

Ordonnance du Tribunal administratif n° 2300352 du 05 septembre 2023

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires enregistrés les 14, 24 et 31 août 2023, la Société Polynésienne d'Intervention Electro - mécanique et Frigorifique (SPIEMEF), représentée par Me Tang, demande au juge des référés :

- 1) d'ordonner avant dire-droit au Centre Hospitalier de la Polynésie française (CHPF) de suspendre la signature du contrat d'exploitation et de maintenance multi technique mis en place à la suite de la publication de l'avis publié le 16 juin 2023 au Journal Officiel de la Polynésie française sous la référence d'une annonce 63889;
- 2) d'annuler, depuis l'origine, la procédure de passation de ce contrat ;
- 3) de mettre à la charge du Centre Hospitalier de la Polynésie française la somme de 150 000 F CFP à lui verser en vertu de l'article 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- elle a intérêt à agir ; spécialisée dans l'installation, l'entretien, le dépannage et la modernisation d'ascenseurs, de monte-charges, d'escalators, de ponts roulants et de portes automatiques, elle est donc intéressée au premier plan à proposer une offre concernant la famille d'équipements n°9, intitulée " équipements électromécaniques ", mentionnée dans le tableau figurant au chapitre 3.1.2 " descriptions des installations " du CCAP et susceptible d'être lésée par le non-recours à l'allotissement ; le CHPF indiquant dans ses écritures que l'offre du groupement auquel elle appartient ne sera pas retenue, renforce son intérêt à agir en son nom propre, sans mandat à solliciter de la société Engie ;
- le manquement du CHPF à ses obligations de mise en concurrence est susceptible de la léser dans la mesure où elle est mise dans l'impossibilité, faute d'allotissement, de présenter une offre correspondant à sa spécialité ;
- la procédure suivie par le CHPF paraît gravement irrégulière notamment en ce qu'elle méconnaît directement l'article L.P 222-1 du code polynésien des marchés publics (CPMP) ; le CHPF ne justifie aucunement les raisons pour lesquelles l'allotissement a été écarté alors que les prestations très diverses prévues par le marché permettent sans ambiguïtés possibles une telle division en lots ainsi qu'il résulte du point 3.1.2 du cahier des clauses techniques particulières ; également la lecture de l'article 1.3 du CCAP montre que le CHPF est composé de 7 structures distinctes dont certaines sont géographiquement éloignées du site principal et peuvent donc, pour cette raison, faire l'objet de lots séparés ;
- il n'est pas démontré que l'entretien et la maintenance des équipements techniques seront moins bien assurés par une entreprise spécialisée que par une entreprise généraliste ; le recours à l'allotissement est permanent pour les marchés des autres centres hospitaliers ;
- l'assertion du CHPF selon laquelle la présence d'un opérateur unique garantirait une intervention rapide en cas de panne et un fonctionnement permanent des installations est démentie par les faits puisque, lors des visites du site, il a été constaté que trois ascenseurs étaient à l'arrêt ;

- le surcoût que génèrerait le recours à l'allotissement par rapport à un prestataire unique n'est pas justifié ;
- l'argument selon lequel le CHPF ne disposerait pas du personnel nécessaire pour assurer la coordination des opérations n'apparaît aucunement crédible à la lecture même de l'organigramme fourni en pièce jointe par le CHPF, puisqu'il est fait état de 35 agents affectés au service technique dont 9 chargés de missions d'encadrement ; il existe en outre une direction juridique de l'hôpital, un service des marchés et un service des achats, et le CHPF serait propriétaire de son propre logiciel de Gestion de Maintenance assistée par Ordinateur ;
- le CHPF est lui-même conscient des limites du non-recours à l'allotissement lorsqu'il prévoit la mise en place d'une sous-traitance obligatoire s'agissant des prestations de maintenance (article 4.3.2 du CCAP) ; la règle fixée par l'article L.P 222-1 du code des marchés publics, à savoir que l'allotissement est le mode normal de passation des marchés publics, est évidemment méconnue si la personne responsable du marché s'en dispense au seul motif que la sous-traitance est possible ;
- le rapport de présentation mentionné à l'article LP 331-1 du CMP doit être élaboré au stade de l'élaboration du projet de marché et le CHPF, qui s'est borné à reprendre la motivation du précédent marché en 2018, n'a pas justifié le choix de ne pas recourir à l'allotissement en méconnaissance de l'article L. P 222-1 CMP ;
- le motif tiré de l'absence de stockage n'est pas sérieux et le caractère indissociable des prestations est une assertion fautive comme le montre la référence au point 3.1.4 du CCAP ;
- le marché en cause n'a pas été alloué uniquement pour favoriser le concurrent qui est l'actuel titulaire du précédent marché conclu en 2018 ainsi que du marché conclu en 2013, à savoir la société CEGELEC, société déjà en place, avec ses personnels et matériels ;
- le CHPF n'a pas produit les rapports trimestriels concernant l'exécution de l'actuel marché - notamment la réactivité en cas de panne pour les différents lots techniques ni le bilan sur la qualité des interventions et celui des " activités de type P5 " ;

