

Ordonnance du Tribunal administratif n° 2300391 du 22 septembre 2023

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 4 septembre 2023 et un mémoire de production de pièces enregistré le 21 septembre 2023, la société BS-Archi, Beaumont Schmeller Architectes, représentée par Me Quinquis, demande au juge des référés :

- 1°) d'enjoindre, avant dire droit, à la chambre de commerce, d'industrie, des services et des métiers (CCISM) de différer la signature du marché portant sur le concours de maîtrise d'œuvre restreint sur esquisse pour la construction d'un espace de convergence économique à Papeete ;
- 2°) d'annuler la procédure de concours de maîtrise d'œuvre restreint sur esquisse pour la construction d'un espace de convergence économique à Papeete au stade de l'analyse des offres des candidats ;
- 3°) d'enjoindre à la CCISM de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres des candidats ;
- 4°) de mettre à la charge de la CCISM une somme de 350 000 F CFP au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- compte tenu des opérations électorales en cours, les décisions de la CCISM sont réduites à l'expédition des affaires courantes ; les décisions relatives aux marchés publics ne relèvent pas des affaires courantes quand ces marchés sont importants, de par leur objet et leur montant, sauf si leur conclusion revêt une urgence particulière ; le marché en cause, soit le choix de l'architecte pour un programme architectural estimé à plus de trois milliards de francs, revêt une importance singulière et ne ressort évidemment pas des affaires courantes ; il s'ensuit que la réunion de jury de concours le 3 août 2023 ainsi que la décision du 21 août 2023 sont entachées d'illégalité ;
- alors que les offres sont restées inchangées entre les deux analyses auxquelles a procédé la commission à la suite de la première ordonnance du juge des référés, les notes ont été modifiées ; soit les offres ont été dénaturées, soit de nouveaux sous critères ont été mis en œuvre sans être portés à la connaissance des candidats pour favoriser le groupement RW ;
- sur le critère 2 " qualité du parti architectural et de l'intégration urbanistique et paysagère des parties d'ouvrage dans le site ", pondéré à hauteur de 20 %, la note de BS-Archi a été abaissée de 17 points lors de la première analyse à 14 lors de la seconde, tandis que dans le même temps, celle de RW Architectes a été augmentée de 16 points lors de la première analyse à 18 points lors de la seconde ;
- sur le sous-critère de la qualité de l'intégration urbanistique et paysagère (10%) la note de BS Archi a été abaissée de 10 points (la note maximale) lors de la première analyse à 8,5 lors de la seconde et dans le même temps, celle de son concurrent a été diminuée, pour la bonne forme, de 8 points lors de la première analyse à 7,5 points lors de la seconde ; alors que l'écart sur ce critère était de 2,5 points en faveur de la société BS-Archi, il n'est plus de que 0,5 points ;
- sur le critère 3 " compatibilité économique du projet par rapport à l'enveloppe financière prévisionnelle affectée aux travaux ", la note de RW Architectes n'a pas été modifiée et celle de BS-Archi relevée de 14 à 18 points permettant le maintien d'un écart de 2 points en faveur de RW Architectes, alors que

l'appréciation de la valeur des offres sur ce critère est nécessairement binaire, soit elle est compatible soit elle ne l'est pas ; les notes obtenues devaient donc être identiques sauf à transformer irrégulièrement ce critère en critère du prix, non annoncé et neutralisant le critère prévu par le règlement du marché ;

Par un mémoire en défense, enregistré le 20 septembre 2023, la Chambre de commerce, d'industrie, des services et des métiers (CCISM), représentée par Me Le Calvic, conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société requérante une somme de 300 000 F CFP à lui verser au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le moyen tiré des opérations électorales en cours est tant inopérant qu'infondé ;
- le moyen tiré de l'irrégularité de l'application de nouvelles notes aux critères d'évaluation est irrecevable car il n'est assorti d'aucune justification ;
- sur l'établissement de la méthode de notation du critère 3 " compatibilité économique du projet par rapport à l'enveloppe financière prévisionnelle affectée aux travaux ", le jury de concours a pris soin de respecter la décision du juge des référés et propose d'adopter une approche emprunte de pragmatisme en valorisant l'offre la plus compatible économiquement par rapport à l'enveloppe financière prévisionnelle affectée aux travaux, favorisant RW Architectes moins disante ; le montant de 2 461 450 692 F CFP HT dont souhaite se prévaloir la requérante figure dans le tableau récapitulatif "tableau des coûts prévisionnels" sous la rubrique "Total Travaux Bâtiment" et avant adjonction par le candidat des provisions pour "inflation durant la phase de conception" et "incertitude chiffrage en phase de concours" ; ainsi, le montant total pris en compte par l'acheteur public ne peut être autre que celui de 3 007 404 830 F CFP HT qui a été pris en compte ; la condition de lésion n'est pas remplie car l'application du critère 3, compte tenu de sa valeur et des évaluations des offres sur les autres critères, est sans incidence sur le classement du candidat évincé ; même avec la meilleure note de 20/20 au lieu de 18/20 au titre du critère n°3, elle n'aurait pas permis de placer l'offre de la requérante en tête ;
- sur le critère 2 " qualité du parti architectural et de l'intégration urbanistique et paysagère des parties d'ouvrage dans le site ", l'annulation de la procédure au stade de l'analyse des offres a conduit le jury de concours, d'une part, à ne plus retenir l'évaluation des surfaces utiles dans la mise en œuvre du critère 3 et, d'autre part, à établir une nouvelle méthode de notation prenant en compte l'évaluation des surfaces utiles des projets architecturaux dans la mise en œuvre du sous-critère 2 de la qualité du parti architectural ; l'étendue des surfaces utiles est une des caractéristiques essentielles d'un projet architectural et il n'est pas envisageable de ne pas en tenir compte dans l'évaluation globale des offres ; alors qu'elles ont été estimées à 7 278 m² par le maître d'ouvrage, les surfaces utiles proposées s'élèvent à 5 922 m² pour le lauréat et à seulement 5 190 m² pour la requérante ;
- l'acheteur n'a commis aucune erreur d'appréciation dans les modalités de mise en œuvre des critères de jugement 2 et 3 prévus au règlement de concours ;

