

Ordonnance du Tribunal administratif n° 2300349 du 24 août 2023

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 12 août 2023, la société Bora Bora Moorings et Services, représentée par Me Quinquis, demande au juge des référés :

- 1) d'ordonner avant dire-droit au Port Autonome de Papeete de suspendre la signature du contrat de délégation de service public pour la gestion des marinas de la circonscription portuaire du Port Autonome de Papeete (Papeete, Uturoa, Vaiare, et Taina à Punaauia) jusqu'à la décision à intervenir ;
- 2) d'annuler la procédure de passation de la délégation de service public ;
- 3) d'enjoindre au Port Autonome de reprendre la procédure au stade de l'établissement de la liste des candidats sélectionnés pour présenter une offre et de réunir la commission de délégation de service public pour examiner de nouveau sa candidature;
- 4) de mettre à la charge du Port Autonome de Papeete la somme de 300 000 F CFP à lui verser en vertu de l'article 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le règlement de consultation ne précise pas les attentes de l'acheteur public pour " apprécier l'aptitude du candidat à assurer la continuité du service public et l'égalité de traitement des usagers devant le service public " ; l'usage en la matière est que le candidat fournisse des éléments quant à la conformité de son activité au cours des dernières années à la réglementation et aux obligations pesant sur lui ainsi que ses capacités financières pour exploiter le service public ; elle a donc bien adressé une offre complète, contenant notamment une pièce jointe n°10, à savoir l'attestation de la compagnie Helvetia en responsabilité civile pour ses activités d'exploitation et de gestion de port de plaisance à Bora Bora ;
- soit le Port autonome a omis de prendre en compte cette pièce, soit il a considéré qu'elle ne correspondait pas aux attentes formulées par le règlement de consultation ; or celui-ci s'avère imprécis sur les attentes de l'acheteur public et il lui appartenait de préciser les pièces qu'il attendait pour passer à l'examen des offres ; elle a justifié de son aptitude à exploiter le service au travers des pièces n°8 et 9 qui ont été versées au marché relativement à ses capacités techniques et financières pour assurer la mission et au travers de la description des moyens techniques, matériels et humains qui seront mis en œuvre ;
- dans la mesure où l'acheteur public s'est en réalité livré au stade de l'examen de la recevabilité des candidatures à apprécier la valeur de pièces soumises, il a entaché sa décision d'irrégularité alors qu'il a précisément prévu à cet égard un critère " équilibre économique et robustesse financière " comptant pour 35 % de la note finale ;
- le Conseil d'Etat juge que l'autorité concédante ne peut écarter comme irrégulière ou incomplète une offre qui ne respecterait pas une exigence imposée par les documents de la consultation lorsque cette exigence "se révèle manifestement dépourvue de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres ".
- le Port Autonome avait toute latitude pour régulariser la candidature de la société BMS, à supposer que

celle-ci eût été incomplète ; si le Code des marchés publics prévoit que l'acheteur public doit écarter les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables, il n'existe pas de dispositions identiques dans le droit de la passation des délégations de service public ; le règlement de consultation ne fait pas non plus mention de sanction d'irrecevabilité des candidatures ; l'autorité délégante a la faculté de demander la régularisation d'une offre qu'il estimerait incomplète, et ce d'autant plus lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, de la production de telle ou telle pièce qui n'est précisée par aucun texte ni par le règlement de la consultation ; il doit en outre s'assurer que l'irrégularité relevée est de nature à préjudicier à la sélection de la meilleure offre or tel n'est pas le cas en l'espèce alors qu'elle a par ailleurs justifié des pièces relatives à ses capacités techniques et financières ;