Par des mémoires en défense, enregistrés les 22 et 29 août 2023, le Centre hospitalier de la Polynésie française (CHPF) conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société requérante une somme de 200 000 F CFP à lui verser au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- à titre principal, la requête est irrecevable ; la société requérante, qui a déposé une offre, n'est pas lésée par le manquement invoqué, le marché lui ayant permis de présenter une offre comme cotraitante ; elle n'expose pas en quoi sa soumission en groupement avec la société Engie serait désavantageuse par rapport à une soumission seule, et provoquerait ainsi une lésion ; à défaut de rapporter la preuve d'une lésion, elle est dépourvue d'intérêt pour agir ;
- à titre subsidiaire les moyens invoqués ne sont pas fondés : le CHPF n'est pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination de l'objet du marché de maintenance ; l'allotissement du marché serait de nature à accroître la technicité de l'exécution des prestations ; il rendrait financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations ; l'article LP. 331-1 du CPMP figure au

Titre III du CPMP relatif à " l'achèvement de la procédure " et il ne saurait être reproché au CHPF de ne pas avoir, au stade de l'appel d'offres, présenté le rapport de présentation ; le détournement de pouvoir n'est pas établi ;

Par un mémoire en défense, enregistré le 30 août 2023, la société Cegelec, représentée par Me de Gérando, conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société requérante une somme de 750 000 F CFP à lui verser au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- à titre principal, la requête est irrecevable ; la société SPIEMEF, qui ne semble pas mandataire du groupement dont elle fait partie avec Engie Service Polynésie, ne justifie pas avoir été autorisée par cette dernière pour saisir à ce stade le juge du référé précontractuel et n'a ainsi pas qualité donnant intérêt pour agir ; la société SPIEMEF ne justifiant pas de la lésion qu'elle subit alors justement qu'elle participe bien à la procédure de passation comme cotraitante d'un groupement n'a pas intérêt pour agir ;

- la décision de non-allotissement est motivée par l'impossibilité pour le CHPF d'assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination de l'objet du marché de maintenance, l'accroissement de la technicité qui résulterait d'un allotissement du marché et l'accroissement de 53 millions de F CFP du coût de l'exécution des prestations qui résulterait d'un allotissement.

Par une ordonnance du 16 août 2023, le juge des référés a suspendu la signature du contrat jusqu'au 5 septembre 2023.

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.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 23 août puis du 23 septembre 2023, à 11 heures :

- le rapport de M. Devillers, juge des référés,
- les observations de Mes Tang et Lenoir représentant la société SPIEMEF, celles de Mme A représentant le CHPF et celles de Me Quinquis représentant la société Cegelec.

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L.551-24 du code de justice administrative : " En Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna, 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. " ;

2. Le CHPF a engagé, par une annonce publiée au JOPF le 16 juin 2023, une procédure de passation d'un marché pour l'exploitation et la maintenance multi technique de ses installations. Deux candidats, le groupement composé de la société Engie et de la société requérante, d'une part, et la société Cegelec, d'autre part, ont présenté une candidature et une offre, cette dernière en cours d'analyse par l'acheteur public à la date de la présente ordonnance. Eu égard aux écritures des parties complétées des explications données à l'audience, la société SPIEMEF doit être regardée comme agissant pour son propre compte et non pour le compte du groupement auquel elle appartient. Elle demande l'annulation de la procédure de passation du marché au motif qu'il n'a pas été alloti en méconnaissance de l'article L.P 222-1 du code polynésien des marchés publics.

3. Aux termes de l'article L.P 222-1 du Code Polynésien des Marchés Publics : " I. - Sous réserve des dispositions prévues à l'article LP 326-1 relatives aux marchés de conception-réalisation, les marchés publics sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. A cette fin, les acheteurs déterminent le nombre et l'objet des lots en tenant compte, notamment, des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause, des règles applicables à certaines professions ou du lieu d'exécution () II - Les acheteurs sont dispensés de l'obligation d'allotir un marché public s'ils ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ou si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations. / Dans ce cas, l'acheteur public motive son choix dans le rapport de présentation mentionné à l'article LP 331-1. ". L'article LP. 331-1 dispose : " L'autorité compétente établit un rapport de présentation pour : 1° tout projet de marché passé selon l'une des procédures formalisées définies au présent code ; 2° tout projet d'avenant à ces marchés ; 3° tout projet de marché passé selon une procédure négociée sans publicité et sans mise en concurrence dans les cas mentionnés à l'article LP 323-10. Ce rapport comporte en particulier les éléments concernant le contexte et l'économie générale de la consultation, les étapes de la procédure de passation, les décisions prises s'agissant des candidatures et des offres reçues, les informations relatives à l'offre retenue et à l'attributaire ou celles relatives à la renonciation à la conclusion du marché public. Pour tout projet d'avenant, ce rapport comporte notamment la justification de sa conclusion ainsi que son incidence sur le marché. Le contenu du rapport de présentation est précisé par arrêté pris en conseil des ministres. Lorsque l'acheteur public est soumis à un contrôle public de ses marchés, ce rapport est

communiqué en même temps que le marché aux instances chargées du contrôle des marchés ".

