

## **Ordonnance du Tribunal administratif n° 2300516 du 27 novembre 2023**

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 8 novembre 2023, complétée par deux mémoires enregistrés le 22 novembre 2023, la Société Océanienne pour les Matériaux Aluminium (Somalu), représentée par Me Guedikian, demande au juge des référés :

1°) d'enjoindre à la Polynésie française à titre conservatoire de différer la signature de " tous contrats " dans le cadre de l'appel d'offres n°02/2023 de construction d'un bâtiment internat au Lycée Diadème de Pirae ;

2°) d'annuler la décision de rejet de son offre portant sur le " Lot 05 Menuiserie aluminium " et l'attribuant à la société Pacific Aluminium ;

3°) d'annuler l'appel d'offre n°02/2023/DGEE/BMC portant sur la construction d'un bâtiment internat au lycée Diadème de Pirae ;

4°) d'enjoindre à la Polynésie française de relancer une procédure d'appel d'offres en rédigeant un CCTP respectant les règles de mise en concurrence et n'imposant pas une norme technique exclusive ;

5°) de mettre à la charge de la Polynésie française une somme de 300 000 F CFP en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les prescriptions de l'article R. 555-2 du code de justice administrative ont rigoureusement été respectées le jour même du dépôt de la requête qui est donc recevable ;

- son offre a été injustement jugée irrégulière ne lui permettant même pas d'être examinée, alors que le motif allégué est particulièrement erroné ; la Polynésie française admet dans ses écritures que les documents produits dans le cadre du référé étaient présents dans le dossier d'offres remis et que le motif premier du rejet était erroné ; le rejet n'est dès lors plus motivé et son offre est régulière ; non seulement les documents demandés avaient été fournis mais ils répondaient qui plus est aux exigences en matière de protection contre la corrosion ;

- contrairement à ce qui a été décidé par l'acheteur public, elle a fourni des documents attestant que les profilés aluminium qu'elle utilise répondent bien au label Qualicoat exigé à l'article 02.09.03 du CCTP ; dans son mémoire en défense, la Polynésie française rajoute des exigences techniques qui ne figurent pas dans le CCTP en précisant ce qu'elle entend par " label Qualicoat " ainsi que les exigences que l'utilisation d'un tel label impliquent pour en arriver à la conclusion que l'ensemble du thermolaquage appliqué sur les menuiseries doit répondre au label Qualicoat ; les systèmes " Chemetall Oxsilan X4707 et Chemetall Oxsilan AL0510 qu'elle propose, tous deux agréments Qualicoat ", ne sont pas une simple préparation du métal en vue de sa mise en peinture mais une protection durable contre la corrosion par un système d'oxydation anodique qui peuvent se prévaloir du label " Qualicoat " et répondent parfaitement aux spécifications du CCTP qui disposent : " La protection contre la corrosion sera traitée par anodisation " ;

- la norme NF A50-452 visée au CCTP n'est non seulement plus en vigueur puisqu'annulée mais ne peut

en tout état de cause être imposée à un candidat dans le cadre d'un appel d'offres si son accessibilité libre et gratuite n'est pas garantie ; or, en l'espèce les différentes normes imposées aux soumissionnaires sont payantes ; il ne peut y avoir d'équivalent à une norme qui n'est plus applicable, ainsi du laquage industriel qui figure à l'article 02.09.03 ;

- en lui imposant des normes techniques non seulement inapplicables mais dont l'accessibilité libre et gratuite n'est pas garantie, cela revient à porter atteinte aux règles de mise en concurrence par l'imposition d'un critère discriminatoire provoquant une inégalité entre les candidats ;

- la phrase non traduite et qui résulte manifestement d'une erreur matérielle du traducteur, n'est pas utile en l'espèce puisqu'elle s'intègre dans un chapitre qui concerne le champ d'application " Endurolocor " alors que les références à l'agrément " Qualicoat " figurent sur la page d'après en ce qui concerne le fournisseur chimique " Color Works " ;

- un label ou une norme ne saurait être exigé en termes de spécification technique, de sorte que son nom ne peut être donné qu'avec la mention ou " équivalent " ainsi que l'exige l'article A 221-4 7° du code polynésien des marchés publics ; le CCTP ne contient pas cette mention et est donc irrégulier ;

- à l'inverse de ce qui est exigé sans mention d'équivalence dans le CCTP par l'acheteur public, les produits fournis par la société Somalu répondent aux exigences " Qualimarine " ;