Par un mémoire en défense, enregistré le 21 août 2023, le Port Autonome de Papeete conclut au rejet de la requête et demande que soit mise à la charge de la société Bora Bora Moorings et Services une somme de 250 000 FCFP à lui verser au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- la pièce n°10 était bien manquante ; le règlement de consultation exigeait en son article 4.3 la production d'une pièce n°7 intitulée " Une attestation sur l'honneur qu'elles souscriront des assurances responsabilité civile et professionnelle pour l'activité objet de la délégation de service public " ; si la requérante a effectivement fourni dans son dossier de candidature la pièce n°7 ainsi exigée, la commission de délégation de service public a bien relevé la pièce intitulée " Attestation d'assurance Rc " et a considéré qu'il s'agissait d'un document complémentaire à la pièce n°7 ; la pièce n°10 exigée dans le règlement de la consultation est une pièce à part entière et son contenu ne peut être déduit des autres pièces également exigées par l'autorité délégante ;
- la commission ne pouvait tenir compte des informations contenues dans les pièces n° 8 et 9 pour considérer que les informations exigées de la pièce n°10 étaient fournies sans méconnaître le principe d'égalité de traitement des candidats ;
- le dossier de candidature de la requérante a été rejeté pour incomplétude et non pour insuffisances et elle n'est pas fondée à soutenir que son offre aurait été écartée prématurément au stade de la sélection des candidatures plutôt qu'au stade de l'analyse des offres ;
- le règlement de consultation ne prévoit pas la régularisation des pièces et si l'autorité délégante avait envisagé cette possibilité, elle l'aurait préalablement précisé dans les documents de la consultation afin de respecter l'égalité de traitement des candidats ;

Par une ordonnance du 14 août 2023, le juge des référés a suspendu la signature du contrat jusqu'au 1er 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 ;
- la loi du Pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de

service public de la Polynésie française et de ses établissements 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 23 août 2023, à 11 heures :

- le rapport de M. Devillers, juge des référés,

- les observations de Me Quinquis, représentant la société Bora Bora Moorings et Services et celles de Mme A, représentant le Port Autonome de Papeete.

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L.551-24 du code de justice administrative : " () en Port Autonome de Papeete (), 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. Un avis d'appel public à candidatures pour la gestion de quatre marinas, de Papeete, de Taina à Punaauia, de Vaiare à Moorea et d'Uturoa à Raiatea, a été publié au journal officiel de la Polynésie française du 23 mai 2023 avec une date limite de remise des candidatures et des offres fixée au 23 juin 2023, ensuite reportée au 24 juillet 2023. Par lettre du 3 août 2023, le Port autonome de Papeete a informé la société Bora Bora Moorings et Services du rejet de sa candidature pour le motif que le dossier réceptionné n'incluait pas la pièce n° 10 devant comporter " toute pièce permettant d'apprécier l'aptitude du candidat à assurer la continuité du service public et l'égalité de traitement des usagers devant le service public ".

3. Aux termes de l'article LP. 10 de la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 : " La commission de délégation de service public dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen : - de leurs garanties professionnelles et financières ; - des certificats délivrés par l'administration fiscale attestant, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu la consultation, de la situation fiscale régulière du candidat à l'égard de ses obligations déclaratives et de paiement de l'impôt ; - du certificat attestant que le candidat est à jour de ses cotisations auprès de la Caisse de prévoyance sociale ; - de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue par la "loi du pays" n° 2007-2 du 16 avril 2007 modifiée relative à l'emploi des travailleurs handicapés ; - de leur aptitude à

assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public ; - le cas échéant, des critères supplémentaires prévus dans l'avis d'appel public à candidatures dans les conditions prévues à l'article LP. 5.() ".

4. Aux termes de l'article 4 du règlement de la consultation : " Condition de participation () 4.3 - Capacité économique et financière. Chaque candidat produit : pièce n°6 : le chiffre d'affaires global réalisé au cours des trois derniers exercices disponibles, pièce n°7 : Une attestation sur l'honneur qu'elles souscriront des assurances responsabilité civile et professionnelle pour l'activité objet de la délégation de service public. 4-4 Capacité technique et professionnelle. Chaque candidat produit : pièce n°8 : les références en matière de gestion de marinas et/ou toute référence attestant de l'aptitude du candidat à exécuter la délégation de service public, pièce n°9 : une présentation de ses moyens humains et matériels pour assurer l'exécution de la délégation de service public, pièce n°10 : toute pièce permettant d'apprécier l'aptitude du candidat à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public ".

