 points. La note environnementale, urbaine et les références techniques permettront d'apprécier la sensibilité et l'expérience des candidats notamment sur la thématique environnementale ".

9. Il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, sauf dénaturation, d'exercer un contrôle sur l'appréciation portée sur la valeur des offres.

10. En premier lieu, le groupement requérant soutient que des incohérences de notation des candidatures doivent être relevées, qu'en ce qui concerne le critère technique, certains candidats sélectionnés, pourvus de meilleures notes, n'ont jamais réalisé de maîtrise d'œuvre sur des établissements scolaires alors qu'il a, sur ce point, produit les références exigées, que, s'agissant du critère " approche environnementale et urbaine ", il a produit une note environnementale complète et qu'en application des conditions fixées par le règlement de candidature, il aurait pu figurer parmi les trois candidats finalement sélectionnés. Toutefois, alors qu'il n'est pas établi que la valeur de l'offre du groupement requérant aurait été dénaturée au regard des notes qui lui ont été attribuées, notamment en ce qui concerne la prise en compte de ses références dans les établissements scolaires, celui-ci ne peut utilement soumettre au juge des référés précontractuels des griefs tenant à la contestation de l'appréciation portée sur la valeur des offres dans le cadre du marché litigieux.

11. En deuxième lieu, le groupement requérant expose que les notes obtenues sont similaires voire identiques à celles attribuées lors de la précédente analyse et procédure ayant conduit à la décision du 10 mars 2023 portant élimination de sa candidature qui a été annulée par l'ordonnance n° 2300086 du 6 avril 2023 du juge des référés du tribunal administratif de la Polynésie française. Il fait valoir en outre que les candidats sélectionnés ainsi que les notes qui leur ont été attribuées sont strictement identiques à ceux de l'analyse également " censurée " par la même ordonnance du juge des référés. Toutefois, la seule circonstance que les mêmes notes aient été reprises, dont il ne résulte pas de l'instruction, comme indiqué, qu'elles présentent un caractère erroné, n'est pas de nature à entacher d'irrégularité la décision de la commune de Tairapu-Est du 15 mai 2023 portant nouvelle élimination de la candidature du groupement requérant ni la procédure de passation mise en œuvre dans le cadre du marché en litige.

12. En dernier lieu, il résulte de l'instruction que, par un courrier du 15 mai 2023, la commune de Tairapu-Est a communiqué au mandataire du groupement requérant, pour le marché de maîtrise d'œuvre des travaux de construction de la nouvelle école Ohi Tei Tei de la commune de Tairapu-Est en litige, le classement de sa candidature, les notes obtenues par lui par critère et au total et l'identité des trois attributaires. Par courrier du 25 mai 2023, la commune a, en réponse à la demande du mandataire du groupement, communiqué la méthode et le barème de notation pour chacun des critères de sélection et le détail des notes obtenues sur les différents critères par chacun des attributaires.

13. En conséquence de ce qui précède, le groupement requérant n'est pas fondé à demander au juge des référés d'annuler la décision de la commune de Tairapu-Est du 15 mai 2023 portant élimination de sa candidature à une procédure de concours restreint de maîtrise d'œuvre pour les travaux de construction de la nouvelle école Ohi Tei Tei sur le territoire de la commune de Tairapu-Est ainsi que la procédure de passation du marché inhérente.

Sur les conclusions à fin d'injonction :

14. Au regard des motifs qui précèdent, l'exécution de la présente ordonnance n'implique aucune mesure d'exécution. Dès lors, les conclusions de la requête à fin d'injonction doivent être rejetées.

Sur les frais liés au litige :

15. 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 Tairapu-Est, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance.

ORDONNE :

Article 1er : La requête de la Selarl RW, mandataire du groupement d'entreprises RW/Polynésie Ingénierie/Néoénergie Tahiti/C3R/Pacific Landscape Design, est rejetée.

Article 2 : La présente ordonnance sera notifiée à la Selarl RW mandataire du groupement susvisé, à la commune de Tairapu-Est à la société BS Archi, à la société Ora Architecte et à la société Xavier Dogo architecte.

Fait à Papeete, le 5 juin 2023.

Le juge des référés, Le greffier,

A. Graboy-Grobescio 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,