- en ce qui concerne le fournisseur néo-zélandais APL, une entreprise peut avoir reçu un agrément " Qualicoat ", ce qui est le cas du fournisseur APL puisque le numéro d'agrément ainsi que sa date figurent dans le document fourni traduit en français, sans pour autant être un " GL " à savoir un licencié Général figurant sur la liste officielle délivrée par Qualicoat ;

- elle est nécessairement lésée par les manquements qu'elle invoque ;

- la Socotec et Tahiti Contrôle technique ont, sur ses précédents chantiers, validé le laquage labellisé Qualicoat, avec les mêmes documents que ceux présentés dans le marché litigieux ;

Par un mémoire en défense, enregistré le 21 novembre 2023, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle soutient que :

- l'offre de la société Somalu était irrégulière et donc, à défaut d'intérêt pour agir, la requête est irrecevable ;

- subsidiairement elle est mal fondée ;

- la traduction du document Colour Woks en ce qui concerne le thermolaquage, par un traducteur assermenté, est incomplète ; la traduction d'une phrase du document original en anglais a été omise : " Ce document est applicable aux menuiseries résidentielles et commerciales légères " ; or le marché ne concerne pas la construction d'une maison d'habitation ni un petit commerce, mais d'un lycée, et le règlement de consultation est donc sur ce point méconnu ;

- par ailleurs le document qu'elle produit ne permet en aucun cas d'affirmer que le thermolaquage des menuiseries en aluminium qu'elle propose dans son offre répondrait au label de qualité Qualicoat ; ce label concerne l'ensemble du processus de thermolaquage des menuiseries aluminiums et le fait d'utiliser un système de prétraitement des aluminiums agréé par Qualicoat n'est qu'une première étape

et à aucun moment le document en question ne précise que l'ensemble du thermolaquage appliqué sur les menuiseries répond au label, se bornant à indiquer que les poudres répondent à des certifications et des normes australiennes ; concernant les prétendus " agréments Qualicoat " de ces systèmes alternatifs de prétraitement, aucune copie des certificats idoines n'a été fournie par la requérante, contrairement aux deux entreprises concurrentes, en méconnaissance de l'article 02.07.01 du CCTP ; le maître d'ouvrage se trouve donc dans l'incapacité de vérifier ces agréments sur la base du dossier fourni par Somalu ; enfin, la société néo-zélandaise Colour works et le fournisseur d'aluminium Architectural Profiles limites (APL) présentés par Somalu n'apparaissent pas sur la page " Licensed Coalers " et ne sont donc manifestement pas agréés par Qualicoat ;

- la Polynésie française pouvait faire référence à des normes d'accès payant sur le site de l'Afnor ; la requérante semble confondre les normes techniques rendues obligatoires par un texte réglementaire avec les normes techniques d'application volontaire dont celles référencées dans les documents de consultations d'un marché public ; ni le code polynésien des marchés publics, ni la jurisprudence des juridictions administratives n'imposent que ces normes soient accessibles gratuitement aux entreprises souhaitant candidater à un marché public ; par ailleurs, le coût minime de ces normes ne saurait en l'espèce être considéré comme contrevenant au principe de libre accès à la commande publiques ;

- si l'article 02.02 du CCTP liste les principales normes et DTU qui devront être respectés dans le cadre du lot 5 du marché, son dernier alinéa laissait la possibilité aux candidats de proposer une offre qui, bien que non-conforme formellement à ces normes, pourrait être considérée comme équivalente et, par suite, admise ;

Par un mémoire en défense, enregistré le 21 novembre 2023, la société Pacific Aluminium conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société Somalu une somme de 250 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la requête est irrecevable, la requérante ne justifie pas d'une notification de son recours conforme aux articles R. 551-1 et R. 551-2 du code de justice administrative ;

- la requérante a méconnu les exigences des documents de la consultation ; les normes visées à l'article 02-09-03 du CCTP, NF A 50-452 et NF A 91-450, sont valides et ont été homologuées par décision n° 20090422 du 22 avril 2009 du conseil d'administration de l'Afnor ; la société Somalu admet ne pas répondre à l'exigence de norme française, puisqu'elle a fait d'emblée le choix d'un fournisseur néozélandais ;

- l'article 17 du décret du 16 juin 2009 impose seulement que la consultation se fasse gratuitement et la circonstance que ces normes NF ne soient pas gratuitement accessibles est sans incidence sur l'obligation de certification imposée ;