Vu la communication de la procédure au groupement Rochet-Wenisch et autres.

Par une ordonnance du 4 septembre 2023, le juge des référés a suspendu la signature du contrat

jusqu'au 24 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 :

- le rapport de M. Devillers, juge des référés,
- Me Gaymann, représentant la société BS-Archi et Me Le Calvic, représentant la CCISM, qui ont repris les moyens et arguments exposés dans leurs écritures. Me Le Calvic a produit des pièces qui ont été communiquées à la société BS-Archi.

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

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. La CCISM a publié, par une annonce parue au JOPF le 2 septembre 2022, un avis de concours de maîtrise d'œuvre restreint sur esquisse en vue de la construction d'un espace de convergence économique à Papeete, avec une date limite de remise des candidatures ou des offres au 19 septembre 2022. L'opération de construction porte sur la démolition de l'actuel pôle entreprise de la CCISM et la reconstruction d'un immeuble mixte pour les nouveaux pôles entreprise, compétitivité locale et partenaires. La société BS-Archi (Ariivaimato Beaumont et Sébastien Schmeller) a constitué un groupement dont elle est mandataire comprenant les sociétés Chabanne Architectes, Leu Reunion, Pacifique Maître d'œuvre, Polynésie Ingénierie, SR Engineering, C3R, Spibat, Bio Consulting et CECOSI

et déposé un dossier de candidature. Par lettre du 7 juin 2023, la CCISM informait l'exposante que le lauréat du concours était la société RW Architectes et qu'elle était classée seconde avec une différence de trois points sur cent. Par une ordonnance n°2300260 du 4 juillet 2023, le juge des référés prononçait l'annulation de la procédure au stade de l'analyse des offres en raison de la notation d'un critère différent de celui annoncé dans le règlement du concours, le critère 3 portant sur la " compatibilité économique du projet par rapport à l'enveloppe financière prévisionnelle " étant regardé à tort par le jury comme le rapport entre le coût des travaux et les surfaces utiles proposées. Le 21 août 2023, après qu'il ait été procédé à une nouvelle analyse des offres, la CCSIM a informé la société BS-Archi de ce qu'elle maintenait son choix d'attribuer le marché au cabinet RW Architectes et que la sienne était classée deuxième sur trois. La société BS-Archi demande à nouveau au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-24 du code de justice administrative, d'annuler la procédure au stade de l'analyse des offres des candidats.

Sur la compétence des organes dirigeants de la CCISM :

3. Il n'appartient pas au juge statuant sur le fondement des dispositions de l'articles L. 551-1 du code de justice administrative d'examiner les moyens autres que ceux relatifs à des manquements à des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics. Ainsi la société BS-Archi ne peut utilement soulever, au motif qu'elles ne seraient plus en charge que des affaires courantes, le moyen tiré de l'incompétence des instances dirigeantes de la CCISM pour choisir son futur cocontractant.

Sur l'application des critères et la notation des offres :

4. L'annulation de la procédure de passation du concours de maîtrise d'œuvre au stade de l'analyse des offres impliquait nécessairement pour la CCISM, si elle entendait poursuivre la procédure, de la reprendre au stade de l'analyse des offres des candidats. Elle ne peut alors, sauf à méconnaître ses obligations de publicité et de mise en concurrence, modifier l'appréciation précédemment portée sur la valeur des offres que dans la limite de la prise en compte des motifs de l'annulation qui avait été prononcée par le juge des référés.