5. Le règlement de la consultation prévu par une autorité délégante pour la passation d'une délégation de service public est obligatoire dans toutes ses mentions. L'autorité délégante 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. L'administration n'est jamais tenue d'inviter un candidat à régulariser sa candidature ou son offre.

6. Il résulte de l'instruction, éclairée par les débats à l'audience que, au titre de la pièce n°10, la société Bora Bora Moorings et Services a produit une attestation d'assurance de responsabilité civile de la société Helvetia assurances pour sa gestion des ports de plaisance de Bora Bora. La commission de délégation de service public, estimant que ce document ne se rapportait pas à " l'aptitude du candidat à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public " correspondant à la pièce n°10, a considéré qu'il devait être rattaché à la pièce n°7 " une attestation sur l'honneur qu'elles souscriront des assurances responsabilité civile et professionnelle pour l'activité objet de la délégation de service public ". Elle a donc décidé qu'à défaut de comporter une telle pièce n°10, le dossier de candidature était incomplet.

7. D'une part, le dossier de candidature remis par la société requérante comportait ainsi bien une pièce n°10, montrant sa capacité à obtenir la couverture d'un contrat d'assurance pour l'exercice actuel de son activité de gestionnaire de marinas, dont l'objet différait de celui de la pièce n°7 relatif au simple engagement de souscrire un tel contrat d'assurances en cas d'attribution de la délégation.

8. D'autre part, il ressort des éléments du dossier de candidature cités au point 4 dont la production est requise par le règlement de la consultation que les candidats devaient notamment fournir, au titre des autres pièces que la pièce n°10, leur chiffre d'affaires global réalisé au cours des trois derniers exercices disponibles, leurs références en matière de gestion de marinas et/ou toute référence attestant de

l'aptitude du candidat à exécuter la délégation de service public et une présentation de leurs moyens humains et matériels pour assurer l'exécution de la délégation de service public. Dans ces conditions, alors d'ailleurs que l'examen, au sens des dispositions visées au point 3, de l'ensemble de ces éléments, peut être regardé comme permettant à la commission de considérer qu'est ainsi garantie la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public et, qu'au demeurant, ni le règlement de la consultation ni, en défense, le Port Autonome de Papeete, ne donnent d'indication sur la nature des autres documents qui étaient susceptibles d'être produits au titre de la pièce n°10, la société Bora Bora Moorings et Services apparaît fondée à soutenir qu'en produisant cette attestation d'assurance de responsabilité civile, elle a satisfait aux exigences du règlement de la consultation et que la décision de rejet de sa candidature pour incomplétude de son dossier constitue un manquement, nécessairement susceptible de l'avoir lésé puisqu'il constitue le motif de son éviction, aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

9. Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'annuler la décision portant rejet de la candidature de la société Bora Bora Moorings et Services ainsi que la procédure de passation de la délégation de service public en litige à compter du stade de l'examen des candidatures et d'enjoindre au Port Autonome de Papeete, sauf s'il entend renoncer à passer le contrat, de reprendre la procédure de passation à compter de ce stade.

10. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du Port Autonome de Papeete la somme de 150 000 FCFP à verser à la société Bora Bora Moorings et Services au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de rejeter les conclusions du Port Autonome de Papeete présentées sur ce fondement.

ORDONNE :

Article 1er : La décision rejetant la candidature de la société Bora Bora Moorings et Services est annulée.

Article 2 : La procédure de passation de la délégation de service public pour la gestion des marinas de la circonscription portuaire du Port Autonome de Papeete (Papeete, Uturoa, Vaiare, et Taina à Punaauia) est annulée à compter de l'analyse des candidatures.

Article 3 : Il est enjoint au Port Autonome de Papeete, s'il entend poursuivre la procédure de passation du contrat de délégation de service public en litige, de la reprendre au stade de l'analyse des candidatures.

Article 4 : Le Port Autonome de Papeete versera à la société Bora Bora Moorings et Services une somme de 150 000 FCFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Les conclusions du Port Autonome de Papeete au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Bora Bora Moorings et Services et au Port Autonome de Papeete.

Fait à Papeete, le 24 août 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,