- il ressort de l'examen du dossier technique de la société Somalu que le fournisseur Colour Works opère du thermo laquage avec des process différents, et bénéficie à ce titre d'un agrément Dulex Prime, et selon une norme de garantie inconnue du droit français ; la circonstance qu'il soit déclaré que Color Works utilise des systèmes de prétraitement alternatifs " agréés " de Qualicoat, outre que cette

déclaration n'est étayée d'aucun justificatif, n'est aucunement assimilable au " label Qualicoat " qui était requis pour les menuiseries de ce projet;

- la requérante n'apporte pas la preuve que le manquement qu'elle invoque a été susceptible de le léser ou l'a lésée ;

- la traduction du traducteur assermenté omet la traduction de la phrase " ce document s'applique à la menuiserie résidentielle et commerciale légère ", ce que n'est pas l'objet du marché ;

Par une ordonnance en date du 8 novembre 2023, le juge des référés a enjoint à la Polynésie française de différer la signature du marché public portant sur la construction d'un bâtiment " internat " au lycée Diadème de Pirae concernant le lot n°5 " Menuiserie aluminium ", jusqu'au 27 novembre 2023

Vu :

- les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;

- la délibération n° 2007-2 APF du 26 février 2007 ;

- le code polynésien des marchés publics ;

- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience le 22 novembre à 10h00 reportée à 14h00.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

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

- Me Guédikian, représentant la société Somalu, MM. Poulin et Combet représentant la Polynésie française et Me Bouyssié, représentant la société Pacific Aluminium, qui ont repris les moyens et arguments exposés dans leurs écritures.

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 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. "

2. La direction générale de l'éducation et des enseignements (DGEE) de la Polynésie française a lancé une procédure d'appel d'offres en vue de l'attribution d'un marché public portant sur la construction d'un bâtiment " internat " au lycée Diadème de Pirae. Par une décision du 22 septembre 2023, le ministre de l'éducation a rejeté comme étant irrégulière l'offre présentée pour ce marché public par la Sarl Somalu pour le lot n° 5 " Menuiseries aluminium ", au motif que " le label Qualicoat pour laquage industriel des profilés aluminium exigé au CCTP n'a pas été fourni au sein de votre offre ", le ministre ajoutant " rappeler que les seules normes françaises et européennes s'appliquent sur ce projet, tel que cela est précisé au sein de l'article 02.02 du CCTP ". La Sarl Somalu demande au juge des référés d'annuler cette décision ainsi que la procédure d'appel d'offres et d'enjoindre le réexamen de l'ensemble des offres présentées pour ce marché.

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. Aux termes de l'article LP. 221-2 du code des marchés publics : " I. - Les prestations qui font l'objet d'un marché sont définies, dans les documents de la consultation, par des spécifications techniques qui décrivent les caractéristiques requises des travaux, des services ou des fournitures. Les spécifications techniques sont formulées : 1° Soit par référence à des normes, telles que prévues par la délibération n° 2007-2 APF du 26 février 2007 relative à la normalisation, ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats notamment des agréments techniques ou d'autres référentiels techniques élaborés par les organismes de normalisation ; 2° Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. () II. - L'acheteur public détermine les prestations qui font l'objet du marché qu'il passe soit en utilisant exclusivement l'une ou l'autre des catégories de spécifications techniques mentionnées aux 1° et 2° du I, soit en les combinant. Un arrêté pris en conseil des ministres précise les modalités d'application du présent article ". Aux termes de l'article A 221-1 du même code : " Sont des spécifications techniques, au sens de l'article LP 221-2 : 1° Lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux, l'ensemble des prescriptions techniques définissant les caractéristiques requises d'un matériau, d'un produit ou d'une fourniture et permettant de les caractériser de manière telle qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés par l'acheteur public () ". Aux termes de l'article A 221-4 : " Lorsque les spécifications techniques mentionnées à l'article A 221-1 sont formulées par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents, ces derniers sont choisis dans l'ordre de préférence suivant : 1° Les normes homologuées par arrêté pris en conseil des ministres en application de l'article 2 de la délibération n° 2007-2 du 26 février 2007 relative à la normalisation ; 2° Les normes nationales ; 3° Les normes européennes ; 4° Les normes internationales ; 5° Les agréments techniques ; 6° Les spécifications techniques communes ; 7° Les référentiels techniques. Chaque référence est

accompagnée de la mention " ou équivalent " dans les documents de la consultation ". Enfin, aux termes de l'article A 221-7 : " Lorsque l'acheteur public utilise une spécification technique formulée par référence à une norme ou à un document équivalent, il ne peut pas rejeter une offre au motif qu'elle n'est pas conforme à cette spécification si le candidat prouve dans son offre, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose respectent de manière équivalente les exigences définies par cette norme ou ce document ( ) ".