4. Saisi d'un moyen tiré de l'irrégularité de la décision de ne pas allouer un marché, il appartient au juge du référé précontractuel de déterminer si l'analyse à laquelle l'acheteur public a procédé et les justifications qu'il fournit sont, eu égard à la marge d'appréciation dont il dispose pour décider de ne pas allouer lorsque la dévolution en lots séparés présente l'un des inconvénients que les dispositions précitées mentionnent, entachées d'appréciations erronées.

5. Le Centre hospitalier de la Polynésie française (CHPF) expose en défense, pour justifier de ne pas avoir eu recours à l'allotissement de son marché de maintenance, qu'il n'est pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination, justifiant un interlocuteur unique, que l'allotissement du marché eût été de nature à accroître pour ses personnels la technicité de l'exécution des prestations et qu'il rendrait financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations.

6. Pour établir ainsi que la dévolution en lots séparés risquait de rendre techniquement plus difficile l'exécution du marché litigieux, alors même qu'il comporte des prestations distinctes listées dans les documents du marché, le CHPF fait valoir les caractéristiques de l'établissement, réparti sur plusieurs sites dont le bâtiment principal regroupant les services de médecine, chirurgie et obstétrique qui couvre plus de 90 000 m² de plancher sur 5 niveaux, le nombre important d'équipements ressortissant de l'exécution du marché dont la maintenance doit être assurée, au nombre de 15 000, les contraintes liées notamment au flux permanent d'entrées et de sorties de patient et de personnel, en particulier du fait que l'établissement accueille quotidiennement plus de 1500 personnes, réparties sur 38 services de soins, la nécessité d'une coordination rigoureuse des prestataires en raison de la complexité des opérations qui souvent concernent plusieurs équipements liés entre eux, y compris pour le fonctionnement des ascenseurs, et avec des interventions qui doivent impérativement être réalisées, eu égard à sa mission de délivrance de soins, souvent en urgence, qu'il est le seul à proposer en Polynésie française, sans interruption de ses services. Le CHPF fait valoir qu'une entreprise générale est ainsi mieux à même, lui offrant un interlocuteur unique, d'assumer les fortes contraintes de sécurisation qui en découlent et soutient à ce titre, sans être sérieusement contredit, de ne pas disposer des compétences permettant de le regarder comme étant en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination requises et, dès lors également, qu'eu égard à son incidence sur la constitution de son équipe technique actuelle, dont l'équipe d'encadrement qui, ne comportant notamment qu'un seul ingénieur maintenance multi-technique, nécessiterait alors d'être nettement renforcée, l'allotissement risquerait de rendre en outre financièrement plus coûteuse l'exécution du marché. Dans ces circonstances, la décision de ne pas allouer le marché ne peut être regardée comme étant entachée d'une appréciation erronée des inconvénients d'une dévolution en lots séparés.

7. La société requérante n'est pas fondée, en tout état de cause, et au stade de l'examen des offres, à se prévaloir de l'absence de motivation du choix de ne pas allouer le marché dans le rapport de présentation mentionné à l'article LP 331-1 du code polynésien des marchés publics, l'exigence d'établissement de ce rapport étant seulement posée pour l'achèvement de la procédure.

8. Le moyen tiré du détournement de pouvoir n'est pas établi.

9. Il résulte de ce qui précède que la requête doit, sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt pour agir, être rejetée, y compris les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

10. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce de mettre à la charge de la Société Polynésienne d'intervention électro - mécanique et frigorifique une somme de 150 000 F CFP à verser à la société Cegelec au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En revanche, il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions présentées sur ce fondement par le CHPF, qui n'a pas constitué un avocat et ne justifie pas avoir engagé de frais spécifiques pour la présente procédure.

ORDONNE :

Article 1er : La requête est rejetée.

Article 2 : La Société Polynésienne d'intervention électro - mécanique et frigorifique versera une somme de 150 000 F CFP à la société Cegelec au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée au Centre Hospitalier de la Polynésie française et à la Société Polynésienne d'intervention électro - mécanique et frigorifique (SPIEMEF) et à la société Cegelec.

Fait à Papeete, le 5 septembre 2023.

Le juge des référés,

P. Devillers

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,