5. Le règlement du concours dont s'est dotée la CCISM énonce en son article 11.01 " Critères de jugement " que le jugement des projets se ferait sur la base de trois critères pondérés : un " critère 1 : qualité et performances des solutions techniques, énergétiques et environnementales du bâtiment et des aménagements de nature à améliorer la maintenance et réduire les coûts de fonctionnement et d'entretien : pondération à hauteur de 50 % de la note étant précisé la sous-pondération suivante : qualité et performances des solutions techniques (10%) ; qualité et performances des solutions énergétiques (30%) et qualité et performances des solutions environnementales (10%), un " critère 2 : qualité du parti architectural et de l'intégration urbanistique et paysagère des parties d'ouvrage dans le site : pondération à hauteur de 30 % de la note étant précisé la sous-pondération suivante : qualité du parti architectural (20%) et qualité de l'intégration urbanistique et paysagère des parties d'ouvrage dans le site (10%) ", un " critère 3 : compatibilité économique du projet par rapport à l'enveloppe financière prévisionnelle affectée aux travaux ", pondération à hauteur de 20 % ".

En ce qui concerne le sous-critère 1 du critère 2 :

6. Il ressort du procès-verbal du jury de concours réuni le 3 août 2023, en ce qui concerne le sous-critère 1 " Qualité du parti architectural " du critère 2, que le jury a, suite à l'annulation prononcée par le juge des référés, souhaité intégrer à son appréciation des offres sur ce point ce qu'il avait précédemment apprécié à tort au titre du critère 3, les surfaces utiles proposées par les candidats, compte tenu de la demande du programme de 7 278 m² de surface utile hors stationnements. Il a par ailleurs notamment apprécié à ce titre des éléments tels que la configuration des locaux et la fluidité des circulations, les espaces de convivialité, l'exposition aux diverses nuisances, à la pluie et à la chaleur et la sécurité des utilisateurs.

7. Ce faisant le jury ne peut être regardé, en prenant en compte au titre du parti architectural les surfaces utiles proposées par chaque projet, élément d'appréciation non dépourvu de lien avec ce sous-critère, comme ayant décidé d'un nouveau critère de sélection des offres de nature à avoir une influence sur l'élaboration des offres. Il n'a pas davantage méconnu, en procédant à cette nouvelle analyse des offres et intégrant cet élément relatif à la surface utile sur ce sous-critère, les conséquences à tirer de la chose jugée précédemment par le juge des référés. La société BS - Archi n'est ainsi fondée à soutenir, ni que le jury de la CCISM ne pouvait, à la suite de l'annulation prononcée par le juge des référés, modifier son analyse des offres sur ce sous-critère pour tenir compte des conséquences de l'irrégularité alors sanctionnée, ni que la méthode de notation serait entachée d'erreur de droit ou de discrimination illégale.

En ce qui concerne le sous-critère 2 du critère 2 :

8. Sur ce sous-critère de la qualité de l'intégration urbanistique et paysagère, la société BS - Archi expose que sa note a été abaissée de 10 points, attribués lors de la première analyse, à 8,5 lors de la seconde et que dans le même temps, celle de son concurrent a été diminuée, de 8 points lors de la première analyse à 7,5 points lors de la seconde. Ainsi, alors que l'écart sur ce critère était de 2,5 points en sa faveur, il n'est plus de que 0,5 points. Ce faisant, ainsi qu'il a été dit au point 4, dès lors que l'appréciation à porter sur la valeur des offres sur ce sous-critère n'étant en rien impactée par les motifs de l'annulation prononcée par le juge des référés, le jury de la CCISM ne pouvait, sans méconnaître ses obligations de publicité et de mise en concurrence, modifier la notation qui avait été appliquée sur ce sous-critère.

En ce qui concerne le critère 3 :

9. Sur le critère 3 choisi par la CCISM, " compatibilité économique du projet par rapport à l'enveloppe financière prévisionnelle affectée aux travaux ", il ressort du procès-verbal du jury de concours que celui-ci, " afin de ne pas neutraliser ce critère en attribuant la note maximale à tous les projets conciliables avec cette enveloppe ", a décidé d'attribuer à chaque offre une méthode de notation déterminant la note attribuée par la formule $20 \times \frac{\text{enveloppe prévisionnelle des travaux}}{\text{la plus basse/enveloppe prévisionnelle des travaux du projet}}$. Dans ces conditions, la société BS-Archi est fondée à soutenir que le jury a, ce faisant, transformé irrégulièrement ce critère en critère du prix, non annoncé et neutralisant le critère prévu par le règlement du marché.

Sur la lésion :

10. Il résulte de l'instruction que le classement final opéré par le jury aboutit à allouer au groupement RW Architectes une note de 88/100 et au groupement BS-Archi une note de 83/100. Sur le sous-critère 2 du critère 2, la note de la société BS-Archi est passée de 10 à 8,5 et celle du groupement RW de 8 à 7,5. Sur le critère 3, la note de la société BS-Archi est passée de 14 à 18 et celle du groupement RW est restée à 20. Dans ces conditions, la société BS-Archi ne peut être regardée comme justifiant la lésion susceptible de résulter des manquements commis par la CCISM.

11. Il résulte de ce qui précède que la requête doit être rejetée, y compris les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées à ce titre par la CCISM.

ORDONNE :

Article 1er : La requête est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de la CCISM au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la Chambre de commerce, d'industrie, des services et des métiers, à la société BS-Archi et à la société RW Architectes.

Fait à Papeete, le 22 septembre 2023.

Le juge des référés,

Pascal. 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,