5. L'article 02-09-03 du C.C.T.P du marché, qui est au nombre des documents de la consultation, stipule : " protection contre la corrosion ( ) Selon spécifications ci-après au présent CCTP, la protection contre la corrosion sera traitée par anodisation répondant à la norme NF A 91-450 label EWAA-EURAS I QUALANOD, avec garantie de bonne tenue de 10 ans ( ) Laquage industriel répondant à la norme NF A 50-452 : revêtement par laque thermodurcissante label Qualicoat, avec pré anodisation ou Qualimarine accompagné d'une garantie de bonne tenue de 10 ans pour le blanc et de 5 ans pour les autres coloris ( ) ". Aux termes de son article 02.07.01: " A la remise des offres. L'entrepreneur est tenu de remettre les documents suivants : • Une notice descriptive précisant, en particulier, les matériels essentiels proposés (marque et type) et les dispositions constructives envisagées. • Avis techniques et autres, • Copies des labels ou certifications de qualités • Descriptifs et type de vitrages prévus ".

6. Il résulte du mémoire technique présenté par la société Somalu, remis à l'appui de son offre, en ce qui concerne les fiches techniques des matériaux, que " ( ) Nos profilés aluminium proviennent de nos fournisseurs de Nouvelle Zélande. Les profilés aluminium sont de la classe d'aluminium 6060, protégé par un thermolaquage de 80 microns d'épaisseur minimum. Vous trouverez les fiches techniques en Annexe : Certificat d'analyse d'aluminium AGS 6060 ; Attestation de laquage label Qualicoat ". La traduction du document annexé à ce titre, émis par ColourWorks Ltd, fournisseur de la société Somalu, indique " Fournisseur chimique Colourworks. Colourworks utilise des systèmes de prétraitement alternatifs agréés Qualicoat - Chemetall Gardobond X4707, agrément Qualicoat A-024, agréé le 08/09/2003, -Chemetall Oxsilan AL0510, agrément Qualicoat A-O68, agréé le 29/07/2010 ".

7. Il en résulte que, contrairement à ce qu'invoque la société Somalu, qui n'en produit pas davantage de copie dans le cadre de la présente instance, la Polynésie française n'a pas commis d'erreur de fait ou d'appréciation de son offre en relevant qu'elle ne fournissait pas le label Qualicoat exigé par les dispositions précitées du CCTP et en déclarant son offre irrégulière pour ce motif.

8. Par ailleurs, d'une part, il est constant que la société Somalu n'a pas, dans son offre, prouvé que les solutions qu'elle propose respectent de manière équivalente les exigences définies par le label Qualicoat, ainsi que l'autorise l'article A 221-7 du code polynésien des marchés publics, non plus la certification Qualimarine proposée par le CCTP en alternative. D'autre part, elle ne peut se prévaloir utilement, dans ses écritures, ni des attestations de conformité de ses prestations antérieures identiques par des bureaux de contrôle technique, ni, en l'absence de démonstration d'une lésion en résultant, de l'irrégularité du CCTP qui résulterait, pour chaque référence indiquée, de l'absence de la mention " ou équivalent " en méconnaissance des dispositions de l'article A 221-4 du code polynésien des marchés publics, ou, en tout état de cause, de la circonstance que certaines normes figurant dans

les documents de la consultation seraient annulés ou payantes.

9. Il résulte de ce qui précède que la requête doit, sans qu'il soit besoin de statuer sur sa recevabilité, être rejetée, y compris les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Il y lieu, en revanche, sur le fondement de ces dispositions, de mettre à la charge de la société Somalu une somme de 150 000 F CFP à verser à la société Pacific Alu.

ORDONNE :

Article 1er : La requête de la Société Océanienne pour les Matériaux Aluminium est rejetée.

Article 2 : La société Somalu versera une somme de 150 000 F CFP à la société Pacific Aluminium au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la Société Océanienne pour les Matériaux Aluminium, à la Polynésie française et à la société Pacific Aluminium.

Fait à Papeete, le 27 novembre 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,

N°2300516